

24 NOV 2016

AULA 'B'



24027.16

ESNE REGISTRAZIONE - ESNE 5011 - ESNE 5011

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Oggetto

[Empty box]

R.G.N. 27247/2013

Cron. 24027

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

- Dott. LUIGI MACIOCE - Presidente - Ud. 21/09/2016
- Dott. AMELIA TORRICE - Consigliere - PU
- Dott. LUCIA TRIA - Consigliere -
- Dott. DANIELA BLASUTTO - Consigliere -
- Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 27247-2013 proposto da:

(omissis) C.F. (omissis) elettivamente
 domiciliato in ROMA, VIA (omissis) presso
 lo studio dell'avvocato (omissis) che lo
 rappresenta e difende unitamente agli avvocati (omissis)
 (omissis) (omissis) giusta delega in
 atti;

- **ricorrente** -

contro

(omissis) S.P.A. C.F. (omissis)

- **intimato** -

2016

3075

Nonché da:

(omissis) S.P.A. C.F. (omissis) in persona
del legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA (omissis) presso lo
studio dell'avvocato (omissis) che la
rappresenta e difende unitamente all'avvocato
(omissis) giusta delega in atti;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

(omissis) C.F. (omissis) elettivamente
domiciliato in ROMA, VIA (omissis) presso
lo studio dell'avvocato (omissis) che lo
rappresenta e difende unitamente agli avvocati (omissis)
(omissis) (omissis) giusta delega in
atti;

- controricorrente al ricorso incidentale -

avverso la sentenza n. 425/2013 della CORTE D'APPELLO
di MILANO, depositata il 01/06/2013 R.G.N. 1017/2012;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 21/09/2016 dal Consigliere Dott. ANNALISA
DI PAOLANTONIO;

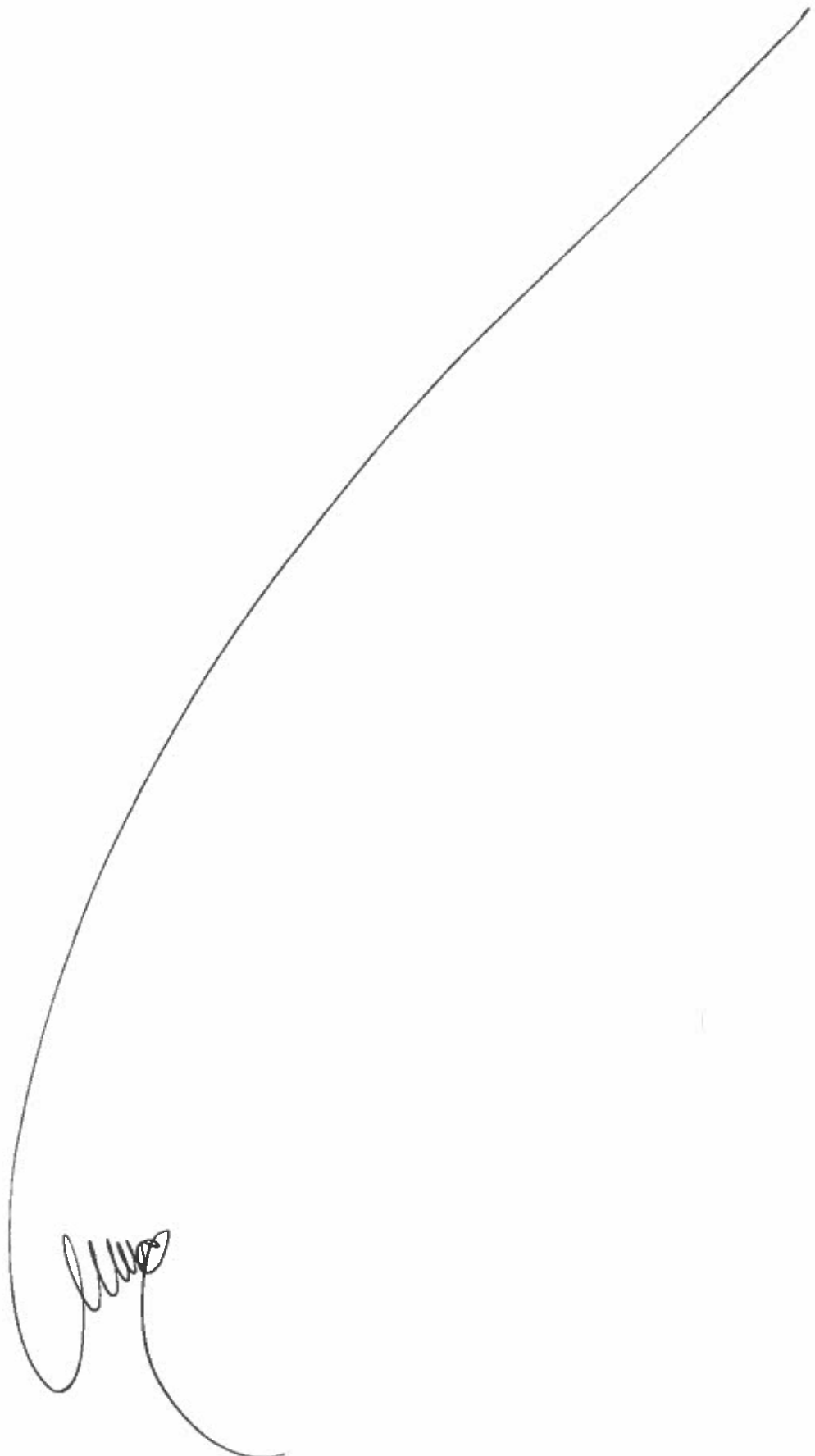
udito l'Avvocato (omissis) per delega Avvocato
(omissis)

udito l'Avvocato (omissis) per delega
Avvocato (omissis) ;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore



Generale Dott. MARCELLO MATERA che ha concluso per il
rigetto del ricorso.



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1 - La Corte di Appello di Milano ha respinto l'appello di (omissis) avverso la sentenza del locale Tribunale che, accogliendo solo parzialmente il ricorso proposto nei confronti della (omissis) s.p.a., aveva: revocato la sanzione disciplinare dell'ammonizione scritta irrogata il 14/3/2010; accertato che il rapporto di lavoro tra le parti si era risolto per effetto del licenziamento per superamento del periodo di comporto, comunicato il 4/6/2010; dichiarato la inefficacia del licenziamento fino al 23/6/2010 e condannato la società al pagamento della retribuzione sino a detta data.

2 - In entrambi i gradi del giudizio di merito il (omissis) aveva dedotto, innanzitutto, che il licenziamento del 1°/4 giugno 2010 era stato revocato dalla società per fatti concludenti, tanto che il datore di lavoro in data 15 giugno 2010 aveva avviato procedimento disciplinare, contestando comportamenti ritenuti scorretti e contrari a buona fede, in relazione ai quali aveva poi intimato un secondo licenziamento, questa volta per giusta causa, il 25 giugno 2010. Aveva, poi, denunciato la illegittimità di entrambi gli atti di recesso sostenendo, quanto al licenziamento per avvenuto superamento del periodo di comporto, che, anche a voler prescindere dalla avvenuta revoca, non ne ricorrevano i presupposti, perché la società aveva erroneamente computato i giorni di assenza e violato la disciplina dettata dall'art. 40 del C.C.N.L.. Il (omissis) aveva, poi, negato di aver tenuto condotte fraudolente in danno della s.p.a., asserendo che il 3 giugno 2010 si era recato in azienda perché del tutto all'oscuro del licenziamento, adottato il 1° giugno ma non ancora comunicato, e che nell'occasione si era verificato l'infortunio, addebitabile solo alla (omissis), la quale non aveva provveduto alla corretta manutenzione del pavimento.

3 - La Corte territoriale ha ritenuto in parte infondati ed in parte inammissibili i motivi di appello ed ha osservato, in sintesi, che:

a) la asserita revoca del primo licenziamento non era stata provata ed al contrario il comportamento della società induceva a ritenere la persistenza della volontà di porre termine al rapporto di lavoro, tanto da ricorrere ad un procedimento disciplinare nel corso della sospensione dell'efficacia del primo atto di recesso;

b) i giorni di assenza, provati attraverso la produzione dei certificati medici, erano complessivamente superiori al comporto stabilito dall'art. 40 del C.C.N.L., poiché

andavano compresi nel computo i giorni non lavorativi, le domeniche e le festività preceduti e seguiti, senza soluzione di continuità, da periodi di malattia;

c) la comunicazione del 29 marzo 2010 aveva ad oggetto solo i giorni di assenza relativi al periodo 1/4/2009-28/2/2010 e dalla stessa non si desumeva la asserita volontà del datore di lavoro di escludere dal calcolo i giorni non lavorativi o festivi;

d) la doglianza relativa alla violazione degli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 40 doveva ritenersi inammissibile in quanto nel giudizio di primo grado il ricorrente non aveva dedotto detto profilo di illegittimità né aveva asserito di essere stato indotto in errore, in assenza del quale avrebbe potuto richiedere la fruizione delle ferie o della aspettativa;

e) correttamente il Tribunale aveva ritenuto che il "programma bonus" per gli anni 2009 e 2010 escludesse il diritto del (omissis) a percepire le quote di incentivazione, riconosciute solo a partire dal primo mese completo lavorato;

f) solo in grado di appello era stata denunciata la illegittimità delle condizioni peggiorative introdotte con detto programma sicché il motivo doveva essere dichiarato inammissibile perché fondato su un argomento nuovo.

4 - Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso (omissis) sulla base di cinque motivi, illustrati da memoria ex art. 378 c.p.c.. La (omissis) s.p.a. ha resistito con controricorso e con ricorso incidentale condizionato ha riproposto la questione della legittimità del licenziamento per giusta causa, non esaminata dai giudici di merito perché assorbita dalla ritenuta efficacia del primo atto di recesso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.1 - Con il primo motivo (omissis) denuncia, ex art. 360 n. 5 c.p.c., omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti, in relazione al capo della sentenza che ha escluso la revoca del licenziamento intimato per superamento del periodo di comporta. Premette il ricorrente che il periodo di malattia comunicato alla azienda era di 21 giorni e scadeva il 23 giugno 2010. La Corte territoriale, pertanto, avrebbe errato nel ritenere che il secondo licenziamento fosse stato intimato nel periodo di sospensione dell'efficacia del primo atto di recesso poiché, al contrario, il 25 giugno detto periodo era già definitivamente spirato. La sanzione disciplinare espulsiva era in sé rappresentativa della volontà della società di ritenere ancora



in essere il rapporto e, quindi, revocato il primo licenziamento, volontà poi ribadita in tutta la documentazione formata successivamente, nella quale era stata sempre indicata come data di cessazione del rapporto quella del 26 giugno 2010.

1.2 - Il secondo motivo di ricorso censura la sentenza impugnata per "violazione e falsa applicazione dell'art. 2110 c.c. e dell'art. 40 del C.C.N.L. industria chimica". Sostiene il ricorrente che erroneamente la Corte territoriale avrebbe inserito nel conteggio le domeniche e i giorni non lavorativi non compresi nei certificati medici, atteso che la giurisprudenza di legittimità richiamata nella motivazione si riferisce alle festività che "cadono nel periodo di malattia indicato nel certificato medico" e non a quelle che esulino dalla certificazione.

1.3 - Con la terza critica (omissis) addebita alla Corte territoriale l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti, che avrebbe determinato la erroneità del conteggio effettuato dal giudice di appello. In particolare sarebbero stati considerati, oltre alle festività non computabili per le ragioni sopra indicate, giorni non indicati nel prospetto delle assenze prodotto dalla società nonché giorni per i quali mancava la certificazione.

1.4 - Il quarto motivo denuncia, ex art. 360 n. 3 c.p.c., "violazione e falsa applicazione dell'art. 1375 c.c. e dell'art. 40 del C.C.N.L. chimici con riferimento alla comunicazione del 29/3/2010; difetto di giusta causa e/o giustificato motivo del licenziamento 1/6/2010". Sostiene il ricorrente che la Corte territoriale sarebbe incorsa in errore nel ritenere la novità e la inammissibilità della questione proposta con il motivo di appello, posto che, al contrario, nel giudizio di primo grado la erroneità del contenuto della comunicazione fornita dalla (omissis) era stata espressamente dedotta. Aggiunge che la società avrebbe dovuto comunicare i giorni di malattia relativi all'ultimo triennio (e non quelli verificatisi nell'anno in corso), in modo da consentire al lavoratore di assumere le iniziative previste dall'art. 40 e finalizzate a garantire al dipendente la conservazione del posto di lavoro.

1.5 - Con il quinto motivo (omissis) lamenta, ex art. 360 n. 3 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 345 e 115 c.p.c. e degli artt. 1321 e 2103 c.c.. Premette che nel giudizio di primo grado la corresponsione del *bonus* era stata richiesta sulla base di quanto contrattualmente convenuto con la lettera di assunzione. La società, nel costituirsi in giudizio, aveva eccepito che le somme richieste non potevano essere riconosciute "in considerazione delle condizioni peggiorative introdotte", ritenute dal Tribunale validi ed efficaci. Il motivo di

appello riguardava la infondatezza della eccezione sollevata dalla (omissis) e, di conseguenza, non introduceva un nuovo tema di indagine. Aggiunge poi che la società non poteva unilateralmente modificare, in termini peggiorativi ed in violazione dell'art. 2103 c.c., le condizioni stabilite nel contratto e che il raggiungimento degli obiettivi fissati dal programma non era mai stato contestato dalla resistente.

2 - Il primo motivo è in parte infondato e per il resto inammissibile.

Per le sentenze pubblicate dal trentesimo giorno successivo alla entrata in vigore della legge 7 agosto 2012 n.134 (pubblicata sulla G.U. n. 187 dell'11.8.2012), di conversione del d.l. 22 giugno 2012 n. 83, la motivazione è censurabile in sede di legittimità solo nella ipotesi di " omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti". Detto vizio, inoltre, non è denunciabile, per i giudizi di appello instaurati successivamente alla data sopra indicata (art. 54, comma 2, del richiamato d.l. n. 83/2012), qualora il fatto sia stato ricostruito nei medesimi termini dai giudici di primo e di secondo grado (art. 348 ter ultimo comma c.p.c.).

Hanno osservato le Sezioni Unite di questa Corte (Cass. S.U. 22.9.2014 n. 19881 e Cass. S.U. 7.4.2014 n. 8053) che la *ratio* del recente intervento normativo è ben espressa dai lavori parlamentari lì dove si afferma che la riformulazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c. ha la finalità di evitare l'abuso dei ricorsi per cassazione basati sul vizio di motivazione, non strettamente necessitati dai precetti costituzionali, e, quindi, di supportare la funzione nomofilattica propria della Corte di cassazione, quale giudice dello *ius constitutionis* e non dello *ius litigatoris*, se non nei limiti della violazione di legge. Il vizio di motivazione, quindi, rileva solo allorché l'anomalia si tramuta in violazione della legge costituzionale, "in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione."

Di conseguenza il controllo previsto dal nuovo n. 5) dell'art. 360 c.p.c. non riguarda la motivazione della sentenza ma concerne, invece, l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione e

abbia carattere decisivo nel senso che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia. L'omesso esame di elementi istruttori, in quanto tale, non integra l'omesso esame circa un fatto decisivo previsto dalla norma, quando il fatto storico rappresentato sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché questi non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie astrattamente rilevanti.

2.1 - Nel caso di specie, poiché il giudizio di appello è stato incardinato con ricorso del 5 aprile 2012, non è applicabile l'art. 348 ter, 5° comma, c.p.c., invocato dalla difesa della controricorrente, e, pertanto, la incidenza della nuova disciplina è limitata alla riformulazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c., applicabile nel testo modificato dalla legge richiamata al punto che precede, poiché la sentenza impugnata risulta depositata il 1° giugno 2013.

Ciò premesso osserva il Collegio che la Corte territoriale, ricostruiti i fatti nella loro successione cronologica, ha dato ampio conto delle ragioni per le quali doveva essere esclusa la asserita revoca per fatti concludenti del primo licenziamento ed ha sottolineato che la iniziativa disciplinare, assunta nel periodo di sospensione della efficacia del recesso, non solo non era di per sé incompatibile con il primo atto adottato, ma anzi era sintomatica della volontà reiterata di porre termine al rapporto.

Il motivo di ricorso, nella parte in cui assume che la sentenza impugnata non avrebbe considerato che la certificazione del 3 giugno aveva sospeso l'efficacia solo sino al 23 giugno, muove da una lettura non corretta della motivazione che, contrariamente a quanto asserito dal ricorrente, dà atto della circostanza il cui esame si assume omesso, tanto che al rigo 3 di pag. 11 afferma: *è pacifico infatti che sino al 23 giugno l'efficacia del primo licenziamento era ancora sospesa.*

2.2 - Al rilievo che precede, già assorbente, si deve aggiungere che la sospensione della efficacia del primo recesso non è decisiva ai fini di causa, poiché l'assunto del ricorrente, secondo il quale l'intimazione del secondo licenziamento sarebbe stata preclusa dalla efficacia del primo atto di recesso, contrasta con il principio di diritto affermato da questa Corte, che va qui ribadito, secondo cui "il datore di lavoro, qualora abbia già intimato al lavoratore il licenziamento per una determinata causa o motivo, può legittimamente intimargli un secondo licenziamento, fondato su una diversa causa o motivo, restando quest'ultimo del tutto autonomo e distinto rispetto al primo. Ne consegue che entrambi gli atti di recesso sono in sé astrattamente idonei a raggiungere lo scopo della risoluzione del rapporto, dovendosi ritenere il secondo licenziamento



produttivo di effetti solo nel caso in cui venga riconosciuto invalido o inefficace il precedente" (Cass. 20.1.2011 n. 1244).

Per il resto il motivo, nella parte in cui insiste sulla errata valutazione della produzione documentale, sollecita un inammissibile sindacato di merito, non consentito alla Corte di legittimità.

3 - Il secondo motivo è infondato perché la sentenza impugnata ha correttamente applicato il principio di diritto consolidato nella giurisprudenza di questa Corte che, anche in recente pronuncia, ha ribadito la necessità di tener conto, ai fini del calcolo del comparto, dei giorni non lavorativi cadenti nel periodo di assenza per malattia, dovendosi presumere la continuità dell'episodio morboso (Cass. 24.9.2014 n. 20106; Cass. 15.12.2008 n. 29317; Cass. 23.6.2006 n. 14633; Cass. 10.11.2001 n. 21385).

Detta presunzione di continuità opera sia per le festività ed i giorni non lavorativi che cadano nel periodo della certificazione, sia nella diversa ipotesi, che qui viene in rilievo, di certificati in sequenza di cui il primo attesti la malattia sino all'ultimo giorno lavorativo che precede il riposo domenicale (ossia fino al venerdì) ed il secondo la certifichi a partire dal primo giorno lavorativo successivo alla domenica (ovvero dal lunedì).

E' stato, infatti, precisato da questa Corte, e va qui ribadito, che "la prova idonea a smentire la suddetta presunzione di continuità può essere costituita soltanto dalla dimostrazione dell'avvenuta ripresa dell'attività lavorativa, atteso che solo il ritorno in servizio rileva come causa di cessazione della sospensione del rapporto, con la conseguenza che i soli giorni che il lavoratore può legittimamente richiedere che non siano conteggiati nel periodo di comparto sono quelli successivi al suo rientro in servizio (Cass. 10 novembre 2004 n. 21385 e Cass. 29.12.2008 n. 29317).

4 - Il terzo motivo è inammissibile per le medesime ragioni indicate al punto 2, poiché il ricorrente, pur denunciando in rubrica l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, in realtà contesta la valutazione delle risultanze istruttorie effettuata dalla Corte territoriale ai fini della quantificazione della durata complessiva dei giorni di assenza.

Si aggiunga che il prospetto alternativo redatto muove dal presupposto della non computabilità dei giorni non lavorativi, delle domeniche e delle festività, erroneo per quanto si è già detto esaminando il secondo motivo.



5 - La quarta censura è inammissibile perché, anche a voler prescindere dalla errata formulazione della rubrica, è sviluppata senza il necessario rispetto dei requisiti richiesti dall'art. 366 nn. 4 e 6 c.p.c..

Occorre premettere che qualora il ricorrente prospetti un *error in procedendo*, rispetto al quale la Corte di cassazione è giudice del "fatto processuale", l'esercizio del potere di diretto esame degli atti del giudizio di merito presuppone l'ammissibilità della censura ex art. 366 c.p.c., sicché la parte non è dispensata dall'onere di specificare il contenuto della critica mossa alla sentenza impugnata, di indicare in modo egualmente specifico i fatti processuali alla base dell'errore denunciato e di trascrivere nel ricorso gli atti rilevanti, diversi dalla sentenza impugnata (fra le più recenti Cass. 4.7.2014 n. 15367, Cass. 10.11.2011 n.23420 e con riferimento all'inammissibilità dell'appello Cass. 20.9.2006 n. 20405).

Dal principio discende che, qualora il ricorrente censuri di erroneità la sentenza che ha dichiarato la inammissibilità totale o parziale dell'appello per la novità della questione prospettata, le condizioni richieste dall'art. 366 nn. 4 e 6 c.p.c. potranno dirsi sussistenti solo se il motivo riporti negli esatti termini il contenuto dell'originario atto introduttivo, della sentenza di primo grado e dell'appello, di modo che la Corte possa valutare *ex actis* la fondatezza della censura.

Il ricorrente, pur sostenendo che, contrariamente a quanto asserito dal giudice di appello, la violazione dell'art. 40 del CCNL industria chimica e del principio di buona fede era già stata allegata nel ricorso di primo grado come motivo di illegittimità del licenziamento, non ha riportato il contenuto dell'atto introduttivo, necessario per valutare la fondatezza della critica mossa alla sentenza impugnata.

6 - Ragioni analoghe inducono a ritenere inammissibile anche il quinto motivo di ricorso poiché la Corte territoriale, dopo avere affermato che il "programma bonus" per gli anni 2009 e 2010 aveva previsto la liquidazione dell'incentivo solo in proporzione ai mesi lavoratori per intero (condizione non verificatasi per il ricorrente), ha evidenziato la novità della questione prospettata solo in grado di appello relativa alla illegittimità del richiamato programma, adottato unilateralmente dalla società e non conforme agli obblighi contrattuali assunti.

Il ricorrente censura sul punto la pronuncia, sostenendo che il *thema decidendum* era stato ampliato a seguito della costituzione della società (che aveva, appunto, eccepito di avere correttamente applicato quanto previsto nel programma), ma non riporta il contenuto degli scritti difensivi rilevanti, ossia della memoria di costituzione e delle deduzioni fatte all'udienza di discussione ex

art. 420 c.p.c., né trascrive, come sarebbe stato necessario, nel corpo del motivo i documenti rilevanti, ossia il contratto di assunzione ed i programmi relativi agli anni 2009 e 2010.

7- Il ricorso deve, pertanto, essere rigettato con conseguente assorbimento del ricorso incidentale condizionato.

Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza e vanno poste a carico del ricorrente nella misura indicata in dispositivo.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115\02, nel testo risultante dalla L. 24.12.12 n. 228, deve darsi atto della ricorrenza delle condizioni previste dalla legge per il raddoppio del contributo unificato dovuto dal ricorrente principale.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in € 100,00 per esborsi ed € 3.500,00 per competenze professionali, oltre rimborso spese generali del 15% ed accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del cit. art. 13, comma 1-bis.

Roma, così deciso nella camera di consiglio del 21 settembre 2016

Il Consigliere estensore

Aurelio Di Pasquale

Il Presidente

[Signature]



[Signature]

