GIUSTIZIA INSIEME

Lavoro e Diritti sociali

Prova del licenziamento orale

di Silvia Casarino

13 marzo 2019

PROVA DEL LICENZIAMENTO ORALE LA CASSAZIONE TORNA SUI SUOI PASSI Cassazione sentenza 8 febbraio 2019 n. 3822.

di Silvia Casarino

Quando un lavoratore viene licenziato senza un atto scritto, chi deve provare che c'è stata una violazione del requisito di forma e che il licenziamento è pertanto inefficace? L'orientamento della Corte di Cassazione pareva essersi assestato attribuendo al lavoratore l'onere di provare solo che il rapporto contrattuale era cessato; spetterebbe pertanto al datore di lavoro la dimostrazione del fatto che la cessazione sia dipesa da un licenziamento scritto o dalle dimissioni del dipendente. Con la sentenza in commento (3822/2019) questo criterio di riparto probatorio torna in discussione.

La Suprema Corte, nella sentenza in commento, affronta approfonditamente la questione della ripartizione dell'onere probatorio nelle controversie relative al licenziamento orale.

Si tratta di controversie piuttosto frequenti, nelle quali, a fronte della cessazione del rapporto di lavoro (e quindi della circostanza che il lavoratore ha smesso di eseguire la propria prestazione), normalmente si contrappongono due versioni incompatibili: da una parte quella del lavoratore che afferma di essere stato licenziato oralmente dal datore di lavoro; dall'altra quella del datore di lavoro che deduce che, invece, il rapporto si è estinto per dimissioni rassegnate dal lavoratore (per lo più oralmente o con comportamento concludente) o per una risoluzione consensuale.

Poiché le rispettive prospettazioni sono basate esclusivamente su comportamenti materiali e non su atti giuridici, è immediatamente intuibile che la risoluzione della controversia dipenda dalle risultanze istruttorie. Da ciò deriva la necessità di stabilire quale sia l'onere probatorio ex art. 2697 cod. civ. su ciascuna delle parti, capitando sovente che la decisione dipenda dal mancato assolvimento di detto onere, sicché la parte che non ha dato prova del fatto che è onerata di dimostrare risulterà soccombente.

Nel caso deciso dalla Suprema Corte era pacifico che il rapporto di lavoro fosse cessato, ma mentre la Corte d'Appello aveva ritenuto che con detta allegazione il lavoratore avesse adempiuto al proprio onere probatorio relativo alla sua estromissione dal rapporto, la Cassazione giunge a conclusioni opposte.

Osserva la Cassazione che sulla questione si contrappongono due diversi orientamenti.

Un primo secondo il quale, essendo il fatto costitutivo del diritto alla riassunzione e alla reintegrazione attribuibile alla sola iniziativa del datore di lavoro ed alla sua sfera volitiva (il licenziamento), cui non corrisponde un'identica iniziativa del lavoratore, quest'ultimo deve soltanto dimostrare l'estromissione dal rapporto, mentre la controdeduzione di un fatto che nega il licenziamento, collegando l'estromissione a dimissioni del lavoratore, costituisce un'eccezione in senso stretto, con onere, quindi, a carico del datore di lavoro (la Suprema Corte cita Cass. n. 2853/1995 e numerose sentenze successive).

Dunque, da una parte prova dell'estromissione (in capo al lavoratore), sostanzialmente coincidente con la prova della cessazione del rapporto di lavoro, e, dall'altra, prova delle dimissioni (a carico del datore di lavoro).

Il secondo orientamento ritiene invece che il termine "estromissione" sia sinonimo di "espulsione" e quindi di "licenziamento", di talché la prova del licenziamento deve essere fornita dalla parte che propone l'impugnazione, integrando il licenziamento il fatto costitutivo della domanda.

Ne deriva che il datore di lavoro, che ben può opporre un diverso fatto estintivo del rapporto (quale le dimissioni del lavoratore), può anche limitarsi a negare detto fatto costitutivo (così Cass. n. 12520/2000 e altre pronunce menzionate dalla Suprema Corte).

La sentenza in commento dichiara di aderire al secondo orientamento ed enuncia il seguente principio di diritto per il giudice del rinvio: *"Il lavoratore subordinato che impugni un licenziamento allegando che è stato intimato senza l'osservanza della forma prescritta ha l'onere di provare, quale fatto costitutivo della sua domanda, che la risoluzione del rapporto di lavoro è*

ascrivibile alla volontà del datore di lavoro, anche se manifestata con comportamenti concludenti; la mera cessazione nell'esecuzione delle prestazioni non è circostanza di per sé sola idonea a fornire tale prova.

Ove il datore di lavoro eccepisca che il rapporto si è risolto per le dimissioni del lavoratore, il giudice sarà chiamato a ricostruire i fatti con indagine rigorosa – anche avvalendosi dell'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio ex art. 421 c.p.c. – e solo nel caso perduri l'incertezza probatoria farà applicazione della regola residuale desumibile dall'art. 2697, co. 1, cod. civ., rigettando la domanda del lavoratore che non ha provato il fatto costitutivo della sua pretesa".

L'"estromissione" dal rapporto, per la Suprema Corte, non coincide con la mera circostanza di fatto della cessazione del rapporto di lavoro, con la conseguenza che la non contestazione di detta circostanza fattuale – ossia che il lavoratore abbia smesso di prestare la propria attività – non ha alcuna conseguenza a livello probatorio.

Quindi l'allegazione del lavoratore ricorrente in merito alla cessazione del rapporto di lavoro non fa scattare in capo al datore di lavoro convenuto l'onere di dimostrare un fatto estintivo diverso dal licenziamento, in particolare le dimissioni.

Il punto fondamentale della sentenza è dunque la riconduzione del licenziamento, ancorché intimato in forma diversa da quella prevista dalla legge ai fini della sua validità, al fatto costitutivo della domanda di impugnazione dello stesso.

E' quindi netta la diversità di prospettiva rispetto all'indirizzo secondo cui sarebbe sufficiente la semplice allegazione, da parte del lavoratore, della cessazione del rapporto, quale conseguenza della considerazione per cui il licenziamento verbale, atto unilaterale del datore di lavoro, costituisce manifestazione di un atto volitivo il cui onere probatorio non può essere posto a carico di chi di detto atto si limita a subire gli effetti.

L'impostazione della sentenza in commento è più aderente alle categorie processuali, che, soprattutto in tempi recenti, fanno procedere di pari passo gli oneri di allegazione e quelli probatori, come è accaduto, per esempio, anche in materia di *repechage.*

E' tuttavia innegabile che l'indirizzo dalla Suprema Corte, sintetizzato in modo chiaro nel principio di diritto formulato per il giudice del rinvio, pone oneri probatori molto difficili in capo al lavoratore.

Essendo il licenziamento verbale ricondotto al fatto costitutivo della domanda di impugnazione del licenziamento, neppure la contumacia del datore di lavoro di per sé dispensa il lavoratore dal

fornirne la prova, come espressamente osservato dalla Suprema Corte.

Troverà in questo caso applicazione l'art. 232 cod. proc. civ., e pertanto laddove il convenuto contumace non renda l'interrogatorio formale, il giudice potrà ritenere provata la circostanza storica del licenziamento verbale, allegata dal lavoratore, ciò tuttavia "valutato ogni altro elemento di prova", non consentendo la contumacia alcuna deroga alla ripartizione dell'onere della prova.

Il datore di lavoro convenuto che si costituisca in giudizio semplicemente negando di avere licenziato verbalmente il lavoratore non è quindi neppure tenuto a fornire una sua diversa ricostruzione dei fatti, essendo le dimissioni o altra causa estintiva del rapporto (come la risoluzione consensuale) un'eccezione, la cui rilevanza a livello probatorio sorge soltanto laddove risulti provato il licenziamento verbale.

Questo principio è enunciato dalla Cassazione nella sentenza n. 3822/2019 mediante richiamo all'art. 2967 cod. civ. che disciplina la distribuzione degli oneri probatori dei fatti costitutivi da una parte e dei fatti modificativi, impeditivi ed estintivi dall'altra, ponendoli a carico, rispettivamente nel primo e nel secondo comma, sulla parte che propone la domanda fondata su quei fatti costitutivi e sulla parte che sollevi eccezioni, dirette a contrastare le altrui deduzioni, basate a loro volta sui fatti da essa dedotti.

Di tali difficoltà probatorie è consapevole la Cassazione, che, nella pronuncia in commento, ritiene che esse possano essere mitigate da una parte mediante un utilizzo appropriato delle presunzioni, oggetto, ex art. 2729 cod. civ., del prudente apprezzamento del giudice, e, dall'altra, facendo uso dei poteri officiosi a livello istruttorio, che caratterizzano il processo del lavoro.

La fattispecie esaminata dalla Cassazione, come da essa precisato, e a cui si applicano i principi enunciati nella sentenza, è tuttavia ben delimitata e non coinvolge tutte le possibili questioni in cui si controverta sull'esistenza di un valido atto estintivo del rapporto di lavoro.

E' di per sé estranea alla questione della prova del licenziamento verbale la tematica della validità delle dimissioni (e della risoluzione consensuale), oggi sottoposte ad una particolare procedura, contenuta nell'art. 26 d. lgs. 151/2015.

D'altra parte, laddove tra le parti sia incontroverso che il rapporto si sia risolto per licenziamento, ma si discuta con quali forme e modalità esso sia stato intimato, non viene in questione la tematica del licenziamento verbale e della sua dimostrazione.

Si pensi, per esempio, ai casi di licenziamento comunicato tramite *sms*, *WhatsApp*, o a mezzo dei *social media*: in questi casi (recentemente esaminati nella giurisprudenza di merito) si tratta eventualmente di valutare se sia rispettata la forma scritta richiesta dall'art. 2 comma primo legge 604/1966, con la conseguenza che, laddove dette forme non dovessero essere ritenute valide, vi sarebbe un profilo di illegittimità del licenziamento per violazione della forma prescritta, senza che si debba indagare sulla comunicazione di un licenziamento orale. In altri termini, in questi casi il licenziamento è validamente comunicato oppure non lo è; ma se non è validamente comunicato, il mezzo utilizzato per intimare il licenziamento non può essere "degradato" a licenziamento verbale con le connesse tematiche di riparto dell'onere della prova.

Il principio affermato dalla Suprema Corte nella sentenza n. 3822/2019, pertanto, riguarda soltanto le fattispecie in cui sia controverso l'atto risolutivo del rapporto di lavoro, e quindi se vi sia stato un licenziamento, intimato oralmente, rispetto al quale venga opposto (o comunque sia astrattamente opponibile) la risoluzione per dimissioni.

Si può osservare che, secondo il primo dei due indirizzi citati dalla Cassazione, anche un'allegazione generica del lavoratore ricorrente faceva scattare sulla controparte un onere di contestazione. Era pertanto sufficiente che il lavoratore deducesse di essere stato licenziato verbalmente, senza alcuna ulteriore specificazione spazio-temporale, in ciò consistendo l'allegazione circa l'"estromissione" dal rapporto di lavoro, ossia, in sostanza, in merito alla cessazione del rapporto.

Se il datore di lavoro restava contumace si riteneva che il lavoratore avesse assolto al proprio onere probatorio, e prima ancora di allegazione, con conseguente soccombenza del datore di lavoro onerato di fornire la dimostrazione di un fatto estintivo diverso dal licenziamento verbale allegato dal lavoratore.

Applicando il principio affermato da Cass. n. 3822/2019, invece, a fronte di una simile generica allegazione attorea, il licenziamento verbale non può ritenersi dimostrato, né il datore di lavoro convenuto è tenuto a contestare le deduzioni del lavoratore. Un onere di specifica contestazione, infatti, sorge soltanto rispetto a circostanze a loro volta specificamente allegate.

Quando, invece, il lavoratore formuli un'allegazione storica specifica (indicando il giorno e le circostanze in cui si sarebbe verificato il licenziamento verbale, la persona che l'avrebbe comunicato e il suo ruolo nell'azienda, le parole da questa utilizzate, ecc.), seppure egli sia onerato della prova del licenziamento verbale, rileverà comunque il comportamento processuale del convenuto, tenuto, ai sensi dell'art. 416 comma terzo cod. proc. civ. – a rischio, altrimenti, del

consolidarsi a livello probatorio dei fatti come incontroversi in virtù del principio di non contestazione -, a prendere posizione, nella memoria di costituzione ex art. 415 cod. proc. civ., "*in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda*".

Quindi la negazione dell'asserito licenziamento verbale con formule generiche o di mero stile, senza offerta di una diversa ricostruzione fattuale, pur applicando i principi espressi nella sentenza in commento potrebbe condurre ad un giudizio di non contestazione, ai sensi degli artt. 115 primo comma e 416 terzo comma cod. proc. civ., delle circostanze di fatto affermate dal lavoratore, pur onerato della prova del licenziamento verbale.

La soluzione delle controversie potrà quindi dipendere anche dalle prospettazioni difensive delle parti e dal comportamento processuale di ciascuna.

Più precisamente, se è vero che, secondo il principio enunciato dalla Cassazione, il licenziamento verbale dev'essere provato dal lavoratore che lo alleghi e che il datore di lavoro può limitarsi ad una mera negazione dei fatti affermati dal lavoratore, un qualche rilievo, nella valutazione complessiva del giudice, potrà assumere la verosimiglianza della diversa deduzione del datore di lavoro in merito alle circostanze fattuali che, secondo la sua prospettazione difensiva, hanno condotto alla risoluzione del rapporto di lavoro.

Si può, per esempio, pensare ad una fattispecie, anch'essa ricorrente nella pratica, di licenziamento per fatti concludenti, come nel caso in cui il lavoratore alleghi di non avere più potuto, a un certo punto, prestare la propria attività per aver trovato l'azienda chiusa o comunque non operativa.

A fronte di un'allegazione precisa, relativa ad un fatto storico individuato e collegato alla sfera dell'azienda, il datore di lavoro, per evitare che i fatti (la cui prova incombe sul lavoratore) vengano considerati processualmente incontestati, dovrà prendere una posizione specifica, contestando le affermazioni attoree, e quindi deducendo che l'azienda era invece aperta e attiva.

Soltanto a fronte di una simile specifica allegazione del lavoratore e di una altrettanto specifica contestazione del datore di lavoro, verrà in questione la distribuzione dell'onere probatorio sull'una e sull'altra parte, in applicazione del principio enunciato dalla Suprema Corte nella sentenza in commento.

Come osservato, la particolare difficoltà probatoria conseguente al regime di distribuzione dell'onere della prova affermato nella sentenza n. 3822/2019 è avvertita dalla stessa Cassazione, che sottolinea che essa può essere temperata dall'uso delle presunzioni e dei poteri istruttori

officiosi previsti dall'art. 421 comma secondo cod. proc. civ..

In effetti la prova diretta, in particolare quella testimoniale, del licenziamento verbale (essendo alquanto rara la confessione nel contesto di un interrogatorio formale) è statisticamente infrequente, salvo che nelle ipotesi di licenziamento asseritamente comunicato per telefono con riferimento al quale sovente si afferma che abbiano assistito altre persone, magari con inserimento del dispositivo "viva voce", così sentendo le parole pronunciate dal datore di lavoro.

Nella pratica giudiziaria recentemente capita spesso che vengano prodotte registrazioni di conversazioni, essendo le parti in ciò agevolate dalla diffusione di telefoni cellulari, *smartphone* o altri dispositivi elettronici, che consentono di effettuare registrazioni in modo agevole.

In questo caso si tratterà di una prova documentale del licenziamento verbale, il cui valore in giudizio dipenderà dall'atteggiamento difensivo del datore di lavoro, in particolare se quest'ultimo disconoscerà o meno, ai sensi dell'art. 2712 cod. civ., la conformità della registrazione ai fatti rappresentati.

La situazione più onerosa dal punto di vista probatorio si verifica quando, secondo la prospettazione dello stesso lavoratore ricorrente, il licenziamento verbale è stato intimato senza che alcuno vi abbia assistito.

In questo caso, salvo un'improbabile confessione, potranno essere utilizzate unicamente le presunzioni e i poteri istruttori officiosi ex art. 421 cod. proc. civ..

Potrà assumere rilievo, a livello presuntivo, il comportamento tenuto dalle parti nell'immediatezza rispetto al momento dell'asserito licenziamento verbale, come l'offerta del lavoratore della propria prestazione nei giorni successivi all'asserito licenziamento verbale, per iscritto (seppur per il licenziamento verbale non occorra l'impugnazione entro i termini di decadenza ex art. 6 legge 604/1966) o mediante presentazione presso l'azienda.

Oppure, nell'ipotesi di un colloquio avvenuto all'interno dell'ufficio del datore di lavoro a cui non ha assistito alcun testimone, potrebbero essere oggetto di valutazione, quale elemento di prova nell'ambito del complessivo quadro processuale, le affermazioni fatte nell'immediatezza dal lavoratore ai propri colleghi in merito a quanto accaduto. Infatti, pur non avendo la testimonianza "*de relato ex parte actoris*", di per sé sola, alcun valore probatorio, nemmeno indiziario, essa può tuttavia essere valutata come elemento di prova quando sia suffragata da ulteriori risultanze probatorie, che concorrano a confermarne la credibilità.

D’altra parte, laddove il datore di lavoro eccepisca che il rapporto si è risolto non per licenziamento verbale ma per dimissioni, sempre sotto il profilo della valutazione del comportamento successivo delle parti, può assumere rilievo l’esperimento o meno, da parte sua, delle procedure previste dalla legge ai fini della validità delle dimissioni, che il datore di lavoro, se in buona fede sulle dimissioni da lui affermate, dovrebbe espletare.

Eventualmente simili circostanze potranno essere indagate anche d’ufficio ai sensi dell’art. 421 cod. proc. civ. (per esempio mediante acquisizione di informazioni presso il Centro per l’Impiego), secondo quanto enunciato da Cass. n. 3822/2019, che, citando la nota pronuncia n. 11353/2004 delle Sezioni Unite, sollecita detto utilizzo anche nel caso in cui si siano verificate preclusioni o decadenze in danno delle parti.

Ciò, tuttavia, avendo presente che – ed è questo il punto più rilevante dell’orientamento espresso dalla sentenza in commento –, applicando il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte non è più necessario che il datore di lavoro fornisca la prova delle dimissioni, potendo, si ritiene, comunque assumere rilievo, nella valutazione complessiva delle rispettive prospettazioni difensive, la verosimiglianza o meno della ricostruzione storica proposta dal datore di lavoro anche come conseguenza della contestazione, più o meno specifica ex art. 416 comma secondo cod. proc. civ., delle deduzioni fattuali del lavoratore.

Restano i casi, definiti dalla pronuncia in commento “residuali”, in cui, nonostante l’utilizzo delle presunzioni e dei poteri istruttori officiosi, permanga comunque “*una non superabile incertezza probatoria*”, in cui – anche a prescindere dalla prova delle dimissioni eccepite dal datore di lavoro –, non raggiunta la prova del licenziamento verbale, fatto costituivo della domanda di impugnazione proposta dal lavoratore, quest’ultimo, ai sensi dell’art. 2697 comma primo cod. civ., dovrà essere considerato soccombente.

Si tratta, secondo la Suprema Corte, di casi, appunto, “residuali”, nel senso che, nonostante tutti i mezzi probatori esperibili, anche in via officiosa, non sia possibile raggiungere la prova del licenziamento verbale.

A conclusione di queste brevi considerazioni si deve osservare che, secondo l’esperienza giudiziaria, i casi residuali ricorrono in realtà assai frequentemente: i licenziamenti verbali, invero, si verificano (o comunque vengono dedotti) nel contesto, per lo più, di aziende di piccole dimensioni (non particolarmente strutturate, prive, per esempio, di un ufficio del personale), ed in cui, per dette caratteristiche, i rapporti personali sono più accentuati, sicché frasi, magari

pronunciate d’impeto nell’ambito di un semplice diverbio, possono essere interpretate in modo polivalente, così come il comportamento successivo delle parti non sempre può fornire significativi elementi presuntivi da fare oggetto di valutazione in ambito processuale.