



Roma, 28 Settembre 2017

CIRCOLARE N. 09/2017

Prot. 174/2017
Sez. II/1

**A TUTTI GLI ISTITUTI ASSOCIATI
LORO SEDI**

Oggetto: Licenziamento per attività lavorativa durante infortunio. Sentenza Corte Cassazione Lavoro n. 19089 del 1° Agosto 2017.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 19089 del 1° Agosto 2017, si è pronunciata sul licenziamento disciplinare comminato ad un dipendente che, nel periodo di assenza dal lavoro a seguito d'infortunio, risultava, dai controlli effettuati da una agenzia investigativa, aver svolto attività incompatibili con il suo stato di salute e comunque suscettibili di pregiudicarne la guarigione.

La pronuncia affronta tematiche di estremo interesse per il nostro settore nel quale l'attività si svolge a ciclo continuo ed il fenomeno dell'assenteismo ingiustificato rappresenta uno dei fattori di maggiore criticità per le imprese con gravi ripercussioni sia sotto il profilo economico che organizzativo.

Nel rigettare il ricorso, confermando la giusta causa di licenziamento, la Corte ha affrontato, innanzitutto, il delicato tema dell'efficacia probatoria del certificato medico, precisando che la sua efficacia, sino a querela di falso, ai sensi dell'art. 2700 cod. civ., è limitata alla sola provenienza del documento da parte del pubblico ufficiale che lo ha redatto ed alla dichiarazione delle parti e degli altri fatti che il medico attesta siano avvenuti in sua presenza, e non riguarda, quindi, la prognosi di guarigione riportata nel certificato.

Per la Corte di Cassazione, infatti, il giudizio prognostico riportato nel certificato, il più delle volte, in caso di assenze brevi, sulla base delle sole dichiarazioni rese dal lavoratore sul suo stato morboso, del quale il medico non sempre può avere un oggettivo riscontro, costituisce una mera presunzione di fatto che il giudice è libero di valutare ed apprezzare liberamente, soprattutto in presenza di anomali comportamenti tenuti dal lavoratore, nel corso del periodo di assenza per malattia/infortunio.

La Corte affronta anche un secondo punto di particolare interesse, e cioè quale rilevanza possono assumere i comportamenti tenuti dal lavoratore durante il periodo di assenza per malattia; conformandosi ad un precedente orientamento i giudici rilevano che *"costituisce illecito disciplinare l'espletamento di attività extra lavorativa durante il periodo di assenza per malattia (infortunio), non solo se da tale comportamento derivi un'effettiva impossibilità temporanea della ripresa al lavoro, ma anche quando la ripresa sia solo messa in pericolo dalla condotta imprudente (del lavoratore) costituendo lo svolgimento di attività extra lavorativa in periodo di assenza dal lavoro per malattia, illecito di pericolo e non di danno"*. In particolare, secondo la Corte lo svolgimento di altra attività (lavorativa), prestata o meno a titolo oneroso dal dipendente durante la malattia, è idoneo a giustificare il recesso del datore di lavoro per violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli obblighi di diligenza e fedeltà, ove tale attività sia per sé sufficiente a far presumere o 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, posta in essere dal dipendente, possa anche solo potenzialmente pregiudicare o ritardare la guarigione ed il rientro in servizio del lavoratore, a patto che nella contestazione d'addebito siano specificati con chiarezza i comportamenti rilevati, così da consentire al lavoratore una adeguata difesa.

Distinti saluti.

Avv. Giovanni Pollicelli

All.

-Sentenza Corte di Cassazione n. 19089 del 1° Agosto 2017.

Civile Sent. Sez. L Num. 19089 Anno 2017

Presidente: NOBILE VITTORIO

Relatore: DE GREGORIO FEDERICO

Data pubblicazione: 01/08/2017

SENTENZA

sul ricorso 5146-2015 proposto da:

  75135774H, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA MAGNAGRECIA, 84, presso lo studio dell'avvocato LUCA CHESSA, che lo rappresenta e difende giusta delega in atti; (comparsa di costituzione del 11/1/2017);

- *ricorrente* -

2017

182

contro

, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA L.G. FARAVELLI

22, presso lo studio dell'avvocato ENZO MORRICO, che
la rappresenta e difende, giusta delega in atti;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 5567/2014 della CORTE D'APPELLO
di ROMA, depositata il 13/08/2014 R.G.N. 7603/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 19/01/2017 dal Consigliere Dott. FEDERICO
DE GREGORIO;

udito l'Avvocato LUCA CHESSA;

udito l'Avvocato CAMILLA NANNETTI per delega verbale
Avvocato ENZO MORRICO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. FRANCESCA CERONI che ha concluso per
l'inammissibilità del ricorso, in subordine rigetto.

SVOLGIMENTO del PROCESSO

Con sentenza in data 9 giugno - 13 agosto 2014 la Corte di Appello di Roma rigettava il gravame interposto da DE LUCA Antonio avverso la pronuncia con la quale il locale giudice del lavoro aveva respinto la domanda del medesimo DE LUCA volta ad ottenere invalidazione del licenziamento per giusta causa intimato in data 10 marzo 2009 dalla convenuta RETE FERROVIARIA ITALIANA S.p.a., con ogni conseguente tutela.

Secondo la Corte distrettuale, in base all'espletata attività istruttoria emergeva la prova della giusta causa del recesso, avuto riguardo all'attività svolta dal DE LUCA durante il periodo in cui era rimasto assente per malattia e/o infortunio.

Avverso la sentenza della Corte d'Appello ha proposto ricorso per cassazione DE LUCA Antonio, affidato a due motivi, cui ha resistito la società R.F.I. mediante controricorso.

Le parti hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI della DECISIONE

Va premesso che il ricorrente aveva conferito procura speciale, come da mandato in calce all'originale dell'atto notificato in data 11 -16 febbraio 2015, agli avv.ti Giulio Prosperetti e Daniela Del Bo, eleggendo domicilio presso il loro studio in Roma, ai quali sono stati dati regolari comunicazioni, tramite posta elettronica certificata in data 28-11-2016, dell'udienza pubblica fissata al 19 gennaio 2017. Peraltro, a seguito della nomina dell'avv. prof. Prosperetti a giudice della Corte Costituzionale, con conseguente rinuncia al mandato da parte del medesimo e sua cancellazione dall'albo degli avvocati, DE LUCA, revocato il mandato all'avv. Daniela Dal Bo, ha nominato suo difensore l'avv. Luca Chessa, che quindi ha depositato comparsa di costituzione e memoria.

Orbene, con il primo motivo, il ricorrente ha denunciato la violazione e la falsa applicazione dell'art. 12 L. n. 67/19888, nonché degli artt. 2110, 2119 e 2700 c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.. Ha osservato che egli rimase coinvolto in un grave infortunio *in itinere* nel settembre 2007, per cui secondo l'attestazione del medico INAIL avrebbe dovuto riprendere servizio il primo marzo 2009, perciò mediante certificazione fidefacente fino a querela di falso, che non poteva essere messa in discussione da investigazioni private, di modo che, inoltre, l'infortunato non avrebbe potuto riprendere il lavoro di sua iniziativa. La sentenza impugnata, però, *senza alcun accertamento medico-legale, sebbene richiesto dall'attore, aveva ritenuto di adottare un criterio d'invalidità temporanea, che non teneva conto della fase di convalescenza e di graduale ripresa fisiologica della completa funzionalità. La sentenza de qua; inoltre, aveva errato nel ritenere che l'attività svolta dal*

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ricorrente presso la farmacia della moglie potesse aver pregiudicato e ritardato la guarigione, nonché il rientro in servizio, reputando incompatibile con l'accertamento dell'INAIL il fatto che il ricorrente deambulasse e potesse trattenersi anche impiedi nella farmacia della moglie, laddove il concetto d'inabilità temporanea non poteva essere riferito ad un'assoluta incapacità di movimento, ma piuttosto ad un fisiologico processo di guarigione <<sino ad un punto nel quale è opinabile il completo recupero funzionale a fronte di un'apparente completa guarigione; il tutto prescindendo dalla nozione rimessa alla comune esperienza per la quale la fase di convalescenza e di riabilitazione rientra pur sempre nella valutazione INAIL>>.

Con il secondo motivo, è stata dedotta la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2119 c.c., in relazione all'art. 360 co. I n. 3 c.p.c., atteso che il comportamento posto a fondamento del licenziamento non integrava comunque la giusta causa di recesso, laddove la pronuncia *de qua* avrebbe dovuto descrivere quale sarebbe dovuto essere il corretto comportamento del ricorrente, anche in relazione al primo motivo d'impugnazione circa la possibilità di rientrare anticipatamente in servizio rispetto alla prescrizione INAIL, mentre i citati precedenti giurisprudenziali riguardavano casi di palese malafede del lavoratore licenziato. Inoltre, nel caso di specie non era stata svolta alcuna attività usurante, che potesse ritardare la guarigione ed il licenziamento era intervenuto ancor prima del termine fissato dall'INAIL per il rientro in servizio, poiché l'attività svolta presso la farmacia del coniuge comportava movimenti compatibili con l'attività fisioterapica in corso di svolgimento, peraltro gratuitamente e senza vincolo di subordinazione.

Ad ogni modo, la ripresa dell'attività non poteva avvenire autonomamente prima del completamento del ciclo di fisioterapia e prima di quanto stabilito dalla certificazione INAIL. Nella specie, inoltre, era evidente l'assenza di *proporzionalità* tra il recesso intimato e la condotta contestata, non emergendo la presunta gravità dell'inadempimento in capo al dipendente, che non era mai venuto meno agli obblighi di fedeltà di buona fede nei confronti del suo datore di lavoro.

Dunque, la decisione gravata aveva errato nel qualificare come giusta causa di licenziamento il recesso comunicato dalla società, senza tener conto delle implicazioni psicologiche e morali poste alla base del censurato comportamento, con conseguente assoluta sproporzione. Il problema dell'errato esercizio del potere di valutare nel merito la fattispecie trovava comunque il suo presupposto in una evidente *errata concezione della giusta causa, valutata sia con riferimento alla rottura del rapporto fiduciario, sia con*

riferimento ai principi di etica sociale, che la clausola generale ricomprende, con conseguente errore di diritto.

Orbene, il ricorso va disatteso in forza delle seguenti considerazioni.

Invero, quanto al primo motivo, va osservato preliminarmente come il ricorrente abbia ommesso di riprodurre, contrariamente a quanto prescritto dall'art. 366 co. I n. 6 c.p.c., il testo del certificato INAIL, sul quale fonda in buona parte le sue censure, sicché non è possibile valutare se ed in quali effettivi limiti tale attestato risulti incompatibile con gli accertamenti e le valutazioni compiuti dai giudici di merito. D'altro canto, l'efficacia probatoria, fino a querela di falso, ex art. 2700 c.c., come testualmente recita la norma, è limitata alla provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato ed alle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che lo stesso pubblico ufficiale attesti avvenuti in sua presenza o da lui compiuti. Ne deriva che la prognosi della guarigione, certificata dal medico pubblico ufficiale, non rientra di certo tra i fatti avvenuti in sua presenza, o da lui compiuti, come tale perciò non fidefaciente nei sensi contemplati dall'art. 2700, comportando soltanto una manifestazione di scienza in relazione allo stato morboso, verificato alla data dell'attestazione (peraltro spesso anche in base alle mere dichiarazioni rese dal soggetto direttamente interessato, come non di rado capita nella pratica), rapportata ad un momento successivo e quindi futuro, perciò necessariamente al di fuori della contestuale percezione, invece pure richiesta dalla norma. Ne deriva che anche il giudizio prognostico costituisce una mera presunzione di fatto, quindi ben liberamente e prudentemente apprezzabile dal giudice adito (cfr. tra l'altro Cass. I pen. n. 2207 del 18/01 - 03/03/1995: in tema di reati di falso, dalla categoria degli atti pubblici vanno distinti i certificati e le autorizzazioni amministrative, per i quali il legislatore ha previsto, in caso di falsificazione, autonome figure di reato. In particolare, i certificati sono atti che, pur provenendo da pubblici funzionari e pur essendo destinati anch'essi alla prova, o hanno natura di documenti "secondari" o "derivati", perché contengono dichiarazioni di scienza - cioè l'attestazione di fatti e dati che sono noti al pubblico ufficiale in quanto provengono da altri documenti ufficiali o dalle sue conoscenze tecniche - ovvero implicano giudizi e valutazioni che, come tali, non possono essere oggetto di documentazione fidefaciente. Cfr., parimenti, Cass. sez. un. civ. n. 577 - 11/01/2008, secondo cui i verbali della Commissione medico-ospedaliera di cui all'art. 4 della legge 25 febbraio 1992, n. 210 fanno piena prova, ai sensi dell'art. 2700 cod. civ., dei fatti che la Commissione attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati dalla stessa compiuti, mentre le valutazioni,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

le diagnosi o, comunque, le manifestazioni di scienza o di opinione in essi contenuti costituiscono materiale indiziario soggetto al libero apprezzamento del giudice, il quale può valutarne l'importanza ai fini della prova ma non può mai attribuire loro il valore di vero e proprio accertamento.

Allo stesso modo, v. Cass. lav. n. 9175 del 15/09/1997, n. 5707 del 12/11/1984 e n. 5712 del 5/11/1979. Analogamente, v. ancora Cass. lav. n. 185 del 10/01/1984, conforme Cass. n. 1840 del 1981.

Inoltre, Cass. III civ. n. 25568 del 30/11/2011 similmente si è pronunciata pure riguardo alle attestazioni contenute in una cartella clinica, redatta da un'azienda ospedaliera pubblica, o da un ente convenzionato con il servizio sanitario pubblico, nel senso che restano, invece, non coperte da fede privilegiata le valutazioni, le diagnosi o, comunque, le manifestazioni di scienza o di opinione in essa espresse. Conforme Cass. n. 7201 del 2003.

Cass. II civ. n. 6090 del 12/05/2000 ha poi confermato l'esclusione della efficacia probatoria privilegiata di un atto pubblico, a norma dell'art. 2700 cod. civ., per quanto attiene alla veridicità e alla esattezza delle dichiarazioni rese dalle parti in presenza del pubblico ufficiale, le quali, di conseguenza, possono essere contrastate ed accertate con tutti i mezzi di prova consentiti dalla legge, senza che all'uopo occorra o possa proporsi querela di falso. Conforme Cass. n. 3776 del 1987).

Orbene, nel caso in esame la Corte di merito, dopo aver più che sufficientemente ripercorso i fatti e le risultanze di causa, ha motivatamente ritenuto che la prova orale aveva confermato la sussistenza delle condotte contestate in via disciplinare al DE LUCA, soprattutto laddove emergeva che costui rimaneva *occupato (per la maggior parte del tempo in piedi, servendo e consigliando i clienti, rilasciando gli scontrini fiscali e parlando con i rappresentanti) presso la farmacia della moglie, complessivamente per circa sei ore al giorno. <<Impegno certamente gravoso, quasi un orario di lavoro full-time (8 ore), circostanza non di poco conto considerate le asserite condizioni di salute dell'appellante. Comunque un lasso di tempo tale, poco meno di un orario di lavoro ordinario, che non poteva non stancarlo e, quindi, ragionevolmente pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio>>*.

Le anzidette argomentazioni, peraltro aderenti alle acquisite emergenze processuali ed istruttorie, sono pienamente corrette sotto il profilo logico-giuridico, e non appaiono,

quindi, meritevoli di censura alcuna, segnatamente poi in questa sede di legittimità, il cui controllo è ammesso nei soli rigorosi limiti fissati dall'art. 360 del codice di rito.

In punto di diritto, come già affermato dalla giurisprudenza di questa Corte (Cass. lav. n. 16465 del 5/8/2015), costituisce illecito disciplinare l'espletamento di attività extralavorativa durante il periodo di assenza per malattia non solo se da tale comportamento derivi un'effettiva impossibilità temporanea della ripresa del lavoro, ma anche quando la ripresa sia solo messa in pericolo dalla condotta imprudente (in motivazione Cass. 16465 cit. ha osservato che la Corte d'Appello nella specie era incorsa nei denunciati errori di diritto -violazione degli artt. 1175, 1176 e 2119 cod. civ.- e nel conseguente omesso esame della rilevata sequenza temporale. Il comportamento indisciplinato in questione, ossia lo svolgimento di attività extralavorativa in periodo di assenza dal lavoro per malattia, costituisce illecito di pericolo e non di danno. Questo sussiste perciò non soltanto se quell'attività abbia effettivamente provocato un'impossibilità temporanea di ripresa del lavoro, ma anche quando la ripresa sia stata posta in pericolo, ossia quando il lavoratore si sia comportato in modo imprudente.

In particolare, Cass. lav. n. 6236 del 3/5/2001 ha avuto modo di affermare che le disposizioni dell'art. 5 della legge n. 300 del 1970, sul divieto di accertamenti da parte del datore di lavoro sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente e sulla facoltà dello stesso datore di lavoro di effettuare il controllo delle assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non precludono al datore medesimo di procedere, al di fuori delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto atte a dimostrare l'insussistenza della malattia o la non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato di incapacità lavorativa, e quindi a giustificare l'assenza, e, in particolare, ad accertamenti circa lo svolgimento da parte del lavoratore di un'altra attività lavorativa, peraltro valutabile anche quale illecito disciplinare sotto il profilo dell'eventuale violazione del dovere del lavoratore di non pregiudicare la guarigione o la sua tempestività. In senso conforme, Cass. lav. n. 25162 del 26/11/2014. V. ancora Cass. lav. n. 17625 del 05/08/2014, secondo cui 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. Conforme Cass. n. 17128 del 2002.

Parimenti, secondo Cass. n. 21253 del 29/11/2012, lo svolgimento di altra attività da parte del dipendente assente per malattia può giustificare il recesso del datore di lavoro, in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, anche nel caso in cui la medesima attività, valutata con giudizio "ex ante" in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio, con conseguente irrilevanza della tempestiva ripresa del lavoro alla scadenza del periodo di malattia. Conforme n. 14046 del 2005).

Le precedenti considerazioni valgono, altresì, per quanto concerne le doglianze relative alla giusta causa di cui al secondo motivo di ricorso, laddove la Corte distrettuale ha tenuto conto altresì dell'attività lavorativa o comunque extralavorativa svolta dal **DE LUCA** presso la farmacia della moglie, indice di scarsa attenzione non solo alla propria salute, ma anche ai doveri di cura e di non ritardata guarigione, tale da far presumere, in relazione alla natura della patologia e alla gravosità dell'attività espletata, di poter pregiudicare o ritardare la guarigione o il rientro in servizio. Ne derivava che la gravità della condotta posta in essere ben giustificava il licenziamento intimato il 10 marzo 2009, inoltre giudicato *proporzionato* in relazione al venir meno del rapporto fiduciario tra le parti, tenuto conto nello specifico della *peculiarità della società datrice di lavoro, operante sull'intero territorio nazionale con ogni possibile risonanza del singolo rapporto in caso di grave violazione del particolare vincolo fiduciario, della consapevolezza del De Luca dell'importanza dell'azienda per la quale lavorava e della piena e consapevole violazione degli obblighi assunti, della non affidabilità del dipendente con mansioni tuttavia particolarmente delicate, quale medico di medicina del lavoro, di peculiare rilievo in ambito aziendale, dell'assenza di valide spiegazioni circa il comportamento tenuto nei fatti indicati nelle giustificazioni, perché sconfessati pienamente dalle risultanze istruttorie, che viceversa confermavano la particolare intensità dell'elemento intenzionale*. Tutto ciò aveva minato il rapporto fiduciario. La condotta tenuta dal dipendente aveva posto in dubbio la

futura correttezza nell'adempimento della prestazione lavorativa e quindi aveva fatto venir meno il vincolo necessario alla prosecuzione del rapporto.

Dunque, a fronte di quanto sopra rilevato e soprattutto motivatamente apprezzato dalla Corte di merito, sono inammissibili in questa sede di legittimità le diverse opinioni espresse al riguardo da parte ricorrente in ordine alla sussistenza della giusta causa nel caso di specie, ricorrente che, peraltro, solo apoditticamente e senza aver, come già detto, riprodotto ex art. 366 n. 6 c.p.c. la certificazione INAIL, asserisce l'impossibilità di rientrare in servizio prima della data ivi indicata. Ne deriva altresì l'inconferente rilievo probatorio delle perizie di parte, menzionate a pag. 8 del ricorso (d'altro canto, il provvedimento che dispone una consulenza tecnica di ufficio rientra nel potere discrezionale del giudice del merito, a norma dell'art. 61 c.p.c.: <<Quando è necessario, il giudice può farsi assistere ...>>. Cfr. tra le varie Cass. I civ. n. 15219 del 05/07/2007: la consulenza tecnica d'ufficio è mezzo istruttorio -e non una prova vera e propria- sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito, rientrando nel suo potere discrezionale la valutazione di disporre la nomina dell'ausiliario giudiziario e la motivazione dell'eventuale diniego può anche essere implicitamente desumibile dal contesto generale delle argomentazioni svolte e dalla valutazione del quadro probatorio unitariamente considerato effettuata dallo stesso giudice. Conforme Cass. lav. n. 9461 del 21/04/2010. V. altresì analogamente Cass. III civ. n. 6155 del 13/03/2009).

Le assorbenti considerazioni che precedono ostano, pertanto, all'accoglimento del ricorso, con conseguente condanna del soccombente alle spese, dovendosi altresì dar atto dei presupposti di legge per il versamento dell'ulteriore contributo unificato.

P.Q.M.

la Corte RIGETTA il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese, che liquida a favore della società controricorrente in euro 4500,00 (quattromilacinquecento/00) per compensi ed in euro 200,00 (duecento/00) per esborsi, oltre spese generali al 15%, i.v.a. e c.p.a. come per legge. -----
 Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.-----

Così deciso in Roma il 19 gennaio 2017

IL CONSIGLIERE estensore

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
 IV Sezione **LAVORO**

IL PRESIDENTE

dr. Vittorio Nobile

