

Civile Ord. Sez. L Num. 1888 Anno 2020

Presidente: NOBILE VITTORIO

Relatore: BLASUTTO DANIELA

Data pubblicazione: 28/01/2020

**ORDINANZA**

sul ricorso 1965-2018 proposto da:

██████████ S.P.A., in persona del legale  
rappresentante pro tempore, domiciliata in ROMA PIAZZA  
CAVOUR presso LA CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI  
CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato  
██████████;

- *ricorrente* -

**contro**

2019

3507

██████████, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE  
██████████ 160 presso lo presso  
dell'avvocato ██████████ (STUDIO LEGALE ██████████  
██████████ - ██████████), che lo rappresenta e difende  
unitamente agli avvocati ██████████, ██████████

[REDACTED]

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 795/2017 della CORTE D'APPELLO  
di CATANIA, depositata il 12/07/2017 R.G.N. 357/2016;  
il P.M. ha depositato conclusioni scritte.

### RILEVATO CHE

1. La Corte di appello di Catania, con sentenza n. 705/2017, riformando la pronuncia di primo grado, dichiarava illegittimo il licenziamento intimato in data 18 luglio 2005 dalla società "~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~" s.p.a. a ~~XXXXXX~~ ~~XXXXXX~~ e ordinava la reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18 legge n. 300/70 (nel testo anteriore alla riforma apportata dalla legge n. 92 del 2012); condannava altresì la società appellata al pagamento, a titolo risarcitorio, di una indennità commisurata alle retribuzioni globali di fatto maturate dalla data del licenziamento a quella della effettiva reintegrazione, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

2. Per quanto ancora qui rileva, la Corte di appello, esaminando prioritariamente la legittimità del licenziamento alla stregua dei criteri impiegati dalla società per l'individuazione del lavoratore da licenziare, riteneva che il datore non avesse agito con buona fede e correttezza ai sensi degli artt. 1175 e 1375 cod. civ., in quanto il licenziamento, intimato per giustificato motivo oggettivo, recava una causale ("*...improcrastinabili esigenze economiche e di ragioni connesse all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro*") a fronte della quale la scelta del Leotta, quale lavoratore da licenziare, era avvenuta senza alcuna comparazione con gli altri dipendenti assegnati al medesimo punto vendita. In particolare:

a) a fronte dell'assunto difensivo della società relativo alla maggiore convenienza di mantenere in servizio i lavoratori *part-time*, poteva obiettarsi che il datore ben avrebbe potuto proporre al Leotta, lavoratore a tempo pieno, di manifestare il proprio consenso alla conversione del rapporto;

b) l'ulteriore assunto difensivo di parte convenuta secondo cui il Leotta, a differenza degli altri dipendenti, aveva riportato tre precedenti disciplinari, sì da renderlo "meno affidabile", costituiva un argomento basato su un criterio privo di oggettività;



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

c) nessun confronto era stato invece operato sulla base di criteri oggettivi e verificabili, come la maggiore anzianità di servizio, posseduta dal Leotta rispetto al restante personale e comunque "senz'altro rispetto a Bianca David";

d) la tesi datoriale della non comparabilità della posizione lavorativa ricoperta dal Leotta con quella del restante personale aveva ricevuto smentita in giudizio.

2.1. La Corte, dichiarata l'illegittimità del licenziamento, riconosceva "le conseguenze di cui all'art. 18 Stat. lav., a nulla rilevando ogni deduzione datoriale in ordine alla attualità della compagine societaria, peraltro riferita a fatti successivi alla data di intimazione del licenziamento ed essendo stata la esistenza del requisito dimensionale acclarata..." nella relazione di parte versata in atti. Riteneva assorbita ogni ulteriore questione.

3. Per la cassazione di tale sentenza "[redacted] s.p.a. ha proposto ricorso affidato a otto motivi, cui ha resistito con controricorso il [redacted].

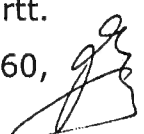
4. Il P.G. ha rassegnato le proprie conclusioni chiedendo l'accoglimento del sesto motivo del ricorso.

5. Il resistente ha depositato memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ. in replica alle conclusioni del P.G..

#### CONSIDERATO CHE

1. Il primo motivo denuncia violazione di legge in relazione agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ.) per non avere la Corte di appello ravvisato un'ipotesi di abuso del diritto nel fatto che il Leotta avesse agito giudizialmente in prossimità della scadenza del termine quinquennale di prescrizione del diritto all'annullamento del licenziamento, ingenerando così un affidamento della controparte nell'abbandono della relativa pretesa.

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione di legge in relazione agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., art. 3 legge n. 604 del 1966 e 41 cost. (art. 360,



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

primo comma, n. 3 cod. proc. civ.) per avere la Corte di appello ritenuto la fungibilità del Leotta con il dipendente Bianca, introducendo nella ricostruzione in fatto elementi diversi da quelli rappresentati nell'atto introduttivo del giudizio.

3. Il terzo motivo denuncia la violazione delle medesime norme per essersi la Corte di appello sostituita al datore di lavoro nelle insindacabili scelte imprenditoriali di mantenere in servizio i lavoratori *part-time* e di ricorrere altresì al criterio dei precedenti disciplinari ai fini della valutazione delle esigenze tecnico-produttive e organizzative.

4. Il quarto motivo denuncia violazione di legge in relazione all'"art. 75 del CCNI 28.12.1958, recepito *erga omnes* dal d.p.r. 2.1.1962 n. 481, nonché di norma del contratto collettivo nazionale di lavoro e in particolare dell'art. 183 del CCNL sottoscritto il 2 luglio 2004 per i dipendenti delle imprese del terziario-commercio" (art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ.) per avere la Corte di appello, in violazione di dette disposizioni, erroneamente ritenuto che il ██████ avesse una maggiore anzianità di servizio del Bianca, pur avendo iniziato a lavorare nello stesso mese di maggio 2002.

5. Il quinto motivo denuncia violazione dell'art. 132 cod. proc. civ. (art. 360, primo comma, n. 4 cod. proc. civ.) per avere la Corte di appello ommesso qualsivoglia motivazione in ordine all'affermazione, decisiva per il giudizio, secondo cui il ██████ era il dipendente con la maggiore anzianità di servizio.

Si censura la sentenza nella parte in cui, focalizzando l'accertamento solo sulla comparazione tra il ██████ e il ██████, aveva ommesso di valutare tutta la platea dei dipendenti occupati nel punto vendita di Floridia, unico della provincia di Siracusa. Ci si duole della mancata valutazione delle risultanze del libro matricola.

6. Il sesto motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 18 legge n. 300 del 1970 e dell'art. 1463 cod. civ., degli artt. 116 e 132 cod. proc. civ. (art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ.) e ommesso esame di fatti decisivi per il giudizio, quanto: a) alla cessazione dell'attività aziendale

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

intervenuta nel mese di marzo 2010; b) alla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori; c) alla relativa omologazione del Tribunale di Caltagirone con decreto del 20 maggio 2013 (art. 360, primo comma, n. 5 cod. proc. civ.).

Si deduce che nel disporre la reintegra del ricorrente nel posto di lavoro la Corte di appello aveva omissis di considerare le suddette circostanze che, debitamente allegare in giudizio, non erano state vagliate dal Tribunale per essere la relativa eccezione rimasta assorbita nel rigetto della domanda. L'eccezione era stata riproposta in giudizio ex art. 346 e 436 cod. proc. civ. da parte della società con la memoria di costituzione in appello.

7. Il settimo e l'ottavo motivo vertono rispettivamente sulla detrazione, dal risarcimento del danno riconosciuto ai sensi dell'art. 18 Stat. lav. (nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla legge n. 92 del 2012), dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*. Ci si duole del mancato esame dell'allegazione, di parte convenuta, secondo cui nel periodo successivo al licenziamento il Leotta aveva lavorato per Metronotte s.r.l., nonché del mancato esame della violazione di cui all'art. 1227, secondo comma, cod. civ..

8. Il primo motivo è infondato.

8.1. Il licenziamento intimato al Leotta, risalente al 14 luglio 2005, venne impugnato in via stragiudiziale il 20 luglio 2005 e in sede giudiziale con ricorso depositato presso il Tribunale di Siracusa il 12 luglio 2010. Una volta osservato il termine di cui all'art. 6 della L. n. 604 del 1966 per l'impugnazione stragiudiziale, la successiva azione giudiziale di annullamento del licenziamento illegittimo può essere proposta nel termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 1442 cod. civ., decorrente dalla comunicazione del recesso, come da costante orientamento formatosi nella disciplina legislativa *ratione temporis* vigente (cfr. Cass. n. 28514 del 2008, 24675 del 2016).



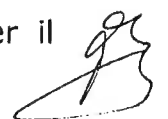
8.2. Tanto premesso, va osservato che parte ricorrente ha richiamato la c.d. teoria della Verwirkung, definita nella sentenza n. 5240 del 2004 di questa Corte come *"il principio, basato appunto sulla buona fede, secondo cui, anche prima del decorso del termine prescrizione, il mancato esercizio del diritto, protrattosi per un conveniente lasso di tempo, imputabile al suo titolare e che abbia fatto sorgere nella controparte un ragionevole ed apprezzabile affidamento sul definitivo non esercizio del diritto medesimo, porta a far considerare che un successivo atto di esercizio del diritto in questione rappresenti un caso di abuso del diritto, nella forma del ritardo sleale nell'esercizio del diritto, con conseguente rifiuto della tutela, per il principio della buona fede nell'esecuzione del contratto"*.

8.3. Sennonché il medesimo precedente ha anche chiarito che detta teoria non può avere ingresso nell'ordinamento italiano, per il quale *"il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare del diritto stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di un'inequivoca rinuncia tacita...."* (v. in termini, pure Cass. n. 23382 del 2013, in motivazione).

8.4. Da tali precedenti non vi è ragione di discostarsi, in difetto di nuovi argomenti di parte ricorrente; ed è appena il caso di aggiungere che, nel caso in esame, una siffatta tacita rinuncia non è accertata nella sentenza impugnata e neppure dedotta nel ricorso.

9. Il secondo e il terzo motivo, che possono essere esaminati congiuntamente, sono infondati.

9.1. Nel caso di licenziamento per ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3, per la giurisprudenza di questa Corte, allorquando il giustificato motivo oggettivo si identifica nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, la scelta del dipendente (o dei dipendenti) da licenziare per il



datore di lavoro non è totalmente libera: essa, infatti, risulta limitata, oltre che dal divieto di atti discriminatori, dalle regole di correttezza cui deve essere informato, ex artt. 1175 e 1375 cod. civ., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e, quindi, anche il recesso di una di esse (v. da ultimo, Cass. 19732 del 2018, che richiama Cass. n. 7046 del 2011; Cass. n. 11124 del 2004; Cass. n. 13058 del 2003; Cass. n. 16144 del 2001; Cass. n. 14663 del 2001).

9.2. In questa situazione, pertanto, la stessa giurisprudenza si è posta il problema di individuare in concreto i criteri obiettivi che consentano di ritenere la scelta conforme ai dettami di correttezza e buona fede ed ha ritenuto che possa farsi riferimento, pur nella diversità dei rispettivi regimi, ai criteri che la L. n. 223 del 1991, art. 5, ha dettato per i licenziamenti collettivi per l'ipotesi in cui l'accordo sindacale ivi previsto non abbia indicato criteri di scelta diversi e, conseguentemente, prendere in considerazione in via analogica i criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità, non assumendo rilievo le esigenze tecnico - produttive e organizzative, ove ricorra una situazione di totale fungibilità tra i dipendenti.

9.3. In analoga prospettiva si è puntualizzato che il ricorso a detti criteri resti giustificato non tanto sul piano dell'analogia quanto piuttosto per costituire i criteri di scelta previsti dal predetto art. 5 della L. n. 223/91 uno *standard* particolarmente idoneo a consentire al datore di lavoro di esercitare il suo, unilaterale, potere selettivo coerentemente con gli interessi del lavoratore e con quello aziendale (in tal senso, Cass. n. 19732 del 2018, cit. e giurisprudenza ivi citata in motivazione).

9.4. Il secondo mezzo di gravame della società non spiega perché la Corte di appello avrebbe errato nel ritenere violato il consolidato principio in base al quale - a fronte dell'esigenza, derivante da ragioni inerenti all'attività produttiva, di ridurre di una unità il numero dei dipendenti dell'azienda - nella scelta del lavoratore licenziato, tra più lavoratori occupati in posizione





di piena fungibilità, il datore è tenuto a rispettare le regole di correttezza di cui all'art. 1175 cod. civ..

9.5. In ordine alla fungibilità tra dipendenti addetti alla stessa sede (o quanto meno tra il [REDACTED] e il collega [REDACTED]), il giudizio espresso dalla Corte di appello si fonda in parte su valutazioni di merito relative all'apprezzamento delle prove acquisite al giudizio, ossia su un accertamento non sindacabile in sede di legittimità, e in parte su argomenti logicamente corretti, quali la non conformità a buona fede del comportamento datoriale che, ove ritenuto più conveniente per l'azienda il mantenimento in servizio di lavoratori *part-time*, non proponga ai lavoratori *full-time* la conversione del rapporto di lavoro prima di procedere al licenziamento.

9.6. Del pari logicamente e giuridicamente corretto è ritenere che la verifica di condotte sanzionate o sanzionabili commesse dal lavoratore possano essenzialmente rilevare nella appropriata sede disciplinare.

10. Il quarto motivo è inammissibile, in quanto introduce una questione nuova, di cui non vi è cenno nella sentenza impugnata.

10.1. In tema di ricorso per cassazione, qualora siano prospettate questioni di cui non vi sia cenno nella sentenza impugnata, il ricorrente deve, a pena di inammissibilità della censura, non solo allegarne l'avvenuta loro deduzione dinanzi al giudice di merito ma, in virtù delle regole processuali di cui all'art. 366 cod. proc. civ., anche indicare in quale specifico atto del giudizio precedente ciò sia avvenuto, giacché i motivi di ricorso devono investire questioni già comprese nel *thema decidendum* del giudizio di appello, essendo preclusa alle parti, in sede di legittimità, la prospettazione di questioni o temi di contestazione nuovi, non trattati nella fase di merito né rilevabili di ufficio (tra le più recenti, Cass. 20694 e 15430 del 2018, 23675 del 2013).

11. Anche il quinto motivo è inammissibile.

11.1. Il requisito di cui all'art. 132, secondo comma, n. 4 cod. proc. civ. è da apprezzarsi esclusivamente in funzione della intelligibilità della decisione e



della comprensione delle ragioni poste a suo fondamento, la cui mancanza costituisce motivo di nullità della sentenza solo quando non sia possibile individuare gli elementi di fatto considerati o presupposti nella decisione, stante il principio della strumentalità della forma, per il quale la nullità non può essere mai dichiarata se l'atto ha raggiunto il suo scopo (art. 156, comma 3, cod. proc. civ.), e considerato che lo stesso legislatore, nel modificare l'art. 132 cit., ha espressamente stabilito un collegamento di tipo logico e funzionale tra l'indicazione in sentenza dei fatti di causa e le ragioni poste dal giudice a fondamento della decisione (cfr. Cass. n. 22845 del 2010).

11.2. Nel caso in esame, non è stato in alcun modo chiarito dalla società ricorrente per cassazione per quale motivo la sentenza avrebbe violato l'art. 132, secondo comma, n. 4 cod. proc. civ..

11.3. La censura si incentra, in realtà, sul presunto omesso esame di fatto che si assume decisivo per il giudizio (art. 360, primo comma, n. 5 cod. proc. civ.), ossia sulla comparazione dell'anzianità del ████████ rispetto a tutti gli altri lavoratori addetti al medesimo punto vendita. Trattasi di questione che, all'evidenza, la sentenza ha implicitamente valutato come circostanza non decisiva ai fini del giudizio, per tutte le ragioni illustrate in sentenza. Il motivo è dunque anche privo di specificità al *decisum* (art. 366, primo comma, n. 4 cod. proc. civ.), in quanto del tutto generico in ordine alla decisività del fatto che si assume (peraltro infondatamente) omesso.

12. Il sesto motivo è fondato e merita pertanto accoglimento.

12.1. Preliminarmente, va osservato che il motivo rispetta i canoni processuali di cui all'art. 366 cod. proc. civ.. Risultano trascritti nel ricorso, nelle parti salienti, la memoria di costituzione di primo grado riguardo alla richiesta di concordato preventivo, il verbale dell'udienza del 18 luglio 2013 nel corso della quale venne prodotto il decreto di omologa e il contenuto di tale decreto. Si deduce che, anche a voler ritenere ingiustificato il licenziamento, in ogni caso il giudice di appello non avrebbe potuto disporre



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

la reintegra del dipendente per impossibilità sopravvenuta. Viene altresì riportato il contenuto della note autorizzate depositate in primo grado in cui si argomentava l'impossibilità di reintegrare il dipendente nel posto di lavoro.

12.2. Secondo un principio già espresso da questa Corte, la reintegra è un effetto della pronuncia emessa ex art. 18 Stat. estranea all'esercizio di diritti potestativi del datore di lavoro, che quindi in ogni momento può dedurre la totale o parziale inapplicabilità al caso oggetto di lite (cfr. Cass. n. 28703 del 2011). La tutela reale del posto di lavoro non può spingersi fino ad escludere la possibile incidenza di successive vicende determinanti l'estinzione del vincolo obbligatorio. Tra queste ultime rientra certamente la sopravvenuta materiale impossibilità totale e definitiva di adempiere l'obbligazione, non imputabile a norma dell'art. 1256 cod. civ., che è ravvisabile nella sopraggiunta cessazione totale dell'attività aziendale, da accertare, caso per caso, anche ove l'imprenditore sia stato ammesso alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori (in tali termini, Cass. n. 7267 del 1998).

12.3. La cessazione dell'attività aziendale, nel senso della disgregazione del relativo patrimonio, rende impossibile il substrato della prestazione lavorativa legittimando - secondo la disciplina degli artt. 1463 e 1256 cod. civ., da coordinare con quella specifica dei licenziamenti individuali (in particolare con la legge n. 604 del 1966) - in recesso del datore di lavoro per giustificato motivo oggettivo (nel senso che la sussistenza di tale cessazione, va accertata caso per caso anche ove l'imprenditore sia stato ammesso alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, in quanto l'azienda ceduta potrebbe essere conservata o nuovamente ceduta come complesso per la continuazione di un'attività di impresa, vedi Cass. sent. n. 512 del 1984; n. 1476 del 1997). Ne consegue che, qualora nelle more del giudizio promosso dal lavoratore per la declaratoria della illegittimità di un licenziamento precedentemente intimato, sopravvenga un



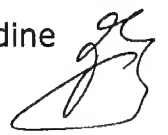
mutamento della situazione organizzativa e patrimoniale dell'azienda tale da non consentire la prosecuzione di una sua utile attività, il giudice che accerti l'illegittimità del licenziamento non può disporre la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ma deve limitarsi ad accogliere la domanda di risarcimento del danno, con riguardo al periodo compreso tra la data del licenziamento e quella della sopravvenuta causa di risoluzione del rapporto.

La sopraggiunta impossibilità totale della prestazione costituisce, in sostanza, una vera e propria causa impeditiva dell'ordine di reintegrazione e della tutela ripristinatoria apprestata dall'art.18 della L. 20 maggio 1970 n. 300 precludendo al lavoratore illegittimamente licenziato la possibilità di ottenere - sia pure per equivalente, con la corresponsione delle retribuzioni - il soddisfacimento del suo diritto alla continuazione del rapporto (Cass. sent. n. 12245 del 1991; n. 12249 del 1991; n. 1815 del 1993; n. 7189 del 1996).

12.4. Il principio è stato anche di recente ribadito con riguardo alle società poste in liquidazione (come nella specie in concordato), nel senso che la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro può essere disposta anche nei confronti di tali società, ma solo se l'attività sociale non sia definitivamente cessata e non vi sia stato l'azzeramento effettivo dell'organico del personale (Cass. n. 16136 del 2018 e Cass. n. 2983 del 2011).

12.5. Nel caso in esame è mancato tale accertamento. La Corte di appello ha omesso di esaminare se fosse o meno possibile la reintegra nel posto di lavoro, occorrendo valutare, alla stregua delle risultanze probatorie, se l'attività aziendale fosse o meno completamente cessata con azzeramento dell'organico aziendale, come allegato dalla società convenuta.

12.6. Non è dunque conforme a diritto l'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui, una volta stabilito l'assoggettamento della fattispecie al regime di tutela reale in ragione della consistenza originaria dell'organico aziendale, sarebbe irrilevante, ai fini dell'emissione di un ordine



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

di reintegra, il venir meno dell'attività produttiva, quale fatto sopravvenuto in corso di giudizio e idoneo - se provato - a costituire ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione e art. 1463 cod. civ..

13. Sul punto parte resistente ha contrastato le conclusioni del p.g. citando Cass. n. 2975 del 2017 e Cass. 11010 del 1998, che tuttavia attengono a fattispecie diverse e non recano principi utilmente invocabili in questa sede.

14. Il settimo e l'ottavo motivo restano assorbiti, in quanto vertono su statuizioni consequenziali al riesame del capo recante l'ordine di reintegra.

15. In conclusione, vanno rigettati i primi cinque motivi, accolto il sesto, con assorbimento del settimo e dell'ottavo motivo. La sentenza va cassata per il riesame del merito quanto alle statuizioni conseguenti all'annullamento del licenziamento. Si designa, quale giudice di rinvio, la Corte di appello di Catania in diversa composizione, alla quale è rimessa anche la statuizione sulle spese del presente giudizio.

**P.Q.M.**

La Corte rigetta i primi cinque motivi di ricorso; accoglie il sesto, assorbiti il settimo e l'ottavo. Cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte di appello di Catania in diversa composizione.

Così deciso nella camera di consiglio del 7 novembre 2019

