

Civile Sent. Sez. L Num. 17625 Anno 2014

Presidente: ROSELLI FEDERICO

Relatore: BALESTRIERI FEDERICO

Data pubblicazione: 05/08/2014

SENTENZA

sul ricorso 24767-2011 proposto da:

TANGENZIALE DI NAPOLI S.P.A. P.I. 01368900633, 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;

- *ricorrente* -

2014

contro

2331

MUTO NICOLA C.F. MTUNCL68M29B990W, domiciliato in
ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso LA CANCELLERIA DELLA
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso

dall'avvocato GIUSEPPE MARZIALE, giusta delega in
atti;

- *controriconrente* -

avverso la sentenza n. 6335/2010 della CORTE
D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 16/10/2010 R.G.N.
2378/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 26/06/2014 dal Consigliere Dott. FEDERICO
BALESTRIERI;

udito l'Avvocato MORRICO ENZO;

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

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Nicola Muto si rivolse al Tribunale di Napoli in funzione di giudice del lavoro, esponendo di aver lavorato alle dipendenze della società Tangenziale di Napoli s.p.a. a far tempo dal 1992, svolgendo mansioni di esattore. Dedusse di aver ricevuto in data 15 luglio 2004 lettera di contestazione da parte aziendale, relativa a mancanze consistite: a) nell'aver partecipato in data 11 luglio 2004 alle ore 22,10 ad un concorso ippico categoria gentlemen, in qualità di driver, presso l'ippodromo Tor di Valle in Roma, benché versasse in stato di malattia a causa della ~~patologia~~^{malattia} "cervicalgia muscolo tensiva con difficoltà di movimento"; b) nell'aver consegnato la documentazione medica attestante lo stato morbosus da cui era affetto, in ritardo (solo in data 14/7/04), cagionando gravi problemi organizzativi nella predisposizione dei turni e rendendo impossibile l'espletamento dei controlli medici contemplati dall'art. 32 ccnl di categoria.

Dopo aver rassegnato le proprie giustificazioni ed essere stato ascoltato ai sensi dell' art. 36 punti 3 e 4 ccnl, riferì di aver ricevuto in data 28 luglio 2004 ulteriore contestazione relativa alla propria partecipazione il giorno 3 luglio 2004 alle ore 21,40 ad altro concorso ippico presso l'ippodromo di Agnano, perché in contrasto con la ~~malattia~~ descritta nella certificazione medica da lui prodotta.

Quindi dedusse di aver ricevuto, con r.r. 9 agosto 2004, intimazione di licenziamento per giusta causa.

Ciò premesso, ritenuto di aver svolto una attività compatibile con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa, ed inidonea a pregiudicare il recupero delle normali energie lavorative, convenne in giudizio la società per conseguire pronuncia dichiarativa della illegittimità del licenziamento intimato e di condanna di controparte alla reintegra nel posto di lavoro con le conseguenze risarcitorie connesse alla applicabilità dell'art.18 legge n.300/70 da commisurare su di una base retributiva mensile iniziale di euro 2.163,14 lorde.

Costituitasi in giudizio, la società Tangenziale di Napoli s.p.a., nel ribadire la sussistenza della giusta causa di licenziamento riconducibile al comportamento del lavoratore del tutto inadempiente rispetto agli obblighi scaturenti dalla obbligazione lavorativa, ed oggetto di provvedimenti disciplinari in precedenza irrogati, concluse per il rigetto del ricorso con vittoria di spese. Espletata attività istruttoria mediante il libero interrogatorio del ricorrente, l'audizione di taluni testimoni e l'espletamento di accertamenti di natura medico-legale, con sentenza 17/3/08 il Tribunale dichiarò l'illegittimità del provvedimento espulsivo irrogato,

ordinando alla società resistente la reintegra del Muto nel posto di lavoro, o a scelta del ricorrente, a corrispondergli un'indennità pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita nel corso del rapporto, nonché al risarcimento del danno corrispondente alla retribuzione globale di fatto, pari alla somma mensile netta di euro 1.088,00 dal di del licenziamento sino al saldo, oltre alla regolarizzazione del rapporto contributivo.

2. Avverso tale decisione, con ricorso del 17 marzo 2009 ha interposto tempestivo gravame la Tangenziale di Napoli s.p.a. affidandosi ad articolati motivi di censura con i quali ha chiesto riformarsi l'impugnata sentenza ed integralmente respingersi le pretese ex adverso azionate.

Ritualmente instaurato il contraddittorio, si è costituito il Muto che con diffuse argomentazioni ha resistito al gravame di cui ha chiesto la reiezione, nel contempo spiegando appello incidentale con il quale ha chiesto la condanna della controparte al risarcimento del danno corrispondente alla retribuzione globale di fatto da calcolarsi su una base mensile iniziale di euro (lordi) 2.163,14.

Con sentenza del 5-16 ottobre 2010 **La** Corte d'appello di Napoli ha rigettato l'appello principale ed, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, che nel resto ha confermato, ha condannato la Tangenziale di Napoli s.p.a. al risarcimento del danno in favore di controparte commisurato alla retribuzione globale di fatto, pari alla somma lorda di euro 2.163,14, dal di del licenziamento sino alla effettiva reintegra, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla maturazione dei crediti sino al saldo. Ha compensato fra le parti le spese del grado.

3. Avverso questa pronuncia ricorre per cassazione la società con cinque motivi.

Resiste con controricorso la parte intimata.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso è articolato in cinque motivi.

Con il primo motivo la società ricorrente deduce la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970 nonché degli artt. 1362 e 1363 in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.. In particolare deduce che, diversamente da quanto sostenuto dalla Corte d'appello, rispetto agli addebiti cristallizzati nelle due lettere di contestazione disciplinare del 15 luglio 2004 e del 28 luglio 2004, la società tangenziale di Napoli non ha fatto valere in sede giudiziale alcuna circostanza nuova e/o argomentazioni ulteriori (quale la simulazione dello stato morboso del dipendente) tale da modificare il fatto costitutivo del diritto di recesso, consistente

nell'aver il dipendente svolto attività di partecipazione al due concorsi ippici in qualità di conducente in costanza del periodo di assenza per malattia nei giorni tra il luglio e 11 luglio 2004 e nell'aver consegnato in ritardo la certificazione medica e giustificazione dell'assenza (solamente in data 14 luglio 2004) e da implicare una diversa valutazione dell'infrazione disciplinare.

Con il secondo motivo la società ricorrente denuncia omessa motivazione, ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c., circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (raggiunta la prova della violazione degli obblighi di correttezza e buona fede da parte del dipendente a fronte della specifica prescrizione di riposo medico fino a tutto l'11 luglio 2004).

Con il terzo motivo la società ricorrente lamenta la violazione nonché falsa applicazione degli artt. 2110, 2104 e 2105, 2697 c.c. in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c..

Con il quarto motivo la società ricorrente denuncia omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio in relazione all'articolo 360 numero 5 codice procedura civile (raggiunta la prova della prima ordinazione della condotta del dipendente-mancata valutazione della produzione del certificato medico oltre i termini previsti dal contratto collettivo).

Con il quinto ed ultimo motivo la società ricorrente deduce la violazione e/o falsa applicazione degli articoli 2119 e 2106 codice civile in relazione all'articolo 360 numero 3 codice procedura civile.

2. Il ricorso – i cui motivi possono essere esaminati congiuntamente – è fondato .

3. Le circostanze di fatto rilevanti in causa sono state puntualmente ricostruite dalla sentenza impugnata.

E' emerso che il Muto, dipendente della società ricorrente con mansioni di esattore al casello della tangenziale di Napoli, il giorno 2 luglio 2004 interrompeva momentaneamente la prestazione lavorativa per recarsi al pronto soccorso dove gli veniva diagnosticata la malattia consistente in "cervicalgia muscolo tensiva con difficoltà di movimento". Riprendeva non di meno il lavoro per altre due ore, ma poi era assente dal lavoro per malattia a partire dal 3 luglio 2004 e fino all'11 luglio 2004. La sera del primo giorno di assenza per malattia - il 3 luglio 2004 alle 21.40 - il Muto prendeva parte ad un concorso ippico presso l'ippodromo di Agnano (Napoli) come *driver* in una corsa di trotto a cavallo con calesse. Perdurando lo stato di malattia e l'assenza dal lavoro, per cui veniva effettuata anche visita fiscale in data 7



luglio 2004 confermativa della ^{infermità} ~~patologia~~ denunciata, la sera di qualche giorno dopo - l'11 luglio 2004 alle ore 22.10, ultimo giorno del periodo di malattia - il Muto prendeva parte ad altro concorso ippico presso l'ippodromo Tor di Valle di Roma. Solo in data 14 luglio 2014 egli, quando ormai aveva già ripreso il servizio per essere cessato lo stato di malattia, consegnava alla società la documentazione medica attestante lo stato morbosus. Seguono - il 15 luglio 2014 - la lettera di contestazione degli addebiti, consistenti nei fatti suddetti (svolgimento di attività sportiva agonistica in due circostanze in costanza di assenza dal lavoro per malattia; ritardo nella produzione della documentazione dello stato di malattia), e poi il licenziamento per giusta causa con comunicazione del 9 agosto 2004.

Feb. 04.

4. Un primo profilo controverso riguarda l'ipotizzata fraudolenta simulazione dello stato di malattia.

In proposito questa Corte (*ex plurimis* Cass., sez. lav., 29 novembre 2012, n. 21253) ha affermato che lo svolgimento di altra attività lavorativa 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, oltre che nell'ipotesi in cui tale attività esterna sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una fraudolenta simulazione, 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.

Ma nella specie correttamente la Corte d'appello non tiene conto della allegata valorizzazione dei fatti suddetti, ad opera della difesa della società, per sostenere -- secondo la sua prospettazione difensiva - la fraudolenta simulazione dello stato di malattia da parte del Muto per poter partecipare ai due concorsi ippici del 3 e dell'11 luglio 2014.

E' vero che lo svolgimento di attività diversa da quella dedotta nel rapporto di lavoro in costanza di malattia può essere valutata dal giudice come elemento indiziario dell'insussistenza della malattia stessa e quindi della sua fraudolenta simulazione da parte del lavoratore. Cfr. Cass., sez. lav., 7 giugno 1995, n. 6399, che ha affermato che lo svolgimento di altra attività lavorativa 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 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.

Ma occorre che questo profilo fattuale emerga chiaramente dalla contestazione dell'addebito, che non consiste più soltanto nell'aver svolto un'attività ulteriore in costanza di malattia, ma nel fatto - ben più grave - di aver simulato la malattia sottraendosi all'obbligo di svolgere la prestazione lavorativa, simulazione desumibile dallo svolgimento di un'attività ulteriore in costanza di malattia. Nella specie la Corte d'appello ha agevolmente verificato che nella comunicazione dell'addebito i fatti contestati non erano affatto specificamente allegati dalla società per incolpare il lavoratore di un'asserita fraudolenta simulazione dello stato di malattia. Anche se l'accostamento (nella comunicazione degli addebiti) dell'impedimento temporaneo a svolgere la prestazione lavorativa all'effettuazione di un'attività sportiva agonistica in due occasioni, coincidenti con l'inizio e la fine della malattia, poteva suggerire il ragionevole dubbio di come il Muto, non idoneo al lavoro, potesse essere, nello stesso tempo, idoneo all'attività sportiva agonistica suddetta, è insuperabile però la considerazione che il profilo della fraudolenta simulazione dello stato di malattia non poteva essere affidato ad una mera deduzione e alla suggestione insinuante che tale accostamento poteva evocare, ma esso avrebbe richiesto - anche per la ben diversa gravità che i fatti addebitati avrebbero assunto - una specifica e chiara contestazione per porre il lavoratore in condizione di comprendere bene l'addebito contestagli e di potersi difendere.

Quindi, in sostanza, lo stato di malattia "cervicalgia muscolo tensiva con difficoltà di movimento" non può considerarsi un dato controverso per il solo fatto che contestualmente il lavoratore abbia svolto un'attività agonistica sportiva, ma l'accostamento di quest'ultimo alla legittima condizione di astensione dall'attività lavorativa rilevava sotto il profilo delle cautele e del comportamento secondo buona fede e correttezza che il lavoratore avrebbe dovuto tenere.

E' pertanto immune da censure l'affermazione della sentenza impugnata che motivatamente afferma che il *thema decidendum* va circoscritto allo specifico contenuto della contestazione degli addebiti e quindi, in particolare, alla questione della incidenza, o no, che l'attività sportiva agonistica svolta dal Muto in due

circostanze - il 3 e l'11 luglio 2014 - abbia esercitato sulla possibilità di recupero delle energie psicofisiche da parte del dipendente.

5. Ciò premesso, la Corte d'appello - altrettanto correttamente - afferma che lo stato di malattia del lavoratore ex art. 2110 c.c. non comporta l'impossibilità assoluta di svolgere qualsiasi attività, ma è solo impeditivo delle normali prestazioni lavorative del dipendente; di guisa che, nel caso di un lavoratore assente per malattia il quale sia stato sorpreso nello svolgimento di altre attività, spetta al dipendente, secondo il principio della distribuzione dell'onere della prova, dimostrare la compatibilità di dette attività con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa e quindi la loro idoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psico-fisiche, restando peraltro la relativa valutazione riservata al giudice del merito all'esito di un accertamento da svolgersi non in astratto ma in concreto.

Quindi la Corte territoriale muove da un corretto principio di diritto: 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, ma quest'ultima 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.

In proposito questa Corte (Cass., sez. lav., 21 aprile 2009, n. 9474) ha affermato che l'espletamento di altra attività, lavorativa ed extralavorativa, da parte del lavoratore durante lo stato di malattia è idoneo a violare i doveri contrattuali di correttezza e buona fede nell'adempimento dell'obbligazione e a giustificare il recesso del datore di lavoro (solo) laddove si riscontri che l'attività espletata costituisca indice di una scarsa attenzione del lavoratore alla propria salute ed ai relativi doveri di cura e di non ritardata guarigione.

6. L'accertamento peritale svolto in causa ha consentito di verificare che la malattia diagnosticata al dipendente in occasione della visita cui egli si era sottoposto al pronto soccorso dell'ospedale San Paolo di Napoli in data 2 luglio 2004 (cervicalgia acuta) - peraltro riprendendo, nell'immediato, il lavoro per le due ore successive alla visita medica per poi iniziare il giorno dopo (quello della prima competizione agonistica cui il Muto ha partecipato) il periodo di assenza per malattia - rendeva il dipendente temporaneamente inabilitato a svolgere l'attività lavorativa di operatore al casello di pedaggio perché quest'ultima implicava continue e ripetute rotazioni laterali del collo, unitamente al costante utilizzo dell'arto superiore sinistro.

Sempre l'elaborato peritale ha poi consentito di accertare che, diversamente dall'attività lavorativa, il suddetto stato di malattia non era invece impeditivo dell'attività sportiva di *driver* nell'ambito del trotto con calesse in ragione della durata non superiore a due o tre minuti della gara ippica e alla mancanza di particolari scuotimenti o sollecitazioni al rachide.

Infine lo stesso accertamento peritale dà atto - come risulta dalla sentenza impugnata - che per la malattia diagnosticata al lavoratore «i comuni presidi terapeutici contemplano riposo ed eventualmente, nelle fasi acute, l'assunzione di farmaci antidolorifici, antinfiammatori e miorilassanti».

Pertanto la cautela di base per favorire il superamento dello stato di malattia ed il recupero dell'idoneità lavorativa consisteva nel «riposo», mentre la terapia farmacologica era indicata solo nelle fasi acute.

La Corte d'appello si è limitata a verificare, richiamando le risultanze della c.t.u., che le gare di trotto con calesse non comportassero «particolari scuotimenti o sollecitazioni del rachide»; ciò che «non può compromettere né tanto meno ritardare la guarigione». Ma non ha esteso la sua indagine al rispetto dell'obbligo di correttezza e buona fede che richiedeva che il lavoratore adottasse le cautele del caso, ossia quei «comuni presidi terapeutici» che, per la patologia lamentata dal lavoratore, contemplavano - secondo il c.t.u. - essenzialmente il «riposo» e solo nelle fasi acute l'assunzione di farmaci antidolorifici, antinfiammatori e miorilassanti.

L'affermazione della Corte territoriale secondo cui la partecipazione del lavoratore a due concorsi ippici non aveva inciso sulla doverosa attenzione che il lavoratore avrebbe dovuto prestare al recupero psico-fisico mal si concilia con l'affermazione del c.t.u., di cui dà atto la sentenza impugnata, secondo cui la prima cautela era null'altro che il riposo. Tale insufficiente indagine, sotto questo versante, si accentua con riferimento in particolare al secondo episodio contestato dalla società al dipendente: la partecipazione ad un concorso ippico "in trasferta" dell'11 luglio 2014 che aveva richiesto un viaggio per andare a Roma per partecipare alla gara ippica alle 22.10 e poi ritornare in sede per riprendere il lavoro il giorno dopo. La Corte territoriale ha ritenuto assorbito il profilo dello stress del viaggio, dedotto dalla società appellante, e dell'incidenza sulla muscolatura cervicale e dorsale interessata dalla patologia denunciata, mentre tale profilo apparteneva alla più ampia verifica del rispetto dell'obbligo di cautela gravante sul lavoratore in malattia.

Del resto, in riferimento a questa seconda competizione sportiva, l'impugnata sentenza non ha mancato di osservare da una parte che la competizione ebbe luogo

all'ippodromo di Tor di Valle di Roma alle 22.10 dell'11 luglio 2004, ossia «al termine dell'ultimo giorno di malattia allorché la guarigione era certamente avvenuta»; d'altra parte ha rilevato che il primo turno di lavoro decorreva dalle 22,00 alle 6.00 di ogni giorno. E' allora rimasto in ombra l'apparente distonia tra la ritenuta guarigione al momento della seconda competizione ippica e la contestuale decorrenza di un turno di lavoro in cui astrattamente avrebbe potuto essere impiegato il lavoratore per essere già intervenuta la guarigione.

7. Nel complesso quindi l'impugnata sentenza risulta affetta dal denunciato vizio di motivazione per non aver approfondito il profilo del rispetto da parte del lavoratore in malattia dell'obbligo di cautela per favorire la propria guarigione; profilo questo che assorbe quello del ritardo nella produzione della documentazione medica attestante lo stato di malattia.

8. Il ricorso va quindi accolto nei limiti di cui si è detto.

L'impugnata sentenza va cassata con rinvio, anche per le spese di questo giudizio, alla Corte d'appello di Napoli in diversa composizione.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte accoglie il ricorso; cassa l'impugnata sentenza con rinvio, anche per le spese di questo giudizio, alla Corte d'appello di Napoli in diversa composizione.

Così deciso in Roma il 26 giugno 2014

Il Consigliere

Il Presidente