

Svolgimento di altra attività durante la malattia: legittimo il licenziamento

Alberto Bosco Consulente aziendale in Milano
Angelo Pompei Avvocato in Roma



Con una recente sentenza la Suprema Corte ha ribadito alcuni importanti principi in relazione alle conseguenze legate allo svolgimento di altra attività lavorativa durante l'assenza per malattia

Cass., sez. lav., 26 settembre 2012, n. 16375

Pres. Roselli; Rel. Filabozzi; P.M. Servello

Malattia - Svolgimento di altra attività lavorativa - Addetto alla sicurezza presso locali da ballo - Ritardo o impedimento della ripresa del servizio - Sussistenza - Licenziamento disciplinare per giustificato motivo soggettivo - Legittimità

In assenza di prova contraria da parte del lavoratore, deve presumersi che lo svolgimento di altra attività lavorativa durante un periodo di assenza per malattia sia di per sé idoneo a pregiudicare o ritardare il pieno recupero delle normali energie lavorative. Tale condotta configura quindi la violazione dei generali doveri di correttezza e buona fede posti in capo al dipendente e ne legittima il licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

Il fatto

Un lavoratore, assente dal posto di lavoro per malattia a causa di una «cefalea in sinusite frontale riacutizzata», viene accusato di aver ripetutamente svolto attività lavorativa quale addetto alla sicurezza presso alcune discoteche locali mentre si trovava in congedo per ragioni di salute. Il datore di lavoro procede quindi al licenziamento disciplinare, provvedimento subito impugnato (con esito positivo) innanzi al Tribunale, che lo dichiara illegittimo. Su ricorso del datore di lavoro, la Corte d'appello di Trento, con sentenza del 29 gennaio 2010, ribalta l'esito del giudizio e ritiene legittimo il recesso sotto il profilo della proporzionalità tra

la sanzione irrogata e la condotta illecita accertata. Il lavoratore propone quindi ricorso avanti la Suprema Corte, impugnando la decisione della Corte territoriale.

La nozione di malattia nel rapporto di lavoro

Giova preliminarmente osservare che la malattia nel rapporto di lavoro è definibile come quell'alterazione dello stato di salute che impedisce temporaneamente al lavoratore di rendere l'ordinaria attività lavorativa a favore del creditore della prestazione, ossia a favore del datore di lavoro⁽¹⁾. A ulteriore conforto circa i doveri del lavoratore, ricordiamo che, a parere della Suprema Corte, «nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede il dipendente in malattia che, seppur inidoneo temporaneamente alle mansioni alle quali è assegnato dal datore di lavoro, intenda svolgere attività lavorativa presso terzi in costanza di periodo di malattia per essere non di meno idoneo a mansioni diverse, il cui espletamento non sia pregiudizievole al fine di un più rapido recupero della piena idoneità fisica, è tenuto a offrire tale prestazione parziale al datore di lavoro, il quale - esercitando lo *jus variandi* di cui all'art. 2103 c.c. - potrebbe temporaneamente assegnarlo proprio a quelle mansioni (equivalenti a quelle originarie) per le quali il lavoratore sia idoneo»⁽²⁾.

Cosa può e cosa non può fare il dipendente assente per malattia

Il comportamento del lavoratore assente per malattia deve essere improntato al rispetto dei principi di correttezza (art. 1175 c.c.), buona fede (art. 1375 c.c.), diligenza (art. 2104 c.c.) e fedeltà (art. 2105 c.c.). Sia per restringere il margine di assoluta discrezionalità sui metodi di recupero dello stato di salute, che per consentire le opportune verifiche, sono state emanate norme che impongono il rispetto di fasce orarie giornaliere, nell'am-

- (1) Si ricorda al riguardo quanto precisato dall'Inps, con il messaggio 30 settembre 2011, n. 18654, in relazione a una possibile anomalia della certificazione telematica di malattia connessa alla formulazione di una «diagnosi non comprovante incapacità al lavoro».
- (2) Esplicitamente in questo senso si veda Cass. 29 luglio 1998, n. 7467.

bito delle quali al lavoratore è fatto obbligo di trattenersi presso il proprio domicilio; ovvero presso quello indicato per la circoscrizione, per sottoporsi a un controllo da parte di organismi pubblici sanitari. Tuttavia, anche in presenza della mancata osservanza di tali doveri, non scatta automaticamente la sanzione, in quanto si è formato un orientamento (di tutela per il lavoratore) che ha creato la figura della cd. *ragione giustificativa* al mancato reperimento, ove sussistano motivate ragioni (ad esempio improvvisa e imprevedibile esigenza di accertamenti esterni). In ogni caso, in linea generale, la violazione dei principi di cui sopra legittima l'applicazione delle sanzioni disciplinari, graduate a seconda della gravità dei casi e, quindi, fino al licenziamento. Il caso più grave, beninteso per il lavoratore che si trovi sotto accusa, è certamente quello dello svolgimento delle medesime mansioni cui egli è addetto presso il datore di lavoro⁽³⁾.

I principi su esposti, se da un lato escludono la possibilità che il datore faccia accertare lo stato di malattia da parte di personale dipendente o comunque di sua fiducia - in quanto tale controllo è demandato in via esclusiva alle strutture pubbliche (articolo 5 della legge 20 maggio 1970, n. 300) - d'altro canto gli consentono il ricorso ad agenzie di investigazione, ove necessario ai fini dell'accertamento dell'infedeltà del dipendente.

Ne consegue che il ricorso a tale strumento di accertamento, operando nel rispetto del limite interno specifico a tale attività (tutela della libertà e dignità personale, della privacy, e così via), e con l'osservanza di quello esterno, imposto dal divieto di vigilanza sull'attività lavorativa (ex articolo 4 della legge n. 300/1970), lascia quell'utile spazio residuale che consente l'accertamento di quelle attività che, in un corretto bilanciamento dei reciproci diritti e obblighi delle parti, fanno emergere

l'illiceità di un determinato comportamento⁽⁴⁾. Vi è poi tutta una gradazione di situazioni, le quali comunque postulano il rispetto del fondamentale principio in virtù del quale, pur se lo svolgimento di un'altra attività non può intendersi come aprioristicamente vietato⁽⁵⁾, tuttavia, tale condotta diventa illecita nel caso in cui possa far presumere l'inesistenza della malattia stessa ovvero - con giudizio *ex ante* - possa far ritardare o, addirittura, impedire la guarigione e, in definitiva, la ripresa del servizio presso il (vero e proprio) datore di lavoro⁽⁶⁾.

I principi affermati nella sentenza

A fronte dei tre motivi di ricorso presentati dal difensore del dipendente: il primo vertente sul fatto che l'altra attività era stata svolta per un giorno soltanto, il secondo imperniato sulla supposta non gravità di quanto messo in atto e il terzo relativo alla mancata proporzionalità tra sanzione e condotta addebitata al lavoratore (considerata anche l'inesistenza di precedenti disciplinari), la Suprema Corte si è subito dichiarata per la loro infondatezza.

Nel far ciò ha anzitutto richiamato la propria precedente giurisprudenza quanto al fatto che il recesso (per giustificato motivo soggettivo, come nel caso di specie, oppure per giusta causa nei casi più gravi) appare giustificato nel caso in cui la condotta del lavoratore «integri una violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà». Ciò perché lo svolgimento di una diversa attività faccia appunto presumere l'inesistenza della patologia lamentata ovvero sia di per sé idonea a pregiudicare o ritardare, anche solo potenzialmente, il rientro in servizio del lavoratore⁽⁷⁾.

Di particolare interesse anche la ricostruzione, convalidata dalla Cassazione, operata dalla Corte

*Per la Cassazione
violati i doveri
di correttezza
e buona fede*

- (3) In questo senso Tribunale di Roma 31 maggio 1999, la cui massima così recita: «la prestazione di attività lavorativa presso terzi durante l'assenza di malattia con lo svolgimento delle medesime mansioni è di per sé stessa idonea a compromettere o comunque a ritardare la guarigione, legittimando il licenziamento del dipendente».
- (4) Per un recente esame dell'agibilità di tale strumento investigativo si veda Cass. 8 giugno 2011, n. 12489, con commento di S. Sambati: «Il controllo datoriale sull'illecito del lavoratore: indagini investigative e utilizzabilità delle risultanze», in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, n. 7, luglio 2012, pagg. 563 ss.
- (5) È il caso delle attività amatoriali, hobbistiche e talvolta sportive, il cui svolgimento, specie nei casi connessi a uno stato di esaurimento nervoso, viene (fermo il rispetto dei principi generali in ordine alla certificazione della malattia e alla reperibilità durante le fasce orarie previste per le visite di controllo) normalmente valutato con una certa elasticità e tolleranza da parte della giurisprudenza: cfr. infatti Cass. 27 febbraio 2008, n. 5106.
- (6) In questo senso si vedano, tra le altre Cass. 24 aprile 2008, n. 10706; Cass. 5 novembre 2009, n. 23444; Cass. 28 ottobre 2010, n. 22029.
- (7) In senso conforme Cass. 1° luglio 2005, n. 14046: in questo caso, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito la quale aveva riconosciuto legittimo il licenziamento di un dipendente che era stato sorpreso a lavorare con mansioni di carico e scarico merci e servizio ai tavoli nel circolo ricreativo gestito dalla moglie durante un periodo di assenza dal servizio per distorsione al ginocchio.

territoriale circa il fatto che la natura dell'attività svolta (addetto alla sicurezza presso alcune discoteche) durante l'assenza per malattia fosse di per sé sufficiente a far dubitare della stessa esistenza della malattia (o quanto meno di una sua gravità tale da impedire l'espletamento dell'attività lavorativa), «considerato che la malattia da cui egli risultava affetto («cefalea in sinusite frontale riacutizzata») non era certamente compatibile con lo svolgimento di un'attività che, come quella di sorvegliante di discoteche, richiedeva piena efficienza e prestanza fisica».

In definitiva, nessun valore è stato attribuito alla circostanza che la sovrapposizione tra malattia e altra attività, grazie anche alla concomitanza di turni di lavoro, si sarebbe verificata per una sola giornata lavorativa.

L'onere probatorio circa la compatibilità tra malattia e altra attività

Ma un'ultima questione è stata attentamente e assai opportunamente messa a fuoco dalla sentenza in commento: essa attiene alla corretta ripartizione dell'onere probatorio. In particolare, se è compito del datore dedurre e dimostrare che il lavoratore, pur se assente per malattia, è comunque dedito ad altra attività, viceversa, una volta vistosi «scoperto», è il dipendente che deve dimostrare che l'attività al cui svolgimento è stato trovato intento è compatibile con le proprie condizioni di salute e, in particolare, con la malattia che impedisce la normale prestazione lavorativa; non solo, come precisato nella sentenza *de qua*, egli dovrà anche dimostrare «l'inidoneità di tale attività a pregiudicare il recupero delle normali energie lavorative»⁽⁸⁾. Risulta infatti preclusa al datore di lavoro la possibilità di conoscere la diagnosi della patologia in atto che giustifica l'assenza del lavoratore e quindi, con una presunzione relativa di incompatibilità, spetterà a quest'ultimo l'onere di fornire la prova contraria circa il fatto che l'eventuale attività da lui espletata nel periodo di malattia non pregiudica né ritarda la piena ripresa del servizio.

Un precedente specifico

Va conclusivamente ricordato un precedente specifico: ebbene in quell'occasione la Corte, oltre ad affermare parimenti la necessità che la nuova attività non pregiudichi o ritardi la guarigione, ha cassato la sentenza di merito che - sulla base del solo certificato medico confermato in sede testimoniale - aveva ritenuto illegittimo il licenziamento di un lavoratore affetto da sindrome depressiva che nelle ore notturne svolgeva attività di sorvegliante presso discoteche⁽⁹⁾.

Considerazioni conclusive

In definitiva il ricorso è stato respinto e la Corte ha dichiarato legittimo il recesso intimato per motivi disciplinari, condannando altresì il lavoratore ricorrente al pagamento delle spese di giudizio. Come è stato rilevato sul *Il Sole 24 Ore*⁽¹⁰⁾, risale solamente a pochi giorni prima un'altra decisione della stessa Corte, sempre relativa allo svolgimento di altra attività durante la malattia⁽¹¹⁾; in questo caso, tuttavia, in base a una fattispecie sostanzialmente differente⁽¹²⁾, la Cassazione ha confermato la decisione della Corte d'appello che aveva dichiarato illegittimo il licenziamento.

Ebbene, se è certamente possibile - con buona volontà - operare una distinzione, pur se sottile, tra le due fattispecie e, pertanto, condividere in qualche modo l'esito differente dei due giudizi, tuttavia è pur vero che permane più di qualche dubbio, specie ove si consideri che un'eventuale azione del datore di lavoro, volta a sanzionare una condotta di per sé in qualche modo non lineare da parte del dipendente, pare soggetta a troppe aree di rischio e a troppo sottili sfumature in ordine alla valutazioni di quali condotte e attività siano, di volta in volta, compatibili o meno con ogni singola mansione concretamente affidata al lavoratore, il quale, in luogo del riposo presso la propria abitazione, si reca qua e là per svolgere questa e quella mansione.

(8) In questo senso, del resto, già Cass. aprile 1999, n. 3647, la cui massima così recita: «nell'ipotesi in cui il dipendente assente per malattia venga sorpreso a svolgere attività lavorativa presso terzi, grava su di lui l'onere di provare la compatibilità dell'attività svolta con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa, e perciò l'inidoneità di tale attività a pregiudicare il recupero delle normali energie lavorative». In senso conforme anche Cass. 19 dicembre 2000, n. 15916.

(9) In questo senso si veda Cass. 6 giugno 2005, n. 11747.

(10) Si veda su *Il Sole 24 Ore* del lunedì, 29 ottobre 2012, pag. 48, l'articolo a firma di Stefano Rossi.

(11) Si tratta di Cass. 14 settembre 2012, n. 15476.

(12) In questo caso, l'attività lavorativa svolta in qualità di dipendente comportava il salire e scendere da scale per l'operatività sulle linee telefoniche aeree o in trincea ovvero nello stare accovacciato mentre l'attività durante la malattia (legata a un trauma distorsivo alla caviglia destra) veniva svolta presso il bar chiosco gestito dalla moglie e consisteva nel servire i clienti dietro il bancone, riordinare i tavoli e così via.