

Civile Ord. Sez. L Num. 16429 Anno 2018

Presidente: MANNA ANTONIO

Relatore: PONTERIO CARLA

Data pubblicazione: 21/06/2018

ORDINANZA

sul ricorso 23018-2016 proposto da:

GROSSO GAETANO, elettivamente domiciliato in ROMA,
PIAZZALE DELLE MEDAGLIE D'ORO 7, presso lo studio
dell'avvocato ANTONELLA FUMAI, che lo rappresenta e
difende, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

CASA DI CURA TRICARICO S.R.L., in persona del legale
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata
in ROMA, VIALE GIULIO CESARE 23, presso lo studio
dell'avvocato ANTONIO ARMENTANO, che la rappresenta e
difende unitamente all'avvocato SAVERIO ROCCO
CETRARO, giusta delega in atti;

2018

862

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 205/2016 della CORTE D'APPELLO
di CATANZARO, depositata il 05/04/2016 R.G.N.
1181/2014;

il P.M. ha depositato conclusioni scritte.



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Rilevato:

1. che con sentenza n. 205 pubblicata il 5.4.2016, la Corte d'appello di Catanzaro ha respinto l'impugnazione avverso la pronuncia di primo grado che, dichiarato illegittimo il licenziamento intimato al lavoratore il 2.12.2011 e determinato il risarcimento in misura pari alla retribuzione globale di fatto dalla data del licenziamento fino alla reintegra, aveva detratto *l'aliunde perceptum* derivato dall'attività libero professionale svolta nel periodo successivo al recesso;

2. che la Corte territoriale ha ritenuto deducibile, dal risarcimento spettante al lavoratore, il compenso per l'attività professionale svolta, sul presupposto che la stessa fosse giuridicamente incompatibile con il lavoro subordinato, trattandosi della medesima attività qualificata da parte datoriale come di concorrenza sleale e indicata quale giusta causa di licenziamento;

3. che la sentenza impugnata ha considerato pacifico lo svolgimento dell'attività libero professionale da parte del lavoratore, al di fuori del luogo di lavoro e con utilizzo di attrezzature di proprietà della società datoriale;

4. che ha ritenuto tale attività posta in essere in violazione dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. e non riconducibile alla previsione dell'art. 14, lett. b), CCNL per il personale medico dipendente da Case di Cura, non essendo stata neanche allegata la "previa valutazione di situazioni di conflitto di interessi", richiesta dalla disposizione citata;

5. che ha considerato irrilevante il fatto che la medesima attività libero professionale fosse svolta anche prima del licenziamento, in mancanza di prova che la società ne fosse a conoscenza ed avesse acconsentito allo svolgimento;

6. che avverso tale sentenza il lavoratore ha proposto ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, cui ha resistito con controricorso la società datoriale;

7. che il Procuratore Generale ha depositato conclusioni scritte, ai sensi dell'art. 380 bis.1. c.p.c.;

Considerato:

8. che col primo motivo di ricorso, il lavoratore ha dedotto, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., nullità della sentenza per *error in procedendo* per violazione dell'art. 324 c.p.c. in relazione alla formazione del giudicato interno;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

9. che ha premesso come il primo giudice avesse dichiarato illegittimo il licenziamento perché intimato senza il rispetto delle garanzie di cui all'art. 7, L. n. 300 del 1970, ritenendo assorbite le ulteriori censure mosse nell'impugnativa;

10. che, in particolare, il Tribunale non si è pronunciato, ritenendola assorbita, sulla censura di insussistenza della giusta causa posta a base del licenziamento e individuata nella presunta illegittimità dell'attività libero professionale svolta dal dipendente in costanza di rapporto di lavoro subordinato;

11. che, in presenza di un assorbimento cd. improprio, sarebbe stato onere della parte datoriale soccombente, per evitare il formarsi del giudicato interno sulle questioni dichiarate assorbite, proporre appello incidentale o, almeno, riproporre le medesime questioni, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., anche al solo fine di ottenere la conferma della statuizione di primo grado sull'*aliunde perceptum*;

12. che la società datoriale non si è costituita nel giudizio di appello e ciò ha determinato il formarsi del giudicato interno sulle questioni ritenute assorbite, risultando preclusa la possibilità di un nuovo esame delle stesse da parte del giudice d'appello;

13. che col secondo motivo il ricorrente ha dedotto, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., nullità della sentenza per *error in procedendo* per violazione degli artt. 342, 434 e 437 c.p.c. in relazione al principio *tantum devolutum quantum appellatum*;

14. che ha rilevato come la Corte d'appello avesse confermato la sentenza di primo grado in base ad una diversa motivazione, cioè argomentando sulla presunta illegittimità dell'attività libero professionale, benché tale questione non fosse stata reintrodotta attraverso i motivi di impugnazione, con conseguente formazione del giudicato interno;

15. che col terzo motivo il ricorrente ha dedotto, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., nullità della sentenza per manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione;

16. che ha sottolineato la contraddittorietà della pronuncia per avere la Corte territoriale aderito alla tesi di parte datoriale sulla sussistenza di una giusta causa di licenziamento, confermando tuttavia la statuizione di primo grado di illegittimità del recesso, con reintegra del lavoratore;

17. che col quarto motivo ha dedotto, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., omessa e/o erronea valutazione degli atti e documenti di causa, in quanto nessuno di essi consentiva di desumere l'incompatibilità dell'attività libero professionale svolta con quella di lavoro dipendente, come ritenuta dalla Corte territoriale in assenza di qualsiasi attività istruttoria, pure sollecitata dall'appellante;

18. che il primo motivo di ricorso è infondato;

19. che il Tribunale, come si ricava dalla motivazione della sentenza di primo grado riportata a pagina 18 del ricorso in esame, ha disposto la detrazione, dal risarcimento del danno per illegittimo licenziamento, di quanto percepito dal lavoratore per l'attività libero professionale, sul rilievo che lo svolgimento di tale attività (anche dopo il recesso), fosse pacifico tra le parti;

20. che la sentenza di primo grado, nel momento in cui ha disposto la detrazione degli introiti della libera professione quale *aliunde perceptum* ha implicitamente ritenuto non compatibile il contemporaneo svolgimento delle due attività, libero professionale e di lavoro dipendente;

21. che, non avendo necessità di indagare sulla legittimità o illegittimità dell'attività libero professionale in costanza di rapporto di lavoro subordinato ai fini della giusta causa di recesso, essendo la censura assorbita, il Tribunale ha, se pure implicitamente, esaminato la compatibilità di svolgimento contemporaneo delle due attività solo ai fini dell'*aliunde perceptum*;

22. che col ricorso in appello, riportato alle pagine 19-29 del presente ricorso e riassunto nella sentenza impugnata, il lavoratore ha censurato la statuizione sull'*aliunde perceptum* sul rilievo dello svolgimento dell'attività libero professionale anche in costanza del rapporto di lavoro subordinato e quindi di compatibilità di fatto della stessa col lavoro alle dipendenze della Casa di cura;

23. che nel giudizio di appello la Casa di cura non si è costituita ed è stata dichiarata contumace;

24. che la Corte territoriale ha respinto l'appello ritenendo corretta la detrazione dell'*aliunde perceptum* per essere l'attività libero professionale incompatibile "giuridicamente" col lavoro dipendente e ciò "a prescindere dalla circostanza che essa sia stata di fatto svolta prima del licenziamento";

25. che la Corte d'appello si è pronunciata sulla questione della compatibilità dello svolgimento dell'attività libero professionale col rapporto di lavoro subordinato, non ovviamente ai fini della giusta causa di recesso bensì ai fini della statuizione sull'*aliunde perceptum*, e detta questione era stata specificamente devoluta dall'appellante quindi su di essa non si era formato alcun giudicato interno;

26. che la società datoriale era stata vincitrice in primo grado sulla questione di detrazione dell'*aliunde perceptum*, che presuppone l'incompatibilità di concreto svolgimento contemporaneo delle due attività, e quindi non aveva interesse ad impugnare la sentenza di primo grado né a riproporre l'eccezione;

27. che pertanto non può dirsi realizzata alcuna violazione del giudicato interno ad opera della Corte territoriale, con conseguente infondatezza del primo motivo di ricorso;

28. che, per le stesse ragioni, risulta infondato anche il secondo motivo di ricorso;

29. che, difatti, col ricorso in appello il sig. Grosso aveva devoluto la questione relativa ai presupposti dell'*aliunde perceptum* e, necessariamente, la compatibilità tra il lavoro subordinato e l'attività libero professionale;

30. che anche il terzo è infondato non essendo ravvisabile la dedotta contraddittorietà della motivazione in quanto la sentenza di primo grado, nel momento in cui ha riconosciuto la detrazione dell'*aliunde perceptum*, ha implicitamente ritenuto non compatibile lo svolgimento dell'attività libero professionale col lavoro subordinato;

31. che il quarto motivo di ricorso non può trovare accoglimento in ragione della disciplina, cd. della doppia conforme, applicabile nel caso di specie ai sensi dell'art. 348 ter, comma quinto, c.p.c., introdotto dall'art. 54, comma 1, lett. a) del D.L. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni nella L. n. 134 del 2012, e sia perché comunque difettano i requisiti richiesti in base alla nuova formulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., (cfr. Cass., S.U., n. 1053 del 2014);

32. che, per le ragioni esposte, il ricorso deve essere respinto, con condanna di parte ricorrente, in base al criterio di soccombenza, alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo;

33. che deve darsi atto della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, introdotto dall'art. 1, comma 17, della L. 24 dicembre 2012 n. 228.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità che liquida in euro 4.000,00 per compensi professionali, in euro 200,00 per esborsi oltre spese forfettarie nella misura del 15% ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, introdotto dall'art. 1, comma 17, della L. 24 dicembre 2012 n. 228, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis del medesimo art. 13.