

*Enrico Terenzio*

L'ONERE DELLA PROVA IN ORDINE AI REQUISITI  
OCCUPAZIONALI DELL'IMPRESA

Estratto dalla  
*Rivista Giuridica del Lavoro*  
*e della Previdenza Sociale*  
Anno LI - 2000 - I - Giurisprudenza



EDIESSE

## CONTROVERSIE DI LAVORO

CASSAZIONE, 22 gennaio 1999, n. 613, Sez. lav. – Pres. De Tommaso, Est. Foglia, P.M. Nardi – Barsottini (avv.ti Perfetti, Pagliaro) c. Gross F4 F.lli Panconi Snc (non costituita).

**Licenziamento individuale illegittimo – Impugnazione – Tutela reale, ex art. 18 legge n. 300 del 1970 – Presupposti – Applicabilità – Requisiti occupazionali dell'impresa – Relativo onere della prova gravante sul datore di lavoro – Ratio.**

*In tema di riparto dell'onere della prova in ordine ai presupposti di applicazione della tutela reale od obbligatoria al licenziamento di cui è stata accertata l'invalidità, atteso che la disciplina di cui all'art. 18 legge n. 300/70, ancorché non identica, è certamente più vicina di quella prevista dall'art. 8 legge n. 604 del 1966 alla previsione generale in tema di responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 cod. civ., grava sul datore di lavoro l'onere di eccepire e provare l'inesistenza del requisito occupazionale e perciò l'impedimento all'applicazione dell'art. 18 legge n. 300/70, tenuto, altresì, conto che*

*tale presupposto, concernendo le dimensioni occupazionali dell'impresa, anche con riferimento alle sue eventuali distribuzioni organizzative, o alla distribuzione su territori diversi, riguarda connotazioni proprie dell'imprenditore e perciò sicuramente rientranti nella sua consapevolezza specie in relazione agli specifici obblighi di documentazione imposti al datore di lavoro in merito al personale alle sue dipendenze, ma non altrettanto sicuramente conosciute o percepibili dal lavoratore dipendente (1).*

(Omissis) Col primo motivo – denunciando la violazione e falsa applicazione dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché insufficiente e contraddittoria motivazione – lamenta il ricorrente che erroneamente il Tribunale di Massa Carrara ha ritenuto non raggiunta la prova circa i presupposti di applicabilità dell'art. 18 cit., atteso che la società intimata non aveva mai posto in dubbio la possibilità della tutela reale invocata in giudizio.

Con il secondo motivo – deducendosi l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine a un punto decisivo della controversia – si osserva che il tribunale non avreb-

be tenuto in considerazione la circostanza che il ricorso d'urgenza proposto in corso di causa aveva come necessario presupposto – non contestato dalla controparte – il superamento dei minimi numerici prescritti dall'art. 18 cit.

Ad avviso del ricorrente, inoltre, la pronuncia di reiezione adottata dal pretore in sede di urgenza costituisce parte integrante della decisione della controversia anche in punto di merito, venendone, quindi, a costituire circostanza non contestata a tutti gli effetti. I motivi, congiuntamente esaminati, appaiono fondati, per quanto si preciserà di seguito, e meritano pertanto accoglimento.

Conviene premettere, in fatto, che nel caso di specie, il lavoratore aveva affermato sin dall'atto introduttivo che il suo datore di lavoro aveva alle sue dipendenze «ben oltre quaranta dipendenti» fondando su tale presupposto la domanda di reintegrazione ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970. Il medesimo presupposto di fatto era posto a base del ricorso d'urgenza proposto in corso di causa, nel quale si reiterava l'istanza di reintegra.

Alla prima deduzione la società convenuta si era limitata a contestare «tutto quanto esposto e dedotto da parte ricorrente» senza più replicare sul punto, né in risposta al ricorso d'urgenza, né nel prosieguo del giudizio ordinario.

Da tale situazione il tribunale ha tratto la conseguenza che, non avendo il ricorrente provato la consistenza numerica del personale occupato dalla società convenuta, non vi erano i presupposti per l'applicazione della tutela reale invocata.

La questione su cui si incentra la controversia in esame, concerne, appunto, il riparto dell'onere probatorio sui presupposti di applicazione della tutela reale o obbligatoria al licenziamento di cui sia stata già accertata – come nel caso di specie – l'invalidità. E infatti un tale onere, in quanto riferito al lavoratore che invochi la tutela reale (secondo quanto affermato dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte, dalla sentenza delle Sez. un. 4 marzo 1988, n. 2249, alle più recenti, Cass. 18 aprile 1995, n. 4337; Cass. 18 marzo 1996, n. 2268; Cass. 1° ottobre 1997, n. 9606) non può essere concepito in termini eccessivamente rigidi, accontentandosi di ricorrere a una schematica affermazione quale quella ricorrente in numerose decisioni secondo le quali, trattandosi di un fatto costitutivo inerente alle condizioni dell'azione diretta alla reintegrazione, la dimensione occupazionale dell'impresa dev'essere provata dal lavoratore attore in giudizio. Affermazione che, basandosi esclusivamente su una formale applicazione dell'art. 2697 cod. civ., rischia di trascurare il dato delle ineguali posizioni delle parti nel processo, in relazione alla differente disponibilità degli elementi di prova che ciascuna di esse ha in concreto, in base alla sua posizione nel rapporto.

Tale rischio è, invero, avvertito da questa Corte allorché ammette che «al di là delle regole sulla ripartizione dell'onere della prova, ben può la decisione, comunque, fondarsi su ogni elemento di giudizio, una volta acquisito al processo, anche attraverso prove disposte di uf-

ficio e quale che sia la parte che l'abbia fornita, tenuta o non tenuta (Cass. n. 1202/1985, n. 2941/1990, n. 6644/1990). La medesima preoccupazione ha indotto, in altre occasioni, questa Corte ad ammettere che la prova del requisito dimensionale ben può essere desunta dal giudice in base al comportamento processuale del datore di lavoro che non muova contestazioni al riguardo (Cass. 16 aprile 1991, n. 4048; Cass. 5 febbraio 1993, n. 1429), sembrando eccessivo risolvere il problema nei termini meccanici del brocardo *actore non probante reus absolvitur*.

Da qui potrebbe dedursi che, ancorché la mera allegazione del requisito dimensionale non costituisce prova, tuttavia, trattandosi di presupposto costitutivo della fattispecie legale, per di più necessariamente risultante da una documentazione (ad esempio libri paga e matricola) la cui tenuta è dalla legge espressamente imposta a carico del datore di lavoro, il giudice potrà supplire all'inerzia delle parti, ad esempio ordinandone l'esibizione.

A questa stregua – e con riferimento al caso di specie in cui la società convenuta si è limitata a una unica iniziale contestazione non corredata da elementi documentali dei quali certamente doveva essere in possesso – va valutato il comportamento del datore di lavoro, tenendo presente il disposto dell'art. 416, comma 3, cod. proc. civ. secondo cui nella memoria di costituzione «il convenuto deve prendere posizione in maniera precisa, e non limitata a una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a

fondamento della domanda, e deve proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto e indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi e in particolare i documenti che deve contestualmente depositare».

Questa disposizione viene costantemente interpretata, da una parte, nel senso che una contestazione del genere, espressa in termini di rifiuto totale delle asserzioni del ricorrente non implica ammissione, da parte del convenuto, della sussistenza dei fatti allegati dalla controparte (Cass. n. 2551/85, n. 6339/87, n. 7447/94), e, dall'altra, che l'onere di tempestiva, ossia immediata, difesa e prova non riguarda i fatti costitutivi del diritto soggettivo affermato dall'attore, e che la negazione di questi fatti da parte del convenuto costituisce «mera difesa» non soggetta a limiti temporali, in quanto il loro difetto è rilevabile d'ufficio (Cass. 18 marzo 1996, n. 2268; Cass. 13 dicembre 1986, n. 7476), con la conseguenza che il requisito delle dimensioni occupazionali dell'impresa è in ogni caso rilevabile dal giudice, anche d'ufficio, in relazione alla situazione sostanziale dedotta in giudizio (Cass. 18 marzo 1996, n. 2268). Il che, ancora una volta, mostra come istanze equitative – direttamente collegate alle posizioni ineguali delle parti nel processo del lavoro – finiscono col condizionare l'applicazione di una distinzione, pur concettualmente sicura, tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato.

Per risolvere la questione riproposta nel presente giudizio sembra pertanto necessario un approfon-

dimento dell'analisi che non può prescindere dai contributi dottrinari in tema. Come è noto, il problema del riparto degli oneri probatori sul punto delle dimensioni occupazionali dell'impresa è stato affrontato da buona parte degli studiosi ricercando quale dei due regimi legali, quello reale o quello obbligatorio, possa definirsi generale e quale invece speciale.

Da una parte si ritiene generale il regime obbligatorio, ma dall'altra ci si interroga sulla base di quale dato normativo – ricavabile dagli artt. 18 dello Statuto dei lavoratori e 2 della legge n. 108 del 1990 – è consentito ritenere che il licenziamento illegittimo solo eccezionalmente può essere sottoposto al regime «reale».

Non manca chi rileva che il legislatore, lungi dal sancire la generale operatività del regime di cui all'art. 8 della legge n. 604 del 1966, per poi definire, in particolare il campo di vigenza dei rimedi previsti dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ha invece previsto, in positivo, sia i presupposti di applicabilità della tutela obbligatoria, sia quelli della tutela reale, provvedendo a rendere omogenei i referenti necessari per l'una e per l'altra tutela, sia da un punto di vista soggettivo (nel senso che entrambe le normative prescindono dalla natura imprenditoriale o meno del datore di lavoro), sia da un punto di vista oggettivo (dal momento che la dimensione organizzativa di riferimento è in entrambi i casi la medesima e cioè a dire la complessiva organizzazione del datore di lavoro).

A ben vedere, un tale approccio rischia di rivelarsi fuorviante, o co-

munque inidoneo a fornire una risposta «stabile», dal momento che, come spesso accade, allorché, in un contesto di oggettiva incertezza si debba individuare quale sia la regola e quale l'eccezione, la risposta, in ultima analisi finisce col dipendere anche da giudizi di valore, inevitabilmente influenzati dal momentaneo clima «storico-politico», favorevole ora a privilegiare la stabilità del rapporto di lavoro (per le sue implicazioni in termini di tutela della professionalità e della personalità del lavoratore), inteso come obiettivo prioritario da perseguire, ora ad assecondare piuttosto le esigenze di flessibilità dettate da una situazione economica generale che reclama interventi di sostegno.

A questo punto non è inopportuno tornare al dato normativo di riferimento, rileggendo per esteso il nuovo art. 18, comma 1, come novellato dall'art. 1 della legge n. 108/90: «Fermo restando l'esperibilità delle procedure previste dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il giudice con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'articolo 2 della predetta legge o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo, ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, ordina al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici prestatori di lavoro o più di cinque se trattasi di imprenditore agricolo, di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro. Tali

disposizioni si applicano altresì ai datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, che nell'ambito dello stesso comune occupano più di quindici dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa alle sue dipendenze più di sessanta prestatori di lavoro».

L'articolo 2 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ricomprende nel regime di tutela obbligatoria (già contemplato dalla legge 15 luglio 1966, n. 604) i licenziamenti individuali intimati dai datori di lavoro – imprenditori o non imprenditori – che occupano alle loro dipendenze sino a quindici dipendenti (o sino a cinque dipendenti, se imprenditori agricoli), nonché quelli che occupano sino a sessanta dipendenti, sempre che non occupino più di quindici dipendenti nell'ambito di uno stesso comune, ovvero nell'ambito di ciascuna unità produttiva.

La tutela reale non trova applicazione, altresì, nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori «che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto» (art. 4, comma 1).

Entrambe le tutele, sia quella reale che quella obbligatoria, non si applicano nei confronti dei lavoratori domestici, né di quelli ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 6 del d.l. 22 dicembre 1981, n. 791, convertito, con modificazioni nella legge 26 febbraio 1982, n. 54 (art. 4). Lo

stesso vale nei confronti dei lavoratori assunti in prova, e dei dirigenti, in base all'art. 10 della legge n. 604 del 1966 tuttora in vigore.

In altra parte della legge n. 108/1990 la scelta tra le due tutele viene operata, invece, con riferimento al particolare vizio da cui è affetto il licenziamento (ipotesi del licenziamento discriminatorio: art. 3).

Orbene, esclusa la ricorrenza nella controversia in esame, di questa ultima ipotesi, come pure delle ipotesi in cui il regime del licenziamento dipende dalla qualità soggettiva del lavoratore interessato, è agevole constatare che i presupposti per l'applicabilità della tutela reale o di quella obbligatoria riguardano esclusivamente la natura (industriale o agricola) dell'impresa, le finalità tipiche dell'attività economica, nonché le dimensioni occupazionali dell'impresa anche con riferimento alle sue eventuali articolazioni organizzative o distribuzione su territori diversi, aspetti, tutti certamente rientranti nella «naturale» consapevolezza dell'imprenditore, trattandosi di connotazioni sue proprie, e non altrettanto sicuramente conosciute o percepibili dal singolo lavoratore dipendente.

Questo dato, incontrovertibile, ha condizionato fortemente la giurisprudenza sopra menzionata, attenuando progressivamente la portata dei principi da cui essa ha preso le mosse.

Dal riesame dell'impianto normativo emerge chiaramente il fondamento su cui ciascuno dei regimi si fonda: esso si rinviene prevalentemente nella natura o nella dimensione dell'impresa, o talora, nella

qualità o nella posizione professionale del lavoratore licenziato.

Dal disposto dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (sia prima che dopo la novella del 1990) si ricava come la diversità di quei regimi trova la sua ragione, il più delle volte, non in fatti riferibili al lavoratore (salvo che si tratti di categorie particolari quali i dirigenti o i pensionati), ma piuttosto nella natura (agricola o industriale, operante o meno per fini di lucro) o nella dimensione occupazionale dell'impresa la quale, in quanto espressiva anche di una diversa capacità di sostenere gli oneri di una tutela reale od obbligatoria (senza comprometterne le capacità produttive e, quindi, occupazionali), giustifica questo o quel regime (in tal senso v. anche la Corte Costituzionale: sentt. nn. 55/1974; 152/1975; 189/1975; 2/1986; 240/1993; 44/1996).

Il dato dimensionale dell'impresa resta dunque la «ragione giustificatrice» del regime di tutela reale, assolutamente prevalente, quale discrimine rispetto al regime di tutela obbligatoria, laddove perde rilevanza l'altro elemento, tradizionalmente individuato dalla «fiduciarità» del rapporto (il quale, ad esempio nelle unità produttive con meno di sedici dipendenti, non osta all'operatività della tutela reale, ove l'impresa, nel suo complesso occupi più di sessanta dipendenti).

Tale regime, quindi, riferito dalla legge esclusivamente alle dimensioni occupazionali (che, come indicano i lavori preparatori, risultò criterio più idoneo per «misurare» la capacità dell'impresa di sostenere i «costi» di una tutela reale) dipende esclusivamente da fatti la cui «di-

sponibilità» appartiene, di norma, esclusivamente al soggetto stesso cui si riferiscono e cioè l'impresa (la quale è in grado di fornirne i riscontri reali, utilizzando tutta l'ampia documentazione che la legge le impone di tenere).

Di fronte a tale situazione appare irrazionale concepire un onere probatorio assoluto ed esclusivo a carico del lavoratore al quale di regola sfuggono i dati concernenti le dimensioni, anche esterne, rispetto all'unità produttiva in cui esso operava.

Una ulteriore conferma di questa «lettura» si trae dal comma 2 del nuovo art. 18 il quale, nel precisare i criteri di computo del numero degli occupati ai fini dell'operatività della tutela reale, vi ricomprende, ad esempio, i lavoratori assunti con contratto di formazione, o quelli assunti a tempo parziale, computandoli «per la sola quota di orario effettivamente svolto» e al contempo esclude dal computo «il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale»: tutte realtà, queste, delle quali evidentemente solo il datore può avere una compiuta conoscenza.

Sembra, allora, da escludere che l'onere probatorio – compiutamente inteso – sulla dimensione occupazionale, ai fini della questione presente, possa incombere, nella sua pienezza di contenuti, sul lavoratore, al punto che una generica contestazione da parte del datore di lavoro possa essere sufficiente a negare l'applicabilità di una disciplina che la legge stessa detta su misura dell'impresa, diversamente opinando occorrerebbe, da un lato, rilevare

che in tal caso verrebbe premiata una «reticenza» ingiustificata del datore di lavoro, in dispregio dei principi di lealtà e parità che sono alla base del processo, e, ancora più a monte, ritenere il lavoratore, piuttosto che il datore, in grado (e, quindi, onerato) di fornire una prova attinente a fatti che non rientrano nella sua sfera di conoscenza.

Una volta riscontrata la fragilità della tesi che fonda l'onere probatorio a carico del lavoratore che invoca la tutela reale sulla natura eccezionale di questa, appare più corretta la posizione – pur espressa da autorevole dottrina – che muove dalla ricostruzione dell'azione di impugnazione del licenziamento come azione di adempimento e/o di responsabilità per inadempimento: il datore di lavoro che pone in essere un licenziamento al di fuori delle condizioni richieste dalla legge si rende responsabile di un inadempimento alle obbligazioni assunte al momento della costituzione del rapporto.

Fatti costitutivi necessari e sufficienti a reggere gli effetti giuridici (reintegrazione e risarcimento, riassunzione o indennità) che il lavoratore mira a conseguire attraverso la cd. azione di impugnativa di licenziamento sono la pregressa esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, e la sua interruzione a seguito dell'iniziativa della controparte.

Fatti impeditivi degli effetti giuridici che il lavoratore mira a conseguire sono la sussistenza di una giusta causa o giustificato motivo di licenziamento: la regola di ripartizione dell'onere della prova di cui

all'art. 5 della legge n. 604 del 1966 ben lungi dall'essere una disposizione eccezionale introdotta a favore del lavoratore, non è altro che applicazione alla responsabilità del datore di lavoro della regola generale dettata dall'art. 1218 cod. civ. in tema di onere della prova nella responsabilità contrattuale.

E infatti, in base ai principi generali, la conseguenza avrebbe dovuto essere quella del risarcimento di tutti i danni subiti dalla controparte (art. 1223 cod. civ.). L'art. 8 della legge n. 604 del 1966, prevede invece una forte attenuazione delle conseguenze a carico della parte inadempiente ed è allora giustificato porre a carico di colui che pretende di essere esonerato da quelle che sarebbero le due comuni sanzioni derivanti da un inadempimento (e cioè da quanto previsto dall'art. 18 della legge n. 300/70) l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni che determinano la riduzione degli effetti restitutori e risarcitori.

In conclusione, può ritenersi che, pur essendo entrambe le discipline previste rispettivamente dagli artt. 8 della legge n. 604/66 e 18 della legge n. 300/70, speciali rispetto alla disciplina generale in tema di responsabilità contrattuale *ex art. 1218 cod. civ.*, la disciplina dell'art. 18 è più vicina (ancorché non identica) ai principi generali in tema di responsabilità contrattuale, mentre la più blanda disciplina dell'art. 8 si distacca fortemente dal rispetto di quei principi.

Si può, quindi, affermare che grava sul datore di lavoro l'onere di eccepire e provare l'esistenza dei requisiti occupazionali che impedi-



scono l'applicazione della disciplina generale dell'art. 18 Stat. lav., il che appare altresì conforme ai criteri di facilità e vicinanza della prova, tanto più evidenti in relazione agli specifici obblighi di documentazione imposti dalla legge al datore di lavoro in merito al personale alle sue dipendenze.

Da quanto precede consegue l'accoglimento del ricorso e la cassazione della sentenza impugnata con rinvio della causa ad altro giudice (che si degna nel Tribunale di Pisa) il quale si atterrà ai principi più sopra enunciati, provvedendo anche alle spese di questo giudizio. (Omissis)

### (1) L'ONERE DELLA PROVA IN ORDINE AI REQUISITI OCCUPAZIONALI DELL'IMPRESA

Con la sentenza che si annota la Suprema Corte ha radicalmente mutato orientamento in tema di ripartizione dell'onere della prova in ordine alla ricorrenza dei requisiti occupazionali dell'impresa; onere che, come noto, sino a ora, era stato posto a carico del prestatore di lavoro il quale, impugnando un licenziamento illegittimo, invocasse l'applicazione della tutela reale di cui all'art. 18 legge n. 300 del 1970.

La questione in esame, infatti, nel passato era stata più volte affrontata dalla giurisprudenza della Suprema Corte che, nel tentativo di attenuare la portata e lo stretto rigore formalistico, derivante dall'applicazione del principio contenuto nell'art. 2697 cod. civ., aveva cercato di volta in volta soluzioni che contemperassero i diversi interessi delle parti processuali, in considerazione anche della loro differente posizione sostanziale, senza, però, mai esonerare completamente l'attore dal provare i presupposti sui quali la sua domanda si basava.

In particolare, l'analisi della giurisprudenza di legittimità, sviluppata in epoca precedente l'entrata in vigore della legge n. 108 del 1990 – quando cioè la tutela cd. «forte», ex art. 18 legge n. 300 del 1970, ai sensi dell'art. 35 stessa legge era riservata ai dipendenti di imprese utilizzati in unità produttive o in ambiti comunali con più di quindici addetti o più di cinque per le imprese agricole, mentre la cd. «tutela debole», ex art. 8 legge n. 604 del 1966, concerneva i lavoratori alle dipendenze di datori di lavoro, anche non imprenditori, che presentavano un organico complessivo superiore a trentacinque unità, con la libera recedibilità, ex art. 2118 cod. civ., confinata quale «area residuale» – rivela l'applicazione di una soluzione per così dire «mediana» (1).

Infatti, si partiva dalla constatazione dell'esistenza di tre diversi regimi di licenziamento individuale (art. 18 legge n. 300/70, art. 8 legge n. 604 del 1966, art. 2118 cod. civ.), con la conseguente considerazione che

(1) Cass., Sez. un., 4 marzo 1988, n. 2249, in *Foro it.*, 1989, I, 840.

l'impugnativa del recesso datoriale potesse assumere diverso rilievo, a seconda della domanda proposta concretamente in giudizio.

Infatti, qualora la domanda avesse avuto a oggetto una richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro, l'onere probatorio circa la consistenza dimensionale di cui all'art. 35 legge n. 300/70 era posto a carico del prestatore di lavoro, trattandosi di requisito di accoglimento della domanda stessa, mentre, qualora oggetto della richiesta fosse stata la riassunzione ovvero il pagamento della relativa indennità, *ex lege* n. 604 del 1966, il lavoratore veniva esonerato dal relativo onere probatorio circa il requisito numerico, così come fissato dall'art. 11 legge n. 604 del 1966, giacché veniva ritenuta una disciplina a carattere generale.

Infine, nelle ipotesi di licenziamento *ad nutum*, *ex art.* 2118 cod. civ., l'onere relativo alla ricorrenza o meno delle soglie numeriche previste dai singoli regimi, ricadeva sul datore di lavoro, in quanto si trattava di un regime eccezionale rispetto a quello più generale rappresentato dalla vincolatività dei recessi datoriali (2).

Successivamente, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 108 del 1990, dettata dall'esigenza, sottolineata anche dalla Corte Costituzionale (3), di offrire ai lavoratori dipendenti delle piccole imprese una protezione contro il licenziamento ingiustificato, il legislatore, nel confermare sostanzialmente le tre fasce di disciplina del recesso datoriale, ha relegato, da un lato, il regime di libera recedibilità a ipotesi del tutto marginali (licenziamento dei dirigenti, dei lavoratori in prova fino ai primi sei mesi, dei lavoratori domestici, e di quelli ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto) (4), ampliando, dall'altro, la portata del regime di tutela reale e di quello di tutela obbligatoria.

Per il primo, infatti, l'ambito di applicazione è stato esteso ai lavoratori dipendenti di datori di lavoro, imprenditori e non, inseriti in unità produttive o in ambiti comunali con più di quindici addetti o facenti parte comunque di un complesso aziendale che, a prescindere dall'articolazione organizzativa concretamente adottata, presenti un organico superiore a sessanta addetti, mentre nel secondo (tutela obbligatoria), sono stati ricompresi tutti quei dipendenti di datori di lavoro, imprenditori e

---

(2) Sempre con riferimento ai licenziamenti disciplinati prima della legge n. 108 del 1990: Cass. 7 dicembre 1998, n. 12375; Cass. 29 luglio 1998, n. 7468; Cass. 12 novembre 1997, n. 11212, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1015; Cass. 5 febbraio 1993, n. 1429, in *Not. giur. lav.*, 1993, 580; Cass. 21 ottobre 1992, n. 11487, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 108; Cass. 23 giugno 1992, n. 7665, in *Riv. dir. lav.*, 1993, II, 344; Cass. 3 luglio 1991, n. 7286, in *Inf. prev.*, 1991, 1331; Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, 142.

(3) Cfr. sentenza 14 gennaio 1986, n. 2, in dottrina: Ghera, *Manuale di Diritto del lavoro*, cap. VII, par. 6, pp. 256 e ss.

(4) Per una compiuta trattazione sui licenziamenti nelle imprese di tendenza: cfr. Pera, *Le organizzazioni di tendenza nella legge sui licenziamenti individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, pp. 455 ss.

non, inseriti in unità produttive o in ambiti comunali pari o inferiori ai quindici dipendenti purché relativi a strutture aziendali complessivamente inferiori a sessanta addetti ovvero facenti parte di un organico complessivamente pari o inferiore a quindici unità (5).

Quindi, dopo il maggio del 1990, il problema che si era posto la giurisprudenza di legittimità era stato quello di verificare l'opportunità o meno di continuare ad applicare le regole probatorie consolidate ovvero, diversamente, se, anche sotto questo profilo, vi fosse stata una modificazione radicale, tale da indurre una revisione delle interpretazioni già rese *in subiecta materia*.

Un primo orientamento (6), partendo dal presupposto che la legge n. 108 del 1990 non avesse modificato granché in materia di licenziamenti individuali, salvo quanto sopra precisato, aveva ritenuto di continuare, nelle ipotesi di richiesta del lavoratore di condanna del datore alla reintegrazione, *ex art. 18 legge n. 300/70*, a considerare la consistenza numerica alla stregua di requisito costitutivo del diritto fatto valere, vale a dire come condizione di accoglimento della domanda, con la conseguenza di continuare ad addossare il relativo onere della prova interamente sul lavoratore, in virtù anche del più generale principio dettato dall'art. 2697 cod. civ. (7).

Questo perché, secondo i giudici di legittimità, l'art. 18 legge n. 300/70 continuava a presentare inequivocabilmente dei profili di specialità rispetto ai principi di diritto comune, specialità che non poteva consentire l'elevazione di detta disposizione a regola generale nell'ambito delle diverse forme di recesso allo scopo di individuarne il criterio di ripartizione dell'onere probatorio (8).

In tal senso si è espressa anche la dottrina prevalente (9), secondo la quale, partendo dalla formulazione in negativo degli artt. 2 e 4, comma 1, della legge n. 108 del 1990, si dovrebbe ritenere prevalente e/o generale la disciplina dettata dall'art. 8 legge n. 604/66, giacché questa opererebbe in tutti i casi in cui non ricorrono le condizioni per l'applicazione della tutela reale *ex art. 18 legge n. 300/70*; tesi avvalorata anche dal dato statistico della prevalenza numerica delle aziende medio-piccole sul territorio italiano rispetto a quelle soggette al regime di stabilità.

(5) Cfr. *Licenziamenti individuali, criteri di computo dei dipendenti, e lavoratori assunti a tempo parziale*, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 590.

(6) Cass. 18 aprile 1995, n. 4337, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 398.

(7) Cfr. Caruso, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale, una ricerca del diritto del lavoro nel processo*, in *q. Riv.*, 1982, 1, 3 ss. e 163 ss.; Proto Pisani, *L'oggetto del processo*, in *Le controversie in materia di lavoro*, Andrioli, Bologna-Roma, 1974.

(8) In questo senso: Cass. 10 novembre 1997, n. 11092, in *Not. giur. lav.*, 1997, 788; Cass. 11 marzo 1995, n. 2853, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 406.

(9) Sandulli, Vallebona, Pisani, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, 1990, pp. 25 e ss.; De Luca, *Nuova disciplina dei licenziamenti individuali: note minime in tema di tutela forte*, in *Dir. lav.*, 1993, 1, 529; Napoletano, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli, 1990, pp. 67 e ss.

In conseguenza di detto assunto, almeno fino alla sentenza che si commenta, il solo onere probatorio, gravante sul datore, era quello circa la dimostrazione della ricorrenza delle ipotesi residuali di libera recedibilità, *ex art.* 2118 cod. civ., ritenendosi normalmente applicabile, appunto, l'art. 8 legge n. 604 del 1966.

Orbene, la questione su cui si incentra la controversia oggetto del presente commento, riguarda il riparto dell'onere probatorio sui requisiti dimensionali dell'impresa che, in quanto riferito al lavoratore che invochi la tutela reale, non può essere concepito in termini eccessivamente rigidi, stante la difficoltà se non l'impossibilità per costui di conoscere dati anche esterni rispetto all'unità produttiva in cui opera (10), e ciò contrariamente a quanto era, invece, stato fino a ora enucleato dalla precedente giurisprudenza di legittimità (sia pure con dei «timidi» correttivi) (11) e dalla dottrina prevalente.

Per risolvere la questione, infatti, il Supremo Collegio sembra aver attinto argomentazioni da quella dottrina minoritaria (12), che vede nella tutela reale la disciplina prevalente in materia di licenziamenti individuali, così come si ricaverebbe dalla novella del 1990, la quale ha appunto esteso la portata applicativa dell'art. 18 legge n. 300/70 a molti datori di lavoro che, prima, erano assoggettati alla tutela obbligatoria.

Quest'ultima, poi, essendo attualmente riservata solamente ai datori di lavoro piccoli o piccolissimi, rivestirebbe, in quanto tale, carattere residuale ed eccezionale, poiché delimitata per esclusione.

Inoltre, effettuandosi una comparazione con l'art. 1218 cod. civ., in tema di responsabilità contrattuale, si ravviserebbe nell'azione di impugnazione del licenziamento, *ex art.* 18 legge n. 300/70, un'azione di adempimento e/o di responsabilità per inadempimento, difficilmente riscotrabile, invece, nell'impugnativa, azionata ai sensi dell'art. 8 legge n. 604 del 1966, la quale ultima prevederebbe una forte attenuazione delle conseguenze a carico della parte inadempiente.

Sicché, argomenta la Corte di Cassazione, che «pur essendo entrambe le discipline, previste rispettivamente dagli artt. 8 legge n. 604/66 e 18 legge n. 300/70, speciali rispetto alla disciplina generale in tema di responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 cod. civ., la disciplina dell'art. 18 è

---

(10) Sulle difficoltà in ordine all'onere della prova, cfr. Alleva, *L'ambito di applicazione della tutela*, *op. cit.*

(11) Sulle ipotesi di applicazione dell'onere probatorio non in forma eccessivamente rigida, cfr. Cass. 5 febbraio 1993, n. 1429, in *Not. giur. lav.*, 1993, 580 (requisito dimensionale provato, in assenza di specifica contestazione del datore di lavoro); Cass. 18 marzo 1996, n. 2268, in *Foro it.*, 1996, I, 2435 (sulla possibilità di verificare d'ufficio la consistenza del numero dei dipendenti); Cass. 19 novembre 1998, n. 11701 (sul requisito dimensionale desumibile in quanto fatto notorio).

(12) Miscione, *La nuova tutela obbligatoria*, Alleva, *L'ambito di applicazione della tutela*, in *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di Carinci, Napoli, 1991, pp. 34 e 175; Mazziotti, *I licenziamenti*, Torino, 1991, pp. 166 e ss.

più vicina ancorché non identica ai principi generali in tema di responsabilità contrattuale, mentre la più blanda disciplina dell'art. 8 si distacca fortemente da detti principi», l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni che determinano la riduzione degli effetti restitutori e risarcitori, cioè l'applicabilità della tutela obbligatoria, deve essere posto a carico del datore di lavoro ovvero, se si preferisce, l'onere di eccepire e provare l'esistenza dei requisiti occupazionali che impediscono l'applicazione della disciplina generale dell'art. 18 Stat. lav.

Ebbene, pur apprezzandosi lo sforzo interpretativo dimostrato dalla Suprema Corte, nel tentativo di ribaltare completamente il prevalente orientamento finora consolidatosi, non può non evidenziarsi la fragilità della tesi giuridica argomentata a sostegno della pronuncia che si commenta, in considerazione dell'autorevolezza dell'orientamento contrario, che rimane, tuttora altrettanto valido e sempre applicabile.

Piuttosto, sembrerebbe opportuna sul punto, se non una pronuncia interpretativa della Corte Costituzionale circa una presunta illegittimità dell'art. 2697 cod. civ. per contrasto con gli artt. 2 e 3 della Cost., qualora applicato nei modi e termini fino a ora seguiti dal prevalente orientamento, un intervento legislativo che indichi nel datore di lavoro la parte processuale tenuta ad assolvere l'onere probatorio circa il difetto dei requisiti occupazionali, integranti l'applicazione dell'art. 18 legge n. 300/70.

Questo perché, l'argomento forse più incisivo, sotto un profilo di giustizia sostanziale, e quindi meritevole di un ulteriore approfondito esame nelle competenti sedi istituzionali, sembra rimanere quello finalizzato a tutelare il prestatore quale parte più debole, sia nel rapporto che nel processo del lavoro.

Enrico Maria Terenzio