Corte di Cassazione, Sez. lavoro, ordinanza 2 settembre 2020, n. 18245

Svolgimento del processo

1. la Corte d'appello di Napoli, con sentenza del 16.5.2018, respingeva il gravame proposto da (Omissis) avverso la decisione del Tribunale di Avellino che aveva rigettato la domanda del predetto, intesa ad ottenere, previa declaratoria di illegittimità del licenziamento per giusta causa irrogatogli in data 20.11.2011 dalla (Omissis) s.p.a., la reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno;
2. la Corte partenopea riteneva che, con riguardo ai fatti risultati incontroversi, dell'assenza del (Omissis) dal lavoro nei giorni 24 novembre ed 1 e 2 dicembre 2011 per motivi di salute consistenti nella "dermatite acuta alle mani" e nello svolgimento, da parte del predetto, di altra attività presso il bar (Omissis) nei giorni di assenza, non poteva ritenersi realizzata la dedotta violazione del principio della immutabilità dei fatti contestati, in quanto rispetto alla contestazione originaria non si era verificata alcuna lesione del diritto di difesa del lavoratore attraverso una sostanziale immutazione del fatto addebitato, ravvisabile solo quando il quadro di riferimento fosse totalmente diverso da quello posto a fondamento della sanzione;
3. nel caso considerato, il Tribunale, secondo il giudice del gravame, aveva correttamente applicato i principi indicati laddove aveva individuato l'oggetto della contestazione nella esecuzione, da parte del lavoratore, assente dal lavoro per malattia, di un'attività lavorativa presso il bar-pasticceria della moglie, con conseguente violazione dei doveri di correttezza e buona fede imposti in costanza di malattia, finalizzati a garantire il sollecito recupero delle energie da porre a disposizione del datore di lavoro;
4. tale accertamento, a dire della Corte, non travalicava il limiti posti dalla contestazione disciplinare, avendo la società posto l'accento sull'avere il dipendente espletato attività presso terzi proprio nei giorni in cui lo stesso era stato assente dal lavoro per malattia non tanto per contestare la mancanza di giustificazione dell'assenza, quanto allo scopo di sanzionare la colpevole sottrazione del lavoratore all'obbligo della prestazione lavorativa, oltre che agli obblighi contrattuali in generale;
5. la Corte rimarcava la differenza tra la contestazione nel procedimento disciplinare ed in quello penale e rilevava che una circostanza in tanto poteva essere considerata nuova, in quanto esulasse dall'originario atto di incolpazione, ciò che non si verificava allorché il fatto in relazione al quale il licenziamento era intimato potesse essere ricompreso nella contestazione, della quale costituiva specificazione;
6. osservava che l'istruttoria aveva pienamente confermato la sussistenza della giusta causa del licenziamento e che la patologia da cui il (Omissis) era risultato affetto nel periodo di assenza dal lavoro gli avrebbe imposto una condotta diversa da quella tenuta, quale emersa dalla deposizione dei testi, che avevano confermato anche che il lavoratore aveva provveduto, tra la altre incombenze, al lavaggio di stoviglie ed alla preparazione di caffè - esponendo le mani a fonte di calore - all'interno dell'esercizio commerciale gestito dalla moglie, condotta questa inidonea a garantire il recupero della propria integrità fisica nel periodo di assenza dal lavoro;
7. di tale decisione domanda la cassazione il (Omissis), affidando l'impugnazione a due motivi, cui resiste, con controricorso, la società.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo, il ricorrente denunzia violazione o falsa applicazione, sotto più profili, della L. n. 300 del 1970, nonché dell'art. 2119 c.c., censurando la inadeguata interpretazione, da parte della

Corte distrettuale, delle norme richiamate, in relazione al caso concreto, per avere la stessa ritenuto, in maniera errata, che il datore di lavoro potesse risolvere il rapporto con il proprio dipendente in conseguenza della ravvisata lesione, da parte del (Omissis), del vincolo di fiducia posto a fondamento del rapporto di lavoro;
1.1. Il ricorrente contesta l'erronea applicazione del principio sancito dalla giurisprudenza di legittimità, alla cui stregua non sussiste per il lavoratore assente per malattia un divieto assoluto di prestare, durante l'assenza, attività lavorativa in favore di terzi, purché questa non evidenzi una simulazione di infermità, ovvero importi violazione al divieto di concorrenza, ovvero, compromettendone la guarigione, implichi inosservanza del dovere di fedeltà imposto al prestatore di lavoro; in particolare, evidenzia, come nella specie gli unici addebiti contenuti nella contestazione erano riferiti alla simulazione della malattia ed alla inattendibilità della certificazione, la cui prova, a dire dello stesso, non era stata fornita, avendo peraltro la sentenza di primo grado asseritamente negato la sussistenza di tali addebiti, per avere trovato la patologia attestata conferma nelle dichiarazioni del medico che l'aveva certificata;
1.2. Osserva che quest'ultimo, escusso come teste, aveva paventato la possibilità di peggioramento della patologia dovuto all'utilizzo di solventi ed acqua, senza riferimento al caso specifico, dovendo pertanto ritenersi assente ogni prova che la dedotta attività lavorativa ulteriore prestata dal (Omissis) durante la malattia avesse determinato il prolungarsi dei tempi di recupero della sua integrità fisica; assume di essersi limitato a prestare un aiuto alla moglie nel bar di proprietà della stessa e che si sia realizzata anche la violazione, la falsa ed erronea applicazione della L. n. 300 del 1970, art. 7, comma 2, dell'art. 2106 c.c. e della L. n. 604 del 1966, art. 2 deducendo, altresì, insufficiente e/o contraddittoria motivazione, laddove la contestazione non era stata sufficientemente specifica; aggiunge che la pronunzia impugnata si è posta anche in violazione del principio di corrispondenza tra fatto contestato e fatto posto a fondamento del recesso, posto che il primo era ontologicamente diverso dal secondo;
1.3. In particolare, sostiene che il licenziamento dapprima era stato intimato paventandosi la simulazione della malattia attestata dai certificati medici inviati dal lavoratore, per poi essere trasformato, nel corso del processo di primo grado, in un licenziamento motivato dall'impossibilità di guarigione dalla malattia diagnosticata, la dermatite, per avere il (Omissis) svolto ulteriore attività presso il bar della moglie; nella sostanza chiarisce di addebitare alla decisione la violazione del principio di immodificabilità della contestazione, per avere il giudice del merito ritenuto possibile che al contestato svolgimento di altra attività lavorativa nel periodo di malattia, di per sè sufficiente a far presumere l'inesistenza dell'infermità a giustificazione dell'assenza e l'inattendibilità del certificato medico, potesse far seguito un successivo licenziamento motivato esclusivamente dalla simulazione di detta certificazione;
2. Con il secondo motivo, il ricorrente si duole della violazione o falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e dell'art. 112 c.p.c., assumendo che il datore di lavoro aveva omesso di fornire adeguata prova circa la incompatibilità tra l'attività extralavorativa svolta e la patologia denunziata, ivi compresa la prova della durata dell'attività extralavorativa, la gravosità dell'impegno fisico ivi profuso, la puntualità della ripresa del lavoro, l'incompatibilità dell'attività extra lavorativa svolta durante la malattia con il recupero delle normali energie psicofisiche ed anche la prova degli effettivi addebiti contestati (inattendibilità della certificazione medica) la cui sussistenza era stata anche esclusa dal giudice di primo grado; la violazione dell'art. 112 c.p.c. è riconnessa alla circostanza che la Corte d'appello si era uniformata alla decisione di primo grado affrontando la problematica relativa alla idoneità o meno del lavoro svolto a ritardare la ripresa del servizio, laddove l'argomento non era stato oggetto nè di domanda, nè di eccezione;
3. Il primo motivo presenta profili di inammissibilità connessi al suo confezionamento come motivo composito, simultaneamente volto a denunciare violazione di legge e vizio di motivazione, avuto

riguardo al principio secondo cui, in tema di ricorso per cassazione, è inammissibile la mescolanza e la sovrapposizione di mezzi di impugnazione eterogenei, facenti riferimento alle diverse ipotesi contemplate dall'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3, 4 e 5, non essendo consentita la prospettazione di una medesima questione sotto profili incompatibili, quali quelli della violazione di norme di diritto, sostanziali e processuali, che suppone accertati gli elementi del fatto in relazione al quale si deve decidere della violazione o falsa applicazione della norma, e del vizio di motivazione, che quegli elementi di fatto intende precisamente rimettere in discussione (cfr. Cass. 23 giugno 2017, n. 15651; Cass. 28 settembre 2016, n. 19133; Cass. 23 settembre 2011, n. 19443 e, da ultimo Cass. 23.10.2018 n. 26874, nei termini riportati). Ciò a prescindere dalla non corretta deduzione del vizio di cui all'art. 360 c.p.c., n. 5 secondo il paradigma deduttivo e devolutivo prescritto dal nuovo testo di tale norma secondo le indicazioni fornite da Cass. s.u. 7 aprile 2014, n. 8053; Cass. 10 febbraio 2015, n. 2498; Cass. 26 giugno 2015, n. 13189; Cass. 21 ottobre 2015, n. 21439, e, prima ancora, dalla preclusione deduttiva discendente dalla sussistenza di un "doppia conforme";
3.1. Quanto alle deduzioni di violazione in diritto, vero è che la contestazione, quale riportata nel suo contenuto, è riferita principalmente all'essersi il lavoratore sottratto ai suoi obblighi contrattuali ponendo in essere una condotta illecita integrata dall'assenza dal lavoro per malattia, pur svolgendo altra attività lavorativa, e dall'essersi in tal modo sottratto all'obbligo della prestazione lavorativa, dimostrando al contempo la palese inattendibilità ed inidoneità del certificato medico inviato a giustificare le assenze indicate; tuttavia, l'addebito disciplinarmente rilevante era ritenuto nella sostanza diretto, come dal giudice del merito interpretata la contestazione - interpretazione non suscettibile di sindacato nella presente sede di legittimità ove il corrispondente vizio non sia dedotto nei modi appropriati -, non tanto a contestare la mancanza di giustificazione dell'assenza, quanto a sanzionare la sottrazione consapevole del lavoratore all'obbligo della prestazione lavorativa, oltre che agli obblighi contrattuali in genere;
3.2. Ciò è, d'altronde, conforme a quanto reiteratamente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo cui lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente, durante lo stato di malattia, configura la violazione degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, nonchè dei doveri generali di correttezza e buona fede, oltre che nell'ipotesi in cui tale attività esterna sia, di per sè, sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, 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 (cfr., tra le altre, Cass. 19.10.2018 n. 26496, Cass. 27.4.2017 n. 1041);
3.3. Questa Corte ha ulteriormente precisato che "Lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia è idonea 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"... "ferma restando la necessità che, nella contestazione dell'addebito, emerga con chiarezza il profilo fattuale, così da consentire una adeguata difesa da parte del lavoratore" (Cass. 5.8.2014 n. 17625): il principio enunciato, cui si ricollega anche la censura riferita alla violazione del principio di immutabilità della contestazione, è quello posto a presidio del diritto di difesa, sul rispetto del quale la Corte distrettuale ha ampiamente motivato;
3.4. Il giudice del gravame ha, invero, interpretato la lettera di contestazione nel senso che la società "ha sempre posto l'accento sul fatto che il dipendente abbia espletato attività presso i terzi proprio nei giorni in cui era assente dal lavoro per malattia non tanto al fine di contestare la mancanza di giustificazione dell'assenza (sulla quale la parte datoriale ha solo gettato velati dubbi), quanto allo scopo di sanzionare la consapevole sottrazione del lavoratore all'obbligo della prestazione lavorativa, oltre che agli obblighi contrattuali in generale", e nessuna censura all'interpretazione fornita dalla Corte distrettuale è prospettata nel motivo di ricorso, in modo idoneo a scalfire la valutazione posta

a sostegno del decisum, che, al contrario, si rivela coerente con una corretta applicazione dei principi di diritto su richiamati;
3.5. Il principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento della sanzione disciplinare, che vieta di infliggere un licenziamento sulla base di fatti diversi da quelli contestati, consente di ritenere realizzata la relativa violazione solo qualora il datore di lavoro alleghi, nel corso del giudizio, circostanze nuove che, in violazione del diritto di difesa, implichino una diversa valutazione dei fatti addebitati, salvo si tratti di circostanze confermative, in relazione alle quali il lavoratore possa agevolmente controdedurre, ovvero che non modifichino il quadro generale della contestazione (cfr. Cass. 25.3.2019 n. 8293, v. anche Cass. 10.11.2017 n. 26678);
3.6. Su altro versante, deve ugualmente ritenersi esente dalle censure prospettate la decisione della Corte territoriale laddove, muovendo da un corretto principio di diritto, ha ritenuto che il lavoratore assente per malattia, che quindi legittimamente non effettua la prestazione lavorativa, non per ciò solo deve astenersi da ogni altra attività, essendo l'unico limite rappresentato dalla necessaria compatibilità di tale attività con lo stato di malattia e dalla sua conformità all'obbligo di correttezza e buona fede, gravante sul lavoratore, di adottare ogni cautela idonea perchè cessi lo stato di malattia con conseguente recupero dell'idoneità al lavoro; in proposito questa Corte ha affermato che l'espletamento di altra attività, lavorativa ed extralavorativa, da parte del lavoratore durante lo stato di malattia è idoneo a violare i doveri contrattuali di correttezza e buona fede nell'adempimento dell'obbligazione e a giustificare il recesso del datore di lavoro (solo) laddove si riscontri che l'attività espletata costituisca indice di una scarsa attenzione del lavoratore alla propria salute ed ai relativi doveri di cura e di non ritardata guarigione (cfr. Cass. 5 agosto 2014 n. 17625, Cass. 21 aprile 2009, n. 9474);
3.7. L'accertamento peritale richiamato nella sentenza impugnata ha consentito alla Corte territoriale di verificare, attraverso una valutazione rimessa al suo insindacabile giudizio, che i tempi di recupero dalla malattia diagnosticata al dipendente erano stati pregiudicati dal comportamento del (Omissis), il quale aveva lavato le stoviglie e preparato caffè e ciò, differentemente da quanto assume il ricorrente, con riferimento al caso concreto e non ad un parere espresso in astratto;
4. Con riguardo al secondo motivo di ricorso, indipendentemente dall'adesione al principio, affermato dal ricorrente, secondo cui, in materia di licenziamento per giusta causa, grava sul datore di lavoro l'onere della prova che lo svolgimento da parte del lavoratore di un'attività extralavorativa durante lo stato di malattia ha inciso in termini negativi sulla propria salute ed in termini di ritardata guarigione, contrastando con gli obblighi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto di lavoro (v. Cass. 1173/2018 cit., e Cass. 21.3.2011 n. 6375), è sufficiente riportarsi all'insegnamento di questa Corte secondo cui il principio generale di riparto dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c. deve essere contemperato con il principio di acquisizione probatoria, che trova fondamento nella costituzionalizzazione del principio del giusto processo, con la conseguenza che anche il principio dispositivo delle prove... va inteso in modo differente, traducendosi nel dovere del giudice di pronunciare nel merito della causa sulla base del materiale probatorio ritualmente acquisito - da qualunque parte processuale provenga - con una valutazione non atomistica ma globale nel quadro di una indagine unitaria ed organica, suscettibile di sindacato, in sede di legittimità, per vizi di motivazione e, ove ne ricorrano gli estremi, per scorretta applicazione delle norme riguardanti l'acquisizione della prova (cfr. Cass. 14.7.2017 n. 17598, Cass. 25.9.2013 n. 21909);
4.1. Nella specie, la sentenza ha accertato, sulla base dell'istruttoria espletata, che il (Omissis) si era dedicato durante l'assenza dal lavoro ad un'attività lavorativa assolutamente sconsigliata, idonea ad aggravare la patologia, senza adottare alcuna misura precauzionale, avuto riguardo al certificato medico rilasciato dal Dott. (Omissis), che, escusso come teste, ha affermato che sia l'utilizzo di acqua durante il lavaggio di stoviglie, sia l'esposizione a fonti di calore per la preparazione di bevande calde erano inopportune in presenza della dermatite alle mani e che ciò rappresentava, secondo la Corte

distrettuale, una condotta inidonea a garantire il recupero, da parte del lavoratore, della propria integrità fisica;
4.2. Sulla dedotta violazione dell'art. 112 c.p.c., è sufficiente il richiamo a Cass. 21.11.2013 n. 26290, secondo cui non può ritenersi estraneo al giudizio vertente sul corretto adempimento dei doveri di buona fede e correttezza gravanti sul lavoratore un comportamento che, inerente ad attività extralavorativa, denoti l'inosservanza di doveri di cura e di non ritardata guarigione, oltre ad essere dimostrativa dell'inidoneità dello stato di malattia ad impedire comunque l'espletamento di un'attività ludica o lavorativa;
4.3. La censura va pertanto disattesa, dovendo, più in generale, osservarsi che il principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato deve ritenersi violato ogni qual volta il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri uno degli elementi obiettivi di identificazione dell'azione ("petitum" e "causa petendi"), attribuendo o negando ad uno dei contendenti un bene diverso da quello richiesto e non compreso, nemmeno implicitamente o virtualmente, nell'ambito della domanda o delle richieste delle parti: ne deriva che non incorre nel vizio di ultrapetizione il giudice che esamini una questione non espressamente formulata, tutte le volte che questa debba ritenersi tacitamente proposta, in quanto in rapporto di necessaria connessione con quelle espressamente formulate (cfr., tra le altre, da ultimo, Cass. 3.7.2019 n. 17897);
5. Alla stregua delle esposte considerazioni, il ricorso deve essere complessivamente respinto;
6. Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza del ricorrente e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo;
7. Sussistono le condizioni di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater.

P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in Euro 200,00 per esborsi, Euro 4000,00 per compensi professionali, oltre spese generali al 15% e accessori di legge.
Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 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 dell'art. 13, comma 1 bis, citato D.P.R., ove dovuto.
Così deciso in Roma, nell'adunanza camerale, il 24 giugno 2020.
Depositato in Cancelleria il 2 settembre 2020