

NUMERO 4 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

PAOLO SORDI

Contratto di lavoro a tutele crescenti: la distribuzione degli oneri probatori nelle cause di impugnazione del licenziamento disciplinare



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	664
ANTONINO CATAUDELLA	
<i>Il giudice e le nullità</i>	667
ENRICO SCODITTI	
<i>Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis</i>	685
FILIPPO PATRONI GRIFFI	
<i>Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura</i>	723
FEDERICO ROSELLI	
<i>Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?</i>	743
PAOLO SORDI	
<i>Contratto di lavoro a tutele crescenti: la distribuzione degli oneri probatori nelle cause di impugnazione del licenziamento disciplinare</i>	763
FABRIZIO GUERRERA	
<i>Autonomia statutaria e tipologia delle società in house</i>	775
STEFANIA PACCHI	
<i>L'abuso del diritto nel concordato preventivo</i>	789
BRUNO INZITARI	
<i>Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei</i>	817
FABRIZIO MARINELLI	
<i>Il diritto e la vita. Le "spirituali conversazioni" tra Giuseppe Capograssi e Salvatore Satta</i>	833
UGO SALANITRO	
<i>Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita</i>	853
MASSIMO BASILE	
<i>Un nuovo contratto per il mercato immobiliare?</i>	875
ANTONIO SCARPA	
<i>Il voto del condomino in conflitto di interessi</i>	913

Contratto di lavoro a tutele crescenti: la distribuzione degli oneri probatori nelle cause di impugnazione del licenziamento disciplinare

Il decreto legislativo n. 23 del 2015 condiziona la reintegrazione nel posto di lavoro in caso di insussistenza del fatto materiale contestato al dipendente licenziato per motivi disciplinari alla dimostrazione «direttamente (...) in giudizio» di tale insussistenza e al superamento, da parte del datore di lavoro, dei limiti dimensionali di cui all'art. 18, commi ottavo e nono, della legge n. 300 del 1970. Da entrambe le previsioni scaturiscono problemi interpretativi in ordine alla distribuzione e all'oggetto degli oneri probatori gravanti sulle parti interessate. In particolare, la prima impone di verificare il suo coordinamento con l'art. 5 della legge n. 604 del 1966 e di precisare il significato dell'avverbio «direttamente»; la seconda ripropone, in un nuovo contesto, la risalente questione dell'individuazione del soggetto onerato della prova della dimensione occupazionale del datore di lavoro.

Legislative Decree No. 23 of 2015 conditions the reintegration into the workplace where the challenged material fact regarding the employee dismissed for disciplinary reasons is absent so that the one may demonstrate «directly (...) in the judicial setting» such insufficiency and the surpassing, by the em-

ployer, of the limits of art. 18, sects. 8-9 of Law No. 300 of 1970. From both of these provisions there arise problems of interpretation regarding the distribution and the object of the evidentiary burden imposed on the parties concerned. In particular, the first requires the verification of its coordination with art. 5 of Law No. 604 of 1966 and clarification of the meaning of the adverb «directly»; the second proposes, in a new context, the question of the identification of the subject with the burden to prove the employment dimension of the employer.

Sommario: 1. Ricognizione dei problemi. – 2. La prova della sussistenza/insussistenza del «fatto materiale»: a) coordinamento con l'art. 5 della l. n. 604 del 1966. – 3. (Segue): b) oggetto dell'onere probatorio. – 4. (Segue): c) prove utilizzabili. – 5. La prova del requisito dimensionale.

1. - Ricognizione dei problemi.

Il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, nel prevedere la reintegrazione nel posto di lavoro in caso di insussistenza del fatto materiale contestato al dipendente licenziato per motivi disciplinari, condiziona l'operatività di tale forma di tutela a due condizioni: che la predetta insussistenza «sia direttamente dimostrata in giudizio» (art. 3, comma 2); che il datore di lavoro raggiunga i limiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, della legge 20 maggio 1970, n. 300 (art. 9, comma 1).

Entrambe le disposizioni pongono problemi interpretativi in ordine alla distribuzione e all'oggetto degli oneri probatori gravanti sulle due parti interessate. La prima costituisce, sotto questo profilo, un'autentica novità, posto che, in precedenza, l'onere della prova in tema di giustificato motivo e di giusta causa del licenziamento era disciplinato esclusivamente dall'art. 5 della legge 15 luglio 1966, n. 604, a norma del quale, com'è noto, «L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro». La seconda, invece, ripropone, seppur nel diverso contesto rappresentato dal nuovo apparato sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi definito dal d.lgs. n. 23, la

risalente questione dell'individuazione della parte sulla quale grava l'onere di dimostrare la dimensione occupazionale del datore di lavoro.

2. - La prova della sussistenza/insussistenza del «fatto materiale»: a) coordinamento con l'art. 5 della l. n. 604 del 1966.

Iniziando dall'art. 3, comma 2, il primo problema è quello del suo coordinamento con l'art. 5 della legge n. 604 del 1966. Problema la cui risoluzione non appare però particolarmente ardua.

In effetti, muovendo dalla constatazione che la tutela indennitaria *ex art. 3*, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015 si applica in generale in caso di difetto di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo e quella reintegratoria solamente nell'ipotesi speciale descritta dal comma 2 dello stesso art. 3, non vi sono difficoltà a coordinare la disposizione del 2015 con quella del 1966. Quest'ultima continua a imporre al datore di lavoro di fornire la prova della sussistenza dei fatti posti a fondamento del proprio recesso: nel caso in cui al datore di lavoro riuscirà tale prova, il licenziamento sarà considerato legittimo, in caso opposto sarà ritenuto illegittimo con le conseguenze di cui al comma 1 dell'art. 3¹. La norma del 2015 impone invece al lavoratore di dimostrare l'insussistenza del fatto contestatogli: nell'eventualità in cui tale prova gli riesca, egli avrà diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, in caso opposto, il licenziamento sarà dichiarato legittimo ovvero si applicherà la tutela indennitaria a seconda dell'assol-

¹ Non può essere condivisa, poiché comportante l'abrogazione della previsione contenuta nell'art. 3, comma 2, la tesi avanzata, seppur dubitativamente, da P. CURZIO, *Il licenziamento ingiustificato*, in *Foro it.*, 2015, V, 250, secondo cui il mancato assolvimento dell'onere della prova della sussistenza del fatto contestato equivarrebbe alla prova dell'insussistenza del fatto. Del resto, anche su un piano strettamente logico, la mancata dimostrazione dell'esistenza di un fatto non equivale alla dimostrazione della sua insussistenza. Nello stesso senso della tesi qui criticata, L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 530; G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in *Giustiziacivile.com*, 24 aprile 2015, § 4.1.1, nonché, sembra, V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2015, 259, 31. Anche per C. PISANI, *Il nuovo regime delle tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI-C. PISANI-G. PROIA-A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, 37, se il datore di lavoro non dimostra l'esistenza del fatto materiale, il lavoratore ha senz'altro diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro in base alla regola finale di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.

vimento o meno, da parte del datore di lavoro, dell'onere di cui all'art. 5 l. n. 604 del 1966.

Non v'è quindi motivo di dubitare dell'applicabilità di quest'ultima disposizione al contratto a tutele crescenti: non tanto perché essa non sia stata toccata dal d.lgs. n. 23 del 2015², quanto perché essa ha un ambito di operatività diverso da quello della previsione del 2015 e, dunque, non può postularsi la sua abrogazione tacita per effetto della sopravvenienza di una norma che abbia disposto in senso diverso sullo stesso oggetto.

Dalla combinazione delle due norme discendono alcune chiare conseguenze con riferimento a vicende processuali che nella pratica si presentano con una certa frequenza. Così, se il datore di lavoro incorra nella decadenza dalla prova, ne deriverà per ciò solo il diritto del lavoratore all'indennità di cui all'art. 3, comma 1, non anche alla reintegrazione; a questa diverso fine, sarà necessario che il lavoratore dimostri l'insussistenza del fatto contestatogli.

Analogamente è a dirsi in caso di contumacia del datore di lavoro. Né, in simili casi, potrà ritenersi provata l'insussistenza del fatto addebitato in applicazione del principio di non contestazione espresso dall'art. 115, comma 1, c.p.c., la cui operatività, com'è noto, è condizionata alla costituzione in giudizio della parte.

Alcuni commentatori hanno lamentato che la disposizione di cui si tratta finisce per porre a carico del lavoratore l'onere di provare un fatto negativo. Al riguardo occorre tuttavia operare due precisazioni.

In primo luogo bisogna considerare che non è affatto detto che l'oggetto della prova che il lavoratore è chiamato a fornire sia sempre costituito da un fatto negativo; egli, infatti, deve dimostrare circostanze opposte a quelle dedotte dal datore di lavoro quale motivo del licenziamento, con la conseguenza che, tutte le volte in cui queste ultime consistano in fatti negativi, il lavoratore dovrà provare l'esistenza di fatti positivi.

Ad esempio: se il licenziamento è stato irrogato per assenze ingiustificate

² Infatti, è stato giustamente notato che tale circostanza è del tutto irrilevante al riguardo, considerato che non v'è dubbio che la legge n. 604 sia tuttora integralmente vigente per i contratti di lavoro in essere alla data del 7 marzo 2015 e ciò basterebbe a giustificare la mancata abrogazione dell'art. 5 da parte del legislatore del 2015: L. DE ANGELIS, *Gli aspetti processuali della disciplina del d.lgs. 23/15*, in *Foro it.*, 2015, V, 260.

dal lavoro o per omesso controllo sull'attività di sottoposti, l'onere di dimostrare l'insussistenza del fatto addebitato si risolve, nel primo caso, nell'onere di provare di essersi presentato in servizio oppure l'evento di forza maggiore che ha impedito la presenza sul posto di lavoro o ancora il tempestivo invio della giustificazione dell'assenza, nel secondo caso nell'aver eseguito regolarmente la richiesta attività di controllo. Come si vede, tutti fatti positivi.

Quindi non è vero che la disposizione in questione imponga sempre e comunque al lavoratore di fornire la prova di fatti negativi, cioè accadendo solamente quando oggetto dell'addebito disciplinare sia un fatto positivo (sottrazione di beni aziendali, rissa sul luogo di lavoro, ecc.).

La seconda considerazione da svolgere è invece d'ordine sistematico e consiste nella constatazione che nel nostro ordinamento è perfettamente ammissibile che ad una parte sia addossato l'onere di provare un fatto negativo ³, come – tra l'altro – accade anche in materia di licenziamento tutte le volte in cui il datore di lavoro fonda il proprio recesso su un addebito consistente in una condotta omissiva del dipendente (ritornando agli esempi già fatti: l'art. 5 l. n. 604 del 1966 impone al datore di provare la mancata presentazione al lavoro del dipendente oppure l'omesso svolgimento, da parte di questi, dell'attività di controllo che gli competeva).

3. - (Segue): b) oggetto dell'onere probatorio.

Quanto alla definizione dell'oggetto dell'onere probatorio (vale a dire il «fatto materiale»), è evidente come il legislatore del 2015 abbia avuto presente i termini del dibattito accesi, in dottrina e in giurisprudenza, sull'interpretazione della formula utilizzata dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 nel definire una delle fattispecie di illegittimità del recesso datoriale alle quali il nuovo quarto comma dell'art. 18 collega l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata, vale a dire quella della «insussistenza del fatto contestato».

Com'è noto, in proposito si fronteggiano due orientamenti: il primo, secondo il quale per “fatto” si deve intendere il “fatto materiale”, vale a

³ V., tra le tante, Cass. 5 febbraio 2015, n. 2137; Cass. 13 giugno 2013, n. 14854.

dire la sola condotta posta in essere dal dipendente, senza che abbiano rilevanza, invece, gli aspetti connessi al profilo soggettivo del comportamento del lavoratore e, in particolare, la valutazione della proporzionalità della misura espulsiva rispetto alla gravità dell'inadempimento; il secondo, che invece reputa che per "fatto" ai sensi del quarto comma del nuovo art. 18 debba intendersi il fatto inclusivo anche degli aspetti del comportamento del lavoratore concernenti l'elemento soggettivo, nel senso, non solamente dell'esistenza del nesso psicologico (cioè del dolo o della colpa), ma anche della sua intensità nel caso concreto (gravità della colpa, intensità del dolo).

L'esplicita precisazione del legislatore del 2015 circa l'estraneità, all'accertamento dell'esistenza/inesistenza del fatto materiale, di ogni valutazione sulla proporzionalità del licenziamento sta ad indicare chiaramente la sua volontà di escludere in ogni caso la possibilità di reintegrazione nei casi in cui l'illegittimità del licenziamento risieda esclusivamente nel difetto di proporzionalità della misura espulsiva adottata dal datore di lavoro rispetto all'effettiva gravità della condotta posta in essere dal dipendente.

Dunque, per «fatto materiale» ai sensi dell'art. 3, comma 2, si deve intendere "inadempimento imputabile"⁴ e l'oggetto dell'onere probatorio posto a carico del lavoratore è l'insussistenza della condotta addebitata gli ovvero l'esistenza di fatti che escludono l'imputabilità dell'inadempimento.

4. - (Segue): c) prove utilizzabili.

Un ulteriore e ancor più complesso problema interpretativo posto dall'art. 3, comma 2, scaturisce dal fatto che la norma pretende che il lavoratore debba fornire la prova «direttamente» in giudizio. Tale precisazione ha indotto parte della dottrina a concludere nel senso che sarebbe inibito al

⁴ L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino, 2015, 117. Secondo P. CURZIO, *Il licenziamento ingiustificato*, cit., 248, quando l'illecito prevede non solo una condotta, ma anche un evento da quella condotta determinato, del fatto materiale fanno parte anche l'evento e il nesso di causalità tra condotta ed evento.

lavoratore ricorrere alla prova presuntiva ⁵ o, ancor più radicalmente, a qualsiasi prova indiretta, inclusa quella sui fatti secondari ⁶.

L'accoglimento di simili impostazioni esporrebbe la norma a non infondati sospetti di illegittimità costituzionale.

Si ponga mente, in proposito, alle varie combinazioni alle quali possono dar luogo, a seconda della natura degli addebiti contestati al lavoratore, le due coesistenti disposizioni in tema di oneri probatori (art. 5 l. n. 604 del 1966 e art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015).

Se il licenziamento sia motivato con un fatto positivo (ad esempio, aggressione fisica del superiore gerarchico sul posto di lavoro), il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 5 l. n. 604 del 1966, deve dimostrare tale accadimento e può farlo tanto con prove dirette (testimonianza di persone che hanno assistito all'evento) quanto con prove indirette (referti sanitari relativi ad escoriazioni riscontrabili sul corpo della vittima dell'aggressione, testimonianze relative al fatto che il dipendente licenziato era l'unico lavoratore presente in azienda oltre alla vittima, prova di minacce precedentemente indirizzate dal licenziato alla vittima, ecc.). Il lavoratore deve invece dimostrare, ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015, un fatto negativo (la mancata aggressione, da parte sua, al superiore gerarchico) e potrebbe farlo con prove dirette (testimonianza di colleghi che sono stati insieme con lui tutto il giorno e dichiarino di non avergli visto compiere alcuna aggressione), ma non con prove indirette (prova di accadimenti diversi che potrebbero giustificare le escoriazioni esibite dalla presunta vittima ovvero dei motivi di risentimento che molti altri suoi colleghi, pure presenti quel giorno in azienda, nutrivano nei confronti del superiore gerarchico, ecc.).

Nell'ipotesi opposta in cui il licenziamento sia motivato con un fatto negativo (ad esempio, assenza ingiustificata dal lavoro), il datore di lavoro deve dimostrare l'addebito e può farlo sia con prove dirette (deposizioni testimoniali di colleghi compagni di stanza in servizio nei giorni interessati i quali dichiarino che, in quei giorni, il licenziato non era presente al

⁵ M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 329.

⁶ L. DE ANGELIS, *Gli aspetti processuali della disciplina del d.lgs. 23/15*, cit., 261; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2015, 532.

lavoro), sia ricorrendo a prove indirette (deposizioni di testimoni che dichiarino di aver visto il lavoratore in un'altra città in quei giorni). Il lavoratore, invece, deve fornire la dimostrazione di un fatto positivo (essersi recato al lavoro ovvero forza maggiore che gliel'abbia impedito oppure tempestivo invio della certificazione attestante il motivo dell'assenza) e potrebbe farlo con prove dirette (deposizioni di testimoni che dichiarino di aver viaggiato sullo stesso treno utilizzato dal lavoratore per recarsi in azienda e che lo stesso sia rimasto bloccato a seguito di una manifestazione che aveva comportato l'occupazione dei binari, ricevuta dell'invio della certificazione medica, ecc.), ma non con prove indirette (messaggi di posta elettronica inviati a suo nome dal suo computer aziendale nei giorni di contestata sua assenza dal lavoro, ecc.).

Sembra evidente la disparità di trattamento che, in questa maniera, il sistema riserverebbe alle due parti in causa, disparità che non trova alcuna giustificazione nel momento in cui l'ordinamento attribuisce ad entrambe le parti precisi diritti (al datore di lavoro quello di recedere dal rapporto in caso di grave inadempimento della controparte, al lavoratore quello ad essere reintegrato in caso di insussistenza dell'inadempimento imputatogli), rispetto ai quali non si comprende perché l'esistenza del primo possa essere dimostrata con qualsiasi mezzo, mentre quella del secondo solamente con alcuni tipi di prove.

Si tratta allora di verificare se sia possibile una lettura della norma che eviti questa inaccettabile conseguenza. Lettura che non può essere quella di chi, muovendo dalla constatazione della contrarietà ai principi costituzionali dell'interpretazione qui criticata, passa direttamente all'affermazione dell'applicabilità della tutela reale in tutti i casi in cui non sia provato il fatto materiale, dovendosi ritenere che in tali casi esso sia insussistente⁷, risolvendosi questa in un'interpretazione (non costituzionalmente orientata, bensì) abrogante la disposizione che impone al lavoratore l'onere di provare l'insussistenza del fatto addebitatogli, insussistenza evidentemente concepita dal legislatore del 2015 quale fatto costitutivo del diritto alla reintegrazione.

Autorevole dottrina ha proposto di interpretare l'avverbio «direttamente»

⁷ D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *www.Judicium.it*, 3.

come espressione dell'intento del legislatore di escludere qualsiasi rapporto di pregiudizialità, rispetto al giudizio in cui è domandata la reintegrazione, di ogni altro giudizio, anche penale, con la conseguenza che la dimostrazione dell'insussistenza del fatto materiale può essere fornita esclusivamente grazie ad un'apposita istruttoria senza che siano utilizzabili né gli accertamenti, né gli elementi di prova che fossero stati acquisiti in altri giudizi⁸.

La tesi ha il pregio di evitare i pesanti dubbi di legittimità costituzionale in precedenza evidenziati, contemporaneamente conservando all'avverbio «direttamente» una rilevanza precettiva e può essere condivisa. Occorre però riconoscere che, seppur così ragionevolmente interpretata, la norma continua ad esser fonte di qualche perplessità sul piano del pieno rispetto dei principi costituzionali in materia di diritto alla prova laddove impone al lavoratore un onere probatorio che con qualche frequenza potrà vertere su fatti a lui completamente estranei e in alcuni casi probabilmente impossibili per lui da provare, con relativa difficoltà di ritenere compatibile un simile assetto con il principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità della prova, pure desunto dall'art. 24 Cost., norma che sicuramente vieta che l'esercizio dell'azione in giudizio sia dalla legge reso impossibile o troppo difficile⁹.

Può farsi l'esempio di Tizio licenziato perché incolpato di un certo ammanco di denaro. Se in giudizio emerge che quel giorno anche Caio e Sempronio avevano avuto accesso alla cassa dell'azienda, non potrà dirsi riuscita, per il datore di lavoro, la prova della colpevolezza di Tizio; ma quest'ultimo, per poter ottenere la reintegrazione, dovrebbe dimostrare la colpevolezza di Caio o di Sempronio e non si vede come egli concretamente potrebbe farlo, tale esito derivando dalla prova di fatti estranei alla stessa possibilità per Tizio di venirne a conoscenza; con l'ulteriore conseguenza che il rapporto di lavoro resterà estinto sulla base di un semplice sospetto di colpevolezza gravante sul dipendente, esito al quale la giurisprudenza sarà forse comprensibilmente restia ad accedere.

⁸ M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 397.

⁹ Corte cost., 13 dicembre 1989, n. 568, in *Giust. civ.*, 1990, I, 605.

5. - La prova del requisito dimensionale.

Passando all'esame dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, ci si deve chiedere se il limite dimensionale da esso contemplato quale presupposto per l'accesso alla tutela di cui al precedente art. 3, comma 2, rappresenti un ulteriore elemento costitutivo del diritto alla reintegrazione attenuata e, in quanto tale, secondo i principi generali, il relativo onere probatorio incomba sul lavoratore ovvero se esso si configuri come circostanza impeditiva dell'applicazione della tutela reale, con conseguente onere probatorio gravante sul datore di lavoro.

Il quesito non appare di agevole ed immediata soluzione.

Nel primo senso potrebbe deporre la constatazione che la tutela reintegratoria attenuata è configurata, nell'ambito del sistema disciplinato dal d.lgs. n. 23 del 2015, come fattispecie speciale rispetto a quella indennitaria (che invece è quella che opera, in generale, in tutte le altre ipotesi di insussistenza di giusta causa e giustificato motivo), onde la parte che ha interesse alla sua applicazione dovrebbe dimostrare la sussistenza di tutte le circostanze che ne condizionano l'operatività.

Nel secondo senso potrebbe al contrario essere valorizzato il tenore dell'art. 9, comma 1, che, su un piano strettamente letterale, sembra configurare il mancato raggiungimento dei limiti dimensionali stabiliti dall'art. 18 come circostanza impeditiva dell'applicazione della tutela reale.

Ed effettivamente questo secondo ordine di considerazioni parrebbe decisivo, soprattutto se si considera che in realtà il comma 1 dell'art. 9 non prende in considerazione il mancato raggiungimento dei limiti dimensionali solamente al fine di segnare i confini del campo di operatività della tutela reintegratoria attenuata, ma anche come circostanza di fatto che influisce sull'ammontare dell'indennità dovuta in tutti i casi di vizi del licenziamento che danno luogo alla semplice tutela indennitaria (vizi sostanziali – art. 3, comma 1 – e vizi formali e procedurali – art. 4 –).

In altri termini, si tratta non tanto di un elemento costitutivo di una delle quattro forme di tutela previste dal sistema disciplinato dal d.lgs. n. 23, quanto di un fatto avente generali effetti limitativi del sistema, per così dire, "ordinario" definito dai precedenti artt. 3, 4 e 6. E precisamente: effetti impeditivi della tutela reintegratoria attenuata ed effetti modificativi delle tutele indennitaria forte e debole. L'inevitabile conseguenza di tale

impostazione è allora quella secondo cui grava sul datore di lavoro interessato ad evitare l'applicazione della tutela reale (ovvero a ottenere una riduzione dell'indennizzo che altrimenti sarebbe dovuto al lavoratore in virtù delle disposizioni d'ordine generale) l'onere di provare di occupare un numero di dipendenti inferiore rispetto ai limiti stabiliti dai commi ottavo e nono dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970.