

LEGITTIMO IL LICENZIAMENTO COMUNICATO TRAMITE WHATSAPP

Corte di Appello di Roma, 23.04.2018, Presidente della Corte Dott. E. Cambria, est. Dott.ssa M.G. Marrocco

Al fine di assolvere all'obbligo di comunicazione in forma scritta, previsto a pena di inefficacia per l'intimazione di un licenziamento ai sensi e per gli effetti degli artt. 2 e 6 della Legge 604/1966, non rileva la peculiarità del mezzo utilizzato per la comunicazione stessa. Ne consegue che l'utilizzo della messaggistica istantanea tramite applicazione "whatsapp", per un più generale principio di libertà della forma dei negozi giuridici, è del tutto equipollente e rispettoso delle norme del codice sull'efficacia e sulla presunzione di conoscenza degli atti unilaterali (artt. 1334-1335 c.c.).

Ricorso per l'impugnazione di un licenziamento asseritamente orale – *onus probandi* – utilizzo della messaggistica "whatsapp" – presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c.

Artt. 2 e 6 l.604/1966 – Artt. 1334 / 1335 / 2697 c.c. – Art.1 l.92/2012 -D.lgs. 82/2015.

1. La sentenza della Corte di Appello di Roma

La Corte di Appello di Roma con la sentenza in commento si è espressa sul riparto dell'onere probatorio *ex art. 2697 c.c.* circa l'eccezione licenziamento orale e sul rispetto, per la peculiarità del mezzo di comunicazione utilizzato, della forma scritta d'intimazione del licenziamento; forma prevista dal legislatore, a pena di inefficacia dello stesso licenziamento, ai sensi e per gli effetti dell'artt. 2 e 6 della legge sui licenziamenti individuali.

L'originario ricorso avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento, avanzato nelle forme di cui al comma 47 dell'art.1 della legge n.92/2012, ha chiesto l'accertamento e la relativa dichiarazione di inefficacia del licenziamento asseritamente orale e, la conseguente applicazione della tutela reintegratoria e risarcitoria a favore della lavoratrice ricorrente.

Il Tribunale, con ordinanza n.8/2017, ha respinto la domanda reintegratoria e risarcitoria per carenza di prova del licenziamento verbale.

Il successivo reclamo, proposto ai sensi dell'art.1 comma 58 della legge 92/2012, è stato volto a sostenere un errore circa il corretto riparto dell'onere probatorio.

La Corte di Appello, nel decidere sulla controversia, parte dall'analisi di un principio di legittimità ormai consolidato.

Ed infatti, la Suprema Corte (Cass. civ. Sez. lav. n.5061/2016) sul riparto dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c., in tema di licenziamento, ha chiarito che sul datore non grava solo l'onere di provare la sussistenza della giustificazione, ma anche tutti i fatti estintivi diversi dal licenziamento: dimissioni, requisiti formali e di efficacia dello stesso prescritti dalla legge.

Senonché, sotto il profilo processuale, l'assolvimento dell'onere probatorio incombe, come detto sul datore di lavoro, fermo restando che il suo assolvimento deve essere valutato alla stregua di tutto il materiale probatorio che entrambe le parti hanno prodotto e che siano disponibili agli atti.

La domanda attorea è stata rigettata.

Ed infatti, alla luce del materiale istruttorio disponibile e prodotto in giudizio dalle parti, è risultato che la lavoratrice ha essa stessa negato l'esistenza del licenziamento.

Ebbene, a fronte di un supposto licenziamento orale intimatogli in data 25.10.2015, la stessa ha prodotto in giudizio un messaggio ricevuto tramite l'applicazione "wathsapp" in data 31.10.2015, ove il datore ha espresso la volontà di non avvalersi della sua prestazione lavorativa.

Ed inoltre, dall'esegesi testuale dello stesso messaggio dell'ottobre 2015 non è possibile ravvisare alcun riferimento all'asserito allontanamento orale avvenuto 6 giorni prima.

La prova testimoniale non ha riscontrato il fatto storico dell'allontanamento verbale.

Ciò posto, la produzione in giudizio della stampa del messaggio del 31.10.2015, ad opera della ricorrente, è da sola capace a conferir certezza sull'effettiva avvenuta ricezione e conoscenza della stessa comunicazione di licenziamento.

Chiarito ciò, la Corte ha potuto esprimere la massima di diritto che maggiormente si distingue per la sua portata innovativa.

Il licenziamento irrogato al prestatore di lavoro e comunicato allo stesso per iscritto dal datore di lavoro tramite lo strumento della messaggistica "wathsapp" è rispettosa dell'obbligo di "comunicazione in forma scritta", contenuto a pena di inefficacia negli artt. 2 e 6 della legge 604 del 1966.

La Corte, nel richiamare il generale principio di libertà delle forme riguardante tutti i negozi giuridici, rileva come il legislatore non avrebbe inteso legare l'esatta espressione della volontà solutoria datoriale a particolari forme di trasmissione del contenuto.

Ed infatti, il termine "comunicazione" di cui all'art.2, a fronte di quello più tecnico di "notificazione" fa sì che l'indagine giudiziale non debba ricadere sul supporto informatico, o meno, utilizzato ma unicamente sull'effettiva conoscenza dello stesso messaggio da parte del lavoratore destinatario.

A suffragio di quanto affermato, la Corte cita un consolidato arrê giurisprudenziale di legittimità, secondo cui gli atti unilaterali recettizi si presumono conosciuti "*qualora giungano all'indirizzo del destinatario ossia nel luogo che, per collegamento ordinario (dimora o domicilio) o per normale frequentazione...risulti in concreto nella sfera di dominio e controllo del destinatario stesso, apparendo idoneo a consentirgli la ricezione dell'atto e la possibilità di conoscenza del relativo contenuto*"(Cass. civ. n.773/2003).

In conclusione, la Corte, nel richiamare il combinato disposto di cui agli artt. 1334 e 1335 c.c. sull'efficacia e presunta conoscenza degli atti unilaterali, altro non ha fatto che concludere per una sostanziale equipollenza tra "l'indirizzo del destinatario" e la casella personale "wathsapp".

2. Il quadro normativo di riferimento e gli orientamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità sulla forma scritta del licenziamento

La decisione della Corte è suffragata da una esaustiva ricostruzione normativa della fattispecie e da richiami ad arrêts giurisprudenziali, che giova in questa sede approfondire.

Anzitutto, non si può che iniziare la disamina partendo dalle fondamentali norme sui licenziamenti individuali.

Ebbene, il primo comma dell'articolo 2 della legge 604/1966 stabilisce che il licenziamento vada comunicato “*per iscritto al prestatore di lavoro*”.

Il licenziamento, quale atto unilaterale recettizio¹, dunque, deve essere portato a conoscenza “*per iscritto*” a pena di inefficacia dello stesso.

A ciò si aggiunga, altresì, che l'articolo 6 della medesima legge, nel disciplinare i termini per l'impugnazione giudiziale e stragiudiziale, espressamente prevede che “*il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta*”.

La comunicazione anzidetta, al pari di tutti gli atti unilaterali, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1334c.c., per produrre effetti deve pervenire necessariamente nella conoscenza del lavoratore.

Il fine legislatore del 1942, tuttavia, ha semplificato l'*onus probandi* del mittente prevedendo una presunzione di conoscenza ogniqualvolta la comunicazione giunga all'indirizzo del destinatario, salvo prova contraria dell'impossibilità incolpevole a carico del ricevente (art. 1335c.c.).

Sul punto si segnala anche un interessante dibattito dottrinale, seppur pragmaticamente fino a sé stesso, sull'improprio utilizzo, da parte del legislatore del 1966, del termine “inefficace”².

Ed infatti, il recesso datoriale, in quanto negozio giuridico richiedente *ad substantiam* la forma scritta³, dovrebbe essere affetto da nullità qualora questo requisito essenziale non fosse rispettato⁴.

Al di là delle dispute terminologiche, alla luce di siffatto impianto normativo, discernere sulla legittimità del mezzo adottato per l'intimazione è di assoluta importanza giacché il lavoratore potrebbe eccepire di essere stato oggetto di un licenziamento orale e, di conseguenza, pretendere la relativa tutela reintegratoria.

¹ Orientamento consolidato tanto in giurisprudenza, quanto in dottrina, si veda *ex multis*: Cass. civ. Sez. lav. n.17652/2007, 6900/1995 e 465/1989; G. SANTORO PASSARELLI, “*Diritto dei lavori e dell'occupazione*”, Giappichelli, Torino, 2017; R. PESSI, “*Lezioni di diritto del lavoro*”, Giappichelli, Torino, 2016.

²L. ANGIELLO, “*Riflessioni sulla forma del licenziamento individuale*”, in “*Studi in onore di Giorgio Ghezzi*”, Volume I, CEDAM, Padova, 2005.

³R. DEL PUNTA, “*Diritto del lavoro*”, Giuffrè, Milano, 2016.

⁴ Sulla nullità di questo licenziamento, si veda *ex Multis* M.TATARELLI, “licenziamento individuale e collettivo”, CEDAM, Padova, 2015; A. PROTO PISANI, “*I profili processuali della nuova disciplina dei licenziamenti individuali*”, in DE CRISTOFARO (a cura di), “*I licenziamenti individuali*” (atti del convegno di Verona, 20 ottobre 1990) Padova, 1991; P. ICHINO, “*Il contratto di lavoro*”, III, in F. MESSINEO “*Trattato di diritto civile e commerciale*”, Giuffrè, Milano, 2003.

Tradizionalmente per licenziamento orale si intende quello comunicato non in forma scritta e la sua sussistenza è ravvisabile anche allorquando l'atto scritto, oggetto di comunicazione, non contenga i requisiti di legge perché possa qualificarsi tale.

Ed inoltre, nel tempo si è considerato, parimenti, orale il licenziamento contenuto in un atto scritto non inoltrato al lavoratore, o comunicato verbalmente, poiché ciò che conta ai fini del rispetto dell'onere di forma è la comunicazione per iscritto, ovvero la consegna della lettera di licenziamento nelle mani del prestatore di lavoro.

Senonché, non possono escludersi altre forme di licenziamento orale, oltre a quello intimato a voce, quali ad esempio, un invito a tornare nella propria abitazione rivolto al lavoratore, ovvero un gesto che possa assumere un inequivoco significato in un determinato contesto sociale o un atto di resistenza fisica che impedisca al lavoratore di accedere nel luogo di lavoro.

Giova, preliminarmente, ricordare che risalente orientamento di legittimità, nel ritenere corretta la dichiarazione di conclusione del rapporto contenuta nel libretto di lavoro riconsegnato nelle mani del dipendente, ha chiarito che *“in tema di forma scritta del licenziamento prescritta a pena di inefficacia, non sussiste per il datore di lavoro l'onere di adoperare formule sacramentali e la volontà di licenziare può essere comunicata al lavoratore anche in forma indiretta, perché chiara”* (Cass. civ. Sez. lav. n.17652/2007).

Con la sentenza oggi in commento, tuttavia, il diritto si adegua all'evoluzione dei tempi. La comunicazione è sempre più veloce, breve ed istantanea e le raccomandate, come la messaggistica SMS, appaiono mezzi ormai obsoleti.

E così, ci si interroga se la comunicazione del recesso operata tramite l'ausilio di un'applicazione per *smartphone* possa integrare, o meno, il richiamato requisito formale previsto dalla legge a pena di inefficacia. La legittimità del recesso intimato con messaggistica istantanea telematica *“whatsapp”* è stata per la prima volta confermata dall'ordinanza del 27 giugno 2017 emessa dalla Sezione lavoro del Tribunale di Catania (giudice M. Fiorentino).

Ebbene, la corte di merito, ha espressamente riconosciuto che l'intimazione a mezzo *“whatsapp”* assolve l'onere della forma scritta *“trattandosi di documento informatico che parte ricorrente ha con certezza imputato al datore di lavoro, tanto da provvedere a formulare tempestiva impugnazione stragiudiziale...la modalità utilizzata dal datore di lavoro, nel caso di specie, appare idonea ad assolvere ai requisiti formali come del resto dimostra la reazione da subito manifestata dalla predetta parte”*.

Il principio di diritto enucleato in quest'ultima pronuncia sembra, dunque, risalire all'effettiva intervenuta *“ricezione della sua comunicazione”* proprio tramite il ricorso presentato dal lavoratore.

Il ricorso giudiziale, la produzione in giudizio della copia dei messaggi ricevuti su applicazione, come l'impugnazione stragiudiziale, finiscono per essere inequivocabilmente prove dell'esatta ricezione del recesso datoriale.

3. L'analogia fattispecie del licenziamento irrogato tramite SMS

L'interpretazione giurisprudenziale della norma, nel silenzio del legislatore, insegue l'evoluzione dei tempi.

D'altronde il mondo della comunicazione digitale evolve così repentinamente, con l'avvento degli *smartphone* e dei sistemi di ricezione internet sempre più diffusi ed all'avanguardia, che la giurisprudenza sulla messaggistica SMS è divenuta in pochissimo tempo una memoria storica del diritto. Seppur, in tal sede, sembra doverosa richiamarla vista la pressoché coincidenza di *quaestio iuris* esaminata rispetto al *petitum* della sentenza in commento.

Già nel 2014, il Tribunale di Torino, ha ritenuto che il licenziamento intimato tramite SMS non fosse da considerare orale in quanto recesso analogo a quello comunicato tramite telefax. Pronuncia capostipite sul tema, tuttavia, è quella della Corte di Appello di Firenze nel luglio 2016, sentenza n.629, ripresa dall'ordinanza di Catania poc'anzi descritta, la quale ha ritenuto che la comunicazione di licenziamento inviata tramite SMS integra perfettamente il requisito di forma scritta richiesta dalla legge. In questa pronuncia, il messaggio SMS è assimilato in tutto e per tutto ad un telegramma dettato al preposto servizio telefonico, ancorché non avente una sottoscrizione originale in calce allo stesso.

Ed infatti, a sostegno di questo approdo interpretativo viene richiamata la Cass. civ. Sez. lavoro, n. 12256 /2000, secondo la quale *“il licenziamento deve essere comunicato per iscritto al lavoratore e tale onere di forma impone che l'atto con il quale sia stato intimato il recesso sia sottoscritto dal datore di lavoro (o dal suo rappresentante che ne abbia il potere generale o specifica procura scritta). Ne consegue che in caso di contestazione da parte del destinatario, il datore di lavoro che abbia intimato il licenziamento con telegramma ha l'onere di fornire la prova della ricorrenza delle condizioni poste dall'art. 2705 c.c. per l'equiparazione del telegramma alla scrittura privata e cioè che l'originale consegnato all'ufficio di partenza sia sottoscritto dal mittente, ovvero che in mancanza di sottoscrizione l'originale sia stato consegnato o fatto consegnare all'ufficio di partenza dal mittente”*⁵.

Senonché, nella sentenza di Firenze si è dato conto di una evoluzione giurisprudenziale della massima stabilita nel 2000, giacché la Cass. civ. Sez. lavoro, n. 19689/2003 ha chiarito come anche la dettatura del telegramma a mezzo telefono è capace di assolvere al requisito della forma scritta, almeno finché non vi sarà puntuale contestazione del destinatario del messaggio circa la sua provenienza.

Mutatis mutandis, nel caso di specie dell'utilizzo della messaggistica SMS, in assenza di specifica contestazione circa la provenienza dal mittente, non vi è motivo di escludere l'utilizzabilità di questo dal novero dei mezzi idonei a comunicare un licenziamento individuale.

⁵ Si segnala che le medesime conclusioni sono state riprese da una precedente sentenza di legittimità: Cass. civ. Sez. lavoro, n. 6749

4. Profili di criticità della sentenza della Corte di Appello di Roma

La sentenza in commento, ritenendo sussistente la forma scritta *ad substantiam* nel caso di specie, ha il pregio di ribadire *de facto* un più generale principio di libertà dei mezzi di supporto usati dal datore per la comunicazione scritta del licenziamento; principio che, dai primi anni del 2000 in poi, si sta cristallizzando tanto nella giurisprudenza di merito quanto in quella di legittimità in riferimento a dispositivi come il telegramma, il telefax, la messaggistica SMS e, per ultimo, l'applicazione mobile "whatsapp".

Senonché questa pronuncia, al pari dei precedenti analizzati nei paragrafi precedenti, non arriva a far chiarezza sugli interrogativi cardine e, per certi versi, più interessanti connessi con l'utilizzo della messaggistica veloce; qui analiticamente richiamati senza una pretesa di esaustiva trattazione:

- la certezza sull'identità del *sender*: la Corte sceglie di esperire la sua indagine sulla conoscibilità dell'atto da parte del destinatario, non approfondendo minimamente sulla certezza del mittente.

A tal proposito si rileva che il D.lgs. 82/2015 nell'introdurre il Codice dell'amministrazione digitale (CAD), sulla validità ed efficacia probatoria dei documenti informatici, ha previsto all'art. 20 comma 1-bis che:

“il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità' del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida.”

Da quanto precede ne consegue che il messaggio "whatsapp", non potendo essere dotato di una firma digitale o di un altro tipo di firma elettronica qualificata, è liberamente valutabile dal giudice circa il suo valore probatorio e la sua capacità a soddisfare il requisito della forma scritta, qualora richiesto da norme imperative.

La Corte di Appello di Roma ha, dunque, valutato la piena attendibilità del documento informatico prodotto, proprio in ragion del fatto che a produrlo è stata la parte ricorrente; parte che è nei fatti di causa risulta essere la destinataria della comunicazione di licenziamento.

- la mancanza di una sottoscrizione originale in calce al messaggio: anche sul punto la Corte di Appello di Roma scientemente non prende posizione.

Di talché è opportuno richiamare la citata giurisprudenza (Cass. civ. Sez. lavoro, n. 19689/2003), la quale esprimendosi a proposito della sussistenza della forma scritta del licenziamento intimato tramite telegramma dettato per telefono al servizio competente, ha ritenuto *de facto* sussistente, fino a specifica contestazione, la sottoscrizione della medesima comunicazione.

Ed altresì si consideri che, più in generale, la giurisprudenza di legittimità ritiene che in tema di prove documentali, *“la produzione in giudizio di una scrittura privata ad opera della parte che non l'abbia sottoscritta costituisce equipollente della mancata sottoscrizione contestuale e pertanto perfeziona sul piano sostanziale o su quello probatorio, il contratto in essa contenuto, purché la controparte del giudizio sia la stessa che aveva già sottoscritto il contratto e non abbia revocato, prima della produzione, il consenso prestato”*(Cass. civ. n.13548/2006).

- il paradosso secondo il quale il lavoratore che riceve questi messaggi, si trova nella scomoda situazione di dover scegliere tra la difesa in giudizio delle proprie ragioni e il non dover promuovere ricorso per non ammettere implicitamente di aver avuto effettiva conoscenza della comunicazione stessa.

D'altronde appare ai più che la reale *Voluntas legis*, nel prevedere una forma scritta di comunicazione del licenziamento, sia stata quella di rispettare un più generale principio di certezza dei rapporti giuridici⁶.

E' questo il vero “cortocircuito” che questa sentenza, come anche la richiamata ordinanza del Tribunale di Catania, provoca nel più generale equilibrio dei mezzi processuali a disposizione delle parti.

Astrattamente potrebbe, forse, ipotizzarsi una lesione dei principi costituzionali di difesa (art. 24 Cost.) e di eguaglianza sostanziale (art. 3 comma secondo Cost.).

Dr. Eugenio Erario Boccafurni- Dottorando di ricerca, università di Roma la Sapienza, in “Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale” - *Curriculum* di Diritto del Lavoro. Cultore della materia in Diritto del Lavoro progreddito presso l'università LUISS Guido Carli.

⁶V. BAVARO – M. D'ONGHIA, “*Profilo costituzionale del licenziamento nullo*”, in W.P. CSDLE. it., n. 305/2016, secondo cui l'obbligo prescritto all'art. 2 della legge 604/1966 sarebbe volto a “*garantire un quadro di certezza circa il significato inequivocabile dell'atto compiuto*”.