

**Cassazione civile - Sezione Lavoro - ordinanza n. 26709 del 1° ottobre 2021**

**IL LAVORATORE PUÒ ESSERE LICENZIATO PER LO SVOLGIMENTO DI ALTRA ATTIVITÀ DURANTE LA MALATTIA**

*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, oltre che nell'ipotesi in cui tale attività esterna sia di per sé sufficiente a fare 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 o il rientro in servizio, con conseguente irrilevanza della tempestiva ripresa del lavoro alla scadenza del periodo di malattia.*

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - SEZIONE LAVORO - composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RAIMONDI Guido - Presidente -  
Dott. BALESTRIERI Federico - Consigliere -  
Dott. LORITO Matilde - rel. Consigliere -  
Dott. PAGETTA Antonella - Consigliere -  
Dott. PICCONE Valeria - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

**ORDINANZA**

sul ricorso 10692-2019 proposto da:

V.B., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA PASUBIO 15, presso lo studio dell'avvocato STEFANO MUNGO, rappresentato e difeso dall'avvocato ROBERTO SANSONI;

- ricorrente - *contro*

TAMPIERI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA LUIGI GIUSEPPE FARAVELLI 22, presso lo studio dell'avvocato ROBERTO ROMEI, rappresentata e difesa dall'avvocato CARLO ZOLI;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 59/2019 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 22.01.2019 R.G.N. 848/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 13/05/2021 dal Consigliere Dott. MATILDE LORITO.

**Svolgimento del processo**

CHE:

La Corte d'appello di Bologna confermava la pronuncia del giudice di prima istanza che aveva respinto la domanda proposta da V.B. nei confronti della s.p.a. Tampieri volta a conseguire la declaratoria di illegittimità del licenziamento intimatogli in data 11.11.2016 per aver tenuto durante il periodo di malattia protrattosi dal (*OMISSIS*) uno stile di vita non compatibile con la patologia che lo affliggeva (lombosciatalgia acuta), ed in ogni caso idoneo a pregiudicarne la guarigione e/o il rientro al lavoro;

il Collegio del merito perveniva a tale convincimento, in estrema sintesi, facendo leva sulle conclusioni rassegnate dal nominato ausiliare medico-legale il quale aveva dedotto che poteva ritenersi sussistente una sintomatologia algica lombare, ma che la portata della stessa era tale da consentire l'espletamento delle mansioni ascritte al lavoratore nel rispetto delle limitazioni imposte dal medico competente; la Corte convalidava, peraltro, anche il giudizio emesso dal CTU in ordine alla circostanza che le attività svolte dal paziente durante l'assenza per malattia, ove provate, "avrebbero quanto meno prolungato il periodo di guarigione clinica"; confermava, quindi, il giudizio di proporzionalità della sanzione già espresso dal giudice di prima istanza, sul rilievo che lo svolgimento di altra attività da parte del dipendente assente per malattia era 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;

avverso tale decisione V.B. interpone ricorso per cassazione sostenuto da sei motivi illustrati da memoria ex art. 380-bis c.p.c.;

resiste con controricorso la società intimata.

### **Motivi della decisione**

CHE:

1. con il primo motivo è denunciata violazione della L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 4; a fondamento della critica si deduce che le condotte poste in essere durante il periodo di malattia costituivano meri incumbenti di vita quotidiana che non potevano essere validamente sussunti nella nozione di giusta causa di licenziamento; diversamente da quanto accertato dai giudici del merito, secondo i quali il ricorrente aveva movimentato due sacchetti di terriccio durante il periodo di malattia, si argomenta in ordine alla mancanza di prova circa la reale portata della condotta descritta, poiché le immagini che riproducevano i sacchetti erano sfocate, poco chiare e da esse non era desumibile il peso effettivo; i filmati relativi allo spostamento di detti involucri mostravano, inoltre, che gli stessi venivano trasportati in maniera corretta e compatibile con la patologia sofferta, per un periodo molto breve, potendo essere tale condotta parificata a quella di norma osservata per adempiere alle ordinarie necessità del quotidiano;
2. il secondo motivo prospetta omissis esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5; la effettività dello stato patologico da cui era affetto il ricorrente era da ritenersi comprovata alla stregua delle certificazioni mediche versate in atti, sicché la statuizione con la quale la Corte, condividendo l'opinione espressa dal primo giudice, aveva ipotizzato la simulazione della inabilità da parte del ricorrente, era inficiata da evidente illogicità;

viene, infine, rimarcata la modestia dello sforzo compiuto, consistito nel trasporto di "due semplici sacchetti", rispetto al quale la sanzione espulsiva irrogata risultava misura del tutto sproporzionata;

3. i motivi, che possono congiuntamente esaminarsi, per presupporre la soluzione di questioni giuridiche connesse, non sono fondati;

la Corte di merito, nel pur succinto incedere argomentativo, ha operato una corretta sussunzione della fattispecie nella normativa relativa all'obbligo di entrambe le parti di attenersi ai doveri di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto di lavoro ex artt. 1175 e 1375 c.c.;

tali disposizioni sono caratterizzate dalla presenza di elementi normativi e di clausole generali, il cui contenuto, elastico ed indeterminato, richiede, nel momento giudiziale e sullo sfondo di quella che è stata definita la "spirale ermeneutica" tra fatto e diritto, di essere integrato, sia sul piano della quaestio facti che della quaestio iuris, attraverso il contributo dell'interprete, mediante valutazioni e giudizi di valore desumibili dalla coscienza sociale o dal costume o dall'ordinamento giuridico, alla cui stregua poter adeguatamente individuare altresì le circostanze più concludenti rispetto a quelle regole e a quei giudizi di valore, sì da contribuire, mediante la loro sussunzione, alla prospettazione e configurabilità della realtà fattuale (vedi per tutte Cass. 27.04.2017 n. 10416);

queste specificazioni del parametro normativo hanno, dunque, natura di norma giuridica, come in più occasioni sottolineato da questa Corte, e la disapplicazione delle stesse è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge; pertanto, l'accertamento della ricorrenza, in concreto, nella fattispecie dedotta in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni, e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, è sindacabile nel giudizio di legittimità a condizione che la contestazione non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga una specifica denuncia di incoerenza rispetto agli "standards" conformi ai valori dell'ordinamento esistenti nella realtà sociale (vedi ex plurimis, Cass. 2.03.2011 n. 5095, in motivazione Cass. 9.04.2014 n. 8367);

tanto precisato, è pure da osservare che, relativamente al profilo controverso riguardante l'ipotizzata fraudolenta simulazione dello stato di malattia, questa Corte ha, in più occasioni, affermato (vedi, ex aliis, Cass. 27.04.2017 n. 10416, Cass. 29.11.2012 n. 21253) che 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, oltre che nell'ipotesi in cui tale attività esterna sia di per sé sufficiente a fare 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 o il rientro in servizio, con conseguente irrilevanza della tempestiva ripresa del lavoro alla scadenza del periodo di malattia (in motivazione Cass. 7.02.2019 n. 3655);

nello specifico non può mancarsi di rimarcare che le ricordate censure non appaiono intese ad inficiare il summenzionato procedimento di sussunzione della fattispecie concreta nel paradigma normativo di riferimento, ma semplicemente a prospettare un diverso peso probatorio in re-

lazione agli elementi istruttori acquisiti in giudizio, con approccio non consentito in questa sede di legittimità; la complessiva doglianza - con la quale viene dedotto il vizio di violazione e falsa applicazione di legge e di omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio - traligna dal modello legale di denuncia di un vizio riconducibile all'art. 360 c.p.c., perché pone a suo presupposto una diversa ricostruzione del merito degli accadimenti, senza validamente confrontarsi con la ratio decidendi (cfr. Cass. S.U. 27.12.2019 n. 34476);

la Corte distrettuale, valutate le emergenze istruttorie, aveva infatti sottolineato come la società datrice di lavoro avesse contestato specificamente al dipendente, di aver svolto, sin dai primi giorni di congedo, una serie di attività faticose ed intense, che erano state oggetto di puntuale valutazione da parte del nominato ausiliare, il quale aveva espressamente considerato che le attività svolte dal ricorrente durante il periodo di malattia (ritenute dai giudici del merito dimostrate alla stregua dei dati documentali acquisiti), avrebbero prolungato il periodo di malattia; alla luce delle sinora esposte argomentazioni, la statuizione impugnata resiste, dunque, alle censure all'esame;

3. con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2110 c.c. e dell'art. 47 CCNL industria alimentare;

si deduce che, posta la sussistenza di numerose certificazioni attestanti la malattia dalla quale era affetto il ricorrente, il licenziamento intimato in data 11.11.2016 quando ancora il periodo di comporto non era decorso, doveva essere dichiarato illegittimo;

4. il motivo è privo di fondamento;

come correttamente statuito dal giudice di seconda istanza, nella fattispecie deliberata il recesso era stato intimato per giusta causa;

nell'ottica descritta la causale della violazione del periodo di comporto deve ritenersi eccentrica rispetto alla materia del contendere;

è bene rammentare che in base ai condivisi dicta espressi da questa Corte, le regole dettate dall'art. 2110 c.c. per le ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore si sostanziano nell'impedire al datore di lavoro di porre fine unilateralmente al rapporto sino al superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (cosiddetto comporto) predeterminato dalla legge, dalle parti o, in via equitativa, dal giudice, nonché nel considerare quel superamento unica condizione di legittimità del recesso; è stato al riguardo precisato che le stesse regole hanno la funzione di contemperare gli interessi confliggenti del datore di lavoro (a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e produce) e del lavoratore (a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi senza perdere i mezzi di sostentamento e l'occupazione), riversando sull'imprenditore - in parte e per un tempo la cui concreta determinazione è rimessa gradatamente alla legge, ai contratti collettivi, agli usi, all'equità - il rischio della malattia del dipendente (cfr., in tali termini, Cass. 24.06.2005 n. 13624, Cass. 31.01.2012 n. 1404);

esse altresì prevalgono, in quanto speciali, sia sulla disciplina dei licenziamenti individuali (di cui alle L. n. 604 del 1966, L. n. 300 del 1970 e L. n. 108 del 1990) che su quella degli artt. 1256 e 1464 c.c.;

nell'ottica descritta, il superamento del periodo di comporto è condizione sufficiente di legittimità del recesso, nel senso che è all'uopo non è necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, senza che ne risultino violati disposizioni o principi costituzionali; di conseguenza, come già affermato da questa Corte (cfr. Cass. 10.10.2005 n. 19679), resta irrilevante ogni valutazione sulla condotta delle parti, mentre, essendo l'assenza una mera conseguenza necessitata della malattia, neppure può avere rilievo, ai fini della legittimità del recesso, una indagine sulle cause della assenza stessa, che nella logica dell'istituto devono ricondursi allo stato patologico del lavoratore, incompatibile con la prestazione lavorativa; alla luce dei principi innanzi enunciati, si impone, dunque, l'evidenza, della eterogeneità dei paradigmi normativi di riferimento integrati dal licenziamento per superamento del periodo di comporto, cui ha fatto richiamo il lavoratore, e licenziamento per giusta causa, in ragione della violazione dei principi di correttezza e buona fede intimato dalla parte datoriale, eterogeneità congruamente rimarcata dai giudici del gravame, con statuizione che non risulta scalfita dalla formulata censura;

5. il quarto motivo attiene alla violazione o falsa applicazione della L. n. 300 del 1970, art. 5; si critica la statuizione con la quale la Corte territoriale ha ritenuto inammissibile per genericità "il rilievo inerente il divieto imposto dall'art. 5 dello statuto dei lavoratori";

si deduce che parte datoriale avrebbe potuto e dovuto adottare la procedura di controllo della malattia prevista dalla L. n. 300 del 1970 poiché solo il ricorso ad una visita di controllo esperita dai servizi ispettivi dei competenti istituti previdenziali, avrebbe potuto offrire congrui elementi di valutazione;

6. al di là di ogni pur assorbente considerazione in ordine ai profili di inammissibilità che connotano il motivo - non conforme al principio di specificità che governa il ricorso per cassazione (art. 366 c.p.c., nn. 3, 4 e 6), in quanto carente della riproduzione degli atti processuali nel cui contesto si deduce di aver "puntualmente contestato il percorso logico-motivazionale sul punto", lo stesso è da ritenersi privo di fondamento;

questa Corte in numerose occasioni ha avuto modo di argomentare che le disposizioni del citato art. 5, sul divieto di accertamenti del datore di lavoro circa la infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente e sulla facoltà dello stesso di effettuare il controllo delle assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non ostano a che le risultanze delle certificazioni mediche prodotte dal lavoratore, e in genere degli accertamenti di carattere sanitario, possano essere contestate anche valorizzando ogni circostanza di fatto - pur non risultante da un accertamento sanitario - atta 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, quale in particolare lo svolgimento da parte del lavoratore di un'altra attività lavorativa; analogamente è stata ritenuta la deducibilità dello svolgimento dell'attività lavorativa durante l'assenza per malattia quale illecito disciplinare sotto il profilo dell'eventuale violazione del dovere del lavoratore di non pregiudicare la guarigione o la sua tempe-

stività (Cass. n. 3704/1987, n. 5407/1990, n. 5006/1992, n. 8165/1993, n. 1974/1994, n. 6399/1995, n. 11355/1995);

è, dunque, naturalmente insito in tale giurisprudenza il riconoscimento ò della facoltà del datore di lavoro di prendere conoscenza di siffatti comportamenti del lavoratore, che, pur estranei allo svolgimento dell'attività lavorativa, sono rilevanti sotto il profilo del corretto adempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro (vedi Cass. 3.05.2001 n. 6236, cui.adde, ex aliis, Cass. 26.11.2014 n. 25162, Cass. 21.09.2016 n. 18507);

5. con il quinto motivo si denuncia violazione o falsa applicazione dell'art. 421 c.p.c. si deduce l'indispensabilità, al fine della decisione, della presenza del giudicante nel corso dell'accesso presso la Tampieri s.p.a. al fine di verificare le mansioni effettivamente svolte dal lavoratore presso l'ufficio "pesa e campionatura" mediante l'assunzione in loco delle prove testimoniali; si prospetta che detta attività era stata impropriamente delegata al CTU dal giudice di prima istanza in violazione della summenzionata disposizione del codice di rito;

6. il motivo non è fondato;

sussistono, invero, i presupposti per riscontrare la congrua applicazione da parte dei giudici del gravame, dei principi affermati da questa Corte ed ai quali va data continuità, secondo i quali la consulenza tecnica di ufficio, non essendo qualificabile come mezzo di prova in senso proprio, perché volta ad adiuvarne il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito; questi può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente), ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche (vedi ex plurimis, Cass. 8.02.2019 n. 3717, Cass. 10.09.2013 n. 20695);

in tal senso, la pronuncia si palesa conforme a diritto, perché coerente coi richiamati dicta, ed in armonia con le disposizioni del codice di rito che consentono al giudicante di conferire all'ausiliare il potere di assumere informazioni sui fatti ritualmente dedotti dalle parti, alla presenza delle stesse e dei loro consulenti (art. 194 c.p.c.);

6. con la sesta censura si denuncia omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5;

ci si duole che la Corte territoriale abbia omesso di escutere numerosi testi di parte, i quali avrebbero potuto confermare che il ricorrente, affetto dalle patologie diagnosticate, si era attenuto alle prescrizioni mediche senza svolgere attività sportive o lavorative, ma semplici incombenze di vita quotidiana;

7. il motivo non è ammissibile;

in tema di prova, spetta in via esclusiva al giudice di merito il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, di controllarne l'attendibilità e la conclusione, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottesi, assegnando prevalenza all'uno o all'al-

tro dei mezzi di prova acquisiti, nonché la facoltà di escludere anche attraverso un giudizio implicito la rilevanza di una prova, dovendosi ritenere, a tal proposito, che egli non sia tenuto ad esplicitare, per ogni mezzo istruttorio, le ragioni per cui lo ritenga irrilevante ovvero ad enunciare specificamente che la controversia può essere decisa senza necessità di ulteriori acquisizioni (cfr. ex aliis, Cass. 13.06.2014 n. 13485);

il giudice di merito non è invero, tenuto ad ammettere i mezzi di prova dedotti dalle parti ove ritenga sufficientemente istruito il processo e ben può, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, non ammettere la dedotta prova testimoniale quando, alla stregua di tutte le altre risultanze di causa, ritenga - con giudizio che, se congruamente motivato, si sottrae al sindacato di legittimità - la stessa superflua (vedi Cass. 10.06.2009 n. 13375);

né la censura contenuta nel ricorso per cassazione relativa alla mancata ammissione della prova testimoniale allega le ragioni che avrebbero dovuto indurre ad ammettere tale prova, adempiendo agli oneri di allegazione necessari a individuare la decisività del mezzo istruttorio richiesto e la tempestività e ritualità della relativa istanza di ammissione (vedi Cass. 4.04.2018 n. 8204);

in definitiva, alla stregua delle sinora esposte considerazioni, il ricorso è respinto;

le spese seguono la soccombenza, liquidate come da dispositivo;

trattandosi di giudizio instaurato successivamente al 30 gennaio 2013 sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi del DPR n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater - della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis ove dovuto.

### **P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in Euro 200,00 per esborsi ed Euro 4.000,00 per compensi professionali, oltre spese generali al 15% ed accessori di legge.

Ai sensi del DPR n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis ove dovuto.

Così deciso in Roma, nella Adunanza camerale, il 13 maggio 2021.

Depositato in Cancelleria il 1 ottobre 2021