

Approfondimenti

Corte di cassazione

Lavoratore in malattia e prestazioni a favore di terzi

Salvatore Servidio - Esperto tributario del processo del lavoro

Vicenda processuale

Nel caso trattato dalla Corte di cassazione nella sentenza 1° agosto 2016, n. 15989, la Corte d'Appello - riformando la sentenza di primo grado - aveva dichiarato illegittimo il licenziamento per giusta causa intimato da una società del settore turistico a una propria dipendente che, durante il periodo di malattia riconducibile ad una sindrome ansioso-depressiva - peraltro procurata dall'ambiente di lavoro presso la società - aveva svolto mansioni di addetta alle pulizie in favore di una famiglia.

A tal fine, la Corte territoriale asseriva che l'attività lavorativa domestica resa dalla lavoratrice durante il periodo di malattia non impediva il pieno recupero dell'integrità psicofisica, ma risultava, al contrario, verosimilmente favorevole alla sua ripresa. Da qui l'illegittimità del licenziamento con la previsione anche del risarcimento del danno in favore della dipendente, commisurato sulle retribuzioni globali di fatto maturate dal recesso all'effettiva reintegrazione, oltre a rivalutazione e spese varie.

La società datrice ricorre per Cassazione deducendo violazione dell'art. 2697 c.c., per difetto di prova della compatibilità in concreto della condizione di malattia con l'attività domestica svolta dalla lavoratrice in favore di terzi, avendo la Corte territoriale operato una valutazione meramente ipotetica, disancorata da un effettivo accertamento. In altri termini, le conclusioni raggiunte dalla sentenza del riesame non erano suffragate da un accertamento in punto di fatto sulle effettive condizioni di infermità in cui versava la lavoratrice e sul tipo di attività alternativa da essa svolta in favore del terzo.

La ricorrente deduce altresì violazione degli artt. 2110, 2119, 2104, 2105 e 2016 c.c., per erronea esclusione della Corte territoriale della giusta

causa di licenziamento per grave abuso delle norme relative al trattamento di malattia, prevista dall'art. 183, comma 5, lett. g), Ccnl Turismo - Pubblici esercizi, alla luce del comportamento tenuto dalla lavoratrice (dapprima confessorio e quindi negatorio della prestazione di attività lavorativa verso terzi), integrante una simulazione del rapporto lavorativo e comunque con violazione dei generali doveri di correttezza e buona fede degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà.

Attività lavorativa svolta durante il periodo di malattia

Premesso che nel diritto del lavoro solo la malattia comporta, in via generale, una impossibilità di attendere all'attività lavorativa, e non, invece, il caso del lavoratore infortunato, si precisa che la "malattia" è la più frequente causa di sospensione del rapporto di lavoro dovuta ad una impossibilità, di regola temporanea, del lavoratore di rendere la prestazione dedotta nel contratto e che mantiene fermo l'obbligo in capo al datore di lavoro di corrispondere la retribuzione, salvo forme equivalenti di prestazioni previdenziali. Il datore di lavoro sopporta quindi l'assenza della prestazione senza che questa faccia venir meno la sua obbligazione. Di qui una serie di poteri gli vengono riconosciuti per accettare l'effettiva sussistenza della malattia, mediante visite di controllo ad opera di medici imparziali e la possibilità, per il tramite di investigatori privati, di verificare, anche al di fuori delle fasce orarie che costringono il lavoratore a non lasciare il domicilio, che quest'ultimo non tenga comportamenti tali da ostacolare o rendere difficile la guarigione ovvero che svolga attività tali da attestare la simulazione della malattia stessa, pena il licenziamen-

Approfondimenti

to per giusta causa, *ex artt. 1, legge 15 luglio 1966, n. 604 e 2119 c.c.*

L'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che ammette la possibilità che il lavoratore subordinato durante il periodo di malattia o di infortunio svolga altra attività risale alla seconda metà degli anni settanta (v. Cass. 16 giugno 1976, n. 2244; 10 marzo 1981, n. 1361; 17 luglio 1991, n. 7915; 16 giugno 1994, n. 5833; 11 dicembre 2001, n. 15621; 1 luglio 2005, n. 14046; 19 dicembre 2006, n. 27104; 21 aprile 2009, n. 9474).

Tale orientamento trova il proprio fondamento giuridico nella nozione relativistica della malattia, la quale, ai soli fini lavoristici, ricomprende soltanto quelle affezioni morbose comportanti un'incapacità al lavoro, secondo una versione più circoscritta di quella medico-legale, avuto riguardo alle specifiche mansioni dedotte nel rapporto obbligatorio (Cass. 24 gennaio 2005, n. 1373; 20 novembre 2006, n. 24591). È evidente, quindi, che se la malattia o l'infortunio compromettono la possibilità di svolgere quella determinata attività lavorativa, può anche accadere che le residue capacità psico-fisiche possano consentire al lavoratore anche altre e diverse attività, che sarebbe irragionevole precludere qualora non intacchino il processo di recupero dello stato di salute richiesto dall'adempimento dell'obbligo contrattualmente assunto.

Risulta però altrettanto chiaro che, al pari del giudizio sulla compatibilità dello stato di malattia con lo svolgimento dell'attività lavorativa, anche quello sulla compatibilità tra lo svolgimento di altra attività durante la sospensione del rapporto con il predetto stato va condotto caso per caso, avendo riguardo alle specifiche circostanze del caso concreto. Peraltro, il giudizio sulla possibilità che un soggetto, già ritenuto non idoneo ad un determinato impegno lavorativo, venga giudicato altresì in grado di svolgere altre attività, diviene un processo valutativo estremamente complesso, che può essere condotto soltanto tramite l'uso delle clausole generali della correttezza e della buona fede, *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*, che debbono presiedere all'esecuzione del contratto e che, nel rapporto di lavoro, fondano l'obbligo in capo al lavoratore subordinato di tenere, in ogni caso, una condotta che non si riveli lesiva dell'interesse del datore di lavoro all'effettiva esecuzione

della prestazione lavorativa (v. in tal senso Cass. 25 gennaio 2011, n. 1699).

Secondo le più attente ricostruzioni della buona fede *in executivis*, infatti, non soltanto durante il periodo di sospensione del rapporto di lavoro permangono in capo al lavoratore tutti gli obblighi accessori non inerenti allo svolgimento della prestazione (l'unica ad essere paralizzata dall'incidenza della malattia sul sinallagma contrattuale), ma al dipendente colpito dalla malattia o dall'infortunio verrebbe richiesto di adoperarsi al fine di salvaguardare l'interesse dell'altra parte alla prestazione dovuta e all'utilità che la stessa riserva al datore di lavoro. Infatti, in linea generale, la giurisprudenza riconosce come, anche durante lo stato di malattia ed infortunio, il mantenimento del rapporto di lavoro comporti anche la persistenza a carico del lavoratore degli usuali obblighi di correttezza e buona fede, di diligenza e di fedeltà, in forza degli artt. 1175 e 1375, 2104 e 2105 c.c. (v. Cass. 3 maggio 2001, n. 6236; 1° luglio 2005, n. 14046; 6 ottobre 2005, n. 19414). Da qui, l'esigenza di valutare il comportamento adottato dal lavoratore in malattia, gravato dal compito di non pesare eccessivamente sulla controparte al fine di salvaguardarne il patrimonio e l'organizzazione dal sicuro pregiudizio che deriverebbe da una ritardata guarigione qualora egli si sottragga, volontariamente, all'obbligo di curarsi.

Pertanto, lo svolgimento di altra attività nel periodo di sospensione del rapporto di lavoro, può costituire giustificato motivo di recesso da parte del datore di lavoro dove esso integri una violazione dei doveri generali di correttezza, buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e di fedeltà. In particolare, la violazione dei suddetti obblighi si riscontra quando l'ulteriore attività svolta durante la malattia o l'infortunio sia idonea a far presumere l'inesistenza della patologia addotta a sostegno dell'assenza, rivelandone una fraudolenta simulazione, ovvero, essa sia tale da pregiudicare o ritardare la guarigione ed il conseguente rientro in servizio del dipendente.

Assunti giurisprudenziali

Nello specifico delle determinazioni nomofilattiche, amplificando i concetti già espressi, si osserva che la giurisprudenza degli anni '80 era carat-

Approfondimenti

terizzata da un certo *favor* verso il lavoratore per cui le attività dallo stesso svolte durante la malattia non erano tali da giustificare il licenziamento se rese a favore di familiari o se di tipo ludico; successivamente si sono permessi i controlli da parte del datore di lavoro, ammettendo quelli investigativi sulle attività svolte dal dipendente in malattia senza che ciò possa costituire una violazione della privacy (D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in materia di protezione dei dati personali), né degli artt. 5 (che vieta accertamenti sanitari da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente, consentendo il controllo delle assenze per infermità soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda) e 8 (è vietato al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore) dello Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300).

Una svolta in senso rigorista si è avuta tra la fine degli anni '90 e il primo decennio degli anni 2000. Di particolare rilevanza in tal senso sono le sentenze della sezione lavoro 1° luglio 2005, n. 14046 e 24 aprile 2008, n. 10706 (confermate di Cass. 11 dicembre 2001, n. 15621 e di Cass. 3 dicembre 2002, n. 17128), con le quali si è 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 di 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".

Pertanto, i parametri fondamentali affinché il lavoratore possa svolgere attività in malattia sono essenzialmente tre:

- 1)** la veridicità della malattia: se l'attività svolta è incompatibile con la malattia, ne consegue la licenziabilità del lavoratore per violazione degli obblighi di fedeltà;
- 2)** l'obbligo del lavoratore di astenersi da tutte quelle attività che possano compromettere o ritardare la sua guarigione;
- 3)** l'attività svolta dal lavoratore in malattia non deve essere utile al datore di lavoro; il che implica che se il lavoratore è in grado di svolgere attività di una certa gravosità per i propri interessi o svaghi, altrettanto egli può prestare le sue residue capacità lavorative in favore del datore di lavoro. Circa la valutazione del comportamento del lavoratore, occorre rilevare che ogni valutazione non può che essere di tipo medico-legale e ogni accertamento sarà *ex post*, come affermato in ultimo anche da Cass. 3 marzo 2015, n. 4237. In questa pronuncia (nella quale era pacifico - si precisa - che l'attività lavorativa svolta durante la malattia presso terzi non avesse pregiudicato la sua guarigione) la Corte di cassazione ribadisce il principio per il quale, nell'ordinamento, non esiste alcuna espressa preclusione all'esercizio, da parte del lavoratore assente per malattia, di attività lavorativa o ludica, seppur con i tre limiti visti sopra. La Corte però afferma che il lavoratore al quale sia contestato in sede disciplinare di avere svolto un altro lavoro durante un'assenza per malattia, ha l'onere di dimostrare la compatibilità dell'attività con la malattia impediva della prestazione lavorativa contrattuale e la sua inidoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psicofisiche, restando peraltro le relative valutazioni riservate al giudice del merito all'esito di un accertamento da svolgersi non in astratto ma in concreto. Lo svolgimento di altra attività, infatti, sia essa ludica, sia essa lavorativa, può costituire indice della simulazione fraudolenta dello stato di malattia tutte le volte in cui sia incompatibile con la patologia che giustifichi l'assenza dal posto di lavoro.

Anche il mero pericolo di aggravamento delle condizioni di salute o di ritardo nel recupero dell'integrità psicofisica del lavoratore sono indici di un grave inadempimento contrattuale.

Una parte della giurisprudenza onera il datore di lavoro di dimostrare che l'attività posta in essere

Approfondimenti

dal lavoratore durante la malattia abbia compromesso o ritardato la guarigione del dipendente assente (cfr. Cass. 14 settembre 2012, n. 15476; 28 febbraio 2014, n. 4869); un'altra parte onera, invece, il lavoratore.

La giurisprudenza più recente si colloca nel solco di questo secondo orientamento e sottolinea che il lavoratore al quale sia stato intimato il licenziamento per aver svolto un altro lavoro durante il periodo di assenza per malattia, ha l'onere di dimostrare la compatibilità di tale attività con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa contrattuale e la sua inidoneità a pregiudicarne il pieno recupero (Cass. 4 novembre 2014, n. 24709; 25 novembre 2013, n. 26290; 7 luglio 2015, n. 13955; 21 ottobre 2015, n. 21438).

La decisione n. 15989/2016

Nel decidere la vertenza, la Suprema Corte accoglie il ricorso datoriale, affermando che uno stato ansioso depressivo può giustificare l'assenza per malattia della dipendente ed anche lo svolgimento di altra attività lavorativa presso terzi, purché non ne comprometta la guarigione. Tuttavia, prima di dichiarare illegittimo il licenziamento comminato dall'azienda, l'autorità giurisdizionale deve compiere un'indagine sulle caratteristiche della nuova attività svolta e sulla natura della patologia della dipendente, ed infine, motivare in merito alla relativa compatibilità.

Nell'esaminare nel merito della vicenda relativo alla prestazione lavorativa resa in favore di terzi durante il periodo di comporto, la Suprema Corte ricorda che in linea di principio, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale:

a) non sussiste per il lavoratore assente per malattia un divieto assoluto di prestare - durante tale assenza - attività lavorativa in favore di terzi, purché questa non evidensi una simulazione di infermità, ovvero importi violazione al divieto di concorrenza, ovvero ancora, compromettendo la guarigione del lavoratore, implichi inosservanza al dovere di fedeltà imposto al prestatore d'opera. Pertanto non si configura giusta causa di licenziamento ove non sia stato provato che il lavoratore abbia agito fraudolentemente in danno del datore di lavoro, simulando la malattia per assentarsi in modo da poter espletare un lavoro diverso o lavorando durante l'assenza con altre imprese concorrenti (con quella cui è contrattual-

mente legato) oppure - anziché collaborare al recupero della salute per riprendere al più presto la propria attività lavorativa - abbia compromesso o ritardato la propria guarigione strumentalizzando così il suo diritto al riposo per trarne un reddito dal lavoro diverso in costanza di malattia e in danno del proprio datore di lavoro (Cass. 8 ottobre 1985, n. 4866; 19 dicembre 2000, n. 15916); **b)** il lavoratore al quale sia contestato in sede disciplinare di avere svolto un altro lavoro durante un'assenza per malattia ha l'onere di dimostrare la compatibilità dell'attività con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa contrattuale e la sua inidoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psico-fisiche, restando peraltro le relative valutazioni riservate al giudice del merito all'esito di un accertamento da svolgersi non in astratto ma in concreto (*ex alii*, Cass. 13 aprile 1999, n. 3647; 15 gennaio 2016, n. 586).

Non va, infatti, dimenticato che è *jus receptum* che:

1) la giusta causa di licenziamento deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, in particolare, dell'elemento fiduciario, dovendo il giudice valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi e all'intensità del profilo intenzionale, dall'altro, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta, per stabilire se la lesione dell'elemento fiduciario, su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro, sia tale, in concreto, da giustificare la massima sanzione disciplinare; quale evento "che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto" (*inter alia*, cfr. Cass. 18 settembre 2012, n. 15654);

2) la giusta causa di licenziamento integra una clausola generale, che richiede di essere concretizzata dall'interprete tramite valorizzazione dei fattori esterni relativi alla coscienza generale e dei principi tacitamente richiamati dalla norma, quindi mediante specificazioni che hanno natura giuridica e la cui disapplicazione è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della ricorrenza concreta degli elementi del parametro normativo si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e incensurabile in Cassazione se privo di errori logici e giuridici (Cass. 26 aprile 2012, n. 6498).

Approfondimenti

Pertanto, non si configura una giusta causa di licenziamento laddove non sia stato provato che il lavoratore abbia agito fraudolentemente in danno del datore di lavoro, simulando la malattia per assentarsi in modo da poter espletare un lavoro diverso o lavorando durante l'assenza con altre imprese concorrenti (con quella cui è contrattualmente legato), oppure, anziché collaborare al recupero della salute per riprendere al più presto la propria attività lavorativa, abbia compromesso o ritardato la propria guarigione strumentalizzando così il suo diritto al riposo per trarne un reddito dal lavoro diverso in costanza di malattia e in danno del proprio datore di lavoro.

Nel caso di specie, la società, nel ricorso per Cassazione, fa rimarcare che le conclusioni raggiunte dalla Corte d'Appello non erano suffragate da un accertamento in punto di fatto sulle effettive condizioni di infermità e la natura della patologia in cui versava la lavoratrice nonché sul tipo di attività alternativa da essa svolta in favore del terzo.

La sezione lavoro ha condiviso queste censure, osservando che in secondo grado si era pervenuti ad un giudizio di liceità sulle mansioni svolte dalla dipendente presso terzi durante il periodo di comporto senza prima aver verificato la ricorrenza, in concreto, di quelle condizioni in presenza delle quali unicamente non si ricade nel divieto di prestare attività lavorativa durante la malattia. E ribadisce in proposito che solo un accertamento in concreto sulle condizioni effettive di salute del dipendente e sul contenuto della prestazione lavorativa resa in favore di terzi consente di appurare se, da un alto, lo stato di infermità (da cui è derivata l'assenza dal posto di lavoro) non è simulato e, d'altro lato, se non risulta pregiudicata o anche solamente ritardata la guarigione.

In definitiva, da quanto esposto ne deriva l'assunto che lo svolgimento di un'altra attività lavorativa durante il periodo di assenza per malattia non è sempre vietato, ma presuppone un rigoroso accertamento volto ad escludere che lo stato di infermità sia fittizio e che la guarigione possa risultare compromessa o ritardata (cfr. Cass. 1° agosto 2016, n. 15982).

Osservazioni conclusive

Con la sentenza n. 15989/2016 in esame, la Suprema Corte ritorna a pronunciarsi sulla tradizionale questione della compatibilità con i principi di

correttezza e buona fede dello svolgimento di altra attività lavorativa, o anche *extra* lavorativa, durante lo stato di malattia o di infortunio del lavoratore subordinato (v. tra le altre Cass. 5 agosto 2014, n. 17625; 7 ottobre 2015, n. 20090; 21 ottobre 2015, n. 21438), ribadendo innanzitutto il principio, ormai consolidato in giurisprudenza, secondo cui la legittimità del licenziamento disciplinare per attività lavorativa svolta a favore di terzi, durante l'assenza per malattia o infortunio, va valutata caso per caso, in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di correttezza e fedeltà del lavoratore subordinato.

In particolare, la sentenza si sofferma sulla ripartizione del carico probatorio circa la compatibilità dell'attività lavorativa svolta con lo stato di malattia o infortunio impeditivo della prestazione dell'obbligazione contrattuale, nonché sul giudizio, da formulare *ex post* e non *ex ante*, attraverso una verifica in concreto, sulla idoneità dell'attività stessa a pregiudicare il recupero delle normali energie psicofisiche del lavoratore (Cass. 29 novembre 2012, n. 21253; 5 agosto 2014, n. 17625). Nel caso concreto la Corte afferma la giusta causa di licenziamento in quanto, già dalla lettura della sentenza d'appello - caratterizzata da un tenore astratto e dall'uso di termini meramente probabilistici - si evince la mancanza di un esame di fatti storici, chiaramente individuati e decisivi per il giudizio oggetto di discussione tra le parti. In altri termini, il giudice del riesame si è erroneamente sottratto a quell'accertamento in concreto di sua spettanza, ed all'esito del quale avrebbe dovuto compiere le relative valutazioni, in ordine all'effettiva prestazione di attività lavorativa domestica, alla qualità e consistenza di tale prestazione, alla natura della patologia e della compatibilità di questa con l'attività lavorativa.

In tal modo, risulta integrato - conclude la trama argomentativa della sezione lavoro - l'omesso esame di fatti storici, chiaramente individuati e decisivi per il giudizio oggetto di discussione tra le parti: "sicché, il tenore astratto e in termini meramente probabilistici della pronuncia, disancorata da un positivo accertamento dei fatti costitutivi della pretesa, ne rivela il carattere di motivazione meramente apparente, ben sindacabile in sede di legittimità nella sua riduzione al 'minimo costituzionale'" (Cass., S.U., 7 aprile 2014, n. 8053).

Approfondimenti

La sentenza

Cass. civ., sez. lav., 1° agosto 2016, n. 15989 - Pres. Di Cerbo - Rel. Patti - S.R. Spa contro C.S.

Svolgimento del processo

La Corte d'Appello di Roma, in riforma della sentenza di primo grado (che aveva rigettato l'opposizione di C.S. avverso l'ordinanza dello stesso Tribunale di reiezione delle proprie domande), con sentenza 11 dicembre 2014, dichiarava l'illegittimità del licenziamento intimatole l'11 luglio 2012 dalla datrice S.R. Spa, cui ordinava l'immediata reintegrazione della lavoratrice, pure condannandola al risarcimento del danno in suo favore, commisurato sulle retribuzioni globali di fatto maturate dal recesso all'effettiva reintegrazione, oltre rivalutazione, interessi e spese di entrambi i gradi.

A motivo della decisione, la Corte territoriale riteneva lo stato di malattia, da cui C.S. era stata affetta per l'intero mese di febbraio 2012 in cui era rimasta assente dal lavoro, non simulato e compatibile con la prestazione (per cinque giorni a settimana per quattro ore al giorno) della sua attività lavorativa domestica in favore di B.N., in quanto inidonea a comprometterne la riabilitazione psichica, ma verosimilmente favorevole alla sua ripresa, tenuto conto della natura diagnosticata della patologia, di sindrome ansioso depressiva, procurata dall'ambiente di lavoro presso la società datrice: con la conseguente illegittimità del licenziamento per tale ragione intimatole.

Con atto notificato il 16 febbraio 2015, S.R. Spa ricorre per Cassazione con cinque motivi, cui resiste C.S. con controricorso e memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

Motivi della decisione

Con il primo motivo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., artt. 115 e 116 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4, per difetto di prova, nell'onere della lavoratrice, della compatibilità in concreto della condizione di malattia con l'attività domestica svolta ed avendo la Corte territoriale operato una valutazione meramente ipotetica, disancorata da un effettivo accertamento.

Con il secondo, la ricorrente deduce l'omesso esame di fatti decisivi, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, quali l'effettiva prestazione di attività lavorativa di C.S. in favore di B.N., la natura sua e della patologia da cui affetta e la compatibilità di questa con l'attività lavorativa.

Con il terzo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2110, 2119, 2104, 2105 e 2016 c.c., artt. 115 e 116 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per erronea esclusione dalla Corte territoriale, e pure con motivazione contraddittoria, della giusta causa di licenziamento per grave abuso delle norme relative al trattamento di malattia, prevista dall'art. 183, comma 5, lett. g), Ccnl Turismo - Pubblici esercizi, alla luce del comportamento tenuto dalla lavoratrice, dapprima confessorio e quindi negatorio della prestazione di attività lavorativa (pure a fronte di esibizione di busta paga del mese di febbraio 2012 altrimenti giustificata), integrante una simulazione del rapporto lavorativo e comunque con violazione dei generali doveri di correttezza e buona fede degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà.

Con il quarto, la ricorrente deduce nullità della sentenza per omessa pronuncia, in violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, sulla propria domanda subordinata di conversione del licenziamento per giusta causa in giustificato motivo soggettivo per la gravità dell'inadempimento della lavoratrice.

Con il quinto, ella deduce nullità della sentenza per omessa pronuncia, in violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, sulla propria domanda subordinata di detrazione dell'*aliunde perceptum o percipiendum* da quanto eventualmente dovuto alla lavoratrice, con formulazione allo scopo di istanze istruttorie. In via preliminare, occorre affermare l'ammissibilità del ricorso, contestata dalla lavoratrice, per la puntuale esposizione dei fatti di causa e la chiara ed argomentata formulazione di censure alla sentenza impugnata correttamente devolutive delle questioni a questa Corte, nella rispondenza delle indicazioni di contenuto prescritte dall'art. 366 c.p.c.

Tanto premesso, è noto come, in linea di principio e secondo insegnamento consolidato di questa Corte (ultimamente ribadito da: Cass. 3 marzo 2015, n. 4237), non sussista per il lavoratore assente per malattia un divieto assoluto di prestare, durante tale assenza, un'attività lavorativa in favore di terzi, purché questa non evidensi una simulazione di infermità, ovvero importi violazione al divieto di concorrenza, ovvero ancora, compromettendo la guarigione del lavoratore, implichi inosservanza al dovere di fedeltà imposto al prestatore d'opera. Sicché, non si configura una giusta causa di licenziamento ove non sia stato provato che il lavoratore abbia agito fraudolentemente in danno del datore di lavoro, simulando la malattia per assentarsi in modo da poter espletare un lavoro diverso o lavorando durante l'assenza con altre imprese concorrenti (con quella cui è contrattualmente legato) oppure, anziché collaborare al recupero della salute per riprendere al più presto la propria attività lavorativa, abbia compromesso o ritardato la propria guarigione strumentalizzando così il suo diritto

Approfondimenti

to al riposo per trarne un reddito dal lavoro diverso in costanza di malattia e in danno del proprio datore di lavoro.

Ma nel caso di specie, la ricorrente ha denunciato, con il secondo motivo, addirittura il mancato accertamento, alla stregua di omesso esame di fatti decisivi, dell'effettiva natura delle attività lavorativa di C.S. in favore di B.N., della natura della patologia da cui affetta e la compatibilità di questa con l'attività lavorativa.

Appare evidente come esso sia logicamente e giuridicamente pregiudiziale all'esame della pure denunciata, con il primo mezzo, violazione dell'art. 2697 c.c., artt. 115 e 116 c.p.c., per difetto di prova, nel protestato onere della lavoratrice, della compatibilità in concreto della condizione di malattia con l'attività domestica svolta: e quindi in relazione al suo regime di corretta ripartizione (da ultimo posto a carico della predetta, in particolare da: Cass. 15 gennaio 2016, n. 586; Cass. 3 marzo 2015, n. 4237; Cass. 25 novembre 2013, n. 26290; e sempre tenuto conto della peculiare specificità dell'attività prestata, tale da essere sufficiente a far presumere, valutata con giudizio *ex ante* in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, il pregiudizio o il ritardo nella guarigione e nel rientro in servizio: Cass. 5 agosto 2014, n. 17625; Cass. 29 novembre 2012, n. 21253). Ed infatti, il vizio di violazione o falsa applicazione di norma di diritto, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, ricorre o non ricorre a prescindere dalla motivazione (che può concernere soltanto una questione di fatto e mai di diritto) posta dal giudice a fondamento della decisione (id est: del processo di sussunzione), per l'esclusivo rilievo che, in relazione al fatto accertato, la norma non sia stata applicata quando doveva esserlo, ovvero che lo sia stata quando non si doveva applicarla, ovvero che sia stata male applicata (Cass. 15 dicembre 2014, n. 26307; Cass. 24 ottobre 2007, n. 22348). Sicché, il processo di sussunzione, nell'ambito del sindacato sulla violazione o falsa applicazione di una norma di diritto, presuppone la mediazione di una ricostruzione del fatto incontestata; al contrario del sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, che invece postula un fatto ancora oggetto di contestazione tra le parti Cass. 22 marzo 2016, n. 5592).

Il che appunto presuppone che l'accertamento del fatto sia stato preliminarmente compiuto, oggetto della seconda dogliananza.

Ebbene, essa è fondata.

E ciò perché la Corte capitolina si è sottratta a quell'accertamento in concreto, di sua spettanza ed all'esito del quale essa avrebbe dovuto compiere le relative valutazioni, in ordine all'effettiva prestazione di attività lavorativa di C.S. in favore di B.N., alla qualità e consistenza di tale prestazione, alla natura della patologia da cui affetta e della compatibilità di questa con l'attività lavorativa.

La Corte territoriale non ha condotto alcun effettivo accertamento né in ordine alla prestazione dell'attività lavorativa e tanto meno alla sua natura (sul rilievo della "discrasia tra quanto dichiarato in sede di fase cautelare e in questo giudizio, dove la ricorrente afferma di non aver, di fatto, lavorato e che la motivazione addotta ... appare poco convincente", essa così prosegue: "Tuttavia, anche a voler tener conto del fatto che la C., in costanza di malattia, abbia effettivamente lavorato per il B.", nella prima parte del primo capoverso di pag. 5 della sentenza), né alla qualità della malattia ed alla compatibilità di questa con la prestazione lavorativa (come risulta dalle ragioni perplesse esposte a pag. 5 della sentenza).

In tal modo, risulta integrato l'omesso esame di fatti storici, chiaramente individuati e decisivi per il giudizio oggetto di discussione tra le parti: sicché, il tenore astratto e in termini meramente probabilistici della pronuncia, disancorata da un positivo accertamento dei fatti costitutivi della pretesa, ne rivela il carattere di motivazione meramente apparente, ben sindacabile in sede di legittimità nella sua riduzione al "minimo costituzionale", alla stregua del novellato art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 (Cass. S.U. 7 aprile 2014, n. 8053), applicabile *ratione temporis*.

Dalle superiori argomentazioni discende coerente, in accoglimento del secondo mezzo assorbente l'esame di tutti gli altri, la Cassazione della sentenza impugnata con il rinvio per il superiore accertamento, oltre che per la regolazione delle spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'Appello di Roma in diversa composizione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo motivo di ricorso, assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per la regolazione delle spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'Appello di Roma in diversa composizione.