



REPUBBLICA ITALIANA
in nome del popolo italiano
La Corte di Appello di Firenze
Sezione Lavoro

composta da

dr. Maria Lorena Papait Presidente
dr. Roberta Santoni Rugiu Consigliera
dr. Nicoletta Taiti Consigliera est.

nella causa iscritta al n. r.g **156/2023**

promossa da

D.T.P. SPA

con gli avv.ti Biagio Cartillone ed Ettore Chiti

reclamante

contro

M.P.

con gli avv.ti Pietro Terminiello ed Emiliano Dapelo

reclamato

avente ad oggetto: reclamo sentenza n. 64/2023 del Tribunale di Arezzo pubblicata il 7.3.2023

all'esito dell'udienza del **30 maggio 2023**, in cui la Corte si è riservata la decisione della causa nei termini di legge, è pronunciata la seguente

SENTENZA

Con lettera del 26.5.2022 la società odierna reclamante contestava a ■■■■ i seguenti fatti:

- 1) di avere fatto pervenire alla società, in data 19.5.2023, una certificazione medica (con prognosi sino al 23.5.2022) che attestava una malattia (lombalgia acuta) nonché di essere in turno lavorativo nei giorni 20, 21 e 22 maggio, dalle ore 22 alle ore 6; nonostante detta malattia, di essere stato visto il giorno 21.5.2022, alle ore 20.00, allo stadio Artemio Franchi di Firenze ad assistere alla partita Fiorentina-Juventus; di essersi recato allo stadio con un amico, guidando la propria autovettura, da San Giovanni Valdarno a Firenze e viceversa; di essere stato visto in perfette condizioni fisiche, senza alcuna sofferenza apparente, allegro, camminare speditamente e con disinvoltura verso l'entrata dello stadio. Circostanze dalle quali, secondo il datore di lavoro, si evincevano legittimi e fondati sospetti sulla non genuinità della malattia e della certificazione medica (con invito, a fini di chiarimento, ad inviare documentazione diagnostica e terapeutica);
- 2) in ogni caso, anche considerando la genuinità della malattia, la guida dell'autovettura e gli sforzi fisici connessi al trasferimento da San Giovanni Valdarno a Firenze per assistere alla partita e viceversa non avevano agevolato la più veloce guarigione, con possibile rientro in azienda anche anticipatamente rispetto alla certificazione medica; con violazione del dovere giuridico di comportarsi in modo tale da favorire la guarigione;
- 3) in ogni caso, in considerazione dei fatti descritti, seppur coperto da certificazione medica, il ■■■■ era in condizione di prestare attività utile a favore dell'azienda, quanto meno nel giorno in cui si era recato a Firenze per vedere la partita, svolgendo anche mansioni diverse da quelle a lui assegnate che fossero fungibili con la guida dell'autovettura e l'assistenza alla partita.

Con il suo comportamento il lavoratore aveva quindi contravvenuto alle disposizioni aziendali; il fatto costituiva un grave atto di insubordinazione alle disposizioni dell'azienda; era fatto dannoso nei confronti della stessa; era stato leso il rapporto fiduciario che esisteva tra datore di lavoro e lavoratore.

Infine, veniva contestata, agli effetti della recidiva, l'irrogazione di due sanzioni disciplinari (in data 10.9.2021, tre giorni di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione; in data 9.3.2021, l'ammonizione scritta).

Con lettera 1.6.2022, all'esito di giustificazioni orali rese con l'assistenza sindacale, la società licenziava il █████ per giusta causa.

Con ordinanza emessa all'esito della fase sommaria del rito ex L. n. 92/2012, il Tribunale di Arezzo dichiarava l'illegittimità del licenziamento irrogato al lavoratore e condannava la società alla sua reintegra nel posto di lavoro e alla corresponsione in favore dello stesso di un'indennità corrispondente a 5 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, detratto l'*aliunde perceptum* nonché al pagamento della contribuzione previdenziale dovuta dalla data del licenziamento fino a quella dell'effettiva reintegra, oltre interessi e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo; condannando la società al pagamento delle spese di lite.

Tale ordinanza è stata confermata nella fase di opposizione con la sentenza oggetto del presente reclamo, con condanna della odierna reclamante al pagamento delle spese di lite.

Il Tribunale ha ritenuto la condotta del lavoratore non meritevole di sanzione espulsiva non sussistendo una lesione del vincolo fiduciario; in merito, non rilevava la data di acquisto del biglietto al fine di provare il carattere artefatto della malattia (elemento suscettibile di diverse interpretazioni), ma il fatto che - spettando all'opponente la prova dell'inesistenza della malattia e della conseguente falsità della certificazione medica - il datore di lavoro si era semplicemente limitato a contestare il valore probatorio di quest'ultima, senza dare le motivazioni per cui il Tribunale avrebbe dovuto accogliere la sua tesi. In primo luogo, l'opponente non aveva esperito l'essenziale passaggio di segnalare la vicenda agli organi ispettivi dell'Inps, al fine di sollecitare un controllo; né erano rilevanti i capitoli di prova orale articolati e volti per lo più a provare la presenza allo stadio del █████ (anche l'aver negato, in sede di giustificazioni orali, di essersi recato alla partita era una mera affermazione di parte, non essendo stata verbalizzata la relativa audizione). Rilevato che non sussisteva prova della falsità della certificazione e che era influente la proposizione di querela di falso ideologico, doveva accertarsi se poteva inficiare il rapporto fiduciario tra le parti l'essersi recato allo stadio a vedere la partita. Tale condotta non necessariamente determinava l'aggravarsi della malattia, tanto che il lavoratore si era recato nuovamente al lavoro al termine del periodo di cui alla certificazione medica. Del resto, non sussisteva un obbligo di assoluto riposo durante la malattia, laddove non prescritto, e il █████ era uscito di casa al di fuori delle fasce di reperibilità per la visita fiscale. Inoltre, la durata di una partita copriva un arco temporale più breve di una giornata lavorativa e, a fronte dell'eventuale accentuarsi del dolore, in quel ristretto lasso temporale avrebbe potuto reagire anche assumendo un dolorifico. L'assistere ad una partita non richiedeva sforzi particolari (potendo assistervi da seduto), mentre l'attività di affilatore espletata presupponeva maneggio di carichi a mani; peraltro, dovendo essere il datore di lavoro a proporre le mansioni eventualmente esercitabili.

La società reclama la sentenza chiedendo il rigetto di ogni domanda proposta dal █████:

1) preliminarmente, dal Tribunale erano stati violati i principi di concentrazione, oralità e immediatezza, con conseguente nullità della sentenza, laddove l'intera fase del giudizio di opposizione era stata trattata con modalità cartolare; l'art 127 ter cpc invero violava detti principi;

2) il Tribunale avrebbe dovuto applicare l'art 2729, comma 2, cc sulla sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti, indizi che avrebbero portato ad accertare la responsabilità del lavoratore (sotto tale profilo, il datore di lavoro aveva assolto al suo onere probatorio): il lavoratore si era comportato secondo malafede, laddove aveva negato in sede di audizione orale di essersi recato allo stadio (circostanza ammessa solo in fase di opposizione, all'esito della produzione della relazione investigativa); non aveva prestato quella collaborazione richiestagli nella contestazione, di fornire documentazione medica a chiarimento, documentazione non prodotta neppure in giudizio. Come risultava dalla

relazione investigativa (su cui il Tribunale non aveva speso alcuna parola), il lavoratore si era messo alla guida della sua autovettura per andare a Firenze, era stato visto correre a piedi dopo avere parcheggiato la macchina; in altra occasione, aveva chiesto un permesso per donare il sangue e si era recato allo stadio per assistere ad altra partita con la Juventus. Il lavoratore peraltro era un accanito tifoso della Fiorentina che era una sua ragione di vita ed era convinzione dei colleghi che la malattia fosse artefatta per recarsi allo stadio. Inoltre, il lavoratore aveva acquistato il biglietto per andare alla partita il 13 maggio per il giorno 22 maggio (una domenica in cui, dall'aprile, sapeva di non dovere lavorare), ma la partita era poi stata anticipata (in data 16 maggio) al 21 maggio, giorno in cui era in turno, onde il carattere artefatto della malattia;

2) la certificazione medica non costituiva un atto pubblico ex art 2699 cc ed era contestabile dal datore di lavoro nella sua correttezza formale e sostanziale oltre che nella congruità prognostica, come dedotto dalla giurisprudenza di legittimità; il Tribunale, per contro, non aveva effettuato alcuna verifica sulla sua attendibilità in sé e alla luce della condotta tenuta dal lavoratore;

3) il ■■■■ svolgeva le sue mansioni lavorative di affilatore da seduto e guidando il muletto per spostare le attrezzature di lavoro (matrici di sagoma, porta punzoni, porta intacchi ecc) e quindi avrebbe ben potuto svolgere tale attività, eventualmente evitando di svolgere quelle incompatibili con la sua patologia ove esistente;

4) era poi da contestare l'affermazione del Tribunale sul fatto che, successivamente, il ■■■■ era rientrato al lavoro e quindi non vi era stato un aggravamento della malattia, trattandosi di un giudizio che andava effettuato *ex ante*, in relazione al tipo di patologia e alla condotta tenuta dal lavoratore: il lavoratore non risultava avere avuto in passato episodi di lombo cruralgia né risultava avere fatto esami diagnostici e trattamenti di riabilitazione;

5) il Tribunale si era contraddetto, laddove aveva rilevato che non sussisteva il grave inadempimento per poi sostenere che il fatto sussisteva ma era meritevole, al più di una sanzione conservativa;

6) era poi da censurarsi la decisione sulle spese della fase sommaria e di opposizione e che andavano comunque compensate anche per il caso di accoglimento della domanda del lavoratore in considerazione della particolarità della fattispecie; comunque, le stesse erano state liquidate in modo eccessivo (€ 3.500, con compensazione del 20%, per la fase sommaria; € 7.200, per la fase di opposizione).

La parte ha insistito in via istruttoria per la prova orale, la querela di falso e l'ammissione di consulenza medico-legale.

Si è costituito ■■■■ che ha chiesto di confermare la sentenza reclamata:

1) quanto alla eccepita nullità della sentenza, la società in primo grado non aveva mai chiesto la trattazione orale della causa, trattazione disposta dal Tribunale per conciliare la tutela della salute con la necessità di speditezza del giudizio: peraltro, con le note autorizzate le parti avevano espletato la loro difesa;

2) nel merito, la contestazione disciplinare conteneva affermazioni sull'atteggiamento del ■■■■ che costituivano mere valutazioni di carattere soggettivo. Dovevano poi contestarsi le affermazioni avanzate dal datore di lavoro nel reclamo: il lavoratore aveva collaborato già in fase di audizione orale, confermando la malattia, e poi producendo in giudizio altra certificazione medica (dello stesso dottore che aveva certificato la malattia nonché la prescrizione farmacologica da cui si evinceva l'acquisto dei farmaci prescritti); in fase di audizione (peraltro, non verbalizzata) aveva affermato di essersi recato allo stadio, così come lo aveva fatto nello stesso ricorso della fase sommaria. Si doveva poi considerare che il ■■■■ altre volte si era recato al lavoro con la lombosciatalgia; mentre irrilevante era il fatto che si fosse messo in macchina, così come l'assistenza alla partita che peraltro era avvenuta da seduto. Era poi oltraggiosa l'affermazione in merito all'episodio in cui, una volta, aveva chiesto un permesso per donare il sangue (cosa che faceva spesso) per recarsi alla partita; inoltre, il lavoratore non era un accanito tifoso, così come erano irrilevanti le voci dei colleghi che avesse preso malattia per recarsi allo stadio. Il ■■■■ era da ritenersi in assoluta buona fede, avendo acquistato il biglietto quando sapeva che,

il 22 maggio, era libero dal lavoro e la malattia sopravvenuta era stata effettiva, non avendo la società (onerata in tal senso) fornito alcun elemento a sua contestazione, onde dovevano ritenersi irrilevanti tutte le censure in merito alla natura non pubblica della certificazione medica.

Quanto alla consulenza investigativa prodotta, si trattava di documento irrilevante, afferendo a circostanze che il lavoratore aveva sempre confermato;

3) era poi da censurarsi l'affermazione che il █████ avrebbe potuto recarsi al lavoro: diverso era l'impegno orario, di un turno (otto ore), rispetto ad assentarsi da casa per vedere una partita. Inoltre, per svolgere le sue mansioni egli doveva prelevare le coltelle superiori e inferiori da affilare, che erano situate in appositi scaffali, doveva movimentarle con il muletto (non essendoci spazio per l'utilizzo del carro ponte): quindi con movimentazioni di carichi e sforzo fisico non comparabile con l'assistere alla partita;

4) quanto all'aggravamento della malattia (realmente esistente per come comprovato dalle certificazioni), le condotte (guidare e assistere alla partita) - per come tenute - non avevano detta idoneità che non era stata comunque provata dalla società. Né la sentenza poteva accusarsi di contraddittorietà nelle affermazioni effettuate sulla inesistenza del fatto e sulla possibilità di applicazione di una sanzione conservativa;

5) in ogni caso, qualora il fatto addebitato fosse stato ritenuto sussistente, non poteva applicarsi una sanzione espulsiva. Non essendo lo stesso mai stato destinatario di sanzioni o contestazioni riguardanti assenze dal lavoro, doveva applicarsi il disposto di cui alla lettera a) dell'art.9 CCNL (assenza dal lavoro senza giustificato motivo), essendo stati previsti nel medesimo CCNL fatti puniti con sanzioni conservative anche più gravi del presente fatto;

6) quanto al reclamo in punto di spese, il Tribunale le aveva regolamentate secondo il principio di soccombenza, non spiegando la reclamante in cosa consistesse la particolarità della materia del contendere. Così come le stesse erano state correttamente quantificate per entrambe le fasi del giudizio.

Parte reclamata si è, infine, opposta alla querela di falso sui documenti di cui ha dichiarato di volersi comunque avvalere; insistendo nelle prove orali, con la precisazione che l'onere probatorio era comunque a carico della società; non opponendosi ad una eventuale consulenza tecnica.

Va preliminarmente rilevata l'infondatezza dell'eccezione di nullità della sentenza per non avere il Tribunale di Arezzo trattato il giudizio in presenza delle parti: sul punto, lo svolgimento cartolare del processo non ha inciso sui diritti di difesa delle parti né sulla speditezza dello stesso, dal momento che tali diritti sono stati esercitati attraverso le note scritte e il processo si è concluso in tempi congrui.

Nel merito, ritiene la Corte che ogni valutazione in punto di licenziamento debba essere effettuata a prescindere da alcune questioni su cui entrambe le parti hanno ampiamente argomentato: il riferimento è in particolare alla questione relativa alla condotta del █████ che avrebbe preconstituito uno stato (falso) di malattia una volta saputo che la partita era stata anticipata dal giorno 22 maggio (quando non era in turno) al giorno 21 maggio (quando era in servizio) nonché al fatto dell'asserita iniziale negazione da parte del lavoratore di essere andato allo stadio.

Sotto il primo profilo, si osserva come l'argomento introdotto dal reclamante - basato su una scansione temporale dei fatti che supporterebbe la tesi in questione - sia indubbiamente alquanto suggestivo, sebbene in ogni caso non in grado, di per sé solo, a far concludere nel senso della non genuinità della malattia.

L'altra questione che viene prospettata - al fine di evidenziare un atteggiamento del █████ volto ad occultare fin dall'inizio le condotte tenute - è a ben vedere irrilevante ai fini che qui interessano e dunque il relativo argomento non appare tale da doversi indagare ulteriormente.

Per contro, deve essere oggetto di disamina quanto emerge dai tre punti della contestazione disciplinare, sulle questioni relative alla esistenza o meno di una vera e propria malattia; sulla idoneità o meno della condotta tenuta dal █████ rispetto ad un

potenziale aggravamento della stessa patologia; sulla possibilità per lo stesso (e con riferimento quanto meno al giorno in cui era andato allo stadio) di svolgere le sue mansioni in azienda.

La valutazione della presente fattispecie, nei suoi vari aspetti come evidenziati, presuppone l'esame dei principi che la giurisprudenza di legittimità ha elaborato nel corso degli anni e che sono stati ulteriormente e recentemente precisati nella pronuncia della Cassazione n. 13063/2022:

1) in tale pronuncia la Corte evidenzia innanzitutto che nel nostro ordinamento *".....non sussiste un divieto assoluto per il dipendente di prestare altra attività, anche a favore di terzi, in costanza di assenza per malattia, sicchè ciò non costituisce, di per sè, inadempimento degli obblighi imposti al prestatore d'opera (ab imo, Cass. n. 2244 del 1976, con un postulato mai smentito dalla giurisprudenza successiva; tra molte: Cass. n. 1361 del 1981; Cass. n. 2585 del 1987; Cass. n. 381 del 1988; Cass. n. 5833 del 1994; Cass. n. 15621 del 2001; più di recente, v. Cass. n. 6047 del 2018, la quale osserva che il lavoratore assente per malattia "non per questo deve astenersi da ogni altra attività, quale in ipotesi un'attività ludica o di intrattenimento, anche espressione dei diritti della persona")*.

Con la precisazione che la nozione di malattia ricomprende *".....le situazioni nelle quali l'infermità abbia determinato, per intrinseca gravità e/o per incidenza sulle mansioni normalmente svolte dal dipendente, una concreta ed attuale - sebbene transitoria - incapacità al lavoro del medesimo (cfr., tra tutte, n. 14065 del 1999), per cui, anche laddove la malattia comprometta la possibilità di svolgere quella determinata attività oggetto del rapporto di lavoro, può comunque accadere che le residue capacità psico-fisiche possano consentire al lavoratore altre e diverse attività...."*;

2) ad avviso della Corte tuttavia la possibilità di svolgere attività lavorative o extralavorative non può comunque escludere la rilevanza disciplinare del fatto in sé (così potendosi arrivare anche a giustificare la sanzione del licenziamento) *".....in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, sia nell'ipotesi in cui la diversa attività accertata sia di per sè sufficiente a far presumere l'inesistenza dell'infermità addotta a giustificazione dell'assenza, dimostrando quindi una sua fraudolenta simulazione, sia quando l'attività stessa, valutata in relazione alla natura ed alle caratteristiche della infermità denunciata ed alle mansioni svolte nell'ambito del rapporto di lavoro, sia tale da pregiudicare o ritardare, anche potenzialmente, la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore.*

Tale principio può dirsi consolidato nel diritto vivente (tra molte: Cass. n. 1747 del 1991; Cass. n. 9474 del 2009; Cass. n. 21253 del 2012; Cass. n. 17625 del 2014; Cass., n. 24812 del 2016; Cass. n. 21667 del 2017; Cass. n. 13980 del 2020). Invero, durante il periodo di sospensione del rapporto determinato dalla malattia permangono in capo al lavoratore tutti gli obblighi non inerenti allo svolgimento della prestazione; tra gli altri, anche gli obblighi di diligenza e fedeltà di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c., oltre che gli obblighi di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. (cfr. Cass. n. 7915 del 1991)...."

La deroga ai principi generali imposta dall'art. 2110 cc (che riversa entro certi limiti sul datore di lavoro il rischio della temporanea impossibilità lavorativa dovuta all' infermità) *".....deve essere armonizzata con i principi di correttezza e buona fede che devono presiedere all'esecuzione del contratto, i quali assumono rilevanza non solo sotto il profilo del comportamento dovuto in relazione a specifici obblighi di prestazione ma anche sotto il profilo delle modalità di generico comportamento delle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritti e obblighi (Cass. n. 9141 del 2004), imponendo a ciascuna di esse il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (cfr. Cass. n. 14726 del 2002; secondo Cass. SS.UU. n. 28056 del 2008, nell'osservanza degli obblighi di correttezza e buona fede le parti del rapporto obbligatorio hanno il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra; per una recente applicazione del principio v. Cass. n. 6497 del 2021).*

Pertanto si è affermato che il lavoratore deve comunque astenersi da comportamenti che possano ledere l'interesse del datore di lavoro alla corretta esecuzione dell'obbligazione principale dedotta in contratto, argomentando che la mancata prestazione lavorativa in conseguenza dello stato di malattia del dipendente in tanto trova tutela nelle disposizioni contrattuali e codicistiche in quanto non sia imputabile alla condotta volontaria del lavoratore medesimo che operi scelte idonee a pregiudicare l'interesse datoriale a ricevere regolarmente detta prestazione (per tutte, v. Cass. n. 1699 del 2011)...”;

3) in tale contesto, assume rilievo il dovere di “....osservare tutte le cautele, comprese quelle terapeutiche e di riposo prescritte dal medico, atte a non pregiudicare il recupero delle energie lavorative temporaneamente minate dall'infermità, affinché vengano ristabilite le condizioni di salute idonee per adempiere la prestazione principale cui si è obbligati, sia che si intenda tale dovere quale riflesso preparatorio e strumentale dello specifico obbligo di diligenza, sia che lo si collochi nell'ambito dei più generali doveri di protezione scaturenti dalle clausole di correttezza e buona fede in executivis, evitando comportamenti che mettano in pericolo l'adempimento dell'obbligazione principale del lavoratore per la possibile o probabile protrazione dello stato di malattia....”.

La valutazione del giudice di merito sull'incidenza sulla guarigione di altra attività svolta deve essere effettuato “...secondo un giudizio ex ante, riferito al momento in cui il comportamento contestato si è tenuto ed ha per oggetto la potenzialità del pregiudizio, con la conseguenza che, ai fini di questa potenzialità, la tempestiva ripresa del lavoro resta irrilevante (per tutte, v. Cass. n. 14046 del 2005; conf., Cass. n. 24812 del 2016; Cass., n. 21667 del 2017; Cass. n. 3655 del 2019; Cass. n. 9647 del 2021.

Nel suo argomentare, la Corte richiama anche Cass n. 16465/ 2015, secondo cui “... lo svolgimento di attività in periodo di assenza dal lavoro per malattia, costituisce illecito di pericolo e non di danno, il quale sussiste non soltanto se quell'attività abbia effettivamente provocato un'impossibilità temporanea di ripresa del lavoro, ma anche quando la ripresa sia stata posta in pericolo, ossia quando il lavoratore si sia comportato in modo imprudente; in proposito v. pure Cass. n. 27104 del 2006”); precisando al contempo che l'attitudine a pregiudicare, anche solo potenzialmente, il rientro in servizio “....non potrà che essere effettuata ex post in giudizio, eventualmente con l'ausilio di una consulenza di tipo medico-legale (cfr. Cass. n. 4237 del 2015)...”.

L'accertamento sia sulla fraudolenta simulazione della malattia ovvero dell'idoneità della diversa attività contestata a pregiudicare il recupero delle normali energie psico-fisiche “...si risolve in un giudizio di fatto, che dovrà tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto, come tale riservato al giudice del merito, con i consueti limiti di sindacato in sede di legittimità (ad ex., Cass. n. 3142 del 1983; Cass. n. 2585 del 1987; più di recente, ex multis, Cass. n. 17625 del 2014; Cass. n. 21667 del 2017)”;

4) la Corte, infine, dando atto dei diversi orientamenti sul riparto degli oneri probatori, ritiene tuttavia di aderire all'orientamento giurisprudenziale, secondo cui “...la prova dell'incidenza della diversa attività lavorativa o extralavorativa nel ritardare o pregiudicare la guarigione ai fini del rilievo disciplinare è comunque a carico del datore di lavoro (Cass. n. 6375 del 2011; Cass. n. 15476 del 2012; Cass. n. 4869 del 2014; Cass. n. 1173 del 2018; Cass. n. 13980 del 2020)”, richiamando in particolare il fatto che la L. n. 604/1966, all'art 5 ha posto a carico del datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento.

Il datore di lavoro, secondo la Cassazione, dovrà dunque dimostrare con particolare rigore tutte le circostanze, oggettive e soggettive, idonee a connotare l'illecito disciplinare contestato, non bastando la prova di avere svolto altra attività astrattamente consentita, ma dovrà anche “...provare, in relazione alla contestazione disciplinare, o che la malattia era simulata ovvero che la diversa attività posta in essere dal dipendente fosse potenzialmente idonea a pregiudicare o ritardare il rientro in servizio.A tal fine il datore potrà avvalersi di ogni mezzo di prova utilizzabile in giudizio per l'accertamento dei fatti, anche sollecitando il giudice ad esperire una consulenza tecnica d'ufficio ovvero ad attivare poteri officiosi ex art. 421 c.p.c. ...”.

Da parte sua il giudice è chiamato a valutare ogni circostanza del caso concreto, esercitando un potere istruttorio anche d'ufficio al fine di superare l'incertezza istruttoria: *".....in particolare, occorrerà valutare modalità, tempi e luoghi della diversa attività svolta dal dipendente in costanza di malattia, attribuendo rilievo, anche ai fini dell'elemento soggettivo, alla circostanza che si tratti di attività ricreativa o ludica ovvero prestata a favore di terzi; occorrerà poi esaminare le caratteristiche della patologia diagnosticata per certificare l'assenza per malattia; infine, occorrerà verificare se da tali elementi, eventualmente con l'ausilio peritale, scaturisca la prova che la malattia fosse fittizia ovvero che la condotta tenuta dal lavoratore fosse potenzialmente idonea a pregiudicare o ritardare il rientro al lavoro..."*.

Ancora più recentemente la giurisprudenza di legittimità ha ribadito alcuni dei suindicati principi (Cass n. 12994/2023), laddove ha confermato l'insussistenza di un obbligo del lavoratore in stato di malattia di astenersi da attività, anche lavorative, con esso compatibili, purché con le cautele idonee a non ritardarne la guarigione, nel rispetto dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, arrivando ad affermare che deve giustificarsi il recesso datoriale nel caso in cui la medesima attività - con valutazione ex ante in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte - possa pregiudicare o ritardare la guarigione o il rientro, con irrilevanza della tempestiva ripresa del lavoro alla scadenza del periodo di malattia, spettando al lavoratore l'onere della prova della suddetta compatibilità, non pregiudicante, né ritardante la guarigione.

Ciò premesso è alla luce di tali principi che deve valutarsi la presente fattispecie.

GENUINITA' DELLA CERTIFICAZIONE E DELLA MALATTIA.

Questi i fatti inerenti la patologia del ██████.

In data 19.5.2022, il dott. ██████ aveva prescritto all'odierno reclamato un periodo di malattia dal 19.5.2022 al 23.5.2022 in considerazione di una diagnosi di "lombalgia acuta".

In data 27.5.2022, all'indomani della contestazione disciplinare, il medesimo medico aveva rilasciato una certificazione in cui attestava che, il giorno 19, aveva visitato il ██████ che accusava un forte mal di schiena; che la diagnosi era stata di lombocruralgia acuta e che erano stati prescritti Tapichirina 1000 mg e Voltaren, iniezioni, fino a scomparsa o attenuazione del dolore, confermando la prognosi.

Il ██████ aveva poi prodotto in giudizio la ricetta dello stesso medico (del 19.5.2022) dalla quale si evince non solo quali erano i farmaci prescritti (Tapichirina e Muscoril), ma anche il fatto che - in quella medesima data - detti farmaci erano stati acquistati presso la Farmacia ██████ che aveva apposto sulla stessa ricetta il proprio timbro con la relativa data.

Tali atti, a prescindere dall'inesistenza di prescrizioni di esami radiologici e in assenza di elementi di segno contrario, attestano che il medico curante aveva ritenuto l'effettività della patologia denunciata, prescrivendo una cura farmacologica che il ██████ aveva comprato.

Evidentemente, ad avviso del medico, si era trattato di una patologia di una certa gravità, desumibile sia dal fatto che si parlava di lombalgia definita "acuta", sia dal fatto che successivamente ne veniva data una spiegazione in termini più specifici di "lombocruralgia" (sempre in fase acuta), patologia quest'ultima che, come evincibile dalla comune definizione medica, interessa oltre alla schiena, le parti del corpo attraversate dal nervo crurale o femorale (ossia, coscia e/o gamba); a riprova altresì della rilevanza della patologia, il fatto che il medico aveva assegnato al paziente una prognosi di una certa lunghezza, ossia di cinque giorni.

Tale situazione - relativa ad un processo infiammatorio in fase acuta, con conseguenti contratture e sintomi dolorosi - apparirebbe effettivamente incompatibile con il fatto che, soltanto due giorni dopo detta diagnosi, il ██████ fosse in grado di mettersi alla guida di una automobile, percorrere un tratto stradale non breve (da Loro Ciuffenna, Arezzo, fino a Firenze), posteggiare l'auto, "correre" per entrare nello stadio, raggiungere il posto assegnato presumibilmente salendo e scendendo scale e/o gradinate, trattenersi seduto

per l'intera durata dell'incontro, e poi nuovamente compiere tutte le azioni in senso inverso fino a rientrare nella propria abitazione dopo oltre 5 ore.

Tutte azioni rilevate dalla relazione investigativa prodotta dalla società, e non oggetto di specifica contestazione da parte del lavoratore, che sollecitavano in modo ripetuto e prolungato lo stesso distretto che avrebbe dovuto essere infiammato, contratto e dolorante, e che quindi di per sé potevano far dubitare della stessa esistenza della patologia certificata.

A meno di voler ipotizzare che tale patologia sussistesse, ma le sue conseguenze fossero grandemente ridimensionate dal potente effetto analgesico dei farmaci prescrittigli dal medico (circostanza, quest'ultima, che sarà valutata, di seguito, ad altri fini, nell'indagine sulla idoneità del lavoratore a svolgere l'attività lavorativa in azienda).

IDONEITA' DELLA CONDOTTA AD AGGRAVARE LA PATOLOGIA

In ogni caso, anche assumendo la sussistenza della patologia, non vi è tuttavia dubbio alcuno sul fatto che il lavoratore con tale condotta ebbe a mettere a repentaglio la possibilità della sua pronta guarigione.

In merito, la pronuncia di legittimità sopra richiamata ha rilevato in modo chiaro che la valutazione sulla possibilità di aggravamento deve essere fatta *ex ante* (ossia al momento della condotta) e che il danno richiesto deve essere meramente potenziale, sì che - diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale - è irrilevante che il █████, terminato il periodo di malattia, riprese l'attività lavorativa senza alcun problema e senza compromissione della sua guarigione.

In giudizio sarà poi onere del datore di lavoro dare la prova in merito all'attitudine della malattia a pregiudicare la stessa guarigione.

Ritiene questa Corte che, nella specie, il datore di lavoro abbia assolto l'onere a suo carico, laddove ha evidenziato tutta una serie di indubbie circostanze di fatto che, al momento della loro verifica, potevano mettere a serio repentaglio la ripresa della condizione di salute del lavoratore.

In proposito, preme ribadire che proprio la tipologia di patologia accertata (lombalgia/lombo cruralgia in fase acuta) non era indifferente alla condotta tenuta dal █████, nel senso che le attività di movimentazione da lui svolte ed evidenziate anche nella relazione investigativa (come già descritte alla pagina precedente, protratte per le oltre 5 ore di assenza dalla sua abitazione) potevano ben costituire un ostacolo alla ripresa di una situazione di normalità: sebbene al momento lo stesso potesse anche non sentire dolore, certamente le condotte tenute avevano quella "potenzialità" (richiesta dalla giurisprudenza) di mettere a repentaglio la guarigione.

In sostanza, al fine di valutare la potenzialità di una condotta a compromettere la ripresa, deve valutarsi anche la tipologia di malattia in rapporto alla tipologia di condotta tenuta: nella specie, non si trattava di una patologia (ad es. sindrome depressiva) in cui una attività ludica - come quella svolta dal reclamato - poteva apportare benefici alla salute, costituendo una vera e propria distrazione.

Nel caso del █████, la patologia aveva colpito in modo invalidante una parte del corpo che lo stesso aveva messo a dura prova con la sua condotta, che sollecitava in modo ripetuto e prolungato lo stesso distretto infiammato.

Le circostanze in questione come provate dal datore di lavoro appaiono più che sufficienti a ritenere assolto l'onere probatorio, senza dovere ammettere una consulenza tecnica, rispondendo a principi di ragionevolezza che, in considerazione appunto della tipologia di malattia, l'altra attività svolta, per sue caratteristiche, aveva la potenzialità di arrecare un danno al datore di lavoro, ritardando la ripresa dell'attività lavorativa.

Lo stesso lavoratore non poteva non avere la percezione delle possibili conseguenze dell'aver messo sotto sforzo un fisico che era in condizioni precarie, anche nel caso in cui lo stesso si ritenesse guarito, dovendo considerare che si era recato allo stadio soltanto due giorni dopo l'insorgenza della sindrome dolorosa che ben poteva ricomparire, con ciò violando doveri di correttezza e di buona fede nei rapporti con il datore di lavoro che aveva interesse alla ripresa dell'attività lavorativa.

E ciò a prescindere dal fatto che non vi fosse prescrizione del medico di assoluto riposo che comunque, secondo un principio di ragionevolezza, avrebbe dovuto essere osservato per la particolarità della patologia.

POSSIBILITA' DI SVOLGIMENTO DELLE MANSIONI IN AZIENDA.

Sempre assumendo la sussistenza della patologia certificata, il datore di lavoro sostiene che, almeno dal giorno della partita, sussistevano le condizioni per cui ■■■■ avrebbe potuto attendere alle mansioni lavorative di affilatore che svolgeva da seduto e che vengono analiticamente descritte.

Il reclamato esclude una tale eventualità sia per la lunghezza dei turni rispetto al tempo impiegato allo stadio sia perché quelle mansioni comportavano anche attività di movimentazioni di oggetti, ossia le coltellature superiori o inferiori da affilare.

Si osserva preliminarmente che, laddove il ■■■■ fosse stato in grado di andare allo stadio sotto l'effetto di analgesici, il miglioramento ottenuto gli avrebbe certamente consentito anche di potere riprendere l'attività lavorativa, seppur con l'adozione di eventuali cautele suggerite dalla necessità di non pregiudicare ulteriormente il suo stato.

Quanto al profilo temporale dell'impegno, sebbene il turno lavorativo di otto ore fosse più lungo rispetto al tempo impiegato per andare e tornare dalla partita, deve comunque sottolinearsi che detto lasso di tempo non fu irrisorio dal momento che, per come evincibile dalla relazione investigativa, egli partì dalla propria abitazione con la propria auto alle ore 19.10 e vi fece rientro alle ore 00.24, ossia cinque ore dopo, con un impegno che poteva dirsi compatibile con la durata di un turno lavorativo che comunque poteva essere alleggerito ad es. con pause frequenti.

Quanto alle modalità dell'attività lavorativa, lo svolgimento delle mansioni di affilatore da effettuare da seduto, come evincibile dalla foto della postazione lavorativa (in cui si vede una seduta davanti al macchinario utilizzato per la lavorazione) poteva essere equivalente all'attività di assistenza alla partita, anche questa effettuata da seduto; mentre gli ulteriori movimenti che il ■■■■ aveva compiuto nel recarsi allo stadio (interessanti ad es. la schiena) potevano ben essere compatibili con la lavorazione manuale dell'affilatura.

Relativamente poi allo spostamento di carichi, l'azienda aveva dedotto che questo avveniva con carrello elevatore, gru a bandiera, paranco, carrello manuale; così come lo stesso ■■■■ aveva ammesso di dovere utilizzare il muletto per effettuare dette manovre e la cui guida poteva essere assimilata alla guida dell'auto da lui effettuata per vari chilometri per raggiungere Firenze.

GIUSTA CAUSA.

Ciò argomentato in merito ai fatti addebitati, non vi è dubbio che il fatto sussiste e che lo stesso sia di particolare gravità, a prescindere dalla contestata recidiva per avere riportato pregresse sanzioni nell'anno 2021 per fatti concernenti violazioni che non riguardavano assenze dal lavoro.

La Cassazione ha ritenuto che la giusta causa di licenziamento è nozione legale rispetto alla quale non sono vincolanti - al contrario che per le sanzioni disciplinari con effetto conservativo - le previsioni dei contratti collettivi, che hanno valenza esemplificativa e non precludono l'autonoma valutazione del giudice di merito in ordine alla idoneità delle specifiche condotte a compromettere il vincolo fiduciario tra datore e lavoratore (Cass n. 8231/2023).

La valutazione della Corte poi, confermando un costante orientamento nel tempo, ha affermato che la valutazione sulla giusta causa deve essere operata con riferimento agli aspetti concreti afferenti alla natura e alla utilità del singolo rapporto, alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, al nocumento eventualmente arrecato, alla portata soggettiva dei fatti stessi, ossia alle circostanze del loro verificarsi, ai motivi e all'intensità dell'elemento intenzionale o di quello colposo.

Nella specie, è indubbio che la condotta del lavoratore debba essere valutata alla luce del fatto che lo stesso ebbe a svolgere un'attività ludica (non necessitata) e soprattutto controindicata per le ragioni esposte; che il ■■■■ non poteva, si ribadisce, non avere la consapevolezza dei rischi della condotta tenuta, evidenziandosi una particolare intensità

dell'elemento intenzionale a fronte di una mancata valutazione dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione lavorativa.

Non appare significativo poi il richiamo che ■■■■ effettua con riferimento all'art 9 lett a) del CCNL che prevede l'applicazione di sanzioni conservative (ammonimento scritto, multa, sospensione) per l'ipotesi in cui il lavoratore: " *a) non si presenti al lavoro o abbandoni il proprio posto di lavoro senza giustificato motivo oppure non giustifichi l'assenza entro il giorno successivo a quello dell'inizio dell'assenza stessa salvo il caso di impedimento giustificato*"; sanzioni la cui applicazione si invoca.

A ben guardare si tratta di una fattispecie che non è paragonabile a quella oggetto del presente giudizio e che è oggettivamente diversa, dal momento che la fattispecie all'esame di questa Corte attiene alla violazione degli obblighi a cui è tenuto un lavoratore durante la malattia (né le fattispecie previste all'art 9 - e oggetto di sanzioni conservative - possono considerarsi più gravi rispetto a quella addebitata al ■■■■).

Per contro, l'art 10 del CCNL laddove regola il licenziamento senza preavviso, richiama fatti di particolare gravità ("*in tale provvedimento incorre il lavoratore che provochi all'azienda grave nocumento morale o materiale o che compia, in connessione con lo svolgimento del rapporto di lavoro, azioni che costituiscono delitto a termine di legge*), indicando alla lett. a) quella "*grave insubordinazione ai superiori*" che era tra le violazioni specificamente contestate a ■■■■.

Infine, deve richiamarsi la citata Cass. n 12994/2023, in merito all'applicazione della sanzione del licenziamento in fattispecie analoga.

Per il complesso di tali argomentazioni deve essere quindi respinta la domanda proposta dall'odierno reclamante davanti al Tribunale nella fase sommaria del rito.

Le spese relative alle due fasi del primo grado e del presente giudizio sono a carico del reclamato, soccombente.

Tali spese vanno liquidate ex DM n. 55/2014, in considerazione del valore della causa, delle attività compiute; spese da determinarsi nei valori minimi in considerazione della diversa posizione delle parti, per i seguenti importi:

-€ 1.752,00 per compensi per la fase sommaria, oltre 15% per spese generali, oltre Iva e Cap come per legge;

-€ 2.109,00, per compensi per la fase di opposizione, oltre 15% per spese generali, oltre Iva e Cap come per legge;

-€ 1.984,00 per compensi per il presente grado, oltre 15% per spese generali, oltre Iva e Cap come per legge.

P.Q.M.

La Corte, sul reclamo proposto avverso la sentenza n. 64/2023 del Tribunale di Arezzo pubblicata il 7.3.2023, così provvede:

in accoglimento del reclamo, respinge la domanda presentata dal reclamato davanti al Tribunale di Arezzo nella fase sommaria del rito;

condanna parte reclamata al pagamento delle spese processuali che liquida in:

-€ 1.752,00 per compensi per la fase sommaria, oltre 15% per spese generali, oltre Iva e Cap come per legge;

-€ 2.109,00, per compensi per la fase di opposizione, oltre 15% per spese generali, oltre Iva e Cap come per legge;

-€ 1.984,00 per compensi per il presente grado, oltre 15% per spese generali, oltre Iva e Cap come per legge.

Firenze, così deciso, all'esito della camera di consiglio dell'udienza del 30 maggio 2023

La Consigliera est.
dott.ssa Nicoletta Taiti

La Presidente
dott.ssa Maria Lorena Papait