

Civile Sent. Sez. L Num. 6047 Anno 2018

Presidente: DI CERBO VINCENZO

Relatore: TRICOMI IRENE

Data pubblicazione: 13/03/2018

SENTENZA

sul ricorso 4941-2016 proposto da:

S.P.A., in persona del legale
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata
in ROMA, , presso lo studio
dell'avvocato , che la rappresenta e
difende giusta delega in atti;

- ricorrente -

2017

contro

4811

, elettivamente domiciliato in ROMA,
VIA (TEL.), presso lo studio
dell'avvocato , rappresentato e difeso

dall'avvocato
atti;

giusta delega in

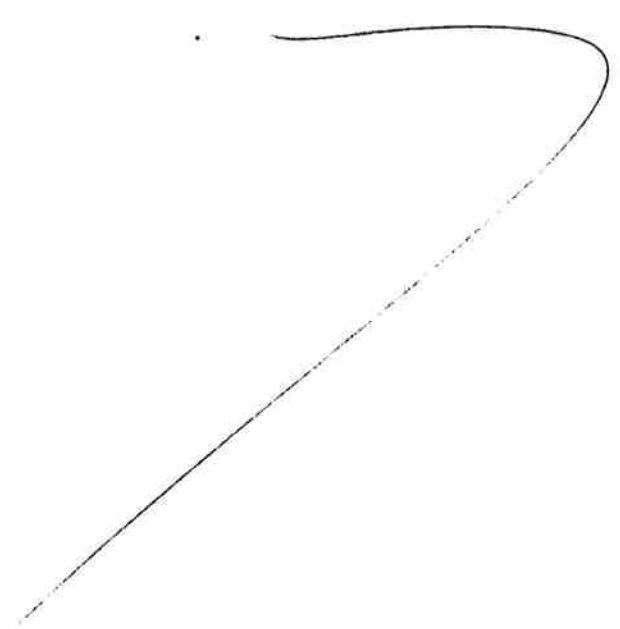
- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 411/2015 della CORTE D'APPELLO
di GENOVA, depositata il 28/12/2015 r.g.n. 201/2015;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 05/12/2017 dal Consigliere Dott. IRENE
TRICOMI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. CARMELO CELENTANO, che ha concluso per
l'accoglimento del primo, terzo e quarto motivo;

udito l'Avvocato ;

udito l'avvocato



FATTI DI CAUSA

1. La Corte d'Appello di Genova, con la sentenza n. 411 del 2012, ha accolto il reclamo proposto, ai sensi dell' art. 1, comma 58, della legge n. 92 del 2012, da _____ nei confronti della società _____, in ordine alla sentenza con la quale il Tribunale di Genova aveva respinto l'opposizione del lavoratore all'ordinanza con la quale lo stesso giudice aveva accolto il ricorso della società datrice di lavoro e aveva rigettato la domanda del lavoratore di annullamento del licenziamento e di reintegrazione nel posto di lavoro.

L' _____ spa aveva adito il Tribunale chiedendo che fosse dichiarata la legittimità del licenziamento per giusta causa intimato al _____ per il comportamento tenuto nella serata del 17 luglio 2014, mentre lo stesso era assente per malattia.

2. La Corte d'Appello in riforma della sentenza resa tra le parti dal Tribunale di Genova ha annullato il licenziamento intimato dalla società _____ spa al lavoratore, e ha condannato la società datrice di lavoro a reintegrare il _____ nel posto di lavoro e a corrispondergli un'indennità risarcitoria pari a 12 mensilità dall'ultima retribuzione globale di fatto, e a versare i contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione, oltre interessi.

3. Per la cassazione della sentenza _____ resa in grado di appello ricorre la società _____ spa, prospettando 7 motivi di ricorso.

4. Resiste con controricorso _____.

5. In prossimità dell'udienza pubblica la società _____ ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente, va rilevato che la condotta contestata al lavoratore veniva posta in essere il 17 luglio nel periodo in cui lo stesso era in malattia con prognosi di quattro giorni dal 15 luglio a tutto il 18 luglio 2014, riprendendo servizio il 19 luglio 2014, al termine del suddetto periodo.

2. La società _____ irrogava il licenziamento, in ragione della seguente contestazione (riportata a pag. 3 del ricorso) «La scrivente società è venuta a conoscenza che nel periodo di sua assenza dal servizio a far data dal 15 luglio u.s. e sino al 18 luglio u.s., a seguito di presunta malattia, ella si è esibito in pubblico svolgendo attività di concertista unitamente ad altre persone.

In particolare è emerso che ella, in data 17 luglio 2014, presso la località di Campomaggiore (PZ) si è esibito in un concerto con quella che è emerso essere la sua band denominata _____. " nell'ambito di una serata organizzata per la festa Madonna del Carmelo protettrice di Campomaggiore.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Inoltre è emerso che tale suo impegno da concertista è stato pubblicizzato sulla stampa locale e di settore ed in particolare dal giornale 'La Nuova' in data 19 luglio 2014, oltrechè - a quanto riferito - da lei stesso nel suo profilo Facebook.

Il comportamento sopra descritto configura una violazione degli obblighi derivanti dal suo rapporto di lavoro con la scrivente società e segnatamente, dei principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ.» (...) «a) durante il suo asserito stato di malattia dal 15 al 18 luglio u.s. in data 17 luglio u.s. abbia svolto il concerto meglio specificato più sopra; b) con tale suo comportamento, in violazione dei doveri di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, abbia rischiato di compromettere e/o aggravare e/o ritardare la guarigione dal suo asserito stato di malattia - considerato che l'impegno, sia sotto il profilo fisico sia psicologico, profuso nell'esecuzione del concerto predetto - che o era inesistente o tale da consentirle comunque si svolgere la prestazione lavorativa».

3. La Corte d'Appello ha posto a fondamento della propria decisione le seguenti argomentazioni riportate di seguito in sintesi:

il datore di lavoro aveva contestato al lavoratore il rischio di compromettere, aggravare o ritardare la guarigione in contrasto con i principi di correttezza e buona fede, senza contestare in modo esplicito lo stato di malattia pur definendolo presunto che costituiva un distinto fatto rispetto al quale vigeva il principio della immutabilità della contestazione;

la contestazione riguardava solo l'esibizione del 17 luglio e non anche la falsità del certificato medico o la non idoneità dello stesso a provare la malattia; In tal caso avrebbe dovuto contestare l'assenza ingiustificata e sottoporre il lavoratore a visita fiscale;

comunque il medico che aveva visitato il lavoratore, sentito, aveva confermato di aver riscontrato l'esistenza a suo carico di lombo sciatalgia e di avergli prescritto alcuni giorni di riposo;

la legittimità del licenziamento andava vagliata con riguardo alla compatibilità dell'attività amatoriale con la pronta guarigione e con l'obbligo del lavoratore di adottare ogni cautela idonea perché lo stato di malattia cessi con conseguente recupero dell'idoneità lavorativa;

tale compatibilità *ex post* era certa, avendo ripreso servizio il lavoratore; la stessa sussisteva anche *ex ante* poiché una esibizione canora e musicale di tipo amatoriale, di una durata di circa due ore, posta in essere, in una serata d'estate nell'ambito di una manifestazione popolare, vicino a casa, da una persona abituata a suonare in pubblico (suonandosi la fisarmonica da seduti non si poteva ritenere che il pregiudizio per la guarigione dipendesse dallo sforzo per sostenere lo

strumento) non poteva avere richiesto al lavoratore un dispendio di energie psico-fisiche tale da pregiudicare la guarigione da una malattia, che considerata la sua durata non poteva dirsi grave;

andava riconosciuta la tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 18, comma 4, come novellato, in ragione della non sussistenza del fatto. Ciò sia quale attività extralavorativa che poneva in pericolo la guarigione, sia come simulazione della malattia, non potendosi accedere alla tesi del datore di lavoro secondo cui il fatto contestato era lo svolgimento di attività extralavorativa durante l'assenza per malattia;

andava riconosciuta la corresponsione della retribuzione nella misura massima di 12 mensilità e del versamento dei contributi maturati dal licenziamento alla reintegra;

non risultava provato l'*aliunde perceptum*.

4. Tanto premesso, può passarsi all'esame dei motivi di ricorso.

5. Con il primo motivo è dedotta, ai sensi dell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970, in quanto nella specie la contestazione riguardava un'unica situazione di fatto – consistente nell'essersi il lavoratore esibito in uno spettacolo canoro durante l'asserito stato di malattia – con tre distinte conseguenze, tutte violative degli artt. 1175, 1375, 2104 e 2105 cod. civ.

Pertanto, non vi era mutamento della contestazione, ed erroneamente la Corte d'Appello non aveva esaminato la dedotta insussistenza della malattia.

6. Con il secondo motivo di ricorso è prospettato il vizio di omesso esame, ai sensi dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., circa fatti decisivi per il giudizio, in quanto consentivano di ritenere accertata la simulazione della malattia.

La Corte d'Appello non aveva tenuto conto di alcuni elementi che evidenziavano la simulazione dello stato di malattia, fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione:

la fissazione con anticipo delle date delle rappresentazioni;

la distanza (45 Km) del luogo del concerto dal luogo di residenza del lavoratore;

una foto sul profilo facebook che evidenziava che il lavoratore suonava la fisarmonica in piedi;

la durata del periodo di malattia a cavallo della esibizione;

l'invito del medico al a riguardarsi in ragione dello stato di salute;

la prescrizione di medicine che non avrebbero avuto effetto antinfiammatorio e la mancanza di accertamenti specialistici;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

la circostanza che le mansioni svolte in azienda comportavano un impegno fisico meno gravoso di quello richiesto dall'esibizione.

Né poteva attribuirsi valore al certificato medico redatto in base a dichiarazioni del paziente, e senza accertamenti specialistici specifici.

6.1. I suddetti due motivi di ricorso devono essere trattati congiuntamente, in ragione della loro connessione. Gli stessi non sono fondati.

Come questa Corte ha affermato (cfr., *ex multis*, Cass., n. 17625 del 2014), lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia è idonea a giustificare il recesso del datore di lavoro per violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà ove tale attività esterna, prestata o meno a titolo oneroso, sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione, ovvero quando, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore, ferma restando la necessità che, nella contestazione dell'addebito, emerga con chiarezza il profilo fattuale, così da consentire una adeguata difesa da parte del lavoratore.

Diversamente, si rimetterebbe al giudice un compito che, lungi dal costituire esercizio istituzionale dei poteri di interpretazione della volontà negoziale, si tradurrebbe in una inammissibile integrazione, o correzione, della medesima.

Correttamente, pertanto, la Corte d'Appello, proprio facendo applicazione del principio della specificità della contestazione, posto a garanzia della tutela del diritto di difesa del lavoratore cui è preordinata, altresì, l'immutabilità dei fatti posti a fondamento del licenziamento disciplinare, ha ritenuto che la contestazione, per come formulata, riguardava l'adozione di una condotta che poteva ritardare la guarigione, dal momento che la circostanza di fatto richiamata nella contestazione medesima è lo svolgimento, venendone precisati luogo data e periodo della giornata, dell'attività di concertista durante la malattia, e non l'inesistenza in sé della malattia - come comunicata dal lavoratore e attestata dalle relative certificazioni mediche.

7. Con il terzo motivo di ricorso è prospettata la violazione e/o falsa applicazione ex art. 360, n. 3, cod. proc. civ., degli artt. 1175, 1375, 2104 e 2105 cod. civ., in riferimento a quanto previsto dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966, e dall'art. 2110 cod. civ.

Ricorda il ricorrente come il lavoratore, durante la malattia si deve adoperare affinché non venga ritardata la guarigione. Ciò comporta che debba astenersi da ogni attività, che possa compromettere la guarigione, non rilevando che ciò poi non sia accaduto.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Nella specie, il comportamento del lavoratore (viaggio in macchina su strada tortuosa, attesa sul luogo del concerto con una temperatura non confacente alla malattia, esibizione per due ore, in piedi e sostenendo il peso della fisarmonica), in presenza della supposta lombosciatalgia, aveva violato tale obbligo e le previsioni di cui agli artt. 2110, 2104, 1175 e 1375 cod. civ.

8. Con il quarto motivo di ricorso è dedotta la violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., in relazione all'art. 2106 cod. civ., e conseguente violazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 e in subordine dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966.

La Corte d'Appello non aveva considerato che il lavoratore era consapevole che, ponendo in essere la suddetta condotta, avrebbe potuto essere sottoposto a procedimento disciplinare, essendo già incorso in sanzione disciplinare, evidenziandosi, così, da parte dello stesso, una non curanza nella considerazione dei propri comportamenti sul rapporto di lavoro e la violazione del rapporto di fiducia e fedeltà

9 Con il quinto motivo di ricorso è esposto il vizio di omesso esame e travisamento dei fatti circa la compatibilità della malattia con l'attività amatoriale e la sua incompatibilità con l'attività lavorativa ex art. 360, n. 5, cod. proc. civ.

La Corte d'Appello aveva escluso la giusta causa senza valutare se lo *status* del Gerardi, consentendogli di effettuare una esibizione canora, avrebbe potuto consentire allo stesso lo svolgimento delle mansioni in azienda, circostanza che non poteva essere esclusa *a priori* ma necessitava della prova concreta.

10. Con il sesto motivo di ricorso è prospettata violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 3 cod. proc. civ., in relazione all'art. 2697 e 2729 cod. civ., in ordine alla raggiunta prova della idoneità dell'attività extra lavorativa del Gerardi a pregiudicare il pieno e tempestivo recupero delle energie psico-fisiche.

Gravava sul lavoratore l'onere di dimostrare la compatibilità delle attività in questione con la malattia impeditiva dell'attività lavorativa.

La Corte d'Appello nel ritenere tale compatibilità aveva supplito all'onere probatorio del lavoratore, affermando come compatibile la persistenza della lombo sciatalgia con lo svolgimento dell'attività in questione.

È contestato, altresì, che la Corte d'Appello ha valutato la compatibilità *ex post* e non *ex ante* come andava effettuato.

Ravvisando un contrasto sul punto nella giurisprudenza il ricorrente chiede che la questione venga rimessa alle Sezioni Unite.

11. I motivi dal terzo al sesto devono essere trattati congiuntamente in ragione della loro connessione.

Gli stessi sono fondati nei limiti di seguito esposti.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

11.1. Nella specie i principi che informano la materia sono consolidati: lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia è idoneo a giustificare il recesso del datore di lavoro per violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà ove tale attività esterna, prestata o meno a titolo oneroso, sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione, ovvero quando, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore (v., *ex plurimis*, Cass. n. 17625 del 2014, Cass., n. 24812 del 2016, Cass., n. 21667 del 2017).

Inoltre, l'espletamento di attività extralavorativa durante il periodo di assenza per malattia costituisce illecito disciplinare non solo se da tale comportamento deriva un'effettiva impossibilità temporanea della ripresa del lavoro, ma anche quando la ripresa è solo messa in pericolo dalla condotta imprudente (v. Cass., n. 16465 del 2015), con una valutazione di idoneità che deve essere svolta necessariamente *ex ante*, rapportata al momento in cui il comportamento viene realizzato (citata Cass., n. 21667 del 2017, n. 10416 del 2017, n. 24812 del 2016, n. 17625 del 2014).

11.2. La Corte territoriale ~~ha ritenuto~~ ^{la correttezza} dei richiami ai suddetti principi di diritto e cioè che il lavoratore assente per malattia – che quindi legittimamente non effettua la prestazione lavorativa – non per questo deve astenersi da ogni altra attività, quale in ipotesi un'attività ludica o di intrattenimento, anche espressione dei diritti della persona, ma la stessa non solo deve essere compatibile con lo stato di malattia, ma deve essere altresì conforme all'obbligo di correttezza e buona fede, gravante sul lavoratore, di adottare ogni cautela idonea perché cessi lo stato di malattia, con conseguente recupero dell'idoneità al lavoro, ^{ma} non né ha fatto corretta applicazione.

11.3. L'impugnata sentenza risulta affetta dai vizi denunciati nei suddetti motivi nella parte in cui non ha operato, nel rispetto dell'onere probatorio che grava sul lavoratore, il giudizio di verifica della conformità a correttezza e buona fede della condotta contestata al lavoratore rispetto all'obbligo di cautela gravante sul lavoratore.

La Corte d'Appello, limitandosi a richiamare le circostanze fattuali, non ha esteso la propria indagine al vaglio del rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede che richiedevano che il lavoratore adottasse *ex ante* le cautele del caso, anche in ragione della circostanza che il medico che aveva rilevato la lombosciatalgia aveva prescritto, essenzialmente, il riposo.

Corte di Cassazione copia non ufficiale

13. Con il settimo motivo di ricorso è dedotta la violazione dell'art. 360 n. 3, cod. proc. civ. in relazione all'art. 18 della legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012 in ordine all'accertato obbligo della società di reintegrare il lavoratore.

Nella specie, erroneamente la Corte d'Appello aveva ritenuto l'insussistenza del fatto contestato, e confondendo il fatto materiale oggetto di contestazione con gli effetti propri della asserita malattia. Nella specie, quindi, al più doveva trovare applicazione l'art. 18, comma 5, della legge n. 300 del 70 come novellato.

13.1. All'accoglimento, nei sensi sopra indicati, dei motivi dal terzo al sesto segue l'assorbimento del settimo motivo.

14. Il ricorso va accolto nei limiti di cui in motivazione in relazione al terzo, quarto, quinto e sesto motivo. Rigettati il primo ed il secondo motivo. Assorbito il settimo motivo. L'impugnata sentenza va cassata con rinvio, anche per le spese del presente giudizio, alla Corte d'appello di Genova in diversa composizione.

PQM

La Corte accoglie nei limiti di cui in motivazione il terzo, quarto, quinto e sesto motivo di ricorso. Rigetta il primo ed il secondo motivo. Assorbito il settimo. Cassa la sentenza impugnata in ordine ai motivi accolti e rinvia alla Corte d'Appello di Genova in diversa composizione anche per le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 dicembre 2017.