

La Cassazione e la corretta applicazione dell'art. 47 della Carta sul giusto processo. Le sentenze 25677/15 e 1222/16

Di Sergio Galleano¹

1. In generale sull'onere della prova

L'art. 47 della Carta di Nizza rubricato *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*, prevede che "Ogni individuo [...] ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice" e che, "Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare"; infine, "A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia"².

Uno dei problemi che sono sempre sorti in merito al principio del giusto processo è certamente, nell'ambito della regolazione dei rapporti contrattuali, quello dell'onere della prova, nel momento in cui si discute della validità, dell'esecuzione del contratto, dei suoi vizi e dell'eventuale inadempimento di una delle parti³.

Il problema si fa più delicato nel diritto del lavoro, dove la differenza tra le parti contrattuali è strutturale al rapporto, che vede l'imprenditore a capo dell'impresa, e dunque l'unico a padronanza della struttura organizzativa, della quale può conoscere ogni momento del processo produttivo, mentre la parte lavoratrice, che intende agire in giudizio per far valere il suo diritto leso si trova in una situazione di difficoltà, avendo la possibilità di conoscere – e dunque di allegare – solo quella parte dei fatti che la struttura ed il ruolo svolto gli hanno consentito di conoscere.

Senza parlare poi dell'onere probatorio, posto che il lavoratore di regola non ha accesso alla documentazione aziendale relativa al processo produttivo se non in minima parte e sconta le difficoltà di trovare mezzi alternativi, come le testimonianze dei colleghi di lavoro che possono essere influenzate dal *metus* nei confronti del datore.

Il problema si pone soprattutto con riferimento alla discriminazione, in relazione alla quale, va detto, sono stati predisposti, sia dal legislatore europeo che da quello nazionale, rimedi complessivamente efficaci e tali da garantire la parte contraente più debole.

¹ Avvocato del foro di Milano

² V. per una ampia disamina, Marco Borraccetti, L'art. 47 della Carta ed il processo comunitario, in questo sito, 28.02.2008

³ Osserva la dottrina, Chiara Besso, La vicinanza alla prova, cit., nota 14 che: "La disposizione, che poneva una regola generale in materia di obbligazioni ("chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione deve provarla e chi pretende esserne stato liberato deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione"), è una traduzione di quella ancora oggi dettata dall'art. 1315 del code civil francese: "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

In sede europea, il divieto di discriminare la controparte era stato accolto tra i *Principles of the Existing EC Contract Law*⁴, ma elaborato nel diritto comunitario soltanto di recente, alla luce dell'introduzione, ad opera del Trattato di Amsterdam del 1997, dell'art. 13 del Trattato istitutivo (attuale art. 19 del Tratt. FUE).

Per quanto attiene il principio dell'onere della prova, va segnalata la recente Direttiva 26 novembre 2014, n. 104 del 2014 in tema di "violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea", il cui termine di attuazione scade nel dicembre 2016, nella quale si prevede che "gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza" (art. 4).

Come osserva la dottrina⁵, "la Corte di cassazione riprende e rafforza quell'orientamento dottrinale che vede nel processo uno strumento per il raggiungimento della verità materiale, *rectius*, uno strumento flessibile che deve adattarsi alle esigenze rappresentate dagli interessi in gioco, tenendo specialmente conto di quelli che, per l'essere riconosciuti da norme di rango superiore (come il diritto dell'Unione), necessitano di strumenti idonei a garantirvi piena tutela".

E' chiaro che il principio trova la sua fonte nell'art. 47 della Carta e, i principi sanciti nella Direttiva citata, valgono a maggior ragione non solo per i consumatori⁶ o per le vittime della concorrenza commerciale, ma certamente anche per le parti lavoratrici nei contenziosi aventi ad oggetto l'esecuzione del rapporto.

Una prova eloquente del rinnovato approccio normativo, che rafforza l'azionabilità del divieto di discriminare nei rapporti tra privati, è offerta dalle iniziative intraprese per la revisione del diritto europeo dei contratti: i principi *Acquis* e il *Draft Common Frame of Reference*⁷.

La normativa italiana, va detto, sul punto si è da tempo adeguata per quanto riguarda i rapporti di lavoro, elaborando nella seconda metà del secolo scorso⁸, il principio del

⁴ V. E Capobianco, *Lezioni sul contratto*, Giappichelli editore, 2014, pagg. 15 e segg.e, per un panoramica più ampia, E Nelli, Sui fondamenti romanistici del diritto europeo in materia di obbligazioni e contratti, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Camerino*, n. 2/2013

⁵ Vedi D. Micali, Osservatorio sulla Cassazione civile, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 1, 258

⁶ *Per la risoluzione del contratto per inidoneità della fornitura, all'acquirente (creditore) sarà sufficiente allegare l'inesatto adempimento ovvero denunciare la presenza di vizi o di difetti che rendono la cosa inidonea all'uso quale è destinata o che ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore, essendo a carico del venditore (debitore) l'onere di dimostrare di avere consegnato una cosa conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto.* Corte di Cassazione Civile, Sezione II, sentenza del 2 settembre 2013, n. 20110

⁷ Si veda G. Bisogni, Un diritto civile per l'Europa, su questo sito, 31/05/2007.

⁸ Recependo anche i ripetuti interventi in sede internazionale dell'OIL.

*favor laboratoris*⁹, ora peraltro, come è noto, alquanto in disuso, ma che per decenni, soprattutto dopo la riforma del processo del lavoro nel 1973, ha avuto la sua influenza anche sul regime probatorio nel rito processuale, soprattutto conferendo al giudice ampi poteri officiosi in tema di acquisizioni probatorie.

Circa i provvedimenti contro la discriminazione va poi doverosamente ricordato, sotto il profilo storico, che la prima formulazione è rinvenibile in un testo di matrice nazionale: gli artt. 43 e 44 del d. legisl. 25 luglio 1998, n. 286, che all'interno di un *corpus* di impronta fortemente pubblicistica — quale il Testo unico sull'immigrazione — si trova, in modo sorprendente, quella che è stata definita una "clausola generale di non discriminazione", accompagnata da una specifica azione civile ed arricchita da un particolare insieme di mezzi di tutela, soprattutto sotto il profilo processuale.

Ma, più in generale, va ricordata l'approvazione della disciplina delle azioni positive di cui al Decreto legislativo n. 198 del 2006¹⁰, avente la finalità di "eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella vita lavorativa e favorire il loro inserimento nel mercato del lavoro": questa è la definizione che il diritto della Comunità Europea e la Corte di Giustizia CE hanno nel tempo sostanzialmente mantenuto valida per introdurre nei corpi normativi dei singoli paesi tale strumento di attuazione delle politiche di pari opportunità¹¹.

La tutela dell'accesso ai mezzi probatori è poi stata rafforzata dall'affermarsi progressivo, negli ultimi decenni, del principio della vicinanza alla prova¹².

A ben vedere la regola della vicinanza alla prova trova la sua *ratio* e fondamento nelle norme generali di carattere sostanziale e processuale.

Nella sostanza il principio si presenta come una conseguenza necessaria dei doveri di correttezza, buona fede e diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, secondo il

⁹ V. una ricostruzione storica in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Paolo Cendon, Utet., 2009, in particolare S. Spinelli, *Le fonti del diritto del lavoro*, volume primo, pag. 14.

¹⁰ Ed ora con riferimento all'art. 40 del [d.lgs. 198/2006](#), Amoroso, *Le procedure repressive degli atti di discriminazione*, in Amoroso, Di Cerbo, Foglia, Maresca, *Diritto del lavoro. Il processo*, vol. IV, Milano 2012, p. 1265. Altri viceversa avevano ritenuto trattarsi di una ipotesi di presunzione semplice o giudiziale, v. De Angelis, *Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici*, in *Riv. it. dir. lav.* 1992, I, p. 471 e ss. Altri ancora avevano ravvisato una figura ibrida a metà strada fra la presunzione semplice e quella legale Barbera, *La nozione di discriminazione* in Ballestrero, Treu (a cura di), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.* 1994, p. 63

¹¹ V. *Osservazioni sul disegno di legge n. 1818*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.* 1990, p. 31; De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino 2001, p. 54; Pessi, *Lavoro e discriminazione femminile*, in Aa.Vv., *Lavoro e discriminazione. Atti dell'XI congresso nazionale di diritto del lavoro*, Gubbio, 3-5 giugno 1994, Milano 1996, p. 58 e ss

¹² V. Chiara Besso, *La vicinanza della prova*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 6, 1383, Taruffo, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, 1995, 65 ss.

dettato degli artt. 1175, 1176, 2° co., e 1375 del codice civile, mentre sotto il profilo processuale si collega al principio costituzionale del "giusto processo" (art. 111 Cost.), nonché dalle regole generali del codice di procedura civile. In proposito si fa riferimento al dovere di lealtà e probità, di cui all'art. 88 del codice di procedura, inteso come una sorta di onere di collaborazione delle parti, "vicine" alla fonte di prova, ad allegare tempestivamente e nel rispetto delle regole della correttezza i mezzi istruttori, in un'ottica di economia processuale e di "ragionevole durata del giudizio".

Più recentemente anche i meccanismi delle preclusioni introdotte dalle riforme processuali si pongono l'obiettivo di sanzionare la condotta delle parti che non forniscano sollecitamente le prove di cui sono in possesso e, sotto altro profilo, ma parallelamente, la legge sanziona la parte che non contesti le circostanze addotte dalla controparte, sanzionandola con il ritenere i fatti dedotti dall'attore come elementi da porre a base della decisione (art. 115 codice di procedura).

Il principio della vicinanza alla prova risponde dunque ad una finalità di agevolare e rendere efficace ed effettivo il processo, supplendo alla carenza probatoria mediante criteri indiziari e presuntivi, di cui può avvalersi il soggetto debole del rapporto nei confronti della parte prossima alla fonte prova e in posizione strategicamente privilegiata, nell'intento di recuperare l'equilibrio di posizioni tra le parti in causa, al fine di assicurare un giusto processo in condizioni di parità tra i contendenti, secondo il dettato dell'art. 111 Cost. e dell'art. 47 della Carta.

2. La sentenza 25677 del 2015 e l'ordinanza 1222 del 2016.

I provvedimenti della Corte di Cassazione qui in commento sono stati resi nel vasto contenzioso che vede ad oggetto gli abusi commessi da Poste italiane, cioè dallo Stato¹³, nell'utilizzo dei contratti a termine.

Nel corso di questo contenzioso, che è iniziato nel 1994 ed è ancora in corso, almeno in sede di legittimità, la Corte di cassazione non ha talvolta dato il meglio di sé, sposando impostazioni giurisprudenziali per molti versi di palese favore nei confronti della società statale.

Prima dell'approvazione della Direttiva n. 70 del 1999, proprio a seguito dell'arrivo della prima massa di cause, la giurisprudenza della Corte ha avuto un brusca virata, nell'interpretazione dell'art. 23 della legge 56 del 1997, che consentiva alle parti sociali di individuare diverse ipotesi di assunzione a termine, affermando dapprima, che tali ipotesi erano correlate a quelle della legge 230 del 1962, per giungere invece alla formulazione della teoria della norma in bianco e, con salto logico non ancora comprensibile, ad esonerare il datore di lavoro pubblico dall'onere della prova che pur

¹³ Non siamo noi che lo diciamo, ma la Corte europea nell'ordinanza Carratù del 12 dicembre 2013 in proc. C-361/12: si veda S. Galleano, *Corte di Giustizia UE - Le pronunce Carratù (art. 32 collegato lavoro) e Papalia (art. 36 D.Lgs. 165/2001 sul risarcimento del danno per l'utilizzo abusivo dei contratti nel pubblico impiego) - Il default (solo?) giuridico dello Stato italiano*, su www.studiogalleano.it; V. De Michele, *La sentenza "integrata" Carratù- Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, su questo sito, 16.01.14.

le Sezioni unite avevano affermato nel 2006¹⁴.

Anche dopo l'entrata in vigore della Direttiva - e l'approvazione del D.Lgs. 368 del 2001 - le interpretazioni di favore non sono mancate, soprattutto in tema di esigenze sostitutive (o meglio, organizzative, spacciate come sostitutive), giungendo a smentire la Corte costituzionale che, nella sentenza 241 del 2009, aveva ribadito l'obbligo di indicare il nominativo del lavoratore sostituito¹⁵.

A fronte di tale atteggiamento, va comunque doverosamente ricordato che la Corte ha anche spesso ribadito principi garantistici nei confronti dei lavoratori, richiamando espressamente la sopravvenuta disciplina comunitaria, come ad esempio con la sentenza 12985 del 2008¹⁶ che ha stabilito il diritto alla conversione del rapporto in caso di nullità del termine e la necessità dell'esplicazione delle ragioni obiettive e la sentenza 10033 del 2010 che ha precisato l'onere probatorio datoriale sulla verifica delle ragioni addotte per il ricorso al contratto a tempo determinato¹⁷.

Nei due provvedimenti qui in commento, la Corte si pronuncia su una norma specifica, palesemente di favore per Poste italiane, costituita dall'art. 2 comma 1 bis, introdotto nel D.Lgs. 368 del 2001 nel 2006, allo scopo di agevolare le conciliazioni stragiudiziali che Poste si era vista costretta a raggiungere con i lavoratori, visto l'esito negativo di gran parte dei giudizi di legittimità, non senza imporre la restituzione dei risarcimenti del danno riconosciuti dalle sentenze individuali e che hanno fruttato milioni di euro alla società pubblica in danno dei lavoratori¹⁸.

Con questa norma si è così inaugurata l'era del contratto acausale che poi, da Poste, si è ora esteso, dapprima con la legge Fornero all'annualità ed ora, con il decreto Poletti (n. 81 del 2015) è divenuta la normalità nell'assunzione a termine.

Il nutrito contenzioso su questa specifica norma ha visto anche qui Poste italiane sostanzialmente soccombente nei gradi di merito, sia perché i termini sono stati

¹⁴ Si veda, sul punto, S. Galleano, L'art. 23 legge 56/1987: la misteriosa sparizione dell'onere della prova, in *Diritto e pratica del lavoro*, n. 13/2010.

¹⁵ Si veda S. Galleano, *Che succede in Cassazione? La sentenza 1577 del 26.1.2010 smentisce la Corte costituzionale*, su www.studiogalleano.it.

¹⁶ Si veda S. Galleano, *Cassazione 12985/2008 - la prima sentenza della cassazione sul D.Lgs. 368/2001. La nullità del termine apposto al contratto comporta la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato*, su www.studiogalleano.it.

¹⁷ Cass., S.L., Pres. Lamorgese, Est. Meliadò, sent. 27 aprile 2010, n.10033, su *Foro it.*, 2010, I, 1755, con nota di A.M. Perrino; su questa Rivista, 2010, 11, 1096, con nota di S. Galleano, *Il faticoso definitivo approdo della Cassazione sulla causale del contratto a termine e l'opzione comunitaria* e V. De Michele, *La sentenza "integrata" Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, ne il lavoro nella giurisprudenza, nonché in *Dir. prat. lav.*, 2013, 27, 1745 ss., con nota di G. Spolverato; infine, S. Chellini, *Contratto a termine: la Corte costituzionale fa il punto sulla causale sostitutiva*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2013, 4, 795 ss.

¹⁸ E, per quelli che non sono riusciti a recuperare, ci ha pensato sempre il nostro legislatore con l'art. 32 della legge 183 del 2010 (cd. Collegato lavoro) che è stato, all'uopo dichiarato applicabile retroattivamente a tutti i giudizi in corso.

dichiarati nulli, o sotto il profilo delle mansioni affidate ai lavoratori o per la successione (ritenuta violativa della clausola 5 della Direttiva) ovvero, infine, per lo smaccato superamento della percentuale di assunzione, fissato nel 20 per cento dell'organico. Gran parte della cause, poi, sono finite con l'adesione dei lavoratori alle conciliazioni sindacali che hanno visto stabilizzare i loro rapporti.

Sono rimaste, ovviamente molti procedimenti in Corte di cassazione, soprattutto di lavoratori che, avendo perso davanti ai giudici di merito, non hanno potuto accedere alla conciliazione in sede collettiva.

Nel trattare queste cause, la Corte ha dapprima sposato le tesi più vicine all'azienda, con 21 sentenze nelle quali sono state accolte le ragioni di Poste italiane: non ha rilevanza la tipologia di mansioni espletate (Poste svolge anche una cospicua serie di attività estranee al servizio universale di distribuzione postale, al quale non dovrebbe applicarsi la norma speciale), non contrasta con la Direttiva l'eventuale successione di contratti se contenuta nei limiti indicati dalla norma nazionale e, infine, la percentuale degli assumendi va calcolata su tutto il personale, compreso quello impegnato in attività diverse dal servizio universale.

Queste tesi potrebbero essere ora messe in dubbio da una rimessione alle Sezioni unite, la cui trattazione è stata il 4 aprile scorso, nel corso della quale sono state formulate diverse questioni di pregiudizialità comunitaria e della quale si attende l'esito.

Per il momento abbiamo però questi due provvedimenti che si caratterizzano per l'applicazione puntuale dei principi europei che si sono evidenziati all'inizio di questo scritto.

La sentenza 25677 del 2015 (Pres. Stile, rel. Esposito) si sofferma sul motivo di impugnazione, accogliendolo, secondo il quale la Corte di merito non si era pronunciata sulla deduzione del lavoratore che aveva eccepito il superamento della clausola di contingentamento.

Cassa quindi la sentenza e, in particolare, afferma:

"4. Il primo motivo di ricorso è fondato e merita accoglimento. Ed invero deve reputarsi che la ricorrente, volendo far valere in giudizio la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze di Poste Italiane S.p.A. in virtù di contratto intercorso tra le parti, ha adempiuto all'onere di indicazione del fatto costitutivo del diritto fatto valere in giudizio mediante l'allegazione del contratto di lavoro, accompagnata esclusivamente dalla deduzione della illegittimità del termine ivi apposto D.Lgs. n. 368 del 2001, ex art. 2, comma 1 bis. A seguito dell'allegazione del fatto costitutivo nei termini indicati, sorge in capo al convenuto sia l'onere di contestazione del fatto medesimo, in contrasto con le deduzioni dell'attore, mediante allegazione di fatti modificativi, estintivi, impeditivi (specificamente della legittimità del termine apposto, in quanto rispettoso dei limiti percentuali previsti dalla citata norma), sfa, in forza della previsione dell'art. 2697 c.c., l'onere di provare gli elementi in fatto idonei a integrare la fattispecie legale da cui pretende derivi la legittimità del termine.

5. Le conclusioni esposte sono coerenti con l'interpretazione dell'art. 2697 c.c. alla luce del principio della vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova, principio riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, secondo il quale "l'onere della prova deve essere ripartito, oltrechè secondo la descrizione legislativa della fattispecie

sostanziale controversa, con l'indicazione 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 rendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio" (Cass. Sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533, 10 gennaio 2006 n. 141, Cass. Sez. 1, n. 20484 del 25/07/2008, Rv. 604543).

6. Ne discende che è giuridicamente erroneo il ragionamento in forza del quale la Corte territoriale ha ritenuto che spettasse alla ricorrente la deduzione e la prova del mancato rispetto da parte della società della quota percentuale di cui al D.Lgs. n. 368 del 2001, art. 2, comma 1 bis e, che, per altro verso, il datore di lavoro fosse esonerato da qualsiasi onere di contestazione e prova riguardo alla suddetta circostanza, sul cui rispetto si fonda l'assunto difensivo riguardo alla legittimità del suddetto termine".

Come si vede, quindi, un'esatta ed ineccepibile applicazione del principio di vicinanza alla prova, soprattutto in un'ipotesi in cui il lavoratore non ha alcun mezzo, se non presunzioni, spesso al limite delle illazioni, per contestare il superamento della percentuale di legge.

La seconda pronuncia è l'ordinanza 122 del 2016 (Pres. Arienzo, est. Paggetta). In questa causa il lavoratore ricorrente denunciava che la Corte di merito non si era pronunciata sulla dedotta circostanza che, nel corso del rapporto, era stato adibito a mansioni di natura finanziaria, estranee, come già si è detto, al servizio di concessione del servizio, costituito dalle attività di raccolta, lavorazione e consegna degli effetti postali.

Anche qui la Corte, dissentendo dalla relazione del consigliere che aveva proposto il rigetto del ricorso sulla scorta delle precedenti pronunce della sezione, cassa con rinvio, ritenendo che tale circostanza possa essere determinante ai fini della validità del termine (non giustificato) apposto al contratto e, dunque, della possibile applicabilità della disciplina speciale di cui all'art. 2, comma 1 bis, del D.Lg. 368 del 2001.

Dunque la Corte dimostra la capacità di mettersi in discussione e di riesaminare, occorrendo, la sua giurisprudenza, anche sulla scorta dei principi generali del giusto processo.

Le pronunce, peraltro, sono apprezzabili anche per il fatto che stabiliscono indirettamente un principio sacrosanto: poiché, *ratione temporis*, la regola generale era quella dell'obbligo di indicazione delle ragioni oggettive, incombe al soggetto che invoca l'applicabilità della norma speciale che esenta dall'indicazione di queste provare, in caso di contestazione, che sussistevano tutte le condizioni per la sua applicazione.

Ciò non può che portare ad un corretto esercizio dell'attività nomofilattica, che presuppone un colloquio con l'avvocatura ed una continua verifica della propria giurisprudenza a garanzia della corretta applicazione dei diritti fondamentali sanciti dalla normativa comunitaria.

Sergio Galleano