

LA PROVA NEL PROCESSO CIVILE

Venerdì 1/6/2012

L'onere della prova – il contributo della giurisprudenza

II – In particolare: nell'ambito di alcune questioni ricorrenti in tema di diritto del lavoro.

* * *

Nel riprendere il tema introdotto dal Dott. Rizzi, cercherò di dare conto dell'attuale regime applicazione delle norme sull'onere della prova (e regola di giudizio “di chiusura” rappresentata dall'art. 2697 cc) circoscrivendo il mio intervento all'ambito di alcune, più ricorrenti questioni del diritto del lavoro.

Questa scelta da una parte si impone senz'altro alla luce di una maggiore mia confidenza con la materia.

Dall'altra, penso che una impostazione del genere possa tuttavia rivelare anche una sua dignità sistematica.

Non credo infatti che, per quanto apparentemente esotici, questi temi siano così avulsi dai principi generali da renderne superflua l'esposizione a chi si occupa di altre materie. Al contrario, è molto probabile che la specialità del diritto del lavoro (complici forse le norme sul relativo processo) sia persino, sotto certi aspetti, un po' sopravvalutata. Specie se si pensa che quasi tutti gli argomenti, pur con tutte le loro “perverse” peculiarità, sono pur sempre imperniati ... sul solito, unico, vecchio modello di contratto a prestazioni corrispettive (sostanzialmente invariato, nel suo schema) ! Questa è la non eccessivamente misteriosa ragione per cui spesso anche i più “specialisti” tra gli interpreti finiscono per trovare le soluzioni di molti problemi del diritto del lavoro nelle norme sul contratto in generale e persino in quelle sulle obbligazioni.

Per questo ritengo che la mia scelta possa avere qualche utilità per chiunque, dal momento che tratta di principi generali del diritto processuale così come utilizzati dalla giurisprudenza in un ambito di tipo pur sempre contrattuale.

Cercherò quindi, senza pretesa di completezza, di analizzare come la giurisprudenza più recente ha applicato la regola dell'onere della prova ad alcuni argomenti, come quelli legati a:

- 1) licenziamento (e questioni connesse)
- 2) qualifica / dequalificazione
- 3) questioni retributive: lo straordinario.
- 4) risarcimento dei danni determinati da infortunio sul lavoro

* * *

1. L'art. 1 L. 20/5/1966 n. 604 ha stabilito che nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato il **LICENZIAMENTO** del lavoratore non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 cc, o per giustificato motivo.

Il successivo art. 5 stabilisce che l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo spetta al datore di lavoro.

Anche se questa disciplina dell'onere della prova è stata interpretata come una evidente presa di posizione del legislatore a favore del lavoratore, considerato la parte debole del contratto, c'è anche chi ha sostenuto (1) che allo stesso risultato si sarebbe pervenuti con una applicazione coerente della norma generale dell'art. 2697 cc., tenuto conto della disciplina sostanziale del licenziamento introdotta dalla L. 604/66. Infatti, la giustificazione del recesso rappresenta un fatto costitutivo della facoltà di licenziare stabilita dall'art. 1. Questa tesi è resa evidente nel caso (certo raro, ma non sconosciuto, nella prassi) in cui sia il datore di lavoro ad agire per l'accertamento della legittimità del licenziamento. Ma potrebbe anche essere vista, correlativamente, come un fatto impeditivo dell'azione di annullamento proposta dal lavoratore, al quale viene chiesto di dimostrare solo l'esistenza del rapporto ed il licenziamento (o, più propriamente: la *cessazione del rapporto*, come meglio si dirà in seguito, § 1.6).

E' interessante constatare come la ripartizione dell'onere della prova anche in questo caso appaia legata a situazioni derivanti dal diritto sostanziale (come la L. 504/66), in coerenza con la qualificazione dei fatti proposta dall'art. 2697 cc.

Con analoga soluzione, d'altra parte, si è sostenuto che la giusta causa di recesso rappresenta il *fatto impeditivo* del diritto al preavviso, nell'ambito dell'art. 2119 cc.

1.2 La suprema Corte, in un caso di GIUSTA CAUSA di licenziamento (Cass. Civ. Sez. lav. 10/7/2009 n. 16196) attribuendo regolarmente l'onere della prova, secondo i principi richiamati, al datore di lavoro – e facendo così gravare sul medesimo il rischio del mancato assolvimento dell'onere relativo – ha ritenuto che il datore di lavoro non avesse provato la giusta causa. Rappresentata nel caso di specie da una supposta eccedenza della percorrenza chilometrica indicata dalla dipendente ai fini del rimborso spese, rispetto ai chilometri effettivamente da lei percorsi. Il licenziamento era stato infatti motivato dalla lesione del rapporto fiduciario rappresentata dalle esose richieste di rimborso chilometrico avanzate dalla ricorrente, ritenute ingiustificate in relazione alla distanza (provata) tra la casa della lavoratrice ed i luoghi di lavoro raggiunti. La Corte ha confermato la sentenza che aveva giudicato non assolto, in quel caso, da parte del datore di lavoro, l'onere probatorio del fatto che rappresentava il presupposto della giusta causa .

1. A. VALLEBONA *L'onere della prova nel diritto del Lavoro*, Padova, 1988, pp.62 e ss

La prova offerta era rappresentata nella fattispecie dal fatto della distanza tra l'abitazione della dipendente ed i vari comuni della sua zona da lei visitati quotidianamente per lavoro. Questa distanza era stata ritenuta incompatibile con i rimborsi richiesti, in base ad una valutazione teorica dell'entità degli scostamenti tra le distanze ipotetiche da percorrere e quelle per le quali veniva chiesto il rimborso. Nonostante l'elemento di incertezza sulla dubbia congruità dei rimborsi rispetto al dato certo della posizione dell'abitazione, non poteva in quel caso essere ritenuta raggiunta la prova sul fatto costituente la giusta causa, consistente nella lesione dell'elemento fiduciario del rapporto determinato dalla percezione in malafede di rimborsi chilometrici probabilmente non dovuti, in quanto tale circostanza restava pur sempre una ipotesi. Non sussistendo perciò la prova del comportamento scorretto sul quale era fondata la giusta causa del licenziamento (che competeva al datore di lavoro fornire), il giudice di merito aveva accolto la domanda di impugnazione del licenziamento, considerando lo stesso ingiustificato. La Cassazione ha confermato la sentenza, in base alla regola del mancato assolvimento dell'onere della prova, pur persistendo il dubbio sulla realtà dei fatti (anzi, proprio per questo, in un certo senso, ha confermato il corretto uso della regola di giudizio *de qua* da parte dei giudici di merito).

Per effetto della regola contenuta nell'art. 5 L. 604/66 (che, addebitando al datore di lavoro l'onere di provare la giusta causa o il giustificato motivo, sembra confermare peraltro il risultato che sarebbe comunque prodotto dalla disciplina sostanziale del potere di licenziare), si realizza una eccezione alla regola generale della presunzione di colpa prevista dall'art. 1218 cc (v. VILLABONA, *cit.*, p. 134, nota 131), ai sensi del quale dovrebbe incombere altrimenti sul lavoratore l'onere di eccepire che l'inadempimento del contratto di lavoro che ha dato luogo alla risoluzione fosse derivato da una *“impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*.

1.3 Sempre la giurisprudenza di legittimità Cass. Sez. Lav. 26/9/2011 n. 19616 conferma anche come in materia di GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO *“Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo ex art. 3 della L. 15/7/1996 n. 604, è determinato non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale ad un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti; il lavoratore ha quindi diritto che il datore di lavoro (su cui incombe il relativo onere) dimostri la concreta riferibilità del licenziamento individuale ad iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo – organizzativo e non ad un mero incremento dei profitti e che dimostri inoltre l'impossibilità di utilizzare il lavoratore stesso in altre mansioni equivalenti a quelle prima esercitate prima della ristrutturazione aziendale”* ; la stessa

corte (Cass. Sez. Lav. 13/7/2009 n. 16323) ha sempre sostenuto, altresì che “*grava sul datore di lavoro anche la prova della impossibilità di impiego del dipendente licenziato nell'ambito dell'organizzazione aziendale, con la precisazione che siffatto onere, concernendo un fatto negativo, deve essere assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi, come il fatto che i residui posti di lavoro relativa mansioni equivalenti fossero, al tempo del recesso, stabilmente occupati, o il fatto che dopo il licenziamento e per un congruo lasso di tempo, non sia stata effettuata alcuna assunzione nella stessa qualifica* (Cass. Sez. Lav. 13/10/2008 n. 25043; Cass. Sez. Lav. 16/5/2003 n. 7717).“ La stessa Suprema Corte ha peraltro precisato, nell'evidente tentativo di attenuare il contenuto di ordine negativo di questa circostanza di fatto impeditiva, che “*la prova della mancata utilizzabilità del lavoratore licenziato in altra mansione non deve essere intesa in modo rigido, dovendosi esigere dallo stesso lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento del possibile “rèpèchage” mediante l'allegazione della esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato*” (Cass. civ. Sez Lavoro 22/10/2009 n. 22417). Ha inoltre altresì più volte ribadito che “*il licenziamento per motivo oggettivo determinato da ragioni inerenti l'attività produttiva è scelta riservata all'imprenditore ... sicché essa, quando sia effettiva e non simulata o pretestuosa, non è sindacabile da giudice quanto ai profili della sua congruità ed opportunità*” (Cass. sez. lav. 22/8/2007 n. 17887), stabilendo un principio che si riflette necessariamente sull'oggetto della prova, nel senso di circoscriverlo. (v.si anche la più recente, conforme, Cass. civ., sez. Lav. 22/11/2011, n. 24573, che addebita al datore di lavoro non solo la prova dell'effettiva necessità di soppressione del posto, o di dovere organizzare diversamente l'impresa, nonché l'impossibilità di assegnare il ricorrente ad altro incarico, ma anche quello di provare che le dimensioni dell'impresa sono inferiori a quelle minime previste dall'art. 18 L. 20/5/70 n. 300).

1.4 Grava invece sul lavoratore, secondo Cass. Civ. Sez. VI, ord. 7/3/12, n. 3559 “*l'onere di provare la sussistenza del motivo illecito del LICENZIAMENTO, quale è quello DISCRIMINATORIO grava – in applicazione della regola generale sulla ripartizione dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 cc – sul lavoratore che lo allega a fondamento della domanda di reintegrazione, tenendo però conto che tale onere può essere assolto attraverso presunzioni ... gravi precise e concordanti* (Cass. n. 14753/00)”, a conferma della ripartizione dell'onere stabilito dalla regola generale del 2697 cc..

1.5 Connesso al licenziamento è il tema dell'ONERE DELLA PROVA DELLE DIMENSIONI AZIENDALI dalle quali dipende l'applicabilità dello Statuto dei lavoratori (L. 20/05/70 n. 300), che condiziona l'eventuale condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro (qualora sia applicabile: c.d. *tutela*

reale) in alternativa ad un risarcimento pecuniario (c.d. *tutela obbligatoria* in caso di azienda con meno di 15 dipendenti) rispettivamente sanciti a favore del lavoratore ingiustamente licenziato.

Parte della giurisprudenza e della dottrina (per es. Vallebona, *cit.*, 98, 143) avevano in passato sostenuto che l'onere della prova dell'organico dell'unità produttiva rappresentasse un *fatto costitutivo* del diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro ex artt. 18 e 35 Statuto dei Lavoratori. Per altro verso, si riconosceva invece che l'onere di provare la stessa circostanza incombesse invece al datore di lavoro come *fatto impeditivo* della domanda di PAGAMENTO DI UN CREDITO RETRIBUTIVO, quando questi avesse eccepito la prescrizione estintiva ex art. 2948 cc (così come interpretato dalla Corte Costituzionale – con le sentenze 10/6/66 n. 63, 20/11/1969 n. 143, 12/12/72 n. 174). Alla luce di queste sentenze infatti i crediti di lavoro si prescrivono comunque nel termine di 5 anni: ma in corso di rapporto, a partire dalla data della loro maturazione, solo quando il rapporto di lavoro sia assistito da stabilità reale (ovvero sia applicabile al rapporto l'art. 18 St. Lav.), mentre il termine *a quo* della stessa prescrizione decorre invece solo *dalla fine del rapporto* qualora non lo sia, ed il rapporto sia quindi tutelato solo da una tutela obbligatoria (risarcimento pecuniario in caso di licenziamento nullo o illegittimo). Incidentalmente si può osservare a tale proposito che l'eccezione di prescrizione è normalmente ritenuta una eccezione propria; perciò l'onere di provare il suo decorso sarebbe addebitato a chi la invoca come fatto estintivo (quindi, normalmente, il debitore della retribuzione, datore di lavoro). Per la verità ci sono anche state sentenze, di impianto più barocco, (come Cass. 11/11/1986 n. 6616), secondo cui il datore di lavoro dovrebbe eccepire (e provare) solo il decorso del tempo, spettando al lavoratore, che contro eccepisca l'insufficienza di tale decorso, provare il presupposto di fatto dimensionale dal quale deriva la garanzia semplicemente obbligatoria del rapporto di lavoro cui il credito si riferisce. Non sembra tuttavia che questa tesi abbia avuto troppa fortuna. Considerato che tra i presupposti di fatto della applicabilità della norma sulla quale si fonda la eccezione di prescrizione c'è, in forza della sua lettura costituzionale, anche la dimensione dell'impresa, chi la invoca come eccezione non può evitare l'onere di darne prova, visto che il decorso tempo non sarebbe in fondo sufficiente, di per sé, a dimostrare l'applicabilità nel caso di specie della norma (così come deve essere letta, nelle sue due alternative necessariamente risultanti dalla lettura costituzionale).

Con sentenza delle SS.UU. 10/01/2006 n. 141 (relatore: Roselli), risolvendo un contrasto di giurisprudenza, la Cassazione ha definitivamente affermato che è sempre onere del datore di lavoro la prova del requisito occupazionale, offrendo una analisi articolata del principio dell'onere della prova, attraverso una coerente e rigorosa applicazione, mi pare, di principi del tutto analoghi a quelli già espressi nella Sent. SS.UU. 13533/2001 sul tema della distribuzione dell'onere della prova in materia di risoluzione per inadempimento contrattuale ex art. 1453 cc. Oltre che per

questo, mi sembra interessante leggerne una parte perché più autorevolmente conferma la mia convinzione della necessità di considerare l'effettiva integrazione del diritto del lavoro nel sistema giuridico del diritto privato, e attesta l'utilità di questa tesi ai fini interpretativi.

“A norma dell'art. 2697 cc. chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (comma 1), mentre chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda (comma 3). Al giudice occorre perciò, una volta identificato il fatto costitutivo, ossia quello a cui è subordinata la tutela giuridica, nonché quello impeditivo, ossia quello capace di escludere che la fattispecie già perfetta possa esplicare i suoi effetti, ripartire l'onere probatorio fra attore e convenuto in giudizio secondo lo schema logico regola – eccezione. E', però, la disciplina sostanziale a descrivere detta fattispecie e così ad indicare i fatti costitutivi e quelli impeditivi o estintivi, onde è consueta l'affermazione secondo cui nell'art. 2697 cc va ravvisata una disposizione in bianco, ossia destinata ad essere completata da quella, per lo più sostanziale, dettata per il caso concreto: essa non riguarda specifici tipi di domanda né impone temi fissi di prova. Così Sezioni Unite n. 13533 ha imposto alla parte, attrice in giudizio per la risoluzione del contratto per inadempimento, il solo onere di provare il contenuto del negozio, ossia il suo credito, insieme all'onere di allegare l'inadempimento, mentre ha gravato il debitore – convenuto dell'onere di provare l'adempimento. In tal modo la Corte ha ripartito il peso della prova facendo espresso riferimento al principio della riferibilità, o vicinanza, o disponibilità del mezzo (è più facile al debitore dimostrare il fatto positivo di avere adempiuto che non al creditore di dimostrare l'opposto fatto negativo); principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio (Corte Cost. 114/2000) ... Spetta in conclusione al giudice interprete, quando il legislatore non vi abbia provveduto espressamente, di ricostruire la fattispecie sostanziale controversa, identificando gli elementi costitutivi del diritto soggettivo dedotto in giudizio e richiedendo all'attore la relativa prova. Si tratta pertanto di stabilire se .. il “requisito dimensionale” o “di occupazione” sia o no da considerare fra gli elementi costitutivi del diritto soggettivo a conservare il posto di lavoro, vale a dire esservi reintegrato una volta dichiarata l'illegittimità del licenziamento”. La Corte dà pur atto che “parte della dottrina che oggetto della tutela giudiziaria di questo diritto sarebbe, in via di regola, l'obbligo al risarcimento pecuniario e soltanto in via di eccezione l'obbligo di reintegrazione”. Se si accogliesse questa tesi, però, la prova del fatto costitutivo del diritto alla reintegrazione dovrebbe comprendere anche quella del requisito occupazionale. La sentenza tuttavia non condivide questa soluzione, in quanto ritiene che la reintegrazione costituisca un risarcimento in forma specifica, e che quindi la stessa rappresenti, al

contrario, l'applicazione della regola generale assunta dall'ordinamento in materia di risarcimento del danno. Infatti, prosegue, lo stesso “*art. 2058 cc (in materia di Risarcimento in forma specifica, n.d.r.) nega un rapporto regola eccezione così fatto, ed anzi lo capovolge*”, attribuendo al danneggiato la “reintegrazione in forma specifica” se giuridicamente e materialmente possibile, ed il risarcimento per equivalente alla subordinata condizione che la reintegrazione risulti, secondo il giudice, eccessivamente onerosa per il debitore; principio confermato dall’ “*art. 24 Cost. ... secondo cui il processo (ma potrebbe dirsi: il diritto soggettivo, in caso di violazione) deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale (da ultimo Cass, ss.uu. 12279/2005). [...] Questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perché qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità ... ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1,4, e 35 Cost. subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma*”. La Corte esclude, infine, con argomenti che esulano dal nostro tema, che si possa “*considerare la disciplina dei licenziamenti .. quale regime speciale, avulso dal diritto comune ...*” tesi da cui “*... deriverebbe la non riconducibilità dell'art. 18 L. 300/70 e della L. 604/1966 al modello codicistico del risarcimento in forma specifica o per equivalente*”.

Questa sentenza, proponendo un concetto successivamente ripreso in numerose altre (come Cass. civ. sez. Lavoro, 25/07/2008 n. 20484, che cita entrambe le precedenti), propone anche, in ordine alla disciplina dell'onere della prova, il PRINCIPIO DELLA RIFERIBILITÀ O VICINANZA DEI MEZZI DI PROVA. Tale criterio, secondo la più recente di queste pronunce, deve affiancarsi “*oltre che secondo la descrizione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità del mezzo; principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge tendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio. Ed è evidente – continua la sentenza – come gli elementi di competitività di cui le imprese dispongono, nonché i risultati economici legati all'andamento dell'impresa ... possano essere noti all'imprenditore e non anche al lavoratore, con la conseguenza che il primo dev'essere onerato della prova negativa*”.

Del resto anche lo stesso principio della prossimità della prova veniva utilizzato, nello stesso senso, in una materia del tutto analoga: vale a dire in tema di prova delle dimensioni dell'impresa ai fini della sua soggezione al FALLIMENTO, in sede di istruttoria *pre* – fallimentare. Questo naturalmente avveniva già prima che l'art. 1 del D.Lgs 169/2007, modificando l'art. 1 della L.F., attribuisse esplicitamente all'imprenditore l'onere della prova dei requisiti dimensionali idonei ad esonerare la propria impresa dal fallimento. Stabilisce infatti chiaramente, adesso, con il c. 2°, che “*non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo **gli imprenditori di***

cui al primo comma i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: ...” . Questa norma tuttavia non rappresenta che la sanzione definitiva della tesi già in precedenza elaborata dalla giurisprudenza la quale, interpretando la formulazione originaria della legge fallimentare, aveva raggiunto la stessa soluzione, ora legale, basandosi appunto sul principio della prossimità della prova. Ciò, a partire dalla sopra citata sentenza Cass. 2001/13522, e delle successive nn. 17874/2007 e 9439/2008, “*secondo cui il debitore era tenuto a dimostrare le condizioni che ne escludessero la fallibilità essendo egli nella disponibilità dei dati all’uopo utilizzabili. Il creditore, di contro, ha l’onere di provare la qualità di imprenditore e di dare la dimostrazione della sussistenza del proprio credito*” (come ha ricordato Cass. 28/5/2010 n. 13086).

1.6. Sempre connessa al tema del licenziamento è la dibattuta questione dell'ONERE DELLA PROVA DEL LICENZIAMENTO ORALE, che normalmente il datore di lavoro ha interesse a delineare in forma di dimissioni, a pena di subire, altrimenti, le (economicamente deleterie) conseguenze legali della inefficacia di un atto di recesso privo di forma scritta. Bisogna precisare che mentre il licenziamento è vincolato alla forma scritta, le dimissioni non sono vincolate ad una forma giuridica predeterminata (a parte un breve periodo in cui la legge ne aveva stabilito a pena di nullità la forma scritta). Quindi succede spesso che, magari a seguito di un diverbio, il rapporto di lavoro venga a confusamente a cessare senza una comunicazione scritta del licenziamento da parte del datore di lavoro. E' chiaro che se si trattasse di un licenziamento (ovvero a seguito dell'espressione unilaterale del datore di lavoro della volontà di recedere dal rapporto) sarebbe invalido per vizio di forma essenziale; mentre se si trattasse, al contrario, di dimissioni volontarie da parte del lavoratore, le stesse potrebbero essere efficaci anche se espresse solo verbalmente (con l'ulteriore conseguenza del diritto all'indennità di mancato preavviso a favore del datore di lavoro che, per così dire, le subisce).

E' stato affermato che graverebbe sul prestatore di lavoro che faccia valere in giudizio la inefficacia o invalidità del supposto licenziamento orale, l'onere di provare l'esistenza tanto del rapporto di lavoro quanto quella del licenziamento stesso (e non la sola circostanza della cessazione di fatto del rapporto), spettando al datore di lavoro (giusto l'art.5 L.604/66) la prova della giusta causa o del giustificato motivo, oppure quella della riconducibilità del recesso alle dimissioni del lavoratore stesso, con esplicito richiamo alla asserita natura del licenziamento come fatto costitutivo - evento, la cui prova ai sensi dell'art. 2697 cc deve ritenersi gravante sul proponente della azione (Tr. Napoli, sez. Lavoro, 1/12/2009 in Rep. UTET Giuridica). Al contrario, il Tribunale di Torino sez. Lavoro, 14/7/2009, ha ritenuto che “*qualora il lavoratore deduca di essere stato licenziato oralmente e faccia valere in giudizio la inefficacia o invalidità di tale licenziamento, la prova gravante sul lavoratore è limitata alla sua estromissione dal rapporto, mentre la controdeduzione*

del datore di lavoro assume la valenza di un'eccezione in senso stretto, il cui onere ricade sull'eccipiente ai sensi dell'art. 2697, comma secondo, cod.civ.". (Rep UTET Giuridca). Anche Tr. Bari (10/3/2009, in *Lavoro nella Giur.* 2009, 6, 638) ritiene che *"la prova gravante sul lavoratore riguarda esclusivamente la cessazione del rapporto lavorativo, mentre la prova sulla controdeduzione del datore di lavoro, avente valore di una eccezione, ricade sull'eccipiente, datore di lavoro, ex art. 2697 cc"*. Dopo che per anni aveva seguito quella opposta (v. ad es. Cass. 12/4/1984 n. 5876) questa tesi viene attualmente accolta dalla Cassazione (Sez. VI, 19/10/2011, n. 21684), secondo la quale *"la prova gravante sul lavoratore è limitata alla sua estromissione dal rapporto, mentre la controdeduzione del datore di lavoro assume la valenza di una eccezione in senso stretto, il cui onere probatorio ricade sull'eccipiente ai sensi dell'art. 2697 cc"*. Infatti, tenendo presente (in base ad una ricostruzione sostanziale dei presupposti del diritto fatto valere in giudizio) la necessità, *ex art. 2 L. 604/66*, della forma scritta del licenziamento a pena di nullità, per dirimere definitivamente l'addebito dell'onere della prova sembra del tutto ragionevole attribuirlo alla parte che invoca le dimissioni, sia pure come eccezione. Si potrebbe anche dire, con altre parole, che se il licenziamento, ai sensi dell' art. 2 L. 604/66 non può essere provato altrimenti che per iscritto, il prestatore di lavoro che vanga licenziato, invece, in forma orale, non potrebbe, a rigore, dare la prova del proprio licenziamento (*rectuis*: del fatto dell'illegittimo recesso del datore di lavoro), altrimenti che dimostrando la cessazione di fatto del rapporto, e solo quella. Di conseguenza, il datore di lavoro che eccepisse le sue dimissioni – stante altrimenti, in mancanza di prova scritta, l'inefficacia del recesso (ed il suo obbligo corrispettivo di continuare a corrispondere le retribuzioni !) – avrebbe certamente l'onere di provare il fatto impeditivo (rispetto al diritto alla prosecuzione del rapporto fatto valere con la domanda di accertamento di inefficacia del licenziamento orale) rappresentato o dall'esistenza di un licenziamento validamente da lui irrogato per iscritto, ovvero (a seconda del fatto impeditivo che scegliesse di dedurre nella fattispecie) delle dimissioni orali eventualmente rassegnate dal lavoratore.

* * *

2. Anche le ricorrenti controversie in tema di diritto alla **QUALIFICA** hanno riservato svariate occasioni per applicare la disciplina generale sull'onere della prova. E' piuttosto comune infatti che, affermando i caratteri peculiari della prestazione lavorativa, il lavoratore chieda la condanna del datore di lavoro alla differenza tra la retribuzione corrisposta e quella che ritiene a lui spettante, solitamente in base al riconoscimento della qualifica corrispondente alle mansioni effettivamente svolte, ai sensi dell'art. 2103 cc. E' normale, in applicazione ai criteri generali, richiedere in questo caso al lavoratore che, rappresentando il presupposto della mansione superiore, un fatto costitutivo del diritto, egli dia prova dello svolgimento della mansioni proprie della qualifica richiesta. Rientra,

parimenti, tra i *fatti costitutivi*, anche lo svolgimento della mansioni superiori per un periodo superiore almeno a tre mesi. Solo una durata qualificata stabilita dal contratto collettivo o, in difetto, quella massima indicata in tre mesi dall'art. 2103 cc, attribuiscono infatti definitivamente il diritto alla qualifica, mentre lo svolgimento delle mansioni per una durata inferiore a quella convenzionale attribuisce solo il diritto, ex art. 36 Cost., a percepire la differenza retributiva spettante in base alla qualità e quantità del lavoro svolto per il solo periodo in cui il presupposto si è realizzato, ma non il conseguimento della qualifica corrispondente. E' stato considerato alla stregua di un fatto costitutivo anche l'esistenza di un accordo collettivo migliorativo che eventualmente riduca tale periodo trimestrale.

Al datore di lavoro spetta invece la dimostrazione, quale *fatto impeditivo* del diritto alla superiore qualifica fatto valere contro di lui, della circostanza che l'assegnazione a mansioni superiori abbia avuto luogo per sostituzione di un “*lavoratore assente avente diritto alla conservazione del posto*”.

Questa soluzione è stata adottata, infine, dalla Cassazione in base al citato principio della prossimità e disponibilità della prova, dopo che a lungo si era sostenuto il contrario. La Cass.civ. Sez. Lav. 1/7/2009 n. 15406 ammette infatti che “*questa corte (v. Cass. 10/11/89 n. 4740) ha in precedenza affermato che «il lavoratore che deduce il diritto alla promozione automatica ai sensi dell'art. 2103 cc ha l'onere di provare che il lavoratore sostituito era assente senza diritto alla conservazione del posto, configurandosi tale circostanza come fatto costitutivo del diritto alla promozione predetta», e tale indirizzo è stato successivamente confermato (v. Cass. 10/4/1999 n. 3529, Cass. 6/4/2000 n. 4312) Se non che il Collegio ritiene che tale interpretazione non può più condividersi alla luce del sistema dei principi più recenti affermati in tema di riparto dell'onere probatorio tra lavoratore (titolare di un diritto) e datore di lavoro nonché, più in generale, di disponibilità e di prossimità della prova. Conseguentemente ove i fatti possano essere noti solo all'imprenditore e non anche al lavoratore, incombe sul primo l'onere della prova negativa (v. Cass.25/7/2008 n. 20484). Tale finalità di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto al lavoratore, il quale a differenza del datore di lavoro è privo della disponibilità dei fatti idonei relativi, è stata evidenziata anche dalla sezioni Unite di questa Corte (in ... tema di prova del numero dei lavoratori occupati nell'impresa ai fini della applicazione della tutela reale o obbligatoria al licenziamento di cui sia accertata l'invalidità - v. Cass. S.U. 10/01/2006 n. 141)” .*

Osserva perciò, nel caso di specie: “*in primo luogo che la lettera dell'art. 2103 cc ... indica un fatto impeditivo del diritto alla promozione automatica (la sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto) e non propriamente un fatto costitutivo negativo. Tale fatto impeditivo, che in base alla ratio della norma è previsto dalla stessa come ipotesi di esclusione del*

diritto alla assegnazione definitiva (in quanto, in sostanza, escludente la vacanza del posto) deve essere provato dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 2697 cc, comma 2. L'individuazione di tale onere probatorio, del resto, risponde alla finalità di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto del lavoratore. Soltanto il datore di lavoro, infatti, è in grado di avere la piena disponibilità dei fatti e dei mezzi di prova idonei a dimostrare la circostanza che la assegnazione abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto”.

2.1 Speculare al problema della qualifica è quello della DEQUALIFICAZIONE. Rappresentando in effetti una forma di inadempimento contrattuale, Cass. S.U. 6/3/2009 n. 5454 ha stabilito che *“in tema di demansionamento e relativo onere probatorio, il lavoratore può reagire al potere direttivo che assume esercitato illegittimamente prospettando circostanze di fatto volte a dare fondamento alla denuncia e, quindi, con onere di allegazione di elementi di fatto dell'illegittimo esercizio, mentre il datore di lavoro, convenuto in giudizio, è tenuto a prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti posti dal lavoratore a fondamento della domanda (art. 426 cpc) e può allegarne altri, indicativi, per converso del legittimo esercizio del potere direttivo”.* Ha poi ribadito, di recente (Cass. Civ. Sez. Lav. 28/12/2011 n. 29235), che *“l'illegittima modificazione delle mansioni rappresenta senza dubbio una forma di inadempimento a fronte dell'assolvimento, da parte dei ricorrenti, degli oneri di allegazione e di prova su di essi incombenti per la dimostrazione dell'inadempimento datoriale, quale fonte del ... danno, spettava alla parte convenuta allegare e dimostrare il fatto impeditivo del sorgere del denunciato inadempimento, vale a dire l'assegnazione dei suddetti dipendenti a mansioni equivalenti a quelle precedentemente svolte ...”.*

Anche le sentenze di merito rispecchiano questa impostazione, come, ad es. Tr. Trieste. Sez. lavoro, 9/2/2010, I.B. c/o Poste Italiane Spa, in Repertorio UTET, secondo la quale *“nelle controversie aventi ad oggetto il demansionamento si applica il principio generale in materia di responsabilità contrattuale, secondo cui il creditore lavoratore deve provare la fonte del suo diritto ed allegare la sussistenza dell'inadempimento, mentre il debitore datore di lavoro è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'avvenuto adempimento”*. Di conseguenza basta che il lavoratore allegghi di avere subito una dequalificazione, specificando le mansioni che tale dequalificazione a suo avviso rappresentano (vale a dire l'inesatto adempimento dell'obbligo di conferire al lavoratore mansioni confacenti alla qualifica professionale posseduta); invece il datore di lavoro ha l'onere di dimostrare l'inesistenza del demansionamento (ad esempio dimostrando che le mansioni dequalificati non erano prevalenti rispetto alle altre, qualificanti, dedotte ed offerte in prova in via di eccezione come prevalenti).

Come si vede, anche su questo tema la giurisprudenza opera una ripartizione dell'onere probatorio del tutto coerente ai principi generali in materia (art. 2697 cc), sul dichiarato presupposto della natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro che non abbia eseguito esattamente la sua prestazione assegnando al lavoratore le mansioni «per le quali è stato assunto», o «quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito», ovvero «equivalenti alle ultime effettivamente svolte», ai sensi dell'art. 2103 cc.

* * *

3. In quanto contratto a prestazioni corrispettive, il diritto alla retribuzione scaturisce dalla prova della prestazione. Tra le numerose legate all'onere della prova in questo ambito, si possono ricordare le questioni legate alla prova dello **STRAORDINARIO**. La prova dello svolgimento della prestazione e della misura in cui tale prestazione risulta eccedente quella normale dedotta in contratto (normalmente su base settimanale) incombe sicuramente al lavoratore che chieda l'accertamento del suo diritto alle conseguenti differenze retributive.

La giurisprudenza continua (v. ad es. Cass. 9/2/2009 n. 3194) ad essere piuttosto rigorosa nell'attribuire al lavoratore l'onere della prova sul punto (in coerenza ad atteggiamento di quella di legittimità da tempo consolidato (Cass. 24/5/1984 n. 3208)). L'evidente difficoltà di fornire la prova, tuttavia, induce ad ammettere, attraverso una serie di presunzioni semplici (ai sensi dell'art. 2729 cc) anche delle prove indirette, che tuttavia non determinano affatto l'inversione dell'onere.

La Cass. 2/02/2012, n. 1463 infatti, anche nel ribadire che “è onere del lavoratore il quale pretenda il relativo compenso provare rigorosamente la prestazione del lavoro straordinario che assuma di aver reso, e la misura”, sembra lasciare un certo spazio all'uso legittimo delle presunzioni semplici, specificando, significativamente in chiave concessiva, che tale prova deve essere fornita “almeno in termini sufficientemente concreti e realistici”.

A parte i singolari casi di prova documentale rappresentata dalle copie – più o meno proditoriamente ottenute – dei dischi tachigrafici dei camionisti o delle tradizionali cartoline orarie delle macchine bollatrici, ormai del tutto anacronistiche, gli attori si devono normalmente affidare a colleghi che svolgano lo stesso orario – presumibilmente pochissimo entusiasti del ruolo di testi e quindi solitamente smemorati – o a fidanzati/e devoti che li aspettano romanticamente fuori dal portone, come nelle vecchie canzoni. Per superare le difficoltà di prova della prestazione, all'attore titolare del diritto potrebbe essere di qualche aiuto, nel processo del lavoro, la così definita “*caratteristica circolarità tra oneri di allegazione, oneri di contestazione ed oneri di prova*”. Attraverso la puntuale allegazione di un orario specifico, obiettivamente dedotto, potrebbe infatti imporre al convenuto, per lo meno l'onere di “*prendere posizione in maniera specifica e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della sua*

domanda”, ai sensi dell'art. 416 c.III cpc. (adesso peraltro echeggiato anche dall'art. 167 cpc), prima ancora che l'attore sia chiamato al proprio dovere di fornire la prova di quanto dedotto. Infatti la eventuale *“mancata contestazione da parte del convenuto può avere le conseguenze specificate (rendere incontrovertibili i fatti costitutivi del diritto esposti dall'attore) in quanto i dati fattuali, interessanti sotto diversi profili la domanda attrice, siano tutti esplicitati in modo esaustivo in ricorso”* (Cass. S.U. 1354/2004; Cass. Sez. Lav. 15/4/2009 n. 8933, sulla equivalenza tra genericità della contestazione e la sua mancanza). La più recente delle sentenze citate (n. 3194/09, abbastanza curiosa) si riferiva ad un caso in cui era stata richiesta l'applicazione del sistema del calcolo del compenso per lavoro straordinario stabilito dal RDL 693 del 1923 in alternativa a quello previsto dal contratto collettivo. La Corte confermava in quella occasione una sentenza di merito ai sensi della quale si doveva escludere che la prova dello straordinario fosse stata fornita dai lavoratori, così offrendo, in particolare, una applicazione particolarmente puntigliosa della regola di giudizio dell'art. 2967 cc. E ciò, nonostante risultasse in quel caso *“accertato che le ore di lavoro straordinario indicate dalla datrice di lavoro nella busta paga non corrispondevano a quelle realmente eseguite dai lavoratori e sulle quali poteva calcolarsi il compenso ai sensi del RDL citato (n.692 del 1923, art.5, ndr)”*. Infatti, dal momento che in quel caso le ore di lavoro straordinario convenzionale erano state pagate, come lealmente avevano ammesso i lavoratori, l'onere di provare il *quantum* effettivo della prestazione non poteva essere attribuito alla datrice di lavoro (come in quel caso aveva chiesto anche il Pubblico Ministero !), ma rimaneva a loro carico in quanto attori. E ciò perché, appunto, nonostante avessero ricevuto un compenso per lo straordinario *“ vollero agire in giudizio per ottenere una somma maggiore; spettava perciò a loro di conoscere, allegare e provare i fondamenti di fatto della loro pretesa”* (neretto mio). Conclude perciò che *“è onere del lavoratore, che pretenda un compenso per lavoro straordinario, provare la relativa prestazione e, quando egli ammetta bensì di esserne stato remunerato ma assuma l'insufficienza della remunerazione, anche di provare la quantità di lavoro effettivamente svolto, senza che eventuali ma non decisive ammissioni del datore di lavoro possano portare ad un'inversione dell'onere della prova”*. Non solo. Inferendo ulteriormente su un pubblico ministero (in quel caso insolitamente iperattivo, per essere una causa di lavoro e non un omicidio) la Corte si premura di specificare l'erroneità della tesi dell' incauto p.m., per la quale i giudici del merito avrebbero dovuto, ex art. 1226 cc (severamente corretto dalla Corte con un: *“recte: 432 cpc”*) liquidare secondo equità il compenso in questione. Accreditando, peraltro, il dubbio che l'invocazione all'equità fosse in quel caso abbastanza giustificata, la Corte, ricorda però che *“perché il giudice possa liquidare con valutazione equitativa l'ammontare della prestazione retributiva è necessario che il diritto del lavoratore sia certo (art. 432 cpc) e non soltanto possibile”*. Quindi, anche se, come in quel caso,

evidentemente, in qualche misura il lavoro straordinario era effettivamente stato svolto in misura eccedente a quanto fosse stato effettivamente retribuito, dato che comunque, almeno in una qualche misura retribuito lo era pur stato, *in dubio*, facendo ricorso al solito art. 2697 cc, “*in mancanza della prova delle ore asseritamente non remunerate fornita dal lavoratore*”, non poteva accogliersi la domanda di differenze retributive, neanche in via equitativa, nonostante le ammissioni del datore di lavoro (ritenute non decisive sull'esatto numero delle ore non retribuite, pur ipotizzabili).

In materia di retribuzione di lavoro straordinario peraltro consente, invece, l'applicazione del criterio equitativo dell'art. 432 cpc, la più recente e caritatevole Cass. Sez. Lav. 8/3/2012 n. 3630.

* * *

4. DANNI DA INFORTUNIO SUL LAVORO.

4.1. E' noto che dal 1991 l'elaborazione giurisprudenziale del concetto di danno biologico (a partire dalla sent. Corte Cost. 27/12/1991 n. 485) ha di fatto allargato la possibilità di agire in giudizio dei prestatori di lavoro danneggiati, consentendo agli interpreti di uscire dai limiti in cui il diritto al risarcimento del danno da infortunio sul lavoro sembrava rigorosamente condizionato dall'art. 10 DPR 1124/65, in caso di efficacia dell'assicurazione obbligatoria INAIL. In breve: dovendo constatare (curiosamente, dapprima, in una causa che aveva ad oggetto l'azione di regresso dell' INAIL) che l'indennizzo INAIL (così come allora delineato) non includeva in realtà la componente del c.d. *danno biologico*, la giurisprudenza giunse alla conclusione che il danneggiato poteva agire, nonostante la apparente preclusione stabilita dall'art. 10 citato, per il risarcimento del solo danno biologico, il quale, non risultando indennizzato dalla assicurazione obbligatoria, quando fosse stato riconosciuto non avrebbe comunque potuto, per definizione, comportare il rischio di una eventuale duplicazione del risarcimento – altrimenti precluso, appunto, dalla *ratio* dell'art. 10 citato. Ma anche da quando, a partire dal 2000 (art. 13 D.Lgs 38/2000), l'oggetto dell'assicurazione obbligatoria venne formalmente esteso dalla legge anche al danno biologico, il risarcimento dei danni da infortunio continua ad essere consentito, attraverso il concetto di danno differenziale (tra quanto riconosciuto, a titolo di *indennizzo* – predeterminato – a fronte del danno biologico liquidato in forza dell'assicurazione obbligatoria INAIL, e l'importo, di solito superiore, che può essere invece liquidato dal giudice, a titolo di *risarcimento* del danno biologico, in base ai criteri civilistici ordinari). Questo, solo per dare un'idea della rilevanza economica e frequenza di questo tipo di azioni. Per ritornare al nostro tema, la ripartizione dell'onere della prova appare delineata (tra le numerose) da questa massima, che, sulla scia di una ormai consolidata giurisprudenza, alla base del diritto al risarcimento delinea una responsabilità di tipo contrattuale: “*La responsabilità conseguente alla violazione dell'art. 2087 cc ha natura contrattuale, sicché, il lavoratore che agisca per il riconoscimento del danno da infortunio ... deve allegare e provare la*

esistenza dell'obbligazione lavorativa e del danno, nonché il nesso causale di questo con la prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare che il danno è dipeso da causa a lui non imputabile, e cioè di avere adempiuto al suo obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure per evitare il danno, e che gli esiti dannosi sono stati determinati da un evento impreveduto ed imprevedibile (ex plurimis: Cass. Sez. Lavoro 23. 04.2008 n. 10529 in Mass Giur.It., 2008).

La Cass. Sez. Lav 13/8/2008 n. 21590 precisa ancor meglio i motivi che hanno portato alla conclusione della natura contrattuale di tale responsabilità, osservando che *“la responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 cc è di carattere contrattuale, atteso che il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge, ai sensi dell'art. 1374 cc, dalla disposizione che impone l'obbligo della sicurezza e lo inserisce nel sinallagma contrattuale. Ne consegue che il riparto degli oneri probatori nella domanda di danno da infortunio si pone negli stessi termini dell'art. 1218 cc circa l'inadempimento delle obbligazioni, da ciò discendendo che il lavoratore il quale agisca per per il riconoscimento di danno differenziale da infortunio sul lavoro deve allegare e provare l'esistenza dell'obbligazione lavorativa, l'esistenza del danno ed il nesso causale tra quest'ultimo e la prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare la dipendenza del danno da causa a lui non imputabile e, cioè, di aver adempiuto interamente all'obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misura per evitare il danno”*.

Queste pronunce sono solo un esempio tra le tante, conformi in tema, che attestano una puntuale rispondenza ai criteri di ripartizione dell'onere stabilito dall'art. 2697 cc, sul presupposto di una responsabilità di tipo contrattuale.

4.2. Secondo una diversa corrente di pensiero, cui sembra avere aderito Trib. Torino, sez. Lavoro 7/8/2009 (in Rep. Utet, 2009), che pure si mantiene nell'alveo della responsabilità contrattuale, il lavoratore che allegi l'inadempimento degli obblighi di sicurezza avrebbe, però, anche *“l'obbligo di provare il fatto costituente l'inadempimento e il nesso di causalità materiale tra l'inadempimento ed il danno, mentre non è tenuto a fornire la prova della colpa del datore di lavoro che si presume, ma deve tuttavia individuare la violazione imputabile al datore, la norma di sicurezza specifica o di esperienza comunque violata. Addebitare la responsabilità dell'evento nel caso di specie al datore equivarrebbe a ritenerne la oggettiva responsabilità per il solo verificarsi dell'evento, mentre la norma invocata presuppone comunque la sussistenza e l'individuazione di un profilo di colpa”*.

Nel caso di specie il tribunale riscontrava l'assenza, nella narrativa attorea, di un profilo di colpa, e per tale ragione rigettava il ricorso, pur applicando, così, in ultima analisi, la regola di giudizio dell'art. 2697 cc, ma nel presupposto che fatto costitutivo del diritto al risarcimento dovesse ritenersi anche la colpa. Questa soluzione (che ogni tanto riemerge nelle sentenze, ma che mi sembra il tribunale di Torino abbia ormai abbandonato) sembra oltretutto ben poco coerente ai

criteri proposti dalla Cassazione, che appaiono imperniati, piuttosto, sul concetto di responsabilità contrattuale chiaramente delineato dall' art. 1218 cc. A proposito di questa norma, non credo che a qualcuno venga in mente di richiamare il concetto di colpa (contrariamente alla diversa ipotesi della responsabilità da fatto illecito *ex art. 2043 cc*, che presuppone invece esplicitamente i concetti di dolo e di colpa). Quindi non convince, in particolare, la presunta necessità di estendere, anche in ambito contrattuale, l'onere della prova al profilo della colpa, la quale sarebbe rappresentata dalla violazione di una norma di sicurezza specifica o di esperienza, o di prudenza di cui, secondo questa sentenza, dovrebbe puntualmente allegarsi la violazione. Se anche si potrebbe magari condividere l'affermazione che quella derivante dall'art. 2087 sia una responsabilità basata sulla colpa e non di tipo oggettivo, la sua natura contrattuale (derivata dallo schema dell art. 1218 cc) non sembra però consentire l' introduzione, come fatto costitutivo, di un profilo specifico di colpa, di cui dovrebbe essere onerato il lavoratore (già) danneggiato. La colpa in questi casi se mai scaturisce (ma solo come *effetto, a posteriori*) proprio dal mancato assolvimento da parte del datore di lavoro dell' onere di provare, in via di eccezione, l'adempimento agli obblighi di sicurezza (all'ottemperanza dei quali è sicuramente tenuto in forza del contratto di lavoro).

La recente Cass. Civ. Sez. Lav 19/3/2012 n. 4321 in materia di prova dei danni da *mobbing* non sposta in realtà di molto quanto detto sopra, salve alcune precisazioni. Intanto, è evidente che la prova della responsabilità contrattuale presenta connotazioni di fatto diverse in caso di infortunio (dove la delimitazione dell'ambito probatorio e del nesso causale è, necessariamente, più circoscritta, e per così dire, più meccanica), ovvero di malattia professionale (dove invece la prova sui medesimi elementi, riferiti all'ambiente di lavoro, appare assai più problematica ed oggettivamente estesa – come si è visto in casi di “esposizione qualificata” a sostanze sicuramente dannose, come l'amianto). Nel caso di specie la Corte, ammessa programmaticamente la natura contrattuale della responsabilità *ex art. 2087 e 1218 cc* (abbastanza costantemente affermata a partire quanto meno dalla Cass. Sez. Lav 13/8/2008, n. 21590, nel senso di imporre al datore di lavoro l'onere di provare di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno), rifacendosi al proprio precedente della sent. 3650 del 2006, stabilisce che tale responsabilità può essere affermata se sussista una lesione del bene tutelato che derivi causalmente dalla violazione di determinati obblighi di comportamento, imposti dalla legge o suggeriti dalla conoscenze tecniche. Così, apparentemente, sposta l'onere della prova della specifica violazione sul danneggiato. In realtà non mi sembra che questa sentenza possa rappresentare una svolta epocale nella giurisprudenza in materia: piuttosto, afferma della necessità di una migliore specificazione dell'oggetto della prova del nesso causale (onere che viene comunque attribuito comunemente al danneggiato in forza dello stesso art. 1218 cc), laddove il danno sia derivato da una malattia supposta di origine professionale.

E' evidente che non si possono chiedere i danni per una malattia contratta a causa delle mansioni svolte affermando semplicemente la circostanza di avere lavorato a favore di un determinato soggetto, e senza dimostrare invece per lo meno che nell'ambiente di lavoro determinato dalle specifiche mansioni svolte fosse presente una sostanza nociva (come possono esserlo solventi, antiossidanti, amianto) e non si allega la polverosità e l'insalubrità dell'ambiente.

Continua ad essere onere del datore di lavoro, però, anche alla luce di questa sentenza, provare che le misure di prevenzione adottate (in termini di protezioni ambientali, come aspiratori e protezioni individuali) fossero idonee a prevenire il rischio. Nell'ambito delle malattie professionali, quindi è chiaro che l'ambito della prova del nesso causale sconta importanti peculiari e differenze rispetto alla, più concettualmente elementare, causa violenta dell'infortunio. Se, infatti, malattie come l'asbestosi possono derivare esclusivamente dall'amianto (circostanza che semplifica assai la ricerca del nesso di causalità), le conseguenze dannose di una malattia nervosa derivata dallo stress lavorativo e dal mobbing (quale è il caso cui si riferisce la sentenza più recente citata (Cass. 4321/12) essendo le malattie di questo genere c.d. *multifattoriali*, comportano maggiori difficoltà nella individuazione del nesso di causalità con il rapporto di lavoro. Pertanto in questi casi l'addebito al danneggiato dell'onere di dimostrare “*che vi è stata omissione nel predisporre le misure di sicurezza (o, la violazione di altre norme a ciò inerenti) necessarie ad evitare il danno*” sembra rappresentare, nella motivazione di questa sentenza, più che altro la condivisibile necessità di circoscrivere il tema del nesso di causalità attraverso opportune allegazioni, più che un intervento contraddittorio sull'onere della prova così come consolidato in ambito contrattuale.

E' significativo constatare che allo stesso risultato, determinato attraverso una applicazione rigorosa della responsabilità contrattuale in campo di danni da infortuni, si perviene anche facendo riferimento del principio della *prossimità della prova* derivante dall'art. 24 della Costituzione.

Infatti sono certamente – ed esclusivamente, o quasi – a disposizione del datore di lavoro tutti gli elementi, i dati e le conoscenze tecniche, nonché il controllo della organizzazione aziendale, dalla combinazione dei quali è stato, in definitiva, almeno teleologicamente, determinato l'evento dannoso. Alla luce di tali elementi (così forniti dal datore di lavoro, al quale sono, evidentemente, prossimi) potrebbe quindi essere raggiunta da parte del giudice la convinzione della mancanza di responsabilità dell'imprenditore per l'adempimento agli obblighi di sicurezza stabiliti dalla “norma di chiusura” rappresentata dall'art. 2087 cc. A partire dal D.Lgs . 626/94 (adesso D.Lgs 9/4/2008 n. 81), che impone ad datore di lavoro la preventiva analisi dei rischi in un apposito documento di valutazione, a maggior ragione questa “*disponibilità sistematica del mezzo di prova*” per evidenti ragioni di prossimità, rispetto alle misure di prevenzione da adottare è diventata a ben vedere, anche codificata in una serie di obblighi positivi, il cui adempimento deve

essere provato dal datore di lavoro assai più facilmente del contrario inadempimento, grazie alla maggiore specificazione degli obblighi introdotta dalla legge in materia (che è volta appunto ad imporre una analisi preventiva dei rischi).

4.3. La scelta di far rientrare o meno nell'onere della prova dell'attore danneggiato anche i profili analitici della colpa (considerandoli perciò, impropriamente, fatti costitutivi del diritto al risarcimento, anziché impeditivi), risalta, con effetti decisivi, ad esempio nella ipotesi (non certo infrequente nel settore industriale), dell'addebito definitivo del RISCHIO DEL MANCATO FUNZIONAMENTO DI UNA MACCHINA utensile che non si riesca, tecnicamente, a spiegare, e dal quale sia derivato un infortunio.

Nella fattispecie, accogliendo la tesi di Torino il rischio dovrebbe ricadere sull'infortunato stesso, nel caso in cui non riesca ad individuare – o quanto meno ipotizzare – a causa di *quale* violazione delle norme di sicurezza o della prudenza si sia determinato l' anomalo funzionamento della macchina. E ciò, nonostante il presupposto della perfetta rispondenza del comportamento del lavoratore alla normalità di esecuzione della mansione: essendosi questi, in ipotesi, limitato ad eseguire come doveva la prestazione di lavoro ed avendolo provato come fatto costitutivo del proprio diritto al risarcimento (posto che altrimenti, secondo la giurisprudenza, nel caso contrario, di imprevedibile ed abnorme comportamento del danneggiato, verrebbe addirittura meno il nesso di causalità stesso tra l'evento dannoso e l'esecuzione del contratto, con l'effetto di liberare il datore di lavoro persino dall'onere della prova del corretto adempimento *ex art. 1218 cc*).

Il rischio dell'inspiegabile funzionamento della macchina dovrebbe venire invece addebitato al datore di lavoro qualora (come invece chiaramente suggerisce la Cassazione) si applichi rigorosamente l'art. 2697 cc alla fattispecie.

Infatti, in puntuale analogia all'interpretazione proposta delle S.U. 13533/2001, l'attore che chiami in giudizio il debitore (nella fattispecie: debitore dell'obbligo contrattuale della sicurezza, stabilito *ex art. 2087 e 1374 cc*) per il risarcimento del danno, non deve provare anche le modalità specifiche con le quali l'inesattezza dell'adempimento si è concretizzata, ma solo il titolo del proprio credito (vale a dire, *mutatis mutandis*, il contratto di lavoro); oltre, naturalmente al danno ed al nesso causale dell'evento dannoso con la prestazione (le prestazioni di lavoro da lui svolte al momento del sinistro), mentre in relazione al lamentato inadempimento potrebbe limitarsi ad una semplice allegazione.

Si pensi al caso dell'inspiegabile malfunzionamento di una pressa idraulica.

L'addetto ad essa, pur lavorando in modo ineccepibile, senza alcuna imprudenza (pena l'esclusione del nesso causale, come visto), uscito di casa la mattina con entrambe le sue *due* mani, prima di cena potrebbe benissimo averne perso per sempre una. E ciò, esclusivamente a causa di un

anomalo ed imprevedibile abbassamento della macchina, di cui non può avere alcuna responsabilità (ipotesi, ahimè, tutt'altro che accademica). Viste le opposte tesi sopra riportate, potrebbe risultare seriamente imbarazzante spiegare a costui (o *costei*, nel mio caso) come il rischio della sua (più che probabile) incapacità di spiegare e dimostrare *in che modo e perché* il comportamento omissivo, supposto inadempiente, del suo datore di lavoro abbia potuto determinato l'evento, o quali norme tecniche o di sicurezza abbia in ipotesi, violato (che rappresenta il fatto costitutivo della colpa, secondo la discutibile tesi prima accennata), comporti, in definitiva, la paradossale conseguenza che la mano se la sia («giuridicamente», beninteso) amputata da sola.

* * *

5. A questo punto, si può forse azzardare una specie di conclusione da questa certo poco sistematica escursione attraverso *alcuni* temi, sporadicamente individuati, propri del diritto del lavoro, pur unificati dal tenue, criterio della attuale applicazione giurisprudenziale della regola dell'onere della prova.

Abituati ad utilizzare la giurisprudenza a fini spietatamente immediati ed utilitaristici, gli avvocati sono in genere abbastanza alieni dall'esaminare gli argomenti giuridici con accademica obiettività ed ampiezza di vedute. Quindi sono contento di avere avuto l'occasione di lavorare, per una volta, in una prospettiva per me inusuale (con una certa fatica, come si sarà capito), ma comunque produttiva, perché provare a rispondere a questa esigenza ha rappresentato un arricchimento professionale, e mi ha incidentalmente consentito di trovare conferma di una mia radicata convinzione in questa materia. Mi spiego meglio.

Generalmente gli autori interpretano l'onere della prova come “*una regola di giudizio per consentire la decisione della causa nelle ipotesi in cui il giudice, al termine dell'istruttoria, sia ancora incerto su di un fatto rilevante*” (2).

A parte questa sua incontrovertibile funzione finale nel giudizio, a me sembra che la norma del 2697 cc possa avere, nel nostro lavoro, anche una funzione diversa, di tipo operativo.

Vale a dire che può rappresentare un vero e proprio *criterio operativo - programmatico* per impostare le difese, nella ordinaria, prosaica prospettiva delle parti che agiscono e resistono nel giudizio; in coerenza, se vogliamo, con la sua formulazione letterale. A volte, dalla massa degli argomenti genericamente ritenuti «a favore» della tesi sostenuta, che le parti confusamente propongono ai loro difensori, può risultare difficile isolare quelli che effettivamente sono funzionali all'accoglimento (o al rigetto) della domanda. Si preferisce operare, nel dubbio (e anche per compiacenza verso la parte assistita), piuttosto per via di accumulo, lasciando così al giudice la responsabilità di districarsi tra le allegazioni, già a partire dalla fase delle decisioni sulle istanze istruttorie (sollecitando così ordinanze che forse anche per questo, a volte, appaiono spietate

epurazioni). Forse, invece, uno sforzo nel senso di operare a priori una rigorosa analisi dei fatti per isolare dall'universo e dedurre, quindi, sin dall'inizio, solo quelli costitutivi del diritto fatto valere (o alternativamente, impeditivi) che siano funzionali all'accertamento del medesimo (secondo il dettato letterale e programmatico della norma), potrebbe rendere la difesa addirittura più efficace, sottoponendo, responsabilmente, al giudice un percorso logico strettamente funzionale all'accoglimento della domanda giudiziale. Si potrebbe così eliminare a priori dal processo un accumulo di argomenti che, siano pure «genericamente» ed apparentemente favorevoli alla parte, possono essere tuttavia controproducenti, nella loro inutilità, ai fini della sua difesa; semplicemente perché distolgono l'attenzione dai presupposti esclusivi della sussistenza (o meno) del diritto dedotto in giudizio.

2) VALLEBONA, *cit.* pag.3, E.T. LIEBMANN, *Manuale ...*, Milano 1984, p.89