

Corte di Cassazione

Licenziamento orale: prova e conseguenze

Monica Lambrou - Avvocato

Intimazione

Nel sistema italiano, i parametri normativi che regolano il licenziamento individuale - legge n. 604/1966 e legge n. 300/1970 - prevedono che, qualora il datore di lavoro decida di recedere dal contratto con un proprio dipendente, egli debba farlo tramite comunicazione scritta indirizzata al diretto interessato, in cui si comunichino le motivazioni che abbiano portato a detta decisione.

Se comunicato oralmente, il licenziamento non ha alcun tipo di valenza effettiva e, pertanto, viene considerato *tamquam non esset*. Pertanto, il datore dovrà continuare a versare i contributi relativi all'attività lavorativa del dipendente che, almeno formalmente, resta ancora tale fino ad una comunicazione scritta che esprima le diverse intenzioni del datore. Dal suo lato, il lavoratore che venga oralmente allontanato dal luogo di lavoro, avrà necessità di tutelare la propria condizione, laddove, se non si presentasse a prestare la propria attività lavorativa, il datore potrebbe sfruttare detta assenza per far valere un successivo licenziamento - che, in questo caso, apparirebbe del tutto legittimo. Al fine di fugare questo genere di possibilità, si è sviluppata una prassi in base alla quale risulta opportuno per il lavoratore inviare una raccomandata a/r al proprio datore, in cui evidenzia la data del licenziamento pervenuto oralmente, nonché la propria disponibilità a riprendere in via immediata l'attività lavorativa.

Indennità per licenziamento illegittimo

Rispetto alla disciplina antecedente, i decreti del recente pacchetto *Jobs Act* e segnatamente l'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015 impone alla Magistratura una nuova base di calcolo per determinare l'indennità da riconoscere al lavoratore licenziato oralmente e, dunque, illegittimamente. La novità

- che viene applicata a tutti i licenziamenti illegittimi, indipendentemente dalla causa che li renda tali - comporta, nello specifico che, al fine di calcolare l'indennità spettante al lavoratore ingiustamente licenziato, il parametro utilizzato non sarà più l'ultima retribuzione globale di fatto, ma quella normalmente utilizzata per il calcolo del trattamento di fine rapporto (Tfr).

Ai fini di una maggiore comprensione della portata di questo cambiamento, si consideri che la retribuzione globale di fatto è quella che si evince dall'ultima busta paga, inclusa la quota di tredicesima, eventuale quattordicesima e rateo di Tfr.

Dall'altro lato, la retribuzione utile per il calcolo del Tfr, cui fare riferimento nei casi relativi ai c.d. "neoassunti", è data dalla somma della cifra presente sull'ultima busta paga, aumentata dei ratei delle mensilità aggiuntive (tredicesima e, se prevista, quattordicesima).

La conseguenza principale, ovviamente, è che la nuova previsione comporta un valore economico sicuramente minore rispetto a quello che sarebbe proposto al lavoratore se si usasse come base di calcolo la retribuzione globale di fatto poiché, appunto, essa comprendeva anche il rateo del Tfr. È impossibile non notare come, ancora una volta, la novità imposta dal legislatore corrisponda ad un peggioramento della situazione del lavoratore.

Onere della prova

Per quanto riguarda la prova dell'illegittimità legata all'oralità del licenziamento, il principio di base per distribuirne l'onere va ricercato nel comma 1, art. 2697 c.c., che recita testualmente: "*chi vuol far valere un diritto in giudizio, deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*". Se le cose stanno così, un punto cruciale per

Approfondimenti

fruire delle tutele approntate in favore del lavoratore illegittimamente licenziato, è quello di riuscire a dare prova dell'oralità di detto licenziamento.

È bene anzitutto chiarire che sul tema si scontrano due scuole di pensiero, ciascuna basata su una diversa accezione conferita al concetto di “estromissione” dal rapporto di lavoro, centrale nell'argomento in esame.

Un iniziale indirizzo giurisprudenziale tendeva a considerarlo quale generica circostanza che comportasse la cessazione del rapporto di lavoro. Stando alle argomentazioni della Corte, tale termine era posto alla stregua di un qualsiasi “*artificio verbale di chiamare estromissione ogni cessazione del rapporto di cui non sia chiara la genesi*”. Dall'altro lato, opposta alla prova della estromissione, si poneva e distingueva, invece, quella inerente alle “dimissioni”, che veniva inizialmente identificata nel senso stringente di una eccezione vera e propria, in controdeduzione ad un fatto che negasse il licenziamento e che, pertanto, doveva essere dimostrata dal datore di lavoro che, così, si liberava da ogni responsabilità in tal senso. Secondo questo primo indirizzo, basato sulla distinzione delle due prove ora esposte, sul lavoratore gravava unicamente quella della “estromissione” così intesa, mentre della prova “delle dimissioni” risultava gravato il datore di lavoro.

La Suprema Corte si è espressa in questi termini in numerose sentenze, prima fra tutte la n. 2853/1995, in cui testualmente chiariva che “*la prova gravante sul lavoratore che domandi la reintegrazione nel posto di lavoro è quella della estromissione dal rapporto, mentre la controdeduzione di un fatto che nega il licenziamento e collega l'estromissione dal rapporto ad asserite dimissioni del lavoratore assume la valenza di una eccezione in senso stretto, il cui onere probatorio ricade sull'eccipiente ai sensi dell'art. 2697 c.c., comma 2*”. Si tratta, come appare da quanto appena riportato, di un orientamento tendente ad una equa divisione dei compiti tra datore e lavoratore, che sembra avere tanto più senso in considerazione della difficile contrapposizione in cui si ritrovano le parti coinvolte.

Tuttavia, recentemente la Cassazione ha modificato la propria tendenza sull'argomento, tramite quanto affermato nella sentenza n. 3822 dello scorso 8 febbraio 2019, avente ad oggetto l'acco-

glimento, da parte della Corte territoriale, dell'impugnazione del licenziamento precedentemente intimato al lavoratore, cui si opponeva la società datrice di lavoro.

Secondo questo nuovo orientamento, la distinzione sopra richiamata tra prova dell'estromissione e delle dimissioni viene definitivamente meno, conferendo alla prima un significato allargato che ricomprenda anche la portata del secondo. Di conseguenza, ogni elemento di cui debba essere fornita prova finisce per gravare sul lavoratore, che dovrà così dimostrare non soltanto che il rapporto sia cessato, ma anche che le modalità di detta cessazione siano illegittime. Più precisamente, “*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*” (Cass. civ., sez. lav., sent. n. 3822/2019).

Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Catanzaro, nell'accogliere detta impugnazione, aveva ritenuto pacifica la cessazione del rapporto di lavoro, di cui era stata data prova dal lavoratore, che si era limitato a dimostrare, appunto, la sua estromissione (in tendenza con il precedente indirizzo della Corte). Tuttavia, secondo il Giudice di legittimità, che condivideva con le Corti dei precedenti gradi di giudizio solo la pacificità della cessazione del rapporto, la prova fornita dal lavoratore non risultava sufficiente a riconoscere la veridicità di quanto da questi sostenuto. Rivedendo interamente i termini sino a quel momento utilizzati nella discussione di controversie non dissimili da quella in argomento, infatti, la Suprema Corte riconosceva, nella sentenza in esame, un nuovo significato al termine “estromissione” laddove esso non raffigurava più la semplice cessazione del rapporto nel senso stretto dell'abbandono da parte del lavoratore, ma, più in generale, la identificava con tutte le circostanze collegate a questo evento. Recita infatti la già citata pronuncia n. 3822/2019 “*il termine 'estromissione' vale quale 'sinonimo' di quello di 'espulsione' e, perciò, di 'licenziamento', non potendo quindi intendersi usato come 'artificio verbale di*

chiamare estromissione ogni cessazione del rapporto di cui non sia chiara la genesi". Per la sentenza citata "non è contestabile che la stessa esistenza del licenziamento deve configurarsi quale 'fatto costitutivo' della domanda di impugnazione del licenziamento, conseguendone che, ai sensi dell'articolo 2697, Codice civile, deve ritenersi gravante sul proponente dell'azione l'onere di fornire la prova dell'evento 'licenziamento', non potendo certamente ritenersi che, in materia, viga una regola di inversione dell'onere probatorio, secondo la quale il lavoratore possa limitarsi a una mera allegazione della circostanza, restando obbligato il datore di lavoro a fornire la dimostrazione che il recesso sia stato dovuto ad altra causa, essendo invece sufficiente che - ai sensi della disciplina dettata in via generale dal codice in tema di ripartizione dell'onere probatorio - il convenuto si limiti alla semplice negazione del fatto costitutivo del diritto esercitato dalla controparte. Evidentemente, nella ipotesi in cui esso convenuto abbia contrapposto una difesa che sia specificamente articolata su fatti diversi da quelli posti a base della domanda avversaria, sorgerà, in concreto, un onere probatorio a suo carico, circa le eccezioni proposte, nel momento in cui la controparte abbia fornito la prova del suo assunto".

A questo punto, pertanto, l'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c. appare interamente posto in capo alla figura del lavoratore, chiamata dunque a dare prova di tutto quanto riguardi l'interruzione della prestazione di lavoro (sua cessazione, motivazioni e modalità). Secondo questa nuova ottica, il datore di lavoro potrebbe semplicemente limitarsi a negare quanto asserito dal lavoratore, che si vedrebbe certamente gravato dell'onere più rilevante ove decidesse di proseguire in via giudiziale con riferimento all'impugnazione del licenziamento.

In questa stessa direzione, ancor più recente è la sentenza della Suprema Corte n. 18402 del 9 luglio 2019. In essa, conferendo una ancor maggiore stabilità all'indirizzo recentemente seguito dalla Cassazione, essa conferma che il lavoratore subordinato che sostenga di essere stato licenziato oralmente (e che, dunque, chieda che gli vengano apprestate le corrispondenti tutele) sarà onerato del dover dimostrare non soltanto la cessazione del rapporto di lavoro, ma anche che essa si sia verificata per la sola volontà del datore,

anche laddove essa sia stata rappresentata attraverso comportamenti concludenti da questo tenuti. Nel caso di specie, dunque, pur avendo modo di alleggerire il carico gravante sulla figura del lavoratore - di per sé già notoriamente più debole rispetto a quella del datore - la Suprema Corte sceglie di riservare un trattamento penalizzante nei confronti dei dipendenti. Il datore, a questo punto, finirà per temere sempre meno la minaccia di una causa per licenziamento illegittimo perché orale, avendo questi la possibilità, in fase di giudizio, di limitarsi a negare quanto asserito dalla controparte, cui sarà invece lasciato l'onere di provare tutti gli aspetti del torto che sostiene aver subito.

Questa nuova tendenza della Suprema Corte risulta inasprire la posizione del lavoratore che, dunque, si trova a dar prova non soltanto della cessazione del rapporto, ma anche della illegittimità delle modalità attraverso cui esso gli è stato intimato. Nel caso del licenziamento orale segnatamente, si tratta di una dimostrazione di difficoltà estrema: poiché, infatti, quest'ultimo non potrà basarsi su documentazioni o atti giuridici eventualmente reperibili, ma su veri e propri comportamenti concludenti tenuti dai soggetti coinvolti che, proprio per loro natura, risultano di difficile rappresentazione in sede giurisdizionale. L'alto grado di difficoltà appena evidenziato è parzialmente giustificato dalla Suprema Corte, che al riguardo suggerisce che, nel fondare il proprio convincimento, la figura del Giudice delegato della trattazione della causa specifica faccia un soppesato utilizzo delle presunzioni semplici (cioè non stabilite dalla legge) ex art. 2729 c.c.; nonché, altresì, dei poteri istruttori officiosi allo stesso riconosciuti, sanciti dall'art. 421 c.p.c. Con una previsione di tale tenore, contenuta all'interno della stessa sentenza, la Suprema Corte sembra in qualche modo ammettere la rigidità dell'indirizzo in essa adottato, e tende a soppesare la maggior gravosità in termini probatori verso il lavoratore con un maggior spazio d'azione lasciato al convincimento del Giudice che, così, assume una posizione ancor più centrale nel procedimento del lavoro.

Così, infatti, la sentenza in esame: *"Ove il datore di lavoro eccedisca 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*

Approfondimenti

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, comma 1, c.c., rigettando la domanda del lavoratore che non ha provato il fatto costitutivo della sua pretesa”.

Si tratta, come si può ben desumere da quanto sinora osservato, di una soluzione (quella offerta dalla Suprema Corte) che lascia aperta la porta a numerose problematiche, specie in considerazione di quei casi in cui le presunzioni *ex art. 2697 c.c.* non risultino gravi, né precise o concordanti oppure, ancora, in cui i dubbi circa le varie incertezze probatorie permangano nonostante il Giudice ricorra ai poteri ufficiosi che il citato art. 421 c.p.c. gli conferisce. In tutti questi scenari in cui non si riesce a dare prova concreta del licenziamento verbale, il lavoratore inevitabilmente resterà soccombente. La Suprema Corte identifica queste eventualità come “casi residuali” che nella prassi sono, in definitiva, risultati essere estremamente numerosi: è un dato che non sorprende, soprattutto se si pensa alle peculiarità dei casi del licenziamento orale, e delle numerose difficoltà che incontra chiunque debba dare prova, in sostanza, di una conversazione, di uno scambio verbale, per loro natura di difficile dimostrazione.

Tutele per il lavoratore

Più nello specifico, il lavoratore può impugnare il licenziamento intimatogli oralmente e, nel caso in cui l'adita Autorità competente ne riconosca i presupposti, aspirare ad ottenere una serie di riconoscimenti, il cui contenuto non varia in base alla data di assunzione del lavoratore; in altri termini, non rileva che egli appartenga alla categoria dei c.d. “vecchi assunti” (in forze da prima del 7 marzo 2015) o a quella dei lavoratori soggetti al sistema delle tutele crescenti. Nonostante ai primi si applichi il regime *ex legge n. 92/2012* (c.d. “Riforma Fornero”), ed ai secondi lo schema offerto dai pacchetti del c.d. “*Jobs Act*” (più precisamente, dall'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015), il tipo di tutela apprestata da entrambe queste previsioni, con specifico riferimento ai casi di licenziamento orale, è del tutto analogo: entrambe possono comportare un risarcimento del danno pari ad un minimo di cinque mensilità; per tutto il tempo in cui il lavoratore è stato tenuto lontano

dal posto di lavoro, il datore deve comunque provvedere al pagamento dei contributi eventualmente maturati durante detto periodo. Inoltre, al lavoratore, come spesso accade nei casi di licenziamento illegittimo, viene data la facoltà di scegliere se fare ritorno al posto di lavoro precedentemente occupato, oppure richiedere una indennità sostitutiva il cui ammontare non può essere inferiore a 15 mensilità, calcolate secondo le regole suesposte.

In generale, la disciplina riservata ai casi di licenziamento orale è la stessa riconosciuta a quelli discriminatori o nulli, indipendentemente dal fatto che l'azienda datrice soddisfi il requisito dimensionale o meno. Secondo le regole generali, l'onere della prova spetta al lavoratore che lamenta la lesione di un diritto che ha generato l'illegittimità del licenziamento subito. Il giudice adito, una volta accertata detta illegittimità, potrà ordinare un risarcimento del danno subito ed il versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali nei confronti del lavoratore leso. Oltre a ciò, l'Autorità sarà in grado di ordinare la reintegrazione di detto lavoratore unicamente nel suo vecchio posto di lavoro occupato prima del licenziamento illegittimo, nelle stesse mansioni e con lo stesso inquadramento.

Termini di impugnazione

La regola generale espressa dalla legge n. 604/1966 (che, come noto, disciplina il licenziamento individuale), prevede che la notifica di questo debba essere impugnata entro 60 giorni dalla ricezione “*della sua comunicazione in forma scritta*” e, a partire da questi, entro 180 giorni il ricorso avverso il licenziamento va depositato presso la cancelleria del Tribunale territorialmente competente.

Quid laddove venisse a mancare l'elemento della “forma scritta” della comunicazione? A quale elemento dovrebbe farsi riferimento, posto che in detta circostanza il *dies a quo* parrebbe del tutto indeterminabile? A questo proposito si è espressa la Suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 25561 del 12 ottobre 2018. Nel caso di specie, ricorreva per Cassazione il lavoratore licenziato oralmente, il cui ricorso avverso detto licenziamento veniva rigettato dalla Corte territoriale per difetto del requisito temporale *ex art. 2697 c.c.*, che considerava come *dies a quo* il giorno del li-

enziamento orale, il quale ebbe l'effetto di sospendere l'esecuzione dell'attività lavorativa da parte del dipendente, e, di conseguenza, il canonico computo dei 60 giorni per l'impugnazione (attraverso canali stragiudiziali o non) e dei successivi 180 per il deposito del relativo ricorso.

La Suprema Corte ha così avuto modo di chiarire che, nel caso del licenziamento intimato oralmente, viene meno il requisito ad substantiam della forma scritta che avrebbe dovuto caratterizzare sia il licenziamento stesso, che le motivazioni individuate dal datore a fondamento della scelta espulsiva. Chiarisce, infatti, la sentenza della Cassazione n. 25561/2018: “[il] consolidato orientamento di questa Corte, secondo cui l'azione per far valere l'inefficacia del licenziamento orale è sottratta all'onere dell'impugnazione stragiudiziale in ragione dell'assenza di un atto scritto da cui l'art. 6, legge n. 604/1966, anche a seguito delle modifiche apportate dall'art. 32, legge n. 183/2010, possa far decorrere il termine di decadenza per proporre impugnazione (cfr.

Cass. 9 novembre 2015, n. 22825). Orientamento questo a cui risulta essersi correttamente attenuata la Corte di merito, che ha fondato la propria decisione sul dato incontestato dell'oralità del licenziamento e sulla conseguente inapplicabilità del termine di cui all'art. 6, legge n. 604/1966 per proporre impugnazione, con la conseguenza che il licenziamento risulta assoggettato al solo termine prescrizione”.

In merito al caso in esame, la Suprema Corte si è espressa chiarendo che il licenziamento notificato oralmente doveva essere considerato giuridicamente non esistente, poiché in nessun caso esso integra elementi di liceità. Ciò comporta, in termini sostanziali, che il lavoratore sia sottratto alle canoniche tempistiche di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, e che, in questi casi, venga applicato il termine prescrittivo di cinque anni al fine di far valere la relativa inefficacia in giudizio (che, dunque, decorre dal momento della sua intimazione).

Cass., sez. lav., sentenza 8 febbraio 2019, n. 3822

Fatti di causa

1. La Corte d'Appello di Catanzaro, con sentenza pubblicata il 28 febbraio 2017, ha rigettato il reclamo proposto ex legge n. 92/2012 da A Srl, confermando la statuizione di primo grado che aveva accolto l'impugnativa proposta da T.M. avverso il licenziamento asseritamente intimato in forma orale in data 12 agosto 2013.
2. La Corte ha ritenuto che la cessazione del rapporto di lavoro tra le parti era pacifica e non contestata, pertanto il lavoratore aveva adempiuto al proprio onere probatorio relativo alla sua estromissione dal rapporto. Invece secondo la Corte non erano state provate le dimissioni del T.M. eccepite dalla società per cui il reclamo della stessa andava respinto.
3. Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso A s.r.l., con due motivi; T.M. è rimasto intimato.
4. La presente causa è stata rimessa alla Quarta sezione civile per la trattazione in pubblica udienza, a seguito dell'ordinanza interlocutoria della Sesta sezione n. 11720/2018, la quale ha ritenuto che “non sussistessero le condizioni per la decisione del ricorso in camera di consiglio, in considerazione della disarmonia della giurisprudenza di questa Corte in merito all'estromissione dal posto di lavoro e alle consequenziali refluenze sulla distribuzione dell'onere probatorio tra il lavoratore che agisca deducendo l'avvenuta intimazione in forma orale del licenziamento e il datore di lavoro che gli neghi che la cessazione del rapporto sia ascrivibile ad una sua unilaterale iniziativa risolutiva”.

Ragioni della decisione

1. Con il primo motivo parte ricorrente lamenta “violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., commi 1 e 2”, per avere la Corte territoriale posto a suo carico l'onere di provare le dimissioni del lavoratore, nonostante non vi fosse prova certa dell'avvenuta intimazione in forma orale del licenziamento, ma soltanto del fatto oggettivo della cessazione del rapporto lavorativo. A dire della società, le dimissioni del T.M. sarebbero comunque per *facta concludentia* e non vi sarebbe la prova dell'avvenuta estromissione, piuttosto che quella dell'allontanamento volontario.
2. Tale censura pone la questione individuata dalla Sesta sezione di questa Corte circa la ripartizione degli oneri probatori in materia di licenziamento orale e che ha determinato la rimessione in pubblica udienza destinata, ai sensi dell'art. 375 c.p.c., u.c., aggiunto dal D.L. n. 168/2016, art. 1-*bis*, comma 1, lett. a), n. 2, conv., con modificazioni, nella legge n. 197/2016, alla trattazione delle questioni di diritto di “particolare rilevanza”.

Approfondimenti

La sollecitazione coglie nella giurisprudenza di legittimità delle disarmonie che hanno dato luogo a letture talvolta non convergenti di vicende processuali contigue ed induce la Corte a ribadire ed ulteriormente definire i principi regolatori della materia per scongiurare incertezze applicative.

2.1. Al fine di un ordinato iter motivazionale non si può prescindere da un esame dei precedenti, avuto particolare riguardo alle sentenze che appaiono più significative in ragione delle argomentazioni che le supportano e dell'influenza che hanno esercitato sugli orientamenti successivi.

2.2. Pacificamente viene riconosciuto che anche nel rapporto di lavoro subordinato, come in tutti i rapporti di durata, la parte che ne deduca l'estinzione è tenuta a dimostrare - in conformità al principio relativo alla ripartizione dell'onere probatorio dettato dall'art. 2697 c.c. - la sussistenza di un fatto idoneo alla sua risoluzione.

Tuttavia, a partire da Cass. n. 2853/1995, si è evidenziato che nel sistema di regolazione dei licenziamenti individuali "il fatto costitutivo del diritto alla riassunzione e poi alla reintegrazione, secondo le variazioni della legge n. 300/1970, è un fatto - il licenziamento appunto - attribuibile alla sola iniziativa del datore di lavoro, alla quale non corrisponde una identica iniziativa del lavoratore". Da tale rilievo ne è scaturito l'assunto, poi sintetizzato nella massima, secondo cui: "la prova gravante sul lavoratore che domandi la reintegrazione nel posto di lavoro è quella della estromissione dal rapporto, mentre la controdeduzione di un fatto che nega il licenziamento e collega la estromissione dal rapporto ad asserite dimissioni del lavoratore assume la valenza di una eccezione in senso stretto, il cui onere probatorio ricade sull'eccepente ai sensi dell'art. 2697 c.c., comma 2".

Nella parte motiva della decisione si spiega come debba essere intesa l'asimmetria rilevata dalla Corte circa l'iniziativa del recesso che conduce al pur comune effetto della "estromissione" dal rapporto lavorativo e che si sviluppa sul piano della prova. Si sottolinea che "quando comunque il materiale probatorio sia stato raccolto, la valutazione dei possibili significati della prova deve essere compiuta quantomeno con specifica attenzione alla peculiarità delle facoltà attribuite ai contraenti e ai poteri attribuiti al datore di lavoro"; "in special modo l'indagine del giudice del merito deve essere rigorosa, data la gravità delle relative conseguenze in relazione a beni giuridici che formano oggetto di tutela privilegiata da parte dell'ordinamento, quando si tratti di stabilire il significato di una dichiarazione o di un comportamento cui si assegni valore negoziale di recesso del lavoratore (cosiddette dimissioni), in tal caso dovendosi stabilire, attraverso l'interpretazione dell'atto di recesso e la valutazione dei comportamenti in concreto osservati dal lavoratore, che da parte sua sia stata manifestata in modo univoco l'incondizionata volontà di porre fine al rapporto e che tale volontà sia stata idoneamente comunicata alla controparte".

2.3. Il principio tutto fondato sulla contrapposizione tra "prova della estromissione" gravante sul lavoratore e "prova delle dimissioni" quale eccezione in senso stretto di pertinenza datoriale è rifluito in numerose massime (tra le altre: Cass. n. 4717/2000; Cass. n. 14977/2000; Cass. n. 14082/2010; Cass. n. 21684/2011), senza che risulti sempre agevole decifrare a quale degli oneri probatori si debba dare priorità nella contesa processuale ovvero prevalenza in caso di incertezza (ciò emergendo talvolta dall'esame delle fattispecie concrete, come accade, ad esempio, in Cass. n. 610/2015 o in Cass. n. 25847/2018, dalle quali risulta la soccombenza del lavoratore che non aveva fornito la prova del licenziamento orale).

2.4. Verso la metà del decennio scorso una serie di pronunce dall'impianto argomentativo sovrapponibile è giunta ad affermare che "la prova gravante sul lavoratore - che chieda giudizialmente la declaratoria di illegittimità dell'estinzione del rapporto - riguarda esclusivamente la cessazione del rapporto lavorativo cioè la estromissione del lavoratore dal luogo di lavoro", atteso che il licenziamento "costituisce un atto unilaterale di recesso con cui una parte dichiara all'altra la sua volontà di estinguere il rapporto e che, quindi, non può che essere comprovato da chi abbia manifestato tale volontà di recedere, non potendo la parte (la quale abbia subito il recesso) provare una circostanza attinente alla sfera volitiva del recedente", per cui "deve confermarsi che l'onere della prova del licenziamento grava sul datore di lavoro" (in termini: Cass. n. 10651/2005, ma v. pure Cass. n. 7614/2005; Cass. n. 5918/2005; Cass. n. 22852/2004; Cass. n. 2414/2004).

All'orientamento che ritiene sufficiente per il lavoratore che impugna il licenziamento orale la prova della "cessazione" del rapporto lavorativo si sono adeguate successive decisioni (v. Cass. n. 18087/2007; Cass. n. 155/2009).

2.5. Esprimono, invece, un diverso avviso significativi precedenti di questa Corte.

Innanzitutto Cass. n. 12520/2000 secondo cui il termine "estromissione" vale quale "sinonimo" di quello di "espulsione" e, perciò, di "licenziamento", non potendo quindi intendersi usato come "artificio verbale di chiamare estromissione ogni cessazione del rapporto di cui non sia chiara la genesi". Per la sentenza citata "non è contestabile che la stessa esistenza del licenziamento deve configurarsi quale fatto costitutivo della domanda di impugnazione del licenziamento, conseguendone che, ai sensi dell'art. 2697 c.c., deve ritenersi gravante sul proponente dell'azione l'onere di fornire la prova dell'evento licenziamento, non potendo certamente ritenersi che, in materia, viga una regola di inversione dell'onere probatorio, secondo la quale il lavoratore possa limitarsi a una mera allegazione della circostanza, restando obbligato il datore di lavoro a fornire la dimostrazione che il recesso sia stato dovuto ad altra causa, essendo invece sufficiente che - ai sensi della disciplina dettata in via generale dal codice in tema di ripartizione dell'onere probatorio - il convenuto si limiti alla semplice negazione del fatto costitutivo del diritto esercitato dalla controparte. Evidentemente, nella ipotesi in cui esso

Approfondimenti

convenuto abbia contrapposto una difesa che sia specificamente articolata su fatti diversi da quelli posti a base della domanda avversaria, sorgerà, in concreto, un onere probatorio a suo carico, circa le eccezioni proposte, nel momento in cui la controparte abbia fornito la prova del suo assunto”.

Nella medesima prospettiva si colloca Cass. n. 6727/2001 che prende esplicitamente atto come le pronunce della Corte “negli ultimi anni intervenute sull’argomento non sono tutte pienamente concordanti”. Giudica che “l’espressione estromissione dal rapporto di lavoro in realtà appare equivoca”; considera poi che “se si intende alludere alla semplice constatazione della cessazione di fatto dell’attuazione del rapporto, si introdurrebbe, in assenza di una previsione di legge in tal senso, una sorta di esonero del lavoratore dall’onere della prova riguardo alla effettiva esistenza di un licenziamento” per cui “in tali sensi il principio enunciato non può essere condiviso, dovendosi riaffermare invece (...) che il lavoratore, il quale invoca i rimedi contro il licenziamento illegittimo, ha l’onere di provare l’esistenza del licenziamento”. “Se invece si allude - continua la Corte - ad uno specifico comportamento del datore di lavoro, che a un certo punto abbia rifiutato le prestazioni offerte dal lavoratore la conclusione non può cambiare, nel senso che in linea di principio le prove acquisite devono essere idonee a dimostrare o che nell’occasione specifica è intervenuto un licenziamento per fatti concludenti, oppure che tale comportamento rappresenta la conseguenza di un precedente licenziamento, di cui detto rifiuto delle prestazioni eventualmente costituisca un concorrente elemento di prova”.

2.6. È invece comune ad entrambi gli orientamenti ed è costante nella giurisprudenza di legittimità la cura di precisare, proprio sulla scorta di Cass. n. 2853/1995 cit., che, ove nel giudizio si contrappongano le tesi del licenziamento e delle dimissioni, l’indagine del giudice del merito deve essere particolarmente “rigorosa” nell’apprezzamento del materiale probatorio laddove si intenda dimostrare che il lavoratore abbia rinunciato al posto di lavoro quale bene giuridico primario (tra le altre cfr. Cass. n. 6900/2016; Cass. n. 15556/2016; Cass. n. 22901/2010; Cass. n. 7839/2000; Cass. n. 5427/1999).

Anche Cass. n. 6727/2001 cit. argomenta che, “in caso di cessazione dell’attuazione del rapporto di lavoro, caratterizzata dalla assenza di atti formali di licenziamento o di dimissioni, e di contrapposizione di tesi in giudizio circa la causale di detta cessazione, il giudice di merito, ai fini dell’accertamento del fatto, deve prestare particolare attenzione, indagando la rilevanza ai fini sostanziali o probatori nel caso concreto anche degli eventuali episodi consistenti nell’offerta delle prestazioni da parte del lavoratore e nel rifiuto o mancata accettazione delle stesse da parte del datore di lavoro”.

2.7. Per completezza si rileva che è estranea alla questione che ci occupa l’ipotesi in cui sia pacifico tra le parti il fatto dell’estinzione del rapporto di lavoro a seguito di un licenziamento, controvertendosi solo del *quomodo* della forma del licenziamento, per cui in questo caso è il datore di lavoro tenuto a dimostrare i requisiti di forma e di efficacia del licenziamento (cfr. Cass. n. 5061/2016).

Parimenti esercita solo indiretta influenza sulla descritta vicenda giurisprudenziale la legislazione che nel corso del tempo ha assoggettato ad una disciplina particolarmente rigorosa in termini di forma l’atto di manifestazione di volontà del lavoratore di risolvere il rapporto (v. Cass. n. 24750/2017).

3. Così delineato il quadro della giurisprudenza sul tema, questa Corte intende dare continuità al secondo degli indirizzi richiamati, ancora di recente ribadito affermando che, in punto di ripartizione dell’onere probatorio in caso di dedotto licenziamento orale, la prova gravante sul lavoratore circa la “estromissione” dal rapporto non coincide *tout court* con il fatto della “cessazione del rapporto di lavoro, ma con un atto datoriale consapevolmente volto ad espellere il lavoratore dal circuito produttivo” (Cass. n. 31501/2018).

3.1. Dal punto di vista strutturale il licenziamento è atto unilaterale con cui il datore di lavoro dichiara al lavoratore la volontà di estinguere il rapporto di lavoro, esercitando il potere di recesso.

Chi impugna un licenziamento deducendo che esso si è realizzato senza il rispetto della forma prescritta ha l’onere di provare, oltre la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, il fatto costitutivo della sua domanda rappresentato dalla manifestazione di detta volontà datoriale, anche se realizzata con comportamenti concludenti.

Tale identificazione del fatto costitutivo della domanda del lavoratore prescinde dalle difese del convenuto datore di lavoro, anche perché questi può risultare contumace, ed il conseguente onere probatorio è ripartito sulla base del fondamentale canone dettato dall’art. 2697 c.c., comma 1, secondo cui “chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”.

Non ha riscontro normativo la tesi secondo la quale il lavoratore possa limitarsi a una mera allegazione della circostanza dell’intervenuto licenziamento, obbligando il datore di lavoro a fornire la dimostrazione che l’estinzione del rapporto di durata sia dovuta ad altra causa, perché in tal caso si realizzerebbe una inversione dell’onere probatorio non prevista dall’ordinamento.

Non prevista dalla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali, che pone a carico del datore di lavoro l’onere di provare che il licenziamento sia giustificato (legge n. 604/1966, art. 5), ma non anche che la risoluzione del rapporto sia ascrivibile ad una volontà datoriale. Inversione dell’onere probatorio non evincibile neanche in via sistematica perché sia la ricostruzione della volontà di licenziare, sia eventuali difficoltà nel fornire la prova gravante sul lavoratore, trovano adeguato contrappeso in un utilizzo appropriato anche delle presunzioni affidate al prudente apprezzamento del giudice.

Approfondimenti

3.2. Ciò posto, la mera cessazione definitiva nell'esecuzione delle prestazioni derivanti dal rapporto di lavoro non è di per sé sola idonea a fornire la prova del licenziamento, trattandosi di circostanza di fatto di significato polivalente, in quanto può costituire l'effetto sia di un licenziamento, sia di dimissioni, sia di una risoluzione consensuale.

Tale cessazione non equivale a "estromissione", parola sovente utilizzata nei precedenti citati ma che non ha un immediato riscontro nel diritto positivo per cui alla stessa va attribuito un significato normativo, sussumendola nella nozione giuridica di "licenziamento", e quindi nel senso di allontanamento dall'attività lavorativa quale effetto di una volontà datoriale di esercitare il potere di recesso e risolvere il rapporto.

L'accertata cessazione nell'esecuzione delle prestazioni può solo costituire circostanza fattuale in relazione alla quale, unitamente ad altri elementi, il giudice del merito possa radicare il convincimento, adeguatamente motivato, che il lavoratore abbia assolto l'onere probatorio sul medesimo gravante circa l'intervenuta risoluzione del rapporto di lavoro ad iniziativa datoriale.

3.3. In generale, ove il datore di lavoro deduca che un rapporto di lavoro si è estinto per le dimissioni del lavoratore, sia che lo faccia in via di azione che in via di eccezione, sul datore medesimo grava la prova del fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione.

In entrambi i casi tale prova avente ad oggetto la volontà dismissiva del lavoratore dovrà essere vagliata con adeguato rigore, data la gravità delle conseguenze derivanti dall'incidenza su beni che formano oggetto di tutela privilegiata da parte dell'ordinamento.

Fermi gli eventuali vincoli di forma stabiliti per l'atto delle dimissioni dalla legislazione *pro tempore* vigente, l'accertamento del significato di una dichiarazione o di un comportamento del lavoratore cui si attribuisca la valenza di un recesso dovrà essere condotto tenuto conto di tutte le circostanze in cui la risoluzione si è verificata, delle condizioni di interesse di ciascuna delle parti alla prosecuzione del rapporto ovvero alla sua estinzione, della diversità di poteri e di facoltà attribuiti ai contraenti nel rapporto di lavoro.

3.4. In particolare, laddove il licenziamento sia impugnato come orale, nel caso in cui il datore di lavoro opponga invece che il rapporto si è estinto per le dimissioni del dipendente, tanto più se presentate nello stesso contesto spazio temporale, il giudice sarà chiamato a ricostruire i fatti con accurata indagine probatoria onde esprimere all'esito il proprio convincimento su come debbano essere giuridicamente qualificati detti fatti, e cioè se come licenziamento ovvero come dimissioni.

In siffatto accertamento, inoltre, il giudice del merito dovrà osservare il criterio per cui costituisce carattere tipico del rito del lavoro il contemperamento del principio dispositivo con le esigenze della ricerca della verità materiale, di guisa che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o di decadenze in danno delle parti (cfr. Cass. S.U. n. 11353/2004).

3.5. Nel caso residuale in cui perduri una non superabile incertezza probatoria, opererà la regola dell'art. 2697 c.c. in base alla quale il lavoratore che non ha provato il fatto costitutivo della sua domanda la vedrà respinta, anche se non risultino provate neanche le dimissioni eccepite dal datore, in ossequio al risalente principio processuale secondo cui l'onere probatorio del convenuto in ordine alle eccezioni da lui proposte sorge in concreto solo quando l'attore abbia a sua volta fornito la prova dei fatti posti a fondamento della domanda, sicché l'insufficienza (o anche la mancanza) della prova sulle circostanze dedotte dal convenuto a confutazione dell'avversa pretesa non vale a dispensare la controparte dall'onere di dimostrare adeguatamente la fondatezza nel merito della pretesa stessa (cfr. Cass. n. 1522/1983; Cass. n. 3148/1985; Cass. n. 3099/1987; Cass. n. 2680/1993; Cass. n. 5192/1998; Cass. n. 8164/2000; Cass. n. 3642/2004; Cass. n. 13390/2007).

4. Alla stregua delle esposte considerazioni la sentenza impugnata merita le censure che le sono mosse con il primo mezzo di gravame, avendo la stessa ritenuto sufficiente ai fini dell'accoglimento della domanda di impugnativa del licenziamento orale che la cessazione del rapporto di lavoro tra le parti fosse pacifica e non contestata e che mancasse la prova delle dedotte dimissioni, pur non risultando acquisita la prova del recesso ad iniziativa datoriale.

Pertanto, decidendo sul motivo di ricorso proposto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, deve essere enunciato, a mente dell'art. 384 c.p.c., comma 1, il seguente principio di diritto:

"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 conclusivi; 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 desumi-

bile dall'art. 2697 c.c., comma 1, rigettando la domanda del lavoratore che non ha provato il fatto costitutivo della sua pretesa".

5. Conclusivamente il primo motivo di ricorso deve essere accolto, con cassazione della sentenza impugnata ed assorbimento del secondo mezzo, successivo in ordine logico, con il quale si denuncia la "violazione della legge n. 604/1966, art. 2", circa il potere da parte di A.A., dipendente dell'A s.r.l., di comminare il licenziamento.

La Corte indicata in dispositivo provvederà a nuovo esame uniformandosi a quanto statuito e regolando anche le spese.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte di Appello di Catanzaro, in diversa composizione, anche per le spese.