



**2017, fascicolo 1
(Estratto)**

Simone Pietro Emiliani

La costruzione dei fatti e i giudici del lavoro

30 ottobre 2017

La costruzione dei fatti e i giudici del lavoro

Simone Pietro Emiliani

Avvocato e Professore a Contratto all'Università degli Studi di Milano

Se è vero che in ogni processo civile gli avvocati devono porre grande attenzione nella costruzione dei fatti¹, sembra possibile affermare che nel processo del lavoro tale attenzione deve essere ancora maggiore, per più di una ragione.

La prima ragione ha a che fare con il rigido sistema di preclusioni che caratterizza l'introduzione dei fatti nel processo del lavoro, e per effetto del quale la parte che non abbia correttamente adempiuto, già con il primo atto difensivo del giudizio di primo grado, i suoi oneri di allegazione e di contestazione delle allegazioni avversarie, si espone ad un rischio molto elevato di soccombenza².

¹ Tradizionalmente, con l'espressione "*costruzione del fatto*", in conformità all'uso che ne fece per la prima volta Karl Larenz ("*Sachverhaltsbildung*"), si indica l'accertamento del fatto ad opera del giudice: cfr. S. PATTI, *Prima lezione. La «costruzione» del fatto nel processo*, in P. RESCIGNO – S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna, 2016, pagg. 33 e segg., spec. pagg. 36 e segg. Poiché, però, nel processo civile «la costruzione del fatto [...] dipende dall'esposizione dei fatti compiuta dalla parte» (S. PATTI, *op. cit.*, pagg. 37, 39), sembra possibile utilizzare la medesima espressione in un'accezione più limitata, per indicare le contrapposte narrazioni dei fatti ad opera degli avvocati, perché anche tali narrazioni «*costruiscono i fatti* che vengono raccontati»: cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pagg. 53 e segg. E v. anche F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Franco Angeli, Milano, 2008.

² Per tale questione cfr. S.P. EMILIANI, *La costruzione dei fatti nel processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. pagg. 57 e segg. Per la giurisprudenza cfr., da ultimo, Cass., Sez. Lav., 14 settembre 2017, n. 21328, che ribadisce come le lacune nella costruzione dei fatti non determinino soltanto la possibilità di nullità del ricorso, ma anche la possibilità di un rigetto nel merito delle domande allo stato degli atti, «perché la nullità dell'atto introduttivo si verifica solo allorquando sia impossibile l'individuazione esatta della pretesa dell'attore e il convenuto non possa apprestare una compiuta difesa (Cass. 3.8.2011 n. 3126; Cass. 17.1.2014 n. 896), mentre la infondatezza ricorre qualora le circostanze di fatto allegare quale *causa petendi* non risultino sufficienti per l'accoglimento della domanda formulata».

Ma vi sono anche ragioni più profonde, e meno evidenti, che hanno a che fare con la *cultura* e la *particolare sensibilità* che caratterizza i giudici del lavoro³.

Per giustificare le affermazioni che precedono, occorre prendere le mosse dalla considerazione dei motivi per i quali, in generale, la costruzione dei fatti assume fondamentale importanza in ogni giudizio civile, per poi valutare le ragioni più specifiche per le quali tale importanza diviene ancora maggiore nel processo del lavoro.

Va, allora, anzitutto ricordato che in ogni giudizio, al fine di ottenere la *convinzione* e la *persuasione* del giudice⁴, gli avvocati sono chiamati ad avvalersi sia di procedimenti di carattere *oggettivo* diretti ad ottenere la *razionale adesione* del giudice sulla richiesta interpretazione ed applicazione della norma generale ed astratta ovvero sul prospettato bilanciamento di principi, sia di procedimenti di carattere *soggettivo* atti a operare nella sfera degli *affetti* e dei *sentimenti* e quindi diretti a produrre emozione, commozione e coinvolgimento psichico in generale⁵, così da ottenere anche l'assenso del giudice sulla *giustizia* della soluzione richiesta rispetto al caso concreto⁶.

La fondamentale importanza che la costruzione dei fatti assume in generale in ogni processo civile deriva quindi da ciò, che essa è destinata

³ L'attenzione per il particolare *atteggiamento*, o approccio metodologico, che i giudici possono avere in relazione a particolari controversie è una delle principali eredità del "realismo giuridico americano": cfr. per tutti F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard, 2009 [trad. it., *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci, Roma, 2016, spec. pagg. 173 ss.].

⁴ Per tali concetti cfr. C. PERELMAN – L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958 [trad. it., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 2013]. E v. anche N. TOMMASEO, *Dizionario dei sinonimi della lingua italiana*, Vallecchi, Firenze, 1973, voce *Persuadere*, pag. 1442: «Convincere» concerne l'intelletto, 'persuadere' e l'intelletto e il volere. L'oratore non deve soltanto convincere la mente; deve persuadere gli animi, movendoli al bene. Non si convince senza prove; persuadesi anco senza. Un cenno basta.. Per convincersi vogliono prove incontrastabili; la persuasione può venire da prove men forti, da un fatto, da un indizio, da un non so che determinante l'animo a credere o a fare qualcosa». Per la considerazione che la persuasione «fa leva anche sull'emotività» e quindi «ammette gradi di adesione diversi» cfr. A. CATTANI, *Argomentare per persuadere. Dimostrare per convincere*, in *Promemoria per avvocati. Ragionare, scrivere, difendere i diritti*, a cura di A. MARIANI MARINI, Pisa University Press, Vicopisano, 2014, pagg. 75 e segg., spec pagg. 78 e seg.

⁵ Cfr. A. PENNACINI, introduzione a QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, Einaudi, Torino, 2001.

⁶ Cfr. F. VENTORINO – P. BARCELLONA – A. SIMONCINI, *La lotta tra diritto e giustizia*, Marietti, Genova-Milano, 2008.

a svolgere un ruolo essenziale *su entrambi i piani* sopra ricordati, oggettivo e soggettivo.

La costruzione dei fatti è, infatti, destinata a svolgere un ruolo essenziale sul piano oggettivo, anzitutto perché in ogni giudizio, il più delle volte è la vicenda fattuale oggetto di causa «la molla dell'interpretazione»⁷, la quale nell'ambito del giudizio è condizionata «dalle irrefrenabili esigenze del fatto, sia pure entro i vincoli di disposizioni, che vogliono contenerlo nel letto di Procuste della fattispecie astratta»⁸.

Pertanto, la costruzione dei fatti assume decisiva rilevanza perché da essa⁹ il giudice ricaverà la *direzione* da dare alla sua attività di interpretazione delle norme o di bilanciamento dei principi, soprattutto quando l'avvocato sarà riuscito, in quella costruzione, a fare dei nudi fatti un *caso*, attribuendo loro *sensu e valore*¹⁰.

V'è, poi, una seconda ragione per la quale la costruzione dei fatti assume una fondamentale rilevanza sul piano oggettivo del convincimento razionale.

Ed infatti, alcune ricerche hanno dimostrato che la mente umana, quando è chiamata a ricostruire avvenimenti passati, tende naturalmente¹¹ ad inserire le informazioni di cui dispone all'interno di

⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, pagg. 175 e segg.: «Solo nell'interpretazione scientifica, quella che si compie a tavolino dagli studiosi, l'attività interpretativa procede all'inverso, prendendo innanzitutto in considerazione il diritto», mentre «nel processo interpretativo davanti al giudice il fatto o, meglio, come ora si dirà, il caso, è la molla che lo mette in moto e dà la direzione». In tal senso cfr. già E. PARESCHE, voce *Interpretazione. I. Filosofia del diritto e teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, pagg. 152 e segg., spec. pagg. 208 e segg., che per tale ragione avverte come «la maggior parte delle diversità giurisprudenziali, più che da una diversa interpretazione della norma, derivi da un'analisi più o meno accurata e precisa del fatto».

⁸ Cfr. E. PARESCHE, *op. cit.*, pagg. 203 e seg., il quale segnala la fondamentale importanza che assume, «nel complesso atto della decisione», la c.d. «interpretazione del fatto», la quale si fonda sull'«esame minuto del fatto: la sua interpretazione precede, così come la precede nella sentenza, cioè nel documento che la motiva, la decisione e, perciò, anche l'interpretazione della norma e la sua applicazione».

⁹ Ovvero dalle contrapposte narrazioni dei fatti ad opera degli avvocati: cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità, cit.*, pagg. 199, 201.

¹⁰ Per tali concetti cfr. ancora G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pagg. 190 e segg.

¹¹ Cfr. G. GULOTTA – L. PUDDU, *La persuasione forense. Strategie e tattiche*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 27 e seg. Nonché A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, 2017, pag. 188, secondo i quali questa naturale tendenza della

una *storia* dotata di *coerenza*¹². Storia che viene infatti istintivamente elaborata operando una serie di astrazioni e stabilendo nessi causali e temporali «anche quando questi non sono immediatamente evidenti»¹³, oltre che «ricostruendo inferenze laddove alcuni elementi non siano disponibili o siano insufficienti»¹⁴, e in tal senso si parla di «comprensione costruttiva»¹⁵.

In tale prospettiva, ciascun avvocato, al fine di convincere il giudice «che una storia sia “vera”»¹⁶, deve dunque narrarla in modo che sia «*coerente, organica* e, quindi, *priva di contraddizioni*. In questo senso deve essere accettabile sul piano logico, essere cioè *convincente* perché credibile»¹⁷. E ciò, anche in considerazione del fatto che il giudice tenderà «a decidere il caso scegliendo una tra le due storie raccontate in giudizio, di cui è ripresa la narrazione stessa»¹⁸.

Pertanto, in quella che si presenta come una vera e propria «battaglia delle storie»¹⁹ in cui ciascun avvocato tenta di «far prevalere la sua storia rispetto a quella della controparte»²⁰, la costruzione dei fatti diviene lo strumento fondamentale mediante il quale le vicende fattuali che l'avvocato ritiene rilevanti possono essere esposte con uno *schema di organizzazione*²¹, «con cui elementi di informazione sparsi e frammentari, e

mente umana «a costruire sempre e comunque delle storie, anche dove non si giustificano», è «uno dei tanti lati oscuri del pensiero umano».

¹² Cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pag. 135: «Quello che conta è la coerenza della storia più che la sua accuratezza».

¹³ Cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pagg. 76 e seg., 183.

¹⁴ Cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pag. 182.

¹⁵ Cfr. ancora A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pag. 200.

¹⁶ Cfr. F. DI DONATO, *op. cit.*, pagg. 122, 163 e seg., 173 e seg.

¹⁷ Cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pag. 200, i corsivi sono nell'originale. E v. anche G. GULOTTA – L. PUDDU, *op. cit.*, pagg. 28 e segg.

¹⁸ Cfr. F. DI DONATO, *op. cit.*, pagg. 189, 202, 206.

¹⁹ Cfr. ancora A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pag. 200.

²⁰ Cfr. F. DI DONATO, *op. cit.*, pag. 121, 174 e seg. Questo obiettivo specifico della narrazione dei fatti da parte dell'avvocato non deve, però, far perdere di vista l'*etica della narrazione* e, quindi, il *dovere di verità*: cfr. S.P. EMILIANI, *op. cit.*, pag. 2, ove riferimenti. E v. anche I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013, pagg. 139 e seg.

²¹ Ovvero con un *ordine di presentazione*: cfr. C. PERELMAN – L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, pagg. 527 e segg.; F. DI DONATO, *op. cit.*, pag. 163; nonché G. GULOTTA – L. PUDDU, *op. cit.*, pagg. 26 e seg., i quali ricordano come l'ordine di presentazione non debba seguire necessariamente la successione cronologica degli avvenimenti (*ordo naturalis*) e possa quindi anche sovvertirla (*ordo artificialis*).

“pezzi” di eventi, possono essere combinati e composti in un complesso di fatti coerente e dotato di senso»²².

Non meno rilevante è, però, il ruolo che la costruzione dei fatti è destinata a svolgere, in generale, sul piano soggettivo.

Ed infatti, altre ricerche hanno ormai dimostrato che i giudici «non decidono in condizioni emotivamente neutre, ma in base a una valutazione degli eventi associata alla componente affettiva»²³. Pertanto, gli aspetti fattuali della vicenda oggetto del giudizio, per la loro capacità di operare «come stimolo che determina una cifra affettiva» e quindi di «suscitare emozioni, sentimenti, reazioni affettive», «sono di per sé destinati a influenzare non solo la soluzione del problema giuridico, ma l'intero processo di ragionamento»²⁴.

Peraltro, sul piano soggettivo, occorre tenere conto non soltanto dello «stato emotivo tradottosi in consapevolezza da parte del giudicante, che appunto reagisce, in modo cosciente», ma anche della possibilità che il giudice, come ogni uomo, possa essere «influenzato dall'elaborazione emotiva e dalla selezione stessa delle informazioni che la cifra affettiva determina anche inconsciamente», così che le *sensazioni-sentimento* indotte dalla costruzione dei fatti finiscono per assumere rilevanza anche in relazione alle «sensazioni immediate e viscerali, del tutto inconsapevoli, appunto, innestate dalla vicenda umana, qualunque essa sia, che sta alla base del processo»²⁵.

L'esigenza di tenere conto anche di tali sentimenti inconsapevoli deriva, quindi, soprattutto da ciò che essi possono determinare il concreto rischio di errori di giudizio²⁶, soprattutto quando un prolungato eccessivo carico di lavoro abbia determinato nel giudice una situazione di

²² Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pagg. 35, 40 e segg. Nonché S.P. EMILIANI, *op. cit.*, pagg. 3 e segg.

²³ Cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pag. 88.

²⁴ Le citazioni sono tratte da A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pag. 88.

²⁵ Le citazioni sono tratte da A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pagg. 74, 89.

²⁶ Ed infatti, le emozioni, proprio perché «interferiscono con il ragionamento», «possono distrarci dagli obiettivi conoscitivi e indurci a formare credenze sbagliate», perché «possono essere fonti di pregiudizio e renderci osservatori parziali e interessati», e possono essere «così determinanti sulle nostre decisioni, da prevalere sulle argomentazioni logiche e da condizionare anticipatamente il ragionamento razionale»: cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pagg. 59, 71.

«stanchezza mentale», con l'affaticamento delle «aree cognitive di più alto livello coinvolte nello sforzo razionale (per esempio la corteccia prefrontale)»²⁷.

Pertanto, l'accurata costruzione dei fatti diviene uno strumento fondamentale anche al fine di *aiutare* il giudice ad evitare errori di giudizio, perché è con quella costruzione che l'avvocato può *richiamare l'attenzione* del giudice²⁸ e fornirgli, anche nelle situazioni di affaticamento mentale, «un apporto emotivo che sa accendere la miccia di un percorso razionale»²⁹, innescando i meccanismi della *emotività virtuosa*³⁰.

²⁷ Cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pagg. 82, 84 e segg., 124 e seg. Peraltro, i *meccanismi inconsci* della mente umana che, soprattutto nelle situazioni di stanchezza mentale, possono determinare errori di giudizio, non sono soltanto quelli indotti dalle emozioni e dal c.d. “*pool affettivo*” di ciascun individuo, ma anche quelli che derivano dai processi di inferenza della «*psicologia ingenua*», dagli «*schemi mentali*», dalle «*prime impressioni*» e dal c.d. «*effetto di priorità*», dagli stereotipi elaborati a «*livello implicito*», dal «*priming* o innesco», dalle «*illusioni del pensiero*»: su tali concetti cfr. ancora A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pagg. 95 e segg., 100 e seg., 102 e segg., 110 e segg., 126, 129, 136 e seg., i corsivi sono nell'originale. Gli stessi Autori ricordano anche che secondo «la cosiddetta *teoria del doppio processo*, oggi ormai ritenuta la spiegazione più convincente sulle modalità operative del ragionamento umano», accanto ad «un sistema evolutivamente più recente», definito come «*sistema 2*, caratterizzato da processi cognitivi lenti, controllati, coscienti, sottoposti al pieno controllo razionale del soggetto», «opererebbe un *sistema 1*, caratterizzato da processi mentali automatici, intuitivi, associativi, cioè tendenti a saltare alle conclusioni, privi del controllo consapevole e della supervisione cosciente. [...] La maggior parte dei nostri errori è infatti il prodotto di giudizi intuitivi riconducibili al sistema 1, che non sono passati al vaglio del sistema 2. Se quest'ultimo resta infatti passivo o si mostra <<pigro>>, finiamo per credere come vere impressioni che sono false [...] Si tratta in ogni caso, occorrerà ripeterlo, di meccanismi che operano in parallelo senza che ne siamo consapevoli. Più dati avrebbero dimostrato, infatti, come i soggetti non abbiano accesso ai loro processi mentali né possano sapere quale delle due menti sia in azione nel momento della scelta o della decisione. Raramente possiamo essere consapevoli del momento in cui la mente antica prende il sopravvento e, anche quando lo siamo, abbiamo la tendenza comunque a mantenere l'illusione di essere razionali e ponderati» (*ibidem*, pagg. 126 e seg., 130 e seg., 134 e seg., 138, i corsivi sono nell'originale). La maggiore influenza che i diversi meccanismi inconsapevoli della mente possono avere nelle situazioni di affaticamento mentale sarebbe, quindi, conseguenza di ciò che tale affaticamento può rendere più difficile l'attivazione del controllo razionale del “sistema 2”, ma non impedisce l'attivazione di quei meccanismi, i quali, del resto, sarebbero stati sviluppati nel processo evolutivo proprio per consentire alla mente di elaborare decisioni con un minor dispendio di energie e, così, garantirle efficienza anche nelle situazioni più difficili, quali quelle caratterizzate da scarsità di informazioni o, all'opposto, da sovrabbondanza di stimoli (*ibidem*, pagg. 114, 125, 129, 135, 138).

²⁸ Il quale viene quindi aiutato anche a «riorientare i propri convincimenti emotivi iniziali», in ipotesi formati erroneamente: cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pag. 60.

²⁹ Cfr. E. AMODIO, *Introduzione*, in *Il giudice emotivo*, cit., pagg. 9 e segg., spec. pag. 10.

³⁰ Ed infatti, è anche possibile una *emotività virtuosa*, perché «per le stesse motivazioni per cui possono essere un ostacolo alla formazione di corrette credenze, le emozioni possono anche essere un importante aiuto dal punto di vista epistemologico», e quindi svolgere «una funzione di *guida cognitiva*», ovvero «un ruolo epistemico decisivo funzionale alla conoscenza», «perché

Se dunque quelli sopra accennati sono i principali motivi per i quali, in generale, la costruzione dei fatti assume fondamentale importanza in ogni giudizio civile, è ora possibile esaminare le ragioni più specifiche per le quali tale importanza diviene ancora maggiore nel processo del lavoro, sia sul piano oggettivo che sul piano soggettivo.

Ed infatti, per quanto riguarda, anzitutto, il piano oggettivo, la maggiore importanza che la costruzione dei fatti assume nel processo del lavoro è conseguenza della «intensa fattualità»³¹ che caratterizza il diritto del lavoro e della conseguente maggiore rilevanza che assumono gli *aspetti fattuali* dei rapporti ai fini della interpretazione ed applicazione delle norme o del bilanciamento di principi.

Questa caratteristica del diritto del lavoro è, infatti, conseguenza sia della particolare *tensione verso la realtà dei rapporti sociali* che caratterizza tale diritto per l'esigenza di realizzare il programma di trasformazione sociale previsto dall'art. 3 cpv. Cost., in considerazione del quale «al diritto del lavoro si sforza di sollevare il velo della forma giuridica al fine di individuare gli interessi concreti e le dinamiche reali di potere ad essi sottostanti»³², sia della maturata consapevolezza che il rapporto di lavoro può coinvolgere l'*intera persona*³³ del lavoratore il quale, infatti, nello

servono a richiamare l'attenzione», «ci motivano a cercare ragioni», danno «origine a una rete complessa di ragionamenti», e in tal senso «possono ampliare la prospettiva dell'agente, correggere certi pregiudizi e affinare il giudizio, dando rilievo a dettagli salienti, oppure mettendo a tacere certe considerazioni come irrilevanti»: cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pagg. 45, 59 e segg., il corsivo è nell'originale.

³¹ Così P. GROSSI, *Verso il domani. La difficile strada della transizione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, Bologna, 2016, pagg. 25 e segg., spec. pag. 27.

³² Così C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto civile ed il diritto del lavoro*, in V. ROPPO - P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri. Atti del Convegno Roma, 2-3 dicembre 2011*, Giuffrè, Milano, 2013, pagg. 5 e segg., qui pag. 7. In tale prospettiva il contratto di lavoro subordinato può addirittura essere considerato come una «finzione» avendo riguardo al «potere di determinazione unilaterale» della prestazione dei lavoratori che il titolare dell'organizzazione produttiva può già esercitare sul piano «sociale»: cfr. O. KAHN FREUND, *Labour and the Law*, Stevens & Sons, London, 1972 [trad. it., *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, Milano, 1974, pagg. 14, 185].

³³ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, V ed., Jovene, Napoli, 1951, pagg. 13 e segg. Per la considerazione di come il diritto del lavoro abbia anche determinato un mutamento «nell'antropologia sottostante al diritto civile» allorché «ha fatto emergere sul piano della considerazione normativa un uomo in carne ed ossa» e, quindi, «un concetto “concreto” di persona», con le «esigenze biologiche dell'uomo connesse all'età, alla salute, alla malattia ecc.», cfr. L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pagg. 1117 e segg., poi anche in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, pagg. 123 e segg., spec. pagg. 126 e segg., 130 e seg., 144. Per ulteriori riferimenti cfr. S.P. EMILIANI, *I giudici del lavoro nel conflitto di razionalità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pagg. 427 e segg.,

svolgimento di tale rapporto può esprimere e sviluppare, ma può anche compromettere, la sua personalità.

Dunque la particolare attenzione del diritto del lavoro per gli aspetti fattuali dei rapporti si spiega anche con ciò che l'assetto di interessi che caratterizza oggettivamente alcuni rapporti di lavoro viene considerato dalla Costituzione anche come una *speciale condizione della persona* che giustifica l'attribuzione di particolari diritti dell'uomo³⁴, così che tutte le volte in cui *nei fatti* quella speciale condizione possa dirsi realizzata le norme dirette a tutelare la persona che lavora reclamano attuazione.

Per tali concorrenti ragioni i giudici del lavoro sanno di essere chiamati ad attribuire particolare rilevanza, più che alla forma dei rapporti, alle *circostanze di fatto che caratterizzano la vicenda oggetto del giudizio*³⁵. E ciò, non

spec. pagg. 434 e segg. Di qui il comune rilievo che il diritto del lavoro considera il lavoratore «come “persona” fornita di dignità sociale, prima ancora che come “contraente debole”»: cfr. P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 98. In tal senso il diritto del lavoro ha anticipato l'evoluzione che ha successivamente caratterizzato anche il diritto civile: cfr. per tutti S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, ESI, Napoli, 2007; P. RESCIGNO, *Soggetti e persona*, in F. TESCIONE (a cura di), *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona*, Atti del Convegno del 7-8 ottobre 2008 S. Trada (Reggio Calabria), ESI, Napoli, 2010, pagg. 21 e segg.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. pagg. 54 e segg.; P. STANZIONE, *Il Soggetto, II, Capacità, legittimazione, status*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2017, spec. pagg. 61 e segg., 73 e segg.

³⁴ Cfr. S.P. EMILIANI, *La costruzione dei fatti nel processo del lavoro*, cit., pagg. 16 e seg.

³⁵ Ad esempio, con riguardo all'accertamento che i giudici del lavoro sono chiamati a compiere per valutare se un rapporto formalmente di lavoro autonomo deve essere qualificato di lavoro subordinato, la Suprema Corte ha da tempo chiarito che occorre dare «prevalenza ai dati fattuali emergenti dal concreto svolgimento del rapporto» (Cass., Sez. Lav., 4 dicembre 2013, n. 27138), nel senso che «in caso di contrasto fra dati formali e dati fattuali relativi alle caratteristiche e modalità delle prestazioni, è necessario dare prevalente rilievo ai secondi, dato che la tutela relativa al lavoro subordinato non può essere elusa per mezzo di una configurazione pattizia non rispondente alle concrete modalità di esecuzione del rapporto» (Cass., Sez. Lav., 19 febbraio 2016, n. 3303). Pertanto, i giudici del lavoro devono accertare se *nei fatti* si sia o no realizzato il tipico assetto di interessi che caratterizza il lavoro subordinato (cfr. M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Jovene, Napoli, 1969, pp. 3 ss., ripubblicato in ID., *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, pp. 373 ss.), così che anche la verifica della effettiva volontà negoziale «deve basarsi soprattutto sull'osservazione del comportamento attuativo dell'accordo negoziale» (cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, XXVII, t. 2, I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 292), perché per salvaguardare il carattere imperativo dei diritti che la Costituzione ha previsto a tutela del lavoro subordinato, «essi debbono trovare attuazione ogni qual volta vi sia *nei fatti* quel rapporto economico sociale» (cfr. E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 122, 142 s., il

soltanto quando vi sia un'espressa norma di legge a richiederlo³⁶, ma appunto in virtù dei *principi* del diritto del lavoro e della *tradizione culturale* che caratterizza tale branca del diritto.

Peraltro, in virtù di tali principi e di tale tradizione, la *fattualità* del diritto del lavoro è suscettibile di accentuarsi ulteriormente nelle ipotesi in cui i giudici del lavoro sono chiamati a dare immediata applicazione alle norme costituzionali³⁷ o a specificare il precetto di norme che contengono una clausola generale³⁸, quale quella di correttezza ex art. 1375 c.c. In tali ipotesi, infatti, trattandosi di norme che non costringono l'interprete negli stretti limiti della logica sussuntiva, i giudici del lavoro hanno la possibilità di rispondere «ad un appello del fatto concreto»³⁹, attribuendo rilevanza «immediatamente», ossia senza mediazioni legislative e tramite sillogistici, alla 'concreta realtà di un rapporto vitale', a quella che diremmo '*situazione di vita*', giudicata nella sua identità e specificità»⁴⁰.

corsivo è aggiunto). Ma analoga *attenzione ai fatti più che alle forme* è richiesta ai giudici del lavoro in molti altri casi, ad esempio per valutare se un rapporto formalmente di appalto deve essere qualificato come somministrazione irregolare, oppure per valutare se una serie di provvedimenti del datore di lavoro pur formalmente legittimi costituiscono l'attuazione di una volontà persecutoria, o ancora per valutare se nei fatti si sia o no realizzata, dal punto di vista della legislazione giuslavoristica, una operazione economica qualificabile come trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda, oppure per valutare se soggetti giuridici formalmente distinti debbano assumere unitariamente la qualifica di datore di lavoro. E potrebbero farsi molti altri esempi. Né varrebbe affermare che anche nei giudizi civili nei quali si discute del significato delle clausole di un contratto il giudice è pur sempre chiamato ad indagare un «fatto», qual è «da comune intenzione dei contraenti», anche sulla base della valutazione del loro «comportamento complessivo» (Cass., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310), poiché in tali ipotesi il «testo» conserva pur sempre maggiore rilevanza rispetto al «contesto» (cfr. N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 del Codice civile*, Cedam, Padova, 1996) a differenza di quanto accade nel processo del lavoro.

³⁶ Cfr. ad es. artt. 2106 e 2119 c.c.

³⁷ Per la possibilità che i diritti che la Costituzione attribuisce al lavoratore nei confronti del datore di lavoro ricevano immediata soddisfazione dinanzi al giudice ordinario cfr. A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999, pp. 8 ss., 48 s., 92 ss.

³⁸ Cfr. S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *La genesi della sentenza*, cit., pagg. 145 e segg.

³⁹ Per tale concetto cfr. i saggi raccolti in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, qui pag. 70.

⁴⁰ Cfr. ancora N. IRTI, *op. ult. cit.*, pagg. 8 e segg., 15, 29 e seg., 70, 80 e seg., il corsivo è nell'originale.

Per quanto riguarda, poi, il piano soggettivo, va evidenziato che i giudizi lavoristici si distinguono dagli altri giudizi civili⁴¹ anche perché hanno *sempre* ad oggetto una vicenda umana relativa ad un soggetto c.d. debole, qual è il lavoratore⁴², e che può essere anche particolarmente toccante dal punto di vista umano.

Pertanto, l'impatto emotivo che, come detto, la costruzione dei fatti è inevitabilmente destinata ad avere su ogni giudice⁴³ può essere ancora maggiore rispetto al giudice del lavoro, perché alcune ricerche hanno dimostrato che i magistrati chiamati a valutare *con frequenza* fattispecie che involgono vicende umane anche toccanti, relative a soggetti "deboli", anziché sviluppare una maggiore capacità di distacco possono con il tempo subire più degli altri un «coinvolgimento emotivo»⁴⁴.

Del resto, la possibilità che il giudice del lavoro sia esposto più degli altri giudici civili alla influenza delle emozioni, è conseguenza anche della *oralità* che caratterizza il processo del lavoro, oltre che del contatto diretto con le parti che tale processo impone fin dalla prima udienza. Anche tali caratteristiche del rito del lavoro possono, infatti, determinare il rischio di un maggiore coinvolgimento emotivo, perché le ricerche dimostrano che questo viene suscitato in maggior grado dal *contatto visivo*⁴⁵.

V'è, poi, un'ulteriore ragione per la quale la costruzione dei fatti assume particolare rilevanza nel processo del lavoro.

Va, infatti, considerato che nella generalità dei casi i giudici del lavoro hanno una conoscenza approfondita delle norme che devono applicare,

⁴¹ Per la generalità dei quali, e salve ovviamente eccezioni, può ancora valere il giudizio di Enrico Altavilla secondo il quale, «normalmente, in un giudizio civile, nella formulazione di un'opinione scientifica, il giudicante ha presenti soltanto elementi intellettivi, senza che il sentimento intervenga in alcun modo a perturbarla»: cfr. E. ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, III ed., Utet, Torino, 1948, pag. 725.

⁴² Cfr. ancora S.P. EMILIANI, *op. ult. cit.*, pagg. 14 e seg., ed ivi alla nota 44.

⁴³ Cfr. ancora *supra*, note 24 e 25 e testo corrispondente.

⁴⁴ Tali ricerche, condotte negli Stati Uniti, hanno riguardato i magistrati che si occupano di immigrazione e che vengono costantemente chiamati a decidere se concedere o meno asilo agli immigrati: cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pag. 86.

⁴⁵ Cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pagg. 72, 76 e seg., 102 e segg., 115 e segg., 119 e segg.

anche perché quali giudici *specializzati*⁴⁶ sono chiamati quotidianamente ad applicarle in un numero di controversie di gran lunga superiore a quello che ciascun singolo avvocato ha la possibilità di seguire e trattare personalmente.

Pertanto, nella maggior parte dei casi e salve rarissime eccezioni l'avvocato troverà un giudice del lavoro che, se non per i suoi studi personali, quanto meno per la sua pratica quotidiana si sarà già formato un'opinione sulla corretta interpretazione delle norme che deve applicare.

Né tale particolare condizione del giudice del lavoro è impedita dalle riforme che, soprattutto negli ultimi anni, costantemente mutano anche per aspetti molto rilevanti la disciplina delle materie giuslavoristiche, perché la straordinaria vivacità e la ricchezza dell'immediato dibattito dottrinale che accompagna ogni riforma fa sì che le diverse questioni relative all'interpretazione delle nuove norme vengano tutte discusse e chiarite con largo anticipo rispetto al momento in cui i giudici devono applicare quelle norme per decidere una controversia.

Peraltro, a quel dibattito partecipano spesso autorevoli magistrati, così che anche il dialogo circolare fra i giudici e la dottrina che conduce alla sistemazione delle nuove norme⁴⁷ finisce per realizzarsi anch'esso in anticipo rispetto al momento in cui gli avvocati possono invocare in giudizio l'applicazione della nuova disciplina.

Anche per tali ragioni, la circostanza che il giudice del lavoro è chiamato ad applicare quotidianamente, in un numero considerevole di controversie, le stesse norme di legge, riduce grandemente la possibilità di catturare la sua attenzione con discorsi che abbiano ad oggetto l'interpretazione astratta di quelle norme, sulle quali la sua mente sarà già stata chiamata a soffermarsi innumerevoli volte in precedenti occasioni anche quando si tratti di norme introdotte da una recente riforma.

⁴⁶ Cfr. A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, cc. 205 ss., spec. cc. 248 s.

⁴⁷ Cfr. G. TEUBNER, *Rechts als autopoietisches system*, Surhkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1989 [trad. it., *Il diritto come sistema autopoietico*, a cura di A. FEBBRAJO e C. PENNISI, Giuffrè, Milano, 1996, p. 88].

Pertanto, se pure è vero che anche nel processo del lavoro il difensore dovrà anzitutto presentare la soluzione favorevole al suo cliente come quella che è imposta dalla legge⁴⁸, l'avvocato che indugiasse in maniera eccessiva sulle questioni di diritto rischierebbe di *non aiutare* il giudice ad adottare una giusta decisione⁴⁹, tenendo anche conto del carico di lavoro che ogni giorno un magistrato è costretto inevitabilmente ad affrontare⁵⁰.

Si comprende quindi come l'avvocato giuslavorista debba concentrare la sua attenzione soprattutto sulla narrazione dei fatti se vuole accrescere le sue possibilità di convincere il giudice della bontà delle ragioni del suo cliente.

Ed infatti, da un lato, la mente dei giudici del lavoro è, per i motivi ai quali sopra è stato fatto cenno, una mente *allenata*, che ha già «ragionato in passato»⁵¹, così che essi sono generalmente in grado di individuare la soluzione giuridica della controversia anche soltanto sulla base della conoscenza delle circostanze di fatto oggetto di causa e senza alcuna necessità di dover attendere anche l'esposizione da parte degli avvocati delle contrapposte ragioni di diritto.

D'altro lato, e soprattutto, è con la narrazione dei fatti di causa che l'avvocato potrà ottenere l'assenso del giudice sulla *giustizia* della soluzione richiesta rispetto alle particolari circostanze del caso concreto⁵², così che anche per tale ragione quella narrazione è destinata

⁴⁸ Cfr. F. SCHAUER, *op. cit.*, pag. 110: «Il buon avvocato incentiverà il giudice a riconoscere la correttezza sostanziale della posizione del suo cliente; tuttavia, farà affidamento sull'autorità delle norme e dei precedenti come un modo di dire al giudice che deve decidere a favore del suo cliente, anche se ritiene che quello non sia il risultato corretto dal punto di vista sostanziale».

⁴⁹ Cfr. ancora *supra* alle note 28, 29 e 30 e testo corrispondente.

⁵⁰ Va del resto segnalato che, proprio per la sua specializzazione, il giudice del lavoro può essere maggiormente esposto al rischio di quelle «*scorciatoie*» del pensiero che «prendono la forma di *euristiche*» e che possono indurre in errore soprattutto quando le decisioni «si basano su situazioni che si ripetono e che rientrano nelle routine di tutti i giorni»: cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pag. 28, i corsivi sono nell'originale.

⁵¹ Cfr. A. R. DAMASIO, *Descartes' Error. Emotion, Reason and the Human Brain* [trad. it., *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, X ed., Adelphi, Milano, 2008].

⁵² Non è, infatti, necessario aderire all'orientamento che va sotto il nome di *particularism* per affermare che «la giustizia della decisione è una funzione dell'accuratezza con cui vengono individuati i fatti, ossia della quantità e della qualità dei *particulars* che vengono presi in considerazione»: cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 200 ss. E v. anche F. DI DONATO, *op. cit.*, p. 179. Nonché E. PARESCHE, *op. cit.*, p. 213: «Giusta è, comunque, la decisione, non solo perché adeguata al principio della norma, che si dice applicata, ma soprattutto perché adeguata

ad assumere un'importanza fondamentale ai fini della decisione della causa⁵³.

Né deve ritenersi che la validità di tali affermazioni sia limitata ai due gradi del giudizio di merito, posto che la mente dei giudici di legittimità è, anche per l'esperienza maturata, allenata in sommo grado e che la funzione di nomofilachia non impedisce certo a giudici così esperti la considerazione dei profili di giustizia del caso concreto anche quando non sono chiamati a decidere la causa nel merito⁵⁴.

Per tutte le ragioni che precedono, l'avvocato giuslavorista, avendo a che fare con giudici che, anche per la loro cultura e sensibilità, sono particolarmente attenti ai fatti, dovrà dunque avere soprattutto⁵⁵ cura di illustrare in maniera adeguata tutti gli aspetti fattuali della vicenda oggetto del giudizio necessari a convincere e persuadere il giudice della bontà delle ragioni del suo cliente.

alla natura del fatto che, malgrado le limitazioni normative, si è presentato all'orizzonte del decidente».

⁵³ Cfr. C. PERELMAN – L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, p. 47: «Accade d'altra parte molto spesso, e non è necessariamente deplorabile, che anche un magistrato, il quale ben conosca il diritto, formuli il suo giudizio in due tempi: le conclusioni sono ispirate fin da principio da quanto gli sembra più conforme al suo senso dell'equità, la motivazione tecnica sopravviene solo in un secondo tempo». In tal senso cfr. anche F. SCHAUER, *op. cit.*, pagg. 152, 177 e segg., 228 e seg.

⁵⁴ Cfr. già E. ALTAVILLA, *op. cit.*, pag. 768. E v. anche A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *op. cit.*, pagg. 88 e segg.: «Le emozioni suscitate dalla vicenda umana, dunque, colpiscono anche i magistrati di Cassazione in pari misura e, forse, più dei giudici del merito. Paradossalmente, infatti, più il giudice è distante dalle evidenze del fatto e più lo stesso è condizionato dai suoi personali percorsi inferenziali e dal suo <<pool affettivo>>. Più numerose sono le ombre sui fatti e più spazio trovano le convinzioni personali su come possono essersi svolti quei fatti. [...] Capita spesso, nelle udienze che si celebrano avanti la Suprema corte, di assistere a interruzioni da parte del presidente del collegio, che invita i difensori a non parlare del fatto, ma ad attenersi strettamente alle questioni di diritto evocate nel ricorso. Leggendo poi le sentenze si percepisce però chiaramente che il fatto stesso è entrato prepotentemente nella decisione finale».

⁵⁵ Ed infatti, se il giudice è un giudice *attento ai fatti*, «l'avvocato che discuta un caso dinanzi a lui cercherà di assicurarsi che gran parte della sua argomentazione, in un giudizio orale, in una memoria scritta, o in un ricorso in appello, fornisca al giudice i dettagli fattuali sufficienti, pur potendo essere alcuni di essi giuridicamente irrilevanti da un punto di vista tecnico; in questo modo, il giudice potrà disporre delle informazioni necessarie per giungere alla conclusione che una decisione favorevole al cliente dell'avvocato è giusta o equa»: cfr. F. SCHAUER, *op. cit.*, pag. 194.