

La L. n. 604 del 1966, art. 5, attribuisce inderogabilmente al datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento, sicchè il giudice non può avvalersi del criterio empirico della vicinanza alla fonte di prova per derogare alla norma citata, criterio il cui uso è consentito solo quando sia necessario dirimere un'eventuale sovrapposizione tra fatti costitutivi e fatti estintivi, impeditivi o modificativi, oppure quando, assolto l'onere probatorio dalla parte che ne sia onerata, sia l'altra a dover dimostrare (per vicinanza, appunto, alla fonte di prova) fatti idonei ad inficiare la portata di quelli ex adverso dimostrati

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. NOBILE Vittorio - Presidente -

Dott. VENUTI Pietro - Consigliere -

Dott. MANNA Antonio - rel. Consigliere -

Dott. NEGRI DELLA TORRE Paolo - Consigliere -

Dott. DE GREGORIO Federico - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

**SENTENZA**

sul ricorso 15868/2012 proposto da:

C.V., elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA DEL POPOLO, 18, presso lo studio dell'avvocato MARCELLA COSTA, rappresentato e difeso dall'avvocato GIUSEPPE MARZIALE, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

BOEHRINGER INGELHEIM ITALIA S.P.A.;

- intimata -

nonchè da:

BOEHRINGER INGELHEIM ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DI RIPETTA 70, presso lo studio dell'avvocato MASSIMO LOTTI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato FABRIZIO DAVERIO, giusta delega in atti;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

C.V, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA DEL POPOLO, 18, presso lo studio dell'avvocato MARCELLA COSTA, rappresentato e difeso dall'avvocato GIUSEPPE MARZIALE, giusta delega in atti;

- controricorrente al ricorso incidentale -

avverso la sentenza n. 1148/2011 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 03/11/2011 R.G.N. 1354/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 05/05/2016 dal Consigliere Dott. ANTONIO

**MANNA;**  
**udito l'Avvocato MARZIALE GIUSEPPE;**  
**udito l'Avvocato BORRELLI ACHILLE per delega Avvocato LOTTI MASSIMO;**  
**udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GIACALONE Giovanni, che ha concluso**  
**per il rigetto del ricorso principale, assorbito il ricorso incidentale.**

### **Svolgimento del processo**

Con sentenza depositata il 3.11.11 la Corte d'appello di Firenze, in totale riforma della sentenza di reintegra L. n. 300 del 1970, ex art. 18, emessa dal Tribunale della stessa sede, **dichiarava legittimo il licenziamento disciplinare (per reiterato abuso del telefonino aziendale nell'arco dei primi dieci mesi del 2006 consistito nell'effettuare da esso chiamate per ragioni non di servizio, ma personali) intimato il 4.1.07 da Boehringer Ingelheim Italia S.p.A. nei confronti di C.V., informatore medico-scientifico, così rigettando la domanda proposta dal lavoratore**, che oggi ricorre per la cassazione della sentenza affidandosi a due motivi.

Boehringer Ingelheim Italia S.p.A. resiste con controricorso e spiega ricorso incidentale condizionato basato su tre motivi con i quali coltiva l'ulteriore addebito disciplinare non accolto dalla Corte di merito (concernente l'asserita falsa attestazione di visite a medici in realtà non effettuate), ricorso incidentale cui a sua volta resiste con controricorso il ricorrente in via principale.

Boehringer Ingelheim Italia S.p.A. deposita memoria ex art. 378 c.p.c..

### **Motivazione**

1- Il primo motivo del ricorso principale denuncia violazione e/o errata applicazione della L. n. 300 del 1970, art. 7, L. n. 604 del 1966, art. 5, art. 416 c.p.c. e D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 24, oltre che vizio di motivazione, nella parte in cui la sentenza impugnata ha addossato al lavoratore l'onere di dimostrare, facendo ricorso alla propria agenda telefonica, l'identità dei destinatari delle telefonate oggetto di addebito da parte della società, dei quali nella lettera di contestazione erano stati indicati i numeri di telefono con le ultime tre cifre criptate. Obietta a riguardo il ricorrente che, contrariamente a quanto ritenuto dai giudici d'appello, il datore di lavoro ben avrebbe potuto depositare (cosa che invece non aveva fatto) i tabulati telefonici Vodafone da cui aveva desunto gli assenti abusi del telefonino aziendale in uso all'odierno ricorrente, a ciò non ostando alcuna normativa sull'altrui diritto alla riservatezza, vuoi perchè recessivo rispetto alle esigenze di difesa in sede processuale, vuoi perchè, se i tabulati telefonici Vodafone recavano criptate le ultime tre cifre dei numeri di telefono chiamati, comunque non avrebbero potuto consentire l'individuazione dei destinatari e violarne la privacy; inoltre, contrariamente a quanto affermato in sentenza, solo poche decine di telefonate (per di più anche reiterate in rapida sequenza, a dimostrazione del fatto che si trattava di utenze occupate) erano avvenute in orari non lavorativi; nè - si conclude il motivo - sono emerse altre prove delle asserite chiamate di carattere meramente personale addebitate al lavoratore e comunque, anche se l'addebito in oggetto fosse stato integralmente provato, l'abuso si sarebbe ridotto, in sintesi e a tutto concedere, a non più di 7,9 telefonate al giorno per motivi non di lavoro.

Il secondo motivo del ricorso principale denuncia violazione e/o errata applicazione della L. n. 300 del 1970, art. 24, art. 2106 c.c., L. n. 604 del 1966, art. 2, art. 55 CCNL per le imprese chimico-farmaceutiche, nonché vizio di motivazione, per non avere la sentenza risposto alcunchè sulle eccezioni di tardività e genericità della

contestazione disciplinare e di sproporzionamento tra il fatto addebitato e la sanzione espulsiva irrogata, eccezioni pur coltivate ex art. 346 c.p.c., nella memoria difensiva d'appello del lavoratore.

2- Con il primo motivo del ricorso incidentale condizionato si lamenta vizio di motivazione nella parte in cui la sentenza impugnata ha svalutato la prova della falsità delle visite a medici attestate dal ricorrente principale, prova consistita nella deposizione degli investigatori privati ingaggiati per pedinare il dipendente.

Con il secondo motivo ci si duole di vizio di motivazione là dove la gravata sentenza ha ritenuto inattendibili gli investigatori privati la cui testimonianza ha pur ammesso ed acquisito, in ciò ricorrendo a valutazioni apodittiche e per categorie di testimoni che non trovano ingresso nel codice, che si limita a distinguere fra capacità ed incapacità a testimoniare ex art. 246 c.p.c., ferma restando la valutazione rimessa al giudice, caso per caso, dell'attendibilità e dell'affidabilità dei testi medesimi.

Il terzo motivo denuncia vizio di motivazione per avere la sentenza impugnata trascurato vari indici sintomatici dell'attendibilità degli investigatori privati.

3- Il primo motivo del ricorso principale è fondato.

**La società si è limitata ad indicare nella lettera di contestazione un certo numero di telefonate a numeri parzialmente criptati (desunti da tabulati Vodafone poi neppure depositata in giudizio) allegandone, ma non provandone in alcun modo, la natura meramente privata anziché lavorativa. Ciò nonostante, la sentenza impugnata ha rigettato la domanda del lavoratore per essere mancata la prova, che ha ritenuto fargli carico, dell'identità dei destinatari delle telefonate oggetto di contestazione e, così, del carattere lavorativo o meramente personale dei colloqui con essi. Così statuendo la sentenza ha invertito quell'onere della prova (della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento) che la L. n. 604 del 1966, art. 5, attribuisce inderogabilmente al datore di lavoro.**

Si legge nell'impugnata sentenza che mentre la società non avrebbe potuto, per rispetto della privacy, identificare nella loro completezza i numeri telefonici chiamati con il telefonino cellulare dell'azienda dall'odierno ricorrente principale, questi ben avrebbe potuto fare il contrario avvalendosi della propria agenda o rubrica telefonica, per risalire (esaminando i numeri criptati solo nelle ultime tre cifre) ai destinatari e ai motivi delle chiamate: in tal modo i giudici d'appello si sono sostanzialmente avvalsi (pur non enunciandolo espressamente) del criterio empirico della vicinanza alla fonte di prova.

Ora, è pur vero che se ne può ammettere l'uso (su ciò v., di recente, Cass. n. 486/16), ove la ripartizione dell'onere probatorio in ragione della distinzione tra fatti costitutivi e fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto dia un risultato non soddisfacente dal punto di vista della tutela del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., nel senso di renderlo impossibile o troppo difficile.

Ma il criterio empirico di vicinanza alla fonte di prova deve ritenersi comunque interdetto quando - come nel caso dell'art. 5 cit. - il legislatore stabilisca esplicitamente a priori l'onere probatorio.

Ogni diversa esegesi importerebbe una vera e propria sostituzione della valutazione operata dal legislatore con quella dell'interprete e un sostanziale abbandono di ogni regola certa, la cui importanza è invece particolare proprio sul terreno processuale.

Deve, invece, ritenersi consentito il ricorso al criterio empirico de quo per dirimere un'eventuale sovrapposizione tra fatti costitutivi e fatti estintivi, impeditivi o modificativi, oppure allorquando, assolto l'onere probatorio dalla parte che ne sia onerata, l'altra possa (per vicinanza, appunto, alla fonte di prova) dimostrare fatti idonei ad inficiare la portata di quelli ex adverso dimostrati.

Ma non è questo il caso, essendosi la società limitata a contestare le telefonate sospette.

A ciò si aggiunga che anche il criterio della vicinanza alla fonte di prova risulta (malamente) applicato in base ad

una mera congettura, anzichè ad una massima di esperienza: è, infatti, una mera congettura quella secondo cui tutti i numeri di telefono chiamati per lavoro o per altra ragione vengano puntualmente registrati su agenda cartacea od informatica, al punto da poter essere a posteriori agevolmente ricostruiti dal chiamante.

Inoltre, affermare che per la società sarebbe stato troppo difficile (se non impossibile) dimostrare che i soggetti chiamati dal lavoratore non erano medici da visitare od altri soggetti da interpellare per motivi di lavoro non spiega, a monte, perchè mai - allora - la società, pur non disponendo di dati in proposito, nondimeno abbia ritenuto che le telefonate oggetto della lettera di contestazione fossero state effettuate per meri motivi personali. In altre parole, come la società non avrebbe potuto sapere chi erano i destinatari, così non avrebbe neppure avuto ragione di dubitare del motivo delle chiamate.

L'unico indizio a riguardo utilizzato da Boehringer Ingelheim Italia (in ciò seguita dalla Corte territoriale) consiste nel rilievo che nel totale delle chiamate oggetto di contestazione ve ne sarebbe stato "un gran numero" (non meglio chiarito: v. pag. 6 della sentenza) in orari o in giorni non lavorativi: ma in tal caso la società avrebbe dovuto contestare solo queste telefonate e poi, su tale base, a sua volta il giudice di merito avrebbe dovuto, anche d'ufficio, apprezzare in concreto (e non semplicemente in astratto: cfr., ex aliis, Cass. n. 15058/15; Cass. n. 2013/12; Cass. n. 2906/05; Cass. n. 16260/04; Cass. n. 5633/01) la gravità dell'addebito. Quanto al non aver predigitato il numero "9", che avrebbe consentito di addebitare al dipendente (anzichè alla società) il costo della chiamata, fino a quando non se ne dimostri il carattere personale resta circostanza neutra.

4- L'accoglimento del primo motivo del ricorso principale assorbe la disamina del secondo.

5- I tre motivi del ricorso incidentale - da analizzarsi congiuntamente perchè connessi - vanno disattesi perchè in realtà suggeriscono esclusivamente una rivisitazione del materiale istruttorio relativo all'ulteriore addebito affinchè se ne fornisca una valutazione diversa da quella accolta dalla sentenza impugnata, operazione non consentita in sede di legittimità neppure sotto forma di denuncia di vizio di motivazione.

In altre parole, il ricorso si dilunga nell'opporre al motivato apprezzamento della Corte d'appello proprie difformi valutazioni delle prove testimoniali, ma tale modus operandi non è idoneo a segnalare un vizio di motivazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 (nel testo, applicabile ratione temporis, previgente rispetto alla novella di cui al D.L. n. 83 del 2012, art. 54, convertito in L. 7 agosto 2012, n. 134).

Infatti, i vizi argomentativi deducibili con il ricorso per cassazione alla luce del previgente testo dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, non possono consistere in apprezzamenti di fatto difformi da quelli propugnati da una delle parti, perchè a norma dell'art. 116 c.p.c., rientra nel potere discrezionale - come tale insindacabile - del giudice di merito individuare le fonti del proprio convincimento, apprezzare all'uopo le prove, controllarne l'attendibilità, l'affidabilità e la concludenza e scegliere, tra le varie risultanze istruttorie, quelle ritenute idonee e rilevanti, con l'unico limite di supportare con congrua e logica motivazione l'accertamento eseguito (v., ex aliis, Cass. n. 2090/04; Cass. S.U. n. 5802/98).

Le differenti letture ipotizzate in ricorso scivolano sul piano dell'apprezzamento di merito, che presupporrebbe un accesso diretto agli atti e una loro deliberazione, in punto di fatto, incompatibili con il giudizio innanzi a questa Corte Suprema, cui spetta soltanto il sindacato sulle massime di esperienza adottate nella valutazione delle risultanze probatorie, nonchè la verifica sulla correttezza logico-giuridica del ragionamento seguito e delle argomentazioni sostenute, senza che ciò possa tradursi in un nuovo accertamento, ovvero nella ripetizione dell'esperienza conoscitiva propria dei gradi precedenti.

Nel caso di specie la valutazione della prova a riguardo è stata argomentata senza vizi logici o giuridici, con puntuale analisi delle deposizioni acquisite.

Nè risponde al vero che la sentenza abbia ritenuto inattendibile o inaffidabile per sua stessa natura la deposizione di investigatori privati.

6- In conclusione, va accolto il primo motivo del ricorso principale, assorbito il secondo e rigettato il ricorso incidentale condizionato, con cassazione della sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvio, anche per le spese, alla Corte d'appello di Firenze in diversa composizione, che dovrà procedere a nuovo accertamento in punto di fatto attenendosi al seguente principio di diritto:

"La L. n. 604 del 1966, art. 5, attribuisce inderogabilmente al datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento, sicchè il giudice non può avvalersi del criterio empirico della vicinanza alla fonte di prova per derogare alla norma citata, criterio il cui uso è consentito solo quando sia necessario dirimere un'eventuale sovrapposizione tra fatti costitutivi e fatti estintivi, impeditivi o modificativi, oppure quando, assolto l'onere probatorio dalla parte che ne sia onerata, sia l'altra a dover dimostrare (per vicinanza, appunto, alla fonte di prova) fatti idonei ad inficiare la portata di quelli ex adverso dimostrati".

Nell'eseguire tale nuovo accertamento in fatto il giudice di rinvio potrà, se del caso, avvalersi dei poteri istruttori d'ufficio ex art. 437 c.p.c.

E' pur vero che quello di rinvio è un giudizio a carattere c.d. chiuso, tendente a una nuova decisione (nell'ambito fissato dalla sentenza di legittimità) in sostituzione di quella cassata, nel quale le parti sono obbligate a riproporre la controversia nei medesimi termini e nel medesimo stato di istruzione, senza possibilità di svolgere nuove attività probatorie od assertive (salve le ipotesi di ius superveniens, di fatti sopravvenuti o di sentenza di cassazione che abbia prodotto una modificazione della materia del contendere tale da rendere necessaria un'ulteriore attività probatoria od assertiva, strettamente dipendente dalle statuizioni di questa Suprema Corte). Nondimeno il carattere chiuso del giudizio di rinvio concerne solo l'attività delle parti e non i poteri officiosi del giudice (giurisprudenza ormai consolidata: cfr., ex aliis, Cass. n. 14145/15; Cass. n. 10712/15; Cass. n. 900/14; Cass. 9.1.09 n. 341; Cass. n. 3047/06), sicchè, dovendo riesaminare la causa nei sensi indicati dalla sentenza rescindente, egli può, se del caso, disporre anche nuovi accertamenti limitatamente ai fatti già allegati dalle parti, o comunque già ritualmente acquisiti al processo, colmando le lacune e le insufficienze riscontrate dalla sentenza rescindente medesima (cfr. Cass. n. 1596/07).

## PQM

La Corte:

accoglie il primo motivo del ricorso principale, dichiara assorbito il secondo, rigetta il ricorso incidentale condizionato, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Firenze in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 5 maggio 2016.

Depositato in Cancelleria il 16 agosto 2016.