**Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza 11 febbraio – 30 maggio 2016, n. 11122**
*Presidente Amoroso – Relatore Tricomi*

*Svolgimento del processo*

1. La Corte d’Appello di Genova, con la sentenza n. 1078 del 2012, rigettava l’impugnazione proposta dalla società Reefer Terminal spa nei confronti di P.G. e della Confederazione Generale Italiana del Lavoro – CGIL - Camera del Lavoro Territoriale di Savona, avverso la sentenza emessa tra le parti dal Tribunale di Savona n. 243 del 2011.
2. Con ricorso davanti al Tribunale di Savona il P. aveva esposto di aver lavorato alle dipendenze della suddetta società dal 31 luglio 1990 al 20 ottobre 2005, venendo da ultimo inquadrato quale operaio polifunzionale del terzo livello del contratto collettivo nazionale di lavoro dei dipendenti aziende del settore portuale; di aver svolto sino all’anno 1993 mansioni di elettricista e attività complementari di manutenzione; dal 1994 al 1996 mansioni carrellista,
facchinaggio e pulizia banchina; dal 1997 al 2005 mansioni di copertista e attrezzista banchina, addetto alla consolle cala e, in assenza di nave, addetto a preparazione controllo manutenzione mezzi e attrezzature, oltre che (saltuariamente) attività di pulizia, apertura e chiusura contenitori, checker nel magazzino e twister alla sezione contenitori;
di essere entrato a far parte dal 1995 della RSU aziendale, svolgendo con impegno l’attività di delegato sindacale ed occupandosi dal 2 ottobre 1995 delle funzioni di rappresentante dei lavoratori per la sicurezza;
di essere stato oggetto, a cause tali funzioni, di un atteggiamento ostile e persecutorio da parte dell’azienda, culminato nel licenziamento disciplinare intimato il 20 ottobre 2005, licenziamento la cui legittimità era stata giudizialmente accertata.
In data 13 agosto 2008 la società lo aveva nuovamente licenziato asserendo l’inesistenza di mansioni compatibili con le condizioni di salute di esso ricorrente, il quale a seguito di infortunio sul lavoro nel 1999 era stato dichiarato idoneo con la prescrizione di non essere adibito alla conduzione di carrelli elevatori, prescrizione confermata il 24 ottobre 2005. Sottoposto nuovamente a valutazione medica l’11 aprile 2008, era risultato inidoneo all’uso del carrello nel magazzino frutta, uso di mezzi di trasporto merci nel ciclo operativo contenitori, uso di mezzi di trasporto merci nel ciclo operativo banchina.
Pertanto, il ricorrente impugnava il licenziamento adducendo di essere in grado di svolgere molte attività compatibili con le prestazioni mediche atteso che, peraltro già da anni, non conduceva più carrelli elevatori.
Il Tribunale, con sentenza numero 243 del 2011 rigettava il ricorso relativamente alla nullità del licenziamento per motivo illecito che riteneva non sufficientemente provato, e lo accoglieva, invece, relativamente alla illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.
Il Tribunale, affermava che la società datrice di lavoro non aveva dimostrato l’impossibilità di reimpiego del ricorrente in mansioni compatibili con lo stato di salute.
La Corte d’Appello confermava la sentenza con, in parte, diversa motivazione.
La Corte d’Appello ha affermato che incombe sul datore di lavoro l’onere di dimostrare la sopravvenuta impossibilità di adibire il lavoratore alle precedenti mansioni ovvero a mansioni inferiori rispetto a quelle da ultimo svolte.
Nella fattispecie in esame non poteva ritenersi che il datore di lavoro avesse dimostrato la sopravvenuta impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni compatibili con lo stato di salute, ricordandosi al riguardo che la sopravvenuta inidoneità atteneva solo ai mezzi di trasporto merci ulteriori rispetto ai carrelli per i quali vi era stato già l’esonero in forza delle certificazioni precedenti.
La prova atteneva, dunque, non all’assenza di una collocazione diversa dell’appellante, bensì all’impossibilità per costui di continuare ad essere adibito alle medesime mansioni stante il divieto di utilizzare mezzi di trasporto merci.
Si rilevava, inoltre, che proprio nell’ambito della polifunzionalità che caratterizzava le prestazioni dei dipendenti, non poteva non assumere rilevanza il fatto dedotto dal P. e non contestato al datore di lavoro che il predetto, oltre a vantare una lunga esperienza lavorativa alle dipendenze della società, aveva acquisito notevoli competenze, essendo in possesso del diploma di maturità professionale per tecnico delle industrie elettriche, del diploma di maturità tecnica di perito industriale capotecnico con specializzazione in elettronica e telecomunicazioni e del diploma di abilitazione all’esercizio della libera professione di perito industriale, nonché della qualifica di elettricista installatore ed elettromeccanico, competenze che la società aveva peraltro già utilizzato, in passato, adibendolo, ad esempio, alla mansione di elettricista.
3. Per la cassazione della sentenza resa in grado di appello ricorre la società Refeer Terminal spa, prospettando tre motivi di ricorso, e argomenti, a sostegno della ammissibilità del ricorso con riguardo alla inapplicabilità dell’art. 348 ter, comma 4, cpc.
4. Resiste con controricorso il P. .
5. La Confederazione Generale Italiana del Lavoro – CGIL - Camera del Lavoro Territoriale di Savona è rimasta intimata.
6. Entrambe le parti hanno depositato memoria in prossimità dell’udienza pubblica.

*Motivi*

1. Preliminarmente, va rilevato che non trova applicazione nella fattispecie in esame l’art. 384-ter, comma 4, cpc, attesa la diversità delle argomentazioni poste a sostegno della sentenza di primo grado rispetto a quelle della sentenza d’appello (Cass., n. 5528 del 2014), come dedotto dalla ricorrente con le prospettazioni di cui al punto 4 dei motivi di ricorso.
1.1. Con il primo motivo di ricorso è dedotta violazione e falsa applicazione degli articoli 112, 115, 116 cpc, in riferimento all’articolo 360, n. 5, cpc, per omesso esame circa fatti decisivi per le parti che sono stati oggetto di discussione tra le parti. Il ricorrente espone che la polifunzionalità a cui ha fatto riferimento la Corte d’Appello è tipica dell’operaio che lavora presso il terminal portuale e significa che l’operaio deve svolgere differenti e articolate attività tipiche del terminal.
La Corte d’Appello ha omesso di considerare quanto è stato accertato dal Tribunale di Savona all’esito dell’articolata istruttoria.
Il Tribunale, nell’escludere che nell’organico vi fossero posti disponibili, ha dimostrato di aver beninteso che, nonostante il fatto che certe attività dell’operaio polifunzionale non comportassero l’uso dei mezzi, almeno non in modo prevalente, esse non potevano essere svolte dal P. e comunque erano già coperte dagli operai polifunzionali in organico.
La Corte d’appello si è limitata ad affermare che l’illegittimità del licenziamento deriverebbe dal fatto che Reefer non sarebbe stata in grado di dimostrare l’impossibilità per il P. di continuare a essere adibito alle medesime mansioni svolte prima del licenziamento e compatibili con le limitazioni fisiche, ma ciò contrasterebbe con gli elementi acquisiti al processo.
Le condizioni fisiche del ricorrente nell’ottobre 2005, all’epoca del primo licenziamento, erano diverse e meno gravi rispetto a quelle accertate invece nel 2008, quando il ricorrente era stato reintegrato in azienda. Nel 2005 il ricorrente era inidoneo al lavoro con prescrizione di non utilizzare i carrelli, in buona sostanza, il lavoratore poteva svolgere la sua mansione di operaio polifunzionale ma non nel ciclo operativo di banchina. Nel 2008 in considerazione di un aggravamento della patologia da cui il ricorrente era affetto il medico competente riferiva all’azienda che il ricorrente dipendente con la mansione di operaio polifunzionale carrellista era da considerare non idoneo alle seguenti attività: specifica mansione (uso di carrello) nell’ambito del magazzino di frutta; specifica mansione (uso di carrello, reach steacker o altri mezzi di trasporto merci) nell’ambito del ciclo operativo contenitori; specifica mansione (uso di carrello o altri mezzi di trasporto merci) nell’ambito del ciclo operativo di banchina. Quindi, nel 2008 il ricorrente, a seguito dell’aggravamento delle sue patologie, non poteva utilizzare nessun mezzo in nessun attività aziendale, nemmeno temporanea.
La decisione della Corte d’Appello di considerare illegittima la condotta del datore di lavoro, per non aver estrapolato delle attività degli operai polifunzionali attività senza l’uso di mezzi, è inammissibile. Ad avviso della società ricorrente, in tal modo la Corte d’Appello porterebbe una modifica nell’organizzazione dell’azienda, con l’ingerenza nella gestione del terminal e delle attività ivi previste. La Corte d’Appello, pur avendo ritenuto pacifica la polifunzionalità del personale, ha omesso di considerare l’effettiva portata applicativa di tale requisito, alla luce delle risultanze istruttorie di primo grado.
2. Con il secondo motivo di ricorso è dedotta violazione e falsa applicazione degli articoli 112, 115, 116 cpc, in riferimento all’articolo 360, n. 3 cpc, per violazione falsa applicazione dell’articolo 41 Cost..
Assume la società ricorrente che la Corte d’Appello ha reiterato l’erronea interpretazione degli accordi sindacali già effettuata dal Tribunale, concludendo che la società avrebbe dovuto assegnare al lavoratore mansioni che, in base all’organizzazione della stessa società liberamente scelta, erano già affidate a soggetti terzi. In tal modo, la Corte d’appello, si è illegittimamente ingerita nel potere organizzativo dell’attività di impresa della società in violazione dell’articolo 41 Cost., e della giurisprudenza di legittimità.
Nel caso di specie doveva escludersi che la società datrice di lavoro dovesse modificare o aggravare il proprio assetto organizzativo al fine di creare un posto al lavoratore divenuto idoneo alla mansione.
2.1. I suddetti motivi devono essere trattati congiuntamente, in ragione della loro connessione. Gli stessi sono in parte inammissibili e in parte non fondati. Ed infatti, la censura è del tutto generica, e dunque inammissibile, quanto alla dedotta erronea interpretazione degli accordi sindacali, in quanto gli stessi sono richiamati senza alcun riferimento specifico, e senza l’indicazione del contenuto degli stessi che assumerebbe rilievo nella specie.
I motivi sono nel resto non fondati, atteso che il giudice di secondo grado, con congrua motivazione, non ha affermato che la società datrice di lavoro dovesse modificare il proprio assetto organizzativo, ma ha rilevato il mancato adempimento dell’onere della prova, gravante sul datore di lavoro, circa la sopravvenuta impossibilità di adibire il lavoratore alle precedenti mansioni ovvero a mansioni inferiori rispetto a quelle da ultimo svolte.
Nella fattispecie in esame non poteva ritenersi che il datore di lavoro avesse dimostrato la sopravvenuta impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni compatibili con lo stato di salute, ricordandosi al riguardo che la sopravvenuta inidoneità atteneva solo ai mezzi di trasporto merci ulteriori rispetto ai carrelli per i quali vi era stato già l’esonero in forza delle certificazioni precedenti.
La prova atteneva, dunque, non all’assenza di una collocazione diversa dell’appellante bensì all’impossibilità per costui di continuare ad essere adibito alle medesime mansioni, stante il divieto di utilizzare mezzi di trasporto merci.
La Corte d’Appello, alla luce delle risultanze testimoniali (dichiarazioni rese dai testi D. , S. , R. , Sa. e M. ), con articolata motivazione sopra riportata, rilevava come il lavoratore già all’epoca in cui interveniva il licenziamento era adibito a mansioni compatibili con la prescrizione di non utilizzare carrelli.
La Corte d’Appello prendeva in considerazione la polifunzionalità dedotta dalla società in appello, e rilevava che la stessa trovava conferma in esito alla prova per testi, ma rilevava, altresì, che risultava anche la circostanza che la società assegnava mansioni compatibili con lo stato di salute, esonerando i lavoratori dal compiere alcune attività comprese nella polifunzionalità.
La Corte d’Appello ricordava, in proposito, il caso dei dipendenti S. e G. , entrambi affetti, con decorrenza successiva a quella del P. , da patologie incompatibili con l’utilizzo di carrelli, ai quali erano state affidate mansioni di copertista, consolle, bordo cala e manutenzione delle attrezzature dovendosi, altresì, rilevare che i predetti avevano svolto anche lavoro straordinario e raddoppio del turno, come confermato dagli stessi nel corso della testimonianza resa dinanzi al Tribunale.
Inoltre, il giudizio di legittimità non può essere inteso a far valere la rispondenza della ricostruzione dei fatti operata dal giudice del merito al diverso convincimento soggettivo della parte e, in particolare, non si può proporre con esso un preteso migliore e più appagante coordinamento dei molteplici dati acquisiti, atteso che tali aspetti del giudizio, interni all’ambito della discrezionalità di valutazione degli elementi di prova e dell’apprezzamento dei fatti, attengono al libero convincimento del giudice e non ai possibili vizi del percorso formativo di tale convincimento (Cass., sentenza n. 9233 del 2006).
3. Con il terzo motivo di ricorso è prospettata violazione e falsa applicazione degli articoli 112, 115, 416, 420, 436, ultimo comma, e 437 cpc, in riferimento all’articolo 360, n. 3, cpc, per violazione e falsa applicazione di norme di diritto.
Assume la società ricorrente che la Corte d’Appello ha giudicato infondata l’eccezione riproposta in appello di *aliunde perceptum*, affermando che l’azienda non avrebbe fornito prova ne della continuità della dedotta prestazione lavorativa del lavoratore in favore dell’azienda agricola della sua campagna, né dell’effettiva sussistenza dei redditi da essa conseguiti. La Corte d’appello ha giudicato genericamente tardive le istanze istruttorie formulate dalla società in appello (esibizione documentazione fiscale), senza considerare che essa datrice di lavoro aveva appreso solo in epoca successiva al giudizio di primo grado che l’azienda agricola ove il P. prestava attività già nel 2005 apparteneva ad altri, non rilevando che la datrice di lavoro già all’epoca del giudizio di primo grado disponesse di report investigativo.
La Corte d’Appello, inoltre, aveva ritenuto irrilevante che il lavoratore dopo il licenziamento avesse omesso di mettere a disposizione le proprie energie lavorative a favore dell’azienda.
3.1. Il motivo non è fondato.
In tema di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro che contesti la richiesta risarcitoria pervenutagli dal lavoratore è onerato, pur con l’ausilio di presunzioni semplici, della prova dell’*aliunde perceptum* o dell’*aliunde percipiendum*, a nulla rilevando la difficoltà di tale tipo di prova o la mancata collaborazione del dipendente estromesso dall’azienda, dovendosi escludere che il lavoratore abbia l’onere di farsi carico di provare una circostanza, quale la nuova assunzione a seguito del licenziamento, riduttiva del danno patito (Cass., n. 9616 del 2015).
La Corte d’appello riteneva non fondata l’eccezione in questione, perché la stessa si basava sull’affermazione che l’appellato avrebbe prestata attività lavorativa presso l’azienda agricola della compagna, affermazioni sostenuta solo da una scarna relazione investigativa, senza che vi fosse stata prova della continuità della dedotta prestazione lavorativa, né dell’effettiva esistenza di redditi da essa conseguiti il giudice di secondo grado riteneva tardive le istanze istruttorie posto che la relazione investigativa era già nella disponibilità dell’appellante all’epoca di svolgimento del giudizio di primo grado.
Tale statuizione non è incisa adeguatamente dalla censura in esame atteso che è congruamente motivata la tardività delle istanze istruttorie in ragione di una circostanza non contestata dalla società (sussistenza della relazione investigativa sin dal primo grado) e non vi sono deduzioni specifiche circa la continuità dell’attività lavorativa che, ad avviso della Reefer spa, il P. avrebbe svolto.
Infine, come affermato dalla Corte d’Appello il P. aveva tempestivamente impugnato il licenziamento non essendo richiesta una formale dichiarazione di messa a disposizione delle energie lavorative.
4. Il ricorso deve essere rigettato.
5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo in favore di P.G. . Nulla spese per la Confederazione Generale Italiana del Lavoro – CGIL - Camera del Lavoro Territoriale di Savona rimasta intimata.
6. Ai sensi dell’art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell’ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13.

*P.Q.M.*

La Corte rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in Euro cento per esborsi, Euro cinquemila per compensi professionali, oltre spese generali nella misura del 15% e accessori di legge per P.G. .
Ai sensi dell’art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell’ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13.