

LA RIPARTIZIONE DEL SINDACATO SULLE PRESUNZIONI SEMPLICI TRA LA VIOLAZIONE O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE E L'OMESSO ESAME DI UN FATTO DECISIVO

Nota a Cass., Sez. lav., sentenza 1° giugno 2020, n. 10414  
Pres. NOBILI - Rel. BLASUTTO

La sentenza che qui si esamina consente di fare il punto a proposito del controllo della Suprema Corte sull'impiego da parte del giudice del merito della prova presuntiva, e ciò, in particolare, alla luce della riforma del 2012 che ha inciso sul vizio di motivazione e sul suo controllo in Cassazione.

Nel caso di specie, con il quarto motivo di ricorso della lavoratrice sono state denunciate: *a)* la violazione della legge n. 300 del 1970, art. 18, comma 1, che riguarda la tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo; *b)* la violazione e la falsa applicazione del combinato disposto *b1)* dell'art. 2729 cod. civ., sui criteri di legittimità delle presunzioni semplici, *b2)* dell'art. 1345 cod. civ. (che prevede l'illiceità del contratto quando le parti l'hanno concluso esclusivamente per un motivo illecito), *b3)* della legge n. 223 del 1991, art. 4, tredicesimo comma, secondo cui: «i lavoratori ammessi al trattamento di cassa integrazione, al termine del periodo di godimento del trattamento di integrazione salariale, rientrano in azienda».

Ad avviso della lavoratrice ricorrente, la Corte di seconde cure non avrebbe riconosciuto il carattere ritorsivo o discriminatorio del licenziamento; in particolare essa non avrebbe individuato nei fatti antecedenti a questo e nella loro concatenazione gli indici presuntivi della discriminazione o della ritorsione. Quanto alla suddetta prospettazione, in realtà, la Cassazione ha sostenuto come giustamente la Corte di appello avesse escluso il carattere ritorsivo o discriminatorio del licenziamento sulla base del difetto di prova dei relativi presupposti, il cui onere gravava sulla stessa lavoratrice. Sul punto è però opportuno fare una precisazione in ordine all'istituto della presunzione semplice, che la ricorrente richiama nel proprio motivo di ricorso.

Come è noto, il ragionamento presuntivo rappresenta uno strumento che il giudicante possiede affinché egli possa accertare i fatti rilevanti del processo, attraverso un procedimento inferenziale che prende le mosse dagli elementi di fatto provati per pervenire alla conoscenza di quelli costitutivi della fattispecie oggetto del giudizio. Proprio grazie a queste sue caratteristiche lo schema della presunzione si è posto come un *modus conoscendi*: molto spesso, nella propria attività di accertamento dei fatti, il magistrato pone in essere una serie di induzioni esattamente speculari a

quelle che caratterizzano il ragionamento presuntivo, pur non rientrando nella specifica sfera delle presunzioni semplici.

In sostanza, nel significato di presunzione si può distinguere, da una parte, il metodo inferenziale seguito dal giudice per trarre una conclusione, dall'altra, la conseguenza di questa inferenza, ossia la prova dell'enunciato relativo al *factum probandum*: in senso più generale, dunque, il ragionamento presuntivo va inquadrato come quel procedimento conoscitivo inferenziale di cui il giudice si può avvalere, per conseguire un risultato in merito al fatto ignoto da provare. In questa prospettiva, si spiega il motivo per cui, nella prassi, viene fatto largo uso della prova presuntiva: infatti l'inferenza che procede dal fatto noto fino ad arrivare a quello ignoto rappresenta, molto spesso, la struttura fondamentale del procedimento logico utilizzato nella valutazione delle prove in genere. In altri termini si può rilevare come la valutazione delle prove si concretizzi di fatto nell'inferenza con cui da un elemento noto si riesce a trarre la probabilità del *factum probandum*.

In quest'ordine di idee appare estremamente rilevante comprendere se ed eventualmente in che modo la Suprema Corte possa sindacare l'impiego che il giudice di merito abbia fatto del ragionamento presuntivo. Nella sentenza qui in esame, la Cassazione riprende il principio per cui «la denunciata mancata applicazione di un ragionamento presuntivo che si sarebbe potuto e dovuto fare, ove il giudice di merito non abbia motivato alcunché al riguardo» è deducibile ai sensi del n. 5 dell'art. 360, comma 1, cod. proc. civ., ossia come omesso esame di un fatto secondario, e non come violazione o falsa applicazione delle norme di legge ex n. 3. In tal modo la Sezione lavoro ha richiamato la precedente sentenza n. 17720 del 2018, la quale ha esaminato *funditus* la tematica in discorso e ha ampiamente esplicitato l'orientamento già nominato, affermando diversi principi fondamentali in materia. Nel dettaglio la Suprema Corte ha provveduto ad enunciare i seguenti principi di diritto in ordine alle modalità di deduzione dei vizi relativi alle presunzioni di cui all'art. 2729 cod. civ.:

1) «In tema di presunzioni di cui all'art. 2729 cod. civ., è deducibile come vizio di violazione e falsa applicazione di norma di diritto ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ., n. 3: a) l'ipotesi in cui il giudice di merito contraddica il disposto dell'art. 2729 cod. civ., comma 1, affermando (e, quindi, facendone poi concreta applicazione) che un ragionamento presuntivo può basarsi anche su presunzioni (*rectius*: fatti), che non siano gravi, precise e concordanti: questo è un errore di diretta violazione della norma; b) l'ipotesi in cui il giudice di merito fonda la presunzione su un fatto

storico privo di gravità o di precisione o di concordanza ai fini della inferenza da esso della conseguenza ignota, così sussumendo sotto la norma dell'art. 2729 cod. civ., fatti privi di quelle caratteristiche e, quindi, incorrendo in una sua falsa applicazione, giacché dichiara di applicarla assumendola esattamente nel suo contenuto astratto, ma lo fa con riguardo ad una fattispecie concreta che non si presta ad essere ricondotta sotto tale contenuto, cioè sotto la specie della gravità, precisione e concordanza; c) l'ipotesi, opposta a quella *sub b*) in cui espressamente, cioè motivando, il giudice di merito abbia ritenuto un fatto storico privo di gravità o di precisione o di concordanza ai fini della inferenza da esso della conseguenza ignota, così rifiutandosi di sussumere sotto la norma dell'art. 2729 cod. civ., fatti che avrebbero avuto le caratteristiche per esservi sussunti e, quindi, incorrendo per tale ragione in una sua falsa applicazione» (Cass., Sez. III, 6 luglio 2018, n. 17720).

2) «In tema di presunzioni di cui all'art. 2729 cod. civ., la prospettazione che il giudice di merito abbia omesso di considerare un fatto noto come giustificativo dell'inferenza di un fatto ignoto e, dunque, la mancanza di applicazione di un ragionamento presuntivo che si sarebbe potuto e dovuto fare, allorquando il giudice di merito non abbia motivato alcunché al riguardo (e non si verta nell'ipotesi in cui l'invocazione del ragionamento presuntivo fosse stata oggetto di un motivo di appello contro la sentenza di primo grado, nel qual caso il silenzio del giudice può essere dedotto come omissione di pronuncia su motivo di appello), non è deducibile come vizio di violazione di norma di diritto, bensì solo ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ., n. 5, cioè come omesso esame di un fatto secondario, quello che avrebbe fondato la presunzione e lo è nei sensi e con i limiti sottesi a detto paradigma» (Cass., Sez. III, 6 luglio 2018, n. 17720).

Approfondiamo ora il discorso a partire dal primo dei due richiamati principi. Questo prende le mosse da quanto affermato dalle Sezioni Unite nel 2014: le cd. sentenze gemelle hanno infatti fornito la loro interpretazione della portata e del significato da attribuire al nuovo art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ., modificato dalla riforma intervenuta nel 2012, in particolare dall'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134).

La suddetta modifica del n. 5 ha previsto il motivo di ricorso per “omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”, sostituendolo alla formulazione – risalente al 1950 – della “omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia prospettato dalle parti o rilevabile di ufficio”. La portata di questo cambiamento è stata fin da subito guardata con notevole diffidenza dagli interpreti, i quali si sono trovati di fronte ad una dizione già nota e – per così dire – già “scartata”. Nel 2012, seguendo una

certa circolarità storica, il legislatore ha infatti ristabilito – quasi nella sua totalità – la formula originariamente impiegata dal codice del '42, in quanto quella odierna ricalca la precedente; e così ha riaperto la problematica sopra un testo che in passato era stato impiegato e, in tempi quasi immediati, rifiutato, visto e considerato l'intervento nel '50 della riforma che ha stabilito il *dictum* del n. 5 durato fino al 2012.

Con queste premesse si può facilmente comprendere come la novella, avendo eliminato qualsiasi riferimento alla motivazione della sentenza, abbia causato in dottrina inizialmente un certo malcontento e poi un unanime «ripudio di metodo e di merito» (CONSOLO), ed ecco spiegata l'impellente esigenza per cui la Cassazione – nella particolare conformazione del collegio a Sezioni Unite – si è trovata a dover chiarire il senso di tale importante modifica.

Si può, senza dubbio alcuno, affermare che l'obiettivo delle Sezioni Unite fosse proprio quello di ridurre al minimo costituzionale il sindacato sulla motivazione in Cassazione, tuttavia esse – forse senza quasi rendersene conto – hanno lasciato aperto uno spiraglio, niente affatto banale o scontato, che dà accesso ad ampie possibilità di controllo del cd. vizio logico di motivazione espunto – nell'intenzione – dalla riforma del 2012.

In effetti le Sezioni Unite, pur avendo preliminarmente puntualizzato che non si può consentire l'ingresso a una “surrettizia revisione del giudizio di merito”, hanno affermato come la nuova configurazione del controllo della motivazione abbia trasformato, senza però eliminarlo, il controllo sugli estremi dettati dall'art. 2729 cod. civ.: «la peculiare conformazione del controllo sulla motivazione non elimina, sebbene riduca (ma sarebbe meglio dire, trasformi), il controllo sulla sussistenza degli estremi cui l'art. 2729 cod. civ., comma 1, subordina l'ammissione della presunzione semplice. In realtà è in proposito possibile il sindacato per violazione di legge, ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ., n. 3. Ciò non solo nell'ipotesi (davvero rara) in cui il giudice abbia direttamente violato la norma in questione deliberando che il ragionamento presuntivo possa basarsi su indizi che non siano gravi, precisi e concordanti, ma anche quando egli abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza, sussumendo, cioè, sotto la previsione dell'art. 2729 cod. civ., fatti privi dei caratteri legali, e incorrendo, quindi, in una falsa applicazione della norma, esattamente assunta nella enunciazione della “fattispecie astratta”, ma erroneamente applicata alla “fattispecie concreta”» (Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, nn. 8053-8054).

Si intuisce, dunque, come le sentenze gemelle abbiano, per un verso, sposato la lettura restrittiva inaugurata con la novella del 2012; tuttavia, per altro verso, esse hanno lasciato aperta la possibilità di denunciare la violazione o la falsa applicazione dell'art. 2729 cod. civ., in tema di presunzioni semplici, per il tramite dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. nelle due ipotesi di cui si è appena detto, senza avere probabilmente alcuna contezza del fatto che ciò avrebbe comportato anche un controllo sul vizio logico di motivazione.

Nel dettaglio ed in concreto si potrà sindacare la decisione del giudice di merito in ordine all'impiego della prova presuntiva: *a)* ogni volta che la gravità manchi perché difetta la cd. inferenza probabilistica; *b)* tutte le volte in cui la presunzione presenti inferenze probabilistiche plurime e non la sola assunta dal giudice di merito, violando il requisito della precisione; *c)* quando vi siano elementi probatori non concordanti, ossia dissonanti rispetto alla presunzione. In tutti questi casi si configurano vizi di violazione della norma metodologica relativa alla valutazione delle prove indirette (art. 2729 cod. civ.).

Ebbene la pronuncia n. 17720 del 2018 richiama quanto affermato dalle sentenze gemelle del 2014 e da un'altra pronuncia delle Sezioni Unite, la n. 1785 del 2018, la quale ha ampliato le ipotesi di sindacabilità delle presunzioni semplici: il riferimento è al caso in cui il magistrato si sia espressamente rifiutato di considerare gravi, precisi e concordanti alcuni indizi che invece avrebbero avuto quelle determinate caratteristiche.

È importante soffermarsi su questa tipologia di censura per distinguerla – come a breve si sottolineerà – dalla situazione che dà luogo al vizio deducibile ai sensi del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ.: nell'ipotesi del vizio censurabile *sub* n. 3, il giudice ha *espressamente* ritenuto in motivazione di non dover sussumere sotto la norma dell'art. 2729 cod. civ. i fatti che aveva a disposizione, diversamente dalla situazione che si verifica qualora il giudice abbia *omesso di considerare* un elemento fattuale decisivo per il giudizio.

Quest'ultima deduzione apre la strada all'analisi dell'altro principio sancito dalla sentenza della Corte n. 17720/2018, secondo il quale, laddove il giudice abbia omesso di considerare un fatto noto che avrebbe potuto fondare una presunzione semplice e non abbia motivato alcunché al riguardo, la denuncia del ricorrente è prospettabile unicamente ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ.

Per comprendere quanto sostenuto dalla terza Sezione in ordine alle presunzioni semplici, bisogna dapprima inquadrare il nuovo contesto di applicazione del n. 5, per come questo è stato

interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità. La dizione odierna della norma è scomponibile logicamente in tre parti: *i)* omesso esame *ii)* circa un fatto decisivo per il giudizio *iii)* che è stato oggetto di discussione tra le parti.

In primo luogo, si può dire che, sebbene non ci sia piena univocità di opinioni in dottrina sul significato da attribuire al concetto di “omesso esame”, si concretizzerà il cosiddetto “omesso esame” qualora il giudice abbia trascurato di prendere una posizione su di un determinato fatto, nel senso che nella motivazione non si sia rinvenuta alcuna traccia del suddetto fatto. D'altra parte è pacifico che per “fatto” debba intendersi necessariamente un elemento fattuale, un fatto storico-empirico e non una questione di diritto o un elemento istruttorio; perciò la censura non può concretizzarsi in una “omessa pronuncia” su una domanda o un'eccezione, che invece è deducibile ai sensi dell'art. 360, n. 4, cod. proc. civ., per nullità della sentenza a causa della violazione del principio di cui al 112 cod. proc. civ.

In secondo luogo, il fatto oggetto dell'omesso esame deve essere “decisivo per il giudizio”, nel senso che, ove questo fosse stato esaminato e valutato, avrebbe condotto ad una differente decisione finale: ecco dunque il carattere della decisività ai fini del giudizio. Si tratta, dunque, di una valutazione *a posteriori* che mira a capire se tale fatto, ove fosse stato esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia: trattasi di un “giudizio inferenziale di decisività” del fatto stesso. In tal senso verificare la decisività di un fatto significa praticamente compiere un'inferenza presuntiva: invero «la nozione di decisività concerne la stessa idoneità del vizio denunciato, ove riconosciuto, a determinarne una diversa ricostruzione e, dunque, asserisce al nesso di causalità fra il vizio della motivazione e la decisione, essendo, peraltro, necessario che il vizio, una volta riconosciuto esistente, sia tale che, se non fosse stato compiuto, si sarebbe avuta una ricostruzione del fatto diversa da quella accolta dal giudice del merito e non già la sola possibilità o probabilità di essa» (Cass., Sez. lav., 25 maggio 2017, n. 13198).

Ancora, quanto alle caratteristiche di questo fatto, le sentenze gemelle del 2014 hanno chiarito che può trattarsi sia di un fatto principale sia di un fatto secondario.

In terzo ed ultimo luogo, l'omissione deve riguardare un fatto che sia stato “oggetto di discussione fra le parti”: si intende così quel fatto “controverso”, restando esclusi i fatti notori e non contestati, quelli pacifici per mancata contestazione dalla parte costituita o per riconoscimento esplicito di questa.

In sintesi, il controllo previsto dall'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. riguarda «l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza (rilevanza del dato testuale) o dagli atti processuali (rilevanza anche del dato extratestuale), che abbia costituito oggetto di discussione e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia)» (Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, nn. 8053-8054).

Nel suddetto ordine di idee, chi ricorre per cassazione per mezzo dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. deve indicare: *a)* il fatto storico di cui è stato omesso l'esame, *b)* il dato testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, *c)* come e quando tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti, *d)* la decisività del fatto stesso.

Ai fini del discorso qui svolto e dunque per capire la rilevanza che questo motivo di ricorso assume con riguardo alla sindacabilità delle presunzioni semplici, è bene soffermarsi sull'omesso esame di un fatto secondario. Anzitutto si può rilevare che considerare un fatto secondario come decisivo risulta coerente con quell'orientamento giurisprudenziale per cui il giudice può fondare una presunzione anche su di un unico indizio, purché esso sia sufficientemente grave e preciso, in quanto il requisito della concordanza va rispettato solo nella situazione in cui sussistano più elementi indiziari: dunque in questo caso il fatto secondario è sicuramente decisivo. In effetti, quando si fa riferimento al cd. "fatto secondario", si intende quello dal cui accertamento dipende la prova del fatto principale: è ciò che accade, appunto, per l'indizio da cui deriva la probabilità del fatto ignoto. In questo senso la Cassazione si trova a dover verificare la decisività del fatto secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che avrebbe potuto rappresentare la fonte di una presunzione semplice.

In definitiva, secondo il nuovo art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ., la sentenza sarebbe censurabile quando il giudice, valutando gli elementi di prova rilevanti, abbia omesso di considerare un fatto decisivo per la risoluzione della controversia: segnatamente un fatto principale ovvero un fatto secondario che riguardi i fatti storici della vicenda. Il vizio dell'odierno n. 5 corrisponde pertanto ad un "errore di attività" del giudicante in quanto prevede un vizio nascente dal dovere del giudice di esaminare tutti i fatti allegati e provati dalle parti; pertanto esso implica l'analisi della motivazione della sentenza, da cui può ricavarsi l'omesso esame circa un fatto decisivo. Dunque – secondo alcuni – la Suprema Corte, dovendo verificare la decisività del fatto che si sostiene sia stato omesso, pone in essere una valutazione di merito notevolmente incisiva, attinente tanto alla scelta del giudice di merito di aver omesso quel fatto, quanto agli stessi elementi di prova.

In conclusione, la Cassazione dovrà operare una vera e propria indagine di fatto che si articola nel seguente modo: dovrà *a)* verificare che quella circostanza fattuale sia stata dedotta dalla parte processuale, *b)* vagliare che essa sia stata discussa, *c)* controllare che il giudice di grado inferiore ne abbia omesso l'esame. Soltanto dopo un riscontro positivo derivante da quest'analisi, la Corte potrà constatare se quel fatto, in quanto decisivo, dovesse essere considerato ai fini della decisione. In quest'ordine di idee, sebbene la riforma intervenuta nel 2012 volesse – nell'intenzione – rappresentare una chiusura per la sindacabilità della motivazione sui fatti in Cassazione o quantomeno per il cd. vizio logico, essa sotto questo profilo ha lasciato le cose come stavano in quanto la Suprema Corte resta, nei termini chiariti, giudice anche del fatto.

Si è già anticipato come la pronuncia qui in commento abbia ripreso la sentenza n. 17720 del 2018, che risulta fondamentale per comprendere il criterio su cui la Sezione lavoro si è basata per rispondere al quesito esplicitato nel quarto motivo di ricorso.

In detta pronuncia del 2018, la Cassazione ha affermato che, laddove i ricorrenti lamentino che il giudice di merito non abbia svolto il ragionamento presuntivo che avrebbe dovuto compiere sulla base di alcuni indizi per risalire ad un fatto ignoto, di fatto essi non stanno censurando un rifiuto, espresso e giustificato dal giudice con una motivazione che si assume erronea, di procedere ad un ragionamento presuntivo, bensì stanno denunciando la mancanza di un ragionamento presuntivo che il giudice avrebbe potuto e dovuto svolgere.

Si tratta, dunque, dell'ipotesi di omessa applicazione di una presunzione semplice, in quanto la sussistenza di fatti noti rinvenibili nel materiale istruttorio avrebbe giustificato l'applicazione del ragionamento presuntivo, permettendo così al giudice di risalire al fatto ignoto: allora, in tal caso, il motivo dovrà esser dedotto ai sensi del n. 5 e non come un vizio di falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 2727 e 2729 cod. civ.

Come si è ampiamente sottolineato, la Corte di cassazione ha il compito di sindacare, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., l'errore in cui il giudice di grado inferiore sia incorso nel considerare grave, precisa e concordante un'inferenza che non aveva quei caratteri o, viceversa, laddove non l'abbia considerata tale quando in realtà essa era dotata di gravità, precisione e concordanza. Secondo questa linea interpretativa, per far valere il vizio di falsa applicazione dell'art. 2729 cod. civ., è necessaria dapprima una preliminare attività di individuazione del ragionamento che si asserisce come irrispettoso di uno o di tutti i paradigmi del 2729 cod. civ. e poi un'attività argo-



mentativa che si deve concretizzare nell'indicare e spiegare che il ragionamento presuntivo compiuto dal giudice di merito risulti irrispettoso del carattere della gravità, di quello della precisione ovvero di quello della concordanza, di due di questi oppure di tutti e tre. Pertanto, sarà riscontrabile il vizio di violazione o di falsa applicazione della norma attinente all'impiego delle presunzioni semplici laddove il giudice abbia erroneamente sussunto sotto il 2729 cod. civ. fatti che non avevano quelle determinate caratteristiche.

Se ciò appare assodato e pacifico, la questione si pone laddove il giudice non abbia considerato gravi, precisi e concordanti degli indizi che invece erano tali, dunque non dando vita ad un ragionamento presuntivo che invece sarebbe stato possibile e necessario. Ebbene, per quale strada prevista dal 360 cod. proc. civ. sarà sindacabile il suddetto vizio? Lo sarà attraverso il n. 3 – come hanno prospettato i ricorrenti nel caso oggetto della sentenza qui pubblicata – o per il tramite del n. 5, cioè come omesso esame di un fatto secondario?

Per dare una risposta a questa domanda, è necessario prima distinguere due ipotesi che possono originarsi dal vizio di cui si è appena detto. In un primo caso, può darsi la situazione in cui il giudice di grado inferiore abbia espressamente sostenuto e giustificato nella motivazione della sentenza che gli indizi a sua disposizione fossero privi dei caratteri di gravità, di precisione e di concordanza, quando in realtà avevano tali requisiti.

In un secondo caso, si può verificare che il giudice di merito abbia ritenuto gli elementi indiziari non sufficientemente gravi, precisi e concordanti e perciò abbia omesso di considerarli ai fini della decisione e conseguentemente questi non siano rinvenibili nella motivazione.

Orbene queste due ipotesi – simili per alcuni tratti – conducono a due vizi differenti, deducibili per mezzo di due motivi di ricorso diversi.

Quanto alla prima situazione, si può dire che l'espressa esclusione da parte del giudice della configurabilità di una presunzione semplice sia deducibile come vizio di falsa applicazione della norma di cui all'art. 2729 cod. civ., in quanto nella motivazione della sentenza di merito si coglie un'argomentazione motivazionale da cui emerge come il giudice si sia erroneamente rifiutato di sussumere i fatti sotto la norma stessa e quindi di applicare una presunzione che invece avrebbe dovuto applicare. Tale ipotesi è perfettamente speculare a quella in cui il giudice di merito abbia in positivo impiegato una presunzione in violazione dei requisiti legali di cui al 2729 cod. civ.: di tal che, in entrambi i casi, la denuncia in Cassazione sarà possibile per mezzo dell'art. 360, comma 1,

n. 3, cod. proc. civ., ossia come falsa applicazione della norma in questione, restando del tutto al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 360, n. 5, cod. proc. civ.

Invece, quanto alla seconda ipotesi, si tratta dell'omessa applicazione da parte del giudice di un ragionamento che avrebbe potuto ed anzi dovuto porre in essere, ma – in tal caso – manca una presa di posizione nell'ambito della motivazione. Pertanto la Suprema Corte ha ritenuto che questa ipotesi non sia deducibile come falsa applicazione dell'art. 2729 cod. civ., bensì ai sensi del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ. in quanto si imputa al giudice l'omesso esame della situazione fattuale, cioè del fatto noto o dei diversi fatti noti che, ove fossero stati considerati, avrebbero condotto alla conoscenza di un fatto ignoto, che, invece, è stato anch'esso ignorato nella motivazione: in tal caso si addebita allora al giudice di merito l'omesso esame di un fatto secondario.

Peraltro la Corte ribadisce come i motivi di ricorso non possano fornire una diversa spiegazione di una risultanza istruttoria che sia stata apprezzata dal giudice di merito in altro senso. Dunque, laddove il motivo evochi soltanto valutazioni dirette a suggerire un'altra possibile spiegazione meramente alternativa rispetto a quella fornita dal giudice, esso si risolve in un mero tentativo di far sì che la Cassazione si sostituisca al giudice di merito nella valutazione di risultanze probatorie: pertanto la suddetta deduzione esula dall'ambito dei paradigmi sia del n. 3 sia del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., in quanto una tale attività, come già detto, non è consentita alla Corte per i limiti al controllo sulla motivazione *in facto*.

E allora, in linea generale, v'è da ribadire come, con la propria censura, il ricorrente non possa porre in essere una differente versione della valutazione complessiva svolta dal giudice di merito in ordine alle risultanze istruttorie.

Orbene dalla sentenza in esame è possibile ricavare diversi principi importanti in ordine alla sindacabilità delle presunzioni semplici e, in generale, sulle censure di cui ai nn. 3 e 5:

a) la violazione o la falsa applicazione dell'art. 2729 cod. civ. è configurabile nelle tre ipotesi seguenti, ossia quando: *i*) il giudice ha deliberato che una presunzione semplice possa fondarsi su indizi sprovvisti di gravità, precisione, concordanza; *ii*) il giudice ha fondato il proprio ragionamento presuntivo su elementi indiziari privi dei suddetti caratteri; *iii*) il giudice si è espressamente rifiutato in motivazione di considerare gravi, precisi e concordanti indizi che in realtà erano tali;

b) l'omesso esame di uno o più fatti secondari che avrebbero potuto fondare una presunzione è deducibile in Cassazione ai sensi del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., laddove il giudice non abbia

motivato a riguardo e, dunque, tale vizio fuoriesce dalla violazione oppure dalla falsa applicazione dell'art. 2729 cod. civ.;

c) la deduzione del n. 5 richiede necessariamente che l'omesso esame riguardi un fatto vero e proprio e non un mero elemento generico, indeterminato e non ben individuato;

d) la denuncia del ricorrente non può mai concretizzarsi in una prospettazione di una ricostruzione dei fatti diversa ed alternativa rispetto a come il giudice di merito l'ha valutata.

Ebbene, nella sentenza qui in esame, la Suprema Corte ha correttamente risolto il caso concreto sostenendo che «la denunciata mancata applicazione di un ragionamento presuntivo che si sarebbe potuto e dovuto fare, ove il giudice di merito non abbia motivato alcunché al riguardo [...] non è deducibile come vizio di violazione di norma di diritto, bensì solo ai sensi e nei limiti dell'art. 360 cod. proc. civ., comma 1, n. 5, cioè come omesso esame di un fatto secondario (dedotto come giustificativo dell'inferenza di un fatto ignoto principale), purché decisivo».

Invero, brevemente, v'è da dire che il licenziamento per ritorsione costituisce una “ingiusta ed arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore” sanzionato con la conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l'unico determinante. L'onere della prova del carattere ritorsivo nel provvedimento adottato dal datore di lavoro grava sul lavoratore e può essere assolto con la dimostrazione di elementi specifici tali da far ritenere con sufficiente certezza l'intento di rappresaglia, dovendo tale intento aver avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro.

D'altra parte, la nullità del licenziamento discriminatorio discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno, sicché, diversamente dall'ipotesi di licenziamento ritorsivo, la natura discriminatoria non può essere esclusa dalla concorrenza di un'altra finalità, pur legittima, quale il motivo economico.

Dunque è chiaro come spetti al dipendente dimostrare che il licenziamento deciso a suo carico dal datore di lavoro ha natura ritorsiva o discriminatoria: la Corte di cassazione ha sostenuto che l'onere di dimostrare l'intento discriminatorio – così come quello ritorsivo – idoneo a configurare la nullità del recesso è posto a carico del lavoratore. In quest'ottica, il licenziamento sarà nullo a condizione che il lavoratore abbia fornito prova di ciò, anche mediante presunzioni. Nel licenziamento discriminatorio il lavoratore deve allegare di esser stato trattato in maniera differente rispetto ad un soggetto che si sia trovato in analoga situazione: è sufficiente che offra elementi precisi e concordanti dai quali si possa presupporre un comportamento discriminatorio. Nel licenziamento

ritorsivo deve dimostrare, invece, il motivo illecito del datore che intende “punire” il lavoratore a fronte di un suo comportamento lecito.

Orbene il citato motivo, dedotto dalla ricorrente, è pervenuto in Cassazione per il tramite del n. 3 dell’art. 360, comma 1, cod. proc. civ., dunque come violazione o falsa applicazione di una norma di diritto, nello specifico dell’art. 2729 cod. civ.; in realtà, però, quella che prospetta la lavoratrice è l’omissione di un ragionamento presuntivo. Infatti ella ha sostenuto che la Corte d’appello non avesse considerato i fatti antecedenti al licenziamento come degli elementi indiziari su cui avrebbe potuto fondare la probabilità della discriminazione o della ritorsione concretizzatasi con il licenziamento della stessa. In questi termini la lavoratrice sta di fatto lamentando un omesso esame da parte del giudice di merito di più fatti secondari, indici – a suo parere – dei suddetti caratteri. In tal senso, dunque, la denuncia di violazione di legge per non avere la Corte di appello fatto ricorso al ragionamento presuntivo ai sensi dell’art. 2729 cod. civ. è inammissibile per quanto la Cassazione aveva già sostenuto a seguito della riforma – ad esempio – nella sentenza del 2018.

In definitiva, alla luce delle considerazioni svolte finora, la lagnanza andava dedotta come omesso esame di un fatto secondario e decisivo, che fosse stato oggetto di discussione tra le parti, ma in ogni caso essa non sarebbe comunque rientrata nei limiti di ammissibilità del mancato ricorso al ragionamento presuntivo.

Come anticipato, la Suprema Corte deve vagliare che il fatto in questione sia stato anzitutto dedotto dalla parte, poi discusso in giudizio e solo dopo se il giudice di merito ne abbia effettivamente omesso l’esame; in tal caso, però, la lavoratrice non aveva dato prova di quegli elementi indiziari che avrebbero potuto fondare la presunzione semplice attraverso cui provare il carattere discriminatorio o ritorsivo del licenziamento.

Infine, a parte la ripartizione tra i due motivi di ricorso, v’è da rilevare come nella sentenza qui in esame la Corte sottolinei peraltro che, in ogni caso, non rientra nella censura di cui al n. 5 (ma neppure nel n. 3) dell’art. 360 cod. proc. civ. il vizio di omessa pronuncia, in quanto nella diversa ipotesi in cui la denuncia sia stata oggetto di motivo di appello contro la sentenza il silenzio del giudice può essere dedotto come omissione di pronuncia su motivo di appello e non come omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio. L’omessa pronuncia su uno o più motivi di appello integra la violazione dell’art. 112 cod. proc. civ., la quale deve essere fatta valere ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ. e il suddetto vizio determina nullità della sentenza.

Posta questa importante distinzione tra l'omissione dell'esame e quella della pronuncia, si deve anche rimarcare la sussistenza del presupposto di applicabilità del n. 5: si sta facendo riferimento alla previsione della cd. doppia conforme, introdotta nell'ordinamento anch'essa con alla legge n. 134 del 2012 ai commi 4 e 5 del nuovo art. 348-ter cod. proc. civ.

In generale la deducibilità del vizio di cui al n. 5 è esclusa *a)* nell'ipotesi in cui l'inammissibilità del ricorso in Cassazione *per saltum* è fondata sulle stesse ragioni inerenti alle medesime questioni di fatto poste a base della decisione impugnata; *b)* nel caso in cui la sentenza d'appello conferma la pronuncia di primo grado.

Dunque, oltre a valutare che il vizio in ordine ad una presunzione semplice rientri nella violazione/falsa applicazione del 2729 cod. civ. ovvero nell'omesso esame di un fatto secondario, bisogna preventivamente verificare che sussistano i requisiti di applicabilità dell'uno o dell'altro motivo di censura. E, segnatamente, ciò vale per il n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., in quanto l'applicazione di questo è sottoposta alle condizioni preliminari che si sono appena delineate e poi è necessario verificare che il fatto abbia determinati caratteri richiesti dalla stessa formulazione della norma.

In definitiva si può concludere che il controllo sulle presunzioni semplici – per come oggi si articola nella giurisprudenza della Corte – comporta inevitabilmente che la Cassazione operi un sindacato sul merito, ponendosi come giudice del fatto che va a valutare l'attendibilità e l'efficacia probatoria della presunzione rispetto alla dimostrazione del fatto ignoto.

In tale prospettiva, considerando il significato che l'inferenza presuntiva assume nell'ambito del diritto probatorio quale schema generale di ragionamento impiegato dal giudice nell'accertamento dei fatti di causa, come dianzi ricordato, l'apertura delle Sezioni Unite si coglie in tutta la sua centralità e perciò si può arrivare a sostenere come un controllo sul vizio logico persista ancora oggi nel nostro ordinamento in coerenza con i principi che lo hanno ispirato.

Invero si è compreso come la Suprema Corte tenda oggi a scindere la sindacabilità delle presunzioni semplici tra la censura di cui al n. 3 e quella del n. 5: orbene questi verranno in gioco rispettivamente nel caso di un'erronea sussunzione dei caratteri previsti dall'art. 2729 cod. civ. ai fini dell'efficacia probatoria delle presunzioni semplici e nell'ipotesi di un omesso esame di uno o più fatti secondari, che altrimenti avrebbero costituito la fonte della presunzione.

In una prospettiva più ampia, poi, v'è peraltro da rilevare come nel quadro dell'impiego delle presunzioni semplici possano intervenire altri vizi censurabili avanti la Suprema Corte con un diverso motivo di ricorso: infatti, oltre alle censure deducibili tramite il n. 3 ed il n. 5 dell'art. 360

cod. proc. civ., assume rilevanza anche il motivo di ricorso di cui al n. 4 quanto ai vizi di “motivazione apparente” e di “travisamento della prova”.

Fondamentale a proposito di “motivazione apparente” è la sentenza n. 16502 del 2017, la quale ha ritenuto ammissibile un controllo sulla correttezza del percorso logico tra premessa-massima d’esperienza-conseguenza: segnatamente sulla esattezza della massima di esperienza poi applicata, sulla congruità – o accettabilità o plausibilità o, in senso lato, verità – della premessa in sé considerata. Pertanto, laddove si riscontri la fallacia della premessa, l’erroneità della concatenazione logica o la non verità della conclusione, la sentenza potrà esser censurata in quanto la sua motivazione è soltanto apparente.

Dunque tale pronuncia prospetta un’attività valutativa, la quale presuppone che le ragioni della decisione siano “pienamente intelleggibili” e non solamente individuabili da un punto di vista meramente materiale: di fatto essa si fonda su un impiego elastico del concetto di motivazione apparente, in guisa tale da ricomprendere i casi di insufficienza.

Atteso che il ragionamento probatorio – come la stessa sentenza ricorda – si sviluppa in una premessa da cui il giudice di merito muove, procedendo mediante una massima d’esperienza, per pervenire poi alla probabile esistenza del fatto ignoto, la pronuncia richiamata ben si attaglia anche al ragionamento presuntivo svolto dal giudice.

Ebbene, nel suddetto ordine di idee, tutti questi motivi di ricorso possono riguardare la presunzione semplice: a tale tripartizione – che vede protagonisti i vizi di *a)* violazione dell’art. 2729 cod. civ. deducibile tramite il n. 3, *b)* motivazione apparente censurabile attraverso il n. 4, *c)* omesso esame di un fatto secondario *ex art* 360, n. 5, cod. proc. civ. – si deve aggiungere, da ultimo, poi, l’ipotesi del vizio di travisamento della prova.

A quest’ultimo riguardo, si è pronunciata la Corte di cassazione che ha riconosciuto la rilevanza di tale vizio: essa ha inquadrato il concetto di travisamento delle prove acquisite nell’ipotesi in cui il ricorrente lamenti il suddetto vizio e chiedi alla Cassazione di esaminare l’atto specificamente indicato «perché si accerti che l’informazione probatoria riportata ed utilizzata dal giudice per fondare la decisione sia diversa ed inconciliabile con quella contenuta nell’atto e rappresentata nel ricorso o addirittura non esista nell’atto» (Cass., Sez. I, 25 maggio 2015, n. 10749).

In questo senso – precisa la Suprema Corte – la denuncia di travisamento della prova si differenzia dal cd. travisamento del fatto, che costituisce motivo di revocazione ai sensi dell’art. 395 cod. proc. civ. e non di ricorso per cassazione in quanto incompatibile con il giudizio di legittimità,

perché implica la valutazione di un complesso di circostanze che comportano il rischio di una rivalutazione del fatto non consentita alla Corte.

In una successiva pronuncia (Cass., Sez. III, 12 aprile 2017, n. 9356), la Cassazione ha poi distinto questi tipi di vizi in due ipotesi rientranti nell'ambito dell'errore di percezione: quando esso investe un fatto incontrovertibile, sarà censurabile con la revocazione ordinaria, ai sensi dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ.; quando investe una circostanza che ha formato oggetto di discussione tra le parti, sarà censurabile per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 4, cod. proc. civ., per violazione dell'art. 115 cod. proc. civ. Ebbene, laddove sussistano molteplici interpretazioni di un fatto, contrastanti tra loro, si tratterà di travisamento di un fatto; invece, ove esso attenga agli aspetti incontrovertibili della prova, si potrà parlare, appunto, di travisamento della prova. A sua volta, quest'ultimo può riguardare un fatto secondario – che risulti dagli atti processuali e che sia stato oggetto di discussione tra le parti – su cui fondare la presunzione semplice: in questo senso, tale vizio può attenersi anch'esso all'ambito del ragionamento presuntivo.

Ecco delineata, dunque, una quadripartizione dei vizi che possono riguardare il sindacato operato dalla Cassazione in ordine alle presunzioni semplici.

In conclusione, si può sostenere quanto segue: *a)* è senz'altro vero che la Suprema Corte può vagliare l'impiego, nonché la correttezza della presunzione; *b)* è altrettanto vero che il ragionamento presuntivo ricopre un ruolo cardinale nell'ambito del diritto probatorio, in quanto costituisce lo schema generale che il giudicante segue nel valutare le prove; *c)* allora si può conseguentemente ritenere che la Corte possa sindacare anche la plausibilità dell'*iter* seguito dal giudice di merito nella ricostruzione dei fatti di causa.

Pertanto – in definitiva – ancora oggi è certamente ammessa la possibilità di sindacare il cd. vizio logico di motivazione, che la novella del 2012 ha tentato di espungere dal quadro dei motivi di ricorso in cassazione, senza però riuscirci.

CHIARA RAPONI