

Il nuovo art. 18 st. lav.: problemi sostanziali e processuali

GIOVANNA PACCHIANA PARRAVICINI
Ricercatore - Università del Piemonte Orientale

1. - *Premessa.* — La riforma della disciplina del licenziamento, che tanto clamore ha suscitato nella fase di gestazione, giunta alla sua definitiva versione si presta a più pacate considerazioni in ordine al concreto impatto sull'impianto legislativo preesistente e a più oggettive riflessioni sulla sua implementazione nel contesto del tessuto normativo prodotto da sessant'anni di diritto del lavoro *post* costituzionale.

Un simile approccio apre immediatamente la strada ad una evidente divaricazione sul piano ricostruttivo-sistematico tra l'orientamento propenso a valorizzare una linea di continuità con gli assetti preesistenti, indotta altresì da quelli che vengono definiti vincoli di sistema, e la tendenza a privilegiare, viceversa, il carattere profondamente innovativo o addirittura di rottura della riforma rispetto ad una disciplina fin qui resistente ai pur reiterati tentativi di modifica (1).

Le considerazioni che seguono cercheranno di utilizzare la chiave di lettura continuità-discontinuità a ridosso di tre distinti profili della nuova legge: la disciplina delle causali e

Sommario: 1. - Premessa. — 2. - La conformità ai principi costituzionali e comunitari. — 3. - La prescrizione del credito dei lavoratori. — 4. - Profili processuali.

delle sanzioni; le ricadute sul *dies a quo* della prescrizione; i profili processuali della riforma.

Il primo dei tre temi è quello in cui il cennato contrasto valutativo è destinato a riverberarsi in modo più diretto sul momento interpretativo.

Ed infatti, chi attribuisce al legislatore un intento di forte discontinuità rispetto all'assetto preesistente è portato a collocare aprioristicamente la sanzione reintegratoria in un'ottica circoscritta e residuale, riconoscendo spazio significativo al rimedio puramente risarcitorio (2).

Viceversa, l'opposta prospettiva di tendenziale continuità garantistica, sia pur misurandosi con la nuova impostazione gradualistica del profilo sanzionatorio, tende a ritenere sostanzialmente preservato, o comunque poco intaccato, l'ambito applicativo della tutela reintegratoria (3).

A voler assumere una posizione nei confronti della cennata contrapposizione può ben dirsi che, per quanto il testo della novella in esame appaia molto farraginoso e frutto di stratificate mediazioni, alcuni indicatori desumibili sia dalla parte declamatoria contenuta nell'art. 1, co. 1 della legge sia dalle dichiarazioni del Governo e dei relatori del disegno di legge depongono in favore della portata significativamente riformatrice della nuova legge.

L'intento innovativo deve peraltro cogliersi non già in ordine alle «causali», legittimanti il licenziamento, bensì in ordine ai profili sanzionatori. Le prime, ad onta di alcuni tentativi confindustriali volti ad inserire profili di rendimento e/o di idoneità professionale e nonostante l'apparente frammentazione delle fattispecie di illegittimità del licenziamento (4), sono restatè intatte e, quindi, affidate alla ricca elaborazione dottrinale e giurisprudenziale delle nozioni di cui agli artt. 2119 c.c. e 3 legge n. 604/1966.

Come è stato rilevato sin dai primi commenti (5), l'apertura alla flessibilità in uscita viene, cioè, realizzata

(1) Sulle diverse letture delle nuove disposizioni in tema di licenziamento cfr. V. SPEZIALE, *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Relazione presentata al Convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara 11 e 12 maggio 2012.

(2) A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto Lavoratori*, in «Riv. it. dir. lav.» 2012, I, 415.

(3) In tal senso M.T. CARINCI, Relazione tenuta al VII congresso nazionale Aidlass, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Pisa 7-9 giugno 2012.

(4) Il co. 4 dell'art. 18 parla infatti di non ricorrenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, il co. 5 di altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, il co. 6 di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e di altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo.

(5) A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto Lavoratori*, cit.

con invarianza del profilo concettuale delle causali e con una differenziazione del solo profilo fattuale (sussistenza o meno dei fatti contestati o posti a base del licenziamento) (6).

La tensione riformatrice si palesa, invece, in ordine alla disciplina sanzionatoria, ove il «dogma» della reintegrazione appare significativamente intaccato dal momento che per alcune tipologie di licenziamento illegittimo, pur collocate nell'area della preesistente stabilità reale, il rimedio è ormai meramente risarcitorio.

Del resto, a favore di una lettura della riforma in senso marcatamente riformatore sotto il profilo delle conseguenze del licenziamento spinge innanzitutto la lettera dell'art. 1, co. 1, lett. c) ove il legislatore non solo chiarisce che obiettivo della stessa è redistribuire «in modo più equo le tutele dell'impiego», ma indica anche gli strumenti con cui intende realizzare tale obiettivo, da una parte limitando le possibilità di ricorso a forme flessibili di in entrata, e dall'altra «adeguando alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento» (7) con l'introduzione altresì di un nuovo strumento processuale che nel disegno riformatore dovrebbe essere caratterizzato dalla massima rapidità. È però evidente che in un'ottica di redistribuzione delle tutele in cui

l'intervento sulla flessibilità in entrata è di tipo chiaramente restrittivo, quello sulla flessibilità in uscita non può che allentare, in via compensativa (8), i vincoli sanzionatori al licenziamento.

A tale apertura fa, però, da contrappeso un'accelerazione del processo finalizzata ad evitare che il lavoratore, cui spetta in via generale una tutela meramente risarcitoria, subisca danni dai tempi del processo.

La chiara intenzione riformatrice emerge, inoltre, non solo dalla relazione fatta dal Consiglio dei Ministri il 23 marzo 2012, giorno di approvazione del disegno di legge (9) ma anche dalle successive relazioni al disegno di legge Fornero fatte dai senatori Castro e Treu, relatori di maggioranza, e dalla (seppure critica) senatrice Carlino, relatrice di minoranza.

Tutti i relatori, infatti, esplicitano la consapevolezza che la modifica delle norme in tema di tutela da licenziamento illegittimo conduce ad un ricorso meramente residuale alla tutela reintegratoria «mentre nella stragrande maggioranza dei casi il giudice è tenuto ad applicare solo l'indennizzo» (10).

A dieci anni di distanza, dunque, il legislatore inverte la rotta rispetto a quella intrapresa con il d.lgs. n. 276/2003, ove l'articolazione delle figure contrattuali in entrata costituiva

il contraltare delle preesistenti rigidità dei rapporti di lavoro *standard*.

2. - *La conformità ai principi costituzionali e comunitari.* — L'opzione ricostruttiva prescelta, improntata alla discontinuità dal punto di vista sanzionatorio non trova ostacoli né vincoli di sistema di ordine costituzionale per cui si può affermare che il modificato assetto delle tutele in caso di licenziamento illegittimo risultante dalla riforma non appare in conflitto con i principi che emergono dalla Carta costituzionale ed in particolare dall'art. 4.

Già a partire dal 1957, infatti, la Consulta (11), chiamata a pronunciarsi sul significato del «diritto al lavoro» riconosciuto dall'art. 4 Cost. ha chiarito che è diritto sociale «che si risolve nella pretesa verso i pubblici poteri perché attuino una politica volta a favorire la massima occupazione» (12).

Tale significato del diritto al lavoro come diritto del singolo verso lo Stato, e non come diritto ad avere e quindi mantenere l'occupazione, è rimasto pressoché inalterato nella successiva giurisprudenza costituzionale, anche quando la Corte, a partire dal 1965, è stata chiamata a pronunciarsi direttamente sulla compatibilità con la norma costituzionale delle discipline dei licenziamenti (13) che si sono succedute nel tempo.

(6) CONTRA però P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra flessibilità in entrata e flessibilità in uscita nella legge 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, di prossima pubblicazione in «Arg. dir. lav.» 2012 e F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein*, in «Lav. giur.» 2012, 529.

(7) Sugli obiettivi della legge cfr. P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra flessibilità in entrata e flessibilità in uscita nella legge 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, cit. Critica sulla effettività dello scambio tra flessibilità in entrata ed in uscita a seguito dell'annacquiamento del disegno originario M. MAGNANI *La riforma del mercato del lavoro*, in <http://csdile.lex.unict.it/docs/generico/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-13206.aspx> nonché F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein*; cit.

(8) Cfr. sul bilanciamento tra le due flessibilità A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino 2012, spec. 19.

(9) La comunicazione del Consiglio dei Ministri così recita «si prevede inoltre che il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro debba essere disposto dal giudice solo nel caso di licenziamento discriminatorio o in taluni casi di infondatezza del licenziamento disciplinare».

(10) Così, critica, la relatrice di minoranza senatrice Carlino.

(11) Corte cost. 16 gennaio 1957, n. 3.

(12) Così F. LISO, *Il diritto al lavoro*, in «Giorn. dir. lav. rel. ind.» 2009, 139.

(13) Corte cost. sentenza n. 45 del 1965. Sul peculiare dialogo tra Corte costituzionale e legislazione giuslavoristica, con specifico riferimento anche alla giurisprudenza in tema di licenziamenti individuali e collettivi, cfr. R. DE LUCA TAMAJO *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale (1989-2005)*, (a cura di) Cnel, Corte costituzionale, Roma 2006, 39 nonché ID. *Tecniche e politiche della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporto di lavoro*, in «Arg. dir. lav.» 2006, 357.

Nel 1965, in particolare, la Corte (14) ha salvato l'art. 2118 c.c. precisando che «dal complessivo contesto del co. 1 dell'art. 4 Cost. si ricava che il diritto al lavoro, riconosciuto ad ogni cittadino, è da considerare quale fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nei modi di esercizio dell'attività lavorativa», cui fa riscontro il divieto per lo Stato di creare o lasciar sopravvivere norme che prevedano limiti discriminatori a tale libertà e l'obbligo, sempre per lo Stato, di indirizzare le attività dei poteri pubblici verso la creazione di condizioni che consentano almeno in via potenziale o progettuale, l'impiego di tutti i cittadini.

Ha precisato ancora la Corte che «l'art. 4 Cost. come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto».

Ciò non significa che la Corte ritenga l'art. 4 Cost. del tutto neutro rispetto

alla disciplina del licenziamento perché se è vero che da tale norma non ricava il diritto alla stabilità del posto, è altrettanto vero che, sin dalla pronuncia del 1965, inviando un monito al legislatore, ha precisato che «ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore [...] circonda di doverose garanzie [...] e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti». Quindi, come la Corte ha avuto modo di ribadire in seguito (15), il legislatore ha ampia discrezionalità in ordine al rimedio da adottare contro il licenziamento illegittimo (16), pur, però, nella doverosa attuazione del principio della necessaria giustificazione del recesso (17).

Tal'interpretazione della portata dell'art. 4 Cost. è rimasta sostanzialmente invariata nella successiva giurisprudenza della Consulta (18) la quale, come noto, ha altresì ritenuto ammissibile il referendum abrogativo dell'intero art. 18 st. lav. sul presupposto che la norma in questione non è una legge a contenuto costituzionalmente vincolato la cui

abrogazione si traduce in lesione di principi costituzionali (19).

Ciò che, invece, la Corte ha da subito segnalato è la necessità dell'attenzione particolare che deve essere riservata a quei licenziamenti che toccano, violandole, la libertà sindacale, politica e religiosa, e dunque sono direttamente lesivi della dignità umana (20) o che comunque rischiano di vulnerare altri valori costituzionali di primaria importanza (quale la tutela della maternità intesa in senso ampio e, dunque, comprensiva di tutto «il complesso rapporto che si svolge tra la madre ed il figlio»). In queste ipotesi la Consulta è intervenuta pesantemente sull'assetto normativo imponendo di fatto al legislatore una sanzione ripristinatoria (21).

Sempre in ossequio alla discrezionalità del legislatore, la Corte ha altresì salvato la legittimità costituzionale delle norme introduttive di limiti dimensionali per l'applicazione della disciplina vincolistica del licenziamento, riconoscendo che la componente dimensionale ha dei ri-

(14) Corte cost. 26 maggio 1965, n. 45.

(15) Corte cost. 18 dicembre 1970, n. 194 nonché Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 2.

(16) Tant'è che nel 1976, con la sentenza 129, la Corte salva l'art. 354 del codice della navigazione — che prevede il recesso *ad nutum* del personale navigante — in ragione della peculiarità del rapporto di lavoro nautico.

(17) Con la sentenza n. 189 del 1980 la Corte rigetta così la questione di costituzionalità sull'art. 10 legge n. 604/1966 nella parte in cui esclude i lavoratori in prova dalla disciplina limitativa dei licenziamenti precisando che anche il recesso durante il periodo di prova non è del tutto discrezionale, perché *ex art. 2096 c.c.* legato all'esito dell'esperimento e dunque non viola il principio di necessaria l'art. 4 Cost.

(18) Oltre che con le sentenze n. 3 del 1957 e 45 del 1965 la Corte è tornata sul tema nel 1969 con la sentenza n. 81, nel 1970 con la sentenza 194, nel 1976 con la sentenza n. 129, nel 1986 con la sentenza n. 2. In dottrina in merito al significato di cui all'art. 4 Cost. si vedano M. D'ANTONA, *Il diritto del lavoro nella costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in «Riv. giur. lav.» 1993, 3, Supplemento R. DE LUCA TAMAJO *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale (1989-2005)*, cit., 39 nonché ID. *Tecniche e politiche della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporto di lavoro*, cit.; R. PESSI, *Il dialogo tra giurisprudenza costituzionale e sistema ordinamentale*, in «Arg. dir. lav.» 2006, 1542; L. NOGLER, *Licenziamento individuali e principi costituzionali*, in «Giorn. dir. lav. rel. ind.» 2007, 593, L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in «WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona» 2008, 58, F. LISO, *Il diritto al lavoro*, cit., C. PINELLI, «Lavoro» e «progresso» nella costituzione, in «Giorn. dir. lav. rel. ind.» 2009, 399; M. NAPOLI *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce del Diritto del Lavoro*, in M. NAPOLI, *Lavoro, Diritto, Valori*, Torino 2010, A. ZOPPOLI, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in «WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona» 2011, 131.

(19) Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 43.

(20) Cfr. ancora Corte cost. sentenza n. 45 del 1965.

(21) Corte cost. 8 febbraio 1991, n. 61 ove si legge che «se queste sono le esigenze ed i principi di rango costituzionale sottesi al divieto di licenziamento [...] ne deriva essere essenziale che tale divieto sia assistito da misure idonee ad impedire che l'atto vietato sia ugualmente compiuto e sia ugualmente conveniente per chi lo compie [...] ciò richiede, sul piano civile, che se il licenziamento vietato viene ugualmente disposto, l'ordinamento giuridico, di cui esso costituisce violazione, non lo recepisca in alcuna misura e cioè lo consideri totalmente improduttivo di effetti».

flessi sul modo di essere e di operare del rapporto di lavoro (22) e quindi rappresenta un «dato aderente alla realtà economica, di comune esperienza» (23) del tutto razionale (24). Il legislatore del 2012, pur nel contesto di una significativa revisione dell'assetto vincolistico preesistente, si muove all'interno delle coordinate tracciate dalla Corte costituzionale. Resta, infatti, inalterato il requisito di necessaria giustificatezza del licenziamento, l'unico che la Corte ha ritenuto costituzionalmente necessario, così come resta, ed anzi semmai viene rafforzato (25), il regime sanzionatorio particolare contro i licenziamenti lesivi della dignità umana. Il co. 1 dell'art. 18, infatti, prevede la tutela reintegratoria piena, «quale che sia il numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro», non solo

per i licenziamenti discriminatori ai sensi dell'art. 3 legge n. 108/1990 — e quindi determinati da credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali ovvero dovuti a ragioni di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di *handicap*, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali — e per quelli intimati in costanza di matrimonio o, ancora, nulli per violazione di norme sulla tutela della maternità e paternità, ma anche per quelli dovuti ad un motivo illecito determinante ancorché, secondo alcuni (26), non esclusivo.

Se così fosse sarebbe superato il costante orientamento giurisprudenziale (27) circa la irrilevanza di un motivo illecito nei casi in cui è

comunque dimostrata una qualche ragione giustificatrice del recesso e dunque tale motivo non è esclusivo. Solo incidentalmente non si può non rilevare che la novella del 2012 appare altresì conforme alle indicazioni che provengono dalle fonti comunitarie ed in particolare all'art. 30 della Carta di Nizza, il quale, pur ribadendo l'esigenza di un limite alla libertà di recesso, che deve essere giustificato, lascia ampia discrezionalità ai legislatori nazionali in ordine alle forme di realizzazione del limite medesimo (28).

3. — *La prescrizione dei crediti dei lavoratori.* — La frammentazione del sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo realizzato dalla legge n. 92 del 2012 pone interrogativi anche in ordine al tema della pre-

(22) Così Corte cost. 6 giugno 1975; n. 152 la quale sottolinea sia la diretta fiducia che la dimensione ristretta implica nei rapporti di lavoro sia «l'opportunità di non gravare di oneri eccessivi le imprese di modeste dimensioni, anche e soprattutto nell'esigenza di salvaguardare le funzionalità delle unità produttive».

(23) Così Corte cost. 2 aprile 1969, n. 81.

(24) Corte cost. n. 81 del 1969 e Corte cost. n. 55 del 1974 su art. 11 legge n. 604/1966, Corte cost. n. 152 del 1975 su art. 35 legge n. 300/1970 nonché Corte cost. n. 2 del 1986.

(25) L'art. 18 co. 1 prevede, infatti, tra i motivi di licenziamento che danno luogo alla reintegra piena il motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c. La norma come scritta autorizza a pensare che ai sensi dell'art. 18 st. lav. il motivo illecito rileva se determinante, anche se non esclusivo.

(26) Sul significato del ritenuto mancato richiamo alla natura esclusiva del motivo illecito determinante nell'art. 18 co. 1 cfr. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in «Arg. dir. lav.» 2012, 612; anche C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, *ibidem* 2012, 547. Di contrario avviso però A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 52, secondo cui la formulazione della nuova norma indica con chiarezza il rinvio all'intera disposizione dell'art. 1345 c.c.

(27) Cass. 8 agosto 2011, n. 17087 «Il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta — assimilabile a quello discriminatorio, vietato dagli artt. 4 della legge n. 604 del 1966, 15 della legge n. 300 del 1970 e 3 della legge n. 108 del 1990 — costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione, con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni. (Nella specie, la sentenza impugnata è stata cassata dalla S.C. la quale ha valutato come ritorsivo il licenziamento disciplinare della figlia rispetto alle rivendicazioni del padre, dipendente della medesima impresa, e al successivo contenzioso insorto)». Cass. 6 maggio 1999, n. 4543 «Poiché il motivo illecito determina la nullità del licenziamento solo quando il provvedimento espulsivo sia stato determinato esclusivamente da esso, la nullità deve essere esclusa quando con lo stesso concorra, nella determinazione del licenziamento, un motivo lecito, come una giusta causa a norma dell'art. 2119 c.c. (Nella specie la S.C. ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, perché il giudice di merito, accertata la sussistenza di ragioni ritorsive alla base del licenziamento, aveva omesso un'adeguata motivazione sulla esistenza o meno della giusta causa addotta dal datore di lavoro, limitandosi ad affermare che gli addebiti erano infondati e pretestuosi)». Cass. 14 luglio 2005, n. 14816 «Nel caso di controversia concernente la legittimità del licenziamento di un lavoratore sindacalmente attivo, per affermare il carattere ritorsivo e quindi la nullità del provvedimento espulsivo, in quanto fondato su un motivo illecito, occorre specificamente dimostrare, con onere a carico del lavoratore, che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso; in particolare, ai fini dell'accertamento dell'intento ritorsivo del licenziamento, non è sufficiente la deduzione dell'appartenenza del lavoratore ad un sindacato, o la sua partecipazione attiva ad attività sindacali, ma è necessaria la prova della sussistenza di un rapporto di causalità tra tali circostanze e l'asserito intento di rappresaglia, dovendo, in mancanza, escludersi la finalità ritorsiva del licenziamento».

(28) Per un'ampia disamina della questione cfr. L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, cit.

scrizione dei diritti di natura retributiva dei lavoratori. Interrogativi che, essi pure, possono essere letti nei termini di continuità o discontinuità della riforma rispetto al complessivo sistema in cui essa si colloca.

In effetti, se prima della novella dell'art. 18 st. lav. si era in presenza di una netta bipartizione costruita sulla base della variabile occupazionale, tra rapporti assistiti da stabilità reale e rapporti confortati da mera stabilità obbligatoria, sicché solo per i primi la prescrizione decorreva in pendenza di rapporto, oggi il medesimo rapporto di lavoro è suscettibile di una pluralità di rimedi sanzionatori nei confronti del licenziamento invalido (reintegrazione forte, reintegrazione depotenziata, indennità risarcitoria piena e tutela risarcitoria dimidiata).

Perdendosi la stretta correlazione tra rapporti caratterizzati da determinati indici occupazionali e la tipologia sanzionatoria, è opportuno interrogarsi su quale sia oggi il criterio per determinare il *dies a quo* della prescrizione dei crediti di natura retributiva dei lavoratori.

Per affrontare adeguatamente il quesito occorre ripercorrere, sia pure sinteticamente, l'evoluzione della tematica e ridiscuterne i capisaldi logico-argomentativi.

Come noto, con la sentenza n. 63 del 1966 la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1 c.c. limitatamente alla parte in cui consentivano che la prescrizione dei crediti di natura retributiva dei lavoratori decorresse in corso di rapporto. La Consulta — che, occorre ricordarlo, si è pronunciata la prima volta quando ancora vigeva il regime di recesso *ad nutum* — aveva motivato la propria decisione sul rilievo che «il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti» (29). Dunque, la necessaria sospensione della decorrenza dei termini di prescrizione in corso di rapporto si fonda sulla convinzione che in alcune situazioni il lavoratore non aziona il proprio diritto di credito — che quindi cade in prescrizione — perché sceglie di tutelare un bene superiore, ossia il posto di lavoro e cioè, come le Sezioni Unite (30) hanno avuto modo di chiarire, per «il timore di subire il licenziamento come ritorsione all'azione giudiziaria intentata contro il datore di lavoro». La disciplina della decorrenza della prescrizione in corso di rapporto è quindi frutto dell'esigenza dichiarata dalla Consulta di «proteggere

il contraente più debole contro la sua propria debolezza di soggetto interessato alla conservazione del posto» (31).

A questa esigenza — che la stessa Corte riconosce fondata su «ostacoli materiali», i quali però incidono, limitandolo, su un diritto che, per quanto non indisponibile, è comunque soggetto alla «speciale garanzia che deriva dall'art. 36 Cost.» — la Consulta dà una risposta creando una sorta di presunzione assoluta (32) in forza della quale laddove il rapporto non è dotato di «particolare resistenza», si presume che la mancata azione del diritto, e di conseguenza la sua caduta in prescrizione, non costituisce consapevole abbandono-libera manifestazione di volontà negoziale ma un atto indotto dal timore del licenziamento.

A seguito dell'emanazione dello statuto dei lavoratori e quindi dell'art. 18, il concetto di «particolare resistenza», su cui si fonda il ragionamento che sta alla base della decisione di parziale incostituzionalità delle disposizioni in tema di prescrizione, è stato ricondotto alla presenza di un regime di stabilità reale che comporti la reintegra in caso di licenziamento illegittimo (33).

In realtà, specie in presenza di varie discipline sanzionatorie che infrango-

(29) Questi i tratti salienti della decisione «il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti; dimodoché la rinuncia, quando è fatta durante quel rapporto, non può essere considerata una libera espressione di volontà negoziale e la sua invalidità è sancita dall'art. 36 Cost. [...] le norme impugnate, in verità, non si riferiscono al negozio di rinuncia; però consentono che la prescrizione prenda inizio dal momento in cui matura il diritto a ogni singola prestazione salariale: se si eccettua il n. 5 dell'art. 2948, il termine prescrizione decorre fatalmente anche durante il rapporto di lavoro poiché non vi sono ostacoli giuridici che impediscano di farvi valere il diritto al salario. Vi sono tuttavia ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento; cosicché la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione. Entro questi limiti la questione è fondata: il precetto costituzionale, pur ammettendo la prescrizione del diritto al salario, non ne consente il decorso finché permane quel rapporto di lavoro durante il quale essa maschera spesso una rinuncia».

(30) Cass. Sez. Un., 6 agosto 1977, n. 3571.

(31) Così ancora Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63.

(32) Così la successiva sentenza della Corte n. 174 del 12 dicembre 1972 ove si afferma testualmente che «è da presumere che la mancanza di tempestiva impugnazione sia determinata dal timore di licenziamento».

(33) Così ancora Corte cost. 174/1972, la quale fa espresso riferimento alla disciplina di cui all'art. 18 st. lav. nonché in precedenza Cost. cost. n. 143/1969 ove, invece, si afferma che «questa forza di resistenza è data da una disciplina che normalmente assicura la stabilità del rapporto o dalle garanzie di rimedi giurisdizionali contro l'illegittima risoluzione di esso, le quali escludono che il timore di licenziamento possa indurre l'impiegato a rinunciare ai propri diritti».

no la precedente bipartizione secca, la «particolare resistenza» che esclude la configurabilità di un' inferiorità psicologica, va verificata non già sulla base di modulate e plurime tipologie sanzionatorie ma esclusivamente sulla possibilità (o meno) offerta al lavoratore di impugnare un licenziamento per rappresaglia conseguente all'esercizio (in via giudiziale o meno) di propri diritti ottenendo una tutela ripristinatoria adeguata, cioè a dire sul grado di tutela nei confronti di un licenziamento ritorsivo.

A ben vedere, infatti, l' inferiorità psicologica che può indurre un lavoratore a non esercitare i propri diritti viene meno tutte le volte in cui questi è consapevole che l'impugnativa del licenziamento ritorsivo gli garantisce la «completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare» (34), a prescindere, invece, dalle conseguenze sanzionatorie di un licenziamento illegittimo per assenza di giusta causa o giustificato motivo, ma non ritorsivo.

Tornando alla riforma in esame, è agevole rilevare che il nuovo art. 18 al co. 1 prevede la tutela reintegratoria piena in caso di licenziamento determinato da motivo illecito determinante (e non esclusivo, come invece richiesto dall'art. 1345 c.c.) «quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro». Atteso che la giurisprudenza ha configurato la nozione di motivo illecito ex art. 1345 c.c. in ogni «finalità vietata dall'ordinamento perché contraria a norma imperativa, ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero poiché diretta

ad eludere, mediante detta stipulazione, una norma imperativa» (35), può ritenersi — del resto in linea con un ampio orientamento giurisprudenziale (36) — che nella nozione vi possa rientrare anche quell'atto che sia conseguenza dell'intervenuta tutela, giudiziale o stragiudiziale, dei propri diritti garantita dall'art. 24 Cost.

Così ricostruita la nozione di motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c., si può affermare che un licenziamento ritorsivo, in quanto intimato in conseguenza dell'avvenuta azione del diritto di credito da parte del lavoratore, è un licenziamento dovuto a motivo illecito determinante ed è quindi soggetto alla tutela reintegratoria piena di cui all'art. 18 co. 1, come novellato dalla legge n. 92/2012, «quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro».

Ne deriva che non solo nulla cambia in ordine alla decorrenza della prescrizione per i rapporti di coloro che già prima della riforma godevano del regime di c.d. stabilità reale in caso di licenziamento, ma la nuova formulazione dell'art. 18 co. 1, ed in particolare il fatto che il motivo illecito non debba essere esclusivo, autorizza a chiedersi se d'ora innanzi non si possa affermare che la prescrizione decorre in costanza di rapporto per tutti i rapporti di lavoro «quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro» atteso che tutti i rapporti di lavoro sono tutelati dalla reintegra piena di cui all'art. 18 co. 1 in caso di licenziamento ritorsivo per avvenuta azione dei propri diritti, stante l'illeceità del predetto motivo.

Quali che siano le motivazioni formali che accompagnano il licenziamento e le sanzioni gradualisticamente previste, tutti i lavoratori hanno, infatti, la possibilità di difendersi dal licenziamento ritorsivo. E tale possibilità è agevolata dalla circostanza che oggi, fermo restando l'onere della prova della natura ritorsiva del licenziamento in capo al lavoratore, non occorre che il motivo illecito sia esclusivo. Esso può anche concorrere con ulteriori motivazioni soggettive e oggettive, provocando l'operatività della reintegra forte (37).

4. - *Profili processuali.* — Come per le questioni che toccano gli aspetti sostanziali, anche la riforma della parte processuale dell'art. 18 st. lav. si presta a numerosi dubbi ricostruttivi e/o interpretativi (38). In questa sede saranno considerate due sole questioni in quanto particolarmente significative al fine di valutare in chiave di continuità-discontinuità anche questa parte della riforma.

Ad una prima lettura le novità di cui ai co. da 48 a 68 dell'art. 1, ad iniziare dall'esplicito riferimento alla formulazione del ricorso ex art. 125, anziché al ricorso ex art. 414, possono far pensare ad una rottura netta rispetto al passato.

Di fatto, da un più approfondito esame delle disposizioni introdotte dalla legge di riforma, valutate all'interno del contesto complessivo in cui esse si collocano, esce sensibilmente ridotta la portata innovativa dell'intervento.

Il legislatore, infatti, interviene sullo scheletro, cioè, appunto sul processo, ma non sulla «muscolatura» che

(34) Così ancora Corte cost. n. 174/1972.

(35) Cass. 4 ottobre 2010, n. 20576.

(36) Cfr. Cass. 1° dicembre 2010, n. 24347, Cass. 3 maggio 1997, n. 3837 nonché Cass. 6 maggio 1999, n. 4543.

(37) Invero la possibilità di impugnare il licenziamento ritorsivo e così vederlo dichiarato nullo esisteva già prima della legge. Ciò che costituisce una novità tale da autorizzare l'affermazione per cui oggi la prescrizione decorre in pendenza di qualunque tipo di rapporto di lavoro è la circostanza, già rilevata, per cui il motivo illecito non deve più essere unico ed esclusivo.

(38) Ad iniziare dal quesito se il rito sommario consenta comunque il ricorso all'art. 700 c.p.c., ai dubbi circa le modalità con cui deve essere redatta la memoria difensiva e la possibilità di proporre in quella sede domande riconvenzionali e/o chiamare in causa terzi, e numerose altre.

tale scheletro sorregge e muove: nulla cambia, in particolare, in tema di onere della prova, questione sulla quale il legislatore non spende nemmeno una parola.

Ne risulta un quadro complessivo che per certi aspetti non solo appare di difficile lettura ma rischia di diventare, almeno finché non si consoliderà un indirizzo interpretativo uniforme; pericoloso per una o entrambe le parti.

Procedendo ad un esame, per quanto breve, delle novità introdotte, la riforma chiarisce innanzitutto l'ambito entro il quale operano le nuove disposizioni in tema di processo, circoscrivendone il campo di applicazione entro due binari, l'uno temporale e l'altro legato al *petitum* azionato dal lavoratore.

Il nuovo rito disciplinato ai co. da 47 a 68 dell'art. 1, infatti, è destinato ad applicarsi alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della legge — quindi da mercoledì 18 luglio 2012 (art. 1 co. 47) — aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro (art. 1 co. 47) ovvero sono proposte anche domande diverse da quelle di cui al co. 47, purché fondate sugli identici fatti costitutivi sui quali si fonda la richiesta

di applicazione dell'art. 18 (co. 48). La norma, per quanto chiara, non appare invero lineare con il progetto enunciato dall'art. 1, co. 1, e quindi con il binomio riforma dell'apparato sanzionatorio e riforma dello strumento processuale ipotizzato dal legislatore per realizzare gli obiettivi di adeguamento al mercato.

Mentre, infatti, le nuove tutele di cui all'art. 18 st. lav., trattandosi di norme sostanziali, si applicano *ex art* 11 preleggi ai licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della legge (39), ai sensi del già citato co. 47 dell'art. 1 il nuovo rito si applica alle controversie instaurate dopo tale data, anche se aventi ad oggetto licenziamenti intimati in precedenza e quindi soggetti alla vecchia disciplina sanzionatoria. Si crea così una sfasatura temporale tra la riforma dell'aspetto sostanziale e quella dello strumento processuale espressamente pensato a tutela dal licenziamento illegittimo (40) in conseguenza della quale, *medio tempore*, conviveranno tre tipologie di controversie, articolate in ragione della diversa disciplina sostanziale e processuale applicabile: le controversie aventi ad oggetto procedimenti iniziati prima del 18 luglio 2012 (41), soggette al vecchio rito ed alla vecchia disciplina sanzionatoria; quelle aventi ad oggetto cause iniziate dopo il 18 luglio 2012 in cui si impugnano licenziamenti intimati

prima di tale data, soggette al nuovo rito ma con applicazione del vecchio regime sanzionatorio; ed infine le cause instaurate dal 18 luglio 2012 aventi ad oggetto licenziamenti intimati da quella data e quindi soggette al nuovo rito ed alla nuova disciplina sostanziale.

Al di là della sfasatura di cui si è detto, il criterio temporale non pone particolari problemi interpretativi e lo stesso si può dire con riferimento al secondo binario tracciato dal legislatore, cioè il *petitum* delle controversie soggette al rito «acceleratorio» (42), che il legislatore limita all'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 st. lav.

L'esplicito riferimento alla tutela di cui all'art. 18 st. lav., è opportuno in ogni caso segnalare, esclude dall'ambito di applicazione del rito sommario le controversie in cui si discute della risoluzione di un contratto a termine, atteso che le conseguenze dell'invalidità di tale contratto e della sua risoluzione sono disciplinate dall'art. 32 co. 5 della legge n. 183 del 2010 (43), così come le cause aventi ad oggetto l'impugnazione di dimissioni e/o di risoluzione consensuali del rapporto, per le quali, peraltro, la riforma detta una espressa disciplina in tema di efficacia (44).

L'aver delimitato il campo di applicazione del rito acceleratorio alle cause di licenziamento regolate dall'art.

(39) Così anche la giurisprudenza formatasi in occasione dell'entrata in vigore dello statuto lavoratori nonché della legge n. 108/1990. Cfr. tra le tante Cass. 13 novembre 1978, n. 5211, sull'art. 18 prima formulazione e Cass. 15 marzo 1995, n. 2999 sull'entrata in vigore della legge n. 108/1990.

(40) D'ora innanzi quando si parlerà di licenziamento illegittimo si farà riferimento a quello rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 18 st. lav. e dunque con esclusione di quelle ipotesi in cui all'illegittimità del licenziamento consegue la tutela di cui all'art. 8 legge n. 604/1966.

(41) Che, come ovvio, avranno ad oggetto licenziamenti intimati prima di quella data.

(42) L'art. 1, co. 1, lett. c) della legge chiarisce che il nuovo procedimento giudiziario è introdotto «per accelerare la definizione delle relative controversie».

(43) Né si può pensare che alle controversie aventi ad oggetto la risoluzione di un contratto a termine si applichi il procedimento di cui ai co. da 48 a 68 dell'art. 1 in quanto «questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro», locuzione che deve interpretarsi nel senso ormai classico e quindi come riferita a quelle cause che hanno ad oggetto la natura autonoma o subordinata, e non, invece, temporanea o meno, di un rapporto (lavoro a progetto, partite Iva, associazione in partecipazione). Quanto precede, peraltro, porta alla conclusione, che tecnicamente appare corretta ma, forse, poco razionale (e quindi con possibili profili di illegittimità costituzionale atteso che anche in caso di risoluzione del contratto a termine la sanzione è quella di conversione del rapporto con risarcimento, molto simile alla sanzione di cui all'art. 18 co. 4), per cui le controversie aventi ad oggetto la legittimità del termine apposto al contratto sono sottratte dal procedimento sommario.

(44) Così P. Tosi, *L'improbabile equilibrio tra flessibilità in entrata e flessibilità in uscita nella legge 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, cit.

18 st. lav., ha, però, un riflesso, nel segno della discontinuità, in tema di onere della prova del requisito dimensionale.

Come noto, dopo una serie di decisioni di segno opposto (45), la Suprema Corte con la sentenza a Sez. Un. n. 141 del 2006 ha onerato il datore di lavoro della prova del numero dei dipendenti occupati, ritenendo che tale dato costituisca un fatto impeditivo del diritto soggettivo che il lavoratore ha in quanto soggetto leso, ad ottenere la piena ricostruzione della situazione di fatto anteriore al licenziamento (46).

L'orientamento da ultimo prevalso, per la verità già poco appagante alla luce della precedente disciplina, non pare possa ulteriormente reggere nel momento in cui ai sensi del co. 47 dell'art. 1 della legge n. 92/2012, la richiesta di tutela ex art. 18 st. lav. costituisce uno dei presupposti dell'azione ed a sua volta, salvo i casi di nullità del co. 1 dell'art. 18, tale

norma ha quale condizione di applicabilità il requisito dimensionale.

Nel nuovo rito sommario, dunque, l'onere di allegare e (quantomeno in caso di contestazione da parte del datore di lavoro (47)) dimostrare il requisito dimensionale torna a gravare sul lavoratore (48).

In difetto di tale allegazione e prova, il ricorso dovrà essere dichiarato inammissibile senza che la domanda così proposta possa «recuperarsi» in chiave di ricorso in via ordinaria ex art. 414 c.p.c.

Il rito sommario di cui ai co. da 48 a 68 deve, infatti, intendersi come forma esclusiva di accesso alla giurisdizione per chi vuole ottenere una pronuncia ex art. 18 st. lav. atteso, da una parte, che esso viene dettato nell'interesse, comune ad entrambe le parti, ad una definizione celere delle controversie (49) e, dall'altra, che il legislatore, dopo aver dichiarato all'art. 1, co. 1, lett. c) che il rito sommario introdotto è un procedimento

giudiziario «specifico», al co. 48 non pare lasciare alternative in ordine allo strumento processuale utilizzabile quando dice che «La domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento di cui al co. 47 si propone con ricorso al Tribunale in funzione di giudice del lavoro» (50). L'altro aspetto della riforma che *prima facie* può risultare di rottura rispetto al passato è costituito dalle modalità con cui il rito sommario viene instaurato, atteso che, come già anticipato, il legislatore stabilisce che esso debba essere introdotto con un ricorso avente i requisiti di cui all'art. 125 c.p.c. (51) e quindi con un atto che differisce sensibilmente quanto ad onere di allegazione dal ricorso ex art. 414 c.p.c. (52). A dispetto della lettera della legge, che pare affidare (anche) al rimedio processuale specifico un ruolo chiave nell'adeguamento delle discipline del licenziamento alle esigenze del mutato contesto di riferimento, l'interven-

(45) Tra le tante cfr. Cass. 18 gennaio 2005, n. 881.

(46) La Corte aggiunge che la ripartizione dell'onere probatorio prescelta risponde anche al dato di fatto legato alla maggiore facilità per il datore di lavoro di assolvere l'onere medesimo.

(47) Così Cass. 19 gennaio 2005, n. 996.

(48) In tal senso cfr. G. BENASSI, *La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*, in «Lav. giur.» 2012, 749.

(49) Cfr. P. TOSTI, *L'improbabile equilibrio tra flessibilità in entrata e flessibilità in uscita nella legge 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, cit.

(50) In passato la questione della alternatività o meno delle azioni si è posta, ad esempio, con riferimento all'azione ex art. 28 st. lav. La giurisprudenza aveva concluso per la possibilità di azionare direttamente la domanda avente ad oggetto una condotta ritenuta antisindacale ex art. 414, senza dover necessariamente passare per la fase a cognizione sommaria (così anche Cass. Sez. Un., 16 gennaio 1987, n. 309 «Con riguardo alla tutela nei confronti della condotta antisindacale del datore di lavoro la posizione delle associazioni sindacali ha natura di diritto soggettivo che può essere azionato direttamente in via ordinaria, senza che debba necessariamente instaurarsi la fase della cognizione sommaria prevista dall'art. 28 st. lav. posta ad esclusivo vantaggio del sindacato stesso. Ne consegue che la trattazione della controversia nelle forme ordinarie anziché con la procedura sommaria attiene soltanto al rito del giudizio e non comporta una questione di giurisdizione»). Nel caso dell'art. 28 st. lav., però, la non esclusività dell'azione è giustificata fondamentalmente da due ragioni: 1) il legittimato attivo ex art. 28 st. lav. è solo l'organismo locale di un'associazione sindacale nazionale — cosa che ha fatto dubitare della legittimità costituzionale della norma, che la Corte cost. con la sentenza n. 54/1974 ha salvato proprio sostenendo che l'art. 28 non fosse l'unico accesso obbligato alla giurisdizione — e 2) il procedimento sommario è dettato nell'interesse dell'associazione sindacale lesa. Nel caso del procedimento sommario ex co. 48-68 nessuna delle due ragioni può essere recuperata: il co. 48 non pone un problema di legittimazione attiva mentre il procedimento sommario deve ritenersi previsto «nell'interesse» di entrambe le parti per accelerare la definizione del processo (art. 1 co. 1 della legge).

(51) L'art. 125 c.p.c. prevede che «[1] Salvo che la legge disponga altrimenti, la citazione, il ricorso, la comparsa, il controricorso, il precetto debbono indicare l'Ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni o la istanza, e, tanto nell'originale quanto nelle copie da notificare, debbono essere sottoscritti dalla parte, se essa sta in giudizio personalmente, oppure dal difensore che indica il proprio codice fiscale. Il difensore deve, altresì, indicare l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine e il proprio numero di fax. [2] La procura al difensore dell'attore può essere rilasciata in data posteriore alla notificazione dell'atto, purché anteriormente alla costituzione della parte rappresentata. [3] La disposizione del comma precedente non si applica quando la legge richiede che la citazione sia sottoscritta da difensore munito di mandato speciale».

(52) Il legislatore tace, invece, sulle modalità di costituzione del convenuto, salvo prevedere che essa debba avvenire entro 5 giorni dall'udienza.

to riformatore non pare discostarsi realmente dal procedimento di cui agli artt. 414 e ss. c.p.c. (53).

Se, infatti, si considera, da una parte, che il nuovo rito sommario è finalizzato all'applicazione di una variegata gamma di sanzioni modulata in ragione del tipo di invalidità da cui è affetto il licenziamento di cui il giudice, però, conosce «sulla base della domanda del lavoratore», e, dall'altra, che esso si cala in un contesto in cui esiste una giurisprudenza consolidata in tema di causali del licenziamento nonché di ripartizione dell'onere di allegazione, prova e conseguente principio di non contestazione (54) su cui il legislatore

non è intervenuto, è ragionevole ritenere che le modalità di redazione del ricorso, nonostante il rinvio alla snella formula dell'art. 125 c.p.c., non potranno nei fatti discostarsi da quelle già positivamente sperimentate ex art. 414 c.p.c., pena il rischio che la domanda del lavoratore sulla base della quale il giudice dovrebbe valutare il tipo di illegittimità da cui è affetto il licenziamento, e quindi modulare la sanzione, risulti generica e/o priva di prova, portando al rigetto della domanda.

L'opinione si rafforza se si tiene conto del fatto che il co. 49, nel disciplinare lo svolgimento del procedimento sommario, prevede che

«Il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421».

In un contesto per il resto del tutto informale, quale quello delineato dal co. 49, il richiamo all'art. 421 deve essere letto come un «segnale di allerta» per l'interprete (55) dal momento che esso comporta l'ingresso, anche nella fase sommaria, delle decadenze che sono tipiche del sistema delineato dagli artt. 414 e 416 e che neanche il ricorso ai poteri di cui all'art. 421 può sanare (56).

(53) Dal che i numerosi dubbi sulla sua necessità-utilità.

(54) Senza, ovviamente, pretesa di esaustività ed al solo fine di meglio comprendere il discorso che viene svolto, si deve ricordare che in tema di onere probatorio valgono i seguenti principi generali: l'onere della prova della natura discriminatoria del licenziamento ovvero del motivo illecito grava sul lavoratore, ma talora è temperato da parziali inversioni previste dalla legge; in caso di licenziamento disciplinare, il datore di lavoro deve dimostrare la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo mentre grava sul lavoratore l'onere di provare gli elementi che possono giustificare il fatto (Cass. 7 febbraio 2011, n. 2988); in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro deve dimostrare sussistenza delle ragioni addotte ed il nesso di causalità mentre l'onere probatorio in tema di impossibilità di *repechage* si «modella» sulle allegazioni del lavoratore (Cass. 18 marzo 2010, n. 6559); infine, nei licenziamenti collettivi la giurisprudenza costante chiarisce che il lavoratore che agisce in giudizio deducendo l'inefficacia del licenziamento collettivo intimatogli non può limitarsi ad una generica contestazione della legittimità formale della procedura di mobilità o dell'atto di recesso, ma deve indicare — fin dal ricorso introduttivo del giudizio — le specifiche omissioni od irregolarità che intende far valere ai fini della declaratoria di illegittimità formale del licenziamento, mentre in tema di criteri di scelta la Cassazione afferma che «in caso di contestazione della corretta applicazione dei criteri di scelta, grava sul datore di lavoro l'onere di allegare i criteri di scelta applicati e di provare la loro piena applicazione individuale, con indicazione — nei limiti della rilevanza — dello stato familiare, della anzianità e delle mansioni dei vari interessati, mentre grava sul lavoratore, che abbia impugnato il licenziamento, l'onere di dimostrare l'illegittimità della scelta, con indicazione dei lavoratori in relazione ai quali l'operazione di scelta sarebbe stata falsamente o illegittimamente realizzata» (Cass. 26 settembre 2000, n. 12711).

(55) Il legislatore avrebbe, infatti, potuto limitarsi a dire «Il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio» senza fare alcun riferimento all'art. 421.

(56) Occorre in proposito ricordare che la giurisprudenza costante afferma che «Nel rito del lavoro, i poteri istruttori officiosi di cui all'art. 421 — il cui esercizio è del tutto discrezionale e come tale sottratto al sindacato di legittimità —, non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti (nella specie, mancata specifica richiesta, nel ricorso, dell'esperimento probatorio in ordine a fatti e accadimenti dedotti come indici della subordinazione e, correlativamente, della formulazione in capitoli separati e dei testi da escutere su di essi), così da porre il giudice in funzione sostitutiva degli oneri delle parti medesime e da tradurre i poteri officiosi anzidetti in poteri d'indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale» (Cass. 22 luglio 2009, n. 17102).

IL NUOVO ART. 18 ST. LAV.: PROBLEMI SOSTANZIALI E PROCESSUALI. — Riassunto. Il saggio affronta alcuni profili della riforma dell'art. 18 stat. lav.: la legittimità costituzionale e comunitaria; l'incidenza sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi; alcuni aspetti processuali.

THE NEW ART. 18 ST. LAV.: SUBSTANTIAL AND PROCEDURAL PROBLEMS. — Summary. The essay examines some profiles of the reform of article. 18 stat. lav.: the constitutional and Community legitimacy; the impact on the commencement of the limitation of claims for salary; and some procedural aspects.