

**Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza 6 maggio – 5 agosto 2015,
n. 16472**

*Presidente Stile – Relatore Manna
Svolgimento del processo*

Con sentenza depositata il 25.7.12 la Corte d'appello di Milano rigettava il gravame di I.C. contro la sentenza n. 5167110 del Tribunale della stessa sede che aveva respinto la sua impugnativa del licenziamento intimatogli per scarso rendimento dalla ATM - Azienda Trasporti Milanesi S.p.A.

Per la cassazione della sentenza ricorre I.C. affidandosi ad otto motivi.

ATM - Azienda Trasporti Milanesi S.p.A. resiste con controricorso.

Le parti hanno depositato memoria ex art. 378 c.p.c.

La difesa del ricorrente ha altresì depositato note d'udienza in relazione alle conclusioni del PM.

Motivi della decisione

1- Con il primo motivo il ricorso lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 2 legge n. 604166 e dell'art. 24 Cost., nonché vizio di motivazione, in quanto la lettera di licenziamento non conteneva la specificazione dei motivi del recesso. Con il secondo e il terzo motivo il ricorso denuncia, rispettivamente, violazione e falsa applicazione degli artt. 24 e 25 Cost. e dell'art. 23 del regolamento attuativo, all. A), al r.d. n. 148131, e vizio di motivazione, per genericità della contestazione disciplinare, assenza di dati comparativi per stabilire quale dovesse essere il rendimento normale e per aver la Corte territoriale considerato come dimostrative di scarso rendimento anche le assenze per malattia totalizzate dal ricorrente, per altro in misura pari a soli 52 giorni in 4 anni.

Con il quarto motivo il ricorso si duole di violazione e falsa applicazione degli artt. 32 e 38 Cost. e dell'art. 27 del regolamento attuativo, all. A), al r.d. n. 148/31, per avere la sentenza impugnata trascurato che lo scarso rendimento che legittima l'esonero dal servizio dell'agente deve essergli necessariamente imputabile per colpa, mentre le assenze per malattia non sono ascrivibili a tale titolo al lavoratore.

Con il quinto motivo prospetta vizio di motivazione circa la qualificazione del licenziamento, da qualificarsi come di natura disciplinare, ai cui fini l'azienda aveva valutato a carico del ricorrente anche richiami - poi non seguiti da contestazione né da sanzione - risalenti ad otto e a dieci anni prima.

Con il sesto motivo si deduce violazione dell'art. 42 co. 1° n. 7 all. A) r.d. n. 148/31, vale a dire della norma che punisce la simulazione di malattia od altri sotterfugi per sottrarsi all'obbligo del servizio, simulazione che non era stata in alcun modo provata, avendo il ricorrente subito, nel corso dell'intero rapporto di lavoro, un solo richiamo (il 4.3.03) per mancato invio del certificato di malattia, poi non seguito da relativa contestazione disciplinare.

Con il settimo motivo denuncia violazione dell'art. 24 Cost. e vizio di motivazione nella parte in cui la gravata pronuncia ha ritenuto che le garanzie difensive previste in sede disciplinare dal r.d. n. 148/31 siano non inferiori a quelle apprestate dall'art. 7 Stat.: nel caso di specie la decisione di esonero dal servizio era stata già presa ancor prima che il caso venisse trattato dal Consiglio di disciplina, per altro investito d'un mero parere.

Con l'ottavo motivo il ricorrente lamenta vizio di motivazione circa l'attualità

del provvedimento irrogato e l'affidamento ingenerato nel lavoratore.

2- II quarto motivo di ricorso - avente carattere preliminare rispetto alle altre doglianze sollevata in ricorso - è fondato.

Si muova dalla premessa che il licenziamento per cui è causa è stato intimato per scarso rendimento ai sensi dell'art. 27 del regolamento attuativo, all. A), al r.d. n. 148/31 e che la gravata pronuncia ne ha escluso la natura disciplinare (così come sostenuto dalla società controricorrente), pur valutando a carico del lavoratore i precedenti disciplinari da lui totalizzati nel corso dell'intero rapporto.

Ai sensi del cit. art. 27 lett. d) l'agente può essere esonerato dal servizio "per scarso rendimento o per palese insufficienza imputabile a colpa dell'agente nell'adempimento delle funzioni del proprio grado".

L'ipotesi dello scarso rendimento è diversa e separata da quella delle ripetute assenze per malattia, che possono - se del caso - riconnettersi alla diversa previsione di cui alla lett. b) dello stesso art. 27 ove determinino inabilità al servizio. Tali separate previsioni hanno indotto la prevalente giurisprudenza di questa S. C. a ritenere che ai fini dell'esonero definitivo dal servizio degli agenti stabili dipendenti da aziende esercenti il pubblico servizio di trasporti in regime di concessione, l'art. 27 lett. d) del regolamento all. A al r.d. n. 148/31, prevedendo l'ipotesi dello scarso rendimento come diversa e separata da quella concernente la malattia (lett. b, stesso art. 27) che determini inabilità al servizio, impedisce che, in sede di valutazione del comportamento del lavoratore riconducibile a detta ipotesi, possa tenersi conto, oltre che delle diminuzioni di rendimento determinate da imperizia, incapacità, negligenza, anche di quelle determinate da assenze per malattia, atteso che queste ultime possono rilevare solo nell'ambito di una diversa previsione e delle correlate, speciali modalità di adozione del provvedimento di esonero (v. in tal senso Cass. n. 8633/2000; Cass. n. 3210/97; Cass. n. 10075/93; Cass. n. 3060/90; contra, v. Cass. n. 10286/96).

Inoltre, mentre lo scarso rendimento è caratterizzato da colpa del lavoratore, non altrettanto può dirsi per le assenze dovute a malattia.

E poiché è stato intimato per scarso rendimento dovuto essenzialmente all'elevato numero di assenze, ma non tali da esaurire il periodo di comportamento, il recesso in oggetto si rivela ingiustificato.

La contraria opinione (che sembra condivisa in un passaggio della motivazione di Cass. n. 18678/14, che però riguarda una fattispecie non coincidente con quella per cui oggi è processo) si pone in contrasto con l'ultratrentennale e sempre costante giurisprudenza di questa S.C. - cui va data continuità -- che, a partire da *Cass. S.U. n. 2072/80*, ha sempre statuito che, anche in ipotesi di reiterate assenze del dipendente per malattia, il datore di lavoro non può licenziarlo per giustificato motivo, ai sensi dell'art 3 legge n. 604166, ma può esercitare il recesso solo dopo che si sia esaurito il periodo all'uopo fissato dalla contrattazione collettiva, ovvero, in difetto, determinato secondo equità. Né, infine, lo scarso rendimento può essere di per sé dimostrato dai plurimi precedenti disciplinari del lavoratore già sanzionati in passato, salvo volere ammettere un'indiretta sostanziale duplicazione degli effetti di condotte ormai esaurite.

3- L'accoglimento del quarto motivo importa l'assorbimento delle restanti

censure.

4- In conclusione, si accoglie il quarto motivo di ricorso, assorbiti i restanti motivi, e si cassa la sentenza impugnata con rinvio, anche per le spese, alla Corte d'appello di Milano in diversa composizione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il quarto motivo di ricorso, assorbiti i restanti motivi, cassa la sentenza impugnata con rinvio, anche per le spese, alla Corte d'appello di Milano in diversa composizione.