



Ordine dei Consulenti del Lavoro di Napoli

Rubrica “Giurisprudenza: Una Sentenza al Mese”

A cura del Dott. **Edmondo Duraccio** con il gradito contributo del Centro Studi ANCL
“O. Baroncelli” della U.P. di Napoli e del Dott. **Francesco Duraccio**.

N.03 /Marzo 2014(*)

LICENZIAMENTO DISCIPLINARE ED ONERE DELLA PROVA PER LE ASSENZE INGIUSTIFICATE CONTESTATE - E' A CARICO DEL DATORE DI LAVORO. RIASSUNZIONE O RISARCIMENTO DEL DANNO - LA SCELTA E' DEL DATORE DI LAVORO. RICONOSIMENTO DI EFFETTUAZIONE DI LAVORO STRAORDINARIO E PROVA TESTIMONIALE - NECESSITA'. MOTIVAZIONI PER IL RICORSO IN CASSAZIONE - DEVONO ESSERE SUSSISTENTI.

(Cassazione - Sezione Lavoro - n. 7108 del 26 Marzo 2014)

La sentenza di Cassazione che ci accingiamo a commentare è essenzialmente di natura “processuale” giacchè è inerente a tematiche di indubbio **valore probatorio ai fini della verità che si chiede essere riconosciuta come tale.**

In casi del genere, come si deve comportare il Giudice di prime cure, quello d’Appello e la Suprema Corte di Cassazione?

Quale deve essere, poi, l’onere delle “Parti”?

Sembrano cose abbastanza “pacifiche” sulle quali però si sono sviluppati tutti i gradi del giudizio previsto dal ns. ordinamento processuale.

Per una migliore analisi della fattispecie, ecco il fatto storico vedendolo dal punto di vista delle “Parti” (*id*: datore di lavoro e lavoratore) e dei “Giudicanti”.

Con sentenza del 2 Febbraio 2011, la Corte di Appello di Napoli accoglie il ricorso di un lavoratore, dichiara l’illegittimità del licenziamento intimatogli, pensate un po’, ad Aprile 2003, ordina la riassunzione del lavoratore o la corresponsione di un’indennità pari a 4 mensilità retributive e condanna il datore di lavoro al pagamento della somma di € 28.954,00, oltre accessori, per somme dovute a titolo di lavoro straordinario, per somme dovute alla Cassa Edile (a titolo di ferie, 13[^] e festività) nonché per TFR.

Ergo, trattasi di un licenziamento dotato di “tutela obbligatoria” (*id*: valida per licenziamenti illegittimi intimati da datori di lavoro aventi un limite dimensionale costituito da dipendenti fino ad un numero di 15) che, come noto, prevede, ex legge 108/90, nel caso di licenziamento illegittimo un’obbligazione alternativa tra le due previste dalla legge: una nuova assunzione (*id*: riassunzione) **oppure** erogazione di un’indennità pari da 2,5 e 6 mensilità.

Con la riassunzione si instaura un nuovo rapporto di lavoro ed il precedente è come se si fosse chiuso regolarmente.

In cambio della “riassunzione” v’è l’erogazione della predetta indennità risarcitoria!!!

Proprio perché trattasi di obbligazione alternativa, la scelta di quale di esse adottare è di pertinenza del debitore cioè del datore di lavoro.

Ecco le motivazioni della Corte di Appello:

a) Trattasi di licenziamento disciplinare con regolare contestazione scritta riferita ad un’assenza ingiustificata a fronte della quale l’onere della prova era sicuramente in

capo al datore di lavoro. Da qui la declaratoria di illegittimità del licenziamento con applicazione della c.d. tutela obbligatoria, non avendo dimostrato il datore di lavoro in cosa fosse consistita tale assenza del lavoratore;

b) Riconoscimento, a seguito di testimonianze, dell'avvenuta effettuazione di orario di lavoro eccedente quello ordinario in modo continuativo, vero è che per la sua determinazione c'è stato il ricorso alla Consulenza Tecnica d'Ufficio.

Il Datore di lavoro ricorre in Cassazione per falsa interpretazione di legge sia in relazione al concetto di assenza ingiustificata (*id*: avendone fatto, comunque, menzione nella contestazione disciplinare) che al riconoscimento di lavoro straordinario continuativo avendo il CTU, nell'effettuazione dei conteggi, ritenuto (e calcolato), come percepite, somme nettamente inferiori a quelle percepite così come da buste paga.

La Suprema Corte di Cassazione, **con Sentenza N. 7108 del 26 Marzo 2014**, ha respinto il ricorso.

Gli *Ermellini*, in relazione alla tematica dell'assenza ingiustificata, oggetto della procedura di contestazione di illecito disciplinare, hanno ritenuto "infondato" il ricorso giacchè, sotto ogni punto di vista, la sentenza impugnata ha effettuato una corretta declaratoria di illegittimità del licenziamento disciplinare.

Hanno, poi, ricordato i precedenti "principi" della Suprema Corte (*ex plurimis*, Cass. N.2988 del 07/02/2011) in base ai quali il datore di lavoro, su cui a norma dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966 **grava l'onere della prova della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento**, può limitarsi, nel caso in cui la giusta causa sia costituita dalla assenza ingiustificata del lavoratore dal servizio, nella sua valenza di inadempimento sanzionabile sul piano disciplinare, **a provare l'assenza nella sua oggettività, mentre grava sul lavoratore l'onere di provare gli elementi che possono giustificare l'assenza e in particolare la sua dipendenza da causa a lui non imputabile**. Si è, peraltro, precisato (*Ex plurimis*, Cass. N.8720 del 09/04/2009) che, **solo la pacifica verifica dell'assenza esonera il datore di lavoro dall'onere della prova impostogli dall'art. 5 della citata legge (comportando, dall'altra parte, che il lavoratore inadempiente possa liberarsi della responsabilità provando la non imputabilità della mancata prestazione)**. Nella specie, hanno evidenziato che, non risultavano dagli atti del giudizio elementi di prova che dimostrassero le assenze asserite dal datore, intese nella loro materialità, essendo peraltro tali assenze contestate nel processo dal lavoratore. **Né poteva ritenersi sufficiente a dimostrare le assenze la mera indicazione delle stesse nell'atto di contestazione disciplinare, restando altresì irrilevante la mancata adduzione di giustificazioni da parte del lavoratore in sede disciplinare.**

Ne derivava che, in relazione alle dette acquisizioni probatorie, risultava corretta l'esclusione - operata dalla sentenza impugnata - della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento.

Anche il 2° Motivo di gravame è stato ritenuto inammissibile dalla Suprema Corte di Cassazione. **Il ricorrente, così come testualmente affermato dalla Suprema Corte, non ha riportato, violando così il principio di autosufficienza, la parte della relazione del CTU che avrebbe considerato come percepite somme inferiori rispetto a quelle indicate nelle buste paga o nei documenti prodotti ritualmente, non ha trascritto né indicato il contenuto specifico del documento della Cassa edile che attesterebbe la corresponsione di date somme, non ha trascritto specificamente le dichiarazioni testimoniali che asserisce non essere state correttamente valutate ai fini della determinazione dello straordinario, né ha censurato motivatamente le prove testimoniali ritenute dalla sentenza idonee a dimostrare lo straordinario.**

Ma c'è di più!!! La Suprema Corte ha ricordato i suoi altri precedenti "principi" in materia di ricorsi per Cassazione deducibili, tra le tante, dalle Sentenze N.17308 del 30/08/2004 e N. 8388 del 12/06/2002. Ha affermato che, qualora con il ricorso per Cassazione venga dedotta l'omessa od insufficiente motivazione della sentenza impugnata per l'asserita mancata valutazione di risultanze processuali (un documento, deposizioni testimoniali, dichiarazioni di parte, accertamenti del consulente tecnico) **è necessario al fine di consentire al Giudice di legittimità il controllo della decisività della risultanza non valutata che il ricorrente precisi - ove occorra mediante integrale trascrizione della medesima nel ricorso - la risultanza che egli assume decisiva e non valutata (o insufficientemente valutata), dato che in ragione dell'autosufficienza del ricorso per Cassazione, il controllo deve essere consentito alla Corte di Cassazione sulla base delle deduzioni contenute nell'atto, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative. Per altro verso, si è pure affermato (Sez. 2, Sentenza n. 13845 del 13/06/2007) in tema di ricorso per Cassazione per vizio di motivazione, che la parte che addebita alla consulenza tecnica d'ufficio lacune di accertamento o errori di valutazione oppure si duole di erronei apprezzamenti contenuti in**

essa (o nella sentenza che l'ha recepita) ha l'onere di trascrivere integralmente nel ricorso per Cassazione almeno i passaggi salienti e non condivisi e di riportare, poi, il contenuto specifico delle critiche ad essi sollevate, al fine di evidenziare gli errori commessi dal Giudice del merito nel limitarsi a recepirli e nel trascurare completamente le critiche formulate in ordine agli accertamenti ed alle conclusioni del Consulente d'ufficio. Le critiche mosse alla consulenza ed alla sentenza devono, pertanto, possedere un grado di specificità tale da consentire alla Corte di legittimità di apprezzarne la decisività direttamente in base al ricorso.

Buona riflessione!!!

Raccomandiamo, vivamente, ai colleghi la possibilità di discutere le sentenze di Cassazione, di cui alla presente Rubrica, con i propri praticanti.

Buon Approfondimento

Il Presidente
Edmondo Duraccio

**(*) Riproduzione e pubblicazione, anche parziale, vietata.
Riservata agli iscritti all'Albo di Napoli.
Diritti appartenenti agli autori.**