



**La tutela cautelare nell'ambito del rapporto di lavoro**

**Cod. P24030**

Napoli, Castel Capuano

9 Maggio 2024

dr.ssa Valentina Ricchezza  
giudice del lavoro e della previdenza presso il Tribunale  
di Santa Maria Capua Vetere

## **Indice**

- 1. La tutela cautelare nel rapporto di lavoro come tutela d'urgenza: brevi cenni**
- 2. Strumentalità, sussidiarietà e residualità. Questioni di compatibilità con gli altri riti**
- 3. Le situazioni giuridiche tutelabili**
- 4. I presupposti della tutela cautelare d'urgenza: a) fumus boni iuris e b) periculum in mora (casistica in relazione al provvedimento datoriale impugnato)**
- 5. Oggetto del provvedimento d'urgenza**
- 6. Questioni di rito: profili di specialità**
- 7. Attuazione dei provvedimenti: questioni aperte**
- 6. Riproponibilità dell'istanza cautelare e caratteristiche del giudicato cautelare: cenni**

### **1. Tutela cautelare nel rapporto di lavoro e provvedimenti d'urgenza: brevi cenni**

La presente analisi, senza alcuna pretesa di esaustività, è **limitata alla tutela cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.**, che costituisce, a partire dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, lo strumento processuale maggiormente impiegato per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive integranti lo statuto professionale del prestatore di lavoro.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 300/1970, il dipendente licenziato illegittimamente poteva richiedere, a seguito della legge del 1966 n. 604, esclusivamente il risarcimento del danno.

Era prevalente, anche giurisprudenza, la teoria, sostenuta in dottrina (Satta), secondo la quale i provvedimenti d'urgenza potevano essere impiegati esclusivamente per la tutela dei diritti assoluti con la conseguenza che esulavano dall'ambito di applicazione, quindi di operatività dei provvedimenti d'urgenza, i diritti nascenti dal contratto di lavoro. <sup>1</sup>Si riteneva infatti che, trattandosi di posizioni per le quali l'inadempimento genera sempre un risarcimento del danno, non può mai aversi uno dei presupposti della tutela cautelare d'urgenza: il pregiudizio irreparabile.

Con l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori e, quindi, la previsione della reintegra nel posto di lavoro quale tutela avverso la declaratoria di illegittimità del licenziamento, la tutela cautelare d'urgenza è stata impiegata quale strumento processuale per conferire effettività al rimedio previsto dalla legge, privo di un rito speciale- specifico. Ben presto fu impiegata anche

---

<sup>1</sup> Per una ricostruzione in chiave critica sia consentito rinviare a L. Cavallaro, Rapporto di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico, in RIDL, 2001, I

con riferimento ai trasferimenti, alle mansioni, alle sanzioni disciplinari, ai crediti retributivi partendo dal dato secondo il quale nello *status professionale* del lavoratore confluiscono posizioni sia di carattere tipicamente patrimoniale che non patrimoniale garantite proprio attraverso lo strumento cautelare del procedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. che, per la sua atipicità e residualità, costituisce il mezzo elettivo per ottenere un provvedimento idoneo a scongiurare un pregiudizio irreversibile in capo al titolare della posizione giuridica soggettiva. Tale principio non è stato scalfito nemmeno all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del processo del lavoro (l. n. 533/1973). Ed invero, sin dalle prime applicazioni, si percepì che l'unica udienza di discussione (art. 420 c.p.c.), prevista come idealmente unica, si presentava, ordinariamente, scomponibile secondo una sequenza trifasica: la prima fase caratterizzata dalla comparizione delle parti, libero interrogatorio del giudice e tentativo di conciliazione, la seconda fase contraddistinta dalla raccolta del materiale istruttorio attraverso l'escussione dei testimoni e infine la terza fase, ergo quella della discussione orale della causa e quindi dalla decisione. Sebbene agile e snello, perché fondato sui principi di chiovendiana memoria della oralità e della immediatezza, sin dai suoi albori il processo del lavoro, per quanto più celere rispetto al rito a cognizione ordinaria, non ha confinato la procedura d'urgenza atipica di cui all'articolo 700 c.p.c. che si è mostrata indispensabile per tutelare le situazioni giuridiche riconducibili al lavoratore. Del resto, come evidenziato dalla sentenza della Corte costituzionale con la sentenza n.190 del 1985, la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione con la conseguenza che il ricorso alla tutela cautelare, sia pure nella sua veste atipica, assume secondo il giudice delle leggi, **rilevanza costituzionale**<sup>2</sup>.

Allo strumento della tutela cautelare d'urgenza si può ricorrere, infatti, quando ci sia fondato motivo di temere che, durante il tempo occorrente per far valere il proprio diritto in via ordinaria (sia pure più ridotto stante i tempi più celeri del rito del lavoro), questi sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile.<sup>3</sup>

E' indubbio che le caratteristiche di celerità e di agilità del processo del lavoro impongano all'interprete una valutazione sicuramente attenta e stringente dei presupposti per l'accesso alla tutela cautelare con particolare riferimento al *periculum in mora*. In altri termini intanto è ammissibile il ricorso alla tutela d'urgenza sia *ante causam* che *in corso di causa* purché sussista un pregiudizio imminente e irreparabile per cui, anche la durata minore che contraddistingue il

---

<sup>2</sup> Secondo la sentenza numero 190 del 1985 “*dall'articolo 700 cpc è lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito da fumus boni iuris è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile, provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.*”

<sup>3</sup> Per un approfondimento e disamina delle tesi anche di segno contrario, ormai oggi superate, si veda E. A. Dini e G. Mammone, I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel rapporto di lavoro, Milano 1997, p. 732 ss.

processo del lavoro, è idonea a minare, pregiudicando, la situazione giuridica sostanziale che si intende tutelare.

Tale premessa ha una duplice portata in quanto da un lato rimarca come la valutazione del *periculum in mora*, sia pure in via astratta, assuma una peculiare caratterizzazione con riferimento al rito del lavoro, dall'altra impone all' interprete un approccio casistico spesso condizionato anche dai tempi di definizione medi dei giudizi, nell'ambito dell'ufficio giudiziario di appartenenza.

## **2. Strumentalità, sussidiarietà e residualità. Questioni di compatibilità con gli altri riti**

Sebbene i provvedimenti cautelari in particolare quelli d'urgenza siano caratterizzati dalla provvisorieta e dalla strumentalità rispetto al giudizio a cognizione piena (questo spiega l'inettitudine a divenire cosa giudicata), a seguito della riforma apportata al rito cautelare uniforme, il vincolo di strumentalità da "necessario" è divenuto "attenuato" ciò significa che in caso di accoglimento della domanda, la parte vittoriosa non ha l'onere di promuovere entro un termine il giudizio ordinario a pena di perdita di efficacia della misura così come ottenuta. Ne deriva, in altri termini, che in caso di ottenimento di un provvedimento cautelare anche laddove il giudizio di merito eventualmente intrapreso si estingua, salva la facoltà delle parti di instaurare il processo a cognizione piena, il provvedimento d'urgenza continuerà a conservare il suo valore.

Va, tuttavia, fatta una precisazione: la strumentalità attenuata può operare sempre?

A) La tutela cautelare d'urgenza di cui all'articolo 700 cpc ha carattere "atipico" per cui può concretizzarsi sia in pronunce aventi un contenuto anticipatorio (cioè pronunce che anticipano contenuto ed effetti della decisione di merito) - ad esempio nel caso di impugnativa di licenziamento, se la domanda è accolta con conseguente reintegra del prestatore nel posto di lavoro; sia provvedimenti aventi contenuto conservativo - ad esempio la sospensione di un provvedimento di trasferimento del dipendente. In tale ipotesi il giudizio di merito si pone in termini non già di strumentalità attenuata ma di strumentalità necessaria secondo taluni e anche secondo parte della giurisprudenza di merito.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> I fautori di questa tesi evidenziano anche il dato letterale dell'articolo 669 octies, comma sesto, c.p.c. che esclude dall'ambito di operatività della instaurazione necessaria del giudizio di merito i provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, con la conseguenza che va da sé l'esclusione dei provvedimenti non aventi contenuto anticipatorio bensì conservativo. Biavati, Prime riflessioni sulla riforma del processo cautelare, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2006, p. 567. L'articolo offre anche una ricostruzione delle ricadute del distinguo tra i contenuti dei

Del resto tale lettura in termini di strumentalità attenuata è stata offerta anche dalla Suprema Corte che con la sentenza n. 11778/2014 al punto 17 della motivazione ha sostenuto che *“Tale lettura è coerente con la ratio e la funzione dell'intervento operato dal legislatore del 2005, atteso che il nesso di strumentalità necessaria fra cautela e merito, che impone di instaurare (a pena di inefficacia della misura cautelare ottenuta) il procedimento di merito entro un termine perentorio, continua ad operare solo per i provvedimenti cautelari che non rientrano nella categoria identificata dall'art. 669 octies c.p.c., attraverso l'inciso "provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 700 e altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito", ossia i provvedimenti cautelari c.d. conservativi. Dunque, è stata accreditata dal legislatore la distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi e quelli cautelari anticipatori e per la seconda categoria è stata introdotta la facoltatività della instaurazione del giudizio di merito, con evidente attenuazione del nesso di strumentalità necessaria, in funzione anche deflattiva, potendosi prospettare l'ipotesi che diventi superflua l'instaurazione del giudizio di merito ove il provvedimento cautelare anticipatorio già realizzi tutti gli effetti voluti dalla parte istante.”*

B) A seguito della riforma del procedimento cautelare uniforme l'instaurazione del giudizio di merito nel caso di adozione del provvedimento d'urgenza è meramente facoltativa e prescinde dal contenuto della pronuncia di accoglimento.

Due i corollari di tale impostazione: da un lato l'efficacia del provvedimento con effetti *rebus sic stantibus* anche nel caso di estinzione del giudizio di merito, dall'altro, stante la possibilità della mancata instaurazione del giudizio di merito, la necessaria delibazione sulle spese nell'ambito della procedimento cautelare, laddove esso sia instaurato *ante causam*.<sup>5</sup>

---

provvedimenti sia in ordine agli elementi costitutivi la domanda che con riferimento alle possibilità di revoca/reclamo.

Con riferimento alla giurisprudenza di merito si segnala trib. Roma, 6 novembre 2006, nota di Raimondi, in Rivista giudica del lavoro, anno 2007, n. 3. Secondo tale sentenza “il principio secondo cui ricorso finalizzato a ottenere un provvedimento cautelare deve indicare la domanda da proporre nel giudizio di merito, il ragione della strumentalità di tutti i provvedimenti cautelari rispetto al provvedimento di merito, prova ora deroga nel caso di provvedimenti e d'urgenza richiesti ai sensi dell'articolo 700 c pc e di altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito che abbiano carattere anticipatorio”.

<sup>5</sup> Questa appare l'impostazione dominante presso la giurisprudenza di merito presso la quale unanimemente si afferma che, dopo la modifica introdotta co. 6 e 7 dell'articolo 669 octies CPC non è previsto un termine perentorio per l'inizio del giudizio di merito laddove sia emessa un'ordinanza di accoglimento ex articolo 700 cpc, con la conseguenza che anche nel caso di estinzione del giudizio di merito il provvedimento di accoglimento sopravvive. Questo comporta che anche il regime delle spese di lite deve essere necessariamente regolato allorquando sia richiesto un provvedimento d'urgenza ante causam. Molte di queste pronunce, come ad esempio trib. di Genova 11 maggio 2007, con nota di Moro in Rivista critica di diritto del lavoro, 2007 pagina 806 e seguenti non distinguono tra provvedimenti d'urgenza aventi contenuto anticipatorio e provvedimenti aventi contenuto conservativo. Nel caso del tribunale di Genova la domanda aveva ad oggetto la richiesta di trasformazione temporanea del contratto di lavoro da full time a part time sino al compimento del terzo anno di vita del figlio per una lavoratrice madre, sussistendo le condizioni e i presupposti previsti dalla contratto collettivo dei dipendenti delle aziende del terziario.

Oltre ad essere strumentale la tutela d'urgenza si pone nel panorama dei rimedi processuali in termini di sussidiarietà e di residualità concetti tra loro interoperanti perché, come emerge dall'articolo 700 cpc, la tutela d'urgenza è atipica ed esperibile “fuori dai casi” cioè se sussistono forme di tutela cautelare nominate, la tutela cautelare atipica non potrà essere invocata a meno che non vi sia un pericolo nel ritardo particolarmente qualificato.

E allora la **questione** che si pone è se la relazione in termini di sussidiarietà- residualità sussista con riferimento ai procedimenti sommari non cautelari come ad esempio quello monitorio, l'articolo 28 della legge 300 del 70, l'accertamento tecnico preventivo ex articolo 445 bis, i riti in materia discriminatoria.

In tali casi è configurabile una tutela d'urgenza?

### 1) Art. 445 bis c.p.c.

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 243 del 2014<sup>6</sup>, ha affermato che l'a.t.p.o. rappresenta “un procedimento giurisdizionale sommario, sul modello di quelli di istruzione preventiva, a carattere contenzioso”. Trattasi, dunque, di uno strumento volto, analogamente all'istituto disciplinato dall'art. 696 bis c.p.c., norma espressamente richiamata, sia pure nei limiti della compatibilità dall'art. 445 bis c.p.c., ad agevolare una composizione della lite prima dell'instaurazione del giudizio di merito e, quindi, finalizzato soprattutto alla riduzione del contenzioso giudiziario piuttosto che alla realizzazione di esigenze di carattere cautelare, non essendo l'istanza ex art. 445 bis c.p.c. subordinata al presupposto del *periculum in mora*.

E', per questo motivo, ammissibile il ricorso alla tutela cautelare pendente un giudizio di accertamento tecnico preventivo obbligatorio?

Ordinanza del Tribunale di Perugia (est. Medoro del 09.04.2014) con argomentazioni del tutto condivisibili, superando le eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. sollevate dall'INPS, riconosce tale tutela.<sup>7</sup> Questa ricostruzione “supera” anche il

---

<sup>6</sup> La Corte Costituzionale ha sostenuto la legittimità costituzionale della norma nella parte in cui prevede termini perentori ai fini decadenziali evidenziando che tali termini non sono brevi e consentono, quindi, alla parte l'esercizio del diritto di difesa.

<sup>7</sup> Si legge nell'ordinanza “ *l'accertamento tecnico preventivo previsto dall'art. 445 bis c.p.c. non è un rimedio cautelare, come evincibile dal fatto che non presuppone la disamina di una situazione di periculum in mora, ma, piuttosto, uno strumento di istruzione preventiva che consente – con evidente finalità deflattiva – di acclarare una frazione della fattispecie attributiva di alcuni diritti (e precisamente i requisiti sanitari necessari ad ottenere talune prestazioni previdenziali/assistenziali o come nella specie lo stato di handicap) evitando così, in molti casi, l'esperimento della più ampia azione di merito tesa all'accertamento del diritto soggettivo. Ne consegue che il presupposto, ostativo all'azione esperita ai sensi dell'art. 700 c.p.c., dell'esistenza di un istituto tipico appositamente previsto allo scopo di soddisfare l'esigenza cautelare prospettata, non è, nel caso in esame, sussistente.*

*Quanto all'improcedibilità, si tratta di “sanzione” processuale che l'art. 445 bis c.p.c. commina nei riguardi delle azioni di merito proposte senza avere esperito o completato la procedura dell'a.t.p., mentre nella fattispecie in esame il ricorrente si è limitato a chiedere, in via cautelare, l'anticipazione degli effetti della tutela richiesta secondo la disciplina ordinaria dettata dalle norme di settore. Diversamente opinando, del resto, si dovrebbe concludere per l'impossibilità di chiedere l'anticipazione degli effetti della tutela cui si aspira, lettura questa altamente sospetta di illegittimità costituzionale, atteso che ogni tipo di procedimento (ordinario, sommario o*

profilo della natura dell'art. 445 bis c.p.c. quale condizione di procedibilità per l'esperimento del giudizio di merito escludendo, di fatto, che nella specie possa parlarsi di giudizio di merito. E' evidente che la compatibilità può essere proclamata solo allorquando sia dedotto il "pericolo particolarmente qualificato". Tale principio è stato rimarcato anche nell'ordinanza del trib. di SMCV, 28.04.2022.<sup>8</sup>

La valutazione del pregiudizio da compiersi in questi giudizi volti a realizzare una finalità deflattiva è analoga a quella compiuta durante la vigenza del rito fornero.<sup>9</sup>

---

*preventivo) che tenda direttamente o indirettamente alla tutela di un diritto deve contemplare "un suo momento cautelare" (cfr Corte Cost., 326/1997) pena vanificare la soddisfazione un diritto minacciato dal pericolo imminente di una lesione irreparabile.*

*Ancora sul piano processuale, va rilevato che la scelta dell'Arcangeli di intraprendere un'azione cautelare atipica "ante causam" che anticipi, tuttavia, gli effetti di un ricorso per accertamento tecnico preventivo già depositato – questione sinora mai affrontata da questo Ufficio – appare condivisibile in quanto l'ambito di operatività dell'art. 669-quater c.p.c. sull'azione cautelare in corso di causa da rivolgersi al Giudice che già conosce della controversia è limitata al caso in cui vi sia "...causa pendente per il merito ..." e si è già visto che il procedimento ex art. 445 bis c.p.c. non instaura una controversia di merito."*

<sup>8</sup> Si legge testualmente nell'ordinanza "Ebbene, sul punto, nel ricorso introduttivo la parte ricorrente si è limitata a dedurre che "l'urgenza della mancata assegnazione del sostegno al minore, si ravvisa nelle difficoltà quotidiane, nelle potenzialità di apprendimento, di formazione e sviluppo della persona .... Il ricorso a provvedimenti cautelari ed urgenti trova giustificazione dalla circostanza che il tempo necessario per far valere il diritto in via ordinaria pregiudicherebbe la condizione dell'alunno disabile ... in quanto perderebbe l'anno scolastico, a scapito di un adeguato inserimento nell'ambiente d'apprendimento e con il rischio d'irreparabile lesione del diritto all'istruzione" (cfr. pag. 6 dell'atto introduttivo).

*Tali deduzioni, ad avviso di chi scrive, non arrivano ad individuare con sufficiente determinatezza l'estremo processuale del periculum in mora.*

*Difatti in nessun modo parte ricorrente ha illustrato, con la necessaria specificità e concretezza, in che modo i tempi di svolgimento del giudizio ordinario potrebbero incidere sulla situazione personale del minore. In tal senso parte ricorrente ha mancato di fornire, come era suo onere, dettagliati e concreti elementi concretizzanti il requisito dell'urgenza, secondo ragioni peraltro ulteriori rispetto a quelle rappresentate dalla mera natura dello stesso diritto azionato.*

*Dalle generiche allegazioni attoree in punto di periculum in mora, - prive di qualsivoglia riferimento alla condizione concreta in cui versa il minore, e dense solo di riferimenti e richiami a pronunce giurisprudenziali evidentemente afferenti a casi concreti diversi - non emerge alcun tratto differenziale che distingua la presente dalle situazioni giuridiche soggettive tipicamente dedotte nelle analoghe controversie assistenziali e previdenziali. Né si può ritenere che, per queste controversie, il ricorso alla procedura d'urgenza sia legittimo per il solo fatto che il pregiudizio imminente e irreparabile sia insito nella natura delle materie trattate; opinando diversamente si giungerebbe a riconoscere in tutti questi casi lo strumento previsto dall'art 700 c.p.c. quale forma alternativa di tutela giurisdizionale."*

<sup>9</sup> In ordine alla compatibilità tra impugnativa di licenziamento, ex art. 700 c.p.c. e rito fornero, oggi abrogato si era detto che la scelta legislativa per raggiungere tale obiettivo è di introdurre un procedimento sommario, necessario, di carattere non cautelare, a sottolineare che l'urgenza della trattazione dipende dalla natura della controversia.

La tipicità e l'obbligatorietà del rito producono quale conseguenza giuridica l'inammissibilità della domanda di impugnativa di licenziamento azionata con lo strumento cautelare residuale.

Accedendo alla tesi dell'assenza di una ontologica incompatibilità tra i due procedimenti, atteso che i presupposti di essi appaiono differenti: il rito introdotto con la l. n. 92 non presuppone il vaglio del *periculum in mora*, ma si configura solo come un rito sommario e più celere, comunque preordinato alla formazione di un giudicato. In altri termini, esso si configura come un rito ordinario del lavoro, nell'ambito – è ovvio – del suo oggetto, come tale non sostitutivo della tutela cautelare. L'attivazione della procedura ex art. 700 cit. deve ritenersi sempre possibile, non venendo meno la residualità del mezzo, ove la parte invochi una tutela per l'appunto urgente, non reputando sufficiente per i beni che vuol proteggere la tutela celere e sommaria garantita dalla legge cd. Fornero.

E' di tutta evidenza, però, che nel sistema delineato dalla riforma, il requisito dell'urgenza assume contorni più delimitati, dovendo il giudice compiere un vaglio ancor più rigoroso sul requisito del *periculum*, che dovrà ritenersi sussistente solo nei casi in cui il pregiudizio sia così imminente e irreparabile da non poter essere evitato con l'attivazione della procedura ordinaria, oramai resa rapida e deformalizzata.

Sempre in relazione alle prestazioni assistenziali è interessante esaminare anche il caso affrontato dal tribunale di Lecce, ord. del 27.10.2017, ove il ricorso alla tutela d'urgenza era stato conseguente al diniego di ricezione della domanda amministrativa attinente al beneficio assistenziale della indennità di accompagnamento. La Pubblica amministrazione aveva rigettato la richiesta avente ad oggetto il riconoscimento del beneficio in quanto pendente già altro giudizio. Premesso che la parte, in via cautelare, richiede l'accertamento delle condizioni sanitarie dell'istante, il giudice esclude i presupposti per il ricorso alla procedura d'urgenza prevista (fumus boni juris e periculum in mora) statuendo che “ *In primo luogo, si deve rilevare che non esiste un diritto autonomo alla visita azionabile in questa sede, in quanto il diritto “minacciato da un pregiudizio imminente o irreparabile” che può essere invocato ex art. 700 c.p.c. ha ad oggetto solo la prestazione richiesta (nel caso di specie, l'indennità di accompagnamento). Rispetto a tale diritto, almeno allo stato, non vi è il fumus, in quanto la CTU espletata nella fase di ATP del giudizio pendente ha riconosciuto una invalidità pari solo all'85% (ben lontana dal requisito sanitario che è necessario per l'accompagnamento), né ovviamente una CTU potrebbe espletata in questa sede, perché in contrasto sia con la necessaria speditezza della procedura, sia con la residualità dello strumento ex art. 700 c.p.c., azionabile solo quando non vi sono altri rimedi (mentre, nel caso di specie, vi è una procedura tipica, con domanda amministrativa, visita e successivo ricorso per ATP in caso di esito negativo della visita)*”. Attenzione però in quanto il giudice conclude evidenziando che laddove vi fosse il fumus, il periculum in mora potrebbe essere configurato atteso che il provvedimento d'urgenza appare “*l'unico strumento utile per evitare un diniego della prestazione - pur in presenza del requisito sanitario- per difetto della relativa domanda amministrativa, con la conseguente minaccia di “pregiudizio imminente o irreparabile” che giustifica il ricorso alla procedura d'urgenza*”.

## **2) Procedura monitoria**

E' del tutto compatibile, come si vedrà esaminando la tutela cautelare con riferimento ai crediti retributivi, la misura del provvedimento d'urgenza con il procedimento per decreto ingiuntivo, trattandosi, peraltro di procedimenti fondati su diversi presupposti. Ci si è chiesto se il provvedimento d'urgenza con il quale si ordina la reintegra nel posto di lavoro e la condanna al pagamento delle retribuzioni dalla notifica del provvedimento possa costituire il presupposto per l'accesso alla procedura monitoria volta alla richiesta delle retribuzioni maturate medio tempore, sia pure a titolo risarcitorio. Premesso il carattere atipico dei provvedimenti d'urgenza, allorquando essi siano anticipatori non necessariamente devono assumere lo stesso profilo contenutistico della decisione di merito, per cui, con riferimento al quesito posto il lavoratore

---

sarà riammesso al lavoro e percepirà la relativa retribuzione ma ciò non implica l'obbligo datoriale di accertare la retribuzione maturata nel periodo intermedio né tantomeno esso può assurgere a presupposto per il riconoscimento della retribuzione maturata richiesta in sede monitoria.<sup>10</sup> L'accertamento cautelare, infatti, che ad oggetto la declaratoria di illegittimità del licenziamento giammai potrà costituire il presupposto per il riconoscimento delle differenze retributive nel lasso temporale ricompreso tra il licenziamento e la reintegrazione.<sup>11</sup>

### **3) Art. 28 l. 300/70**

L'azione volta alla repressione della condotta antisindacale, che nell'art. 28 della l. 300/70 trova il suo baluardo, è tipica e si caratterizza, stante la mancata predeterminazione normativa della condotta antisindacale, per l'impiego di una formula elastica e teleologicamente orientata che attribuisce al giudice il potere di valutare in concreto se vi sia stata di volta in volta una condotta lesiva dei diritti tutelandi. Delimitato è anche l'ambito soggettivo di operatività atteso che possono agire esclusivamente le diramazioni locali di associazioni sindacali dotate di rappresentatività nazionale e l'azione può essere esperita esclusivamente contro comportamenti del datore di lavoro.

Anche se dal punto di vista funzionale l'azione sembra avere una caratterizzazione cautelare essa si distingue nettamente dal provvedimento d'urgenza di cui all'articolo 700 che spicca per atipicità e residualità (in altri termini in quanto previsione di chiusura la norma è volta a soddisfare esigenze cautelari che non possono essere soddisfatte da misure tipiche, come appunto quella in commento).

E' indubbio che la funzione cautelare di entrambi i procedimenti, che si sostanziano in un'inibitoria decretata dal giudice affinché il destinatario della stessa si astenga dal compimento di comportamenti illeciti ne erode, sino a compromettere, l'astratta ammissibilità di un'eventuale richiesta cumulativa di due provvedimenti atteso che, essendo integrati i requisiti della misura cosiddetta speciale, quella di carattere generale è privata della causa.

A ben vedere, tuttavia, dal punto di vista strutturale e dal punto di vista processuale i due procedimenti presentano delle profonde differenze.

---

<sup>10</sup> Il principio è stato espresso per la prima volta da Cass. 12767/2004 secondo la quale “*I provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. hanno di norma il carattere dell'atipicità, nel senso che vanno adottati, secondo le circostanze, allo scopo di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito ma non devono necessariamente anticipare il prevedibile contenuto della medesima. Ne consegue che il provvedimento d'urgenza con cui si ordina la reintegrazione nel posto di lavoro di un lavoratore il cui licenziamento appaia illegittimo non ha necessariamente contenuto ed efficacia analoghi a quelli di un ordine di reintegrazione emesso ai sensi dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 con la sentenza di merito e che quando, come nella specie, l'ordine di ripristino del rapporto intervenga in via d'urgenza a seguito di denuncia di illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, il provvedimento assicura in via provvisoria la ripresa del lavoro e della relativa retribuzione, ma non vale ad accertare l'obbligo datoriale del pagamento della retribuzione maturata nel periodo intermedio, onde deve ritenersi che il suddetto provvedimento cautelare sia inidoneo a fondare la domanda di tali retribuzioni azionate dal lavoratore in sede monitoria.*”. Recentemente si è avuta conferma di quest'orientamento ord. n. 25246/2010.

<sup>11</sup> Ex multis Cass. n. 25246/2010.

- L'azione volta alla repressione della condotta antisindacale mira all'adozione di un provvedimento che non ha carattere cautelare bensì sommario, questo significa che esso può divenire cosa giudicata allorquando non sia proposta l'opposizione nel termine, contrariamente a quanto accade con riferimento al provvedimento cautelare che non acquista mai l'efficacia di giudicato.

La diversità strutturale di due procedimenti ha indotto, peraltro, parte della giurisprudenza di merito (minoritaria) a ritenere che non fosse possibile azionare, sia pure in via subordinata ma contestualmente, l'azione cautelare d'urgenza allorquando sia proposta l'azione ex articolo 28, dal momento che la diversità strutturale e procedurale ne condizionerebbe la compatibilità<sup>12</sup>.

Altra parte della giurisprudenza di merito, proprio partendo dalla diversità strutturale dei due procedimenti, opta per la cumulabilità e compatibilità delle domande che possono essere costruite secondo una sequenza logica improntata alla subordinazione: il provvedimento di repressione della condotta sindacale è un mezzo speciale in grado di concedere una tutela più forte alla parte istante mentre il provvedimento cautelare rappresenta un surrogato, con la conseguenza che l'accoglimento della domanda principale implica l'assorbimento di quella subordinata laddove, viceversa, il rigetto della domanda principale determina una riesplorazione di quella subordinata, basandosi le stesse sui medesimi fatti costitutivi.

C'è chi in dottrina (Luiso) ritiene che il procedimento per la repressione della condotta antisindacale, essendo a cognizione sommaria necessaria, possa rivelarsi inadeguato rispetto all'urgenza manifestata dalle organizzazioni sindacali che risulterebbero essere escluse dalla partecipazione ad imminenti elezioni e, quindi, aprire alla azionabilità della tutela d'urgenza di cui all'articolo 700 c.p.c.. Tale ricostruzione, a mio avviso, proprio per le caratteristiche del procedimento ex articolo 28, non convince stante la celerità che lo contraddistingue, almeno nella prima fase.

Sicuramente la differenza dei riti preclude qualsivoglia possibilità di conversione degli stessi.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Trib. Roma 18 giugno 2004, nt. di F. Ungaretti Dell'Immagine, in *Giustizia civile*, 2005, 12, 3170 ss. Secondo tale giurisprudenza minoritaria vi sarebbero delle complicazioni di carattere procedurale derivate dalla differenza di riti cui sono soggette le due domande, sia con riferimento all'impugnazione, sia con riferimento alla composizione dell'organo decisorio nel caso di impugnazione e infine in ordine agli effetti della stessa. Si argomenta in chiave critica che anche la pendenza di un processo ordinario e di un procedimento cautelare non potrebbe mai determinare litispendenza atteso che il provvedimento cautelare è inidoneo al giudicato e questo escluderebbe l'ipotesi di litispendenza. In continuità rispetto all'orientamento della incompatibilità e la decisione del Tribunale di Milano 13 novembre 1998 (in *Foro italiano* 1999, I, 2387) con la quale è stata ritenuta *“inammissibile la richiesta di tutela cautelare ex articolo 700 cpc, proposta contestualmente all'opposizione, fondata su una richiesta di delibazione del fumus boni juris in contrasto con l'accertamento contenuto nel decreto opposto”*. E' di analogo tenore la pronuncia del Pretore di Firenze 24 aprile 1992, in *Foro italiano*, 1992, I, 2535 secondo cui *“Va esclusa la possibilità di proporre contestualmente con medesimo corso, l'azione di cui all'articolo 28 dello statuto dei lavoratori e quella ex articolo 700 c.p.c., essendo quest'ultimo rito incompatibile con la speciale procedura di cui all'articolo 28 trattandosi, con riferimento alla cautelare atipica invocata, di azione che obbedisce a forme procedurali del tutto diverse autonome rispetto a quella proposta in via principale ex articolo 28 statuto dei lavoratori: la diversità del rito applicabile, pertanto, non consente la contestuale posizione in un unico procedimento.”*

<sup>13</sup> Pret. Milano, 28 maggio 1991, in *Diritto del lavoro*, 1982, II, 57.

L'art. 700 può sicuramente trovare spazi per la tutela sindacale, stante la sua residualità, sicuramente in due ipotesi:

- a) Se l'organizzazione sindacale non gode dei requisiti per l'attivazione del procedimento ex art. 28<sup>14</sup>;
- b) Nel caso in cui la richiesta di provvedimento d'urgenza sia formulata nell'ambito del giudizio di opposizione avverso il decreto ex art. 28 della l. 300/70, quando gli atti datoriali siano successivi alla fase sommaria.<sup>15</sup>

#### **4) La parabola dei riti a tutela delle discriminazioni**

Il neointrodotta art. 441 quater c.p.c. statuisce che “Le azioni di nullità dei licenziamenti discriminatori, ove non siano proposte con ricorso ai sensi dell'articolo 414, possono essere introdotte, ricorrendone i presupposti, con i riti speciali. La proposizione della domanda relativa alla nullità del licenziamento discriminatorio e alle sue conseguenze, nell'una o nell'altra forma, preclude la possibilità di agire successivamente in giudizio con rito diverso per quella stessa domanda.”

Mentre tra i riti speciali in tale ambito vanno ricompresi sia gli artt. 37 co.4 - 38 d.lgs. 198/2006 (discriminazioni uomo-donna) che l' art. 28 d.lgs. 150/2011<sup>16</sup> (altre forme di discriminazione).

---

<sup>14</sup> Vedi Trib. Roma 18 dicembre 2000, in Lavoro nella giurisprudenza 2001, p. 771. Trib. Bari, 13.04.2004, secondo cui “La RSU non è legittimata a proporre l'azione ex art. 28 st. lav. (l. 20 maggio 1970 n. 300) per la repressione della condotta antisindacale, stante la carenza in capo ad essa del requisito prescritto dalla legge per poterla promuovere. Tuttavia, conseguendo la necessità di individuare comunque il tipo di tutela che può riconoscersi in capo alla RSU allorché venga violato un suo diritto sindacale, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale sul punto, che non escluderebbe la possibilità di agire in giudizio con le azioni ordinarie per la tutela dei diritti sindacali ad esse attribuite dagli strumenti pattizi, anche a mezzo di azioni ex art. 700 c.p.c., si deve tener conto del principio secondo cui il sindacato ha sempre interesse a chiedere tutela contro la violazione di diritti sindacali (in quanto tale lesione è sempre idonea a limitare il libero esercizio dell'attività sindacale in genere), a prescindere dal fatto che la lesione si sia verificata in capo al sindacato stesso o alla rappresentanza aziendale. Infatti, non v'è alcuna norma che induca a ritenere che l'avvicendamento delle RSU alle RSA abbia fatto venire meno i diritti già riconosciuti ad ogni associazione sindacale costituita in RSA, dovendosi piuttosto riconoscere che siffatti diritti spettino attualmente alle organizzazioni sindacali elette nell'ambito della RSU. Il diritto di informazione e contrattazione, pertanto, deve essere riconosciuto non solo alla RSU in quanto tale, bensì anche alle singole associazioni sindacali elette in seno alla RSU, con la sola condizione che esso sia articolazione di una associazione sindacale nazionale. Il requisito dell'interesse, previsto dall'art. 28, è, in ipotesi del genere, chiaramente ravvisabile nel fatto che tale sindacato sia uno di quelli che fanno parte della RSU, la cui libertà di azione sia stata compromessa o limitata dal comportamento antisindacale.” In *Giurisprudenzabarese.it* 2004.

<sup>15</sup> Pret. Milano, 25 settembre 1998, in Rivista critica di diritto del lavoro, 1998, p. 913. Deve, viceversa, escludersi proprio per la diversa natura giuridica dei due procedimenti e l'idoneità di quello repressivo la condotta antisindacale a divenire cosa giudicata, che “Il decreto che definisce il procedimento speciale di repressione della condotta antisindacale ha contenuto decisivo e può essere impugnato solo con l'opposizione di cui al comma 3 dell'art. 28 l. n. 300 del 1970; conseguentemente, è inammissibile la richiesta di tutela cautelare ex art. 700 c.p.c., proposta contestualmente all'opposizione, fondata su una richiesta di deliberazione del “fumus boni iuris” in contrasto con l'accertamento contenuto nel decreto opposto”, come statuito da Trib. Milano, 13.11.1998, in *Foro it.* 1999, I,2387.

<sup>16</sup> Recita il co. 1 “Le controversie in materia di discriminazione di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, quelle di cui all'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, e quelle di cui all'articolo 55-quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, sono regolate dal rito semplificato di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo.”

A mio avviso non vi sono ragioni preclusive per le considerazioni sopra svolte.

Sembra, invece, incompatibile non sul piano astratto ma in concreto per i vantaggi di carattere intrinseco posti dalla disposizione la tutela cautelare prevista dall' art. 19, comma 4, d.lgs. n. 24/2023, posto a presidio del whistleblower.

Trattasi di una tutela cautelare speciale rispetto a quella generale disposta dall'art. 700 c.p.c., attivabile anche rispetto al semplice tentativo o alla minaccia di ritorsioni potenzialmente idonee a ledere situazioni giuridiche soggettive (cfr. art. 2 comma 1, lett. m), che prescinde dallo stringente requisito del “periculum in mora” dell'art. 700 c.p.c., in questo modo anticipando la soglia di protezione in un'ottica preventiva, coerentemente con la ratio dell'intera disciplina comunitaria. Infatti, lo stesso considerando n. 96 della Direttiva (UE) 2019/1937 afferma chiaramente che «Le misure provvisorie sono particolarmente importanti per le persone segnalanti, in attesa di un giudizio che può richiedere molto tempo. In particolare, le persone segnalanti dovrebbero avere accesso anche ai provvedimenti provvisori previsti dal diritto nazionale per porre fine a minacce, tentativi di ritorsione o ritorsioni in atto, come le molestie, o per impedire forme di ritorsione, quali il licenziamento, che potrebbero essere difficili da revocare una volta trascorsi lunghi periodi e che possono causare la rovina della persona segnalante dal punto di vista finanziario. È questa una prospettiva che può seriamente scoraggiare i potenziali informatori». Il whistleblower vittima di ritorsioni – anche solo tentate o minacciate – può in questo modo svolgere, insieme o disgiuntamente rispetto all'azione ordinaria, la tutela giurisdizionale interinale per conseguire non solo l'inibitoria delle condotte o degli atti potenzialmente ritorsivi ma, ad esempio, anche la reintegra provvisoria nel posto di lavoro, il trasferimento del soggetto autore delle rappresaglie o il risarcimento del danno a titolo di provvisoria. La tutela conseguibile, infatti, è atipica, essendo aperta a tutte le misure necessarie ad assicurare la tutela alla situazione giuridica soggettiva azionata.<sup>17</sup>

### **3. Le situazioni giuridiche tutelabili**

La pleora delle situazioni giuridiche tutelabili attraverso il provvedimento d'urgenza ha subito una vera e propria rivoluzione, come è stato già anticipato in precedenza, a partire dall'entrata in vigore dello statuto dei lavoratori. In precedenza, infatti, sia in dottrina che in giurisprudenza era prevalente l'impostazione secondo la quale il provvedimento d'urgenza poteva essere impiegato esclusivamente a tutela dei diritti assoluti perché la tutela dei diritti scaturenti dal rapporto di lavoro, trattandosi di rapporto obbligatorio, giammai poteva generare un pregiudizio

---

<sup>17</sup> D. Tambasco, La nuova disciplina del whistleblowing dopo il d.lgs. n. 24/2023, Milano, 2023.

irreparabile (*periculum in mora*), in quanto l'inadempimento si riteneva fosse ristorabile, sempre, mediante il risarcimento del danno.<sup>18</sup>

L'entrata in vigore dello statuto dei lavoratori, la gamma dei diritti ivi contenuti e i rimedi previsti ha fatto sì che lo strumento cautelare di cui all'articolo 700 c.p.c., progressivamente, assumesse una funzione giurisdizionale centrale perché presidio dei diritti della personalità, dei bisogni primari dell'individuo (tra i quali anche i diritti a contenuto economico come ad esempio la retribuzione), connessi all'espletamento della prestazione lavorativa.<sup>19</sup> Si è fatta progressivamente strada l'impostazione secondo la quale la tutela specifica, volta all'attuazione dei rapporti obbligatori, deve essere preferita a quella per equivalente consistente nel rimedio del risarcimento del danno da inadempimento; ne consegue che, quantunque il diritto di credito da lavoro sia tutelato in via d'urgenza, non in quanto tale, ma in quanto strumentale alla tutela di altri diritti aventi dimensione personalistica cui lo stesso è connesso, nell'applicazione giurisprudenziale il rimedio di cui all'articolo 700 viene impiegato senza che si specifichi o si enuclei altro diritto cui la soddisfazione dell'obbligazione appaia connessa.<sup>20</sup> Tale approdo ben si concilia con l'evoluzione della disciplina introdotta dalla riforma dell'articolo 669 octies c.p.c.; la disposizione contemplando una relazione di strumentalità attenuata tra la fase cautelare e la fase del merito, ha escluso, per i provvedimenti di accoglimento a carattere anticipatorio, che dovesse procedersi alla fissazione dell'udienza di merito, a pena di inefficacia, ferma l'inidoneità dei predetti a divenire cosa giudicata.

Partendo da tali principi le situazioni giuridiche tutelabili mediante la procedura d'urgenza sono tutte quelle che rientrano nella cosiddetto *status professionale* del prestatore di lavoro. Sicuramente terreno elettivo per l'applicazione della tutela d'urgenza in una prima fase è stata la reintegra nel posto di lavoro, per cui il provvedimento di licenziamento al quale poteva applicarsi la cosiddetta tutela reale, veniva impugnato attraverso il ricorso alla procedura d'urgenza; parimenti tutelabili attraverso tale procedura sono gli altri atti datoriali che incidono sulla sfera giuridica soggettiva del prestatore di lavoro quali il trasferimento, lesioni del diritto alla salute, demansionamento, atti modificativi delle modalità di svolgimento della prestazione stessa.

Partendo da tale premessa è inevitabile chiedersi se la tutela del **credito retributivo** fosse azionabile in sede d'urgenza.

Accedendo all'impostazione rigorosa secondo la quale il *periculum* non può configurarsi nei casi in cui la posizione soggettiva è ristorabile, mediante risarcimento del danno, si escludeva la tutela cautelare del credito retributivo. A partire dagli anni '70 si è ritenuto che anche il credito retributivo fosse tutelabile mediante la procedura d'urgenza perché oggetto della tutela non è il credito in sé ma la sua natura alimentare, cioè la retribuzione è uno strumento che

---

<sup>18</sup> Dini-Mammone, op. cit., p. 727 ss.

<sup>19</sup> M. Proto Pisani, La nuova disciplina del processo civile.

<sup>20</sup> A. Scarpati-M. Sprizzi, La tutela cautelare nel rapporto di lavoro, 2014.

consente al lavoratore di assicurare a sé e alla propria famiglia i mezzi necessari per condurre un'esistenza libera e dignitosa, così come peraltro statuito dall'articolo 36 della costituzione. Partendo da questa dimensione anche la tutela dei crediti retributivi ha aperto le porte alla procedura d'urgenza di cui all'articolo 700 c.p.c.<sup>21</sup>. L'avvento di altri strumenti a tutela del credito pecuniario, per effetto della riforma del processo del lavoro, quali ad esempio l'art. 423 c.p.c. non ha compromesso il ricorso alla procedura innominata stante i diversi presupposti.

Quantunque sia maggioritario l'orientamento della giurisprudenza di merito per la quale è tutelabile, ex art. 700 c.p.c., il credito retributivo<sup>22</sup>, vi sono anche voci dissenzienti laddove non vi siano deduzioni puntuali in ordine all'imminenza del periculum e al pregiudizio per la situazione cogente in caso di mancato immediato ristoro.<sup>23</sup>

Non è quindi, condivisibilmente, ammissibile il ricorso alla tutela d'urgenza per la tutela dei crediti retributivi *sic et simpliciter* necessitando un'allegazione puntuale ulteriore che, nella residualità e sussidiarietà dello strumento processuale, fonda il ricorso alla procedura *de qua*, stante anche, come è emerso in precedenza, l'esperibilità del procedimento monitorio per la tutela dei crediti (sussistendo i presupposti).<sup>24</sup>

Chiariti i confini e i presupposti per la tutela del credito si rinvia *infra* per la trattazione delle singole situazioni soggettive tutelabili in relazione alla disamina del periculum in mora.

---

<sup>21</sup> Cfr. Cass. 8373/97 così massimata “*l provvedimento di urgenza ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. - benché finalizzato a tutelare diritti concernenti un bene infungibile (quale non è il denaro) - è ammissibile a tutela dei crediti (pecuniari) di lavoro (nella misura in cui i relativi proventi siano necessari ad assicurare il bene della "esistenza libera e dignitosa" presidiato dall'art. 36 Cost.), potendo derivare dal loro ritardato soddisfacimento un pregiudizio non riparabile altrimenti. Nè tale forma di tutela può ritenersi esclusa per effetto dell'introduzione (con la legge n. 533 del 1973) dell'ordinanza di pagamento di una somma a titolo provvisorio ex art. 423, secondo comma, cod. proc. civ. giacché questa (definibile come provvedimento decisorio solo "lato sensu" cautelare) ha presupposti diversi, potendo, in particolare, prescindere dal cosiddetto "periculum in mora".*”

<sup>22</sup> Tra le tante trib. Bergamo, 21.01.2022, in Ius Lavoro, aprile 2022 secondo cui “*Il ricorso alla tutela cautelare d'urgenza del credito pecuniario (nella specie, retribuzione) può ammettersi a condizione che la stessa sia rivolta a salvaguardare, non la mera situazione patrimoniale in quanto tale, ma situazioni giuridiche soggettive a tale diritto indissolubilmente ed immediatamente correlate (come il diritto all'integrità fisica o alla salute), che potrebbero essere pregiudicate definitivamente dal ritardo nella soddisfazione del diritto di credito.*”

<sup>23</sup> Trib. Bari 12 luglio 2010.

<sup>24</sup> La minaccia del pregiudizio imminente ed irreparabile insita nella decurtazione patrimoniale subita, vista la natura alimentare dei crediti retributivi, non può ex se fondare la tutela d'urgenza. Ed infatti le necessità patrimoniali del lavoratore già sono adeguatamente salvaguardate innanzitutto dallo strumento di cui agli artt. 633 e seg. c.p.c., quindi dallo speciale rito di cui alla legge n. 533/1973, caratterizzato da una maggiore celerità rispetto al giudizio civile ordinario; le medesime non arrivano viceversa da sole a legittimare l'utilizzazione dello strumento processuale cautelare. Ammettere del resto il ricorso generalizzato alla procedura in questione per tutte le controversie aventi ad oggetto spettanze di lavoro significherebbe svilire e privare di effettività la funzione di uno strumento processuale previsto dal legislatore per casi abbisognevoli di tutela accentuata. Si consideri, del resto, che l'inevitabile sacrificio del diritto di difesa della parte convenuta, diritto costituzionalmente garantito, quale si verifica in una procedura in cui i termini a difesa sono ridotti in spazi temporali strettissimi, in uno alla compressione di altre rilevanti esigenze processuali (quali la necessità per il giudice di fondare il proprio convincimento su una *plena cognitio*), impone una lettura rigorosa della norma dell'art. 700 cit.. La procedura d'urgenza, in definitiva, è ammissibile solo laddove vi sia un *quid pluris* che si aggiunga alla mera diminuzione patrimoniale, tale da determinare una situazione di intollerabile pericolo per i diritti costituzionalmente garantiti, del dipendente e della sua famiglia. In tal senso la presenza di elementi di minaccia giuridica ulteriori e qualificanti deve essere allegata e provata con riferimento allo specifico caso concreto, non potendosi in caso contrario giustificare il ricorso ex art. 700 sulla base di formule generalizzanti implicanti l'idea di un danno *in re ipsa*.

#### 4. I presupposti della tutela d'urgenza

I presupposti per il riconoscimento della tutela cautelare d'urgenza sono

a) fumus boni iuris

b) periculum in mora

Essi devono necessariamente coesistere per il riconoscimento della misura. La carenza di uno di essi esonera il giudice, per i principi generali di economia dei mezzi giuridici, di procedere al sindacato dell'altro.<sup>25</sup> Quantunque non sia disciplinato l'ordine della questioni da trattare generalmente si fa riferimento al requisito il cui accertamento è immediato, o comunque più celere, considerata anche la natura sommaria dell'accertamento, che è il periculum, la cui assenza esclude un sindacato sul fumus, anche per non condizionare l'esito del giudizio finale di merito.

##### a) **Fumus boni iuris**

E' la **fondatezza probabile della posizione giuridica che si intende azionare in via ordinaria**<sup>26</sup>. Come evidenziato dalla Corte Costituzionale, sent. 326/1997, il fumus non può concretizzarsi in una *“valutazione probabilistica circa le buone ragioni dell'attore che non porta ad esprimere una valutazione contenutistica su fatti che hanno rilevanza rispetto al giudizio di merito”*, questa interpretazione spiegherebbe anche la continuità tra il giudice della fase cautelare e quello del merito. Il carattere probabilistico del diritto che si intende perseguire mediante il provvedimento d'urgenza non implica, laddove l'accertamento istruttorio sia complesso, l'inammissibilità astratta della forma procedimentale perché, come statuito dall'art. 669 sexies c.p.c. il giudice, al fine di verificare la probabile fondatezza del diritto, può assumere sommarie informazioni e comunque procedere agli *“atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto”*; in altri termini la complessità della fattispecie fa decrescere le probabilità di ottenere la misura richiesta.

Il fumus deve, quindi, essere vagliato sempre in termini di verosimiglianza onde evitare che la decisione di merito sia un duplicato di quello cautelare. Per questo motivo è stato rimarcato che, nei casi in cui vi sia un'istruttoria complessa, vi è minor possibilità di conseguire la misura,

---

<sup>25</sup> E' stato, proprio in relazione all'ordine delle questioni e alla necessità di esaminare uno dei due presupposti della tutela in carenza dell'altro che *“il giudice – in considerazione delle modalità in cui sono articolati il rito del lavoro, improntato alla celerità della decisione, e la fase cautelare, caratterizzata da una procedura nella quale i tempi di difesa sono spesso ridotti ed il contraddittorio limitato – dovrà valutare la compresenza di entrambi i requisiti e, nel caso di insussistenza del fumus o del periculum, rigettare l'istanza cautelare, senza essere vincolato ad un ordine preciso di verifica degli stessi. La verifica della insussistenza di uno degli elementi indicati dall'art. 700 c.p.c., infatti, esclude la necessità di esaminare anche l'altro elemento, restando assorbita ogni ulteriore valutazione.”*

<sup>26</sup> La domanda deve vertere su un diritto suscettibile di essere tutelato anche in via ordinaria (trib. Roma, 27.1.2017).

atteso che trattasi di provvedimento “temporaneo”, che si consolida solo all’esito della decisione di merito.

#### **b) Periculum in mora**

Presupposto indefettibile per il ricorso alla tutela d'urgenza è **la minaccia del diritto vantato, cagionata da un pregiudizio imminente e irreparabile**. In altri termini il diritto vantato subirebbe una lesione irreversibile per effetto della decorrenza del tempo ordinario per lo svolgimento del giudizio. Il carattere irreversibile della lesione potenziale permea la irreparabilità del giudizio (ergo la difficoltà dell’esatto ripristino dello status quo ante).

Quanto invece all'imminenza essa oltre a rimarcare la necessità che il pericolo sia attuale, evoca anche la sua impellenza cioè è imminente un pregiudizio attuale a cui sia urgente porre rimedio. E' necessario che l'interprete proceda sempre alla verifica della sussistenza di questo presupposto che, con riferimento alla materia del lavoro, assume una peculiare caratterizzazione in quanto se è vero che il processo del lavoro ha tempi di definizione medi inferiori rispetto a quelli del processo ordinario di cognizione la tutela cautelare di cui all'articolo 700 cpc deve necessariamente soddisfare, proprio perché realizza un procedimento più rapido, un *quid pluris*, rappresentato in concreto dal pregiudizio irreparabile derivante dall'espletamento del rito ordinario.

Va precisato che parte dominante della giurisprudenza di merito attualmente ha adottato un approccio casistico nella valutazione del pregiudizio imminente e irreparabile, per cui lungi dal procedere a valutazioni astratte che si traducono poi di fatto in clausole di stile ripetitive con le quali si afferma l'esistenza o l'inesistenza del giudizio imminente e irreparabile, l'approccio è quello di valutare con riferimento al singolo caso concreto e, quindi, sulla base delle allegazioni di parte se lo stesso sussista o meno; ne deriva di conseguenza che la valutazione della irreparabilità del vanto deve essere compiuta in concreto tenuto conto del complesso di elementi che sono portati all'attenzione del giudicante, comprese le qualità e le situazioni personali connesse all'esercizio del diritto e purché in concreto irreparabili.

L'approccio risalente che professava l'esistenza di un *periculum in re ipsa*, oltre ad essere dissonante rispetto al precetto normativo che attribuisce al *periculum* i caratteri della imminenza e irreparabilità, ha anche il limite di rendere lo strumento della tutela d'urgenza non già speciale ma ordinario e, quindi, forma alternativa di tutela giurisdizionale ogni qualvolta, così come accade nel rapporto di lavoro sì al cospetto di un diritto fondamentale della persona.

Prima di passare alla trattazione “casistica” della giurisprudenza di merito per la comprensione della diversa valutazione del “*periculum*” in mora è opportuno affrontare la questione della

#### **Tempestività della domanda cautelare**

L'art. 700 c.p.c. non fissa termini di decadenza per l'esercizio dell'azione cautelare<sup>27</sup>, tuttavia non può non evidenziarsi che il dato normativo, attraverso l'attributo dell'"imminenza" del periculum e la sua connessione al "tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria" sembrerebbe suggerire che debba esservi quasi contestualità o comunque prossimità temporale ristretta tra la situazione pericolosa e l'azione cautelare.

Questa affermazione, valida in via di principio, non può essere assunta come assioma ma deve essere calata in relazione alla situazione giuridica soggettiva tutelanda, in quanto è ben possibile che una situazione "non pericolosa" in un certo momento, lo diventi proprio per effetto del protrarsi della condizione asseritamente lesiva posta in essere dal datore di lavoro (come accade ad esempio nel caso del demansionamento o o anche del mobbing che presuppongono una serie causale di plurimi atti datoriali per integrare la lesione a carico del prestatore di lavoro); in tali casi ciò che rileva ai fini del sindacato della tempestività è la percezione del rischio dell'evento lesivo.<sup>28</sup>

Diversa, invece, è l'ipotesi in cui il tempo per la proposizione dell'azione cautelare è dettato dalla peculiarità della condizione soggettiva dell'istante, per cui esso giammai potrà condizionare l'esistenza del periculum che si configurerà.<sup>29</sup>

Questa ricostruzione ci conferma che la valutazione del periculum in mora deve compiersi attraverso una valutazione "in concreto" delle circostanze dedotte dalle parti e tenuto conto, al contempo, della situazione giuridica soggettiva dedotta.

È interessante riportare sia pure sinteticamente la casistica della narrazione della valutazione del periculum in mora con riferimento alla situazione giuridica soggettiva tutelata e quindi con riferimento all'atto datoriale impugnato.

- 1) **Sanzioni disciplinari:** in quest'ambito sicuramente deve operarsi un distinguo tra sanzioni non conservative e conservative in termini di valutazione astratta, e poi concreta, del periculum in mora.

1.a) Con riferimento al **licenziamento** il lavoratore data la portata della sanzione disciplinare a carattere espulsivo non è sollevato da qualsivoglia prova ma deve dedurre e provare quelle che

---

<sup>27</sup> Per un approfondimento della questione si rinvia a Sapone, op. cit. 234.

<sup>28</sup> Trib. Roma 4 luglio 2002 secondo cui "Il trascorrere del tempo può far sì che una situazione non pericolosa in un certo momento, lo diventi per effetto del protrarsi della condizione assolutamente lesiva venutasi a creare." Di tenore analogo trib. Roma 28 dicembre 2010, conf. in sede di reclamo da trib. Roma 24 febbraio 2011, in Foro it., 2011, I, 1221, secondo cui "Il lungo tempo trascorso tra l'atto datoriale e la reazione del lavoratore può costituire sintomo dell'assenza di una specifica urgenza in relazione agli atti che producono in maniera istantanea i loro effetti, ma non anche nei confronti di comportamenti omissivi destinati a protrarre nel tempo l'illecita della condotta come appunto il demansionamento."

<sup>29</sup> Trib. SMCV, 9 aprile 2024. Caso di una suora di clausura beneficiaria di una prestazione assistenziale, revocata dall'INPS per mancata presenza a visita di revisione, mai comunicata dall'Ente, a gennaio 2022 e propone ricorso a dicembre 2023. Si legge nell'ordinanza, proprio con riferimento al periculum "la circostanza del decorso del tempo dalla data di sospensione dell'erogazione della pensione dovendosi valutare tale elemento alla luce della peculiarità della situazione soggettiva in cui si trova la ricorrente che è suora di clausura..."

sono le conseguenze prodotte dal provvedimento espulsivo sia sulla sfera personale che patrimoniale.<sup>30</sup>

In ordine al profilo non patrimoniale potrà allegare un danno alla salute o anche una lesione grave della reputazione mentre in ordine al profilo patrimoniale dovrà allegare e provare l'inesistenza di altre fonti di reddito e la inidoneità del trattamento di fine rapporto a garantire a se stesso e alla propria famiglia un tenore di vita dignitoso, così come prescritto dall'articolo 36 della costituzione<sup>31</sup>; con la conseguenza che anche la perdita della retribuzione *ex se* non può mai permeare il periculum in mora ma è necessario che siano dedotti e provati ulteriori elementi idonei a qualificare la situazione di pregiudizio, nella quale versa o dovrebbe versare il ricorrente, anche se economico, irreparabile.

Recentemente il tribunale di Milano ha riconosciuto con ordinanza del 20 agosto 2023 l'ammissibilità della tutela cautelare per un whistleblower e, al contempo riconosciuto anche le retribuzioni ritenendo la sussistenza del pregiudizio economico sulla base di indici presuntivi, dettati dal caso concreto.<sup>32</sup>

L'ordinanza in commento, all'esito di uno scrutinio necessariamente sommario e sulla base dell'ampia documentazione in atti, accoglie totalmente le istanze del lavoratore disponendo la sospensione sia della delibera del Consiglio di Disciplina inerente la destituzione dal servizio sia di quella concernente la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, disponendo non solo l'immediata reintegra in servizio ma, al fine di garantire effettivamente la sfera patrimoniale-reddituale del ricorrente, anche la corresponsione di tutte le retribuzioni maturate e non corrisposte nel periodo di sospensione cautelare decorrente dall'11 febbraio 2022 fino alla data

---

<sup>30</sup> Deve ritenersi ormai superato quell' orientamento dominante sino ai primi anni 90 secondo il quale il periculum fosse in re ipsa.

<sup>31</sup> Il pregiudizio economico essendo per sua natura risarcibile, è privo del carattere della irreparabilità, potendo concretare un pregiudizio imminente ed irreparabile in quanto la retribuzione costituisca l'unica fonte di sostentamento per il lavoratore e per la sua famiglia. Ne consegue che è diffusa ormai la tendenza a qualificarlo laddove, in presenza di un nucleo familiare, il lavoratore allegghi e provi l'inesistenza di altre fonti di reddito nell'ambito del proprio nucleo familiare e comunque la mancanza di altra attività lavorativa (vedi ad esempio trib. Torino 5 agosto 2009; trib. Milano 28 gennaio 2009).

<sup>32</sup> Come si legge nella nota a cura di D. Tambasco in *Ius lavoro*, 25 agosto 2023 nel caso di specie "il *whistleblower* dipendente di un'azienda di trasporti, aveva ripetutamente segnalato (prima in via informale, poi attraverso i canali ufficiali di segnalazione) l'esistenza di una truffa ai danni dell'azienda, consistente nella stampa di un ingente quantitativo di titoli di viaggio non contabilizzati, rivenduti da alcuni sportellisti incassando indebitamente i relativi importi, oltre alle volute inerzie di taluni dirigenti aziendali a fronte di quanto da tempo denunciato dal lavoratore. Pochi mesi dopo le formali segnalazioni aveva inizio un'incessante serie di contestazioni disciplinari (quattro), di denunce penali (due), di sospensioni dal servizio e dalla retribuzione (due) a danno del lavoratore, sino ad arrivare all'irrogazione di ben tre destituzioni dal servizio. Ottenuto l'annullamento della prima destituzione e la correlativa reintegra giudiziale, il dipendente veniva nuovamente sospeso dalla retribuzione e dal servizio a seguito di un provvedimento di riattivazione degli altri due procedimenti disciplinari pendenti, a cui facevano seguito due nuovi provvedimenti di destituzione dal servizio, irrogati rispettivamente per l'asserita attribuzione al dipendente di una lettera anonima contenente accuse nei confronti di alcuni dirigenti e per gli esiti di un accertamento effettuato sull'hard disk del computer a sua disposizione. I provvedimenti, impugnati dapprima dinanzi al Consiglio di Disciplina ai sensi della speciale procedura prevista dal R.d. n. 148/1931 per gli autotrenoferrotranvieri (con la conferma della destituzione solo per il primo provvedimento e la derubricazione a sospensione per dieci giorni dal servizio e dalla retribuzione con riguardo alla seconda sanzione disciplinare), venivano entrambi opposti in via cautelare d'urgenza dinanzi al Tribunale di Milano."

della reintegra. Il tribunale ha, infatti, evidenziato che non è opinabile che un lavoratore percipiente un reddito medio, coinvolto in una vicenda giudiziaria della durata di cinque anni e mezzo, privato del lavoro e della retribuzione per un arco di tempo di oltre quattro anni e mezzo e destinatario di un provvedimento di destituzione illegittima accertata in sede giudiziaria, si trovi in una condizione di dissesto economico e di disagio psico – fisico, proprio sulla base di indici **gravi, precisi e concordanti** (reddito, deprivazione della retribuzione per un certo lasso temporale, provvedimenti giudiziari pregressi vittoriosi).

Sicuramente l'abolizione del rito c.d. fornero, che si poneva come tipico per l'azione di reintegra, determinerà nuovamente un ritorno in auge della tutela cautelare con riferimento ai licenziamenti ma la portata del neointrodotta art. 441 bis c.p.c., allo stato, non ha fatto registrare un "ritorno al passato" perché, sia la previsione della trattazione accelerata, sia la portata del co. 3 della citata disposizione che contempla la "possibilità" di ridurre ulteriormente i tempi di fissazione e, quindi, di trattazione "tenuto conto delle circostanze esposte nel ricorso" da parte del giudice impone, laddove tali condizioni si siano realizzate, un obbligo per la parte che intenda azionare comunque la domanda cautelare di qualificare ulteriormente l'imminenza e irreparabilità del pregiudizio che i tempi di fissazione di cui all'articolo 441 bis non possono scongiurare.<sup>33</sup>

1.b) **Sanzioni conservative.** Laddove siano impugnate attraverso il provvedimento d'urgenza sanzioni disciplinari a carattere conservativo la valutazione del *periculum* generalmente implica, salvo che vi siano profili di natura patrimoniale, la disamina di profili attinenti la persona del lavoratore per cui esso potrà ritenersi integrato allorquando siano compromessi i profili della professionalità e della reputazione nonché quelli integrati la dimensione psico-fisica.<sup>34</sup>

Ci si chiede se il sindacato dell'autorità giudiziaria sia incentrato esclusivamente sulla sanzione impugnata e quindi il contenuto del provvedimento d'urgenza sia di mero accertamento della legittimità/illegittimità della sanzione disciplinare, così come irrogata, oppure possa avere una incidenza sulla stessa.

---

<sup>33</sup> Tale previsione, quanto ai profili organizzativi dell'ufficio giudiziario deve essere coordinata con l'art. 144 quinquies disp. att. c.p.c.

<sup>34</sup> Trib. Alessandria, 19.01.2022: sospensione del dipendente per omesso vaccino COVID-19 "Il presupposto principale per poter dar corso a tutela cautelare anticipatoria d'urgenza, ai sensi dell' art. 700 c.p.c., è costituito dalla prova rigorosa che, nel tempo occorrente per ottenere la decisione di merito, il diritto sia minacciato concretamente ed attualmente da un pregiudizio imminente ed irreparabile.

La mera perdita della retribuzione non concretizza di per sé il pregiudizio imminente ed irreparabile, trattandosi sempre di danno risarcibile *ex post*, con la conseguenza che il lavoratore che agisce in via d'urgenza deve allegare e provare le circostanze di fatto in relazione alle quali il provvedimento di sospensione della retribuzione produce, in concreto, effetti lesivi di carattere irreparabile che non possono ritenersi insiti nella mera perdita della retribuzione."

Trib. Smcv, ord. 22.04.2022 in cui il provvedimento di declaratoria di illegittimità della sospensione è seguito da ordine di riammissione in servizio anche con diverse mansioni.

In altri termini allorché il giudice valuti la sproporzione ci si chiede se possa incidere variando dal punto di vista qualitativo e/o quantitativo la sanzione.

-Sicuramente parte della giurisprudenza di merito ritiene che il giudice possa, laddove ritenga sproporzionata la sanzione rispetto alla gravità dei fatti commessi, procedere ad una riduzione della durata della stessa.<sup>35</sup>

-Secondo altro orientamento il giudice può anche procedere alla sostituzione di una sanzione massimamente afflittiva come il licenziamento con altra meno afflittiva, tale sostituzione non implica una incidenza indebita sulla discrezionalità del datore di lavoro, atteso che se il datore di lavoro avesse conosciuto la illegittimità parziale della sanzione inflitta avrebbe provveduto di conseguenza irrogando la sanzione di minore impatto.<sup>36</sup>

- Secondo un altro orientamento, che potremmo definire mediano, il potere di incidere sulla sanzione disciplinare andrebbe limitato ai soli casi di variazione quantitativa della sanzione non potendo al contrario darsi luogo ad alcuna sostituzione, salvo apposita domanda da parte del datore di lavoro (cfr. Cass. 8910/2007), nel caso in cui si discuta di sanzioni strutturalmente eterogenee.<sup>37</sup>

## 2) Trasferimento.

Nel caso di trasferimento irrogato ai sensi dell'articolo 2103 c.c. co. 8, il lavoratore potrà procedere all'impugnativa del provvedimento, attraverso il ricorso d'urgenza, allegando un pregiudizio qualificato consistente nella deduzione, e quindi nella prova, dello sradicamento personale, familiare e sociale. Il pregiudizio sotteso al trasferimento illegittimo parte dalla delimitazione della nozione di unità produttiva e quindi dalla individuazione della stessa. Se il mutamento del luogo geografico di esecuzione della prestazione avviene nell'ambito della medesima unità produttiva non si potrà discutere, infatti, di trasferimento e, quindi, l'eventuale ricorso d'urgenza proposto sarà respinto.

Il concetto di unità produttiva postula il carattere autonomo dell'articolazione aziendale, sotto il profilo funzionale e finalistico, idoneo a esplicare in tutto o in parte l'attività dell'impresa stessa anche in presenza di più stabilimenti o uffici dislocati all'interno di zone diverse del medesimo comune (cfr. Cass. n. 6117/2005).

Il *periculum* fondante l'urgenza in questi casi sarà ravvisabile nel pregiudizio alla vita familiare e di relazione stante la lontananza tra le sedi lavorative, implicante peraltro anche maggiori costi, determinante una progressiva alterazione sino anche alla perdita della vita di relazione o comunque impossibilità di procedere alla cura e tutela dei figli.<sup>38</sup> Premessa anche in questi casi

---

<sup>35</sup> Trib. Brindisi 7 aprile 2010.

<sup>36</sup> Trib. Benevento 4 luglio 2001.

<sup>37</sup> N. Sapone, La tutela cautelare nelle controversie di lavoro, 2012, 18.

<sup>38</sup> In questi termini si vedano Trib. Roma 26 gennaio 2000, trib. Milano 28 maggio 2003, trib. Siena 17 giugno 2003, trib. Benevento 28 luglio 2004, Trib. Bari 10 aprile 2008.

la deduzione specifica il giudice valuterà caso per caso, non essendo comunque configurabile un risarcimento per equivalente.<sup>39</sup>

### 3) Demansionamento, dequalificazione

Nel caso di adibizione del prestatore a mansioni inferiori, ex art. 2103 c.c., il pregiudizio fondante la tutela cautelare è costituito dal cd. danno alla professionalità, non altrimenti risarcibile, rappresentato dal depauperamento delle competenze professionali (rapido con riferimento alle professioni scientifiche, tecniche, giornalistiche<sup>40</sup>) per l'adibizione a mansioni inferiori e nel discredito che sullo stesso si costruisce nell'ambito della vita di relazione – professionale in particolare che dovrà essere compiutamente allegato e provato.

Quanto al depauperamento esso si realizza ogniqualvolta si è in presenza di mansioni specializzate che richiedono un costante aggiornamento e che, se non svolte, determinano una perdita di professionalità<sup>41</sup>, incidono sulla vita di relazione con i colleghi o, addirittura, possano avere anche ripercussioni sulla salute del lavoratore. Tra le tante si segnala il caso di un sanitario: il **distacco del medico chirurgo** dalla pratica operatoria per oltre un anno, comportando il suo allontanamento professionale e tecnico dalla realtà della medesima e nel contempo l'impossibilità di documentare nel futuro titoli adeguati a un ordinario progresso di carriera, secondo il tribunale era idoneo a integrare i requisiti sia della fondatezza (cosiddetto *fumus boni iuris*) che del pericolo di un pregiudizio irreparabile (ovvero il *periculum in mora*) ex art. art. 700 c.p.c. (Trib. Catania, 28 maggio 2012, n. 85);

### 4) Lesione dell'art. 2087 c.c.

La tutela d'urgenza può essere utilizzata, in via astratta, anche per inibire condotte datoriali contrastanti con il generale precetto dell' art. 2087 c.c. La casistica in tale ambito non è particolarmente ricca perché l'accertamento del fumus implica un approfondimento istruttorio difficilmente realizzabile con la tutela d'urgenza. In queste ipotesi, quindi, la residualità dello strumento impone un *periculum in mora* ancora più qualificato e comunque un fumus che, spesso, sia desumibile dalla vicenda fattuale e/o processuale. Numerosi gli esempi:

- E' stato disposto l'ordine di cessazione delle condotte e l'annullamento dei relativi atti nel caso di *mobbing* iniziato un anno e mezzo prima e di trasferimento irrogato due mesi prima del deposito del ricorso ex art. 700 c.p.c. (Trib. Bari, ord. 29 settembre 2000);

---

<sup>39</sup> Cass. n. 11527/2013.

<sup>40</sup> Interessanti sul punto trib. Roma 28 dicembre 2010, in FI 2011, I, p. 601.

<sup>41</sup> Si vedano trib. Pordenone 21 ottobre 2000, in Lavoro nella giurisprudenza 2001, p. 363;

- è stata riconosciuta la tutela cautelare in una vicenda di totale inattività lavorativa, unita a comportamenti del datore di lavoro offensivi e denigratori, per la necessità di evitare un pregiudizio grave e irreparabile ai diritti di cui agli artt. 2103 e 2087 c.c. In questo caso il tribunale ha riconosciuto l'esperibilità del rimedio *ex art.* 700 c.p.c. sul presupposto che la totale inattività del lavoratore accompagnata dall'adozione di comportamenti del datore di lavoro offensivi e denigratori fosse senz'altro suscettibile di dar luogo a un pregiudizio grave e irreparabile, che legittima la concessione del provvedimento d'urgenza al fine di ottenere la reintegrazione del lavoratore nelle mansioni precedentemente svolte e la cessazione della condotta illecita del datore di lavoro (Trib. Venezia, ord. 26 gennaio 2001);

- è stato, in sede di urgenza, ravvisato il dovere da parte del datore di lavoro di intervenire rimuovendo una situazione non più tollerabile all'interno dell'ufficio, rappresentata dal *bossing* attuato da un dirigente sovraordinata nei confronti di una dipendente, vittima di una dequalificazione prolungata. Ne è derivata l'emissione, *ex artt.* 2087 c.c. e 700 c.p.c., dei provvedimenti inibitori necessari ad impedire al dirigente qualsiasi azione nei confronti della vittima e ad assicurare, per quanto possibile, che la stessa potesse ritornare in servizio evitando in questo modo un aggravamento nella lesione della sua personalità fisica e morale (Trib. Lecce, ord., 31 agosto 2001).

### **5) Violazione del patto di non concorrenza**

In questi casi l'accesso alla tutela d'urgenza è effettuato del datore di lavoro.

-La giurisprudenza di merito dominante ritiene che ai fini dell'integrazione del *periculum in mora* il datore di lavoro deve dimostrare non solo lo svolgimento da parte del lavoratore di una attività lavorativa in concorrenza ma anche un ulteriore danno rappresentato dalla eventuale perdita irreversibile di competitività sul mercato per effetto della violazione di tale patto<sup>42</sup>.

-Altra parte della giurisprudenza di merito ritiene che ai fini della valutazione della sussistenza del *periculum in mora* non sia necessaria la prova dello sviamento della clientela ma esclusivamente quella della violazione del patto stesso.<sup>43</sup>

## **5. Contenuto del provvedimento d'urgenza**

---

<sup>42</sup> Trib. Milano, 20.12.2002

<sup>43</sup> Trib. Milano 17 dicembre 2001, trib. Ferrara 9 settembre 2002.

In ordine al **CONTENUTO** del provvedimento d'urgenza, il tenore della disposizione statuisce che essi siano *“idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”*. Possono pertanto essere:

- Conservativi: se, appunto, lasciano immutato lo stato di fatto su cui è destinata ad intervenire la decisione finale (es. sospensiva di un provvedimento di trasferimento; di una sanzione disciplinare conservativa, ammissione con riserva ad una procedura selettiva, etc.)
- Anticipatori: se, appunto, anticipano, provvisoriamente, gli effetti della decisione di merito (es. reintegra nel posto di lavoro, accertamento del diritto all'assunzione nel caso di cambio appalto, etc.).

In tale ultima ipotesi è inevitabile procedere ad un distinguo tra

**a) azione di condanna,**

**b) azione di accertamento,**

**c) azione costitutiva**

**A) Le pronunce anticipatorie aventi ad oggetto una condanna pongono problemi nelle ipotesi di facere infungibile.**

Al riguardo si sono sviluppati due orientamenti:

a.1) il primo più risalente che partendo dalla ineseguitabilità in forma specifica del facere infungibile ritiene inammissibile tale forma di cautela, considerata anche l'impossibilità di esperire misure coercitive indirette.<sup>44</sup>

a.2) il secondo orientamento, attualmente maggioritario, partendo dal dato secondo cui l'infungibilità del facere incide, esclusivamente, sulle modalità di attuazione ed è, quindi, un *posterius logico*<sup>45</sup> rispetto alla fissazione della prestazione, lo riconosce sempre rimarcando l'autonomia tra il momento della cognizione di condanna e quello dell'esecuzione.<sup>46</sup>

Quanto **alla condanna del datore alla reintegra del lavoratore nel posto di lavoro**, nonostante l'evoluzione della disciplina sostanziale, l'abrogazione del rito ci consente di rispolverare, ferme le considerazioni sopra esposte in ordine all'art. 441 bis c.p.c., le questioni che erano state in precedenza poste.

---

<sup>44</sup> Trib. Firenze 30.10.2000, trib. Napoli 13.04.2002, trib. Roma 12.09.2002.

<sup>45</sup> Trib. Palermo 6 giugno 2003, in rivista italiana di diritto del lavoro, 2004, II, p. 246, nt. Amadei. Secondo tale ricostruzione la fase dell'esecuzione forzata è eventuale e patologica rispetto alla sentenza di condanna e ricorre solo in caso di persistente inadempimento dell'obbligato condannato.

<sup>46</sup> Trib. Roma 24 febbraio 2011; Trib. Roma 20 febbraio 2003

- 1) La condanna alla reintegra del lavoratore nel posto di lavoro reca anche l'indicazione delle retribuzioni intercorrenti tra il licenziamento e la reintegra oltre alla contribuzione oppure esclusivamente quelle maturate dalla data di notifica del provvedimento di reintegra?

La giurisprudenza di legittimità è stata granitica nel ritenere che *“il provvedimento d'urgenza con cui si ordina la reintegrazione nel posto di lavoro di un lavoratore il cui licenziamento appaia illegittimo non ha necessariamente contenuto ed efficacia analoghi a quelli di un ordine di reintegrazione emesso ai sensi dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 con la sentenza di merito e che quando, come nella specie, l'ordine di ripristino del rapporto intervenga in via d'urgenza a seguito di denuncia di illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, il provvedimento assicura in via provvisoria la ripresa del lavoro e della relativa retribuzione, ma non vale ad accertare l'obbligo datoriale del pagamento della retribuzione maturata nel periodo intermedio, onde deve ritenersi che il suddetto provvedimento cautelare sia inidoneo a fondare la domanda di tali retribuzioni azionate dal lavoratore in sede monitoria”, questo perché i provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. hanno di norma il carattere dell'atipicità, nel senso che vanno adottati, secondo le circostanze, allo scopo di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito ma non devono necessariamente anticipare il prevedibile contenuto della medesima.*<sup>47</sup>

L'eventuale mancata conferma in sede di merito del provvedimento cautelare ha, quale conseguenza, il travolgimento anche della statuizione risarcitoria perché, dichiarata la legittimità del licenziamento, le somme erogate a titolo risarcitorio saranno ripetute.<sup>48</sup>

- 2) L'esercizio del diritto di opzione di cui al co. 5 dell'art. 18 l.300/70, poi co.3 nella versione della l. 92/2012 e oggi affiancato dall'art. 2 co. 3 del d.lgs. 23/2015, a seguito della reintegra disposta anche in via cautelare determina l'estinzione del rapporto o la pronuncia di merito può travolgere il suo eventuale esercizio?

L'intervento della Cass. a SU, con sent. 18353/2014, che ha ricostruito la natura del diritto di opzione e le conseguenze del suo esercizio ci consente di affermare, senza timore di smentita, che esso è idoneo a produrre effetti irreversibili sul rapporto che, quindi, si estingue.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Cass. n. 12767/2004; Cass. 25246/2010; Cass. 25247/2010.

<sup>48</sup> Cass. n. 3509/2004; Cass. n. 26627/2006; Cass. n. 15251/2014. Per approfondimento si veda Bulgarini d'Elci, nota a Cass. 3509/2004, in Rivista critica del lavoro, n. 3 del settembre 2004.

<sup>49</sup> La sentenza delle SU così massimata *“In caso di licenziamento illegittimo, ove il lavoratore, nel regime della cosiddetta tutela reale (nella specie, quello, applicabile "ratione temporis", previsto dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nel testo anteriore alle modifiche introdotte con la legge 28 giugno 2012, n. 92), opti per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 18, quinto comma, cit., il rapporto di lavoro, con la comunicazione al datore di lavoro di tale scelta, si estingue senza che debba intervenire il pagamento dell'indennità stessa e senza che permanga - per il periodo successivo in cui la prestazione lavorativa non è dovuta dal lavoratore né può essere pretesa dal datore di lavoro - alcun obbligo retributivo. Ne consegue che*

Nel caso in cui, tuttavia, la parte eserciti tale facoltà non all'esito dell'adozione della misura cautelare della reintegra in suo favore ma, successivamente, all'esito del merito non vi è unanimità in giurisprudenza.<sup>50</sup>

### **C) Le pronunce cautelari anticipatorie con contenuto costitutivo hanno diviso gli interpreti, quanto all'ammissibilità**

c.1)il primo orientamento, di segno negativo, parte dal dato secondo cui la posizione giuridica soggettiva sorge solo a seguito della sentenza di merito. In altri termini l'art. 700 c.p.c. postula l'attualità del diritto cautelando che, nella specie, non sussiste essendo subordinato alla pronuncia costitutiva.<sup>51</sup> E' riconducibile a tale ricostruzione quella giurisprudenza che esclude la tutela cautelare per far dichiarare la parte obbligata a concludere un contratto ex artt. 2932 c.c.<sup>52</sup>

c.2)il secondo orientamento, di segno positivo, ormai dominante, parte dall'assunto secondo cui la costituzione del nuovo rapporto postula sempre una collaborazione del datore di lavoro che deve adempiere riconoscendo il diritto (posto dalla legge o dal contratto) all'assunzione. Nei casi di mancato adempimento datoriale il giudice interviene accertando l'inadempimento, come si ha, ad esempio, nel caso di "passaggio di cantiere" ove lo strumento cautelare è

---

l'obbligo avente ad oggetto il pagamento della suddetta indennità è soggetto alla disciplina della "mora debendi" in caso di inadempimento, o ritardo nell'adempimento, delle obbligazioni pecuniarie del datore di lavoro, con applicazione dell'art. 429, terzo comma, cod. proc. civ., salva la prova, di cui è onerato il lavoratore, di un danno ulteriore" è stata poi confermata anche da Cass. 20317/2015, anche con riferimento all'evoluzione normativa del diritto di opzione vedi ad esempio Cass. 16024/2018.

<sup>50</sup> Secondo Cass. n. 6005/1998 "La reintegrazione nel posto di lavoro disposta in sede cautelare diverge dal provvedimento, solo apparentemente analogo, rappresentato dall'ordine di reintegrazione impartito con la sentenza che annulla o dichiara inefficace o nullo ai sensi dell'art. 18 legge n. 300 del 1970 il licenziamento, posto che l'art. 700 cod. proc. civ. non impone al giudice di adottare un provvedimento corrispondente a quello che prevedibilmente sarà il contenuto della sentenza, ma solo di emettere i provvedimenti più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito; ne consegue che la facoltà riconosciuta al lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva di cui al quinto comma dell'art. 18 legge cit. non può ritenersi consumata per effetto della richiesta di provvedimento cautelare di reintegrazione, ne' per effetto della ripresa del lavoro conseguente al provvedimento stesso, ne' per il protrarsi delle prestazioni anche dopo l'emanazione della sentenza di reintegrazione e per il periodo previsto dal citato articolo 18 ai fini dell'esercizio del diritto di opzione." Se si parte, invece, dal principio espresso da Cass.n. 24350/2010 secondo cui "La disposizione dell'art. 18, quinto comma, legge n. 300 del 1970, stabilita per le sentenze che dispongono la reintegrazione, deve intendersi analogicamente estesa anche ai provvedimenti cautelari di eguale contenuto, non rilevando in senso contrario, la circostanza che ad essi non sia seguito il giudizio di merito; ne consegue che, nell'ipotesi in cui il lavoratore, licenziato e successivamente reintegrato con provvedimento d'urgenza, non riprenda il lavoro nel termine di trenta giorni dal ricevimento dell'invito in tal senso rivolto dal datore di lavoro (ovvero nel diverso termine indicato nel suddetto provvedimento), il rapporto deve ritenersi risolto, con preclusione dell'esercizio di opzione per l'indennità sostitutiva" deve, poi, definitivamente affermarsi che il mancato esercizio previo dell'opzione anche nella fase cautelare, "consuma" il potere di esercizio della parte.

<sup>51</sup> Trib. Genova 18 luglio 1996, Rivista critica di diritto del lavoro, 1997, nt. Pirelli. L'esempio riportato era quello di un bando di concorso per l'assunzione di personale ferroviario che prevedeva, concluso l'iter di formazione della graduatoria, un'ulteriore manifestazione di volontà da parte dei candidati. Trib. Bari 10 maggio 2012 che esclude la tutela atipica nel caso di pronuncia costitutiva partendo dal dato secondo cui il provvedimento ex 700 c.p.c. produrrebbe l'effetto anomalo della costituzione della situazione giuridica soggettiva.

<sup>52</sup> Ex multis trib. Ttrib. Salerno, 2.12.2004; trib. Torino, 21.07.2003.

impiegato in via strumentale, non già ad un'azione costitutiva (art. 2932 c.c.) bensì ad un'azione di condanna del datore di lavoro all'assunzione del lavoratore pretermesso.<sup>53</sup>

Diverso è il caso in cui mediante lo strumento cautelare si richieda un provvedimento che tenga luogo del contratto non concluso (art. 2932 c.c.).

La questione è stata posta con riferimento all'ammissione al lavoro di invalidi avviati obbligatoriamente. In quest'ambito la disciplina dell'avviamento obbligatorio, come concepita dalla l. 68/99, mira all'integrazione sociale del disabile non ristorabile economicamente per cui la tutela in forma specifica deve sicuramente essere privilegiata. Vigendo la disciplina dell'avviamento di cui alla l. 482/68 sicuramente il diritto al contratto di lavoro era legittimamente azionabile ai sensi dell'articolo 2932 c.c.<sup>54</sup> nei casi in cui l'avviamento decretasse non solo l'obbligo del datore di lavoro di stipulare il contratto ma anche le mansioni e il trattamento economico, regime che è previsto, ai sensi della l. 113/1985, ad esempio, per i centralisti non vedenti in quanto è la legge che detta il contenuto negoziale quanto a qualifica, mansioni e trattamento economico- normativo del lavoratore avviato, per cui non vi è alcuna manifestazione di volontà, quindi disponibilità, da parte degli stessi.<sup>55</sup> In tutti quanti gli altri casi, invece, la misura cautelare potrà accertare l'obbligo datoriale di stipula del contratto ma non integrare una costituzione automatica e, quindi, autoritativa, dello stesso, con la conseguenza che la tutela possibile è quella risarcitoria per equivalente (risarcimento del danno

---

<sup>53</sup> trib. Marsala 18 11.2004; trib. Milano 14.08.1995. Personalmente, valutati i profili contrattuali decretanti il diritto all'assunzione mi limito a dichiararlo in presenza dei presupposti ma non condanno giammai alla stipula del contratto. Il provvedimento, quindi, più che essere di condanna è di accertamento dell'inadempimento datoriale e, quindi, del diritto del lavoratore all'assunzione. Per un approfondimento della questione sia consentito rinviare a D. Buoncrisiani, *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione degli appalti labour intensive*, in RIDL 2007, p. 165 ss.

<sup>54</sup> la richiesta di avviamento al lavoro da parte del datore di lavoro era periodica e soprattutto specifica in quanto si inseriva in un prospetto in cui erano dettagliate una serie di informazioni quali ad esempio le mansioni disponibili per il disabile; Il dettaglio di queste informazioni rendeva sicuramente compatibile la pronuncia di condanna datoriale con una il postulato dell'articolo 2932 codice civile. La Cass., si veda per tutte la sentenza n. 479/79 sosteneva che "Dal complesso delle norme di cui alla legge 2 aprile 1968 n 482, sulla disciplina generale delle assunzioni obbligatorie presso le pa e le aziende private, deriva, con il correlativo diritto del lavoratore, un Obbligo di assunzione per il datore di lavoro, a seguito di avviamento al lavoro da parte degli uffici del lavoro, alla cui inosservanza puo conseguire per l'adempimento in Forma specifica la sentenza costitutiva a norma dell'art 2932 cod civ, poiche questa norma, prospettando l'ipotesi della renitenza di un obbligato alla conclusione di un contratto, non distingue fra Obbligo di derivazione contrattuale o legale, e giacche e la stessa legge del 1968 che considera l'obbligazione del datore di lavoro suscettibile di esecuzione con la pronuncia giudiziale. "

<sup>55</sup> Cass. n. 15913/2004 secondo cui "In tema di collocamento obbligatorio, in caso di legittimo avviamento di centralinista privo della vista, la cui assunzione sia indebitamente rifiutata dal destinatario dell'obbligo di assumerlo, il Giudice, se richiestone, deve applicare l'art. 2932 cod. civ. e rendere tra le parti sentenza che produca in forma specifica gli effetti del contratto non concluso, trattandosi di fattispecie possibile e non esclusa dal titolo, atteso che sono prestabiliti dalla legge n. 113 del 1985, in tema di disciplina del collocamento al lavoro e del rapporto di lavoro dei centralinisti non vedenti, la qualifica, le mansioni e il trattamento economico e normativo del lavoratore avviato, ivi compresa l'indennità legale di mansione, mentre assume carattere residuale il risarcimento economico (art. 1223 e ss cod. civ.) destinato ad assicurare l'integrale soddisfazione del diritto del centralinista, indebitamente pretermesso dalla prestazione lavorativa per l'inadempimento del datore di lavoro."; per un approfondimento della questione si rinvia alla nota di Capurro in *Rivista Critica di di diritto del lavoro*, 2004, p. 881.

parametrato alla retribuzione per il tempo dell'inadempimento dell'obbligo legale di assunzione).<sup>56</sup>

B) In caso di pronunce aventi ad oggetto un accertamento non si pongono problemi se non quelli correlati alla relazione di strumentalità rispetto al merito che potrebbero riversarsi sulla valutazione del periculum in mora.

## **7. Questioni di rito: profili di specialità**

### **Il procedimento e le sue fasi**

La domanda - Art. 669 bis c.p.c.

*La domanda si propone con ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente*

Se la domanda cautelare è proposta unitamente al merito generalmente il ricorso presenta la struttura di cui all'articolo 414 del codice di rito e nell'ambito dello stesso vi sarà la deduzione e allegazione del periculum in mora e le conclusioni inerenti l'istanza cautelare richiesta.

E' probabile anche che la parte proponga un ricorso cautelare ante causam; in questo caso la domanda dovrà, dal punto di vista strutturale, presentare gli elementi di cui all'articolo 125 c.p.c. e, in tal caso, si pone il problema se in presenza di una nullità dell'atto introduttivo relativa al petitum o alla causa petendi possa essere sanata ai sensi del 164 c.p.c.

Secondo parte dell'orientamento giurisprudenziale le ragioni d'urgenza che sottendono il rito cautelare suggeriscono la inconfigurabilità della sanatoria e quindi la declaratoria di nullità.<sup>57</sup>

La strumentalità attenuata tra il provvedimento anticipatorio e il giudizio di merito ci impone di affrontare la questione del se sussista o meno l'obbligo per ricorrente di indicare nel ricorso proposto ante causam, ai fini della sua stessa ammissibilità, gli elementi di individuazione della proponenda azione per il merito.

a) Secondo una parte dell'orientamento giurisprudenziale nel ricorso devono essere indicati, a pena di nullità o inammissibilità dello stesso, non soltanto la causa petendi il petitum ma anche le conclusioni specifiche della causa di merito.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Corte di appello di Milano, 6 ottobre 2004.

<sup>57</sup> Già controversa nel merito, la possibilità di sanatoria del ricorso in materia di lavoro, essa va esclusa sicuramente allorquando è azionata una tutela urgente. Cfr. Trib. Roma 22 aprile 2016.

<sup>58</sup> Trib. Modena, 5 giugno 2015; trib. Catania, 12 giugno 2001; trib. Nola, 29 luglio 2011, in Redazione Giuffrè, interessante perché riferita alle misure conservative, essa statuisce che “qualora la richiesta di tutela cautelare venga proposta ante causam, ossia prima dell'inizio del giudizio di merito, il ricorso deve indicare, tra l'altro, anche la causa di merito cui è strumentalmente coordinato l'incardinamento procedimento cautelare e virgola tale indicazioni, è fondamentale virgola non solo per l'individuazione del giudice competente ma anche per definire il giudizio che parte ricorrente all'onere di iniziare nel termine perentorio fissato dal giudice ex art. 669

b) Secondo altra parte della giurisprudenza di merito<sup>59</sup> è sempre necessario indicare le conclusioni che saranno oggetto della successiva domanda di merito, in quanto il vincolo di strumentalità, seppur attenuato, permane con la conseguenza che l'omessa indicazione del diritto che si vuole far valere nel giudizio ordinario condiziona pregiudicando la sussistenza del pregiudizio imminente e irreparabile. L'indicazione del contenuto del futuro giudizio di merito dovrà, seppur non espressa, essere individuata dal giudice in modo certo.<sup>60</sup>

L'impianto non sembra mutato anche a seguito della riforma del 2005. Del resto deve ritenersi, così come sostenuto da Cass. n. 18264/2017, pur sempre *necessaria l'individuazione dei caratteri dell'azione di merito in quanto correlata alla perdurante esigenza di dar conto della sussistenza del fumus boni iuris, requisito evidentemente funzionale alla situazione giuridica soggettiva di cui si domanda una tutela anticipata ed urgente ed altresì costituente il parametro per la determinazione del Giudice competente ad autorizzare il provvedimento cautelare richiesto.*“

### **Effetti sostanziali del ricorso**

La proposizione del ricorso ex art. 700 c.p.c. impedisce la maturazione della decadenza dall'impugnativa del provvedimento datoriale. La Corte cost. con sent. n. 212/2020 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, l. 15 luglio 1966, n. 604 (Norme sui licenziamenti individuali), come sostituito dall'art. 32, comma 1, l. 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi

---

*octies c.p.c., allorché, al pari dell'odierna fattispecie, la misura cautelare richiesta abbia contenuto virgola non anticipatorio, ma conservativo, connotandosi, rispetto al successivo giudizio di merito, da un rapporto cosiddetto a strumentalità rigida.”*

<sup>59</sup> Trib. Mantova, 26.06.2020, n. 1054 secondo cui “Il ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c. deve essere proposto, anche in caso di domanda cautelare *ante causam*, indicando le conclusioni che saranno oggetto della successiva domanda di merito”. Vedi anche Trib. Torino 15 ottobre 2018 secondo cui “la funzione strumentale dei provvedimenti d'urgenza si realizza di regola attribuendo al provvedimento cautelare la cosiddetta portata interinale, caratterizzata dall'anticipazione degli effetti propri del provvedimento di cui vuole assicurare la fruttuosità punto il ricorso ante causa ma deve pertanto contenere indicazioni sufficienti sulla futura domanda di merito a cautela della quale è richiesta la tutela. Il ricorso cautelare che non individui compiutamente il contenuto dell'instaurando azione di merito deve ritenersi inammissibile ed insuscettibile di sanatoria ai sensi dell'articolo 164 cpc” in ilcaso.it, sez. giurisprudenza, 21764- pubb. 31.05.2019.

<sup>60</sup> Trib. Prato 22 febbraio 201, trib. Trani 20 luglio 2007; trib. Napoli 30 aprile 1997 secondo cui “ *Il ricorso contenente la domanda cautelare proposto prima dell'inizio della causa di merito deve contenere l'esatta indicazione di quest'ultima virgola in quanto solo tale indicazione consente di accertare il carattere strumentale, rispetto al diritto cautelando, della misura richiesta punto alla mancata indicazione della domanda di merito segue l'annualità del ricorso virgola che non è sanabile attraverso l'applicazione analogica dell'articolo 164 c pc in quanto tale norma, adottata per l'ordinario processo di cognizione virgola non è compatibile con la rapidità e la semplicità che caratterizzano il processo cautelare, ove oltretutto neanche configurabile un giudicato in senso tecnico..* Trib. Torino, 23 agosto 2002, che afferma che “*la mancata indicazione nel ricorso cautelare delle conclusioni di merito comporta la sua inammissibilità, sempre che dal tenore dello stesso non sia possibile dedurre chiaramente il contenuto della futura causa*”.

all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro), nella parte in cui non prevede che l'impugnazione sia inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, oltre che dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, anche dal deposito del ricorso cautelare anteriore alla causa ai sensi degli artt. 669-bis, 669-ter e 700 c.p.c.

Secondo la Corte è irragionevole escludere che la proposizione del ricorso cautelare possa impedire la decadenza dall'impugnativa del provvedimento datoriale.

La giurisprudenza, anche successiva, nel richiamare la pronuncia ha evidenziato che essa opera con riferimento al termine di impugnativa giudiziale dei 180 giorni.<sup>61</sup>

### **Rapporti con il giudizio di merito**

Premesso che, come enunciato dalla S.C., i provvedimenti cautelari anticipatori, a seguito della riforma, anche se non seguiti dall'azione di merito sono privi di stabilità e inidonei al giudicato (cfr. Cass. SSUU. 6039/2019).

Nel caso in cui sia instaurato un giudizio di merito è possibile far valere le eccezioni e le decadenze non opposte in sede cautelare o sulle quali il giudice non ha assunto alcuna decisione.<sup>62</sup> I due giudizi hanno infatti una ben delineata autonomia da intendersi non già sul piano funzionale bensì sul piano giuridico, ne consegue l'impossibilità di estendere qualsivoglia preclusione o decadenza in assenza di specifici riferimenti normativi.<sup>63</sup> Questo implica che in sede di merito la parte dovrà ribadire le eccezioni già espresse, secondo taluni; altri, invece, ritengono che per le deduzioni ed eccezioni espresse nella fase cautelare vi sia una "trasfusione" nel giudizio di merito che ne costituisce la "naturale" prosecuzione.<sup>64</sup>

Il ricorso è depositato nella cancelleria del giudice competente e, come statuito dal successivo art. 669 ter c.p.c., la domanda si propone al giudice competente a conoscere il merito secondo i fori alternativi di cui all'art. 413 c.p.c

---

<sup>61</sup> Corte di Appello Campobasso, sent. 154/2022.

<sup>62</sup> Tale principio è stato espresso da Cass. 12193/2001 che "ha confermato la decisione del tribunale che aveva rigettato l'appello avverso la decisione pretorile con la quale era stata dichiarata inammissibile, per inosservanza del termine ex art.6 della legge n. 604 del 1966, la domanda diretta alla impugnativa di licenziamento senza preavviso in virtù dell'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n.300, non attribuendosi alcun rilievo preclusivo alla circostanza che tale decadenza non fosse stata eccepita nella fase cautelare, in cui era stato richiesto un provvedimento ex art. 700 cod. proc. civ.)".

<sup>63</sup> Al riguardo si veda l'ampia nota di M. Tatarelli in Massimario di giurisprudenza del lavoro, 2001, p. 1270.

<sup>64</sup> Cass. 8765/2001 "Il provvedimento cautelare, in quanto collegato da un nesso di strumentalità necessaria col successivo giudizio di merito, è inidoneo ad acquistare autorità di cosa giudicata (nella specie, la S.C. ha escluso che l'ordinanza cautelare, che aveva disatteso l'eccezione di decadenza per tardività dall'impugnazione del licenziamento, avesse acquistato efficacia di giudicato sul punto perché non impugnata).".

Conclusa la fase cautelare la competenza del giudice del merito può essere valutata a seconda che il provvedimento cautelare sia stato di accoglimento o di rigetto

- In caso di rigetto la competenza della fase del merito potrà radicarsi anche seguendo uno dei fori alternativi diverso da quello scelto in fase cautelare, ma sempre rientrante tra quelli di cui all'articolo 413 del codice di rito.
- In caso di accoglimento del provvedimento cautelare prima della modifica introdotta nel 2005 sicuramente vi era una relazione di strumentalità che imponeva il radicamento della competenza anche per la fase del merito dinanzi al giudice della cautela. Anche dopo la riforma la giurisprudenza di legittimità ha dato continuità a questo orientamento partendo dall'idea secondo la quale il nesso di strumentalità tra i due giudizi non è stato del tutto eliso ma solo depotenziato, perché il provvedimento cautelare non è reso in attesa del provvedimento di merito ma comunque in funzione del diritto controverso. La S.C., con ord. n. 11949/2015 ha statuito che *“In caso di accoglimento della domanda cautelare (confermato in sede di reclamo), seguito da rituale inizio del giudizio di merito, ai fini dell'individuazione del giudice preventivamente adito deve necessariamente tenersi conto della data di instaurazione del procedimento cautelare, atteso l'inequivocabile collegamento che la norma impone tra ordinanza di accoglimento e causa di merito anche in base al testo dell'art. 669 octies, sesto comma, cod. proc. civ., aggiunto dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, il quale, per i provvedimenti cautelari ivi previsti, ha attenuato, ma non escluso, il vincolo di strumentalità tra la misura ed il giudizio di merito, e considerando, altresì, come la proposizione della domanda cautelare "ante causam" al giudice competente a conoscere del merito, ex art. 669 ter cod. proc. civ., preannunci una scelta processuale che, per il principio di autoresponsabilità e di affidamento processuale, vincola la parte ricorrente e onera quella resistente ad eccepire l'incompetenza già in sede cautelare. Va precisato che laddove non sia rilevata l'incompetenza da parte del giudice o sollevata dalla parte la relativa eccezione, la competenza non può ritenersi radicata attesa la possibilità di proporre eccezioni nella fase di merito non proposte nella fase cautelare ed essendo riconosciuta anche al giudice, ai sensi dell'articolo 38 c.p.c., la possibilità di rilevare d'ufficio l'incompetenza.”* (conf. ord. 18264/2017 secondo cui *“Nel rito del lavoro la scelta del foro competente operata dal ricorrente che agisce in sede cautelare "ante causam", in caso di esplicito accertamento della correttezza della scelta da parte del giudice o di mancata formulazione dell'eccezione o del rilievo d'ufficio, determina il definitivo radicamento della competenza anche per il giudizio di merito, stante il principio di autoresponsabilità e affidamento processuale e il sistema di individuazione della competenza cautelare che, in presenza di fori*

*alternativi ex art. 413 c.p.c., è a maggior ragione incentrato sullo stretto collegamento con la competenza in ordine alla causa di merito.)*

Altra parte dell'orientamento giurisprudenziale sostiene che il procedimento cautelare ante causam non radichi la competenza anche per la fase del merito in capo al giudice della cautela adito atteso che è possibile durante la fase del merito proporre eccezioni che non sono state proposte nel corso della fase cautelare ed è onere del giudice pronunciarsi in ordine alle eccezioni in precedenza non proposte (cfr. Cass. 11778/2014).

Laddove la domanda cautelare sia proposta pendendo la causa di merito, la competenza si radicherà anche per la cautela dinanzi al giudice adito per il merito (art. 669 quater c.p.c.).

Non è proponibile regolamento di competenza avverso i provvedimenti cautelari ma solo il reclamo stante il carattere non definitivo dei provvedimenti emessi in sede cautelare, che non assurgono quindi, al *genus* delle sentenze (cfr. Cass. SU, 9 luglio 2009 n. 16091/2009). Anche il provvedimento cautelare di declinatoria la giurisdizione non potrà essere impugnato con il regolamento di giurisdizione ma è esclusivamente reclamabile, la preclusione in ordine all'impugnativa mediante regolamento di giurisdizione radica il suo fondamento sempre sulla natura provvisoria del provvedimento (cfr. Cass. SU. N. 19256/2010).

Venendo **all'attività istruttoria** l'art. 669 sexies I comma cpc stabilisce che il giudice:

- a) *sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio;*
- b) *procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto.*

Dunque, la norma impone un'istruttoria deformalizzata quanto alle modalità di assunzione della prova (*“nel modo che ritiene più opportuno”*); tuttavia, tale deformalizzazione non può spingersi fino ad omettere la garanzia del contraddittorio (*omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio*) sicchè la prova dovrà acquisirsi pur sempre nel **contraddittorio delle parti**.

Laddove la convocazione della parte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento il giudice provvede con decreto motivato assunte ove occorra sommarie informazioni.

Ricorrendo siffatta fattispecie, il giudice potrà decidere sia allo stato degli atti sia assumere **sommarie informazioni**.

Nelle predette “sommarie informazioni” si compendia, da un lato, *tutta* l'istruttoria consentita al giudice, oltre la quale non può spingersi in nome della particolare urgenza del provvedere;

dall'altro, la locuzione “sommarie informazioni” prescrive il compimento di un'istruttoria altamente deformalizzata e connotata da estesi poteri istruttori d'ufficio.

Infatti, in deroga al principio dispositivo, l'iniziativa di acquisire le sommarie informazioni proviene dal giudice, che ne decide la necessità, l'oggetto e le modalità di assunzione.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, potranno essere richieste – con le forme (per iscritto, oralmente) e con le modalità (personalmente, per il tramite della polizia giudiziaria o di un ausiliario tecnico) che il giudice ritiene più opportune ed idonee alla finalità della tutela urgente - alla PA, alla polizia giudiziaria, ad eventuali informatori che dagli atti risultino a conoscenza dei fatti.

In ordine all'**oggetto**, dovendo essere “sommarie” concerneranno fatti di rapida acquisizione, non richiedenti indagini complesse a chi debba renderle.

Riguardo alla necessità, la norma prevede che alle sommarie informazioni il giudice potrà far ricorso solo “ove occorra”. Tale inciso esprime, diversamente da quanto prescritto dal primo comma dell'art. 669 sexies cpc, la scelta del legislatore per un'istruttoria eventuale, che il giudice potrà esperire solo ove non sia in grado di pervenire immediatamente, allo stato degli atti, all'accertamento della probabile fondatezza del diritto.

Nel procedimento a contraddittorio integro, il codice prevede che il giudice proceda all'assunzione della prova dopo aver convocato ed esaminato le parti.

**L'esame diretto delle parti** è finalizzato a consentire al giudice di meglio focalizzare il thema probandum et decidendum, sì da poter orientare le sue valutazioni circa l'attività istruttoria affinché possa compiersi senza dispersioni.

Non è, dunque, da ritenersi attività necessaria l'audizione personale delle parti quando ciò appare superfluo alla luce degli scritti difensivi depositati<sup>65</sup> o in quanto la controversia verte su questioni di puro diritto e, più in generale, qualora il giudice ritenga che l'audizione personale non apporti alcun contributo conoscitivo utile, così traducendosi in un appesantimento istruttorio, contrastante con l'esigenza di celerità del procedimento.

Espletato eventualmente l'esame delle parti, il giudice darà corso all'istruttoria cautelare che deve consistere nel compimento dei soli atti **indispensabili**, cioè strettamente necessari allo scopo di tendere all'accertamento probabilistico dei presupposti (fumus boni iuris e periculum in mora) e dei fini della cautela richiesta.

L'indispensabilità dovrà essere il criterio guida in base al quale il giudice dovrà compiere l'attività valutativa di ammissione delle prove richieste dalle parti ovvero esercitare i propri poteri d'ufficio (per coloro che ne ammettono l'esercizio); la prova, quindi, non dovrà semplicemente rispondere alla nozione di “rilevanza” propria del processo a cognizione piena, ma a quello più stringente di “indispensabilità”.

---

<sup>65</sup> Verde G.- Capponi B., Profili del processo civile, Napoli 1998, Vol. III, 342.

Dare ingresso nel processo ad una prova solo se indispensabile significa che è dovere del giudice restringere l'istruttoria sia quantitativamente (non tutti i mezzi di prova possibili)<sup>66</sup> sia qualitativamente, limitandosi alla sola assunzione di quei mezzi di prova essenziali e inevitabili (non semplicemente rilevanti), senza i quali non si perverrebbe all'accertamento probabilistico dei fatti.

Il tema dell'individuazione degli atti indispensabili impone di affrontare la questione dei poteri officiosi del giudice e del principio dispositivo.

Nell'ambito del procedimento a cognizione piena i poteri officiosi del giudice possono essere esercitati limitatamente ai fatti che siano stati allegati o che, comunque, facciano parte del processo su iniziativa delle parti (ad es. acquisiti in sede di audizione personale delle parti), mentre non potrà andare alla ricerca di fatti non dedotti.

**Il potere istruttorio d'ufficio**, quindi, non dovrà debordare sconfinando in **potere inquisitorio** ovvero nel potere investigativo diretto ad allargare il thema probandum a fatti che il giudice ritenga rilevanti.<sup>67</sup>

Sono, pertanto, da ritenersi sempre eccezionali le ipotesi in cui si possa derogare al principio dispositivo ed ammettere l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio, come è per il procedimento cautelare inaudita altera parte, ove al giudice è attribuito il potere di disporre autonomamente l'assunzione delle sommarie informazioni.

Dunque, resteranno a carico delle parti, come nel processo a cognizione piena, gli oneri di allegazione e prova, attenendo invece la semplificazione propria della sommarietà solo al quantum e al quomodo della prova.

La questione dei limiti dei poteri istruttori del giudice della cautela investe anche la facoltà di introdurre nel giudizio le cd. **prove atipiche**.

Generalmente, si individuano tre categorie di prove atipiche:

- a) strumenti non previsti dal codice (es. scritti di terzi, utilizzati come prova delle dichiarazioni ivi contenute);
- b) strumenti previsti dal codice, ma destinati ad altri scopi diversi da quello probatorio (es. la sentenza emessa in un giudizio tra altre parti, impiegata quale prova della situazione giuridica oggetto dell'accertamento);
- c) strumenti previsti dalla legge a tale scopo, ma raccolti in una sede diversa rispetto a quella nella quale sono impiegati ai fini del convincimento del giudice (es. prove testimoniali assunte in altro processo, CTU espletata in diverso giudizio).

---

<sup>66</sup> Cfr. Tribunale Milano sez. VI, ord., 6 ottobre 2009 n. 85192, secondo cui va esclusa "tutta quell'attività istruttoria non necessariamente superflua, ma ritenuta più coerente ad un giudizio di cognizione":

<sup>67</sup> Nel senso, invece, si ammettere anche il potere inquisitorio, MONTESANO, Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice, 201.

Esiste contrasto tra quanti ritengono che il procedimento cautelare sia proprio la sede naturale di impiego delle prove atipiche e quanti sostengono il contrario.

La tesi favorevole fa leva sulla considerazione che - in mancanza di una norma di chiusura che indichi un *numerus clausus* di prove; tenuto conto del diritto alla prova (quale espressione della garanzia costituzionale del diritto di difesa) nonché del principio del libero convincimento del giudice - deve escludersi che il catalogo delle prove sia completo e, quindi, che non se ne possa ammettere di atipiche.

L'ammissibilità delle prove atipiche viene negata da coloro<sup>68</sup> che affermano che la dizione dell'art. 669 sexies cpc - che evoca "atti di istruzione"- sia da intendere come volta ad individuare i normali atti istruttori previsti dagli artt. 202 e ss. c.p.c., anche se semplificati secondo le esigenze del caso.<sup>69</sup>

La giurisprudenza, pur ammettendo generalmente l'utilizzo di mezzi non previsti dalla legge (per le medesime argomentazioni di cui alla tesi favorevole sopra esposta), tuttavia, sposta la rilevanza della questione sul piano dell'*efficacia* probatoria, attribuendo ad essi un'efficacia genericamente qualificata *inferiore* rispetto a quella attribuita alle prove *tipiche*<sup>70</sup>, propria degli argomenti di prova o delle presunzioni semplici.

Il potere del giudice di scegliere il modo più opportuno *di assunzione degli atti istruttori* consente di acquisire le prove tipiche in forma semplificata senza i vincoli previsti per l'assunzione nel processo ordinario.

Il giudice procederà *a deformalizzare* i procedimenti previsti dal legislatore, adattandoli alle esigenze della cautela, scegliendo forme diverse e funzionali al raggiungimento dello scopo dell'atto istruttorio, con il solo limite – sottratto alla discrezionalità del giudicante – dell'assunzione nel contraddittorio delle parti.

### **Quali sono concretamente i mezzi di prova impiegabili?**

L'opinione dominante<sup>71</sup> ammette tutti i mezzi tipici del processo di cognizione e, quindi, produzione documentale, prova testimoniale, richiesta di informazioni alla p. a. o a terzi, ispezione, ordine di esibizione, consulenza tecnica.

---

<sup>68</sup> Ricci G.F., *Atipicità*, cit., 442

<sup>69</sup> Con riguardo ai procedimenti sommari si ritiene anche che l'ammissione di prove atipiche sia consentita solo in ambito non contenzioso, mentre in un contesto contenzioso la prova atipica dovrebbe lasciare il passo all'istruttoria ordinaria degli artt. 202 ss. c.p.c. in quanto solo quest'ultima è in grado di assicurare le garanzie adeguate quando sono in gioco diritti soggettivi. Cfr. Fazzalari, *Uno sguardo storico e sistematico (ancora sul procedimento camerale e la tutela dei diritti)*, in *Atti del XVII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti* (Palermo 6-7 ottobre 1989), p. 26-28.

<sup>70</sup> Cass. Civ. 23.6.2010 n. 15169; Cass. Civ. 5.3.2010 n. 5440; Cass. Civ. 8.1.2010 n. 76; Cass. Civ. 12.9.2008 n. 23554.

<sup>71</sup> Satta - Punzi, *Diritto processuale civile*, 788; Salvaneschi, *Il processo cautelare*, 397, con l'esclusione del giuramento decisorio e suppletorio.

- In ordine alla **prova testimoniale**, il giudice potrà decidere se escutere gli informatori senza che prestino la preventiva formula di impegno ed senza, altresì, che sia necessario il preventivo capitolato istruttorio ovvero anche non attenendosi ad esso nella formulazione delle domande.

Secondo taluni, la deformalizzazione dell'istruttoria consentirebbe, peraltro, di derogare ai limiti di ammissibilità della prova testimoniale dei contratti di cui agli artt. 2721 e ss. c.c.

Soluzione quest'ultima che, tuttavia, non mi pare condivisibile siccome ritengo ultronea rispetto alle finalità di semplificazione ed accelerazione (che giustificano la deformalizzazione) la facoltà di superamento dei limiti contenutistici espressamente previsti dalla legge, mediante acquisizione al processo delle cd. prove *illicite*.<sup>72</sup> Ammettere il superamento di tali limiti significherebbe trarre da una prescrizione di *forma* (che riguarda appunto il *modo* di procedere all'istruzione) una regola che invece attiene al *contenuto* del mezzo istruttorio.

D'altronde, quando il legislatore ha voluto consentire una deroga ai limiti di ammissibilità della prova, l'ha fatto espressamente, come nel rito del lavoro ai sensi dell'art. 421 c.p.c. 2° co.

- La **CTU** è stata ritenuta dalla giurisprudenza di legittimità compatibile con la struttura e la finalità cautelare benchè si traduca in un'indagine di lungo corso (Cass. n. 10388/1997).

Nello stesso senso, quella dottrina secondo cui l'indagine tecnica è inevitabile – sicchè risponde alla nozione di atti di istruzione “indispensabili” ex art. 669 sexies cpc - anche nel processo cautelare laddove sia necessaria l'acquisizione di dati non apprezzabili o valutabili dall'uomo medio, sia pur con la dovuta deformalizzazione del mezzo<sup>73</sup>.

Secondo taluni dovrebbe negarsi ingresso nel procedimento cautelare a questo tipo di indagine siccome non sarebbe astrattamente configurabile, per la sua stessa funzione e natura, una “sommatoria indagine tecnica”. La tesi, quindi, presuppone che anche l'indagine tecnica debba essere sommarizzata, aspetto che invece non è essenziale secondo la giurisprudenza sopra citata.

L'opinione negazionista in esame non può condividersi ove si pensi alle conseguenze estreme che ne deriverebbero in quei casi ove l'accertamento necessario al fine di provvedere non possa essere effettuato se non attraverso tale mezzo: in queste ipotesi, negare l'ammissibilità del mezzo significherebbe di fatto negare, in radice, la possibilità di ottenere tutela cautelare.<sup>74</sup>

Del resto anche la Corte costituzionale, con la sent. 121/1999, ha demandato all'interprete una

---

<sup>72</sup> Cfr. G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, 476 ss.; Angeloni, *Le prove illicite*, Padova 1992.

<sup>73</sup> Recchioni, *Il procedimento sommario*, 479.

<sup>74</sup> Tale fu il principio espresso in occasione di una destituzione dal servizio di un'invalida per mancata conferma della percentuale che le consentiva di avere accesso alla mobilità, impugnata con tutela d'urgenza, la destituzione fu dichiarata illegittima proprio dopo la CTU che decretava l'invalidità. Laddove non espletata celermente la ricorrente sarebbe peggiorata con il disturbo dell'alimentazione con conseguente pregiudizio per la salute.

valutazione in termini di congruenza tra gli accertamenti peritali e i casi concreti da dirimere con l'ausilio di conoscenze scientifiche.

- **Giuramento decisorio:** l'opinione contraria ritiene che osti alla sua ammissibilità un argomento di tipo testuale, laddove l'art. 2736 c.c. prevede che il giuramento decisorio sia deferibile per la "*decisione totale o parziale della causa*"; non essendovi, quindi, nel processo cautelare una decisione *di merito*, tale mezzo non potrebbe trovarvi spazio.
- Ulteriore questione controversa attiene agli incidenti successivi alla produzione documentale; si dibatte dell'ammissibilità della **querela di falso** avverso l'atto pubblico o la scrittura privata riconosciuta che siano stati prodotti nel procedimento cautelare.

Si sostiene che il giudice non può dare ingresso allo speciale procedimento della querela di falso in quanto le relative norme orientano verso la collocazione del mezzo nel processo di merito a cognizione piena<sup>75</sup>.

Tuttavia, secondo un orientamento espresso da taluna giurisprudenza di merito<sup>76</sup>, il giudice – negata l'ammissibilità della querela di falso – può svolgere qualsiasi attività (nei modi ritenuti opportuni ex art. 669 sexies, 1° co. cpc) tesa all'acquisizione di elementi di valutazione intorno alla falsità del documento.

Altro orientamento, invece, conclude per la secca inammissibilità della querela di falso<sup>77</sup>, sul presupposto della non rilevanza in sede cautelare della questione della falsità del documento, stante la natura sommaria dell'accertamento: il grado solo probabilistico (e non certo) della verifica giudiziale sarebbe compatibile con il dubbio sull'autenticità del documento.

Viene, invece, fatta salva la possibilità che la parte se ne riservi la proposizione nel giudizio di merito.

In ordine **all'utilizzabilità, ai fini della decisione di merito**, delle prove assunte nel procedimento cautelare. E' possibile così sintetizzare gli arresti al riguardo:

- **Prove tipiche:** conservano la medesima efficacia prevista dalla legge e già riconosciuta in fase cautelare.

Tuttavia, per i cautelari in corso di causa, restano ferme le decadenze maturate nel giudizio di merito: i documenti introdotti nel giudizio cautelare sono utilizzabili anche

---

<sup>75</sup> Gli argomenti a sostegno dell'indirizzo: a) innanzitutto, dal punto di vista letterale, i termini "causa" e "giudizio", di cui all'art. 221 c.p.c. sono costantemente impiegati nel lessico legislativo quali equipollenti delle locuzioni "causa di merito" e "giudizio di merito" (artt. 669- ter, quater, septies, octies, novies, decies, duodecies, terdecies, 693, 698, 699 c.p.c.), rinvenibili laddove la specificazione si fa necessaria, e mai si trovano invece affiancati all'aggettivo "cautelare"; b) cozza con le esigenze di celerità del rito cautelare l'ammissibilità di un procedimento che sfocia nella sospensione della causa sino alla decisione della querela (art. 225 cpc).

<sup>76</sup> Tribunale di Firenze ord. 19 settembre 1985, in Foro it. 1986, I, 543 ss.: "*la necessità della querela di falso attiene alla fase probatoria propriamente detta del giudizio di cognizione, ma non anche alla fase di sommaria deliberazione del provvedimento di urgenza, cosicché bene [si è ritenuto] di poter valutare, in deliberazione sommaria, elementi induttivi contrari*";

<sup>77</sup> Tribunale Genova, 28 dicembre 1994, in Giust. Civ. 1996, I, 547; Tribunale di Castrovillari ord. del 29/10/2007

nel giudizio di merito alla sola condizione che la produzione sia avvenuta prima che nel giudizio di merito maturassero le preclusioni istruttorie (Cass. n. 14338/2009; 13613/2017).

- **Informatori:**

A) se escussi, nel contraddittorio, previa formula di impegno ex art. 202 ss. c.p.c. e su circostanze dedotte dalle parti, la deposizione è acquisibile al giudizio di merito con la stessa efficacia della testimonianza (Cass. 24705/2006; Cass. Ord. n. 21072 /2021);

Dalla predetta qualificazione consegue che la loro eventuale falsità integra gli estremi del reato di falsa testimonianza (Cass. Pen. 2.3 n. 6118/2000, in Cass. pen. 2003, 136)

B) se sentiti senza impegno, la rilevanza delle dichiarazioni è meramente indiziaria sicchè dovranno esser risentiti nel giudizio di merito, secondo i criteri e le forme della testimonianza, se si vuole conseguire l'efficacia di prova piena; (Cass. nn. 24705/2006, 21417/2004, 8522/2003, 21407/1991, 10011/1991, 3820/1986).

- Le "**sommatorie informazioni**" raccolte senza contraddittorio, ai sensi dell'art. 669 sexies II co cpc. ai fini dell'eventuale adozione del decreto inaudita altera parte, sono utilizzabili ai fini della decisione solo quali indizi liberamente valutabili e la falsità delle stesse non integra gli estremi di reato (Cass. 24705/2006; Cass. Ord. n. 21072 /2021).

- **Prove atipiche:** conservano la medesima efficacia di presunzioni semplici o argomenti di prova come in fase cautelare.

### **La prova nella tutela cautelare del processo del lavoro: peculiarità**

La **distribuzione degli oneri probatori** nel procedimento cautelare, secondo l'orientamento maggioritario, è analoga al processo ordinario di cognizione. Tanto impone la necessaria simmetria che deve caratterizzare il procedimento cautelare, stante il rapporto di strumentalità attenuata, con quello di cognizione ordinaria.<sup>78</sup>

Si registrano, tuttavia, orientamenti presso la giurisprudenza di merito che, proprio ai fini della verifica da parte del giudice dell'esistenza del requisito del *fumus boni iuris*, impongono un onere di allegazione fattuale puntuale e anche probatorio suppletivo in capo al ricorrente sia pure con le caratteristiche proprie della sommarietà del giudizio cautelare.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Trib. Milano 10 luglio 2001; trib. Roma 21 marzo 1997.

<sup>79</sup> Trib. Cagliari 26 aprile 2007; trib. Trieste 6 agosto 2008.

Secondo parte della dottrina dal momento che la tutela d'urgenza si incentra sul *fumus boni iuris* e sulla *periculum in mora* il ricorrente deve dedurre tutte quelle circostanze sulle quali si basa l'apparenza del diritto, rendendo così probabile l'esito finale del giudizio di merito; in altri termini l'onere della prova rimane a carico del datore di lavoro ma non per questo il lavoratore è esentato dal giustificare in qualche modo al giudice il fondamento, nel caso in cui si verta in materia di licenziamento, della sua pretesa di reintegrazione in via d'urgenza.<sup>80</sup> Questo supplemento deduttivo e probatorio gli consentirebbe di poter ottenere anche un decreto inaudita altera parte che, lungi dal costituire un automatismo sulla base delle sole allegazioni fattuali, dovrà fondarsi sull'apparenza del buon diritto azionato e, quindi, su una "presunzione di correttezza" ferma la possibilità successiva di revisione.

Il quantum di prova richiesto deve limitarsi alla **probabilità** dei fatti e, pertanto, del diritto.

Circa il *periculum*, "probabilità" non vuol dire minor grado di convincimento, ma la peculiare natura dell'indagine volta a prevedere un evento *futuro* ed *eventuale*, quale l'avveramento del pregiudizio irreparabile, che si vuole prevenire.

La sufficienza di un giudizio probabilistico si trae indirettamente anche dalle argomentazioni spese dalla Corte Costituzionale per affermare la legittimità delle previsioni normative che attribuiscono allo stesso giudice, persona fisica, che ha trattato il giudizio cautelare la competenza anche sul giudizio di merito. Al fine di escludere l'esistenza di un'ipotesi di incompatibilità, la Corte fa leva anche sulla diversità dell'istruttoria che connota la fase cautelare, affermando che:

- il *fumus bonis iuris* "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..." (C. Cost. 326/1997),

- la cognizione sommaria "lungi dall'identificarsi con una normale istruzione probatoria ... non porta ad esprimere una "valutazione contenutistica" su fatti che hanno rilevanza rispetto alla causa di merito, come asserisce il rimettente; 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"; (C. Cost. n. 326/1997);

- gli atti di istruzione cautelare "assumono valenza tutta propria, intesa a consentire valutazioni meramente sommarie, "indispensabili (e sufficienti) in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento (provvisorio) richiesto" (art. 669-sexies cod. proc. civ.), ma normalmente inidonei di per sé a consentire la decisione definitiva della causa" (C. Cost. n. 220/2000).

---

<sup>80</sup> Per un'analisi ampia del tema sia consentito rinviare a Dini-Mammone, op. cit. par. 202.

## 8. Attuazione del provvedimento cautelare: questioni aperte

La disposizione distingue le modalità di attuazione dei provvedimenti cautelari adottati in ordine all'oggetto della misura.

Nell'ambito del rapporto di lavoro le situazioni giuridiche tutelabili, che integrano la situazione tutelanda mediante la misura cautelare, hanno ad oggetto generalmente un "facere" la cui attuazione, stando alla disposizione, deve avvenire "*sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà i provvedimenti opportuni, sentite le parti*".

Va premesso che non operano per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. le misure di coercizione indiretta di cui all'art. 614 bis c.p.c.

Il procedimento di attuazione non è autonomo ma costituisce una "fase" del procedimento cautelare funzionale a conferirgli effettività (e tende alla sua integrazione)<sup>81</sup> perché se la misura non è attuata sarà *inutiliter data*. Anche tale provvedimento in quanto privo della decisorietà è solo reclamabile al collegio.<sup>82</sup>

E' ormai risalente la tesi che escludeva l'ammissibilità del provvedimento cautelare avente ad oggetto una condanna, ogniqualvolta quest'ultima vertesse su un *facere* infungibile stante la sua incoercibilità laddove necessitante la cooperazione del creditore. Non si ignorano pronunce, sia pure isolate, che continuano a sostenere ciò dal momento che la stretta compenetrazione funzionale esistente nell'ambito del procedimento cautelare tra la fase della cognizione e quella dell'esecuzione, induce a negare l'ammissibilità della stessa allorquando la fase dell'esecuzione non sia possibile.<sup>83</sup>

La giurisprudenza di legittimità ha, invece, riconosciuto l'ammissibilità della tutela cautelare in questi casi evidenziando che a) la misura per essere attuata necessita sempre della virtuosa esecuzione volontaria del datore; b) ciò che rileva è il possibile giuridico e non già quello materiale cioè il lavoratore deve "offrire" la prestazione secondo le modalità indicate nella

---

<sup>81</sup> Trib. Roma 23 luglio 2003.

<sup>82</sup> Sul punto la Cass. con ord. n. 10758/2019 ha affermato che "Il provvedimento emesso dal giudice monocratico, ai sensi dell'art. 669 duodecies c.p.c., per regolare l'attuazione delle misure cautelari è impugnabile mediante reclamo al collegio anche relativamente alla pronuncia sulle spese. Contro tale provvedimento, invece, è inammissibile il ricorso per cassazione, essendo esso privo del carattere della decisorietà e, quindi, non idoneo al giudicato.

<sup>83</sup> Si pensi ad esempio alla reintegra nelle mansioni di direttore generale, al lavoratore trasferito. Cfr. trib. Palermo 6 giugno 2003; trib. Gorizia 2 agosto 2000.

misura; c) laddove vi sia inadempimento, il provvedimento assurge a fondamento per la richiesta risarcitoria.<sup>84</sup>

L'orientamento di legittimità che avalla l'ammissibilità della tutela cautelare in questi casi evidenzia che la misura della reintegra implica non solo la riammissione del lavoratore in azienda (e quindi un pati) ma anche un obbligo di attivazione datoriale nell'impartire le direttive (ex multis Cass. 6381/1997) che integra il nucleo della incoercibilità.

A tale assunto parte della giurisprudenza di merito, replica che ai fini della coercibilità e, quindi dell'esecuzione della misura, l'ordine di reintegra nel posto di lavoro, ad esempio, può essere scomposto nelle plurime prestazioni integranti il facere fungibile (iscrizione nel libro matricola, rilascio del cartellino, ingresso in azienda, accesso alla mensa, pagamento delle retribuzioni, etc. (cfr. trib. Ravenna 25 luglio 2006, trib. Roma 20 novembre 1995). Anche tale ricostruzione, tuttavia, si arresta con riferimento alle prestazioni di facere che sono esplicazione dell'esercizio dei poteri datoriali. La giurisprudenza di legittimità, infatti, come innanzi evidenziato ha escluso che l'ordine di reintegrazione contenesse un facere fungibile bensì infungibile rappresentato, appunto, dall'esercizio del potere organizzativo datoriale.

La casistica offre numerosi spunti *“sulle modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà i provvedimenti opportuni, sentite le parti”*

E' necessario compiere un distinguo tra lavoro pubblico e privato.

Nell'ambito del lavoro privato, interessante è stata l'attuazione della misura cautelare di reintegra a seguito di demansionamento, decretata nei confronti di un noto giornalista che è stata poi attuata dal giudice, non già nominando un esperto nella gestione delle emissioni televisive, quanto attraverso il suo stesso provvedimento che, nell'individuare le modalità di attuazione, ha fissato le specifiche tecniche del programma in relazione anche agli interventi.<sup>85</sup>

Nell'ambito del lavoro c.d. pubblico ergo del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione la questione dell'attuazione del facere infungibile si semplifica per il diverso fondamento giuridico che disciplina l'azione amministrativa. Contrariamente al settore privato, che si caratterizza per l'intangibilità della sfera personale e, quindi, per la preminenza delle posizioni di libertà individuale (nelle quali anche la libertà di iniziativa economica, ex art. 41 cost., assume un ruolo significativo); quello pubblico si fonda sull'art. 97 cost.: l'agire della Pa deve essere improntato al principio di legalità e, quindi, anche all'osservanza dell'ordine impartito dal giudice che, se rivolto ad essa, può divenire fungibile perché si sostanzia non già

---

<sup>84</sup> Cass. n. 1833/1984; cass. n. 8721/1992.

<sup>85</sup> Trattasi di trib. Roma 3 giugno 2003 che è stato modificato in sede di reclamo per aver inciso, in maniera significativa, sull'autonomia datoriale, ex art. 41 cost., in merito alla durata del programma, al numero massimo di puntate, alle dotazioni umane per la realizzazione. Per una disamina ampia della questione si veda la nota di A. Amadei al provvedimento inanzi citato, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2004, II.

in comportamenti ma atti giuridico-formali (es. inserimento in un elenco di aspiranti; attribuzione di un incarico, etc.).

In tale ambito è molto più controverso stabilire le “modalità” con le quali operare l’attuazione e “sorvegliare” sulla stessa.

Si assiste a provvedimenti attuativi svariati.

In taluni casi vi è una mera **riedizione** del comando cautelare con conseguente sostanziale inutilità del provvedimento stesso perché si demanda al G.E. l’eventuale nomina di ausiliari per dare attuazione alla misura<sup>86</sup> o comunque non vi è fatta menzione perché, allo stato, ritenuta superflua<sup>87</sup>;

-in altri casi in sede di attuazione il comando del giudice è dettagliato in ordine alle modalità sino a ricomprendere anche l’indicazione di soggetti che dovranno sostituirsi alla p.a., in caso di inerzia, per la tenuta dei comportamenti e, comunque vigilare sugli stessi<sup>88</sup>,

- in altri casi infine, particolareggiata la modalità di attuazione, il controllo delle fasi di attuazione è rimesso, sostanzialmente, al giudice che fissa un calendario delle udienze per definire lo stato di attuazione del provvedimento.<sup>89</sup>

La sostituzione della p.a. inerte, come emerge da numerosa giurisprudenza di merito, è praticabile attraverso la nomina di un ausiliare, ex art. 68 c.p.c., che funge da commissario ad

---

<sup>86</sup> Trib. Lecce, ord. 28.2.2003 in cui si legge che “una volta imposti gli obblighi in questione, infatti, ed eventualmente stabilite le modalità di attuazione virgola in caso di inadempimento sarà il giudice dell’esecuzione a dare relativi provvedimenti e a risolvere la questione della possibilità di far eseguire saldatore di lavoro pubblico, pur sempre sottoposto ai principi di cui all’articolo 97 cost, quegli obblighi tradizionalmente ritenuti infungibili nell’ambito del rapporto di lavoro privato punto sarà poi sempre il giudice dell’esecuzione a dover nominare gli ausiliari quando ciò sia consentito dall’articolo 68 c.p.c.”. trib. Napoli, ord. 21.11.2017 in cui si dispone, in attuazione “Il trasferimento immediato di Anna Rubinacci nell’ambito territoriale Campania 012,013,014 secondo l’ordine di preferenza indicato nella domanda di mobilità”, reiterando il comando originario.

<sup>87</sup> Trib. Cuneo, ord. 14.06.2023 in cui si legge “ritenuta dunque la necessità, in applicazione dell’art. 669 duodecies c.p.c., e preso atto dell’impossibilità, autorevolmente affermata, di proporre giudizio di ottemperanza davanti all’autorità amministrativa per l’attuazione di provvedimenti privi di contenuto decisivo (Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 1999, n. 778, in Cons. Stato, 1999, I, 792), di emettere un provvedimento strumentale all’attuazione corretta del precetto cautelare, di libera determinazione quanto a contenuto, nei limiti dell’idoneità al raggiungimento dello scopo; ritenuto, a tale ultimo proposito, che appare allo stato sovrabbondante la nomina di un “commissario ad acta” (pur ammessa da taluna isolata giurisprudenza: Trib. Bari, 12 febbraio 1997, in Giur. It. 1998, 276) o la delega dell’attuazione del provvedimento ad ufficiale giudiziario (Trib. Catania, 13 ottobre 2000, in Foro It. 2000, I, 3620), provvedimento cui si potrà eventualmente dar corso qualora l’Amministrazione non si adeguasse alle ulteriori specificazioni contenute nel sotto esteso ordine giudiziale di carattere attuativo; ritenuto pertanto che la condotta omissiva tenuta dall’Azienda Sanitaria resistente viola il provvedimento ex art. 700 c.p.c.; dispone che l’Azienda Sanitaria provveda immediatamente e senza ritardo alcuno all’assegnazione temporanea ex art. 42 bis D. Lgs. 151/01 della ricorrente presso il P.O. di Sciacca, assumendo ogni e consequenziale urgente adempimento al fine del soddisfacimento del suddetto diritto”.

<sup>88</sup> Trib. Catania, ord. 13.10.2000 che prevede la coercibilità dell’ordine di reintegra attraverso la nomina di un ufficiale giudiziario, quest’ultimo si sarebbe dovuto presentare presso l’ufficio di appartenenza del dirigente unitamente allo stesso, in quanto reintegrato, per verbalizzare eventuali rifiuti o ostacoli posti dalla pubblica amministrazione ai fini dell’applicazione delle sanzioni penali di cui all’articolo 388 secondo comma codice penale.

<sup>89</sup> Ipotesi che si ebbe, ad esempio, con il caso Santoro, trib. Roma ord. 3.6.2003

acta: trattasi generalmente anche di un funzionario di diverso settore rispetto a quello inadempiente che possa adottare, in sostituzione, i provvedimenti amministrativi rientranti nel tessuto dei c.d. atti di gestione del rapporto di lavoro.<sup>90</sup> Del resto, recentemente, il Consiglio di Stato, con la decisione 1463/2021, ha escluso un'interferenza tra le due giurisdizioni in fase esecutiva salvo per quanto riguarda l'esecuzione della sentenza dell'AGO, divenuta cosa giudicata.<sup>91</sup>

## **9. Riproponibilità dell'istanza cautelare e caratteristiche del giudicato cautelare: cenni**

---

<sup>90</sup> Per un'analisi approfondita sia consentito rinviare a B. Sassani, L'esecuzione delle sentenze civili di condanna dell'amministrazione nei rapporti di lavoro, in *Esecuzione forzata* n. 1, 1 gennaio 2005, p. 8 ss. C. Delle Donne, Spunti per una riflessione in tema di tutela cautelare dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, in *Giust. Civ.* fasc. 6, 2003.

<sup>91</sup> Si legge nel corpo della motivazione, conformemente a quanto prima esposto che “ nel pubblico impiego privatizzato, per un verso, il conferimento di incarichi dirigenziali riveste la natura di determinazione negoziale assunta dalla P.A. con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, in base alle clausole generali di correttezza e buona fede, applicabili alla stregua dei principi d'imparzialità e buon andamento, i quali impongono alla P.A. di effettuare valutazioni comparative, di adottare adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e di esternare le ragioni giustificatrici delle scelte (cfr., per tutti, Cass., sez. lav., 10 novembre 2017 n. 26694); – per altro e correlato verso, in caso di mancato conferimento di un incarico dirigenziale, il dirigente pubblico può far valere l'interesse legittimo di diritto privato, che partecipa della natura dei diritti soggettivi ed è connesso ai citati obblighi datoriali ed inerenti al contenuto dell'atto d'incarico, in quanto si tratta di atti di micro-organizzazione (cfr., da ultimo, Cass., sez. lav., 28 febbraio 2020 n. 5546; sulla natura “privata” dell'interesse legittimo del dirigente rispetto all'incarico, cfr. pure Cass., sez. lav., 18 giugno 2014 n. 13867; id., 30 ottobre 2014 n. 23062, sull'iscrizione degli atti di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, come tali assoggettati ai principi fondamentali dell'autonomia privata e, in primo luogo, alla regola della normale irrilevanza dei motivi; id., 14 aprile 2015 n. 7495; id., 24 settembre 2015 n. 18972; id., 20 giugno 2016 n. 12678, sull'illiceità del comportamento datoriale della P.A. che lasci in modo ingiustificato e immotivatamente il dirigente pubblico senza compiti di natura dirigenziale); – se già i dirigenti generali vantano un jus ad officium consistente in un interesse legittimo di diritto privato, a più forte ragione, come nel caso in esame, il trattenimento dell'appellante in servizio non impinge su scelte discrezionali della P.A. datrice di lavoro ed è un passaggio anteriore a qualunque affidamento di incarichi dirigenziali all'appellante stesso, sicché non appaiono evidenti preclusioni, tali da inibire l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, da questi ottenuta, nelle ordinarie forme di cui all'art. 669-duodecies c.p.c. (attuazione di obblighi di fare o di non fare), la cui cognizione spetta al medesimo Giudice della cautela e, quand'anche se ne potesse ipotizzare qualcuna in presenza o per gli effetti di provvedimenti amministrativi coinvolti nel rapporto di lavoro subordinato, vige sempre il sistema di disapplicazione, da parte dell'AGO, di tali atti, delineato dall'art. 4 della l. 20 marzo 1865 n. 2248, All. E); – scolora così ogni adombrata questione d'illegittimità costituzionale del diverso regime esecutivo delle ordinanze di questo Giudice affidato a quest'ultimo in via ordinaria col rito ex art. 59 c.p.a., rispetto a quanto accade per le ordinanze dell'AGO, per la duplice, evidente ragione, per un verso, che ciascuno dei due sistemi processuali, specularmente e rispettivamente, offre un medesimo tipo di tutela esecutiva cautelare rispondente perlopiù alle medesime esigenze (di tener indenni i soggetti di diritto dal periculum in mora iudicii in presenza di fumus boni juris della pretesa vantata), sì da render superfluo l'intervento esecutivo dell'una giurisdizione sull'altra: – per altro verso, costante attributo della giurisdizione amministrativa estesa al merito, fin dall'art. 27, I co., n. 4) del RD 26 giugno 1924 n. 1054 e dall'art. 90 del RD 17 agosto 1907 n. 642 e mai revocata in dubbio, è stato ed è tuttora il giudizio d'ottemperanza delle sentenze dell'AGO passate in giudicato, presupposto, quest'ultimo, unico, indefettibile e non estensibile per render coercibile l'adempimento dell'obbligo dell'Autorità amministrativa di conformarsi alle predette decisioni, che non può esser sostituito da altri tipi di provvedimenti del Giudice ordinaria, che non abbiano tanto in senso strutturale, quanto in senso decisorio la caratteristica della stabilità del comando giudiziale” (Consiglio di Stato n. 1463/2021).

L'art. 669 septies c.p.c. recita la disposizione che *“l'ordinanza di rigetto non preclude la riproposizione dell'istanza per il provvedimento cautelare quando si verificano mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto”*.

L'art. 669 decies c.p.c. statuisce che la revoca e modifica sia possibile se *“si verificano mutamenti nelle circostanze o si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita la conoscenza successivamente al provvedimento cautelare”*.

Va precisato che nell'ambito del processo del lavoro i mutamenti delle circostanze o le ragioni di fatto o di diritto determinanti la riproposizione dell'istanza cautelare sia che essa sia formulata ante causam sia nei casi in cui venga formulata in corso di causa sono soggetti ad una valutazione estremamente rigorosa. In altri termini se l'istanza cautelare è respinta per carenza di uno dei due presupposti i mutamenti devono riguardare anche quello che è stato escluso dal giudice nella precedente delibazione. Non si considera mutamento la produzione di nuova documentazione che si limiti a confermare i fatti già oggetto di delibazione e cognizione da parte del giudice ovvero quando si continui a porre a fondamento del periculum in mora la situazione in precedenza prospettata.<sup>92</sup>

I mutamenti devono essere conosciuti successivamente al provvedimento?

Le ragioni di fatto e di diritto preesistenti alla formazione del giudicato cautelare possano condurre all'ammissibilità della proposizione di una nuova istanza cautelare solo qualora il deducente ne alleghi e dimostri la conoscibilità in epoca posteriore alla definizione del procedimento cautelare concluso con provvedimento negativo. L'estensione del cd. giudicato cautelare, pertanto, copre anche il cd. deducibile a meno che la parte non dimostri di aver conosciuto i fatti, preesistenti ma non dedotti, soltanto dopo l'emissione del provvedimento, con la conseguenza della non reiterabilità dell'istanza cautelare qualora vengano dedotte circostanze di fatto o allegati mezzi di prova preesistenti all'adozione del provvedimento di rigetto.

Parte dell'orientamento di merito sostiene che le due disposizioni devono essere interpretate armonicamente per cui va estesa la prova della sopravvenuta conoscenza anche in caso di reiterazione dell'istanza cautelare per diverse ragioni.

In primo luogo depone in tal senso il principio di ragionevole durata del processo, che impone di ritenere impossibile addurre, in sede di reiterazione della medesima richiesta cautelare, nuove ragioni che potevano già dedursi prima e di evitare una inammissibile frantumazione e diluizione nel tempo della attività difensiva che va a sicuro danno di un celere svolgimento del procedimento (cfr. Trib. Bari 2/3/2009).

---

<sup>92</sup> Per un approfondimento si veda Dini-Mammone, op.cit.

In secondo luogo, depone in tal senso anche un'interpretazione sistematica delle norme in materia. Infatti la nozione di giudicato cautelare deve essere unica e non deve poter cambiare in relazione agli istituti del procedimento cautelare uniforme che vengano in rilievo. In altri termini, il giudicato cautelare deve avere la medesima consistenza, e dunque produrre effetti preclusivi analoghi, sia qualora si intenda porre in discussione un provvedimento cautelare negativo, facendo dunque ricorso all'istituto di cui all'art. 669 septies c.p.c, sia qualora si voglia modificare o revocare una misura cautelare positiva già consolidatasi, facendo dunque applicazione dell'istituto di cui all'art. 669 decies c.p.c. Tale previsione, nella formulazione successiva alla riforma della l. 263/2005, subordina infatti la possibilità di modificare il provvedimento cautelare alla presenza o di mutamenti delle circostanze o di fatti anteriori ma, in quest'ultimo caso, solo se la conoscenza dei medesimi sia stata acquisita dopo il provvedimento cautelare medesimo (con onere della prova della conoscenza successiva a carico del l'istante). Giova appena precisare che la genericità della nozione utilizzata dall'art. 669 septies non pone alcun ostacolo a che tali nova preesistenti non siano già conosciuti ma siano di nuova acquisizione conoscitiva.

La necessità di un'interpretazione sistematica simmetrica dei poteri delle parti è suggerita dalla necessità di scongiurare soluzioni ermeneutiche che consentano ad una sola delle parti di poter accedere ad un'utilità processuale, quale che sia l'istituto che ad essa conduca, senza incontrare preclusioni o incontrando preclusioni di minore consistenza, mentre devono essere valorizzate quelle letture interpretative incentrate sul principio secondo cui a parità di accesso ad un rimedio generale deve corrispondere, per le parti che a tale utilità ambiscono, l'imposizione delle medesime preclusioni (in tal senso, con precipuo riferimento al procedimento cautelare, Corte Cost. 253/1994 e 197/1995).

L'orientamento che postula l'interpretazione letterale, del resto, non è scevro da irragionevolezza nella parte in cui si ponga a confronto la posizione del ricorrente soccombente con quella del ricorrente vincitore che, tuttavia, ambisce ad una modifica migliorativa della misura cautelare già conseguita. Infatti, il primo, seppure soccombente ad esito di un provvedimento non reclamato nei termini o confermato in sede di reclamo o assunto per la prima volta in questa sede, e soccombente proprio in ragione del difetto di allegazioni, anche probatorie, rilevate dal giudice, potrebbe riproporre "liberamente" l'istanza cautelare premurandosi soltanto di dedurre "nuove ragioni di fatto o di diritto" anche preesistenti, ponendo così rimedio alla trascuratezza difensiva riscontrata dal giudice ed, anzi, traendo spunto dai rilievi del giudice per "aggiustare il tiro". Viceversa, il ricorrente vittorioso ma destinatario di una misura cautelare rivelatasi, alla prova dei fatti, inidonea ad attribuire piena tutela cautelare, sì da non poter garantire la fruttuosità dalla decisione di merito, potrebbe conseguire la modifica, e dunque un'utilità invero "minore" rispetto a quella della

riproposizione dell'istanza a seguito del rigetto, solo in virtù di uno sforzo difensivo ben maggiore, consistente, appunto, nella prova della mancata conoscenza dei fatti anteriori di nuova allegazione (così Trib. Urbino, 23.2.2011).

Tale impostazione è avvalorata anche dalla circostanza delle previsioni di un termine perentorio per la proposizione del reclamo, che ha carattere interamente devolutivo e consente la produzione di documenti e l'indicazione di mezzi di prova preesistenti, non può non avere ricadute nel senso di precludere la "libera" riproposizione, vale a dire senza l'allegazione e la prova della sopravvenuta conoscenza, di quei motivi e di quegli elementi istruttori che, pur deducibili e producibili, non siano stati dedotti né prodotti nel termine perentorio di cui al primo comma dell'art. 669 terdecies c.p.c.. Giova appena concludere come autorevole dottrina, all'indomani di Corte Cost. 253/1994, già evidenziava come "L'esistenza di un rimedio, soggetto a termine di decadenza, di tipo impugnatorio implica di necessità che il rigetto del reclamo (o la decadenza da esso) escluda la riproponibilità, per altra via, delle medesime questioni decise dal (o che sarebbero state deducibili con il) reclamo, e che l'area coperta da una tale pronuncia con efficacia preclusiva coincida con quella di ciò che, a sua volta, deve necessariamente farsi valere soltanto con il reclamo finché questo è esperibile."<sup>93</sup>

L'art. 669-octies c.p.c. prevede che *“l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”*.

Il provvedimento cautelare non può dispiegare effetti, intesi quale vincolo per il successivo giudicante, in un giudizio ulteriore rispetto a quello in cui è stato emesso.

Secondo taluni la citata disposizione andrebbe applicata ai soli provvedimenti per i quali è prevista la perdita di efficacia in caso di mancata tempestiva introduzione del giudizio di merito. Sebbene la formulazione letterale del 6° comma dell'art. 669 octies escluda l'applicazione delle disposizioni di cui all'intero articolo, la stessa natura di tutti i provvedimenti cautelari dimostra che il comma in parola sia riferito ad ogni decisione, ivi compresi quelli di cui all'art. 700 c.p.c. e, in genere, quelli che i cui effetti sono stabili, anche in assenza dell'instaurazione del giudizio di merito. A conferma, vi è il secondo comma dell'art. 669-decies c.p.c.: “Quando il giudizio di merito non sia iniziato o sia stato dichiarato estinto, la revoca e la modifica dell'ordinanza di accoglimento, esaurita l'eventuale fase del reclamo proposto ai sensi dell'articolo 669-terdecies, possono essere richieste al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza

---

<sup>93</sup> Per un approfondimento della ricostruzione si legga trib. Napoli, ord. 5.3.2013

successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza”.

La norma, che ha portata illimitata, non essendovi restrizioni di sorta, chiarisce definitivamente che il provvedimento cautelare è sempre modificabile e revocabile, con ciò ponendosi chiaramente fuori dal perimetro delineato dall'art. 2909 c.c. in tema di cosa giudicata. La pronuncia idonea a disciplinare definitivamente il rapporto tra le parti ai sensi dell'art. 2909 c.c., per esaurimento o mancato esercizio dei mezzi di impugnazione, non può essere oggetto di modifica ulteriore da parte dell'autorità giudiziaria, la quale è tenuta a prendere atto dell'intervenuta decisione definitiva e a dichiarare inammissibile la nuova azione proposta, qualora riferito alla stesso rapporto giuridico già oggetto di accertamento.

La lettura sistematica delle norme, ultimo comma dell'art. 669-octies e dell'art. 669-decies, dimostra che il legislatore ha bensì voluto attribuire stabilità al provvedimento cautelare pur in assenza della proposizione del giudizio di merito, ma non ha inteso affatto attribuire a tale provvedimento gli effetti propri della cosa giudicata. Il provvedimento cautelare è idoneo, sin tanto che non modificato in una nuova sede cautelare nel caso ne sia richiesta la modifica o la revoca, ovvero in sede di merito nel caso una delle parti abbia introdotto la cognizione piena, a disciplinare il rapporto giuridico tra i soggetti parte del giudizio interinale, ma non vincola il nuovo e diverso giudice dinanzi al quale si pone la questione risolta provvisoriamente in sede cautelare. Sul tema si è di recente espresso il Consiglio di Stato, con la pronuncia della sezione VI, Sent., (ud. 24/09/2020) 17-02-2021, n. 1463, secondo cui: “- l'appello è privo di pregio, poiché, in disparte la precisa ricostruzione della vicenda operata dal TAR e il buon governo da esso fatto della normativa applicabile e del suo significato, ad avviso del Collegio il ricorso in epigrafe, che concerne l'esecuzione di un'ordinanza ex art. 700 c.p.c., sembra scaturire da una erronea interpretazione del dato normativo (nel primo motivo di appello) e da un chiaro equivoco circa i poteri dell'AGO ai sensi dell'art. 669-duodecies c.p.c. (nel secondo motivo); - nel primo motivo, il Collegio ritiene che tutto si sviluppi dall'erroneità logica della premessa, da cui scaturisce la causa e che si riscontra nella lettura che l'appellante vuol dare all'art. 112, co. 2, lett. c) c.p.a. (per cui il giudizio d'ottemperanza è esperibile per l'esecuzione "... sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario..."), cioè la confusione concettuale tra il giudicato e la (tendenziale) intangibilità della misura cautelare (revocabile o modificabile a fronte d'un quid novi), sì da far concludere all'appellante che l'ordinanza a lui favorevole sia uno di quei provvedimenti equiparati alle sentenze dell'AGO passate in giudicato, meritevole d'esser eseguito col giudizio d'ottemperanza, in pratica mediante un'interpretazione adeguatrice dell'art. 112 all' art. 669-octies c.p.c.; - in realtà, non v'è alcun dato testuale o funzionale per cui tal assunto abbia senso, giacché pure l'ordinanza cautelare ex art. 700 c.p.c., se da un lato è una forma di tutela cautelare urgente e atipica

utilizzabile anche in fattispecie non espressamente e tassativamente previste e disciplinate dal c.p.c., non per ciò solo s'appalesa scollegata dal giudizio di merito, servendo solo alla parte, che la richieda, di conservare lo status quo ante della res litigiosa e, in certi casi, d'anticipare per tempo pure un assetto dei diritti assicurandone a priori la fruttuosità, essendo tuttavia evidente che, per i caratteri di strumentalità, provvisorietà ed anticipazione della misura cautelare al giudizio di merito, occorra poi instaurare quest'ultimo e giammai prescindere; - di recente, la giurisprudenza, trattando sia dei rimedi ex art. 700 che della relativa esecuzione con le regole dell'attuale e del precedente art. 669-duodecies o del reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c., conclude, in varia guisa (arg. ex Cass., III, 20 aprile 2018 n. 9830; id., sez. un., 28 febbraio 2019 n. 6039; id., I, 7 ottobre 2019 n. 24939), nel senso che tali provvedimenti sono comunque privi di stabilità e inidonei al giudicato, ancorché nessuna delle parti del procedimento cautelare abbia interesse ad iniziare l'azione di merito; va ricordato in proposito che la citata Cass. civ. ord., sez. un., 28-02-2019, n. 6039 ha ritenuto che nel sistema processuale delineatosi, in tema di procedimenti cautelari, a seguito delle modifiche di cui all'art. 2, 3 comma, lett. e bis, D.L. n. 35 del 2005, conv., con modif., nella L. n. 80 del 2005, (così come nel precedente) contro i provvedimenti urgenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi ante causam ai sensi dell'art. 700 c.p.c., non è proponibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 cost., in quanto tali provvedimenti sono privi di stabilità e inidonei al giudicato, ancorché nessuna delle parti del procedimento cautelare abbia interesse ad iniziare l'azione di merito; [...] - in via generale comunque il regime ex art. 668-octies, laddove prevede per i provvedimenti cautelari innominati l'attenuazione della strumentalità della misura cautelare resa senza l'assegnazione del termine di cui al IV co. del medesimo art. 668-octies, non trasforma la natura cautelare del provvedimento ottemperando in un giudicato in senso sostanziale ex art. 2909 c.c., tant'è che la definizione della domanda cautelare non si trasforma in qualcosa d'altro in assenza d'una norma espressa; - siffatta trasformazione si ha soltanto per legge, p. es., per quella specifica norma dei giudizi sommari di cui al successivo art. 702-quater, I co, I per., in virtù della quale "l'ordinanza emessa ai sensi del sesto comma dell'articolo 702-ter produce gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione" e per la quale è possibile applicare, in sede d'ottemperanza ex art. 112, co. 2, lett. c), c.p.a., la regola di assimilazione di tal provvedimento alle sentenze dell'AGO passate in giudicato”.

Tale ricostruzione è condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità, richiamata dal Consiglio di Stato: la citata Cass. civ. ord., sez. un., 28-02-2019, n. 6039 ha ribadito, citando la pronuncia Cass. sez. un. n. 27187 del 2007, che «anche nel sistema processuale delineatosi, in tema di procedimenti cautelari, a seguito delle modifiche di cui all'art. 2, comma 3, lett. e bis, del d.l. n. 35 del 2005, conv. con modif. in I. n. 80 del 2005, contro i provvedimenti urgenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi ante causam ai sensi dell'art. 700 c.p.c.,

non è proponibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., in quanto detti 10 provvedimenti sono privi di stabilità e inadeguati al giudicato, Corte di Cassazione - ancorché nessuna delle parti del procedimento cautelare abbia interesse ad iniziare l'azione di merito; tale ricorso non può valutarsi, benché il ricorrente lo richieda, neppure come istanza di regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c., da qualificare anch'essa inammissibile finché l'istante non abbia iniziato il giudizio di merito per il quale sorge l'oggetto del procedimento, unitamente all'interesse concreto e attuale a conoscere il giudice dinanzi al quale lo stesso deve eventualmente proseguire» (Cass. sez. un. n. 27187 del 2007).

In definitiva, può affermarsi che l'ordinanza cautelare non ha alcun valore di giudicato e, pertanto, non vincola in alcun modo il nuovo giudice, davanti al quale si invoca la decisione interinale emessa, ad attenersi ad essa.

#### Breve bibliografia

AA.VV. Il processo del lavoro (a cura di Amoroso, Di Cerbo, Maresca) – Provvedimenti d'urgenza (Amendola), 2020

AA.VV. La tutela cautelare nelle controversie di lavoro, 2012

Dini-Mammone, I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro, 1997

Leanza- Paratore, I provvedimenti d'urgenza nel processo del lavoro, 2000

Salvati- Sprizzi, Tutela cautelare e rapporto di lavoro, 2014