

MALATTIA: LAVORARE “NON STANCA” SE NON PREGIUDICA IL PIENO RECUPERO

di Francesco LOPUZZO*

Corte di Cassazione - Sezione lavoro
Sentenza del 01 agosto 2016 n. 15989
(Pres. DI CERBO - Rel. PATTI)

Il dipendente che durante il periodo di malattia svolge una diversa attività lavorativa presso terzi deve concretamente dimostrare l'effettività e la natura della patologia - e la sua non simulazione volta a garantirgli l'assenza dal lavoro per poter portare avanti una diversa attività a favore di un terzo -, la tipologia delle mansioni dell'altra professione svolta e la circostanza che quest'ultima non comprometta, né tantomeno ritardi, il pieno recupero psicofisico.

(Omissis)

Fatto
SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'appello di Roma, in riforma della sentenza di primo grado (che aveva rigettato l'opposizione di (OMISSIS) avverso l'ordinanza dello stesso Tribunale di reiezione delle proprie domande), con sentenza 11 dicembre 2014, dichiarava l'illegittimità del licenziamento intimato l'11 luglio 2012 dalla datrice (OMISSIS) S.p.A., cui ordinava l'immediata reintegrazione della lavoratrice, pure condannandola al risarcimento del danno in suo favore, commisurato sulle retribuzioni globali di fatto maturate dal recesso all'effettiva reintegrazione, oltre rivalutazione, interessi e spese di entrambi i gradi.

A motivo della decisione, la Corte territoriale riteneva lo stato di malattia, da cui (OMISSIS) era stata affetta per l'intero mese di febbraio 2012 in cui era rimasta assente dal lavoro,

* Praticante avvocato.

non simulato e compatibile con la prestazione (per cinque giorni a settimana per quattro ore al giorno) della sua attività lavorativa domestica in favore di (OMISSIS), in quanto inidonea a comprometterne la riabilitazione psichica, ma verosimilmente favorevole alla sua ripresa, tenuto conto della natura diagnosticata della patologia, di sindrome ansioso depressiva, procurata dall'ambiente di lavoro presso la società datrice: con la conseguente illegittimità del licenziamento per tale ragione intimato.

Con atto notificato il 16 febbraio 2015, (OMISSIS) S.p.A. ricorre per cassazione con cinque motivi, cui resiste (OMISSIS) con controricorso e memoria ai sensi dell'articolo 378 c.p.c..

Diritto MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'articolo 2697 c.c., articoli 115 e 116 c.p.c., in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4, per difetto di prova, nell'onere della lavoratrice, della compatibilità in concreto della condizione di malattia con l'attività domestica svolta ed avendo la Corte territoriale operato una valutazione meramente ipotetica, disancorata da un effettivo accertamento.

Con il secondo, la ricorrente deduce l'omesso esame di fatti decisivi, in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, quali l'effettiva prestazione di attività lavorativa di (OMISSIS) in favore di (OMISSIS), la natura sua e della patologia da cui affetta e la compatibilità di questa con l'attività lavorativa.

Con il terzo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli articoli 2110, 2119, 2104, 2105 e 2016 c.c., articoli 115 e 116 c.p.c., in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per erronea esclusione dalla Corte territoriale, e pure con motivazione contraddittoria, della giusta causa di licenziamento per grave abuso delle norme relative al trattamento di malattia, prevista dall'articolo 183, comma 5, lettera g) CCNL Turismo - Pubblici Esercizi, alla luce del comportamento tenuto dalla lavoratrice, dapprima confessorio e quindi negatorio della prestazione di attività lavorativa (pure a fronte di esibizione di busta paga del mese di febbraio 2012 altrimenti giustificata), integrante una simulazione del rapporto lavorativo e comunque con violazione dei generali doveri di correttezza e buona fede degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà.

Con il quarto, la ricorrente deduce nullità della sentenza per omessa pronuncia, in violazione dell'articolo 112 c.p.c., in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 4, sulla propria domanda subordinata di conversione del licenziamento per giusta causa in giustificato motivo soggettivo per la gravità dell'inadempimento della lavoratrice.

Con il quinto, ella deduce nullità della sentenza per omessa pronuncia, in violazione dell'articolo 112 c.p.c., in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 4, sulla propria domanda subordinata di detrazione dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum* da quanto eventualmente dovuto alla lavoratrice, con formulazione allo scopo di istanze istruttorie. In via preliminare, occorre affermare l'ammissibilità del ricorso, contestata dalla lavoratrice, per la puntuale esposizione dei fatti di causa e la chiara ed argomentata formulazione di censure alla sentenza impugnata correttamente devolutive delle questioni a questa Corte, nella rispondenza delle indicazioni di contenuto prescritte dall'articolo 366 c.p.c..

Tanto premesso, è noto come, in linea di principio e secondo insegnamento consolidato di questa Corte (ultimamente ribadito da: Cass. 3 marzo 2015, n. 4237), non sussista per il lavoratore assente per malattia un divieto assoluto di prestare, durante tale assenza, un'attività lavorativa in favore di terzi, purché questa non evidenzi una simulazione di infermità, ovvero importi violazione al divieto di concorrenza, ovvero ancora, compromettendo la guarigione del lavoratore, implichi inosservanza al dovere di fedeltà imposto al prestatore d'opera. Sicché, non si configura una giusta causa di licenziamento ove non sia stato provato che il lavoratore abbia agito fraudolentemente in danno del datore di lavoro, simulando la malattia

per assentarsi in modo da poter espletare un lavoro diverso o lavorando durante l'assenza con altre imprese concorrenti (con quella cui è contrattualmente legato) oppure, anziché collaborare al recupero della salute per riprendere al più presto la propria attività lavorativa, abbia compromesso o ritardato la propria guarigione strumentalizzando così il suo diritto al riposo per trarne un reddito dal lavoro diverso in costanza di malattia e in danno del proprio datore di lavoro.

Ma nel caso di specie, la ricorrente ha denunciato, con il secondo motivo, addirittura il mancato accertamento, alla stregua di omesso esame di fatti decisivi, dell'effettiva natura delle attività lavorative di (OMISSIS) in favore di (OMISSIS), della natura della patologia da cui affetta e la compatibilità di questa con l'attività lavorativa.

Appare evidente come esso sia logicamente e giuridicamente pregiudiziale all'esame della pure denunciata, con il primo mezzo, violazione dell'articolo 2697 c.c., articoli 115 e 116 c.p.c., per difetto di prova, nel protestato onere della lavoratrice, della compatibilità in concreto della condizione di malattia con l'attività domestica svolta: e quindi in relazione al suo regime di corretta ripartizione (da ultimo posto a carico della predetta, in particolare da: Cass. 15 gennaio 2016, n. 586; Cass. 3 marzo 2015, n. 4237; Cass. 25 novembre 2013, n. 26290; e sempre tenuto conto della peculiare specificità dell'attività prestata, tale da essere sufficiente a far presumere, valutata con giudizio ex ante in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, il pregiudizio o il ritardo nella guarigione e nel rientro in servizio: Cass. 5 agosto 2014, n. 17625; Cass. 29 novembre 2012, n. 21253). Ed infatti, il vizio di violazione o falsa applicazione di norma di diritto, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, ricorre o non ricorre a prescindere dalla motivazione (che può concernere soltanto una questione di fatto e mai di diritto) posta dal giudice a fondamento della decisione (id est: del processo di sussunzione), per l'esclusivo rilievo che, in relazione al fatto accertato, la norma non sia stata applicata quando doveva esserlo, ovvero che lo sia stata quando non si doveva applicarla, ovvero che sia stata male applicata (Cass. 15 dicembre 2014, n. 26307; Cass. 24 ottobre 2007, n. 22348). Sicché, il processo di sussunzione, nell'ambito del sindacato sulla violazione o falsa applicazione di una norma di diritto, presuppone la mediazione di una ricostruzione del fatto incontestata; al contrario del sindacato di legittimità ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, che invece postula un fatto ancora oggetto di contestazione tra le parti (Cass. 22 marzo 2016, n. 5592).

Il che appunto presuppone che l'accertamento del fatto sia stato preliminarmente compiuto, oggetto della seconda doglianza.

Ebbene, essa è fondata.

E ciò perché la Corte capitolina si è sottratta a quell'accertamento in concreto, di sua spettanza ed all'esito del quale essa avrebbe dovuto compiere le relative valutazioni, in ordine all'effettiva prestazione di attività lavorativa di (OMISSIS) in favore di (OMISSIS), alla qualità e consistenza di tale prestazione, alla natura della patologia da cui affetta e della compatibilità di questa con l'attività lavorativa.

La Corte territoriale non ha condotto alcun effettivo accertamento né in ordine alla prestazione dell'attività lavorativa e tanto meno alla sua natura (sul rilievo della "discrasia tra quanto dichiarato in sede di fase cautelare e in questo giudizio, dove la ricorrente afferma di non aver, di fatto, lavorato e che la motivazione addotta... appare poco convincente", essa così prosegue: "Tuttavia, anche a voler tener conto del fatto che la (OMISSIS), in costanza di malattia, abbia effettivamente lavorato per il (OMISSIS)", nella prima parte del primo capoverso di pag. 5 della sentenza), né alla qualità della malattia ed alla compatibilità di questa con la prestazione lavorativa (come risulta dalle ragioni perplesse esposte a pag. 5 della sentenza).

In tal modo, risulta integrato l'omesso esame di fatti storici, chiaramente individuati e decisivi per il giudizio oggetto di discussione tra le parti: sicché, il tenore astratto e in termini meramente probabilistici della pronuncia, disancorata da un positivo accertamento dei fatti

costitutivi della pretesa, ne rivela il carattere di motivazione meramente apparente, ben sindacabile in sede di legittimità nella sua riduzione al “minimo costituzionale”, alla stregua del novellato articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5 (Cass. s.u. 7 aprile 2014, n. 8053), applicabile *ratione temporis*.

Dalle superiori argomentazioni discende coerente, in accoglimento del secondo mezzo assorbente l’esame di tutti gli altri, la cassazione della sentenza impugnata con il rinvio per il superiore accertamento, oltre che per la regolazione delle spese del giudizio di legittimità, alla Corte d’appello di Roma in diversa composizione.

P.Q.M.

La Corte

accoglie il secondo motivo di ricorso, assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per la regolazione delle spese del giudizio di legittimità, alla Corte d’appello di Roma in diversa composizione.

(Omissis)

BREVE NOTA

Durante il periodo di malattia, il lavoratore può svolgere una diversa attività professionale, anche in favore di terzi, purché questa non arrechi pregiudizio o nocimento al pieno recupero delle sue condizioni ottimali di salute nel minor tempo possibile e, dunque, purché sia scevra dal rischio di ritardare o compromettere la totale guarigione.

La verifica, tesa valutare se l’attività svolta, durante la degenza, dal dipendente infermo sia o meno compatibile con il suo recupero psicofisico e con le sue ridotte capacità lavorative deve essere svolta in concreto, prendendo in considerazione tanto il contenuto e le modalità di svolgimento dell’attività lavorativa resa nel corso del periodo di comperto, quanto la natura della patologia sofferta dallo stesso lavoratore.

È questo il dettato della recente pronuncia della Suprema Corte, che ci occupa nelle presenti annotazioni, la quale si esprime sul tema della prestazione di attività lavorativa presso terzi durante il periodo di malattia.

In particolare la Cassazione è stata chiamata a giudicare la legittimità di un provvedimento emesso dalla Corte di Appello di Roma la quale, ribaltando la decisione emessa in primo grado, aveva giudicato illegittimo il licenziamento irrogato per giusta causa dalla società datoriale a una lavoratrice che, assente dal lavoro in quanto affetta da una sindrome ansioso-depressiva, prestava attività lavorativa domestica in favore di un terzo. Secondo la valutazione della Corte territoriale, infatti, tali prestazioni non soltanto erano inidonee a compromettere la riabilitazione dell’appellante, ma si ritenevano le stesse favorevoli alla sua ripresa, tenuto conto della natura diagnosticata della patologia, procurata proprio dall’ambiente di lavoro aziendale.

Impugnando il provvedimento di secondo grado, la società datrice presentava doglianze circa la mancata prova, da parte della dipendente, della concreta compatibilità fra la condizione di malattia e l’attività domestica effettivamente svolta. Secondo la società, in altri termini, la Corte di Appello avrebbe operato una valutazione in via soltanto ipotetica, non adeguatamente suffragata da un doveroso accertamento in punto di fatto.

Richiamandosi a un orientamento consolidato della giurisprudenza, la Suprema Corte ricorda che per lo svolgimento da parte del lavoratore di una diversa attività lavorativa in favore di terzi durante il periodo di comperto non sussiste un divieto assoluto, a condizione che

tale ultima attività non evidenzi una simulazione di infermità con la quale il dipendente mira ad assentarsi dal lavoro per poter espletare un'attività diverso.

Acclarato che il Giudice *a quo* non aveva condotto l'effettivo e necessario accertamento in ordine alla natura dell'attività lavorativa della dipendente in favore di un terzo, né alla tipologia dell'infermità da cui la stessa lavoratrice era affetta e alla relativa compatibilità di questa con la prestazione professionale, la Cassazione ha ritenuto integrato l'omesso esame di fatti storici, di cui all'art. 360 c.p.c..

Per tale ragione, dunque, la Suprema Corte, ribadendo in proposito l'estrema importanza di un concreto accertamento sulle reali condizioni di salute della lavoratrice e sulla natura dell'attività da questa svolta presso terzi, spiega che soltanto tale attività istruttoria condotta in punto di fatto può permettere di verificare l'effettività dell'infermità (e quindi che non sia meramente fittizia) della dipendente e se il pieno recupero psicofisico risulta o meno ritardo o addirittura compromesso dalla prestazione di lavoro a favore di terzi.