

## **Svolgimento del processo**

1.- La sentenza attualmente impugnata - riformando la sentenza del Tribunale di Bergamo n. 691/07 del 24 luglio 2007 - dichiara illegittimo il licenziamento per giusta causa intimato a (...) dalla (...) s.p.a. e condanna la suddetta società a reintegrare il (...) del posto di lavoro e al risarcimento del danno pari alla retribuzione globale di fatto maturata dal licenziamento alla reintegrazione, con gli accessori di legge.

La Corte d'appello di Brescia precisa che:

- a) al lavoratore è stato contestato di aver prelevato, nell'effettuare le operazioni di chiusura cassa a termine turno, la somma di 5 euro dall'incasso nascondendola insieme con il badge personale all'interno della distinta di fine lavoro;
- b) la contestazione è precisa e circostanziata e individua una condotta sicuramente illecita, a prescindere dalla circostanza - del tutto irrilevante - secondo cui il fondo cassa personale del lavoratore aveva un ammanco di pochi euro (meno di cinque) e l'incasso della giornata un discrepanza di pochi centesimi (7 centesimi);
- c) comunque, l'appello del lavoratore è fondato per quanto attiene la valutazione sulla proporzione tra la condotta e la sanzione;
- d) il relativo giudizio va effettuato soltanto con riferimento alla sottrazione di 5 euro di cui sopra, mentre la circostanza relativa alle lamentele dei clienti sui resti sbagliati in proprio danno, non è stata oggetto di alcuna contestazione disciplinare e quindi non può essere introdotta come elemento integrativo della condotta effettivamente contestata e sanzionata;
- e) al riguardo il fatto che nel fondo cassa personale del lavoratore - in cui è stato rinvenuto un ammanco di pochi euro (meno di cinque) - ogni giorno all'apertura della cassa dovesse esservi disponibilità di denaro nelle varie monete e tagli e, in chiusura, dovesse esservi la medesima disponibilità lascia supporre che il (...) abbia voluto costituirsi una "riserva" personale, che non era corrispettivo di merce venduta e non era dovuta alla datrice di lavoro, per avvantaggiarsi per il giorno successivo e con l'intenzione di provvedere prima o poi alla reintegrazione con altri "avanzi" dello stesso genere;
- f) si tratta di una condotta certamente scorretta e da sanzionare ma che, per un lavoratore mai prima sanzionato e dipendente dalla società appellata ormai da quattordici anni, ben avrebbe potuto essere punita con una sanzione conservativa, anche sospensiva, di minore gravità rispetto al licenziamento, essendo da presumere che il (...) per il fatto di essere stato scoperto e sanzionato, si sarebbe astenuto dal ripetere simile comportamento;
- g) in questo contesto, il comportamento oggetto di contestazione, in quanto posto in essere da un lavoratore che per un lungo periodo di tempo ha tenuto una condotta corretta nel luogo di lavoro, appare imputabile più ad una debolezza che alla determinazione ad agire in violazione degli obblighi e del vincolo fiduciario, tanto più che esso ha prodotto un danno sostanzialmente inesistente alla datrice di lavoro;
- h) pertanto, non può ritenersi che esso sia tale da incidere in modo irrimediabile sull'affidamento nella correttezza dell'esatto adempimento per il futuro, sicché il licenziamento va dichiarato illegittimo, con le suindicate conseguenze.

2.- Il ricorso della (...) s.p.a. domanda la cassazione della sentenza per due (in realtà cinque) motivi; resiste con controricorso.

La ricorrente deposita

anche memoria ex art. 378 c.p.c.

Motivi della decisione

1.- Deve essere premesso che il ricorso per cassazione richiede, da un lato, per ogni motivo di ricorso, la rubrica del motivo, con la puntuale indicazione delle ragioni per cui il motivo medesimo - tra quelli espressamente previsti dall'art. 360 c.p.c. - è proposto; dall'altro, esige l'illustrazione del singolo motivo, contenente l'esposizione degli argomenti invocati a sostegno della decisione assunta con la sentenza impugnata, e l'analitica precisazione delle considerazioni che, in relazione al motivo come espressamente indicato nella rubrica, giustificano la cassazione della sentenza (Cass. 19 agosto 2009, n. 18421; Cass. 17 luglio 2007, n. 15452).

Peraltro, così come la configurazione formale delle rubriche dei motivi di ricorso non ha contenuto vincolante per la qualificazione del vizio denunciato, poiché è solo la esposizione delle ragioni di diritto della impugnazione che chiarisce e qualifica, sotto il profilo giuridico, il contenuto della censura (Cass. 30 marzo 2007, n. 7891; Cass. 5 aprile 2006, n. 7882; Cass. 18 marzo 2002, n. 3941), analogamente, ai fini

dell'esame delle censure, non ha contenuto vincolate l'enumerazione dei motivi effettuata dal ricorrente. Conseguentemente, nella specie, il Collegio ritiene che, per ragioni di chiarezza e completezza espositiva, i quattro diversi profili di impugnazione riguardanti (dal punto di vista della violazione di legge e del vizio di motivazione) il giudizio sulla insussistenza della giusta causa di licenziamento, illustrati con specifici e differenti quesiti di diritto, debbano essere esaminati partitamente, come costituenti ciascuno un autonomo motivo: anziché essere accorpate in un unico articolato motivo, come prospettato dalla società (...) nel ricorso e nella memoria depositata ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

Sicché il numero complessivo dei motivi risulta essere pari a cinque e non a due.

2.- Con il primo motivo di ricorso, illustrato da quesito di diritto, si denuncia - in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c. - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2119 c.c., sotto il profilo della ininfluenza ai fini della giusta causa del requisito della recidiva disciplinare.

Si sostiene che la Corte d'appello abbia considerato la recidiva disciplinare ovvero la presenza di precedenti comportamenti scorretti del lavoratore come elemento costitutivo o requisito della giusta causa del recesso, in contrasto con quanto affermata dalla giurisprudenza di legittimità (viene citata Cass. 24 luglio 2008, n. 20376).

3.- Con il secondo motivo di ricorso, illustrato da quesito di diritto, si denuncia - in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c. - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2119 c.c., sotto il profilo della ininfluenza ai fini della giusta causa del requisito di un danno patrimoniale subito dal datore di lavoro.

Si assume che la Corte d'appello abbia posto l'accento sulla esiguità del danno subito dalla datrice di lavoro a causa del comportamento del (...) (appropriazione della somma di 5 euro sottratta dal denaro contante presente, alla fine del proprio turno, presso la cassa cui era adibito), così considerando tale elemento rilevante ai fini della ricorrenza della giusta causa del licenziamento.

4.- Con il terzo motivo di ricorso, illustrato da quesito di diritto, si denuncia - in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c. - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2119 c.c., sotto il profilo della non conformità ai principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità della valutazione operata dalla Corte d'appello in ordine alla proporzionalità tra il comportamento addebitato al lavoratore e il recesso.

In particolare, si sostiene che la Corte d'appello non solo ha dato valore preminente, se non esclusivo, alla mancanza di recidiva e alla tenuità del danno subito dalla datrice di lavoro, ma ha anche del tutto omesso di esaminare la contrattazione collettiva (in particolare l'art. 221 c.c.n.l. commercio), di dare rilievo al grado di affidamento richiesto per le particolari mansioni di cassiere svolte dal (...) e, infine, ha silito fino ad annullarla la valutazione dell'intensità dell'elemento intenzionale.

5.- Con il quarto motivo di ricorso si denuncia - in relazione all'art. 360, n. 5. c.p.c. - omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

Si prospetta, dal punto di vista di carenze motivazionali, la censura della mancata considerazione - ai fini della valutazione del comportamento del (...) - della contrattazione collettiva, del grado di affidamento riposto nel lavoratore nonché dell'elemento intenzionale.

Si sottolinea che, nonostante l'esiguità della somma sottratta, la sicura intenzionalità della sottrazione avrebbe dovuto portare ad una diversa conclusione, essendo il sintomo di una condotta incompatibile con il rapporto di fiducia instaurato con il datore di lavoro.

6.- I suddetti primi quattro motivi di ricorso - che, data la loro intima connessione, vanno trattati congiuntamente - non sono fondati.

In base ad un consolidato e condiviso orientamento di questa Corte in caso di licenziamento per giusta causa, ai fini della proporzionalità fra fatto addebitato e recesso, viene in considerazione ogni comportamento che, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali, essendo determinante, ai fini del giudizio di proporzionalità, l'influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che, per le sue concrete modalità e per il contesto di riferimento, appaia suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento e denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il proprio comportamento ai canoni di buona fede e correttezza.

Spetta al giudice di merito valutare la congruità della sanzione espulsiva non sulla base di una valutazione astratta del fatto addebitato, ma tenendo conto di ogni aspetto concreto della vicenda processuale che, alla luce di un apprezzamento unitario e sistematico, risulti sintomatico della sua gravità rispetto ad un'utile

prosecuzione del rapporto di lavoro, assegnandosi a tal fine preminente rilievo alla configurazione che delle mancanze addebitate faccia la contrattazione collettiva, ma pure all'intensità dell'elemento intenzionale, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni svolte dal dipendente, alle precedenti modalità di attuazione del rapporto (ed alla sua durata ed all'assenza di precedenti sanzioni), alla sua particolare natura e tipologia (vedi per tutte: Cass. 22 marzo 2010. n. 6848; Cass. 10 dicembre 2007, n. 25743; Cass. 22 giugno 2009, n. 14586; Cass. 1 marzo 2011, n. 5019; Cass. 8 gennaio 2008, n. 144; Cass. 21 maggio 2002, n. 7642).

In particolare, nella specie, la configurazione della sproporzione del licenziamento irrogato si basa sulla considerazione di molteplici circostanze adeguatamente valutate nel loro complesso e, pertanto, si sottrae alle censure della società ricorrente, essendo sorretta da adeguata e logica motivazione, nonché conforme ai principi dell'ordinamento espressi dalla giurisdizione di legittimità e agli standard valutativi esistenti nella realtà sociale (riassumibili nella nozione di civiltà del lavoro, riguardo alla disciplina del lavoro subordinato) che concorrono con detti principi a comporre il diritto vivente (Cass. 23 febbraio 2009, n. 4369).

Va, infatti, osservato che, diversamente da quanto sostenuto dall'attuale ricorrente, la Corte bresciana non ha attribuito rilievo esclusivo alla sostanziale inesistenza di danno arrecato alla datrice di lavoro e all'assenza di recidiva disciplinare, ma ha valutato tali elementi unitamente agli altri emersi nel corso del processo e, in particolare, ha preso in considerazione le concrete modalità di svolgimento della condotta del lavoratore contestata e sanzionata (sottrazione di 5 euro dal denaro complessivamente disponibile in cassa alla chiusura del proprio turno di lavoro) e il contesto di riferimento, ivi compresa la durata di quattordici anni del rapporto di lavoro tra le parti.

L'apprezzamento unitario e coordinato di tutti i suddetti dati ha portato la Corte d'appello ad escludere la sussistenza della volontà del (...) di agire in violazione degli obblighi e del vincolo fiduciario, sì da incidere in modo irrimediabile sull'affidamento della datrice di lavoro nella correttezza dell'esatto adempimento della prestazione per il futuro.

Peraltro, la Corte d'appello non ha mancato di sottolineare la scorrettezza del comportamento contestato al lavoratore, che ha giudicato meritevole di una sanzione conservativa, anche sospensiva, ma di minore gravità rispetto al licenziamento e la cui applicazione, com'è noto, è rimessa al potere di graduazione dell'imprenditore (Cass. 20 maggio 1995. n. 5753; Cass. 13 aprile 2007. n. 8910).

Ne consegue che la sentenza impugnata, da questo punto di vista, deve considerarsi conforme al consolidato e condiviso indirizzo di questa Corte secondo cui in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione all'illecito commesso - rimesso al giudice di merito - si sostanzia nella valutazione della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore in relazione al concreto rapporto, e l'inadempimento deve essere valutato in senso accentuativo a tutela del lavoratore rispetto alla regola generale della "non scarsa importanza" di cui all'art. 1455 c.c., sicché l'irrogazione della massima sanzione disciplinare risulta giustificata solamente in presenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali ovvero addirittura tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto (Cass. 22 marzo 2010. n. 6848 cit., Cass. 24 luglio 2006, n. 16864; Cass. 14 gennaio 2003, n. 444; Cass. 25 febbraio 2005, n. 3994).

7- Con il quinto motivo di ricorso, illustrato da quesito di diritto, si denuncia: a) in relazione all'art. 360, n. 3. c.p.c., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 115, 116 e 436 cod. proc. civ. (per la mancata deduzione dell'*aliunde* percepitivi dal *quantum debeatur*); b) in relazione all'art. 360, n. 5, c.p.c., omessa motivazione sulle istanze istruttorie sul punto.

Si sottolinea che la società ricorrente, nella propria memoria difensiva ex art. 416 c.p.c., ha avanzato richiesta di mezzi istruttori volti ad accertare se, dopo il licenziamento, il (...) aveva percepito altri crediti retributivi.

Il Tribunale di Bergamo ha dichiarato il licenziamento legittimo, conseguentemente la società nella propria memoria difensiva d'appello, si è limitata a prendere posizione sui fatti oggetto di impugnazione, non riguardanti l'*aliunde perceptum*.

Ciò tuttavia, non avrebbe potuto esimere la Corte d'appello dal fare chiarezza sul punto prima di disporre la riforma della sentenza di primo grado.

Conseguentemente, si chiede che, in caso di rigetto dei primi quattro motivi, venga disposta la cassazione con rinvio per la determinazione del *quantum debeatur*, previo interrogatorio formale del lavoratore sul punto.

8.- Anche il quinto motivo non è fondato.

8.1.- Va, infatti, osservato che, in linea generale, per costante orientamento di questa Corte (vedi per tutte: Cass. 26 ottobre 2010, n. 21919), l'eccezione con la quale il datore di lavoro deduca che il dipendente licenziato ha percepito un altro reddito per effetto di nuova occupazione, ovvero deduca la colpevole astensione da comportamenti idonei ad evitare l'aggravamento del danno, non è oggetto di una specifica disposizione di legge che ne faccia riserva in favore della parte.

Pertanto, allorché vi sia stata rituale allegazione dei fatti rilevanti e gli stessi possano ritenersi incontrovertibili o dimostrati per effetto di mezzi di prova legittimamente disposti, il giudice può trarne d'ufficio (anche nel silenzio della parte interessata e anche se l'acquisizione possa ricondursi ad un comportamento della controparte) tutte le conseguenze cui essi sono idonei ai fini della quantificazione del danno lamentato dal lavoratore illegittimamente licenziato (Cass. SU 3 febbraio 1998, n. 1099).

È stato, tuttavia, anche precisato che, ai fini della sottrazione all'*aliunde perceptum* dalle retribuzioni dovute al lavoratore ingiustamente licenziato, è necessario che risulti la prova, da qualsiasi parte provenga, non solo del fatto che il lavoratore licenziato abbia assunto nel frattempo una nuova occupazione, ma anche di quanto percepito, essendo questo il fatto che riduce l'entità del danno presunto (Cass. 5 aprile 2004, n. 6668).

In ogni caso, spetta al datore di lavoro il relativo onere probatorio, quantomeno in punto di negligenza del lavoratore nel cercare altra proficua occupazione (*ex plurimis*: Cass. 26 ottobre 2010, n. 21919 cit; Cass. 17 novembre 2011, n. 23226; Cass. 9 febbraio 2004, n. 2402; Cass. 2 settembre 2003, n. 12798).

È, inoltre, *ius receptum* che la operatività delle regole sull'onere della prova, esclusa solo nella ipotesi in cui i fatti da provare risultino dagli elementi già acquisiti al processo, non trova, invece, alcun limite nella particolare difficoltà della dimostrazione dei fatti medesimi (vedi per tutte; Cass. 3 novembre 2000, n. 14361; Cass. 2 settembre 2005, n. 17702; Cass. 15 marzo 2010, n. 6205).

8.2.- D'altra parte, e altrettanto consolidato l'indirizzo secondo cui la parte rimasta totalmente vittoriosa in primo grado non ha l'onere di proporre appello incidentale per chiedere il riesame delle domande e delle eccezioni respinte, ritenute assorbite o comunque non esaminate con la sentenza impugnata dalla parte soccombente, essendo sufficiente la riproposizione di tali domande od eccezioni in una delle difese del giudizio di secondo grado; tuttavia, se la domanda non viene riproposta in appello in nessuna delle difese, essa non può essere ripresa in considerazione nel corso del successivo giudizio di cassazione (Cass. 25 novembre 2008, n. 28061; Cass. 9 dicembre 2003, n. 18721; Cass. 9 giugno 2004, n. 10966; Cass. 30 dicembre 2004, n. 24182), salva restando l'eventuale applicazione di regole parzialmente diverse per particolari tipi di processo, come quello tributario (cui si riferisce Cass. 23 aprile 2002, n. 5895, citata nel ricorso).

8.3.- Nel caso di specie non può ritenersi che la società ricorrente abbia assolto all'onere probatorio posto a suo carico, nei suddetti termini, essendosi limitata a dedurre in primo grado nella memoria difensiva ex art. 416 c.p.c. la mera possibilità che il lavoratore avesse espletato attività lavorativa retribuita da terzi e ad invitare il giudice a compiere al riguardo accertamenti officiosi.

Inoltre la società medesima, dopo essere rimasta totalmente vittoriosa in primo grado, riferisce di non aver riproposto in nessuna difesa in appello la questione dell'*aliunde perceptum*.

In questa situazione, alla luce dei suesposti principi, la ricorrente non può dolersi della mancata considerazione della questione nella sentenza attualmente impugnata.

9.- In conclusione il ricorso deve essere rigettato e la ricorrente va condannata al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità, liquidate in dispositivo.

**P.Q.M.**

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità, liquidate in euro 15,00 per esborsi, euro 2000 per onorari, oltre IVA, CPA e spese generali.

Depositata il 29 agosto 2011