

Gli
approfondimenti
di **Publika**

Approfondimento n. 70 - Febbraio 2018

QUANDO L'ATTIVITÀ EXTRALAVORATIVA LEGITTIMA IL LICENZIAMENTO DEL
DIPENDENTE IN MALATTIA

di Consuelo Ziggiotto

Scopri i **CORSI** di
Publika

(tasto CTRL+click per aprire il
collegamento)

La tentazione di svolgere ulteriori attività lavorative durante lo stato di malattia è alta. Questo, almeno, è quello che risulta dalle sentenze che periodicamente analizzano casistiche particolari. In questo Approfondimento abbiamo riassunto le più recenti a sottolineare quanto l'assenza per malattia sia sempre al centro del dibattito e della necessità di approfondimento.

Anche per questo motivo, Publika, ha organizzato alcune giornate specifiche su questa tipologia di assenza, durante le quali è possibile approfondire con la dovuta calma e attenzione i vari aspetti ad essa correlati.

Gianluca Bertagna

1. Premessa.

La giurisprudenza viene spesso chiamata a pronunciarsi in ipotesi nelle quali il dipendente in malattia, viene colto a svolgere attività extra lavorative.

Nelle diverse sentenze che andremo sinteticamente a commentare, due sono le ipotesi ricorrenti per le quali il licenziamento per giusta causa è ritenuto la sanzione disciplinare proporzionale alla condotta contestata.

Alla luce della più recente e ormai consolidata giurisprudenza di legittimità, il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore dipendente può dirsi irrimediabilmente compromesso non soltanto quando il comportamento del dipendente faccia presumere l'inesistenza dell'infermità, quando cioè lo stesso simuli la malattia, ma anche qualora il suo comportamento sia tale da pregiudicare o ritardare, anche potenzialmente, la guarigione ed il rientro in servizio.

Solo nelle ipotesi in cui le attività extra lavorative svolte durante la malattia non disattendano le indicazioni mediche e non configurino un comportamento contrario a buona fede, il lavoratore può scongiurare il licenziamento.

2. Le più recenti sentenze della Corte di Cassazione – Civile, sezione lavoro

2.1 Sentenza n. 19089 del 1 agosto 2017

La vicenda ha riguardato un lavoratore coinvolto in un grave infortunio in itinere, scoperto dal datore di lavoro tramite agenzia investigativa, a lavorare presso la farmacia della moglie, durante il periodo di malattia.

Il Collegio ha confermato la legittimità del licenziamento nonostante il ricorrente abbia opposto di essere stato licenziato ancor prima del termine fissato dall'INAIL per il rientro in servizio, sostenendo che l'attività svolta presso la farmacia della moglie comportava movimenti compatibili con l'attività fisioterapica in corso di svolgimento.

Le ragioni della Corte si fondano su ciò che costituisce illecito disciplinare durante il periodo di assenza per malattia, l'espletamento, cioè, di attività extra lavorative.

Questo sia se da tali attività derivi un'effettiva impossibilità temporanea della ripresa del lavoro, ma anche quando la stessa sia messa in pericolo da una condotta imprudente¹.

¹ Corte di Cassazione – Civile, sezione lavoro, n. 14046/2005; Corte di Cassazione – Civile, sezione lavoro, n. 21253/2012; Corte di Cassazione – Civile, sezione lavoro, n. 16465/2015.

Nel caso specifico il lavoratore rimaneva occupato per la maggior parte del tempo in piedi, servendo e consigliando i clienti della farmacia, complessivamente per circa 6 ore al giorno. Un lasso di tempo 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, configurando pertanto una violazione dei doveri generali di correttezza, buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà del lavoratore.

E' ciò che dal punto di vista giuridico si qualifica come illecito disciplinare di pericolo e non di danno, che si concretizza ove la ripresa sia stata posta in pericolo da un comportamento imprudente.

Meritano un cenno le precisazioni fatte dal Collegio circa la legittimità del ricorso all'agenzia investigativa da parte del datore di lavoro.

Precisa la Corte che le disposizioni dell'art. 5 della legge n. 300 del 1970², sul divieto di accertamenti da parte del 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 tempestività³.

2.2 Sentenza n. 30417 del 19 dicembre 2017.

Questa vicenda ha visto la corte di Cassazione confermare la sentenza con cui una corte territoriale aveva ritenuto illegittima la destituzione di un autista di un'azienda municipalizzata, il quale, durante la malattia, coadiuvava i propri familiari nell'attività commerciale.

Il lavoratore, assente per malattia, era stato licenziato per simulazione della stessa, dopo che il datore di lavoro lo aveva sorpreso prestare la propria opera presso l'attività di famiglia.

I diversi gradi di giudizio hanno escluso che potesse trattarsi di simulazione, in quanto la patologia, certificata da apposito referto medico di un istituto di salute mentale, non era in contrasto con lo svolgimento anche discontinuo e limitato temporalmente di attività presso la tabaccheria di proprietà familiare, mentre, non era compatibile con riferimento alla capacità di lavoro specifica connessa alla sua prestazione lavorativa di conducente di pullman di linea.

Il principio che si applica è dunque quello secondo cui l'assenza per malattia non può essere ritenuta ingiustificata, al fine del licenziamento in relazione all'insussistenza dello stato di malattia, per il solo fatto che, nel periodo, il lavoratore sia stato sorpreso a svolgere un'altra attività.

Occorre accertare se quest'ultima abbia in concreto caratteristiche idonee a far escludere lo stato di malattia evidenziato nella certificazione, ovvero presenti un minore impegno fisico che non sia incompatibile con l'infermità denunciata e non comprometta la guarigione⁴.

2.3. Sentenza n. 1173 del 18 gennaio 2018.

Questo è un altro caso in cui il datore di lavoro ha contestato al lavoratore in malattia, un comportamento pregiudizievole della guarigione e perciò, lo ha licenziato.

² Statuto dei lavoratori.

³ In senso conforme Cass. lav. n. 6236/2001, Cass. lav. n. 25162/2014, Cass. lav. n. 17625/2014, Cass. lav. n. 17128/2002.

⁴ Cass. lav. n. 1987/3704.

La Corte di Cassazione ha confermato il giudizio della Corte di merito che aveva accertato che la moderata attività fisica svolta dal lavoratore in malattia, non era incompatibile con il recupero degli esiti della distorsione al ginocchio.

Non erano emersi comportamenti contrari ai doveri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto di lavoro e non aveva disatteso le prescrizioni impartitegli per la guarigione, escludendosi quindi la rilevanza disciplinare nella condotta tenuta dal lavoratore.

Cosa veniva contestato al lavoratore? Di aver fatto brevi passeggiate e bagni di mare e di aver svolto una moderata attività fisica. La perizia del consulente medico nominato dal tribunale ha condotto il collegio a ritenere che la condotta del lavoratore non avesse né compromesso né ritardato la ripresa dell'attività lavorativa.

Va rammentato, ricorda la Corte, che, in tema di licenziamento per giusta causa, la condotta del lavoratore, che, in ottemperanza alle prescrizioni del medico curante, si sia allontanato dalla propria abitazione e abbia ripreso a compiere attività della vita privata – la cui gravosità non è comparabile a quella di un'attività lavorativa piena – senza svolgere una ulteriore attività lavorativa, non è idonea a configurare un inadempimento ai danni dell'interesse del datore di lavoro⁵.

⁵ Cass. lav. n. 17625/2014