

Civile Sent. Sez. L Num. 9647 Anno 2021

Presidente: BERRINO UMBERTO

Relatore: LORITO MATILDE

Data pubblicazione: 13/04/2021

SENTENZA

sul ricorso 23132-2018 proposto da:

A.S.I.A. NAPOLI - AZIENDA SERVIZI IGIENE AMBIENTALE
S.P.A., in persona del legale rappresentante pro
tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE
MAZZINI 134, presso lo studio dell'avvocato LUIGI
FIORILLO, rappresentata e difesa dall'avvocato
MARCELLO D'APONTE;

2020

1948

- ricorrente -

contro

BUONAGURIO RAFFAELE, domiciliato in ROMA, PIAZZA
CAVOUR, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI

CASSAZIONE, rappresentato e difeso dagli avvocati
OSCAR SABELLICO, DOMENICO MICHELE AMICARELLI,
SALVATORE CHIMIENTI;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1402/2018 della CORTE
D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 28/02/2018 R.G.N.
2306/2016;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 07/10/2020 dal Consigliere Dott. MATILDE
LORITO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. RITA SANLORENZO, che ha concluso per
il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato ANNA BUTTAFOCO per delega verbale
Avvocato MARCELLO D'APONTE;

udito l'Avvocato DOMENICO AMICARELLI.

FATTI DI CAUSA

Raffaele Buonagurio adiva il Tribunale di Napoli ed esponeva di aver prestato attività lavorativa alle dipendenze della ASIA s.p.a. dal 27/2/2012 svolgendo mansioni di operatore ecologico raccoglitore; di aver ricevuto in data 18/9/2014 contestazione disciplinare perché – assente per malattia nel periodo 14-26 agosto 2014 – era stato impegnato in altre attività, ponendo in essere un comportamento incompatibile col proprio stato di salute; di esser stato licenziato per giusta causa in data 26/9/2014.

Sulla scorta di tali premesse, chiedeva dichiararsi l'illegittimità del provvedimento espulsivo e la condanna della società alla reintegra nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno.

Si costituiva la società che resisteva al ricorso chiedendo fosse respinto. Veniva espletata la fase sommaria del giudizio con reiezione del ricorso. A seguito della opposizione spiegata dal Buonagurio, il Tribunale di Napoli, in accoglimento della stessa, con sentenza 22/6/2016 dichiarava illegittimo il licenziamento intimato e ordinava la reintegra del ricorrente nel posto di lavoro, condannando la società al pagamento in suo favore, del risarcimento del danno quantificato in dodici mensilità della retribuzione globale di fatto.

La Corte distrettuale adita dalla società soccombente, rinnovati gli accertamenti medico-legali, confermava detta pronuncia con sentenza resa pubblica in data 28/2/2018.

A fondamento del *decisum* il giudice del gravame richiamava in via di premessa, gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui lo svolgimento di attività lavorativa o extralavorativa da parte del dipendente assente per malattia può giustificare il recesso del datore di lavoro in relazione alla violazione dei criteri di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, nell'ipotesi in cui l'attività esterna sia di per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando una fraudolenta simulazione, e nel caso in cui la medesima attività, valutata con giudizio *ex ante* in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio.

In fatto, osservava che il Buonagurio aveva allegato certificato medico attestante la diagnosi di "episodio di depressione maggiore" con prescrizione di 15 giorni di riposo e cura.

Vertendosi in tema di patologia di natura neurologica, ed alla stregua degli esiti degli accertamenti peritali, i comportamenti ascritti al lavoratore non erano da ritenersi sintomatici di una simulazione della malattia, né incompatibili con essa, ovvero forieri di ritardi nella guarigione.

Avverso tale decisione la società ASIA interpone ricorso per cassazione affidato a due motivi.

Resiste con controricorso l'intimato.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Va esaminata in via pregiudiziale, l'eccezione di tardività del ricorso per cassazione sollevata dal controricorrente, per violazione del termine di sessanta giorni dalla comunicazione della decisione, sancito dall'art.1 comma 60 (*rectius* 62) legge n.92 del 2012, sul rilievo che la pronuncia emessa dalla Corte d'Appello, depositata in data 28/2/2018, sarebbe stata comunicata contestualmente dalla cancelleria alla società ASIA, la quale solo in data 25 luglio 2018 avrebbe provveduto a notificare il ricorso in sede di legittimità.

2. L'eccezione è priva di fondamento.

Va osservato che l'art. 1 l. 92/2012 stabilisce, al comma 62 - con norma speciale rispetto alla disciplina generale del cosiddetto termine breve di impugnazione dettata dagli artt. 325 e 326 cod. proc. civ. - che il ricorso per cassazione avverso la sentenza emessa dalla Corte di appello a definizione del reclamo "deve essere proposto, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla comunicazione della stessa o dalla notificazione se anteriore".

La disposizione di cui al richiamato comma 62 art.1 l.92/2012, (analogamente a quanto sancito dall'art.1, comma 58), sebbene di carattere speciale, nulla specifica in merito alla forma della comunicazione, sicché si è ritenuto con condivisibile approccio, che vale, al riguardo, la disciplina dettata dal codice di rito all'art. 45, comma 2, disp. att. c.p.c., come modificato dall'art. 16, comma 3, lett. b) e c), del d.l. n. 179 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 221 del 2012 (vedi *ex plurimis* Cass. 16/1/2017 n.856).

Siffatti principi rinvengono applicazione anche in relazione alla comunicazione di cancelleria della sentenza via PEC.

E' stato infatti affermato che la comunicazione via PEC a cura della cancelleria fa decorrere il termine breve di sessanta giorni per

l'impugnazione ove risulti allegato il testo integrale della sentenza ed a tal fine, non è sufficiente il mero avviso del deposito della sentenza, atteso che la parte deve essere posta in grado di conoscere, sin dal momento della comunicazione, le ragioni sulle quali la pronuncia è fondata e di valutarne la correttezza onde predisporre eventualmente l'impugnazione (cfr. in termini Cass. 24/10/2017 n. 25136, Cass. 23/8/2016 n. 17251). Diversamente il ricorso per cassazione può essere proposto nel termine previsto dall'art. 327 cod. proc. civ.

Nel caso in esame l'attestazione depositata è relativa al deposito ed alla pubblicazione della sentenza e dalla stessa non si evince che era stata comunicata la sentenza nel suo testo integrale.

Dalle enunciate premesse consegue che tale comunicazione non è idonea a far decorrere il termine breve previsto dal citato art. 1 comma 62 della legge n. 92 del 2012.

Il ricorso spiegato dalla società, risulta quindi, ammissibile, perché notificato in data 25/7/2018 entro il termine di impugnazione sancito dall'art.327 c.p.c. nella versione di testo *pro tempore* vigente.

3. Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt.1175, 1375 e 2104 c.c. in relazione all'art.360 comma primo n.3 c.p.c. ed omessa insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

Ci si duole che la Corte di merito sia incorsa in errore nella interpretazione delle norme di diritto applicabili alla fattispecie. Avrebbe infatti tralasciato di considerare che il rapporto di lavoro in ogni sua fase va improntato al rispetto dei canoni di buona fede, correttezza e ordinaria diligenza, inquadrabili nell'archetipo delle norme cd.elastiche, le quali vanno interpretate alla stregua del complesso di regole in cui si sostanzia la civiltà del lavoro in un determinato contesto storico-sociale, di veri e propri *standards* normativi che rispetto a detti principi si trovano in rapporto essenziale ed integrativo.

Mostrandosi nel periodo di malattia impegnato in attività ricreative, egli avrebbe assunto un comportamento incompatibile con la dichiarata condizione depressiva venendo meno ai propri doveri di collaborazione con il datore di lavoro, mediante l'ostensione di atteggiamenti che testimoniavano la partecipazione ad attività palesemente contrarie a quegli obblighi di correttezza e buona fede - che rivestono la funzione di salvaguardare l'interesse della controparte alla prestazione dovuta e

all'utilità che la stessa le assicura - ai quali, secondo i principi richiamati, va uniformata la condotta del lavoratore.

Nell'ottica descritta i giudici del gravame avrebbero omesso di scrutinare la fattispecie alla luce di tale canone ermeneutico, non considerando il disvalore ambientale che la condotta del lavoratore aveva assunto in relazione alla posizione rivestita e al contesto in cui operava, fondando il proprio convincimento univocamente su di una articolata e controversa valutazione del ctu nominato in sede di gravarne

La Corte di merito si sarebbe acriticamente adeguata alle conclusioni rassegnate dal nominato ausiliare senza valutarne la complessiva attendibilità né confrontarne gli esiti con le disposizioni di legge applicabili.

4. Il motivo non è fondato.

La violazione del precetto normativo di riferimento da parte della Corte territoriale non appare riscontrabile nella fattispecie, essendo valutabile in termini di ragionevolezza l'elaborato giudizio di sussunzione del fatto concreto, siccome accertato, nella norma generale.

Al riguardo, va premesso che, anche alla stregua del concetto di malattia desumibile dall'art.32 della Costituzione, la patologia impeditiva considerata dall'art. 2110 Cod. Civile che, in deroga ai principi generali, riversa entro certi limiti sul datore di lavoro il rischio della temporanea impossibilità lavorativa, va intesa non come stato che comporti la impossibilità assoluta di svolgere qualsiasi attività, ma come stato impeditivo delle normali prestazioni lavorative del dipendente; di guisa che, nel caso di un lavoratore assente per malattia il quale sia stato sorpreso nello svolgimento di altre attività, spetta al dipendente, indubbiamente secondo il principio sulla distribuzione dell'onere della prova, dimostrare la compatibilità di dette attività con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa, la mancanza di elementi idonei a far presumere l'inesistenza della malattia e quindi, una sua fraudolenta simulazione, e la loro inidoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psico - fisiche, restando peraltro la relativa valutazione riservata al giudice del merito all'esito di un accertamento da svolgersi non in astratto, ma in concreto, con giudizio *ex ante*.

La Corte di merito si è fatta carico di confrontarsi con i principi elaborati in tema da questa Corte, rimarcando che lo svolgimento di attività extralavorativa durante il periodo di assenza per malattia costituisce illecito disciplinare e può essere ritenuto contrattualmente illegittimo per

violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, sia quando l'attività esterna, prestata o meno a titolo oneroso, sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione; sia quando, in violazione del dovere preparatorio all'adempimento e valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore (vedi Cass. 19/12/2000 n.15916, Cass. 15/1/2016 n.586, Cass. 27/4/2017 n.10416, Cass. 19/10/2018 n.26496).

All'esito di una analitica ricognizione delle acquisizioni probatorie e di una approfondita disamina degli elaborati medico-legali stilati dagli ausiliari nominati in entrambi i gradi di giudizio, il giudice del gravame è pervenuto alla conclusione che i comportamenti assunti dal lavoratore nel periodo di assenza per malattia erano compatibili con la diagnosi di una patologia di natura neurologica anche se giudicata dal CTU nominato in grado di appello di minore gravità (lieve stato ansioso depressivo) rispetto a quella diagnosticata in prime cure (episodio di depressione maggiore).

Ha escluso, quindi, sempre sulla scorta del motivato parere reso dal nominato ausiliare, fosse emerso che la diagnosi della patologia neurologica con prescrizione di quindici giorni di riposo, fosse il frutto di una progettazione fraudolenta e che i comportamenti assunti dal lavoratore si ponessero in condizione di incompatibilità rispetto alla guarigione ovvero solo si atteggiassero in termini di mero ostacolo ad una rapida soluzione dell'episodio morboso.

Alla luce delle sinora esposte considerazioni deve, pertanto, escludersi che nell'attività di integrazione del precetto normativo di cui all'art. 2119 c.c. il giudice di merito sia incorso nello stigma della violazione degli *standards* conformi ai valori dell'ordinamento ed esistenti nella realtà sociale, avendo svolto secondo valutazione di ragionevolezza, il giudizio di sussunzione del fatto concreto, siccome accertato, nella norma generale (vedi per tutte Cass. 20/05/2019 n.13534).

La pronunzia resiste, sotto tale profilo, alla formulata censura.

5. Il secondo motivo prospetta violazione e falsa applicazione dell'art.18 c.4 e 5 legge n.300/1970 come modificata dall'art.1 c.42 lett.a legge n.92/2012, nonché omessa insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

Si critica la statuizione con la quale si è accertata l'insussistenza del fatto contestato, per tale intendendo il fatto non solo in senso strettamente materiale ma anche giuridico. Si deduce che nello specifico la condotta del lavoratore si era estrinsecata materialmente secondo modalità certamente antiggiuridiche, per aver vulnerato i canoni di correttezza e buona fede e del rispetto degli obblighi di diligenza ai quali essa deve essere informata.

Sotto tale profilo si deduce che il comportamento del lavoratore era da ritenersi certamente esistente e rilevante sul piano disciplinare; in via gradata, si osserva che, quand'anche si fosse ritenuto non grave il comportamento del lavoratore sul piano fiduciario, il giudice del gravame avrebbe potuto applicare la sanzione di cui al quinto comma dell'art.18 novellato, dichiarando risolto il rapporto con applicazione di sanzione di carattere pecuniario.

6. Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Il *dictum* oggetto di critica, si colloca, invero, nel solco del consolidato orientamento espresso da questa Corte secondo cui l'insussistenza del fatto contestato, di cui all'art. 18 I. n. 300\70, come modificato dall'art. 1, comma 42, della I. n. 92 del 2012, comprende anche l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, sicché in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria di cui al comma 4 dell'art. 18, senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità (*ex plurimis*, vedi Cass. 7/2/2019 n. 3655, Cass. 5/12/2017 n. 29062).

Questa Corte ha più in particolare chiarito che non è plausibile che il legislatore, parlando di 'insussistenza del fatto contestato', abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, restando estranea alla fattispecie la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva (Cass. 6/11/2014 n.23669, che peraltro si riferiva ad un caso di insussistenza materiale del fatto contestato). In altre parole l'irrilevanza giuridica del fatto (pur accertato) equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art.18, quarto comma, cit.

La sentenza oggi impugnata si è conformata al suddetto insegnamento, rimarcando che l'assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente, deve essere ricondotto all'ipotesi, che prevede la reintegra nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato.

L'accertamento della sostanziale non illiceità dei fatti addebitati è risultato, come visto, corretto, non avendo peraltro formato oggetto di fondate censure ad opera della società ricorrente.

Il ricorso deve in definitiva rigettarsi, con spese di lite che seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

Trattandosi di giudizio instaurato successivamente al 30 gennaio 2013 sussistono le condizioni per dare atto ai sensi dell'art. 13 DPR 115/2002 della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1 bis dello stesso articolo 13, se dovuto.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in euro 200,00 per esborsi ed euro 2.500,00 per compensi professionali, oltre spese generali al 15% ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 co. 1 *quater* del DPR 115 del 2002 dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1 bis dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma il 7 ottobre 2020.