

LAVORO ETICA DIRITTO

*Direttore*

**Edoardo Ghera**  
Sapienza Università di Roma

*Comitato scientifico*

**Giuseppe Bronzini**  
Corte Suprema di cassazione

**Fabio Massimo Gallo**  
Corte d'Appello di Roma

**Luigi Iavarone**  
Consiglio Nazionale delle Ricerche

**Antonio Pileggi**  
Università degli Studi di Roma  
"Tor Vergata"

**Domenico Garofalo**  
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

**Carlo Coco**  
Tribunale di Bologna

**Giampiero Proia**  
Università degli Studi Roma Tre

**Fabrizio Miani Canevari**  
Corte Suprema di Cassazione

**Lorenzo Zoppoli**  
Università degli Studi di Napoli Federico II

**Marina Brolo**  
Università degli Studi di Udine

**Stefano Bellomo**  
Università degli Studi di Perugia

**Roberto Pessi**  
LUISS "Guido Carli"

**Alan Neal**  
University of Warwick

**Giuseppe Casale**  
Organizzazione Internazionale del Lavoro

**Pietro Ichino**  
Università degli Studi di Milano  
Senato della Repubblica

**Giovanni Mammone**  
Corte Suprema di Cassazione



*Vai al contenuto multimediale*

Nilia Aversa

**L'onere della prova  
nel diritto e nel processo del lavoro**





Aracne editrice

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

Copyright © MMXVII  
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

[www.giacchinoonoratieditore.it](http://www.giacchinoonoratieditore.it)  
[info@giacchinoonoratieditore.it](mailto:info@giacchinoonoratieditore.it)

via Vittorio Veneto, 20  
00020 Canterano (RM)  
(06) 4551463

ISBN 978-88-255-0612-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: settembre 2017

*Ai miei genitori*



# Indice

- 9 *Prefazione*
- 25 **Capitolo I**  
*Classificazione dell'Istituto*
- 1.1. Inquadramento sistematico, 25 – 1.2. La soluzione delle S.U. (sentenza, 17 giugno 2004, n. 11353), 34 – 1.3. L'onere della prova con riferimento alle prove documentali nel processo del lavoro, 37 – 1.4. Azioni fondate sull'inadempimento di obblighi: ripartizione degli oneri di allegazione e di prova, 39 – 1.5. Onere della prova in senso soggettivo e onere probatorio in senso oggettivo, 40 – 1.6. L'onere della prova formale (processuale) e onere della prova sostanziale, 45 – 1.7. L'onere della prova astratto e onere della prova concreto, 47.
- 51 **Capitolo II**  
*L'onere della prova come regola processuale*
- 2.1. Il problema della ripartizione dell'onere della prova, 51 – 2.2. L'onere della prova e oggetto della prova, 56 – 2.3. Fatti notori e massime d'esperienza, 59 – 2.4. I fatti non contestati, 62 – 2.5. I fatti negativi, 72 – 2.6. Regole sull'onere della prova e presunzioni legali, 81 – 2.7. Le presunzioni giurisprudenziali, 89 – 2.8. La ripartizione convenzionale dell'onere probatorio, 99 – 2.9. L'inversione unilaterale dell'onere della prova, 105 – 2.10. L'onere della prova nel processo del lavoro, 108 – 2.11. Primo grado di giudizio e presentazione della domanda, 112 – 2.12. La costituzione del convenuto, 119 – 2.13. Udienza di discussione della causa, 128 – 2.14. Poteri istruttori del giudice, 140 – 2.15. Poteri istruttori: principio di non contestazione e principio di acquisizione processuale, 147.
- 151 **Capitolo III**  
*L'evoluzione dell'onere probatorio in relazione al mutamento delle norme di diritto sostanziale*
- 3.1. Nozioni generali sul licenziamento, 151 – 3.2. L'evoluzione storica del licenziamento *pre Collegato Lavoro* e il problema dell'onere della

prova, 156 – 3.3. La rivoluzione copernicana operata dalla legge n. 183 del 2010, 163 – 3.4. Le problematiche poste dalla legge Fornero, 169 – 3.5. Effetti sulla disciplina del licenziamento alla luce dell'introduzione del d.lgs. n. 23/2015 (Jobs Act), 174 – 3.6. Cosa si intende per insussistenza del fatto materiale?, 175 – 3.7. La ripartizione dell'onere probatorio alla luce del d.lgs. n. 23/2015 (Jobs Act), 178 – 3.8. L'istituto delle mansioni e della "qualifica professionale" e il relativo problema dell'onere della prova, 184 – 3.9. La ripartizione dell'onere della prova con riferimento al lavoro straordinario, 191 – 3.10. Danni da infortunio sul lavoro e relativo onere della prova, 194 – 3.11. Il *mobbing* e la ripartizione dell'onere probatorio, 198.

201    *Bibliografia*

# Prefazione

## Campo di indagine

Proporre a oggetto di una monografia il tema dell'onere della prova nel diritto e nel processo del lavoro, impone una rimeditazione dell'istituto, come noto collocato nel codice di diritto sostanziale e pur tuttavia considerato dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza della Suprema Corte un «principio informatore del sistema delle garanzie giurisdizionali».

L'onere della prova — che incombe sulla parte che vuol fare valere in diritto un giudizio — si sostanzia infatti nell'allegazione, nel processo, di fatti costitutivi del predetto diritto, attraverso mezzi di prova che trovano la propria regolamentazione nel codice civile e nel codice di procedura civile e che sono idonei a convincere il giudice della esistenza del diritto vantato; se la prova dei fatti costitutive della pretesa allegati *manca*, la parte è destinata a soccombere.

Diversamente, chi resiste in giudizio o nega l'esistenza di tale diritto è chiamato a provare l'esistenza di fatti «impeditivi, modificativi o estintivi» del diritto stesso<sup>1</sup>.

Il Giudice deve pertanto decidere sulla base delle allegazioni delle parti, le quali sono ovviamente chiamate a osservare rigide preclusioni e termini decadenziali, nel più generale rispetto delle regole poste a fondamento del corretto esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio (*iudex iudicare debet secundum alligata et probata partium*).

Il tema oggetto del presente lavoro, tuttavia, riguarda più specificatamente "l'onere della prova" e la ripartizione di tale onere nel processo del lavoro; segnatamente, dunque, si è dato conto di quali limiti e di quali regole presiedano il c.d. "libero convincimento del

1. Per una corretta definizione dell'istituto, si v. *Memento Pratico Ipsa-Francis LeFebvre, Procedura Civile 2011*, pp. 251 e ss.

giudice” che rappresenta certamente uno degli aspetti centrali del processo e nel contempo uno dei cardini degli ordinamenti giuridici moderni.

Il lavoro muove dallo studio e dall’analisi dei testi sull’onere della prova, effettuato cercando di sintetizzare ed esporre in maniera sistematica le ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali italiane.

La predetta ricerca ha avuto come scopo quello di pervenire a un quadro sistematico dell’istituto dell’onere della prova, attesa la rilevanza delle regole che regolano la sua “distribuzione” in seno al processo e che rappresentano il cardine del sistema delle prove, sia nel processo civile che, soprattutto, nel processo del lavoro.

A una generale trattazione dell’istituto dal punto di vista sostanziale (cfr. capitolo primo) nel secondo capitolo della trattazione è stata affrontata la problematica dell’onere della prova in riferimento al suo oggetto, alla possibilità dell’inversione probatoria e ai maggiori interrogativi che la scienza giuridica si è posta in riferimento alle caratteristiche dell’istituto nel processo del lavoro.

Non si può infatti obliare il fatto che il rito del lavoro si differenzi da quello ordinario per una maggiore celerità e per i più ampi poteri istruttori riconosciuti al giudice del lavoro e per uno spiccato *favor* alla conciliazione della controversia; tali peculiarità processuali e l’esigenza di dover fornire un quadro sistematico su un istituto che ha spiccate connotazioni processuali, nel capitolo secondo sono state trattate, nel dettaglio, le diverse fasi del primo grado di giudizio, dalla presentazione della domanda (art. 414 c.p.c.), alla costituzione del convenuto (416 c.p.c.) e infine alla fissazione dell’udienza di discussione (art. 420 c.p.c.).

L’ultima parte del capitolo secondo è stata invece dedicata ai poteri istruttori del giudice del lavoro (art. 421 c.p.c.).

Nel rito del lavoro, come noto, il giudice ha ampi poteri istruttori; egli infatti è chiamato a indicare alle parti le irregolarità degli atti e dei documenti che possono essere sanate e può disporre l’ammissione di ogni mezzo di prova anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile (a eccezione del giuramento decisorio).

Si delinea dunque la figura di un giudicante “attivo e dinamico” e non di un giudice passivo e “mero spettatore” del procedimento; ciò che fa fatto interrogare continuamente la dottrina sulla reale entità del potere istruttorio “officioso”.

Nel terzo e ultimo capitolo, invece, si è tentato di estendere il campo di indagine rispetto alla struttura dell'onere probatorio in riferimento a diversi istituti giuslavoristici.

Il primo istituto affrontato è quello del licenziamento, per le profonde e rivoluzionarie modifiche cui l'istituto è stato sottoposto nel corso dell'ultimo quinquennio.

L'entrata in vigore del "Collegato Lavoro" (l.n. 183 del 2010) con la previsione di un doppio termine decadenziale all'esercizio del diritto di impugnativa del licenziamento ritenuto illegittimo ha influito notevolmente sulla prova della "tempestività" della impugnazione stessa; successivamente la "Legge Fornero" (l.n. 92/2012) che ha operato una rivoluzionaria trasformazione dei termini di ingresso della tutela reale nel processo del lavoro.

Laddove, infatti, il legislatore ha optato per l'introduzione di un nuovo rito "speciale" nelle sole ipotesi di applicazione dell'articolo 18 della legge n. 300/1970, anche l'istituto dell'onere della prova ha subito profonde rimediazioni, sia a opera della dottrina che della giurisprudenza.

Recentemente, il legislatore, con il d.lgs. n. 23 del 2015 (Jobs Act) ha di nuovo riscritto la disciplina del licenziamento e ha di nuovo modificato le regole di introduzione della tutela reale, di cui all'articolo 18 della legge n. 300/1970, nel processo del lavoro.

Ciò che sorprende, infatti, è che proprio con le due ultime riforme in materia di licenziamento, ciò che è stato profondamente mutato non è solo l'applicazione della tutela reale, quale reintegrazione nel posto di lavoro, nelle ipotesi di illegittimità del licenziamento intimato, quanto proprio e specificatamente, l'oggetto dell'onere probatorio posto in capo al datore di lavoro ed, in parte, in capo al lavoratore.

Viene poi affrontata la fattispecie l'istituto del demansionamento illegittimo e della connessa ripartizione dell'onere probatorio; come noto, infatti, la qualifica e l'inquadramento contrattuale rappresentano lo *status* professionale del lavoratore e in particolare il valore delle mansioni svolte, le quali rientrano nel c.d. bagaglio professionale del prestatore, oggetto di tutela sia a opera della legge che della contrattazione collettiva e che da sempre, anche per il riferimento a questa ultima fonte, avevano di fatto snellito l'oggetto dell'onere probatorio.

Pur tuttavia anche questo tema ha subito profonde rimediazioni a opera legislativa; come previsto dalla legge delega n. 183 del 10

dicembre 2014, con il decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, si è infatti provveduto a modificare anche l'articolo 2103 del codice civile, e quindi a revisionare la disciplina delle mansioni con riguardo alla “prestazione del lavoro”.

Il nuovo testo dell'articolo 2103 del codice civile dispone, infatti, che l'assegnazione al dipendente di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore — purché rientranti nella medesima categoria legale (operaio, impiegato, quadro o dirigente) — è possibile:

- nel caso in cui sia posta in essere una modifica degli assetti organizzativi aziendali che coinvolge la posizione di quel lavoratore;
- nelle ulteriori ipotesi previste dai contratti collettivi (ivi inclusi quelli aziendali).

In questi casi, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto a conservare il livello di inquadramento e il trattamento retributivo in godimento, salvi gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione.

Ma la novità più rilevante consiste nel fatto che, nelle sedi di cui all'art. 2113, co. 4 (normalmente in sede sindacale o presso la DTL), ovvero anche presso le commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali con i quali si prevede la modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore a:

- conservare l'occupazione;
- acquisire una diversa professionalità, ovvero;
- a migliorare le proprie condizioni di vita.

Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, da un avvocato o da un consulente del lavoro.

Invece, nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione diviene definitiva, salva diversa volontà del dipendente, ove essa non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in

servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi (anche aziendali) o, in mancanza, dopo 6 mesi continuativi, mentre in precedenza erano previsti solo 3 mesi, anche non continuativi.

Salvo che ricorrano le specifiche condizioni di cui sopra (modifica degli assetti organizzativi aziendali, intervento dei contratti collettivi, accordi individuali di variazione in sede protetta), ogni patto contrario è nullo.

È dunque innegabile che quella sulle mansioni si manifesta come una delle modifiche di maggior rilievo, atteso che tenta di recepire principi che la giurisprudenza afferma da oltre un decennio, con particolare riferimento alla legittimità dei patti di demansionamento qualora funzionali alla conservazione del posto di lavoro in caso di riorganizzazione aziendale o di sopravvenuta invalidità; dall'altro, tuttavia, l'ipotesi di "demansionamento legittimo", solo in quanto motivato e dunque non assistito da patti precipui, a parere di chi scrive, inciderà e non poco sulla esatta perimetrazione del preteso danno.

Non si può nemmeno dimenticare, infatti, che i fatti in cui si concretizza il demansionamento sono spesso allegati a fondamento della domanda di accertamento del *mobbing*.

Ancora, viene evidenziato il problema della corretta ripartizione dell'onere probatorio, in giudizi che abbiano a oggetto pretese risarcitorie relative a eventuali eventi di danno occorsi per infortuni sul lavoro, oppure, ancora con riferimento ai danni psico-fisici occorsi per l'improprio utilizzo dell'istituto dello straordinario, ovvero derivanti, specificatamente, dal *mobbing* e da altre tipologie di disfunzione organizzativa, in violazione dell'articolo 2087 del codice civile.

\*\*\*

All'esito di quanto evidenziato, appare evidente come la regola di giudizio dell'onere della prova, dunque, debba essere riconsiderata soprattutto nell'attuale panorama giuslavorista, attraverso l'analisi dei suoi limiti e delle sue deroghe, nonché soprattutto alla luce dell'incidenza della sua indagine.

E allora, ci si è chiesto, quando è necessario applicare detta regola? Quale tipo di tutela è apprestata alla particolarità delle situazioni giuridiche soggettive oggetto delle controversie di lavoro con l'ulteriore attribuzione al giudice di poteri istruttori d'ufficio?

Rinviando alla trattazione una risposta esauriente a detti quesiti, quello che qui si può anticipare è una incidenza di alcune problematiche “processuali” dell’istituto e che certo non sono seconde a quelle più strettamente connesse alla sua applicazione rispetto agli istituti di parte sostanziale.

Senz’altro è possibile partire dall’assunto come sia ormai opinione consolidata che l’indagine sull’incidenza dell’onere della prova è rilevante e necessaria soltanto in relazione ai fatti decisivi su cui il giudice del merito — all’esito delle risultanze probatorie acquisite al processo — non può ritenere formato un convincimento.

Nel processo del lavoro, per altro, è innegabile che tale regola di giudizio debba poi scontrarsi con quella che presiede al potere officioso del giudice nella fase istruttoria: un potere–dovere garantito dall’art. 421 c.p.c. e che tuttavia pure compresso dalle necessarie allegazioni delle parti non fornisce all’interprete una chiave sicura in sede applicativa.

Un esempio emblematico della difficoltà di interpretare correttamente l’estensione del potere officioso del Giudice del Lavoro è senz’altro ravvisabile anche nella tematica connessa all’onere della prova nelle obbligazioni c.d.d. negative (es. art. 2087 c.c.) dette anche “obbligazioni di non fare” o “divieti”, nelle quali l’inadempimento consiste in un fatto positivo compiuto, appunto, in violazione del divieto (art. 1222 c.c.).

Nelle predette fattispecie è proprio la struttura dell’obbligazione, in base al quale il diritto del creditore nasce soddisfatto e può essere leso solo dal successivo inadempiente agire del debitore, a capovolgere la conclusione: è il creditore il soggetto a essere investito dall’onere di provare l’altrui inadempimento (e cioè il compimento dell’azione vietata da parte del debitore).

La necessaria ricerca di una “regola generale” in materia di obbligazioni negative va ricercata attraverso l’analisi delle vicende processuali e istruttorie e di ciò che la nostra giurisprudenza ha ritenuto idoneo a fondare un convincimento.

L’essenza comune va dunque ricercata nella natura dell’inadempimento del datore di lavoro; si vedrà infatti che tale inadempimento è esclusivamente contrattuale nel demansionamento, nella promozione automatica, nei trasferimenti e oggi, anche nel *mobbing*<sup>2</sup>.

2. M. CASOLA, *Controversie di lavoro e onere della prova*, Incontro di studi sul tema, Roma 25–27 giugno 2007.

L'individuazione del diritto azionato, l'apprezzamento dell'ipotesico inadempimento, la valutazione del danno lamentato e l'accertamento del nesso causale sono l'oggetto dell'onere della prova a carico del ricorrente, mentre il resistente è onerato di allegare l'esistenza di fatti impeditivi, estintivi o modificativi del predetto diritto, ovviamente nelle sole ipotesi in cui le allegazioni del ricorrente creditore (lavoratore) siano sufficientemente determinate.

Solo in questo caso il resistente ha l'onere di contestare la fondatezza della pretesa e di provare, ulteriormente, l'eventuale esistenza di fatti storici diversi.

Diversamente, seppure in presenza di una domanda ammissibile per l'oggetto della ragione giuridica e della domanda, laddove le circostanze storiche rilevanti e abbisognevole di prova risultino solo genericamente provate, la domanda potrebbe essere respinta nel merito, applicando il giudice la regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.

È ovvio, infatti, che nemmeno la disposizione di cui all'art. 421 c.p.c. (poteri istruttori del giudice) può superare l'insufficienza dell'onere di allegazione.

Il potere istruttorio del giudice del lavoro è tale proprio perché può essere esercitato solo a livello "istruttorio" e non assertivo: ossia con riferimento esclusivo a fatti allegati dalle parti o emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti e senza possibilità di ricorrere alla propria scienza privata o comunque di richiamo a fatti non acquisiti ritualmente al processo.

Devesi per altro ricordare che l'esercizio di tale potere istruttorio (quando officioso) non può comunque mai travalicare le allegazioni fatte dalle parti e il rispetto del ben noto principio dispositivo; tanto più che il giudice è chiamato a fare utilizzo di questo potere ogni qual volta le allegazioni delle parti non riescano a formulare una *plena probatio*<sup>3</sup>.

La prova nuova, disposta d'ufficio, deve rappresentare soltanto l'approfondimento, ravvisato (indispensabile) in appello o comunque (opportuno) in primo grado, di elementi fattuali già obiettivamente presenti nel materiale processuale.

3. Per una corretta impostazione del problema si veda "ex multis" Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza, Quaderni di Diritto del Lavoro", *Problemi attuali sul processo del lavoro*; Vol. 3, giugno 2006, *Gli oneri di deduzione e di prova nelle controversie di lavoro; il sistema disegnato dalle Sezioni Unite*, Antonio Vallebona.

Lo sforzo ricostruttivo di questa opera è dunque teso a una analisi dei numerosi mutamenti che l'interprete e l'operatore giuridico si è trovato ad affrontare nella scienza giuslavorista in materia; e infatti, l'ipertrofica opera legislativa che ha inciso sul mondo del lavoro, nell'ultimo decennio, ha contribuito a innovare la disciplina del processo del lavoro e dei suoi istituti sostanziali così come descritti dalla riforma operata con legge n. 533/1973.

Ciò ha comportato profonde mutazioni anche in materia di onere probatorio e di allegazione: il fatto pacifico, la prova raccolta d'ufficio, la prova proveniente dal soggetto non onerato, l'inversione dell'onere della prova sono, soprattutto nel processo del lavoro, i primi elementi a essere influenzati dalla stratificazione legislativa e sostanziale della materia, modificando il contenuto e la ripartizione degli oneri probatori.

Questa esemplificazione riporta alla mente l'enunciato del Prof. Antonio Vallebona, il quale ricordava nel suo scritto in materia del 1988, che « la disciplina sostanziale [del diritto del lavoro] per come invocata dalle parti a sostegno degli effetti rispettivamente perseguiti, si proietta così, nel processo, anche in termini di oneri probatori secondo modelli di azione individuati in base al contenuto della domanda »<sup>4</sup>.

Si è per altro già ricordato, facendo riferimento all'istituto del licenziamento, che la legge n. 92/2012 ha apportato una profonda rivisitazione proprio e soprattutto di quei modelli di azione che erano noti alla scienza giuslavorista, riformulando la disciplina dell'estinzione del rapporto di lavoro e introducendo un rito sommario non cautelare, di cui all'art. 1, commi da 47 a 69 della predetta legge, destinato a conoscere con maggiore celerità della legittimità o meno dei licenziamenti individuali, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro.

Con il ricorso introduttivo di questo procedimento speciale non possono essere proposte domande diverse da quelle attinenti al licenziamento, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi; l'eventuale richiesta di accertamento in materia di qualificazione del rapporto di lavoro è ammessa nei limiti della indispensabilità, per decidere sulla impugnativa del licenziamento.

Con la successiva fase di opposizione all'ordinanza di accoglimento o di rigetto non possono essere proposte domande diverse da quelle

4. A. VABELLONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, X.

introdotte nella fase sommaria, salvo, anche in questo caso, che siano fondate sugli identici elementi costitutivi o siano svolte nei confronti dei medesimi soggetti, ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti, secondo quanto previsto dagli artt. 105, 106 e 107 c.p.c. in tema di intervento nel processo civile ordinario.

Anche con riferimento a questa nuova disciplina bisogna intendersi in materia di onere della prova; si è infatti osservato<sup>5</sup>, che è quanto mai ambigua e quasi ai limiti del non senso giuridico l'ammissibilità di domande diverse basate su identici fatti costitutivi.

Nel tentativo di arginare interpretazioni eccessivamente frammentarie del diritto vivente e delle prassi pretorie si è concluso che l'infelice formulazione legislativa abbia voluto alludere a una facoltà, per il giudice, di trattare con rito Fornero tutte quelle domande la cui istruttoria non ostacoli la funzione acceleratoria del procedimento speciale.

Laddove dunque, per identità, deve intendersi comunanza parziale di fatti costitutivi — si pensi a un licenziamento per superamento del periodo di comportamento, impugnato per la dedotta genesi della malattia nell'ambiente di lavoro e nella condotta mobbizzante del datore di lavoro — l'accertamento della sussistenza delle condotte mobbizzanti e del nesso di causalità tra le medesime e l'evento dannoso occorso al lavoratore può senz'altro trovare sede nel rito speciale.

Laddove infatti l'onere probatorio della legittimità del licenziamento<sup>6</sup> — che ai sensi dell'art. 5 della legge n. 604/1966 grava sul datore di lavoro — e quello dell'esistenza del fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno da *mobbing* o da disfunzione organizzativa dell'ambiente di lavoro, possano esplicitarsi in contraddittorio, nell'esperimento di una escussione testimoniale, l'unico limite sembra rintracciabile nella necessità di fare emergere *icto oculi* l'illiceità della censurata condotta datoriale in tempi compatibili con la celerità del rito speciale.

5. Cfr. M.G. DECEGLIE, *Gli orientamenti della sezione lavoro del Tribunale di Bari in ordine alla riforma Fornero*, pubblicato su [QuestioneGiustizia.it](http://QuestioneGiustizia.it).

6. L'art. 5 della legge n. 604/1966 sui licenziamenti individuali pone testualmente a carico del datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza della giusta causa di licenziamento o del giustificato motivo oggettivo dell'atto di recesso, non deflettendo la regola dell'art. 2697 c.c. e non comportando alcun inversione dell'onus probandi, ma semplicemente richiedendo l'allegazione del fatto costitutivo della fattispecie genetica della facoltà di licenziare, ovvero del fatto impeditivo dell'azione di annullamento del recesso intrapresa dal lavoratore (Cfr. Grandi — Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova 2001, 965).

Una vera e propria inversione dell'*onus probandi* si è invece avuta con riferimento alla nuova disciplina delle tutele in ipotesi di licenziamento; laddove la sostanziale novità della riforma riguarda l'ambito dei licenziamenti illegittimi per le imprese con più di 15 dipendenti, ci si è posti il problema di chi debba fornire la prova della manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento della irrogazione di un licenziamento per giustificato motivo soggettivo e chi debba fornire la prova della illegittimità del recesso datoriale in ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo irrogato sulla base di un fatto manifestamente infondato.

Nella prima ipotesi il legislatore ha ricondotto anche il regime della tutela afferente al licenziamento disciplinare, per insussistenza del fatto contestato ovvero «perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».

L'insussistenza del fatto o l'accertamento della manifesta infondatezza del fatto conducono alla tutela reale (cd. ingiustificatezza qualificata), distinguendosi dalla ingiustificatezza non qualificata, appunto, dalla insussistenza o dalla manifesta infondatezza del fatto, la quale apre invece la via alla tutela indennitaria della legge n. 92 del 2012, che ha modificato l'articolo 18 della legge n. 300/1970.

Ebbene, partendo dall'assunto che l'ingiustificatezza qualificata debba muovere dalla qualificazione del fatto storico e non del fatto giuridico — intendendosi come tale l'offesa di danno o di pericolo arrecata al datore di lavoro e che sarebbe stata interpretazione auspicabile — per aversi tutela reale il fatto non deve essersi materialmente concretizzato.

In altre parole ciò vuol dire che a fondamento della illegittimità del licenziamento dovrà essere fornita la prova che il fatto è stato commesso da altri e non dal lavoratore, che non vi è stata coscienza e volontà della condotta e che dunque il lavoratore non è colpevole. Può altresì dimostrarsi che l'assenza di colpevolezza derivi dall'operatività di cause di esclusione della medesima (caso fortuito, forza maggiore); non è tuttavia ammissibile la prova dell'assenza del nesso di causalità, proprio perché si è ritenuto trattarsi di fatto storico e non giuridico<sup>7</sup>.

7. Non bisogna eludere infatti né il principio contenuto nell'art. 1221, comma 1, c.c. — il quale accede a un principio di causalità giuridica, come riconducibilità delle conseguenze

In materia di oneri probatori, come ritenuto da molta parte della dottrina<sup>8</sup>, l'accesso alla tutela reale, di cui alla ingiustificatezza qualificata, gioverebbe al lavoratore, il quale appunto porrà a oggetto del *petitum immediato* l'accertamento della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo soggettivo ovvero l'accertamento della manifesta infondatezza del fatto — solitamente una ragione economica — posta a base di un giustificato motivo oggettivo.

Sicché l'onere di deduzione incombe inevitabilmente sul prestatore di lavoro, operando la Riforma Fornero la predetta inversione dell'onere probatorio, rispetto alla regola generale contenuta nell'articolo 5 della legge 604/1966<sup>9</sup>.

Ciò, come si vedrà approfonditamente nel corso dell'opera, comporta conseguenze pratiche notevoli, portando a sentenze fondate sul convincimento del giudice e ad altre fondate invece proprio sulla regola dell'onere della prova, con soccombenza della parte onerata non essendosi raggiunto il convincimento pieno.

Per ciò che concerne invece l'operatività della regola dell'onere probatorio in caso di licenziamenti illegittimi perché discriminatori, ai sensi del nuovo testo dell'art. 18, comma 1, l. 300/1970, laddove la nuova disciplina ha lasciato inalterata l'applicazione della tutela reintegratoria piena, la domanda del lavoratore dovrà necessariamente essere corredata da una serie di allegazioni di fatti costitutivi della discriminatorietà.

In questo caso, tuttavia, l'onere probatorio — per altro di non scarso peso, incumbente sul lavoratore — può essere spostato sul datore di

pregiudizievoli a una data condotta attiva o omissiva — né a quello contenuto negli artt. 40 e 41 del c.p. a mente del quale il nesso causale sussiste sempre tra una condotta, attiva o omissiva, e un evento di danno, pericoloso (ossia di minaccia al bene tutelato) o dannoso (ossia idoneo a determinare una lesione concreta al bene tutelato): nesso di causalità materiale. Nella interpretazione che la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria hanno dato delle locuzioni "fatto manifestamente infondato" o "insussistente" ciò che rileva è la esistenza o meno del fatto nella sua sfera materiale, a prescindere dall'offesa in concreto e delle conseguenze pregiudizievoli che siano venute in considerazione e che, dunque, a stretto rigore non dovrebbe formare oggetto del *thema probandum*.

8. Cfr. *ex multis* A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2013, pp. 364 e ss.

9. Tuttavia deve porsi attenzione al fatto che residuando una tutela "obbligatoria" per le imprese che occupano meno di 15 dipendenti e per le quali continua ad applicarsi il regime della tutela obbligatoria — rimasto invariato a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 604/1966 — in questa ipotesi l'onere probatorio resta quello descritto dal citato art. 5 della legge n. 604/1966.

lavoro, ricorrendo all'apposito procedimento di cui all'art. 28 del d.lgs 150/2011, sulla semplificazione dei riti processuali.

E infatti, il precedente giudizio comparativo, tra la condizione del prestatore di lavoro, licenziato illegittimamente per motivi discriminatori e quella identica di altro lavoratore, è stato abbandonato per fare luogo a una interpretazione assoluta di discriminazione in presenza di certe condizioni predeterminate dallo stesso legislatore.

Evidenziati solo alcuni dei profili che sono senz'altro oggetto di interrogativi da parte degli interpreti, con riferimento alla intensità dell'onere probatorio, meritano di essere segnalate anche altre tematiche che, nel processo del lavoro, interessano soprattutto dal punto di vista della prova da fornire.

La diversa modulazione della prestazione lavorativa, in un contesto politico sociale che continua ad affermare la centralità e la normalità del rapporto di lavoro subordinato, ha invece dimostrato una radicale evoluzione di quel rapporto, ormai rifiutato e tacciato di inadeguatezza.

Ciò che sembra essere rimasto fermo, almeno nella qualificazione della natura dei rapporti di lavoro — laddove il legislatore non sia intervenuto a operare delle vere e proprie presunzioni di esistenza — è la prova dei c.d. indici sintomatici o indici di emersione.

Il lavoro domestico, il lavoro a domicilio, il lavoro nautico, le prestazioni di lavoro presso le organizzazioni di tendenza o presso l'impresa familiare, il lavoro giornalistico o sportivo, nonché i contratti di lavoro a causa mista, quali l'apprendistato e il contratto di formazione e lavoro, i lavori socialmente utili e l'applicazione della disciplina del "lavoro di fatto" di cui all'art. 2126 c.c., le vicende di dissociazione far titolarità del rapporto di lavoro e utilizzazione della prestazione lavorativa (contratti di somministrazione, lavoratori impiegati negli appalti) ancora pongono reali problemi sull'incidenza dell'onere probatorio.

Analogamente la dottrina e la giurisprudenza hanno cercato di individuare aprioristicamente un vero e proprio principio di effettività con riferimento alla categoria dei c.d.d. agenti e rappresentanti di commercio, disciplinata dalle disposizioni sul contratto di agenzia, la cui nozione è ricavabile dall'art. 1742 c.c.

Definibili quali veri e propri intermediari commerciali — che hanno il compito di promuovere la distribuzione e la vendita dei prodotti e dei servizi delle aziende, per conto della casa madre — sono chiamati a procedere alla conclusione dell'affare o del contratto, che è