

GIORGIO FRUS

SULLA RIPARTIZIONE DELL'ONERE
DELLA PROVA IN ORDINE ALL'INEFFICACIA
DEL LICENZIAMENTO EX ART. 2
DELLA LEGGE 604/1966
E ALLA TEMPESTIVITA' DELLA SUA
IMPUGNAZIONE

Estratto dalla
Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale
ANNO XXXIV - Fasc. 8-9 (1983) Parte I

SOCIETA' EDIZIONI GIURIDICHE DEL LAVORO - ROMA
1983

SULLA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA
IN ORDINE ALL'INEFFICACIA DEL LICENZIAMENTO
EX ART. 2 DELLA LEGGE 604/1966
E ALLA TEMPESTIVITÀ DELLA SUA IMPUGNAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa — 2. L'onere della prova concernente la tempestiva impugnazione del licenziamento: considerazioni preliminari. — 3. (segue): soluzione del problema. — 4. L'onere della prova concernente l'esistenza di un licenziamento orale. — 5. L'onere della prova in ordine alla forma del recesso e alla comunicazione dei motivi.

1. — La portata innovatrice della legge n. 604/66 non si esaurisce, come è noto, nell'introduzione del nostro ordinamento di motivi tipici di recesso sindacabili in sede giurisdizionale, ma si estende alla creazione di un vero e proprio « iter procedimentale » nell'irrogazione del licenziamento e nella sua impugnazione da parte del lavoratore.

In base all'art. 2, infatti, il licenziamento deve essere comunicato per iscritto al prestatore di lavoro; questi entro otto giorni può richiederne i motivi, che dovranno essergli comunicati per iscritto entro cinque giorni dalla richiesta. E sia l'intimazione per iscritto che la comunicazione dei motivi sono imposti a pena di inefficacia.

In base all'art. 6, poi, l'impugnazione del licenziamento deve essere proposta con atto scritto (1) entro 60 giorni dalla comunicazione o dalla

(1) La legge stabilisce che il licenziamento possa venire validamente impugnato con « qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore, anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale ». Numerose sono le decisioni giurisprudenziali in ordine all'idoneità di determinati atti scritti ad impugnare validamente un licenziamento: per l'affermazione che costituisce valida impugnativa la richiesta da parte del lavoratore — comunicata al datore di lavoro — del tentativo di conciliazione presso l'Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, ex art. 7 legge n. 604/66 640/66, cfr. Cass. 1° settembre 1982, n. 4750, *Giust. civ.*, Rep. 1982, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 799; Cass. 16 luglio 1980, n. 4625, *Not. giur. lav.*, 1980, p. 605; Cass. 17 luglio 1979, n. 4216, *Giust. civ.*, Rep. 1979, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 494; Cass. 18 novembre 1978, n. 5388, *Foro it.*, 1979, I, c. 26; Cass. 22 settembre 1978, n. 4274, *Mass. giur. lav.*, 1979, p. 826; Cass. 18 febbraio 1975, n. 647, *Or. giur. lav.*, 1975, p. 806; Cass. 5 luglio 1974, n. 1962, *Foro it.*, I, c. 2647; peraltro, secondo Pret. Cassino 9 dicembre 1975, *Or. giur. lav.*, 1976, p. 214, tale richiesta non interrompe il termine di decadenza per impugnare il licenziamento, ove sia effettuata oltre il termine perentorio di venti giorni di cui all'art. 7 legge n. 604/66. Quanto ai soggetti che possono validamente impugnare il licenziamento per conto del lavoratore, la giurisprudenza prevalente ritiene valida l'impugnazione effettuata per il tramite di un legale del lavoratore: in tal senso, cfr. Cass. 1° settembre 1982, n. 4750, cit.; Pret. Milano 6 gennaio 1982, *Lavoro 80*, 1982, p. 476; Trib. Frosinone 25 marzo 1981, *Nuovo diritto*, 1981, p. 630. Pret. Napoli 23 dicembre 1976, *Or. giur. lav.*, 1977, p. 249; Pret. Tivoli 25 ottobre 1976, *Foro it.*, 1977, I, c. 529; Pret. Sanluri

successiva comunicazione dei motivi, a pena di decadenza (1 bis).

La gravità delle sanzioni riconnesse dalla legge al mancato rispetto delle forme e dei termini da essa previsti fa sì che l'accertamento sulla sussistenza dei vizi formali del licenziamento o della sua impugnativa — oltre che oggetto di un'autonoma azione — possa costituire in non poche controversie oggetto di una questione preliminare di merito (2), potenzialmente preclusiva della successiva indagine in ordine alla giusta causa o al giustificato motivo.

Anche rispetto ai requisiti di forma e di tempo del licenziamento, della comunicazione dei motivi e della dichiarazione di impugnativa del lavoratore si pone pertanto un problema di distribuzione dell'onere della

20 maggio 1969, *id.*, Rep. 1970, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 502; in senso contrario, cfr. Cass. 17 gennaio 1983, n. 375, *Giust. civ.* 1983, I, p. 724; Pret. Vercelli 3 febbraio 1981, *Or. giur. lav.*, 1981, p. 759; Trib. Bari 17 aprile 1978, *Foro it.*, 1979, I, c. 1308, che non considera l'atto scritto idoneo a impugnare il licenziamento, ove non provenga dal lavoratore o dalle organizzazioni sindacali (nella specie trattavasi della lettera di un legale). Ritiene idonea impugnazione del licenziamento la denuncia di controversia sindacale, avente in calce la delega del lavoratore, notificata al datore di lavoro unitamente alla convocazione per il tentativo di conciliazione di cui all'art. 7 legge n. 604/66, Trib. Torino 10 gennaio 1977, *Not. giur. lav.*, 1977, p. 380. Più in generale, per la validità dell'impugnazione del licenziamento effettuata dal sindacato provvisto di delega del lavoratore, cfr. Trib. Torino 5 aprile 1978, *id.* 1978, p. 685, nonché Pret. Torino 7 dicembre 1977, *id.* 1979, p. 194. Secondo Pret. Genova 26 marzo 1979, *Foro it.*, 1979, I, c. 1308, è sufficiente che l'atto scritto con cui si impugna il licenziamento sia spedito entro il termine di decadenza, essendo irrilevante che sia pervenuto al datore di lavoro successivamente alla scadenza di tale termine; Pret. Cassino 7 luglio 1980, *Giur. mer.*, 1981, p. 1, precisa che, stante la natura recettizia dell'atto di impugnazione del licenziamento, « per impedire la decadenza *ex art.* 6 legge 604/1966 non è sufficiente la spedizione della comunicazione dell'impugnazione, incombendo sul lavoratore anche la prova della sua ricezione ».

(1 bis) Con una pronuncia recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno statuito (cfr. sent. 18 ottobre 1982, n. 5396, *Foro it.* 1983, I, c. 1337) che ove il datore di lavoro comunichi a un dipendente il licenziamento come dovuto a riduzione di personale, questi è esonerato dall'onere di impugnarlo nel termine di 60 giorni di cui all'art. 6 della legge n. 604 del 1966, ed in caso di accertamento della carenza degli estremi del licenziamento collettivo può far valere i suoi diritti relativi all'illegitima risoluzione del rapporto di lavoro negli ordinari termini di prescrizione; in senso conforme, cfr. Cass. 14 dicembre 1982, n. 6897, *Giust. civ.*, Rep. 1982, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 810.

Altra fattispecie di licenziamento sottratta all'onere di impugnativa nel termine di sessanta giorni dalla sua comunicazione è ravvisabile, secondo Cass. 23 novembre 1982, n. 6313, *Giur. it.* 1983 I, 1, c. 899, nel licenziamento della lavoratrice per causa di matrimonio, disciplinato dalla legge n. 7 del 1963, la cui impugnazione è soggetta agli ordinari termini dell'azione di nullità.

(2) La dottrina non ha una posizione concorde, neppure sul piano terminologico, rispetto alla complessa problematica dell'inserimento nel processo di questioni pregiudiziali e/o preliminari attinenti al merito e/o al processo. Sottolinea l'esigenza di un « rigoroso quadro terminologico », e ritiene preferibili le formulazioni adottate dal legislatore (« questioni preliminari di merito » e « questioni pregiudiziali di rito ») C. NATOLI, *Eccezioni e questioni di merito, preliminari di merito e pregiudiziali di rito*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 421 e p. 424, pur notando che la prevalente dottrina, con un'attribuzione inversa a quella adoperata dal legislatore, nell'ambito

prova (3) fra le parti all'interno delle varie azioni di impugnativa del licenziamento (4); e il tema offre spunti di particolare interesse così nell'ordi-

della medesima lite riferisce « la preliminarità alle questioni processuali e la pregiudizialità alle questioni materiali ». Discusso è altresì il rapporto intercorrente fra la questione pregiudiziale di cui può essere provocata la decisione, ai sensi dell'art. 34 c.p.c., mediante la domanda di accertamento incidentale, e la questione preliminare di merito, di cui all'art. 187, 2° comma, c.p.c.: la maggioranza degli autori ritiene che i due concetti vadano tenuti nettamente distinti (cfr. CERINO CANOVA, *Sul contenuto delle sentenze non definitive di merito*, *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 256 ss.; MONTESANO, *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, *id.*, 1969, p. 582, nota 7; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, 1960, vol. II, p. 54; ANDRIOLI, *Commento al cod. proc. civ.*, 1956, vol. II, p. 92; LIEBMAN, *Figure e forme della rimessione della causa al collegio*, *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 299, nota 1); secondo altri vi sarebbe invece identità concettuale tra l'una e l'altra questione (cfr. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, 1975, p. 53, che qualifica « questioni preliminari » le questioni pregiudiziali di merito; REDENTI, *Diritto processuale civile*, 1953, vol. II, p. 195, il quale, per contro, definisce « questioni pregiudiziali di merito » le questioni preliminari); non manca, infine, chi riconduce le questioni preliminari di merito alla più ampia categoria delle questioni pregiudiziali (cfr. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 220; voce *Questioni pregiudiziali*, in *Novissimo digesto italiano*, 1967, vol. XIV, n. 2). Per un'interpretazione restrittiva del significato dell'espressione « questioni preliminari di merito », identificate esclusivamente in « quelle che si ricollegano ad un'eccezione in senso proprio, e cioè alla prospettazione di un fatto estintivo, impeditivo o modificativo degli effetti giuridici del fatto, posto dall'attore a fondamento della sua domanda », cfr. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 260 ss.

(3) In generale, sul problema dell'onere della prova cfr. in dottrina: AUGENTI, *L'onere della prova*, 1932; LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, 1927; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, 1940; MICHELI, *L'onere della prova*, 1942; D'ONOFRIO, *Delle prove*, in *Commentario del codice civile* diretto da D'AMELIO, 1943; CARNELUTTI, *La prova civile*, 1947; DE STEFANO, *Collisione di prove civili*, 1951; LA SERRA, *La prova civile*, 1957; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 399 ss.; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, 1958, p. 265 ss.; GENTILE, *La prova civile*, 1960; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, 1962; ANDRIOLI, voce *Prova - Diritto processuale civile*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1967, vol. XIV, p. 260 ss.; DE LISE, *Delle prove*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da DE MARTINO, *Libro VI - Della Tutela dei diritti*, 1971; NATOLI e FERRUCCI, *Della Tutela dei diritti. Trascrizione - Prove*, in *Commentario del Codice civile*, libro IV, tomo I, 1971, p. 316 ss.; SCARDACCIONE, *Le prove*, 1971; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, 1974.

(4) Per alcuni aspetti particolari della problematica relativa all'onere della prova nell'azione di impugnativa del licenziamento, cfr.: in tema di licenziamenti per eccessiva morbilità, licenziamenti c.d. di rappresaglia, licenziamenti per giustificato motivo e licenziamenti collettivi, CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *q. Riv.*, 1982, I, p. 3 ss., nn. 7.1, 7.2, 7.3, e 7.4; sui licenziamenti collettivi, RAMPAZZI GONNET, *Sull'onere della prova nell'impugnazione dei licenziamenti collettivi*, *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 491 ss.; riguardo i presupposti di validità del recesso *ad nutum*, LASAGNO, *Riflessioni sull'art. 5 della legge 604/1966: la ripartizione dell'onere della prova sui presupposti di validità del recesso « ad nutum »*, in *q. Riv.*, 1980, I, p. 83 ss.; in ordine alla procedura di cui all'art. 700 c.p.c., FRUS, *L'onere della prova sul « fumus boni iuris » nei provvedimenti d'urgenza in tema di licenziamento*, *id.*, 1980, I, p. 65 ss.; rispetto al licenziamento orale, ALLEVA, *L'onere della prova nel dilemma giudiziario tra dimissioni orali e licenziamento orale*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 349 ss.

naria azione di impugnativa per illegittimità, come nella specifica azione di inefficacia.

Ci si chiede in particolare se incomba o meno sul lavoratore l'onere di provare: a) nell'ambito della prima delle predette azioni, l'esistenza di una tempestiva impugnazione stragiudiziale del recesso; b) nell'ambito della seconda, l'esistenza di un licenziamento orale, ovvero l'assenza o intempestività della comunicazione dei motivi.

2. — L'indagine in ordine al quesito prospettato *sub a)* impone innanzi tutto di procedere ad un'ulteriore articolazione di quello schema ricostruttivo che vede il lavoratore gravato dall'onere di provare l'esistenza del rapporto e dell'intervenuto licenziamento — quali fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio — rimettendo al datore di lavoro di dimostrare, in via di eccezione, la sussistenza di un valido motivo di recesso (5).

In considerazione, infatti, dell'esistenza di un termine di decadenza di 60 giorni per impugnare il licenziamento, qualora l'azione giudiziaria venga iniziata oltre detto termine (6), ci si potrebbe chiedere se il lavora-

(5) Cfr. PROTO PISANI (ANDRIOLI, PEZZANO, BARONE), *Le controversie in materia di lavoro*, 1974, p. 73, che sottolinea come incomba sul datore di lavoro l'onere della prova non solo dell'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso ma anche della sussistenza dei requisiti di validità del recesso di cui agli artt. 10 e 11 legge n. 604 del 1966 e 35 legge n. 300 del 1970, da considerarsi anch'essi fatti impeditivi della pretesa dedotta in giudizio dal lavoratore. Per ulteriori argomentazioni in tal senso cfr. LASAGNO, *Riflessioni sull'art. 5 della legge 604/1966: la ripartizione dell'onere della prova sui presupposti di validità del recesso « ad nutum »*, in *q. Riv.*, 1980, I, p. 89 ss. In giurisprudenza, la Corte di Cassazione [ha affermato] che il lavoratore che impugna il licenziamento [deve] provare soltanto la sussistenza del rapporto dedotto in giudizio e la sua risoluzione ad opera del datore di lavoro, al quale spetta per contro di dimostrare di essere esonerato nel caso specifico dal divieto di recesso: cfr. Cass. 9 ottobre 1980, n. 5423, *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 763; Cass. 16 novembre 1978, n. 5320, in *q. Riv.*, 1979, II, p. 98; in particolare, è stato ritenuto che per quanto concerne la questione dell'applicabilità della legge n. 604 del 1966 o dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, l'onere della prova in ordine alle dimensioni dell'impresa incomba sul datore di lavoro: Cass. 7 aprile 1981, n. 1957, *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 1869; Cass. 16 novembre 1978, n. 5320, *id.*, Rep. 1978, voce *cit.*, n. 1149; in senso contrario, cfr. Cass. 5 marzo 1983, n. 1659, *id.* 1983, I, c. 892, la quale addossa invece al lavoratore l'onere della prova sulle dimensioni aziendali.

(6) L'ipotesi in cui il lavoratore abbia impugnato il licenziamento, ai sensi dell'art. 6 legge n. 604/1966, direttamente mediante domanda giudiziale, è stata oggetto di decisioni contrastanti della Corte di Cassazione, che ha manifestato opinioni diverse in ordine alle attività processuali che devono essere compiute entro il termine di decadenza di cui al citato art. 6: secondo Cass. 11 ottobre 1978, n. 4560, *Foro it.*, 1979, I, c. 69, è sufficiente, ad impedire la decadenza, che entro sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento il ricorso introduttivo del rito del lavoro sia depositato in cancelleria; successivamente, invece, la Corte di Cassazione (sent. 19 ottobre 1981, n. 5468, *id.* 1982, I, c. 90) ha ritenuto non tempestiva l'impugnazione del licenziamento nell'ipotesi in cui il ricorso al pretore nel termine di cui all'art. 6 lett. n. 604/1966 sia stato soltanto depositato in cancelleria, e non anche portato a conoscenza del datore di lavoro; in senso conforme a tale ultima decisione si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che hanno risolto il contrasto verificatosi nell'ambito della sezione lavoro: cfr. Cass. 18 ottobre 1982, n. 5395, *id.* 1982, I, c. 3019. Cfr. anche Cass. 9 dicembre 1982, n. 6750, *Lavoro* 80, 1983, p. 238, la quale, pur

tore debba allegare e dimostrare, come ulteriore fatto costitutivo del suo diritto, di avere tempestivamente e ritualmente impugnato il recesso con atto stragiudiziale.

Ma la natura di tale termine induce a spostare il discorso su un piano più ampio, esaminando come dottrina e giurisprudenza abbiano affrontato in generale il problema della ripartizione degli oneri probatori in tema di decadenza.

Al riguardo, una parte della dottrina sottolinea l'estrema difficoltà di individuare un criterio unitario che consenta di decidere se incombe a chi eccepisce la decadenza l'onere di dimostrarla o se invece incombe a chi fa valere il diritto l'onere di dimostrare che la decadenza non si è verificata (7).

Di tale difficoltà sarebbe indice esplicito l'orientamento della giurisprudenza, da tempo cristallizzatosi in due distinti filoni interpretativi: il primo, più generale, per il quale chi eccepisce una decadenza deve dare la prova che si siano verificate tutte le circostanze a cui era condizionata, cioè i fatti su cui si fonda (8); il secondo, che — con particolare riferimento alle azioni di garanzia per i vizi della cosa nella compravendita o dell'opera nell'appalto — addossa al compratore (ovvero al committente) l'onere di provare di aver effettuato la denuncia dei vizi entro i termini di decadenza previsti dalla legge (9). In tali fattispecie la denuncia tempestiva verrebbe infatti ad assumere la veste di una « condizione dell'azio-

ritenendo necessaria la notificazione del ricorso nel termine di cui all'art. 6 l. n. 604/1966 al fine di evitare la decadenza, ammette che il lavoratore, entro tale termine, possa avvertire il datore di lavoro dell'esistenza del ricorso con mezzi anche diversi dalla notificazione, ma pur sempre per iscritto. In dottrina, nello stesso senso di Cass. n. 4560 del 1978, cfr. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, 1980, p. 50 ss.; TRISORZIO LIUZZI, *La pendenza dei processi da ricorso*, *Dir. giur.* 1979, p. 262 ss. e p. 282; in senso conforme, invece, alla tesi espressa da Cass. n. 5468 del 1981 e 5395 del 1982 cfr. ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, 1981, p. 331; PEZZANO (ANDRIOLI, BARONE, PROTO PISANI), *Le controversie in materia di lavoro*, 1974, pp. 178-179.

(7) Cfr. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, 1974, pp. 381-382, il quale rileva come sia fallito il tentativo di individuare un criterio unitario quanto alla disciplina degli oneri probatori sulla decadenza. Analogamente, già RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da BIGIAVI, 1968, p. 485.

(8) In tal senso cfr. Cass. 5 febbraio 1968, n. 375, *Giust. civ.*, Mass. 1968, p. 185; Cass. 6 maggio 1966, n. 1164, *id.*, Mass. 1966, p. 666; Cass. 27 gennaio 1966, n. 316, *id.*, 1966, I, p. 457; Cass. 30 giugno 1960, n. 1728, *id.*, 1960, I, p. 2103; Cass. 16 luglio 1955, n. 2288, *id.*, Mass. 1955, p. 855; Cass. 18 giugno 1943, n. 1522, *Foro it.*, Rep. 1943-45, voce *Decadenza*, n. 1.

(9) In tal senso, cfr. Cass. 23 giugno 1967, n. 1553, *Giust. civ.*, Mass. 1967, p. 822; Cass. 24 marzo 1966, n. 782, *id.*, Mass. 1966, p. 466; Cass. 10 settembre 1958, n. 2993, *Sett. cass.*, 1958, p. 618; Cass. 18 luglio 1956, n. 2788, *Foro it.*, Mass. 1956, c. 511; Cass. 27 giugno 1956, n. 2338, *Giust. civ.*, Mass. 1956, p. 789; Cass. 23 luglio 1954, n. 2629, *id.*, 1955, I, p. 263; Cass. 8 gennaio 1953, n. 23, *id.*, 1953, I, p. 19; Cass. 29 luglio 1952, n. 2376, *Foro it.*, Mass. 1952, c. 557. *Contra*, fra le decisioni di merito, cfr. l'isolata pronuncia di Trib. Napoli 16 giugno 1972, *Dir. giur.*, 1975, p. 762, per il quale « l'onere di provare la decadenza ricade sul venditore che l'ha eccepita, in quanto trattasi di eccezione in senso stretto rientrante fra quelle contem-

ne » (10), che dovrebbe essere provata dall'attore ove il convenuto, con un'eccezione in senso lato, ne contesti la sussistenza.

Una simile ricostruzione, se conduce all'apprezzabile risultato pratico di esonerare il convenuto dal fornire la prova, assai difficoltosa, del mancato compimento dell'atto ad opera della controparte nel termine stabilito dalla legge, pare assai meno persuasiva sul piano dogmatico, per l'ambiguità del richiamo alla categoria processuale delle condizioni dell'azione, i cui contorni si configurano diversamente a seconda che si aderisca all'uno o all'altro dei vari concetti di azione elaborati dalla dottrina (11).

plate nel comma 2º, art. 2697 c.c. Infatti la mancata o intempestiva denuncia viene a concretare una condizione risolutiva del diritto preesistente (alla garanzia) ».

(10) Per la qualificazione della tempestiva denuncia dei vizi come condizione dell'azione, cfr. Cass. 21 marzo 1977, n. 1095, *Giust. civ.*, Rep. 1977, voce *Appalto*, n. 16; Cass. 12 novembre 1976, n. 4183, *id.*, Rep. 1976, voce *Vendita*, n. 75; Cass. 29 luglio 1975, n. 2935, *id.*, Rep. 1975, voce *Appalto*, n. 20, secondo cui: « in tema di appalto, la denuncia tempestiva dei vizi o delle difformità dell'opera costituisce una necessaria condizione dell'azione di garanzia; ma da ciò non deriva che il giudice sia tenuto, anche in difetto di contestazione, ad accertare d'ufficio l'eventuale intempestività della denuncia, poiché non può essere rilevata d'ufficio, in contrasto con il disposto dell'art. 2969 cod. civ. una decadenza in materia non sottratta alla disponibilità delle parti », nonché: Cass. 20 marzo 1973, n. 794, *id.*, Rep. 1973, voce *Vendita*, n. 54; Cass. 24 marzo 1966, n. 782, *id.*, Mass. 1966, p. 466. In dottrina, in senso conforme, cfr. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, 1962, pp. 832-833; MAGAZZÙ, voce *Decadenza (diritto civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, 1968, vol. V, p. 240. *Contra*, cfr. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, 1972, p. 916, che giudica contraddittorio qualificare la tempestiva denuncia del vizio come condizione dell'azione negando al contempo la possibilità di rilevare d'ufficio l'eventuale intempestività della denuncia.

(11) In generale, sul concetto di azione, cfr., in dottrina, ROCCO A., *La sentenza civile*, 1906; CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi in onore Chiovenda*, 1927, p. 221 ss.; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, 1930, p. 3 ss.; BETTI, *Ragione e azione*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 205 ss.; CALAMANDREI, *Relatività del concetto di azione*, *id.*, 1939, I, p. 22 ss.; GARBAGNATI, *Sostituzione processuale*, 1942; LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 47 ss.; MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, 1951; GARBAGNATI, *Azione e interesse*, *Jus*, 1955, p. 316 ss.; MICHELI, *Giurisdizione e azione*, *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 107 ss.; FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, 1957. Una parte della dottrina ricollega la definizione dell'azione al contenuto del provvedimento giurisdizionale, qualificandola come aspirazione a un provvedimento giurisdizionale di qualsiasi contenuto (cfr. ROCCO A., *La sentenza...*, cit., n. 31; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, 1936, I, p. 888 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, 1964, I, pp. 64-66), ovvero come aspirazione a un provvedimento di merito (cfr. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 1980, I, p. 134; dello stesso autore: *L'azione nella teoria del processo civile*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 47 ss. Analogamente MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, 1959, I, pp. 16-17; nonché FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Fumo*, II, 1973, n. 24, p. 272), o come aspirazione a un provvedimento favorevole a chi ha proposto la domanda (cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1953, I, p. 20 ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1941, I, pp. 130-131; REDENTI, *Diritto processuale civile*, 1957, I, p. 45 ss.; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, 1980, pp. 13-14).

È evidente infatti come l'inquadramento della tempestività denuncia dei vizi nelle azioni di garanzia in tema di compravendita e appalto nella categoria delle condizioni dell'azione, implichi l'adesione alla teoria che definisce l'azione come diritto all'ottenimento di un provvedimento favorevole (12), e che inserisce fra le condizioni dell'azione anche l'esistenza del diritto dedotto in giudizio; ma, in tal caso, ci sembra che la circostanza in discorso verrebbe sostanzialmente a configurarsi come un vero e proprio fatto costitutivo del diritto.

Ed è proprio a tale categoria concettuale, peraltro assai meno ambigua sul piano terminologico, che fa riferimento quella dottrina la quale, negando in generale efficacia estintiva alla decadenza, ritiene che « l'attività del soggetto combinata col mancato decorso del tempo » (13) funga da atto costitutivo della domanda, la cui mancata dimostrazione determina l'automata soccombenza dell'attore, anche ove il convenuto non abbia sollevato una specifica eccezione.

Senonché, quanto meno in materia di diritti disponibili, una simile ricostruzione trova un ostacolo insormontabile nel disposto dell'art. 2969 c.c. che in tale materia subordina all'eccezione di parte l'operatività della decadenza (14).

E se è pacifico che nell'azione di garanzia per vizi in tema di compravendita ed appalto si verte in materia squisitamente disponibile, e che pertanto la decadenza dalla denuncia dei vizi non può essere rilevata d'ufficio, altrettanto deve dirsi in ordine alla decadenza di cui all'art. 6 della legge n. 604/66 (15).

In entrambi i casi infatti la previsione di un termine di decadenza non risponde certo ad esigenze di tutela di interessi generali o di ordine pubblico, bensì a specifiche esigenze del soggetto nei cui confronti può essere fatto valere il diritto alla garanzia o alla reintegrazione nel posto

(12) Cfr. LIEBMAN, *Manuale*, cit., vol. I, p. 35, il quale rileva che l'azione concepita come il diritto ad ottenere un provvedimento favorevole raffigura « un concetto ibrido, perché sarebbe condizionato a presupposti tanto di diritto processuale, quanto di diritto sostanziale ».

(13) Così GIUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, 1943, p. 14; in senso conforme, cfr. SARACENO, *Della decadenza*, in *Commentario al codice civile*, diretto da M. D'AMELIO, *Libro della tutela dei diritti*, 1943, p. 1048 ss.; GENTILE, *Prescrizione estintiva e decadenza*, 1964, p. 117 ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, p. 129.

(14) Rileva l'insanabile contraddittorietà fra una ricostruzione che consideri la decadenza rilevabile *ipso iure* e il disposto degli artt. 2966 e 2969 cod. civ., che vengono giudicati « privi di sistematica coerenza » lo stesso GIUSIANA, *op. cit.*, p. 33.

(15) Qualificano espressamente « disponibile e rinunciabile » il diritto del lavoratore che ha subito il recesso di accettare o contestare il licenziamento, Cass. 8 gennaio 1980, n. 150, *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 218, nonché Cass. 21 giugno 1980, n. 3920, *Notiz. giur. lav.*, 1980, p. 505, la quale peraltro precisa che deve ritenersi invece irrinunciabile ex art. 2113 cod. civ. il diritto del lavoratore a che il recesso del datore di lavoro dal rapporto sia attuato solo nelle ipotesi previste dalla legge e dai contratti collettivi e con le modalità ivi stabilite. Per la ritenuta inapplicabilità della norma dell'art. 2113 cod. civ. rispetto alla rinuncia ad impugnare il licenziamento, cfr. Cass. 4 maggio 1981, n. 2721, *Mass. giur. lav.*, 1982, p. 51; Cass. 30 ottobre 1981, n. 5734, *id.*, 1982, p. 394.

di lavoro. D'altronde, analoghe considerazioni hanno portato la miglior dottrina (16) e una parte della giurisprudenza (17) a ritenere non rilevabile d'ufficio la decadenza prevista dall'art. 2113 c.c. in tema di impugnazione delle rinunzie e transazioni relative a diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili. Ciò anche in base all'ovvio rilievo che l'indisponibilità dei diritti, ove presente nel rapporto di lavoro, svolge una funzione socialmente apprezzabile di tutela e protezione del lavoratore, e non certo del datore di lavoro.

Anche per tali ipotesi pertanto, come per tutte quelle in cui non ricorrono i requisiti previsti dalla legge per la rilevabilità *ex officio* della decadenza, varranno i rilievi critici più sopra delineati che conducono a ritenere inadeguato, per una corretta definizione del fenomeno, il richiamo alle categorie delle condizioni dell'azione e del fatto costitutivo.

Laddove assai più convincente e assai più coerente sul piano sistematico appare l'orientamento del primo dei filoni giurisprudenziali in precedenza ricordati, che, aderendo del resto all'opinione della dottrina maggioritaria (18), riconosce natura estintiva alla decadenza e, in quanto tale, ne fa oggetto di specifica eccezione da parte di chi intende valersene.

Da tale natura estintiva non consegue peraltro che « chi eccepisce la decadenza, cioè l'estinzione del diritto o del potere, debba provare (tutti)

(16) Concordano nel ritenere non rilevabile d'ufficio la decadenza sancita dall'art. 2113 cod. civ.: ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 80; GHIDINI, *Diritto del lavoro*, 1981, pp. 469-470; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, 1978, p. 492; MAGRINI, *Sul regime processuale della decadenza prevista dall'art. 2113 c.c.*, *Giust. civ.*, 1977, I, p. 603; SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, 1971, vol. II, p. 770; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, 1969, vol. III, p. 1008; TORRENTE, in *Commentario del Codice civile*, libro V, tomo 1°, a cura di TORRENTE, JANELLI, RUPERTO, 1961, p. 212.

(17) La Suprema Corte, esaminando il problema per la prima volta negli anni sessanta, con due decisioni pronunciate a breve distanza l'una dall'altra, ha escluso la possibilità di un rilievo d'ufficio della decadenza dall'impugnazione delle rinunzie e transazioni del lavoratore: in tal senso cfr. Cass. 14 ottobre 1960, n. 2730, *Foro it.*, 1961, I, c. 1259 e Cass. 21 giugno 1961, n. 1487, in q. *Riv.*, 1961, II, p. 405, con nota adesiva di T. MANCINI, *Decadenza ex art. 2113 e diritti del lavoratore posti da norme inderogabili*. Più di recente la Corte ha nuovamente affrontato la questione, con due decisioni contrastanti: secondo Cass. 22 luglio 1974, n. 2206, *Foro it.*, 1975, I, c. 101, la decadenza sopra ricordata può essere rilevata d'ufficio, mentre di contrario avviso è Cass. 17 gennaio 1977, n. 234, *id.*, 1977, I, c. 251. Anche la giurisprudenza di merito è prevalentemente orientata nel senso dell'inaffidabilità di un rilievo d'ufficio della decadenza: cfr. Pret. Celenza sul Trigno 10 gennaio 1955, *Riv. dir. lav.*, 1955, II, p. 117; Pret. Salerno 21 gennaio 1955, *Dir. giur.*, 1955, p. 162; App. Genova 7 maggio 1956, *Or. giur. lav.*, 1956, p. 474; App. Genova 26 febbraio 1964, *id.*, 1964, p. 322; *contra*, cfr. App. Genova 31 luglio 1947, *Foro it.*, 1948, I, c. 440, con nota di SIMI; App. Catanzaro 30 agosto 1966, *Or. giur. lav.*, 1957, p. 471.

(18) Si esprimono esplicitamente in tal senso: GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 866 ss., spec. p. 884; MAGAZZÙ, *op. cit.*, p. 336 ss.; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, 1967, p. 296; TEDESCHI, voce *Decadenza (dir. e proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1962, vol. XI, pp. 780-782, nonché, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, 1943, pp. 15, 18, 19.

i fatti dai quali l'estinzione scaturisce cioè il mancato compimento dell'atto richiesto, nel termine perentorio » (19).

Pur essendo infatti innegabile che la decadenza opera in relazione al decorso del termine da un lato e al mancato compimento nel termine dell'atto impeditivo dall'altro, pare arbitrario farne discendere che la prova di *entrambe* tali circostanze gravi sul medesimo soggetto: così come per la prescrizione, per chi voglia paralizzare la pretesa dedotta in giudizio dalla controparte sarà sufficiente la semplice dimostrazione del decorso del termine previsto dalla legge, quale fatto costitutivo della sua eccezione, spettando alla controparte medesima, in sede di replica, provare di avere validamente compiuto l'atto interruttivo, quale fatto impeditivo dell'eccezione avversaria (20).

3. — Utilizzando le considerazioni sin qui svolte sul piano generale, siamo in grado di concludere, con riguardo al nostro problema, che la decadenza prevista dall'art. 6 della legge n. 604/66, all'interno dell'azione di impugnativa del licenziamento, si configura come un fatto estintivo *ope exceptionis*, oggetto di specifica eccezione da parte del datore di lavoro (21), al quale peraltro incomberà soltanto l'onere di provare che sono trascorsi più di 60 giorni dalla comunicazione del recesso (o dei motivi, se successiva) all'inizio dell'azione giudiziaria; soltanto nell'eventualità che tale eccezione venga sollevata toccherà al lavoratore allegare e

(19) Così FERRUCCI, *Della prescrizione e decadenza*, in *Commentario UTET*, 1980, p. 571. Cade nel medesimo errore, in giurisprudenza, Trib. Napoli 29 marzo 1972, *Foro pad.*, 1973, I, c. 87, che nell'azione di garanzia per vizi addossa al venditore che eccipisca la decadenza la prova negativa della mancata o intempestiva denuncia dei vizi.

(20) In tal senso, e assai lucidamente, già MODICA, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, I, 1906, pp. 375-376.

(21) In dottrina, cfr., in tal senso: PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, 1980, p. 205; MAGNO, *Ambito di applicazione del termine d'impugnazione del licenziamento*, *Dir. lav.*, 1976, II, p. 81, nota 17; GRANDI, *La risoluzione delle controversie in tema di licenziamenti individuali*, *Riv. dir. lav.*, 1967, I, p. 406, nota 28, per il quale l'eccezione di decadenza *ex art. 6* legge n. 604/66 va considerata un'eccezione sostanziale in senso stretto. In giurisprudenza, la Corte di Cassazione ha di recente statuito esplicitamente (cfr. sent. 3 settembre 1981, n. 5035, *Or. giur. lav.*, 1982, p. 170) che la decadenza dall'impugnativa di licenziamento prevista dall'art. 6 della legge n. 604/66 non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, in quanto tale decadenza è « palesemente legata adeguatamente all'interesse generalizzato dello Stato alla stabilizzazione dei rapporti pendenti entro un certo tempo, e non all'ulteriore speciale interesse, in ragione della specifica natura del diritto, all'immodificabilità della situazione giuridica protetta dalla decadenza ». Il principio della non rilevanza d'ufficio della decadenza di cui all'art. 6 cit. era già stato affermato, *incidenter tantum*, in una fattispecie nella quale la Corte non aveva ritenuto operante l'onere per il lavoratore di impugnare il recesso, trattandosi di un licenziamento simulato e fraudolentemente diretto a frazionare l'indennità di anzianità: cfr. Cass. 16 ottobre 1980, n. 5574, *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 178. Fra le decisioni di merito, per l'affermazione implicita di tale principio, cfr. Pret. Desio 19 gennaio 1977, *Or. giur. lav.*, 1977, p. 324. Cfr. anche Pret. Brescia 16 marzo 1982, *id.*, 1982, p. 901, rispetto alla quale peraltro, stante la pubblicazione della sola massima, non si comprende se la decadenza *ex art. 6* legge n. 604 del 1966 è stata dal giudice rilevata *ex officio* oppure su eccezione di parte.

provare quale *exceptio exceptionis* che il licenziamento è già in precedenza stato ritualmente impugnato.

Conseguentemente, il lavoratore attore non avrà alcun onere di allegare tale circostanza o offrirne la prova all'atto della proposizione della domanda, in quanto le preclusioni processuali previste dal rito del lavoro non potranno in tale caso operare a suo danno, trattandosi di una attività difensiva la cui necessità trae origine dall'eccezione proposta dal convenuto all'atto della sua costituzione (22).

Non solo, ma quand'anche dagli atti emergesse l'incauta allegazione o la prova documentale dell'intervenuta decadenza, di questa il giudice non potrà tener conto, al fine di respingere la domanda, in caso di contumacia del datore di lavoro o in caso di tardività della specifica eccezione (23).

Ed è appena il caso di ricordare che nell'ipotesi in cui — come pure è stato da taluni sostenuto — si volesse far derivare la decadenza dall'impugnativa anche dall'omessa richiesta dei motivi di licenziamento entro il termine di cui all'art. 2 legge n. 604/66 (24), non muterebbe sostanzial-

(22) Cfr. PEZZANO (ANDRIOLI, BARONE, PROTO PISANI), *Le controversie in materia di lavoro*, cit., pp. 281-282, il quale osserva come si possa ritenere che « le domande ed eccezioni scaturenti dalla necessità di contrastare le difese già formulate dalle parti negli atti preparatori, sono liberamente proponibili *in limine* alla udienza di discussione, non essendo possibile ricomprenderle nella previsione della norma sullo *ius poenitendi* in ordine alle deduzioni già formulate, né sussistendo alcun divieto in proposito.

Assai più delicata appare l'ipotesi in cui il convenuto contesti nel corso del processo, uno o più fatti costitutivi del diritto vantato dall'attore, inizialmente non contestati (ma non esplicitamente riconosciuti): cfr. PROTO PISANI, *In tema di prova nel processo del lavoro: temperamenti al principio di eventualità*, *Foro it.*, 1981, I, c. 2402, il quale distingue a seconda che l'attore nel ricorso introduttivo abbia o meno indicato mezzi di prova diretti a dimostrare il fatto tardivamente contestato. Nel primo caso il giudice ha il potere-dovere di ammettere e assumere tali mezzi di prova, divenuti rilevanti, e pertanto ammissibili, dopo la contestazione del convenuto; nel secondo caso il rigetto nel merito della domanda, per mancato assolvimento dell'onere della prova da parte dell'attore, non costituisce per il giudice una soluzione obbligata, in quanto egli ben potrà, valutando le caratteristiche della singola fattispecie, ricorrere al potere di ammissione *ex officio* di ogni mezzo di prova, al fine di evitare che il c.d. principio di eventualità assuma nel processo del lavoro una configurazione eccessivamente rigorista.

(23) Cfr. PEZZANO (ANDRIOLI, PROTO PISANI, BARONE), *op. cit.*, p. 192; COLESAANTI, voce *Eccezione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965, p. 194; REDENTI, *Diritto processuale civile*, 1957, vol. I, p. 56.

(24) In dottrina, cfr., in tal senso, NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, 1966, p. 54, il quale, pur nel silenzio della legge in ordine alla natura del termine di otto giorni dalla comunicazione del licenziamento per richiederne i motivi, ritiene di attribuire a tale termine carattere perentorio. Sulla base di tale premessa, tuttavia, l'autore non si limita a ritenere preclusa quell'attività (la richiesta di comunicazione dei motivi del recesso) che doveva essere compiuta entro il termine (qualificato) perentorio, ma estende in via interpretativa la sanzione della decadenza alla stessa possibilità di impugnare il licenziamento. Ad avviso dell'Autore, infatti, « ove il lavoratore non chieda nel termine di otto giorni dalla comunicazione del licenziamento la specificazione dei motivi che lo hanno determinato, il licenziamento dovrà ritenersi senz'altro legittimo ed efficace e il lavoratore non potrà più impugnarlo ai sensi del successivo art. 6 »; in senso conforme, cfr. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, 1968, II,

mente la ripartizione dell'onere della prova fra le parti, in quanto all'eccezione di decadenza, avanzata dal datore di lavoro, per inutile decorso del termine di cui all'art. 2, il lavoratore dovrà replicare allegando e dimostrando di aver validamente compiuto entro tale termine l'atto interruttivo della decadenza, e cioè la richiesta dei motivi del licenziamento.

4. — Chiarito quindi che la previsione normativa dei requisiti formali necessari per la validità dell'impugnazione del licenziamento non aggrava l'onere probatorio del lavoratore attore, se non a seguito di una precisa attività difensiva da parte del datore di lavoro, si tratta ora di spostare la nostra attenzione sull'ipotesi — prospettata più sopra *sub b*) — in cui il lavoratore agisca in giudizio per ottenere la declaratoria di inefficacia del licenziamento per carenza di forma scritta o per mancata o intempestiva comunicazione dei motivi ritualmente richiesti.

Per quanto concerne la prima azione, fondata sulla asserita mancanza di una (valida) (25) comunicazione scritta del recesso, potrebbe apparire

p. 930, nonché più di recente, ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, 1981, p. 330. *Contra*: cfr., per tutti, PERA, *Diritto del lavoro*, 1980, pp. 661-662.

In giurisprudenza, ha ritenuto che il lavoratore che non avanza la richiesta dei motivi del licenziamento entro otto giorni decade dal diritto d'impugnarlo, unicamente Pret. Roma 16 settembre 1972, inedita ma citata da CARLOTTI, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, 1975, p. 299. In senso contrario, cfr. Pret. Messina 24 giugno 1970, in q. *Riv.*, 1970, II, p. 475; Pret. Milano 12 febbraio 1971, *Mass. giur. lav.*, 1971, p. 180; Pret. Roma 8 gennaio 1972, in q. *Riv.*, 1972, II, p. 681; per un'analoga, seppur implicita, affermazione, cfr. Cass. 14 giugno 1976, n. 2190, *Or. giur. lav.*, 1977, p. 256, nonché Cass. 18 ottobre 1977, n. 4451, *Mass. giur. lav.*, 1978, p. 612.

(25) In ordine alle forme di comunicazione del licenziamento da parte del datore di lavoro, cfr. Cass. 29 aprile 1977, n. 1654, *Foro it.*, 1978, I, c. 1427, la quale ha ritenuto valida la comunicazione del recesso effettuata mediante affissione del provvedimento in bacheca nei locali dello stabilimento; *contra*, App. Roma 19 maggio 1976, *Temi Rom.*, 1977, p. 34, nonché Pret. Roma 22 gennaio 1975, e 29 ottobre 1970, in q. *Riv.*, 1975, II, p. 421, con nota di VACIRCA. Secondo Cass. 8 marzo 1978, n. 1170, *Foro it.*, 1978, I, c. 1426, non va considerata intimazione di licenziamento la lettera di contestazione di un'assenza ingiustificata contenente una riserva di provvedimenti disciplinari, né può attribuirsi efficacia confermativa *ex tunc* dell'intento di licenziare alla comparsa di costituzione in giudizio del datore di lavoro; cfr. anche Cass. 20 giugno 1979, n. 3440, in q. *Riv.*, 1980, II, p. 362, per la quale non è sufficiente che la lettera di licenziamento sia indirizzata al lavoratore, dovendo per contro essergli materialmente consegnata per rimanere in suo possesso; Cass. 11 aprile 1980, n. 2319, *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 585, ha considerato valida la comunicazione del licenziamento effettuata per il tramite di un telex, ove risulti che il contenuto di questo provenga dal datore di lavoro e che lo stesso sia pervenuto a conoscenza dell'interessato; Cass. 23 ottobre 1980, n. 5710, *id.*, 1982, p. 111, ha affrontato il problema della comunicazione del licenziamento al lavoratore detenuto in carcere, ed ha ritenuto, sulla base della natura di atto scritto recettizio della comunicazione del licenziamento, che questo si consideri conosciuto dal destinatario (salva però la prova contraria) allorché la sua comunicazione giunge all'indirizzo del lavoratore, irrilevante essendo lo stato di detenzione, a meno che il lavoratore non provi che il datore di lavoro ne era a conoscenza. Per una fattispecie di licenziamento intimato oralmente durante il periodo di prova, e per tale ragione ritenuto perfettamente valido nonostante la mancanza di una comunicazione per iscritto, cfr. Pret. Napoli 22 dicembre 1981, *Lavoro 80*, 1982, p. 408.

superfluo ricordare che essa trova il suo logico presupposto nella riferibilità al datore di lavoro dell'atto risolutivo del rapporto.

Senonché, come è stato opportunamente rilevato in dottrina, la totale carenza di elementi documentali fa sì che, in simili fattispecie, sovente si controverta proprio sulla causa estintiva del rapporto (26).

Al preteso licenziamento orale infatti, in non pochi casi il datore di lavoro potrà opporre che il rapporto si è in realtà interrotto in forza di dimissioni presentate oralmente dal lavoratore, con conseguente possibile richiesta di condanna dello stesso — in via riconvenzionale — al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso.

In tali ipotesi, qualora non venga raggiunta la prova della sussistenza del licenziamento, il lavoratore si vedrà respingere — secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale (27) — la domanda proposta per non averne dimostrato uno dei fatti costitutivi, e ciò, ovviamente, anche qualora non sia stata accertata l'esistenza delle dimissioni poste dal datore di lavoro a fondamento della propria attività difensiva.

La dottrina ha peraltro rilevato come in tal modo si venga implicitamente ad affermare l'esistenza di un fatto (le dimissioni) non dimostrato in causa sulla base dell'erroneo rilievo che dalle allegazioni delle parti sarebbe comunque dato di desumere come pacifica l'esistenza di un atto di recesso, laddove, al contrario, l'allegazione di contrapposte cause di risoluzione poi risultate entrambe non dimostrate in giudizio dovrebbe portare alla ben diversa conclusione che il rapporto non si è mai risolto; con la conseguenza che il giudice, in tal caso, accertando « l'esistenza di una situazione di fatto diversa da quella prospettata da ambedue le parti » dovrebbe dichiarare « che il rapporto di lavoro è ancora in vita » (28).

(26) Ha posto efficacemente in luce la difficoltà di individuare quale sia la reale causa estintiva del rapporto di lavoro, allorché l'atto di recesso non sia posto in essere con la forma scritta ALLEVA, *L'onere della prova nel dilemma giudiziario tra dimissioni orali e licenziamento orale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 349 ss. In argomento cfr. anche: NATOLI, *Licenziamento implicito?*, in *q. Riv.*, 1955, II, p. 103 ss.; FIDANZA, *Considerazioni in tema di licenziamento per fatti concludenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 230 ss.; VARDARO, *Dimissioni nulle e licenziamento inefficace*, in *q. Riv.*, 1978, II, p. 175 ss.; VARDARO, *Un nuovo tipo di licenziamento: le dimissioni*, *Dir. giur.*, 1980, p. 418, il quale analizza il caso, definito « patologico », del licenziamento orale preceduto da dimissioni scritte, richieste al lavoratore dal datore di lavoro all'atto dell'assunzione oppure contestualmente al licenziamento. In giurisprudenza, per l'esame di fattispecie in cui il datore di lavoro, convenuto in giudizio per sentire dichiarare l'inefficacia del licenziamento intimato oralmente, si è difeso opponendo l'esistenza di dimissioni scritte del lavoratore, cfr. Pret. Barra 20 giugno 1978, *Dir. giur.*, 1980, p. 417, Trib. Chieti 30 settembre 1976 e Pret. Lanza dei Peligni 5 aprile 1976, in *q. Riv.*, 1978, II, p. 171 ss.

(27) Un esempio in tal senso è fornito dalla pronuncia di Trib. Bologna 17 dicembre 1974, inedita ma citata da ALLEVA, *op. ult. cit.*, p. 351, nota 4, secondo cui « per il fondamentale principio in tema di onere della prova, sancito nell'art. 2697 c.c., in base al quale spetta all'attore di provare il fondamento della domanda... deve essere respinto il ricorso proposto dal lavoratore ex art. 18 legge n. 300 del 1970, dal momento che non è stato possibile accertare se si sia trattato di un licenziamento oppure di dimissioni volontarie dal posto di lavoro ».

(28) Così ALLEVA, *op. cit.*, p. 357 e p. 361. Cfr. anche VARDARO, *Un nuovo tipo*

Tale tesi, per quanto suggestiva ed ampiamente articolata, dà adito ad alcune riflessioni critiche.

Ci si può infatti ragionevolmente interrogare se sia possibile per il giudice emettere una pronuncia che non trova il benché minimo riscontro nelle allegazioni e nelle domande delle parti; ci si chiede invero come possa il giudice, senza violare il principio della necessaria corrispondenza fra il chiesto e il pronunziato, sancito dall'art. 112 c.p.c., emanare una decisione che accerti la continuazione del rapporto di lavoro quando tale richiesta non è stata formulata da nessuno dei due contendenti che hanno, al contrario, fondato entrambi le proprie domande sull'altrui recesso.

Con il che non si intende certo negare la validità del processo deduttivo sopra ricordato: semplicemente, l'accertamento della prosecuzione *de jure* del rapporto di lavoro non potrà formare oggetto di pronuncia giudiziale in quella determinata controversia, potendo al più trovare idonea collocazione, quale corollario logico, nella parte motiva della sentenza (29) che, applicando il principio dell'onere della prova come regola di giudizio, respinga così la domanda del lavoratore attore come la domanda proposta in via riconvenzionale dal datore di lavoro convenuto.

Ed è appena il caso di sottolineare che se il datore di lavoro, non proponendo alcuna domanda riconvenzionale, si limita ad una mera attività difensiva adducendo che il rapporto si è estinto per dimissioni del

di licenziamento: le dimissioni, *Dir. giur.*, 1980, p. 422, per il quale vi sarebbe « un implicito riconoscimento » della continuazione del rapporto di lavoro nella sentenza che rigettasse contemporaneamente la richiesta attrice del lavoratore e quella riconvenzionale del datore di lavoro, entrambi convergenti nell'obiettivo di far qualificare giudizialmente la medesima fattispecie come altrui recesso.

(29) Ed è opportuno ricordare che, quand'anche il giudice, respingendo le domande dedotte in giudizio da entrambe le parti per non essere stata raggiunta la prova della sussistenza di un qualsivoglia atto di recesso, inserisca nell'ambito della motivazione il rilievo che il rapporto di lavoro deve considerarsi tuttora in corso, su tale affermazione non si formerebbe comunque la cosa giudicata: assolutamente prevalente è infatti in dottrina l'orientamento secondo il quale il giudicato non si estende ai motivi della decisione. In tal senso, cfr. già CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 1923, pp. 916-919 e HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, 1937, pp. 200-215; nonché, più di recente, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 1976, vol. III, pp. 165-169. Il che non significa che il lavoratore non possa promuovere una separata controversia volta ad accertare con efficacia di giudicato la prosecuzione del rapporto anche successivamente all'interruzione della prestazione lavorativa e che in tale sede non possano trovare concreto utilizzo, quanto meno come indizi o argomenti di prova, le risultanze acquisite nel precedente processo ovvero le affermazioni di fatti contenute nella precedente sentenza. (Ritiene che tali elementi siano utilizzabili dal giudice con la predetta efficacia, a prescindere dalla loro qualificazione come prove atipiche o meno il MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, 1978, vol. II, p. 108, nota 9. In argomento, cfr. anche: MONTESANO, *Le « prove atipiche » nelle « presunzioni » e negli « argomenti » del giudice civile*, *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 233 ss.; GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del Cod. di proc. civ.* diretto da ALLORIO, 1973, vol. I, p. 1305 ss.; TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 393 ss. Sotto l'impero del codice del 1865, cfr., sul punto, CALAMANDREI, *La sentenza come mezzo di prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, p. 108 ss.).

lavoratore e non per licenziamento, la tesi dottrinale sopra ricordata appare ancor meno persuasiva.

In tale ipotesi infatti il datore di lavoro non ha richiesto alcun accertamento giudiziale sull'esistenza delle dimissioni, da lui affermata unicamente come fatto diverso e incompatibile con quello posto dall'attore a fondamento della sua pretesa; sì che la sussistenza o meno del licenziamento rimane l'unico *thema decidendum* rimesso al vaglio del giudice.

Ne discende che la pronuncia che nega l'esistenza dello stesso non potrà mai, in questo caso, negare al contempo, con la stessa efficacia giuridica, l'esistenza delle dimissioni eccepite dal datore di lavoro (30) e, tanto meno, affermare la continuità del rapporto per carenza di cause di recesso.

Le perplessità sin qui evidenziate in ordine ad un simile tentativo di attenuare gli inconvenienti che si vengono a manifestare sul piano della giustizia sostanziale in conseguenza della rigorosa applicazione, in queste fattispecie, della regola dell'onere della prova, non possono disgiungersi dall'ulteriore osservazione che tale tentativo rischia di contrapporre al criticato formalismo giurisprudenziale una costruzione in ultima analisi non meno formalistica, laddove giunge a non attribuire significato alcuno alla circostanza incontrovertibile che da un certo momento in poi ognuna delle parti ha cessato di adempiere alle proprie obbligazioni; circostanza questa che, al di là di ogni schema giuridico, trova assai probabilmente la sua origine, nella realtà dei fatti, proprio nel recesso di uno dei soggetti del rapporto.

In altri termini, se è corretta la critica alla giurisprudenza tradizionale, che di fronte alla domanda del lavoratore basata sull'esistenza del licenziamento e alla domanda riconvenzionale del datore di lavoro basata sulle dimissioni le respinge entrambe, con ciò negando l'esistenza sia dell'una che dell'altra causa di risoluzione, non meno criticabile appare una soluzione che, come quella proposta, prenda le mosse proprio dalle incongruenze logiche cui la giurisprudenza perviene, e, portandole alle estreme conseguenze, lungi dal superarle le esaspera: laddove la giurisprudenza si riconosce impotente ad accertare il fatto storico che sta alla base del recesso, la tesi interpretativa in discorso si allontana infatti ulteriormente dalla verità materiale, giungendo a considerare accertata proprio quella

(30) La dottrina maggioritaria ritiene infatti che sulle eccezioni non si formi la cosa giudicata: cfr., in tal senso, CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 918; HEINITZ, *op. cit.*, pp. 144 e 222 ss.; COLESANTI, voce *Eccezione*, cit., p. 202; FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Furno*, 1973, II, p. 276 ss.; *contra*, cfr. DENTI, *Questioni pregiudiziali*, in *Novissimo digesto italiano*, 1967, vol. XIV, p. 678, il quale configura l'eccezione come il mezzo tecnico che determina « la trasformazione della questione semplice in questione pregiudiziale, con conseguente necessità di una autonoma pronuncia del giudice ». Dello stesso Autore cfr. altresì: *Ancora sull'efficacia della decisione sulle questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 570; *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, *id.*, 1969, p. 217 e p. 227; *L'eccezione nel processo civile*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 22 ss.

circostanza — la pacifica prosecuzione del rapporto di lavoro — che la logica vuole esclusa.

Risultati, questi, che appaiono di particolare gravità nell'ambito di un processo — quale quello del lavoro — che ha proprio nella ricerca della verità materiale il suo più profondo principio ispiratore.

Un processo nel quale non a caso il giudice è stato fornito di strumenti tecnici assai incisivi per l'accertamento dei fatti di causa anche attraverso quel contatto diretto con le parti, che solo può consentirgli di superare l'astratto formalismo degli opposti schemi difensivi.

Ne discende che, in simili fattispecie, il magistrato chiamato a decidere quale atto di recesso abbia posto termine al rapporto non potrà risolvere il problema negandone addirittura l'esistenza, sulla base di un affrettato richiamo all'art. 2697 c.c.; non prima, quanto meno, di essersi avvalso in tutte le loro potenzialità degli ampi poteri istruttori riconosciutigli dall'art. 421 c.p.c. e in particolare dell'interrogatorio libero (31), il cui accorto utilizzo può fornire utili elementi per accreditare di maggior veridicità una delle due opposte versioni dedotte in causa.

L'esercizio dell'impulso officioso nel processo, anche ove non porti alla ricostruzione in termini inequivocabili della reale dinamica estintiva del rapporto di lavoro, in non pochi casi potrà far emergere una serie di elementi presuntivi che, se aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., potranno consentire la decisione della controversia sulla premessa di una ricostruzione della fattispecie assai probabilmente corrispondente alla verità storica.

Né va trascurata la possibilità di deferire il giuramento suppletorio (32) a quella parte che abbia fornito, anche solo a livello indiziario,

(31) L'importanza fondamentale di tale istituto nell'ambito del processo del lavoro, improntato ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza è unanimemente sottolineata in dottrina: cfr. CONVERSO (PINI, RAFFONE, SCALVINI), *Il nuovo processo del lavoro*, 1974, p. 70; DENTI-SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, 1974, p. 108 ss.; PEZZANO (ANDRIOLI, BARONE, PROTO PISANI), *Controversie in materia di lavoro*, 1974, p. 267 ss.; MONTESANO-MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della previdenza sociale*, 1974, p. 87 ss.; FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, 1975, p. 138; VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 228; MARZORATI, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1979, pp. 736-737; TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, 1980, p. 89.

(32) La questione di costituzionalità dell'art. 2736, 2° comma, cod. civ. è stata ritenuta manifestamente infondata dalla Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost. 4 maggio 1972, n. 83, *Foro it.*, 1972, I, c. 1530 e c. 2754; Corte Cost. 29 dicembre 1972, n. 209, *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 1026) e dalla Corte di Cassazione (cfr. Cass. 10 novembre 1971, n. 3173, *Rep. giur. it.*, 1971, p. 1606; Cass. 18 febbraio 1972, n. 446, *Mass. giur. it.*, 1972, p. 160; Cass. 13 luglio 1973, n. 2027, *Foro it.*, 1973, I, c. 2730). La dottrina prevalente, per contro, si è pronunciata in favore dell'incostituzionalità dell'istituto: cfr. TESORIERE, *Alcune riflessioni in tema di giuramento suppletorio*, *Giur. di merito*, 1971, I, p. 267, nonché, dello stesso Autore, *Sulla illegittimità costituzionale del giuramento suppletorio*, *id.*, 1972, I, p. 104; VERDE, *Contro il giuramento suppletorio e contro una recente pronuncia della Corte Costituzionale*, *Foro it.*, 1972, I, c. 2754; CAPPELLETTI, *La « miseria » del giuramento della parte*

una *semiplena probatio* (33) della causa di recesso da questa affermata in giudizio: pur nella consapevolezza del non sempre elevato grado di attendibilità dei risultati di questo mezzo istruttorio, in ipotesi quale quella in discorso esso può talora rilevarsi preferibile alla meccanica applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova.

È pur vero, tuttavia, che il puntuale utilizzo dei poteri inquisitori da parte del giudice del lavoro non è di per sé sufficiente ad escludere l'esistenza di casi in cui le risultanze processuali siano tali da non consentire alternative al ricorso alla regola predetta. Ma in tali casi — e con ciò si ritorna al problema di partenza — vien fatto di chiedersi se sia proprio impossibile individuare dei temperamenti ad una applicazione troppo rigorosa del principio « *actore non probante reus absolvitur* » quale è stata fatta sinora da una giurisprudenza particolarmente insensibile a quelle esigenze di giustizia sostanziale, che, in altre ipotesi, l'hanno stimolata ad introdurre dei correttivi alla rigidità della regola probatoria astratta, valutando le peculiari caratteristiche del caso concreto sottoposto al suo esame.

Come è infatti noto la giurisprudenza in non poche occasioni ha adottato dei criteri di ripartizione degli oneri probatori diversi da quelli derivanti dalla meccanica applicazione dell'art. 2697 c.c., tali da giungere, pur senza mutare la qualificazione giuridica dei fatti dedotti in giudizio dalle parti, ad una vera e propria inversione dell'onere della prova.

Ci si intende riferire al fenomeno delle c.d. « presunzioni giurisprudenziali » (34), di importanza tutt'altro che trascurabile, anche se non

davanti alla Corte Costituzionale, Giur. it., 1973, IV, c. 145; MAZZARELLA, *Note in margine alla questione di costituzionalità del giuramento d'ufficio*, *id.*, 1973, I, 1, c. 487.

(33) Si ritiene comunemente che il requisito della *semiplena probatio* richiesto dalla legge per il deferimento del giuramento suppletorio possa ritenersi raggiunto in presenza di semplici indizi oppure di presunzioni, indipendentemente dalla loro gravità, precisione e concordanza. In dottrina, cfr. GIBIINO, *Il giuramento probatorio*, 1957, p. 46; GENTILE, *La prova civile*, 1960, p. 540; MAZZARELLA, *Note in margine...*, cit., c. 487. In giurisprudenza, in tal senso, cfr., fra le molte decisioni, Cass. 9 aprile 1974, n. 985, *Giust. civ.*, Rep. 1974, voce *Giuramento*, n. 11; Cass. 14 gennaio 1974, n. 117, *id.*, Rep. 1974, voce cit., n. 10; Cass. 24 maggio 1972, n. 1626, *id.*, Rep. 1972, voce cit., n. 18; Cass. 14 aprile 1972, n. 1176, *id.*, Rep. 1972, voce cit., n. 16; Cass. 18 febbraio 1972, n. 446, *id.*, Rep. 1972, voce cit., n. 15.

(34) L'espressione del testo è mutuata dal VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, 1974, il quale riconosce peraltro (p. 149) che essa è idonea a definire il fenomeno « in maniera meramente indicativa e con alquanto approssimazione ». L'individuazione di un *tertium genus* di presunzioni, oltre alle presunzioni semplici degli artt. 2727 e 2729 cod. civ. e alle presunzioni legali è suggerito all'Autore dal minuzioso esame di numerose decisioni giurisprudenziali (pp. 138-148 e cap. V, Sez. II) in cui il giudice, con maggiore o minore evidenza, ha addossato l'onere di provare un certo fatto alla parte che in base all'analisi rigorosa della fattispecie legale non ne sarebbe stata gravata. L'Autore non manca, inoltre, di rilevare, p. 154, come « l'equivalenza dei risultati pratici non (faccia) venir meno la differenza di struttura fra il fatto impeditivo e il fatto presunto: quest'ultimo, nell'ambito della fattispecie legale, resta « costitutivo », giacché la presunzione si risolve in una mera « dispensa della prova »; il primo, invece, ha una sua autonoma posizione nella fattispecie sostanziale, mirando ad escludere l'efficacia dei fatti costitutivi ». Definisce « impo-

sempre manifesta, nella pratica, le quali, fondate sostanzialmente su massime di esperienza e sorrette dal richiamo a principi equitativi di ragionevolezza, verosimiglianza e probabilità, consentono al giudice di esonerare dalla dimostrazione di una determinata circostanza la parte che in astratto ne sarebbe onerata (35).

Di tale fenomeno, di non agevole inquadramento sul piano dogmatico, è dato rilevare tracce anche nell'ambito del diritto del lavoro come, ad esempio, per quanto concerne la presunzione di gratuità del lavoro domestico svolto presso parenti conviventi (36) o la presunzione di fraudolenza del licenziamento del lavoratore ogni qualvolta sia seguito da un'immediata riassunzione, con le stesse mansioni, con identiche modalità lavorative e alle medesime condizioni (37) (38).

nente» nella pratica giudiziaria il fenomeno delle «presunzioni giurisprudenziali» MONTESANO, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civ.*, Riv. dir. proc., 1980, p. 247, nota 34. In generale sulle presunzioni, cfr. ANDRIOLI, voce *Presunzioni (diritto civ. e diritto proc. civ.)*, in *Novissimo digesto italiano*, 1966, vol. XIII. Sulla struttura del ragionamento presuntivo, cfr. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, Foro it., 1974, V, c. 83 ss.

(35) Cfr. CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova...*, cit., parte I e II, spec. nn. 10 e 11, p. 201 ss., il quale propone una ricostruzione della regola dell'onere della prova nelle controversie di lavoro in funzione equitativa, e riconosce (p. 205) al giudice la possibilità di determinare esplicitamente nel processo la posizione di ciascuna delle parti di fronte ai fatti oggetti di prova individuando «mediante un criterio di opportunità non interno alla norma ma al caso concreto e alla qualità delle parti, quale delle due è in grado di meglio collaborare all'acquisizione delle prove assumendo il rischio della mancata prova».

(36) Cfr., da ultimo, Cass. 12 maggio 1980, n. 3096, *Foro it.*, Rep. 1980, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 859; Cass. 20 marzo 1980, n. 1880, *id.*, Rep. 1980, voce cit., n. 861; nonché Cass. 19 marzo 1980, n. 1810, *id.*, Rep. 1980, voce cit., n. 862, che estende, se pur con gli opportuni temperamenti, la presunzione di gratuità anche all'ipotesi di prestazioni lavorative prestate nell'ambito di una convivenza *more uxorio*.

(37) Fra le più recenti pronunzie in tal senso cfr. Cass. 8 agosto 1979, n. 4602, *Foro it.*, Rep. 1979, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1360; Cass. 21 luglio 1979, n. 4362, *id.*, Rep. 1979, voce cit., n. 1348; Cass. 18 luglio 1979, n. 4225, *id.*, Rep. 1979, voce cit., n. 1347; Cass. 4 gennaio 1979, n. 12, *id.*, Rep. 1979, voce cit., n. 1353; Cass. 8 agosto 1978, n. 3871, *id.*, Rep. 1978, voce cit., n. 1115; Cass. 25 febbraio 1978, *id.*, 1978, I, c. 2541. La Corte di Cassazione ha assunto posizioni contrastanti riguardo l'onere per il lavoratore di impugnare nel termine di sessanta giorni dalla sua comunicazione un licenziamento simulato e fraudolentemente diretto a frazionare l'indennità di anzianità: esclude esplicitamente che l'impugnativa di un tale licenziamento sia sottoposta al termine di cui all'art. 6 legge n. 604/1966 Cass. 16 ottobre 1980, n. 5574, *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 178; in senso contrario, cfr. Cass. 11 agosto 1981, n. 4904, *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1827; Cass. 27 maggio 1981, n. 3490, *id.*, Rep. 1981, voce cit., n. 1829.

(38) In dottrina, taluni ritengono che sia configurabile una «presunzione di antisindacalità» del recesso del datore di lavoro, allorché colpiti dal licenziamento siano dei lavoratori c.d. «sindacalisti interni»: cfr. RIVA SANSEVERINO, *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, libro V del lavoro, *sub art.* 2118, 1977, p. 547; TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, 1974, p. 134; GARBAGNATI, *Profili processuali del licenziamento per motivi antisindacali*, Riv. dir. proc., 1973, p. 598. In senso conforme, in giurisprudenza, cfr. Pret. Ferrara 10 aprile 1972, *Mass. giur. lav.*, 1972, p. 495. Ritengono, al contrario, che in caso di licenziamento di un lavoratore che rivesta la qualifica di rappresentante sindacale la prova della

I parametri equitativi che hanno giustificato il ricorso in tali casi alla presunzione giurisprudenziale ci pare peraltro che siano facilmente riscontrabili anche nella nostra ipotesi, rispetto alla quale non sembra azzardato, nell'attuale situazione del mercato del lavoro, caratterizzata da una notevole sproporzione fra domanda ed offerta, ritenere che ove si controverta fra le parti sull'imputabilità della causa estintiva del rapporto (39) sia più ragionevole, verosimile e probabile che nella realtà sia stato il datore di lavoro a licenziare piuttosto che il lavoratore a dimettersi.

È innegabile che una simile « presunzione di sussistenza di un licenziamento orale » comporta l'indubbio rischio di giungere ad una decisione « ingiusta » in tutti quei casi in cui il lavoratore si è in realtà dimesso ma il datore non è riuscito a fornire la prova di tale circostanza.

Ma non ci si può dimenticare che la potenziale difformità tra la verità storica e il suo accertamento giudiziale è un'eventualità ineliminabile di qualsiasi pronuncia giurisdizionale, particolarmente accentuata quando il giudice è costretto a ricorrere all'onere della prova come regola di giudizio, ed il compito dell'interprete non può che essere quello di individuare soluzioni che — senza pretendere di eliminarlo — riducano un tale rischio al minor numero di casi possibile.

5. — Un simile approccio ci pare debba guidare l'interprete anche nell'ipotesi, invero marginale, in cui, pacifica essendo fra le parti l'esistenza del licenziamento, si controverta unicamente sulla forma con cui è stato intimato: sarà il datore di lavoro, che avendone la materiale disponibilità (40), dovrà fornire la prova documentale del proprio recesso che, in

dedotta antisindacalità debba essere particolarmente rigorosa, Trib. Milano 7 settembre 1972, *Or. giur. lav.*, 1972, p. 879; App. Torino 5 febbraio 1972, *Foro it.*, 1972, I. c. 777. Per un'ipotesi di presunzione a favore del datore di lavoro in tema di licenziamenti collettivi, cfr. Cass. 13 novembre 1980, n. 6095 (pubblicata in *Foro it.*, 1981, I. c. 372). Cfr. anche CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale, cit.*, parte II, in q. *Riv.*, 1982, I, p. 175, il quale, analizzando la relativa giurisprudenza sottolinea l'importanza del giuoco delle presunzioni nelle ipotesi di successione di più contratti a termine che si assumono stipulati in frode alla legge.

(39) Per l'affermazione che è « più la natura del fatto da provare che non la struttura della fattispecie legale a guidare la soluzione del giudice in merito all'imputazione del rischio della mancata prova », cfr. CARUSO, *op. cit.*, parte I, p. 11.

(40) Non va al proposito dimenticato che la vicinanza alla prova costituisce un tradizionale criterio empirico, che è stato spesso preso in considerazione dalla giurisprudenza per ripartire fra le parti l'onere della prova. Indicativo al riguardo è il richiamo alle ipotesi di impugnazione di delibera assembleare da parte del condomino per nullità derivante da una mancata regolare convocazione, in cui la giurisprudenza, con una vera e propria inversione dell'onere della prova, addossa all'amministratore la dimostrazione di aver regolarmente convocato tutti i condomini: cfr. Cass. 12 novembre 1970, n. 2368, *Giust. civ.*, Mass. 1970, p. 1231; App. Roma 10 giugno 1957, *id.*, Rep. 1957, voce *Comunione e condominio*, n. 19, secondo cui « l'onere di provare in giudizio che tutti i condomini sono stati convocati, e tempestivamente, a partecipare all'assemblea, di cui si assume l'invalidità, incombe al condominio, mentre non può addossarsi al singolo condomino che deduce la nullità dell'assemblea il carico di fornire la prova negativa dell'inosservanza dell'obbligo relativo »; App. Napoli 11 aprile 1956, *id.*, Rep. 1956, voce *cit.*, n. 10; App. Milano 11 aprile 1952,

difetto, dovrà essere ritenuto orale. A ciò si aggiunga che la miglior dottrina e giurisprudenza (41) hanno considerato come richiesta *ad substantiam* la forma scritta del licenziamento (42) con la conseguenza che, venendo a coincidere il requisito formale dell'atto con la sua giuridica esistenza, la prova dello stesso graverà sul datore di lavoro, in quanto soggetto che intende avvalersene.

Venendo infine ad esaminare l'ipotesi in cui l'inefficacia del recesso venga invocata in relazione ad una mancata o tardiva comunicazione dei motivi (43) tempestivamente richiesti, sembrerebbe, in prima approssima-

Foro pad., 1952, II, p. 37. In senso apparentemente contrario, anche se è difficile ricostruire esattamente la fattispecie per la pubblicazione della sola massima, cfr. Cass. 8 marzo 1975, n. 869, *Giur. it.*, Mass. 1975, p. 237, per la quale « incombe sul condomino, che chieda l'accertamento dell'invalidità dell'assemblea condominiale, la prova del vizio di costituzione dell'assemblea deliberante ».

(41) In giurisprudenza, cfr. in tal senso Cass. 12 aprile 1980, n. 2356, *Foro it.*, Mass. 1980, p. 468; Trib. Parma 18 marzo 1978, *id.*, Rep. 1979, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1247, nonché Cass. 6 novembre 1976, n. 4063, *Mass. giur. lav.*, 1977, p. 214 e Cass. 3 novembre 1976, n. 4017, *Giust. civ.*, 1977, I, p. 53, le quali equiparano all'inesistenza la sanzione dell'inefficacia comminata dalla legge ai licenziamenti orali. In dottrina cfr. per un'analoga affermazione: GHIDINI, *Diritto del lavoro*, 1979, p. 382; D'AURIA, *Sulla nullità del licenziamento « inefficace »*, in *q. Riv.*, 1978, II, p. 939; MAZZOTTA, *Licenziamento orale immotivato di lavoratore*, *Foro it.*, 1967, I, c. 1619; PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* diretto da RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, 1971, p. 670; NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, 1966, p. 66 ss.

(42) Aderendo alla tesi che qualifica come richiesta *ad substantiam* la forma scritta del licenziamento, si viene a mettere in discussione l'operatività o meno del termine di decadenza di cui all'art. 6 della legge n. 604 del 1966 nei confronti del recesso orale del datore di lavoro.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza 18 ottobre 1982, n. 5394, (pubblicata in *Giust. Civ.* 1983, I, p. 869, con nota di VALLEBONA, *Licenziamento « inefficace » e termine d'impugnazione*), hanno risolto il contrasto esistente, sul punto nella sezione lavoro, ed hanno statuito che l'impugnazione del licenziamento orale non è soggetta al termine di sessanta giorni dalla comunicazione, e può essere effettuata dal lavoratore negli ordinari termini prescrizionali. Nello stesso senso si erano pronunciate, in precedenza, Cass. 22 aprile 1980, n. 2356, *Mass. giur. lav.* 1981, p. 457; Cass. 3 novembre 1977, n. 4687, *id.* 1978, p. 346, rispetto a una fattispecie di mancata comunicazione dei motivi tempestivamente richiesti; Cass. 29 aprile 1977, n. 1654, *Foro it.* 1978, I, c. 1427; Cass. 6 novembre 1976, n. 4063, *Mass. giur. lav.* 1977, p. 214; Cass. 3 novembre 1976, n. 4017, *Giust. civ.* 1977, I, p. 49.

Nel senso, invece, di ritenere operante il termine di decadenza di sessanta giorni anche nei confronti del licenziamento intimato senza il rispetto delle prescrizioni formali di cui all'art. 2 l. n. 604/1966, cfr.: Cass. 27 giugno 1980, n. 4043, *Foro it.*, 1980, I, c. 2124; Cass. 11 ottobre 1978, n. 4560, *id.* 1979, I, c. 69; Cass. 8 marzo 1978, n. 1170, *id.* 1979, I, c. 1426; Cass. 24 novembre 1975, n. 3928, *Mass. giur. lav.* 1976, p. 626; Cass. 21 novembre 1975, n. 3922, *Foro it.* 1976, I, c. 1619; Cass. 14 ottobre 1975, n. 3324, *Giust. civ.* 1976, I, p. 63.

In dottrina, per ulteriori riferimenti biografici e giurisprudenziali, cfr. da ultimo SPEZIALE, *L'impugnazione del licenziamento inefficace e i suoi effetti secondo la legge n. 604 del 1966, nell'elaborazione giurisprudenziale*, *Riv. it. dir. lav.* 1983, I, p. 275 ss.

(43) Per l'affermazione, discendente dai principi generali, che è sufficiente che i motivi siano spediti dal datore di lavoro entro cinque giorni dalla richiesta del lavoratore, non essendo indispensabile che entro tale termine pervengano a destina-

zione; che sia il lavoratore a dover fornire la prova di entrambe tali circostanze.

Ma è agevole rilevare, riferendosi alle considerazioni più sopra svolte in ordine alla prova della decadenza dall'impugnativa di licenziamento, che il lavoratore non sarà onerato della prova di alcun fatto negativo, potendosi limitare a dimostrare di avere richiesto i motivi del recesso e che da tale richiesta è decorso il periodo di tempo stabilito dalla legge per la valida comunicazione degli stessi: sarà il datore di lavoro a dover eccepire e dimostrare di averne dato comunicazione entro cinque giorni dalla richiesta.

GIORGIO FRUS

zione, cfr. Cass. 27 ottobre 1975, n. 3577, *Mass. giur. lav.*, 1976, p. 403; App. Lecce 6 maggio 1974, *Giur. mer.*, 1976, I, p. 473. In ordine alla decorrenza, per il datore di lavoro, del termine entro il quale comunicare i motivi, cfr. Cass. 13 agosto 1981, n. 4909, *Mass. giur. lav.*, 1982, p. 401, la quale, in relazione ad una fattispecie assai particolare, ha stabilito che nel caso in cui i motivi siano stati richiesti dal lavoratore con una lettera raccomandata, non recapitata direttamente al destinatario, la presunzione di conoscenza ex art. 1335 cod. civ. opera dal momento del rilascio dell'avviso di giacenza della raccomandata presso l'ufficio postale. Per una fattispecie di licenziamento dichiarato inefficace per non avere il datore di lavoro dato risposta entro il termine di cui all'art. 2 legge n. 604 del 1966 alla richiesta scritta del lavoratore di conoscere i motivi del licenziamento, cfr. Pret. Milano 3 marzo 1982, *Lavoro* 80, 1982, p. 480.