

10 OTT 2017

23697.17



REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

[Empty box]

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 9701/2015

SEZIONE LAVORO

Cron. 23697

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

- Dott. LUIGI MACIOCE - Presidente - Ud. 09/05/2017
- Dott. AMELIA TORRICE - Consigliere - PU
- Dott. DANIELA BLASUTTO - Consigliere -
- Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO - Rel. Consigliere -
- Dott. IRENE TRICOMI - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 9701-2015 proposto da:

FF S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ANCONA 20, presso lo studio dell'avvocato FAUSTO FUSCO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato FABRIZIO DALLA COSTA, giusta delega in atti;

2017

2059

- **ricorrente** -

contro

MG , **VA** ;

- **intimati** -

Nonché da:

MG , elettivamente domiciliato in ROMA,
VIA GOMENIZZA 3, presso lo studio dell'avvocato
MICHELINO LUISE, rappresentato e difeso dall'avvocato
FLAVIO MATTIUZZO, giusta delega in atti;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

VA , **FF** SRL ;

- intimati -

avverso la sentenza n. 101/2015 della CORTE D'APPELLO
di TRIESTE, depositata il 17/03/2015 R.G.N. 454/2013;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 09/05/2017 dal Consigliere Dott. ANNALISA
DI PAOLANTONIO;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. ALBERTO CELESTE che ha concluso per il
rigetto di entrambi i ricorsi;
udito l'Avvocato DALLA COSTA FABRIZIO.



FATTI DI CAUSA

1. La Corte di Appello di Trieste ha accolto parzialmente il gravame proposto da **GM** avverso la sentenza del Tribunale di Tolmezzo che, pronunciando sulle domande formulate con tre distinti ricorsi nei confronti della s.r.l. **FF**, aveva ritenuto fondata solo quella volta ad ottenere il pagamento del trattamento di fine rapporto, mentre aveva respinto le pretese basate sull'illegittimità ed ingiustificatezza del licenziamento nonché sul mancato godimento delle ferie annuali.

2. La Corte territoriale, per quel che qui rileva, ha ritenuto che i fatti addebitati con la lettera di contestazione del 22 gennaio 2010, alla quale aveva fatto seguito il licenziamento intimato il successivo 4 febbraio, non integrassero giusta causa di recesso, perché il contenuto del carteggio intercorso fra le parti doveva essere valutato considerando, da un lato, che il ruolo di presidente del consiglio di amministrazione della società era ricoperto dalla madre dell'appellante; dall'altro che quest'ultimo, socio di minoranza, aveva redatto le comunicazioni in un clima interpersonale e societario problematico, dopo la revoca della carica di amministratore e quando ancora non era chiaro quali fossero i compiti riservatigli, in ragione del solo ruolo dirigenziale ricoperto nell'azienda. Il giudice di appello ha aggiunto che non era stata provata la asserita indisponibilità a svolgere specifiche attività nel periodo dicembre 2009-gennaio 2010, perché i testi avevano reso dichiarazioni generiche e le buste paga dimostravano che nel periodo in questione il **M** aveva svolto trasferte all'estero ed aveva anche prestato attività nel periodo natalizio.

3. La Corte territoriale ha, invece, escluso la ingiustificatezza del licenziamento ed ha evidenziato che nel rapporto dirigenziale il recesso non è giustificato solo nei casi in cui venga intimato per ragioni arbitrarie, pretestuose, al limite della discriminazione. Ha quindi riconosciuto il diritto del **M** a percepire l'indennità sostitutiva del mancato preavviso, mentre ha ritenuto infondata la domanda volta ad ottenere il pagamento dell'indennità supplementare.

4. Quanto alle ferie non godute, il giudice di appello, richiamata giurisprudenza di questa Corte, ha evidenziato che l'appellante aveva piena autonomia decisionale «nella determinazione del se e del quando» godere del riposo annuale, sicché per pretendere la monetizzazione delle ferie non godute avrebbe dovuto dimostrare la



ricorrenza di eccezionali ed obiettive esigenze aziendali che ne avevano impedito la fruizione. In assenza di allegazione e di prova al riguardo il diritto al pagamento dell'indennità sostitutiva doveva essere limitato alla sola annualità in corso al momento del licenziamento.

5. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso la s.r.l. **FF** sulla base di quattro motivi. **GM** ha resistito con controricorso ed ha proposto ricorso incidentale affidato a tre motivi.

6. Con atto del 21 aprile 2017 si è costituita in giudizio la Curatela del Fallimento della s.r.l. **FF** che ha concluso per l'accoglimento del ricorso principale e per la dichiarazione di improcedibilità del ricorso incidentale. Entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 378 cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.1 Con il primo motivo del ricorso principale la s.r.l. **FF** denuncia, ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., violazione o falsa applicazione di norme di diritto e di contratti collettivi di lavoro, in relazione all'art. 2119 cod. civ. ed al C.C.N.L. 25 novembre 2009 per i dirigenti di aziende industriali. Sostiene la società ricorrente che la Corte territoriale avrebbe dovuto «riempire di contenuto concreto» la clausola generale e quindi, sulla base di fattori esterni relativi alla coscienza generale nonché di principi tacitamente richiamati dalla disposizione sopra indicata, indicare quale dovesse essere il parametro valutativo. Nel far ciò il giudice di appello avrebbe dovuto considerare l'intensità del vincolo fiduciario che caratterizza il rapporto di lavoro dirigenziale e che deriva dal ruolo ricoperto in seno all'azienda dal dirigente.

1.2. Il secondo motivo del ricorso principale è formulato ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. per violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1366, 1375, 2104, 2106, 2119 cod. civ., dell'art. 2 Cost., dell'art. 1 del C.C.N.L. 25/11/2009 per i dirigenti di aziende industriali. Ad avviso della ricorrente la Corte territoriale avrebbe compiuto una errata sussunzione della fattispecie concreta nel parametro normativo della norma elastica, perché, diversamente da quanto ritenuto dal giudice di merito, sicuramente integra giusta causa di licenziamento il rifiuto del dirigente di svolgere l'attività connessa al ruolo assegnatogli, accompagnato dalla contestuale richiesta di

acquisizione della maggioranza delle quote sociali. La condotta addebitata di "ammutinamento" emergeva con evidenza dal contenuto della documentazione prodotta, sicché la Corte territoriale non poteva escludere la sussistenza di una giusta causa di recesso, avendo il **M** palesemente violato il dovere di diligenza, attraverso un comportamento contrario ai principi di correttezza e buona fede.

1.3. Con la terza censura il ricorso principale denuncia, ex art. 360 nn. 4 e 5 cod. proc. civ., violazione dell'art. 116 cod. proc. civ., nullità della sentenza impugnata, omesso esame circa un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti. La società si duole del «completo scollamento logico/letterale/intenzionale tra i documenti letti e il relativo passaggio motivazionale della sentenza» e, dopo avere trascritto nel ricorso il contenuto della documentazione, torna ad insistere sulla evidenza della «volontà di ammutinamento e di boicottaggio totale» che avrebbe ispirato la condotta tenuta dal **M**, di gravità tale da giustificare la immediata cessazione del rapporto. Nella sintesi del motivo si sostiene che il giudice del merito avrebbe omesso di motivare sui fatti rappresentati nei documenti 10-11-12, richiamati nella lettera di contestazione, decisivi perché idonei a provare la indisponibilità assoluta del dirigente a collaborare con i vertici aziendali.

1.4. Il quarto motivo censura il capo della sentenza relativo all'indennità sostitutiva di ferie non godute riconosciuta dalla Corte territoriale per il solo anno 2010 e addebita alla sentenza impugnata la «violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti collettivi nazionali di lavoro con riferimento al dirigente (artt. 10, 1° e 2° comma, e 17 5° comma d.lgs. n. 66 del 2003; art. 2109,2° e 3° comma, 2697 c.c. e 36 Cost)». La ricorrente principale sostiene, in sintesi, che il principio in forza del quale al dirigente l'indennità sostitutiva può essere liquidata solo in presenza di oggettive ed eccezionali esigenze aziendali ostative alla fruizione, doveva indurre il giudice di appello ad escludere il diritto anche in relazione all'anno 2010.

2.1. Il ricorso incidentale denuncia, con il primo motivo, «violazione e falsa applicazione della disciplina in materia di diritto alle ferie ed indennità sostitutiva (art. 2109 c.c., art. 10 del d.lgs. 66/2003 e del d.lgs. 213/2004 in attuazione delle Direttive 93/104/CE e 2000/34/CE) in relazione all'art. 2697 c.c., agli artt. 3, 32 e 36 Cost., all'art. 7 della direttiva UE 2003/88 e delle pronunce della Corte di giustizia ». Premesso che il diritto alle ferie annuali retribuite è riconosciuto come inderogabile, oltre che dalla Carta Costituzionale, dal diritto dell'Unione, il ricorrente incidentale



richiama le pronunce della Corte di Giustizia con le quali è stato affermato che al termine del rapporto le ferie non godute devono essere monetizzate, a prescindere dalla qualifica rivestita dal lavoratore, con conseguente illegittimità di disposizioni o prassi nazionali che limitino il diritto, prevedendo condizioni non richieste dalla direttiva. Aggiunge che l'art. 10 del d.lgs. n. 66 del 2003 riproduce esattamente la norma comunitaria e, quindi, non legittima ulteriori condizioni, di esclusiva derivazione giurisprudenziale, quale è quella della assenza del potere del dirigente di determinarsi nella fruizione delle ferie.

2.2. Il capo della sentenza relativo al rigetto della domanda di pagamento dell'indennità sostitutiva è censurato anche con il secondo motivo del ricorso incidentale per «contraddittoria motivazione su fatti decisivi e contestati che, qualora diversamente e correttamente considerati, avrebbero condotto ad una decisione diversa e opposta». Il **M** si duole della errata valorizzazione delle deposizioni rese dai testi i quali, in realtà, non erano stati in grado di riferire nulla sull'asserito potere del dirigente di autodeterminarsi quanto al godimento delle ferie. Aggiunge che l'onere della prova grava sul datore di lavoro, in quanto la giurisprudenza di legittimità esclude una presunzione, per tutti i dirigenti, di piena autonomia decisionale.

2.3. La terza censura, formulata sempre ai sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., denuncia «contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, quanto alla ritenuta ingiustificatezza del licenziamento». In sintesi il ricorrente incidentale rileva che la Corte, dopo avere ritenuto tutte le condotte contestate insussistenti o, comunque, non idonee a giustificare il licenziamento, non poteva negare, se non incorrendo in un assoluto contrasto logico con le premesse, l'indennità supplementare. Aggiunge che la sentenza impugnata, sia pure incidentalmente, ha accertato il difetto di specificazione delle contestazioni poste alla base del recesso datoriale, sicché la indennità rivendicata doveva essere riconosciuta anche per il mancato rispetto dei principi del procedimento disciplinare.

3. Occorre preliminarmente rilevare che non è fondata l'eccezione di estinzione del giudizio per mancata riassunzione, sollevata dalla difesa del controricorrente nella memoria ex art. 378 cod. proc. civ..

Infatti nel giudizio di cassazione, dominato dall'impulso d'ufficio, non trovano applicazione le cause di interruzione del processo previste in via generale dalla legge, fra le quali va ricompresa anche quella disciplinata dall'art. 43 della legge fallimentare

nel testo modificato dall'art. 41 del d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 (Cass. 13.10.2010 n. 21153; Cass. 5.7.2011 n. 14786; Cass. 31.5.2012 n. 8685; Cass. 17.7.2013 n. 17450).

3.1. Parimenti infondata è l'eccezione, formulata dalla difesa della Curatela, di improcedibilità del ricorso incidentale. La giurisprudenza di questa Corte, infatti, è consolidata nell'affermare che le disposizioni della legge fallimentare, (art. 95 del r.d. 16 marzo 1942 n. 267 e art. 96 dello stesso r.d. come modificato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169) nella parte in cui prevedono il potere del curatore di impugnare la sentenza non ancora passata in giudicato sfavorevole per il fallito, devono essere interpretate estensivamente perché altrimenti il creditore che abbia visto respinta la propria pretesa si troverebbe a dover subire gli effetti preclusivi derivanti dal giudicato (Cass.n. 18088/2007; Cass. n. 26041/2010; Cass. n. 19335/2013; Cass. n. 3338/2015). A maggior ragione non rende improcedibile l'impugnazione la dichiarazione di fallimento che sia intervenuta dopo l'instaurazione del giudizio di gravame.

4. Il primo motivo del ricorso principale è infondato.

Occorre premettere che secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte il vizio di violazione di norme di diritto consiste nella deduzione di un'erronea ricognizione, da parte del provvedimento impugnato, della fattispecie normativa astratta e, quindi, implica necessariamente un problema interpretativo della stessa; viceversa, l'allegazione di una errata ricostruzione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa è esterna all'esatta interpretazione della norma ed inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, la cui censura è possibile, in sede di legittimità, sotto l'aspetto del vizio di motivazione. Il discrimine tra l'una e l'altra ipotesi è segnato dal fatto che solo quest'ultima censura, e non anche la prima, è mediata dalla contestata valutazione delle risultanze di causa (fra le più recenti, tra le tante, Cass. 12.9.2016 n. 17921; Cass. 11.1.2016 n. 195; Cass. 30.12.2015 n. 26110).

4.1. E' stato anche affermato che il vizio di motivazione può concernere soltanto una questione di fatto e mai di diritto, sicché la violazione o falsa applicazione di norma di diritto, ex art. 360, n. 3, cod. proc. civ., ricorre o non ricorre a prescindere dalle argomentazioni poste dal giudice a fondamento della decisione, rilevando solo che, in relazione al fatto accertato, la norma non sia stata applicata quando doveva

esserlo, oppure lo sia stata quando non si doveva applicarla, o, infine, che sia stata male applicata (Cass. 24.10.2007 n. 22348; Cass. 15.12.2014 n. 26307).

4.2. In tema di licenziamento, poi, questa Corte ha affermato che la giusta causa costituisce una nozione che la legge configura con una disposizione, ascrivibile alla tipologia delle cosiddette clausole generali, che richiede di essere specificata in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni, relativi alla coscienza generale, sia di principi che la disposizione codicistica tacitamente richiama. Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni, e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito (Cass. 16.5.2016 n. 10017 che richiama Cass. 2.3.2011 n. 5095 e Cass. 26.4.2012 n. 6498).

4.3. Dalla applicazione congiunta dei principi sopra richiamati discende la infondatezza del primo motivo, perché la censura, con la quale si addebita alla Corte territoriale di non avere concretizzato la nozione di giusta causa mediante adeguata indicazione del parametro valutativo, si risolve in una denuncia di vizio di motivazione che, come si è detto, rileva solo ai fini dell'accertamento del fatto e non nell'interpretazione della norma giuridica, alla quale deve essere equiparata la specificazione della clausola generale.

A detto assorbente rilievo si deve aggiungere che la Corte territoriale, sia pure mediante l'integrale trascrizione del principio di diritto affermato da Cass. n. 11691 del 2005, ha fornito una precisa definizione del concetto di giusta causa nel rapporto dirigenziale, evidenziando che la stessa «consiste in un fatto che, sia in relazione alla sua oggettività sia con riferimento alle sue connotazioni soggettive, determina una grave lesione della fiducia del datore di lavoro nel proprio dipendente, tale da non consentire la prosecuzione neppure temporanea del rapporto, tenuto conto, altresì, della natura di quest'ultimo e del grado di fiducia che esso postula» (negli stessi termini con riferimento al rapporto di lavoro dirigenziale Cass. 10.4.2012 n. 5671).

Il giudice di appello ha in tal modo indicato il parametro valutativo assunto ed ha correttamente interpretato la nozione legale di giusta causa perché la definizione fornita dalla decisione sopra richiamata, sebbene sintetica, è in linea con

l'orientamento consolidato di questa Corte secondo cui «la giusta causa di licenziamento deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, in particolare, dell'elemento fiduciario, dovendo il giudice 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 e all'intensità del profilo intenzionale, dall'altro, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta, per stabilire se la lesione dell'elemento fiduciario, su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro, sia tale, in concreto, da giustificare la massima sanzione disciplinare» (Cass. 18.9.2012 n. 15654 e negli stessi termini Cass. 26.4.2012 n. 6482).

5. Quanto, poi, al vizio di sussunzione, denunciato nel secondo motivo, va premesso che in linea generale lo stesso "consiste o nell'assumere la fattispecie concreta giudicata sotto una norma che non le si addice, perché la fattispecie astratta da essa prevista - pur rettamete individuata e interpretata - non è idonea a regolarla, o nel trarre dalla norma in relazione alla fattispecie concreta conseguenze giuridiche che contraddicano la pur corretta sua interpretazione." (Cass. 26.9.2005 n. 18782 e Cass. 23.9.2016 n. 18715).

E' stato evidenziato da questa Corte che, sebbene detto vizio sia ipotizzabile anche nel caso di norme che contengano clausole generali o concetti giuridici indeterminati, tuttavia per consentirne lo scrutinio in sede di legittimità, è indispensabile, così come in ogni altro caso di dedotta falsa applicazione di legge, che si parta dalla ricostruzione della fattispecie concreta come effettuata dai giudici di merito; altrimenti si trasmoderebbe nella revisione dell'accertamento di fatto di competenza di detti giudici (Cass. n. 18715 del 2016 cit.).

In particolare, con riferimento alla nozione di giusta causa, poiché, come si è visto, gli elementi da valutare sono molteplici e attengono ai profili oggettivi e soggettivi della condotta, il giudizio complessivo espresso dal giudice del merito è necessariamente frutto di selezione e valutazione comparativa, per cui un vizio di sussunzione può essere validamente denunciato solo qualora la parte ricorrente non si limiti ad invocare "una diversa combinazione dei parametri ovvero un diverso peso specifico di ciascuno di essi" ma denunci "che la combinazione e il peso dei dati fattuali, così come definito dal giudice del merito, non consente comunque la riconduzione alla nozione legale di giusta causa di licenziamento."

Solo in detta ultima ipotesi, infatti, si richiede al giudice di legittimità di esprimere un giudizio di valore, mentre nel primo caso, ossia quando si assuma che un parametro è stato trascurato o erroneamente ritenuto subvalente rispetto ad altri aspetti della condotta, la censura mira ad ottenere un giudizio di fatto sulla gravità del comportamento, difforme da quello espresso dal giudice del merito, e quindi esula dal vizio di cui all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ..

Nel caso di specie la società ricorrente, nel denunciare il vizio di sussunzione, insiste, oltre che sulla particolare natura del vincolo fiduciario che lega il datore di lavoro al dirigente, su circostanze di fatto che la Corte territoriale in parte ha escluso, ritenendo non provata la indisponibilità del **M** a svolgere qualsiasi attività, ed in parte ha ritenuto non idonee a giustificare il recesso, sottolineando, come si è detto nello storico di lite, che la valutazione del contenuto della corrispondenza intercorsa fra le parti doveva essere effettuata alla luce della "problematica situazione interpersonale e societaria".

Il motivo, quindi, muove da una ricostruzione dei fatti difforme da quella effettuata dal giudice del merito e pertanto, al di là della rubrica, finisce per sollecitare una rivisitazione del giudizio riservato a quest'ultimo, non consentita in sede di legittimità.

6. Ad analoghe conclusioni si giunge in relazione alla ^{x Tereza} quarta censura, attraverso la quale la società ricorrente tenta di ricondurre alla violazione dell'art. 116 cod. proc. civ. ed al vizio di omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio lo «scollamento logico rispetto ai fatti rappresentati nei documenti di provenienza del dirigente» della motivazione, ma in concreto sollecita una diversa valutazione della produzione documentale.

La giurisprudenza di questa Corte è consolidata nell'affermare che la deduzione della violazione dell'art. 116 cod. proc. civ. è ammissibile ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ., solo qualora si allegghi che il giudice, nel valutare una risultanza probatoria, non abbia operato, in assenza di specifica indicazione normativa, secondo il suo "prudente apprezzamento", ed abbia preteso di attribuire alla stessa il valore che il legislatore riferisce ad una differente risultanza probatoria (ad esempio il valore dell'atto pubblico ad un documento non proveniente da pubblico ufficiale), nonché, qualora la prova sia soggetta ad una specifica regola di valutazione, abbia valutato la stessa secondo la regola di giudizio di cui al richiamato

art. 116 cod. proc. civ. (Cass. 20.12.2007 n. 26965; Cass. 19.6.2014 n. 13960; Cass. 10.6.2016 n. 11892; Cass. 27.12.2016 n. 27000).

All'esito delle modifiche apportate all'art. 360 cod. proc. civ. dal d.l. n. 83 del 2012 «il cattivo esercizio del potere di apprezzamento delle prove non legali da parte del giudice di merito non dà luogo ad alcun vizio denunciabile con il ricorso per cassazione, non essendo inquadrabile nel paradigma dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. (che attribuisce rilievo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e presenti carattere decisivo per il giudizio), né in quello del precedente n. 4, disposizione che - per il tramite dell'art. 132, n. 4, c.p.c. - dà rilievo unicamente all'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante.» (Cass. n. 11892/2016 cit.).

Infatti, in relazione alle sentenze pronunciate dopo l'entrata in vigore del d.l. 22.6.2012 n. 83, convertito nella legge 7.8.2012 n. 134, l'errore commesso nella valutazione delle risultanze di causa è rilevante solo qualora si sia tradotto nell'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che sia stato oggetto di discussione fra le parti, che il ricorrente è tenuto a denunciare, nel rigoroso rispetto delle previsioni degli artt. 366, primo comma, n. 6, e 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ., indicando il "fatto storico" il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il "come" e il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua "decisività" (Cass. S.U. 7.4.2014 n. 8053).

Nel caso di specie il ricorrente, pur denunciando nella rubrica l'omesso esame di fatti decisivi ai fini del giudizio, in realtà si duole della errata valutazione del contenuto dei documenti prodotti, che avrebbero attestato la «indisponibilità assoluta del lavoratore ad ogni forma di collaborazione», indisponibilità che, invece, la Corte territoriale ha escluso (pag. 16 e 17 della motivazione), esaminando il carteggio intercorso fra le parti, le deposizioni testimoniali, le buste paga attestanti che nel periodo in contestazione il **M** aveva effettuato trasferte all'estero e prestato attività lavorativa anche nel periodo natalizio.

La censura confonde il «fatto», come si è detto esaminato dalla Corte territoriale, con il mezzo istruttorio destinato a provarlo, la cui omessa considerazione non rileva ai fini della configurabilità del vizio di cui all'art. 360 n. 5 cod. proc. civ.. Il



motivo, pertanto, si risolve in un'inammissibile critica della valutazione delle risultanze processuali effettuata dal giudice di appello, alla quale ne contrappone una difforme, sollecitando un'indagine di merito non consentita in questa sede.

7. Il quarto motivo del ricorso principale investe il capo della decisione relativo all'indennità sostitutiva delle ferie non godute e, pertanto, va esaminato unitamente ai primi due motivi del ricorso incidentale, con i quali si denuncia la erroneità della sentenza, nella parte in cui ha limitato il diritto alla sola indennità maturata nell'ultimo anno antecedente alla risoluzione del rapporto.

Il giudice di appello ha richiamato a fondamento della decisione l'orientamento consolidato nella giurisprudenza di questa Corte secondo cui il dirigente che, pur avendo il potere di attribuirsi il periodo di ferie senza alcuna ingerenza da parte del datore di lavoro, non lo eserciti e non fruisca del periodo di riposo annuale, non ha diritto alla indennità sostitutiva a meno che non provi di non avere potuto fruire del riposo a causa di necessità aziendali assolutamente eccezionali e obiettive (Cass. 14.3.2016 n. 4920; Cass. 13.6.2009 n. 13953; Cass. 7.6.2005 n. 11786; e in motivazione con riferimento alla dirigenza pubblica Cass. Sez. U. 17.4.2009 n. 9146 e Cass. 26.1.2017 n. 2000).

Detto orientamento deve essere qui ribadito, perché resiste ai rilievi critici formulati dal ricorrente incidentale che, per contestare la validità delle conclusioni alle quali questa Corte è pervenuta, ha fatto leva sul principio della irrinunciabilità del riposo annuale sancito dalla Carta Costituzionale, dal d.lgs. n. 66 del 2003 nonché dall'art. 7 della direttiva 2003/88/CE.

7.1. Occorre premettere che la direttiva 93/104/CE, poi confluita nella direttiva 2003/88/CE, al 2° comma dell'art. 7 prevede che « Il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro».

Il divieto di monetizzazione, ripreso dall'art. 10, comma 2 del d.lgs. n. 66 del 2003 che alla direttiva ha dato attuazione, è evidentemente finalizzato a garantire il godimento effettivo delle ferie, che sarebbe vanificato qualora se ne consentisse la sostituzione con un'indennità, la cui erogazione non può essere ritenuta equivalente rispetto alla necessaria tutela della sicurezza e della salute, in quanto non permette al lavoratore di reintegrare le energie psico-fisiche (si rimanda alla motivazione della recente sentenza n. 95 del 2016 Corte Cost. e alla giurisprudenza ivi richiamata).

Da ciò discende che l'eccezione al principio, prevista nella seconda parte delle disposizioni sopra richiamate, opera nei soli limiti delle ferie non godute relative al periodo ancora pendente al momento della risoluzione del rapporto, e non consente la monetizzazione di quelle riferibili agli anni antecedenti, perché rispetto a queste il datore di lavoro doveva assicurare l'effettiva fruizione. Una diversa interpretazione finirebbe per rendere di fatto inoperante la regola generale, risolvendosi nella previsione di una indiscriminata convertibilità pecuniaria del diritto, anche se differita al momento della cessazione del rapporto.

7.2. Ciò, peraltro, non significa che il lavoratore, al quale il godimento delle ferie non sia stato in effetti garantito, resti privo di tutela, perché sia in corso di rapporto che al momento della sua risoluzione, potrà invocare la tutela civilistica e far valere l'inadempimento del datore di lavoro che abbia violato le norme inderogabili sopra richiamate e non gli abbia consentito di recuperare le energie psico-fisiche.

E' noto, però, che l'inadempimento deve essere addebitabile al soggetto nei cui confronti l'azione di danno viene esperita e pertanto è necessario che il mancato godimento delle ferie sia derivato da causa imputabile allo stesso datore di lavoro. Questa condizione non si verifica nel caso in cui il dirigente, per la posizione apicale ricoperta nell'azienda, pur avendo il potere di attribuirsi le ferie in piena autonomia, senza condizionamento alcuno da parte del titolare dell'impresa, non lo eserciti. In detta ipotesi, infatti, salva la ricorrenza di imprevedibili ed indifferibili esigenze aziendali, la mancata fruizione finisce per essere la conseguenza di un'autonoma scelta del dirigente, che esclude la configurabilità di un inadempimento colpevole del datore.

La sentenza impugnata, che ha limitato la monetizzazione alle ferie maturate in relazione all'annualità in corso, ferie delle quali il dirigente avrebbe potuto godere in seguito se il rapporto non fosse stato risolto ad iniziativa del datore, è, quindi, conforme ai principi di diritto sopra richiamati, sulla base dei quali vanno ritenuti infondati il quarto motivo del ricorso principale ed il terzo motivo dell'incidentale.

7.3. Quanto poi alle condizioni che devono ricorrere affinché possa trovare applicazione l'orientamento giurisprudenziale al quale si è qui ritenuto di dare continuità, questa Corte ha anche affermato che « ex art. 2697 cpv. c.c. il potere - in capo al dirigente - di scegliere da se stesso tempi e modi di godimento delle ferie costituisce eccezione da sollevarsi e provarsi a cura del datore di lavoro, mentre

- l'esistenza di necessità aziendali assolutamente eccezionali e obiettive, ostative alla fruizione di tali ferie, integra controeccezione da proporsi e dimostrarsi a cura del dirigente.» (Cass. 14.3.2016 n. 4920).

Nel caso di specie, peraltro, detta regola di riparto dell'onere probatorio è priva di rilevanza, perché la Corte territoriale ha respinto la domanda avendo ritenuto provato il potere di autodeterminazione, sulla base delle deposizioni rese dai testi, valutate anche alla luce del ruolo apicale ricoperto nell'azienda dal **M**, il quale sino al gennaio 2010 aveva anche esercitato i poteri connessi alla carica di amministratore.

Si tratta, quindi, di un accertamento di merito non censurabile in sede di legittimità, se non nei ristretti limiti concessi dalla nuova formulazione dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ. che, come si è già detto al punto 5, consente di denunciare solo l'omesso esame del « fatto decisivo», da non confondersi con la mancata o l'errata valutazione del mezzo istruttorio destinato a provarlo.

Il ricorrente incidentale contrappone una propria diversa lettura delle risultanze di causa a quella posta a fondamento della decisione e, quindi, sollecita un giudizio di merito non consentito alla Corte di legittimità.

8. Infine è in parte infondato e per il resto inammissibile il terzo motivo del ricorso incidentale, con il quale si reitera la tesi della ingiustificatezza del licenziamento, esclusa dalla Corte territoriale.

Il giudice di appello, infatti, ha correttamente applicato il principio di diritto già affermato da questa Corte, alla stregua del quale «ai fini dell'eventuale riconoscimento dell'indennità supplementare prevista per la categoria dei dirigenti, occorre fare riferimento alla nozione contrattuale di giustificatazza che si discosta, sia nel piano soggettivo che su quello oggettivo, da quello di giustificato motivo ex art. 3, legge n. 604 del 1966, e di giusta causa ex art. 2119 cod. civ., trovando la sua ragione d'essere, da un lato, nel rapporto fiduciario che lega il dirigente al datore di lavoro in ragione delle mansioni affidate - suscettibile di essere leso anche da mera inadeguatezza rispetto ad aspettative riconoscibili "ex ante" o da importante deviazione dalla linea segnata dalle direttive generali del datore di lavoro, ovvero da comportamento extralavorativo incidente sull'immagine aziendale a causa della posizione rivestita - e, dall'altro, nello stesso sviluppo delle strategie di impresa che rendano nel tempo non pienamente adeguata la concreta posizione assegnata al



dirigente nella articolazione della struttura direttiva dell'azienda.» (Cass. 13.12.2010 n.25145).

La sentenza impugnata, pertanto, è conforme a detto principio nella parte in cui evidenzia che «le profonde divergenze tra l'appellante.. e la madre ... in ordine alla gestione ed al futuro della società, concretavano valide e non pretestuose ragioni di cessazione del rapporto lavorativo...» posto che, come si è detto, anche la mancata condivisione delle strategie di impresa può rendere giustificato il recesso ed escludere il diritto alla indennità supplementare.

Non si ravvisa, poi, alcuna contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata perché il concetto di giustificatezza non coincide con quello di giusta causa, sicché la valutazione deve tener conto delle diversità evidenziate nei precedenti già citati di questa Corte, nei quali si è posto in risalto che una condotta può essere ritenuta non sufficiente a legittimare il recesso immediato dal rapporto, con conseguente diritto del dirigente alla indennità sostitutiva del preavviso, e al tempo stesso giustificare il recesso medesimo, purché intimato nel rispetto del termine di preavviso, perché tale da fare escludere ogni profilo di arbitrarietà, pretestuosità, irragionevolezza, alla cui ricorrenza è subordinato il diritto alla percezione della indennità supplementare.

8.1. Sono inammissibili le deduzioni che si leggono nell'ultima parte del motivo in merito alle conseguenze del mancato rispetto delle garanzie del procedimento disciplinare.

Invero, qualora una determinata questione giuridica - che implichi un accertamento di fatto - non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che proponga tale questione in sede di legittimità, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione innanzi al giudice di merito, ma anche di indicare in quale scritto difensivo o atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo alla Corte di cassazione di controllare *ex actis* la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la questione stessa (cfr. fra le tante Cass. 22.4.2016 n. 8206).

Detto onere nella specie non è stato assolto, sicché il motivo, in parte qua, non sfugge alla sanzione di inammissibilità.

9. In via conclusiva devono essere rigettati entrambi i ricorsi, con conseguente integrale compensazione delle spese del giudizio di legittimità.



Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115\02, nel testo risultante dalla L. 24.12.12 n. 228, deve darsi atto della ricorrenza delle condizioni previste dalla legge per il raddoppio del contributo unificato dovuto da entrambe le parti.

P.Q.M.

La Corte rigetta entrambi i ricorsi e compensa integralmente le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale e del ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale e per quello incidentale, a norma del cit. art. 13, comma 1-bis.

Roma, così deciso nella camera di consiglio del 9 maggio 2017

Il Consigliere estensore

Aurelia Di Paolantonio

Il Presidente

[Signature]

Il Funzionario Giudiziario

Dott. Giovanni RUELLO

Giovanni Ruella

