

SENT. N. 2213/2016
R.G. N.
CRON. N.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI

Sezione controversie di lavoro e di previdenza ed assistenza
composta dai magistrati:

dott.ssa Valeria Migliucci Presidente
dott.ssa Rossana Brancaccio Consigliere
dott.ssa Chiara De Franco Consigliere rel.
riunita in camera di consiglio ha pronunciato in grado di appello
all'udienza del 15 marzo 2016 la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 201\2015 del ruolo generale
lavoro

TRA

N. G. [redacted] rappresentato e difeso come da procura alle liti
in atti dall'avv. [redacted] dall'avv. [redacted] e
dall'avv. [redacted] presso lo studio del quale è
elettivamente domiciliato in Napoli alla [redacted]
appellante

E

C. [redacted] S.P.A., in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa come da procura alle
liti in atti dall'avv. [redacted] presso lo studio del
quale è elettivamente domiciliata in Napoli alla [redacted]
appellata

Oggetto: appello avverso la sentenza del Tribunale di Napoli, in
funzione di Giudice del Lavoro, n. 10990/2014 emessa in data
24/11/2014 e notificata in data 23/12/2014.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato presso questa Corte in data 18.7.2014, N. G. [redacted] ha proposto appello avverso la sentenza in oggetto indicata, con cui era stata accertata la legittimità del recesso unilaterale della C. [redacted] e rigettata l'impugnativa del licenziamento intimato al lavoratore in data 29/10/2013, con condanna del lavoratore alla rifusione delle spese di giudizio.

In primo grado, con ricorso notificato in data 5/3/2014, la C. [redacted] premesso di avere assunto il Nola come autista addetto al noleggio privato in data 8/5/2007- riferiva che il lavoratore aveva fatto registrare frequenti assenze o richieste di aspettative concentrate nei periodi estivi dal 2009 al 2011 e che, nell'anno 2013 si era assentato per malattia per circa 106 giorni - specificamente indicati- nel periodo marzo-luglio e successivamente dall'8.8.2013 al 13.10.2013 per infortunio in itinere; allegava di avere conferito mandato ad un'agenzia investigativa che aveva formato emergeva che il N. [redacted] durante il periodo di malattia di giugno 2013 nonché durante il periodo di infortunio, si dedicava ad un'attività di lavoro della quale descriveva le modalità esecutive, tenendo dunque un comportamento incompatibile con l'obbligo di favorire il rapido decorso della malattia ed il recupero delle energie; riportava il contenuto della lettera di contestazione disciplinare e descriveva lo sviluppo del procedimento prodromico al recesso. Tanto premesso, conveniva in giudizio il N. [redacted] G. [redacted] chiedendo che fosse accertata la legittimità, l'efficacia e la validità del licenziamento comminato al lavoratore e che, per l'effetto, fosse dichiarata la cessazione del rapporto di lavoro alla data del 29/10/2013.

Costituitosi in giudizio, G. [redacted] N. [redacted] resisteva alla domanda chiedendone il rigetto, e formulava domanda riconvenzionale chiedendo altresì il pagamento di retribuzioni, nonché il risarcimento del danno morali, esistenziali, alla salute e biologico. Concludeva, in via principale, per la declaratoria di illegittimità del licenziamento e reintegra del lavoratore nel posto precedentemente occupato, oltre risarcimento del danno come quantificato dall'ar.18 legge 300\70. Vinte le spese.

Con la sentenza in epigrafe indicata, il Tribunale di Napoli, in funzione di G.L., ritenuta la legittimità del licenziamento intimato al ricorrente per infondatezza dei vari profili di contestazione sollevati dal N. [redacted] e ritenuto che le doglianze del lavoratore in ordine a pretesi comportamenti mobbizzanti non fossero state oggetto di alcuna specifica deduzione e difettassero dunque di prova, accoglieva la domanda di accertamento di [redacted] rigettava l'impugnativa di licenziamento proposta in riconvenzionale e condannava il lavoratore al pagamento delle spese di lite.

Il lavoratore ha dunque proposto appello avverso la sentenza, concludendo come in atti per l'accoglimento, in riforma

dell'impugnata sentenza, della domanda di reintegra a risarcimento proposta in primo grado, con vittoria di spese del doppio grado.

La società C [REDACTED] s.p.a. appellata si è costituita in giudizio con memoria depositata in data 9.10.2015, con la quale ha contestato la fondatezza dell'appello ed ha chiesto il rigetto del gravame con vittoria di spese.

All'odierna udienza la Corte ha deciso come da dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello è infondato e deve pertanto essere rigettato, per le considerazioni che seguono.

I motivi di appello articolati possono essere ricondotti a due sostanziali argomenti: l'errata applicazione di norme di legge che disciplinano la fattispecie; il difetto di giusta causa di licenziamento, anche sotto il profilo del difetto di proporzionalità tra fatto e sanzione.

Sotto il primo profilo, l'appellante sostiene che il primo giudice avrebbe fatto errata selezione delle norme applicabili al licenziamento in esame poiché, in luogo della disciplina generale di cui all'art.7 legge 300/70, avrebbe dovuto ritenere applicabile la normativa speciale ancora vigente per gli Autoferrotranvieri dettata dal RD 148/1931.

Tale disciplina speciale di settore, della quale l'appellante si curava di sottolineare il difetto di abrogazione più volte ribadito anche dalla giurisprudenza più recente (Cass. n. 5551/13 del 6.3.2013), avrebbe imposto una sequenza procedimentale sostanzialmente diversa da quella seguita dalla società appellata nella fase di contestazione disciplinare nonché in quella successiva di irrogazione della sanzione. L'appellante riporta dunque tutta la dettagliata regolamentazione delle sanzioni disciplinari e della procedura da seguire contenuta negli artt. da 37 a 58 dell'Allegato A al RD citato, sostenendo che non fossero stati rispettati i diritti di accesso alla documentazione posta a base della contestazione previsti dall'art.56 dell'Allegato, con conseguente illegittimità del provvedimento espulsivo finale.

La contestazione non coglie nel segno.

Ed infatti, come correttamente eccepito dalla appellata, il RD 148/1931 e tutte le norme modificative o integrative successive, tra cui il D.Lvo. C.P.S. n. 1363 del 9 novembre 1947, l'art. 3 della legge 24 maggio 1952, n. 628 nonché la legge 26 luglio 1956,



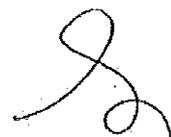
n. 1034 costituisce una disciplina integrata di sistema interamente rivolta al settore dei trasporti pubblici, seppure con servizi affidati in concessione. La ratio della disciplina speciale viene infatti rintracciata proprio nella garanzia di corretto funzionamento del servizio in quanto pubblico e dell'utilità sociale allo stesso collegata.

Ebbene, nel caso di specie risulta circostanza pacifica tra le parti che il N. [redacted] sia stato fin dall'assunzione addetto esclusivamente al settore del noleggio privato, dunque non alle autolinee in concessione ma ad un diverso settore di attività aziendale completamente estraneo alla disciplina primaria di cui al RD.

La circostanza delle mansioni svolte in via esclusiva dal N. [redacted] nel settore del noleggio privato è stata tempestivamente dedotta dalla società nel ricorso di primo grado e non è mai stata contestata dal lavoratore che, peraltro, nessuna neppur generica avversazione formula sul punto.

Il criterio di discriminazione della norma da selezionare opera dunque su un piano oggettivo e cioè la disciplina speciale invocata dall'appellante non può ritenersi applicabile ad un settore di attività aziendale completamente estraneo a quello, di servizio pubblico, cui è rivolto il sistema normativo. Pur se applicabile il medesimo contratto collettivo, la disciplina normativa che doveva essere utilizzata nella fattispecie non è quella speciale rivolta ad un determinato settore individuato oggettivamente ma quella generale di cui all'art.7 dello Statuto Lavoratori.

Ed infatti il difetto dell'elemento oggettivo dell'attribuzione al lavoratore di compiti da svolgersi nell'ambito del servizio di trasporto pubblico o in settori di servizio direttamente allo stesso collegati rende inoperante la disciplina speciale. Sarebbe stato eventualmente onere del lavoratore dimostrare, ad esempio attraverso il contratto di assunzione o altri elementi contrattuali specifici, di essere stato comunque inquadrato nel corpo del personale addetto al servizio pubblico o comunque di far parte dei destinatari della disciplina speciale; di contro, nonostante l'eccezione formulata specificamente sul punto dalla C. [redacted] già in primo grado, nulla la difesa dell'appellante ha articolato o provato sul punto.



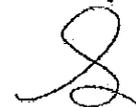
Il secondo motivo di gravame risulta in parte direttamente collegato al primo, poiché l'appellante contesta l'inesistenza della giusta causa in quanto il RD 148/1931 prevederebbe per il comportamento contestato solo sanzioni di tipo conservativo e non espulsivo. La questione deve essere superata per le medesime argomentazioni di inapplicabilità della disciplina speciale invocata già sopra espresse.

Sotto ulteriore aspetto connesso, l'appellante ritiene più in generale il difetto di giusta causa sotto il profilo della mancanza di proporzionalità tra l'inadempimento contestato e la sanzione applicata, anche in relazione alle previsioni del CCNL ANAV.

Appare opportuno premettere che il licenziamento disciplinare oggetto del presente giudizio, disposto con effetto immediato ai sensi dell'art. 2119 c.c., faceva seguito ad una lettera di contestazione disciplinare dell'11.10.2013 (con contestuale sospensione cautelare), con la quale la società datrice di lavoro formulava precisi addebiti relativi ad un grave inadempimento agli obblighi correttezza, buona fede e di leale collaborazione che il N. avrebbe commesso durante le numerose assenze per malattia ed infortunio.

Appare a tal fine opportuno riportare il contenuto della contestazione disciplinare che rappresenta il nucleo fattuale centrale dell'inadempimento contestato al N. nella nota stessa sono condensati, dunque, i fatti dei quali il datore di lavoro avrebbe dovuto innanzitutto dar prova in quanto configuranti la materialità del fatto contestato, restando poi su altro piano la valutazione del contenuto di disvalore del comportamento, attinente al diverso profilo del giudizio di proporzionalità.

Ebbene, la nota di contestazione contiene innanzitutto una specifica elencazione di tutti i giorni di assenza per malattia (oltre 100 giorni) cumulati dal N. nel periodo marzo-luglio 2013, nonché una descrizione analitica del contenuto dei certificati medici rilasciati all'appellante, a seguito di un infortunio in itinere denunciato in data 7.8.2013, per effetto del quale il lavoratore era rimasto assente dal 7 agosto al 14.10.2013. In particolare, assume rilievo la circostanza che nel certificato del 9.8.2013 veniva prescritto al N. "collare cervicale di Scharz per 20 giorni, antalgici al bisogno e riposo



per 20 giorni"; l'uso del collare viene poi prescritto per altri 15 giorni nel certificato del 5.9.2013. Di seguito la contestazione disciplinare dà conto del comportamento inadempiente rilevato a carico del lavoratore che sarebbe stato osservato intento in attività di lavoro nei giorni 16.6.2013, 18.6.2013, 21.6.2013, 30.6.2013, 6.7.2013, 14.7.2013, 20.7.2013, 21.7.2013, 1.9.2013 per molte ore di seguito, di media almeno 6\7 ore. In pratica, con l'attività di osservazione delegata all'agenzia di investigazioni private ed a mezzo dei rilievi fotografici corrispondenti, la società aveva ritenuto provato che almeno in tutti i giorni oggetto di osservazione e riportati, il N. [redacted] avesse svolto presso il parcheggio privato S. [redacted] alla via [redacted] [redacted] attività di direzione delle operazioni di parcheggio, dando direttive agli altri addetti al parcheggio ed indicazioni ai clienti, ricevuto i relativi pagamenti emettendo gli scontrini. Inoltre, era stato accertato che in data 1.9.2013 le attività di lavoro appena descritte erano state svolte dall'appellante senza indossare il collare protettivo invece prescrittogli anche per quei giorni.

Rispetto al testo della nota aziendale appena riportata, appare rilevante, anche al fine di delineare il nucleo dei profili di contestazione tra le parti, il contenuto della nota difensiva inviata in risposta dal N. [redacted] Ebbene, il lavoratore si limita a precisare di avere sempre inviato regolare documentazione medica a copertura e giustificazione delle assenze per malattia ed infortunio, senza in alcun modo contestare di avere tenuto i comportamenti attivi descritti nella lettera di contestazione.

Dalle dichiarazioni emerge dunque, in fase procedimentale ed extragiudiziale, la non contestazione del fatto relativo alla prestazione di attività lavorativa nei giorni oggetto di osservazione e la non specificata contestazione dell'episodio relativo alla prestazione di lavoro senza la cautela del collare prescrittogli durante l'assenza per infortunio.

La prospettiva difensiva rimane assolutamente immutata anche nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, nel quale la difesa del lavoratore mantiene il medesimo tenore di contestazioni, sostanzialmente riconoscendo l'inadempimento e la propria presenza in attività qualificabile come lavorativa e continua presso il [redacted] Si consideri, per la precisione, che l'unica prospettiva correttiva rispetto ai fatti contestatigli



attiene alla vicinanza dell'abitazione personale del N. [redacted] rispetto al luogo in cui è stato più volte fotografato in atteggiamenti di chiara ed operosa attività lavorativa.

Orbene, appare opportuno specificare quale sia la cifra di discriminé, il metodo valutativo che il Collegio ritiene utilizzabile nella fattispecie. Si deve in particolare evidenziare che, in tema di licenziamento per giusta causa, se è vero che è onere del datore di lavoro dimostrare il fatto ascritto al dipendente (cfr., tra le più recenti, Cass., Sez. Lav., Sentenza n. 4368 del 23/02/2009), per orientamento giurisprudenziale del pari condiviso è altrettanto vero che si è esentati dal dover dare prova di fatti non specificamente contestati. In particolare, si è affermato che il sistema di preclusioni su cui fonda il rito del lavoro comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa, evidenziando con chiarezza gli elementi in contestazione; ne consegue che ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto che sia) un onere di allegazione (e di prova), il corretto sviluppo della dialettica processuale impone che l'altra parte prenda posizione in maniera precisa rispetto alle affermazioni della parte onerata, nella prima occasione processuale utile (e perciò nel corso dell'udienza di cui all'art. 420 cod. proc. civ., se non ha potuto farlo nell'atto introduttivo) (cfr. Cass., Sez. Lav., Sentenza n. 3245 del 05/03/2003).

Ne discende che deve considerarsi provata, in base al principio di cui all'art. 115 c.p.c., l'attività di gestione attiva del parcheggio del [redacted] a parte del lavoratore che è stato osservato intento nell'attività per numerose ore consecutive nei giorni indicati in contestazione e che è stato poi fotografato in pose di evidente attività, orientata all'indicazione dei luoghi e delle modalità di parcheggio ai clienti.

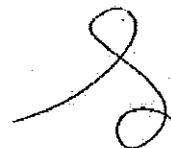
Rispetto a questo inadempimento la giustificazione fornita dal lavoratore, relativa alla circostanza della prossimità spaziale della propria abitazione e dell'esigenza di svagarsi all'esterno delle anguste mura domestiche, pur delineando un comportamento che sarebbe stato comprensibile ed accettabile laddove limitato a tempi contenuti e con atteggiamento di inerzia e riposo, non appare che possa elidere la gravità della documentata prova delle modalità di effettiva realizzazione dell'attività di lavoro.

In ogni caso, l'attività lavorativa svolta dal N. [redacted] presso il parcheggio e le modalità poco caute, con posture certamente non riposanti anche perchè mantenute per ore e sotto il calore del sole pieno, appaiono adeguatamente asseverate dal complesso delle dichiarazioni testimoniali acquisite in giudizio. Infatti, i due operatori dell'agenzia investigativa hanno ampiamente precisato e confermato di aver trovato il N. [redacted] in piena attività di direzione e gestione del parcheggio in tutte le circostanze in cui si sono li recati per le osservazioni, con l'eccezione di un solo giorno di fine agosto in cui il N. [redacted] non era stato trovato al parcheggio. La frequenza settimanale delle osservazioni e la costante presenza dell'appellante inducono a ritenere che si trattasse di attività svolta con regolarità praticamente quotidiana.

In sostanza entrambi i testi escussi in primo grado, oltre a confermare il fatto di avere visto il N. [redacted] intento in attività di lavoro per molte ore consecutive, confermano di avere potuto direttamente apprezzare i movimenti e gli impegni attivi dello stesso.

Peraltro, tutte le circostanze sono confermate dal copioso materiale fotografico, piuttosto chiaro e comprensibile, rispetto al quale nessun disconoscimento della corrispondenza alla realtà rappresentata è stato formulato dall'appellante.

Deve poi confermarsi la legittimità degli accertamenti operati dal datore attraverso l'agenzia investigativa. La giurisprudenza di legittimità sul punto ha affermato, con orientamento al quale si intende dare continuità (Cass., n. 6236 del 2001), che le disposizioni della L. n. 300 del 1970, art. 5, non precludono che le risultanze delle certificazioni mediche prodotte dal lavoratore, e in genere degli accertamenti di carattere sanitario, possano essere contestate anche valorizzando ogni circostanza di fatto - pur non risultante da un accertamento sanitario - atta a dimostrare l'insussistenza della malattia o la non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato di incapacità lavorativa, e quindi a giustificare l'assenza. È, altresì, naturalmente insito in tale giurisprudenza il riconoscimento della facoltà del datore di lavoro di prendere conoscenza di comportamenti del lavoratore, che, pur estranei allo svolgimento dell'attività lavorativa, sono rilevanti sotto il profilo del corretto adempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.



Nè, nel caso di specie, l'agenzia investigativa sconfinava nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria, riservata, dall'art. 3 dello Statuto, direttamente al datore di lavoro e ai suoi collaboratori (cfr., Cass., n. 4984 del 2014), e la fattispecie esula dall'ambito di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 8.

Quanto alle censure relative alla giusta causa del licenziamento e alla proporzionalità della sanzione espulsiva, in punto di diritto, vale ricordare che, in ordine ai criteri che il giudice deve applicare per valutare la sussistenza o meno di una giusta causa di licenziamento, la giurisprudenza (ex multis, Cass., n. 15654 del 2012, n. 6498 del 2012, n. 5095 del 2011) è pervenuta a risultati sostanzialmente univoci affermando ripetutamente che per stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, che deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro, ed in particolare di quello fiduciario, anche a prescindere dalla sussistenza di un danno effettivo per il datore di lavoro, occorre valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altro la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta, stabilendo se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare. In tale contesto, può assumere rilievo disciplinare anche una condotta che, seppure compiuta al di fuori della prestazione lavorativa, sia idonea, per le modalità concrete con cui essa si manifesta, ad arrecare un pregiudizio non necessariamente di ordine economico al datore di lavoro.

Il giudizio di proporzionalità tra violazione contestata e provvedimento adottato si sostanzia, dunque, nella valutazione della gravità dell'inadempimento del lavoratore e dell'adeguatezza della sanzione.

Ebbene, come ampiamente asseverato dal materiale probatorio esaminato, a seguito degli accertamenti svolti dall'agenzia di investigazioni è emerso che il N. [REDACTED] nel periodo in cui era assente per malattia, aveva compiuto azioni (fatti richiamati nella lettera di contestazione e posti alla base del recesso) che

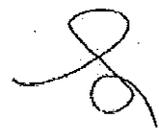


apparivano ictu oculi incompatibili con la denunciata infermità o comunque sicuramente idonei a ritardare se non a compromettere il recupero della forma fisica e delle energie necessarie. Il lavoratore era stato osservato per ore gestire le attività di parcheggio dei clienti, rilasciare scontrini, restare in piedi sotto il sole a dare indicazioni sia presso il lido che presso il parcheggio; in un'occasione era stato anche fotografato mentre armeggiava con la realizzazione di un manufatto di legno; in un'occasione, in data 1.9.2013, era stato visto e fotografato intento nelle solite attività, senza avere indosso il prescritto collare protettivo: l'insieme di tali condotte denotava una buona efficienza fisica, con particolare riferimento all'apparato osteoarticolare e risultavano del poco compatibili con la effettiva sussistenza dell'affezione che aveva dato luogo alla sua prolungata assenza.

In ogni caso, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, il lavoratore, al quale sia contestato in sede disciplinare di avere svolto un altro lavoro durante un'assenza per malattia, ha l'onere di dimostrare la compatibilità dell'attività con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa contrattuale e la sua inidoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psico-fisiche, restando, peraltro, le relative valutazioni riservate al giudice del merito all'esito di un accertamento da svolgersi non in astratto ma in concreto (Cass. Sez. Lav. 15.1.2016 n.586).

Ebbene, nessuna allegazione e nessuna prova ha introdotto l'appellante su tale specifico profilo che è rimasto dunque assolutamente indimostrato.

Il comportamento tenuto dal N. [redacted] (rimasto assente dal lavoro per un lungo periodo in forza di un asserito stato morboso rivelatosi, di fatto, insussistente o, comunque, non di rilevanza tale da impedire lo svolgimento dell'attività lavorativa) e comunque il comportamento defatigante che evidentemente non poteva che incidere negativamente sui tempi di recupero della condizione ottimale denotava, infatti, mala fede e slealtà nei confronti del datore di lavoro ed integrava pertanto gli estremi di una mancanza tanto grave da incidere in maniera diretta sul rapporto fiduciario, così da impedire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro.



Accertato come elevato il livello di intenzionalità del comportamento e come molto grave il fatto dell'attività lavorativa svolta con sostanziale continuità durante l'assenza (almeno nel periodo giugno-luglio 2013), il licenziamento si rivela dunque, per i motivi fin qui esaminati, legittimo per giusta causa, in un'ottica di proporzionalità, secondo i parametri oggettivi e soggettivi elaborati dalla giurisprudenza: circostanze e condizioni dell'azione, modalità, effetti, intensità dell'elemento psicologico, posizione del lavoratore e qualità del rapporto, condotta precedente e susseguente al fatto. Per tali ragioni, a parere del Collegio, appare del tutto giustificata l'applicazione della massima sanzione per l'odierno appellante.

In conclusione, pertanto, l'appello proposto dal N. [redacted] deve essere rigettato e, sussistendo la giusta causa del licenziamento, deve essere confermata la sentenza di primo grado.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo. Si dà atto della sussistenza dei presupposti per l'applicabilità dell'art. 1 comma 17 legge 228/2012 che ha aggiunto il comma 1-quater al DPR n. 115 del 2012.

P.Q.M.

La Corte così decide:

- a) rigetta l'appello;
- b) condanna parte appellante alla rifusione delle spese del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 3.600,00 oltre iva, cpa e rimborso spese forfettarie. Dà atto della sussistenza dei presupposti per l'applicabilità dell'art. 1 comma 17 legge 228/2012 che ha aggiunto il comma 1-quater al DPR n. 115 del 2012.

Così deciso in Napoli in data 15.3.2016

Il Consigliere est.

Il Presidente

Il funzionario giudiziario
dot. ssa Melania Cresci

CORTI DI APPELLO DI NAPOLI	
DEPOSITATO IN CANCELLERIA	
Napoli,	11 LUG. 2016
Il funzionario giudiziario dot. ssa Melania Cresci	