

R.G. 2517/2023



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI NAPOLI**

Sezione controversie di lavoro e di previdenza ed assistenza composta dai magistrati:

- | | |
|------------------------------|------------------|
| 1) dr. Vincenza Totaro | Presidente |
| 2) dr. Sebastiano Napolitano | Consigliere rel. |
| 3) dr. Arturo Avolio | Consigliere |

Riunita in camera di consiglio ha pronunciato, all'udienza del 4 aprile 2024, la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 2517/2023 del ruolo generale lavoro

T R A

[REDACTED], generalizzato in atti
rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Caterino

RECLAMANTE

E

[REDACTED], in persona del legale rapp.te p.t.

rappresentata e difesa dagli avv.ti Enzo Morrico, Antonello Di Rosa, Lorena Carleo, Loredana Curcio

RECLAMATA-RECLAMANTE INCIDENTALI

OGGETTO: Licenziamento disciplinare per giusta causa. Rito cd. Fornero. Infortunio sul lavoro. Assenza dal lavoro per malattia. Attività extra-lavorativa ludica. Pericolo aggravamento stato morboso conseguente alla mancata osservanza delle prescrizioni di riposo. Comportamento non diligente (art.2104). Inadempimento "obblighi preparatori", *genus* "obblighi di protezione" (artt.1175 e 1375 c.c.). Pericolo adempimento dell'obbligazione principale. Rischio di aggravamento della malattia. Protrazione dello stato morboso. Frustrazione dell'interesse creditorio alla ripresa

dell'attività lavorativa. Attività investigativa. Sussistenza del fatto. Giudizio di proporzionalità. Tutela comma 5 art.18 Stat.Lav. L.92/2012. Ambito del sindacato del giudice.

CONCLUSIONI: come in atti

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso tempestivamente depositato, in data 18.10.2023, il lavoratore, ~~XXXXXXXXXX~~, ha presentato reclamo, ai sensi dell'art.1 co.58 legge n.92/2012, avverso la sentenza n.1178/2023, emessa dal Tribunale di ~~XXXXXXXXXX~~ in funzione di Giudice del Lavoro, resa il 17.09.2023, comunicata il 18.09.2023, di parziale accoglimento dell'opposizione proposta dallo stesso lavoratore, avverso l'ordinanza del 17.06.2021, con la quale il GL adito aveva già parzialmente accolto il ricorso proposto dal lavoratore contro il licenziamento irrogatogli in data 1.09.2020, accordando al lavoratore, ritenuta l'insussistenza della "giusta causa" (unitamente alla "sussistenza del fatto" contestato, non rientrante "come tale" nelle condotte punibili con una "sanzione conservativa"), la tutela indennitaria "forte", di cui al 5° comma dell'art.18 Stat. Lav., nella misura di tredici mensilità, oltre rivalutazione ed interessi di legge; non riconoscendo, all'opposto, la tutela reintegratoria, richiesta dal ricorrente, ai sensi del comma 4° del medesimo art.18 cit. come novellato dalla L. n.92 del 2012; riconoscendo, inoltre, in sede di opposizione al reclamo l'indennità sostitutiva del preavviso di licenziamento, nella misura pari a due mensilità, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla maturazione del diritto (data di operatività dell'atto espulsivo) al soddisfo.

Il reclamante ha dichiarato di proporre reclamo avverso la citata sentenza censurandola sotto il profilo dell'*error in iudicando* per aver il primo giudice ritenuto legittimo il controllo dei dipendenti mediante il ricorso alle agenzie investigative; e dell'*error in procedendo*, per aver il medesimo Giudice disatteso le valutazioni del CTU.

Ritualmente citato, si è costituita in giudizio la Società datrice che eccepita preliminarmente l'inammissibilità dell'appello, ha, quindi, invocato il rigetto dei motivi di reclamo nel merito, in quanto infondati, in fatto e in diritto, spiegano, infine, reclamo incidentale in cui ha ribadito la correttezza del licenziamento adottato per giusta causa, o, in alternativa, per giustificato motivo soggettivo, riconducibile essenzialmente alle ragioni addotte con la lettera di contestazione di addebito del giorno 1° settembre 2020.

All'odierna udienza, sostituita dalla trattazione scritta, la Corte ha riservato la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il reclamo principale e quello incidentale si appalesano entrambi infondati per le ragioni che si passano ad esporre.

1. Le seguenti incontestate circostanze vanno "*escluse dal tema d'indagine*" (cfr *ex multis* Cass. 20.12.2016, n.26395) e, pertanto, sono sottratte all'onere probatorio gravante su una delle parti.

1.1 È pacifico che il ~~S.p.a.~~ (già) dipendente di ~~F.F.~~ s.p.a., dal 7 gennaio 2002 in virtù di contratto a tempo indeterminato, con mansioni di “operaio saldatore” ed inquadramento, dal dicembre 2019, nel 5° Livello C.C.N.L. “Metalmeccanica Privata”, con comunicazione ricevuta in data 7 settembre 2020, all’esito di un procedimento disciplinare, si vedeva formalizzato il licenziamento per giusta causa, odiernamente al riesame di questa Corte.

2. In relazione alla data di instaurazione del rapporto di lavoro (7 gennaio 2002), trova dunque applicazione la L. n.92 del 2012 - cd. riforma Fornero - che costituisce la disciplina tuttora vigente per i rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato instaurati fino al 7 marzo 2015 (mentre, come noto, per quelli costituiti dopo tale data si applica il Dlgs n.23 del 2015) e che ha riscritto in buona parte l’art.18, modificando ulteriormente (dopo vent’anni dalla L. n.108 del 1990), la disciplina della tutela del lavoratore nei confronti del licenziamento illegittimo, sia nei suoi aspetti sostanziali, quanto al regime sanzionatorio dell’illegittimità (di cui si dirà *infra*), sia in quelli processuali (questi ultimi abrogati dall’art. 37 del d.lgs. n. 149/2022).

2.1 Quanto ai profili processuali e passando ad esaminare l’eccezione inammissibilità del reclamo, va ricordato che l’art. 35 del d.lgs. n. 149/2022 ha previsto che le modifiche introdotte dal medesimo testo normativo, salvo diversa disposizione, diventano efficaci dal 28.2.2023 e si applicano “*ai procedimenti instaurati successivamente a tale data*”. Mentre “*ai procedimenti pendenti*” a quella stessa data “*si applicano le disposizioni anteriormente vigenti*”.

2.1 Tanto fa sì che anche la disposizione abrogatrice dell’art. 1, commi da 47 a 69, della L. n. 92/2012, contenuta nell’art. 37 del d.lgs. n. 149/2022 si applichi ai soli procedimenti instaurati dopo il 28.2.2023. Con la conseguenza che i procedimenti pendenti a quella stessa data restano soggetti alle disposizioni previgenti.

2.2 Pertanto, il *corpus* normativo che disciplina “*l’impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall’art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300*” (ex art. 1, c. 47, L. n. 92/2012) continua ad applicarsi nella sua interezza ai procedimenti pendenti alla data del 28.2.2023: si applica quindi anche la disposizione dell’art. 1, c. 58, L. n. 92/2012 che “*contro la sentenza che decide il ricorso*” in opposizione, proposto prima di quella data, impone di promuovere impugnazione nelle forme del “*reclamo*” alla Corte di appello con “*ricorso da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore*”.

2.3 Argomenti di segno contrario non si possono desumere dall’art. 49, c. 3, del d.lgs. n. 149/2022 (secondo cui “*le impugnazioni dei provvedimenti, anche temporanei, è regolata dalle disposizioni introdotte nel presente decreto*”), perché trattasi di disposizione compresa nella sezione III che il capo V del testo di riforma riserva alla “*materia di istituzione del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie*”. In quanto tale, la disposizione si riferisce ai “*procedimenti pendenti*”, dinanzi al tribunale per i minorenni e al tribunale ordinario, in quelle specifiche materie. Non interferisce, dunque, con il regime transitorio dettato dall’art. 35 del d.lgs. n. 149/2022, che assoggetta la presente impugnazione al termine decadenziale previsto dall’1, c. 58, L. n. 92/2012 il quale, lo si ribadisce, continua a

trovare applicazione nei procedimenti instaurati, come quello in esame, prima del 28.2.2023.

2.4 Come ha avuto modo, ancora, di precisare la Suprema Corte – Cass.20.07.2020, n.15412, nel rito c.d. Fornero, il reclamo previsto dall'art. 1, comma 57, della l. n. 92 del 2012 è nella sostanza un appello, con la conseguenza che, per tutti i profili non regolati da disposizioni specifiche, si applicano le norme sull'appello del rito del lavoro, che realizza il ragionevole equilibrio tra celerità e affidabilità; in particolare la disciplina dell'atto introduttivo è quella dell'art. 434 c.p.c....

2.5 Come ha correttamente statuito la S.C. (cfr. Cass., VI, 1.7.2020 n. 13293) gli artt. 342 e 434 c.p.c., nel testo formulato dal d.l. n. 83/13, conv. con modificazioni in l. n. 134/12 (ma le medesime osservazioni possono svilupparsi anche con le modifiche non sostanziali apportate dal d.l.vo n. 149 del 2022), vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere, a pena di inammissibilità, una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, senza che occorra l'utilizzo di particolari forme sacramentali o la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado, tenuto conto della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata. In tale contesto, può ritenersi l'inammissibilità del gravame solo quando le doglianze proposte dall'appellante “non dialoghino” con la pronuncia di primo grado, cioè se le deduzioni siano del tutto inconferenti rispetto al *decisum* e non siano pertinenti rispetto alle soluzioni accolte dal primo Giudice (così Cass. 29.8.2019 n. 21824).

2.5.1 Nella fattispecie al vaglio il gravame contiene articolati e specifici motivi di impugnazione avverso la sentenza di primo grado, del tutto idonei a consentire al Collegio giudicante un riesame della questione ed un pieno esercizio del diritto di difesa della controparte, che infatti ha ampiamente controdedotto alle asserzioni di parte appellante.

2.6 Dal principio di diritto sopra richiamato – punto 2.4- discendono i seguenti ulteriori corollari: il reclamante ha l'onere, a pena di decadenza, di riprodurre le domande non accolte o rimaste assorbite nella sentenza di primo grado, in assenza di specifiche disposizioni in contrasto con l'art. 346 c.p.c.; il giudice del gravame può conoscere della controversia dibattuta in primo grado solo attraverso l'esame delle specifiche censure mosse dal reclamante, la cui formulazione consuma il diritto di impugnazione.

2.6.1 Sono, dunque, coperte da giudicato interno le doglianze relative ai lamentati vizi del procedimento disciplinare, che l'originario ricorrente non ha inteso riproporre espressamente in sede di reclamo; stessa considerazione, vale con riguardo alle condotte rientranti nell'articolata contestazione disciplinare, ritenute *in parte qua* “insussistenti” dal primo Giudice, ed in ordine alle quali non si rinviene nel reclamo incidentale specifico motivo di doglianza.

2.6.2 Va, comunque, osservato che l'asserita "simulazione della malattia" di cui si sarebbe reso colpevole il lavoratore è smentita dalla "documentazione medica" prodotta dalla medesima Società datrice.

3. <<Fatto>> contestato al lavoratore: condotta antiggiuridica inadempiente.

3.1 Così perimetrato il tema d'indagine, per quel che qui viene in rilievo, nei limiti segnati al punto 2.6.2, al lavoratore era stato "imputato" l'inadempimento degli "obblighi preparatori", specificazione del più ampio *genus* degli "obblighi di protezione", cui è tenuto il lavoratore nell'esecuzione del rapporto lavorativo ex artt.1175 e 1375 c.c., per l'omessa diligenza (art.2104 c.c.), nel seguire le prescrizioni mediche (riposo dell'arto e uso di "tutore"), durante il decorso della malattia, conseguente ad infortunio sul lavoro, svolgendo attività extra lavorativa (ludica), idonea, perché incidenti in termini di "sforzo" sull'arto interessato dalla patologia, a mettere in pericolo l'adempimento dell'obbligazione principale cui era tenuto, per il probabile rischio di aggravamento della stessa malattia, con conseguente protrazione dello stato morboso e frustrazione dell'interesse creditorio alla ripresa dell'attività lavorativa.

4. Prima di introdurre le questioni "processuali" poste dal reclamante e, con esse, quelle storico-fattuali che segnano, come icasticamente evidenziato dal primo Giudice *l'ubi consistam* della vicenda disciplinare, è opportuno per priorità logica premettere il circuito giuridico-ermeneutico di stretto riferimento nelle progressioni argomentative dei Giudici di legittimità, sottese alle doglianze espresse nel reclamo incidentale, che, infine, si passeranno ad affrontare.

4.1 Invero con il reclamo incidentale la Difesa della Società datrice reintroduce nel tema d'indagine sia i profili sostanziali circa l'accertamento della legittimità della causa del licenziamento, sia - una volta, eventualmente, accertata la "sussistenza" del "fatto" "contestato"- il ben più complesso tema (molto dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza, laddove la direttrice ermeneutica appaia ancora oscillante), della risposta sanzionatoria all'illegittimità del licenziamento ed ai confini del sindacato del giudice di merito in ordine al *discrimen* tra la tutela reintegratoria attenuata e la tutela indennitaria forte di cui rispettivamente ai commi 4 e 5 dell'art.18 Stat. Lav. come modificato da ultimo dalla L.92/2012.

4.2 È ormai un dato acquisito che il recesso datoriale motivato - come nel caso di specie, da condotta colposa o, comunque, manchevole "imputata" al lavoratore vada considerato "ontologicamente" disciplinare (fattispecie che si fa, in dottrina, risalire alla storica pronuncia della Corte Cost. 30.11.1982, n.204, cui *adde* la giurisprudenza di legittimità Cass. S.U. 1.06.1987, n.4823, che ne accolse la tesi cd. ontologica respingendo quella cd. formalistica) indipendentemente (dunque) dalla sua inclusione o meno tra le misure disciplinari previste dallo specifico regime del rapporto, siano, tali mancanze, configurabili come giusta causa o giustificato motivo soggettivo (*ex multis* Cass. 9 agosto 2012, n.14326).

4.2.1 Successivamente al licenziamento disciplinare ha fatto, prima, indiretto riferimento la Legge n.92 del 2012 (cfr. art.1, comma 41), e poi direttamente la Legge delega n.183/2014, nella parte in cui ha delegato il governo a limitare il diritto alla

reintegrazione, fra l'altro, "a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato".

4.3. Si tratta, però, pur sempre di una fattispecie (non già ulteriore e distinta, ma) che rientra in quella del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo di cui agli artt.1 e 3 della L.604/1966 e 2019 c.c. (cfr. Cass.24/07/2017, n.18184).

4.4 In altri termini il licenziamento assume la connotazione "disciplinare, e si qualifica come tale, ogni qual volta che si fonda su un addebito o una colpa o una negligenza del lavoratore, ma è pur sempre un licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, con lesione del vincolo fiduciario (cfr. Cass.17.09.2014, n.19612).

5.5 Il richiamo alla dimensione fiduciaria ha carattere descrittivo e contribuisce ad evidenziare l'impatto del comportamento e la sua gravità sull'interesse aziendale, vale a dire le implicazioni "della condotta sull'intera struttura produttiva e sul perseguimento dei suoi obiettivi economici" (cfr. Cass.2.11.2021, n.31202 che sottolinea la necessità di valutare il fatto concreto nella sua portata oggettiva e soggettiva, attribuendo rilievo determinante alla potenzialità del fatto medesimo a porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento).

5.4 Lo sfondo comune alle causali sottese al licenziamento disciplinare è il notevole inadempimento del lavoratore agli obblighi contrattuali, tipico per il giustificato motivo soggettivo (art.3 L.604/1966) e, valevole anche per la giusta causa (art.2119 c.c.) intesa come "causa che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto" e che, pertanto, esonera dal preavviso (non potendosi accedere a quella teorica che vorrebbe espungere dal licenziamento disciplinare il licenziamento per giusta causa, conseguente alle condotte extra lavorative del dipendente per "inadempimento" degli obblighi di protezione *infra* punto 6.2).

5.4.1 L'inadempimento non solo non deve essere di scarsa importanza – come previsto in linea generale per la risoluzione dei contratti dall'art.1455 c.c. – ma dev'essere caratterizzato da una certa gravità (maggiore nella giusta causa dove l'accertamento attiene "sia alla gravità dei fatti addebitati al lavoratore -desumibile dalla loro portata oggettiva e soggettiva, dalle circostanze nelle quali sono stati commessi, nonché dall'intensità dell'elemento intenzionale- sia della proporzionalità tra tali fatti e la sanzione inflitta, con valutazione dell'inadempimento in senso accentuativo rispetto alla regola generale della <<non scarsa importanza>> dettata dall'art.1455 c.c." cfr Cass.25.06.2016 n.10842), da accertarsi in un contesto "multifattoriale", inteso come la più ampia cornice spazio-temporale ed ambientale in cui la condotta addebitata, in sé considerata, si inserisce e che deve essere valutata dal Giudice per ritenere legittimo il licenziamento, con o senza preavviso, anche quanto alla proporzionalità della sanzione (art.2016 c.c.).

6. Orbene richiamata la condotta contestata al lavoratore di cui al punto 3.1 il tema d'indagine verte sull'osservanza dei doveri cui il lavoratore è tenuto in forza degli artt.1175 e 1375 cc nell'adempimento diligente (art.2104 c.c.) della sua prestazione.

6.1. Risulta, invero, attratta nel fuoco della contestazione, nella stessa ricostruzione offerta dal reclamante incidentale, l'accertamento circa la puntuale cura da parte del

lavoratore degli obblighi preparatori ed accessori che interferiscono con la fase esecutiva del contratto e involgono il distinto tema del corretto adempimento delle obbligazioni da esso rinvenienti (cd. obblighi di protezione).

6.1.1 Sulla base di citate disposizioni normative, in via generale, vale osservare che l'adempimento della prestazione da parte del lavoratore si conforma ai ritmi caratteristici di una obbligazione di *facere*, che comporta un continuativo contatto con la sfera dell'altro contraente.

6.1.2 Il tratto tipico della subordinazione consiste, infatti, nella soddisfazione dell'interesse del datore-creditore ad organizzare la prestazione del lavoratore nell'ambito del processo produttivo, nella prospettiva del perseguimento dell'interesse finale dell'organizzazione.

6.1.3 Alla soddisfazione di tale interesse deve, quindi, conformarsi il comportamento del lavoratore, alla luce dell'obbligazione assunta con il contratto, che si specifica attraverso le mansioni, la qualifica e la categoria.

6.2 Dalla buona fede nella fase esecutiva del contratto nascono, invero, doveri ed obblighi (cd. "obblighi di protezione") che non sono integrativi della regola contrattuale, perché non l'arricchiscono, ma solo servono ad attuarla correttamente e a preservare la sfera giuridica dei contraenti da fatti lesivi. Spesso tali doveri sono previsti dalla legge con riguardo a singoli contratti tipici, ma in forza appunto della clausola generale di buona fede, essi possono considerarsi operativi in ogni contrattazione, a seconda delle circostanze.

6.2.1 Il parametro della diligenza (art.1176 c.c.), invece, esprime la funzione di "misuratore" dell'entità della collaborazione richiesta al lavoratore per la soddisfazione dell'interesse del creditore.

6.3 Ne discende, che anche le obbligazioni che trovano la loro fonte nel rapporto di lavoro, al pari delle altre obbligazioni, vadano eseguite con correttezza (art.1175 cc) e buona fede (art.1375 cc) al fine di non pregiudicare l'interesse della parte all'esattezza della prestazione, che conseguentemente non può essere limitata e valutata con riferimento al solo nucleo essenziale della prestazione; essendo obbligato il debitore, nell'esecuzione della prestazione alla salvaguardia del bene giuridico protetto coincidente con l'interesse del creditore. La rilevanza di un obbligo di protezione può discendere soltanto da una stretta connessione eziologica tra esecuzione della prestazione che va valutata alla luce del parametro della diligenza (artt. 1176 e 2104 cc) a salvaguardia dell'interesse protettivo del creditore.

6.3.1 Secondo l'art.2104, c.1 cc il lavoratore è tenuto ad usare "**la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa...**" si tratta, come si vede di una regola speciale, con evidente simmetria con quella generale di cui all'art.1176 cc (sopra richiamata al punto 6.2.1) nella commisurazione della diligenza imposta nell' "interesse" e "prosperità" dell'impresa datrice.

6.3.2 Con specifico riferimento al dato dell' "interesse dell'impresa", questo non può, evidentemente, che alludere all'interesse del creditore di lavoro, *id est* il titolare

dell'attività di impresa. Il che consente di ricomprendere nell'interesse del creditore tutto ciò che attiene all'organizzazione dei fattori della produzione, che costituisca la tipica funzione di chi svolge un'attività economica organizzata.

6.3.2.1 La prestazione diligente del lavoratore deve, dunque, essere valutata nella prospettiva di consentirne il coordinamento con l'attività altrui ed il più generale inserimento nella struttura produttiva predisposta dall'altro contraente.

6.3.3 Sotto questo profilo possono, dunque, essere “valorizzati” i comportamenti extra-lavorativi del dipendente che mettano in crisi le “aspettative” di corretto adempimento.

6.4 Tra i doveri di protezioni che trovano la loro fonte nei doveri di correttezza e buona fede nella fase esecutiva del rapporto di lavoro, rientrano “gli obblighi preparatori” al diligente adempimento.

6.4.1 Quest'ultima categoria identifica quegli obblighi che consentono al lavoratore di “porsi nella condizione” di adempiere alla prestazione dedotta in contratto.

6.5. La specificità del rapporto di lavoro sta, peraltro, nella constatazione secondo cui tali obblighi, per loro natura, vanno temporalmente a collocarsi negli spazi extra-lavorativi del prestatore – le pause, i riposi, le ferie etc- incidendo in qualche misura, nella sfera di vita privata del lavoratore.

6.5.1 È noto il consolidato e risalente principio di diritto, secondo cui non sussiste nel nostro ordinamento un divieto assoluto per il dipendente di prestare altra attività, anche a favore di terzi, in costanza di assenza per malattia, sicché ciò non costituisce, di per sé, 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*”).

6.5.2 L'assunto trova fondamento nella nozione di malattia rilevante a fini di sospensione della prestazione lavorativa e che 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.

6.6 I comportamenti tenuti dal lavoratore nella vita privata ed estranei perciò all'esecuzione della prestazione lavorativa se, in genere, sono irrilevanti, possono, tuttavia, costituire giusta causa di licenziamento, allorchè siano di natura tale da compromettere la fiducia del datore di lavoro, nel corretto espletamento del rapporto, in relazione alle modalità concrete del fatto e ad ogni altra circostanza rilevante in relazione alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, nonché alla portata soggettiva del fatto stesso (cfr. Cass. 30.01.2013, n.2168).

6.6.1 Detto in altri termini, il compimento di altre attività da parte del dipendente assente per malattia, non è circostanza disciplinarmente irrilevante, ma può anche giustificare la sanzione del licenziamento, in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi di diligenza, sia nell'ipotesi in cui la diversa attività accertata sia di per sé 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).

6.6.2 Come pure si è osservato, se da un lato il datore di lavoro ex art. 2110 c.c. sopporta il rischio della temporanea impossibilità della prestazione lavorativa dovuta a infermità del dipendente (cfr Cass. 26.04.2022, n. 13063, che richiama in motivazione: Cass. n. 10706/2008; Cass. n. 14046/2005; Cass. n. 15916/2000, Cass. n. 9141/2004), dall'altro insorgono in capo al lavoratore i ricitati "obblighi di protezione" degli interessi patrimoniali della parte datoriale che si sostanziano negli "obblighi preparatori" al tempestivo ed esatto adempimento, la cui concreta estensione va valutata in un contesto "multifattoriale", idoneo a far emergere i contrapposti interessi (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), al fine di bilanciarli e "proporzionare" la sanzione nell'ipotesi di "sussistenza del fatto" inadempiente del lavoratore che colpevolmente, pur senza indulgere alle antiche teorie d'oltralpe della "colpa verso se stessi", corra il rischio di aggravare le proprie condizioni di salute, potenzialmente frustrando l'aspettativa datoriale della celere ripresa della collaborazione (per un caso recente che, proprio a partire dagli obblighi preparatori all'adempimento, pone l'accento sullo stile di vita del lavoratore in costanza di malattia v. Cass.1.10.2021 n.26709).

7. È a questo punto possibile passare al "fatto contestato", al fine di verificarne l'eventuale "insussistenza", ovvero la sussumibilità fra le "condotte punibili con sanzione conservativa".

7.1 Nel rispetto degli obblighi di concisione e di sintesi imposti dagli artt. 132 c.p.c e 118 disp.att.c.p.c., vale solo accennare alla circostanza che è tutt'ora perplesso il significato da attribuire al "fatto" (fatto materiale, fatto giuridico, fatto inadempimento) contestato, che, per come formulato dal legislatore della novella in esame, pare riecheggiare l'assonanza a formule di assoluzione ex art. 530 c.p.p., potendo essere il datore di lavoro condannato alla reintegra attenuata di cui al comma 4, qualora il "fatto" sia "insussistente" o la condotta non sia sussumibile in condotte punibili con sanzioni conservative.

7.2. Va premesso che qualora il vizio sostanziale dell'atto di recesso non sia identificabile nelle due ipotesi – a) il fatto in concreto non è stato commesso dal lavoratore incolpato; b) il fatto, secondo un criterio mutuato dalla contrattazione collettiva applicabile al rapporto, non rientra tra quelli che astrattamente giustificerebbero il licenziamento disciplinare – allora troverà applicazione il regime di tutela meramente indennitaria di cui al quinto comma dell'art.18. Non è prevista in questi casi la reintegrazione – e ciò segna la maggiore differenza rispetto alla previgente normativa – ne consegue che comunque, il rapporto di lavoro sarà risolto.

7.2.1 In altri termini, una volta accertato che il fatto addebitato “sussista”, equivale a dire che il lavoratore ha tenuto, in tesi, una condotta -omissiva o commissiva-inadempiente, che astrattamente sarebbe passibile di licenziamento disciplinare, ma qualora in concreto, contestualizzata la condotta, applicando l'art. 2106 c.c. si ravvisino ragioni tali da sminuirne la gravità, la condotta antiggiuridica inadempiente imputabile così come addebitata da parte datrice al lavoratore non sarà sussumibile nella clausola generale della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento e troverà applicazione il comma 5° del ricitato art.18.

8. Questo l'antefatto.

8.1. In data 13.7.2020 il ~~Signor~~ subiva un infortunio, in particolare, nello spostarsi all'interno del posto di lavoro inciampava su una struttura in ferro (c.d. fasciame) e nella caduta protraendo in avanti le mani a protezione del corpo riportava le patologie successivamente riscontrate al gomito destro.

9. La malattia documentata.

9.1 Dall'esame del verbale di pronto soccorso del 13.7.2020 della ASL Napoli 3 sud, all'esito degli accertamenti diagnostici a cui il ~~SIG. [REDACTED]~~ veniva sottoposto in pari data, il medico dimettente, ~~Dott. Gregorio Carione~~, dichiarava il lavoratore guaribile in tre giorni s.c. (cfr. Certificato Pronto Soccorso ASL Napoli 3 sud, in atti).

9.2 In data 21.7.2020 il ~~SIG. [REDACTED]~~ trasmetteva alla Società datrice il primo certificato medico di continuazione dell'infortunio rilasciato dall'INAIL recante come indicazione la prosecuzione del periodo di astensione dal servizio con prognosi dal 21.7.2020 fino al 2.8.2020 (cfr. Primo certificato di continuazione infortunio rilasciato dall'INAIL, in atti).

9.3 In data 3.8.2020, il ~~SIG. [REDACTED]~~ faceva pervenire alla Società datrice una seconda certificazione medica INAIL, a firma del Dott. ~~Giuseppe Ferrinolo~~, di continuazione del periodo di astensione dal lavoro con prognosi dal 3.8.2020 fino al 18.8.2020 (cfr. Secondo certificato di continuazione infortunio, in atti);

9.4 Da ultimo, in data 18.8.2020, il ~~SIG. [REDACTED]~~ faceva recapitare al servizio di vigilanza il terzo certificato medico di continuazione dell'infortunio rilasciato sempre dall'INAIL, nella persona del ~~Dott. Michele Russo~~, con prognosi dal 18.8.2020 fino al 1.9.2020 (cfr. Terzo certificato di continuazione infortunio, in atti).

10. L'attività info-investigativa avviata dalla Società datrice.

10.1 In considerazione della sua prolungata assenza dal lavoro, in forza dei predetti certificati medici - 49 giorni, a fronte dei tre prognosticati dai sanitari del Pronto Soccorso, nella fase di massima acuzie della sintomatologia dolorosa - e di una successiva segnalazione anonima ricevuta dall'Azienda secondo cui il ricorrente, durante il suo periodo di assenza, si stava dedicando ad attività del tutto incompatibili con le conseguenze del dichiarato evento infortunistico -, conferiva specifico mandato ad una agenzia investigativa - AZ Investigation - , al fine di accertare la fondatezza o meno di quanto riferito all'interno della predetta segnalazione e, quindi, verificare che la condotta del dipendente non fosse contraria ai criteri di diligenza ovvero che il suo comportamento non fosse contrario all'interesse aziendale.

11 Il "fatto materiale".

11.1 Dagli accertamenti eseguiti dall'agenzia investigativa – relazione ricevuta dalla società datrice in data 27 agosto 2020 (cfr. relazione in atti), emergeva che all'interno del predetto periodo continuativo di assenza a causa di infortunio, il ~~SI~~ aveva svolto attività tali da richiedere un impegno funzionale degli arti superiori ed inferiori (quali, a titolo esemplificativo, il condurre uno scooter di grossa cilindrata con la sola mano destra, il sollevare pesi di varie dimensioni, il tuffarsi in acqua, l'arrampicarsi per risalire la scogliera, etc.).

11.2 Più in dettaglio, emergeva a titolo esemplificativo che nel medesimo periodo il lavoratore effettuava il bagno in mare, risalendo e ridiscendendo a mare a più riprese, nonostante la scogliera impervia, e giocando anche con una pistola ad acqua; per, infine, allontanarsi dal luogo, portando con sé un borsone da spiaggia retto con la mano destra, successivamente caricato a bordo dello scooter alla cui guida si era posto, trasportandovi una donna e una bambina.

11.3 Dalla relazione info-investigativa era dato evincere che il ~~SI~~ nei giorni e negli orari ivi registrati e caduti sotto la diretta percezione degli operanti (29 luglio -19 agosto 2020) non avesse indossato alcun tipo di fasciatura e/o altro presidio sanitario al braccio e al gomito destro (come prescrittogli nella certificazione medica) e che nel condurre, in modo sportivo e spericolato, dei motoveicoli anche di grossa cilindrata in suo uso non aveva mostrato alcuna limitazione in termini di ampiezza e fluidità dell'escursione articolare, talvolta guidando anche con una sola mano, in particolare quella destra, "al punto da rendere complicato per gli stessi agenti investigativi l'effettuazione di una attività di osservazione di tipo dinamico".

12. È opportuno a questo punto, esaminare il primo motivo di gravame del reclamante principale.

12.1 Ebbene, in ordine alle modalità di prova dell'attività extra-lavorativa, in costanza di malattia, la Suprema Corte – Cass.17.06.2020, n.11697 – ha avuto modo di precisare che le disposizioni dell'art.5 Stat. Lav., che vietano al datore di lavoro di svolgere accertamenti sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore di pendente e lo autorizzano ad effettuare il controllo delle assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non precludono al datore di lavoro medesimo di procedere – come avvenuto nel caso di specie (v. punto 10)- al di fuori

delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto atte a dimostrare uno stato d'incapacità lavorativa rilevante e, quindi, a giustificare l'assenza, nella specie attraverso un'indagine demandata dal datore di lavoro ad un'agenzia investigativa.

12.2 Tale principio è stato costantemente ribadito, affermandosi che le dette agenzie per operare lecitamente non devono sconfinare nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria, riservata, dall'art. 3 dello Statuto, direttamente al datore di lavoro e ai suoi collaboratori (cfr. *in tali termini Cass. del 11.06.2018, n. 15094 che richiama in motivazione Cass. n. 9167 del 2003*).

12.3 Nel caso di specie, il controllo effettuato dalla Società datrice attraverso la società investigativa deve ritenersi pienamente lecito, in quanto il controllo era rivolto a verificare eventuali comportamenti extra-lavorativi penalmente rilevanti (cfr. denuncia-querela in atti) o, comunque, condotte poste in essere potenzialmente in danno della Società datrice e, dunque, a tutela del suo patrimonio aziendale (cfr., *in tali termini, Cass. n. 9167 del 2003*).

12.4 Il motivo è pertanto infondato. In ogni caso, va rimarcato che parte reclamante non contesta l'effettivo svolgimento delle attività extralavorative dettagliatamente indicate nella contestazione disciplinare, ma lamenta esclusivamente l'illegittimità del controllo effettuato dalla società investigativa.

13. Onere della prova.

13.1 In materia di licenziamento, l'art. 5 della l. n. 604 del 1966 detta la regola generale in base alla quale: "L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro".

13.1 Circa il criterio di riparto degli oneri probatori in ipotesi di licenziamento intimato in vicende come quelle in esame nella giurisprudenza di legittimità sono emerse posizioni discordanti.

13.1.1 Da ultimo - Cass. 13063/2022 - è prevalso l'orientamento 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).

13.1.2 Si è così chiarito che il criterio empirico di vicinanza alla fonte di prova deve ritenersi comunque interdetto quando il legislatore stabilisca esplicitamente a priori l'onere probatorio, proprio come nel caso dell'art. 5 citato. Si è osservato che "ogni diversa esegesi importerebbe una vera e propria sostituzione della valutazione operata dal legislatore con quella dell'interprete e un sostanziale abbandono di ogni regola certa, la cui importanza è invece particolare proprio sul terreno processuale" (in termini Cass. n. 17108 del 2016, secondo cui il ricorso al criterio empirico de quo può essere consentito solo per dirimere un'eventuale sovrapposizione tra fatti costitutivi e fatti estintivi, impeditivi o modificativi, oppure allorquando, assolto l'onere probatorio dalla parte che ne sia onerata, l'altra possa (per vicinanza, appunto, alla fonte di prova) dimostrare fatti idonei ad inficiare la portata di quelli *ex adverso* dimostrati; conf. Cass. n.

7830 del 2018). Si è pure argomentato come il datore di lavoro abbia l'onere di provare l'inadempimento del lavoratore senza potersi limitare a fornire "indizi" delle asserite violazioni, imponendo al lavoratore di fornire la prova contraria, poiché ciò darebbe luogo ad un'ingiustificata inversione dell'onere probatorio (Cass. n. 13380 del 2015).

13.1.3 Ne discende coerentemente che, avuto riguardo alle ipotesi prefigurate nella contesa in esame, chi licenzia non può limitarsi a fornire la prova che il lavoratore abbia svolto in costanza di malattia altra attività, perché, per quanto detto innanzi, non sussiste nel nostro ordinamento un divieto assoluto per il dipendente di prestare altra attività, anche a favore di terzi, durante la malattia, sicché essa non costituisce, di per sé, inadempimento degli obblighi imposti al prestatore d'opera. Il datore di lavoro, quindi, deve 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. Solo in tal modo non potrà realizzarsi una surrettizia inversione dell'onere probatorio stabilito per legge in caso di licenziamento.

13.2 Le risultanze istruttorie, desumibili sia dalla minuziosa relazione finale, riscontrata dal testimoniale, sia dal nutrito corredo fotografico, a fronte del quale non è emerso alcun serio e specifico elemento di contrasto nel merito – punto 12.4- portano in emersione, come già evidenziato dal primo Giudice, *“una serie variegata di attività compiute da persona priva di qualsiasi tutore/fasciatura al braccio destro, che vanno dalla guida di uno scooter, a volte eseguita usando il solo braccio destro, con o senza passeggeri, all’espletamento di ordinari compiti quotidiani, al raggiungimento di località balneari (in periodo estivo) con immersione in acqua e connesse attività ludiche, fra le quali può qui segnalarsi l’uso in acqua di una palla con la mano destra”*.

14. Anche il secondo motivo di gravame, esposto dal Difensore del reclamante principale, non merita accoglimento, atteso che non può dubitarsi che è consentito al giudice di merito valutare la complessiva attendibilità delle conclusioni peritali e, se del caso, disattenderne le sottese argomentazioni tecniche laddove queste risultino intimamente contraddittorie (cfr. Cons. Stato, sez. II, 9.2.2022, n. 951; Cass. civ., SS.UU., 23.7.2013, n. 17864). Nel caso di specie facendo applicazione dell’esposto principio, il primo Giudice ha condivisibilmente osservato che *“in mancanza di dati tecnici idonei a dare contezza, in positivo o in negativo, della progressione certificata della malattia disvelata dal supporto documentale in atti, l’iter argomentativo seguito dal perito per negare qualsiasi valenza, anche solo potenziale, ai comportamenti in addebito è destituita di ogni fondamento. Oltre ad essere in parte smentita dalle evenienze documentali.”*

15. Valutate le modalità, i tempi e i luoghi delle diverse attività quotidiane, ricreative e ludiche, richiedente notevoli sforzi e sollecitazioni delle articolazioni delle braccia, svolte dal dipendente in costanza di malattia, in palese contrasto con le prescrizioni mediche che gli prescrivevano la necessità del riposo dell’arto infortunato, l’immobilizzazione con tutore dello stesso, con diagnosi *“esito di trauma contusivo...di gomito destro con limitazione funzionale della estensione”*, è evidente come il lavoratore si sia esposto a rischio di peggioramento delle proprie condizioni di salute, violando, così colpevolmente e senza alcuna giustificazione, gli *“obblighi preparatori”* alla prestazione principale attesa dalla parte datoriale, indipendentemente dalla prova del verificarsi dell’evento temuto.

15.1 Condivise le conclusioni cui è giunto il primo Giudice circa “la valutazione in termini di positivo riscontro processuale dell’addebito mosso dall’Azienda nella parte in cui si contesta al dipendente di avere mantenuto una condotta di vita chiaramente inidonea a preservarlo dal pericolo di aggravamenti e/o di ritardata guarigione”, si schiude l’ulteriore verifica della proporzionalità in concreto della sanzione espulsiva della predetta condotta inadempiente imputabile al lavoratore. Verifica necessaria perché, la nozione di giustificato motivo soggettivo, cui il reclamante incidentale chiede riqualficarsi il recesso, ex art.3 L n.604 del 1966 è rimasta invariata e, quindi, richiede tutt’ora che il fatto commesso sia in concreto proporzionato alla sanzione del licenziamento.

15.1.1 Al riguardo, va evidenziato che poiché non si è raggiunta la prova del concreto aggravamento della malattia conseguente alla disinvolta e pericolosa - per se stesso - condotta posta in essere dal lavoratore, non è apprezzabile il segmento di contestazione inerente la mancata/ritardata messa a disposizione della residua capacità lavorativa, tanto più che il datore di lavoro non ha dedotto di essersi attivato al fine di adottare provvedimenti validi ed efficaci per consentirgli di prestare la residua capacità lavorativa in mansioni equivalenti o, se impossibile inferiori, nel rispetto dell’organizzazione aziendale.

15.1.2 Tenuto conto delle superiori considerazioni, della effettiva gravità della condotta, che si è arrestata alla fase della mera messa in pericolo del bene giuridico protetto (interesse del datore di lavoro alla funzionale organizzazione aziendale) nonché del grado di colpa, deve concludersi che il licenziamento difetti di proporzionalità rientrando tra le “altre ipotesi” alle quali fa riferimento il quinto comma dell’art.18 Sta.Lav. con conseguente riconoscimento della tutela indennitaria nella misura riconosciuta dal Giudice di prime cure.

15.1.3 Sul versante della proporzionalità, va, infine, aggiunto che la violazione inadempiente imputata al lavoratore non appare richiamata da clausole negoziali-collettive conservative neppure generali ed elastiche— Cass. 11.04.2022, n.11665.

16. Sulla base delle superiori considerazioni il reclamo principale e quello incidentale, si appalesano totalmente infondati e la sentenza reclamata va confermata.

17. La reciproca soccombenza giustifica la compensazione delle spese di lite.

18. Si dà atto, ai fini delle valutazioni di competenza di questo Collegio - e salva la sussistenza di esenzioni, la cui verifica amministrativa è deputata a controlli successivi- della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo dell’art. 13, 1 quater, DPR n 115/2002 come introdotto dall’art. 1 comma 17 legge 228/2012 sia con riguardo alla posizione del reclamante principale che per quello incidentale.

P.Q.M.

la Corte, definitivamente pronunciando, così provvede:

rigetta il reclamo principale e quello incidentale, e per l’effetto conferma la sentenza reclamata

Compensa le spese.

Contributo unificato per entrambi i reclamanti come in motivazione

Così deciso in Napoli, il 4 aprile 2024

Il Consigliere Estensore

Dott. Sebastiano Napolitano

Il Presidente

Dott.ssa Vincenza Totaro

