



Ordine dei Consulenti del Lavoro di Napoli Rubrica “Giurisprudenza: Una Sentenza al Mese”

A cura del Dott. **Edmondo Duraccio** con il gradito contributo del Centro **Studi ANCL**
“**O. Baroncelli**” della U.P. di Napoli e del Dott. **Francesco Duraccio**.

N.07 /Luglio 2014(*)

MALATTIA DEL LAVORATORE E CONTEMPORANEO LAVORO PRESSO TERZO CONCORRENTE DEL DATORE DI LAVORO. INAMMISSIBILITA'. SIMULAZIONE DEL PERIODO DI MALATTIA. PRESUNZIONE. LAVORO DURANTE LA MALATTIA PER POCHI GIORNI. ININFLUENZA. VIOLAZIONE DEL DOVERE DI FEDELTA'. SUSSISTENZA. PROCEDIMENTO DISCIPLINARE. NECESSITA'. LICENZIAMENTO PER TALE VIOLAZIONE. LEGITTIMITA'.

(Cassazione - Sezione Lavoro - n. 15365 del 4 Luglio 2014)

La malattia, come noto, è un **evento impeditivo della prestazione lavorativa** che riceve ampia tutela dal disposto ex art. 2110 c.c. inquadrandosi, dal punto di vista del “Diritto del Lavoro”, nella c.d. **sospensione del rapporto di lavoro** donde, pur in assenza di prestazione, il rapporto non si risolve ma si sospende ed **al lavoratore è assicurata la conservazione del posto di lavoro e la retribuzione per un determinato lasso di tempo denominato “periodo di comporta”**.

Solo al superamento di questo, perdurando l’evento, il datore di lavoro può procedere al licenziamento per superamento del periodo di comporta erogando, tuttavia, l’indennità sostitutiva del preavviso!!!

L’evento è, altresì, rilevante ai fini della “legislazione sociale” poiché interviene l’istituto Assicuratore (cioè l’INPS) mediante l’erogazione di determinate indennità integrate, poi, dal datore di lavoro al fine del raggiungimento di una percentuale di retribuzione (può essere anche il 100%) stabilita dai CCNL.

Durante l’evento, il lavoratore ha obblighi di natura legale e contrattuale da osservare. Ricordiamo, tra quelli legali, l’obbligo di essere disponibile a visita di controllo, effettuata solamente da strutture pubbliche, nelle c.d. fasce di reperibilità e, essenzialmente, quello di non compiere attività che ne pregiudichino la guarigione il che produrrebbe l’incremento di costi sociali a carico della collettività.

Si presume, da quanto sopra, che il lavoratore, durante l’evento impeditivo della prestazione, possa essere libero di fare ciò che vuole a condizione però che eventuali attività non pregiudichino la guarigione.

Potrebbe svolgere, ad esempio, lavoretti che non influiscano sulla guarigione o al più che la facilitino ma, di certo, **non in favore di un terzo che, addirittura, sia concorrente del proprio datore di lavoro.**

In tal caso la malattia si considera simulata? Sussiste la violazione del dovere di lealtà del lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro? E’ ininfluente il fatto che la prestazione presso il “terzo” sia durata pochi giorni?

E’ il caso della fattispecie che ci accingiamo a commentare che ha visto, come epilogo giudiziario, la **sentenza N. 15365 del 4 Luglio 2014 ad opera della Sezione Lavoro della Suprema Corte di**

Cassazione.

Vediamo, allora, il **fatto storico** che è identico ad altri che monitoriamo durante la nostra attività professionale.

Un lavoratore, dipendente di un supermercato nel reparto "carni" (come macellaio) invia al proprio datore di lavoro certificato di inidoneità provvisoria al lavoro per malattia. Durante il periodo di malattia presta attività presso una macelleria, concorrente, quindi, del proprio datore di lavoro.

Gli viene contestata, attraverso la procedura ex art. 7 della legge 300/70, in combinato disposto con l'art. 2106 c.c., la violazione dei doveri di correttezza e del codice disciplinare donde la presunzione della simulazione della malattia (aggravante nel comportamento) trattandosi della stessa attività e della stessa mansione.

Il **procedimento disciplinare** si conclude con il **licenziamento del lavoratore** che, quindi, ricorre al Giudice del lavoro.

Il Tribunale, quale Giudice di prime cure, dichiara **illegittimità del licenziamento** in quanto la temporanea prestazione del ricorrente presso un terzo non aveva pregiudicato la guarigione donde la sproporzione (*id*: principio di gradualità ex art. 2106 c.c.) tra illecito e sanzione. Dello stesso avviso la Corte di Appello.

Primo **ricorso in Cassazione del datore di lavoro** il quale lamenta che la Corte di Appello non avesse giudicato il vero motivo del provvedimento disciplinare vale a dire **la violazione dei doveri fondamentali di lealtà e di correttezza** (*id*: art. 151 del CCNL applicato) in quanto non era in discussione esclusivamente la malattia **ma il lavoro presso un terzo, con le stesse mansioni e, per di più, concorrente del datore di lavoro.**

La Cassazione, **con sentenza N. 3753/2011**, rinvia la causa alla Corte di Appello sulla scorta della mancata decisione ed istruttoria sul fatto principale vale a dire la violazione del divieto di concorrenza.

Questa volta, **la Corte di Appello conferma il licenziamento**, con sentenza dell'11 Febbraio 2013, ritenendo violata la disposizione di cui all'art. 151 del CCNL (codice disciplinare) **partendo dal presupposto dell'identità di mansioni svolte presso il terzo concorrente (circostanza confermata dallo stesso lavoratore) donde l'applicabilità del licenziamento previsto dal codice disciplinare e la presunzione della simulazione della malattia anche sulla scorta di prova testimoniale che aveva assistito all'invito, rivolto al lavoratore, dal terzo concorrente con ampia disponibilità del primo a lavorare per la qual cosa avrebbe preso un giorno di malattia.**

Il lavoratore ricorre in Cassazione in quanto l'attività svolta presso l'altro imprenditore era stata minimale, il testimone della telefonata era inattendibile e, in ogni caso, sussisteva la sproporzione tra fatto ipoteticamente illecito e sanzione espulsiva.

Gli Ermellini, **con sentenza N. 15365 del 4 Luglio 2014**, hanno **respinto** il ricorso.

In primis, i Giudici hanno ravvisato nei motivi di gravame "nuove" censure di merito che non sono oggetto del giudicato della Cassazione.

Hanno, poi, riconosciuto che **i Giudici di merito avevano accertato lo svolgimento di un'attività concorrenziale, attese le mansioni e la medesima attività svolta dall'imprenditore concorrente del datore di lavoro, durante un periodo di malattia.** Gli stessi avevano, quindi, accertato, nel comportamento del lavoratore, la violazione delle disposizioni di cui all'art. 151 del CCNL che prevede la sanzione del licenziamento con declaratoria di proporzionalità tra il fatto e la sanzione, in sintonia con il principio sancito dall'art. 2106 c.c. .

I medesimi Giudici di merito avevano, infine, accertato la slealtà dimostrata dal dipendente che, certamente, **non aveva rispettato i principi di correttezza e buona fede svolgendo le stesse mansioni per terzi che aveva preteso di non poter svolgere per il datore di lavoro a causa di malattia di cui era legittimo, pertanto, presumerne l'insussistenza.**

Gli *Ermellini* hanno giudicato **corretta, congrua e coerente** con le disposizioni del CCNL la motivazione di merito **essendo ininfluente la circostanza che l'attività presso terzi (mai contestata dal lavoratore) fosse stata di breve durata.**

Ergo, ai fini del giudizio, erano più che sufficienti le circostanze **della malattia e della medesima mansione esercitata dal lavoratore presso i due soggetti concorrenti.**

Ciò quasi a voler dire: ma se la malattia ti ha impedito la prestazione lavorativa presso il datore di lavoro, avrebbe dovuto impedirla anche nei confronti del "terzo" concorrente. Così non è stato? Allora, hai violato l'obbligo di correttezza e lealtà in virtù di un evento malattia simulato ed insussistente.

Buona riflessione!!!

Raccomandiamo, vivamente, ai colleghi la possibilità di discutere le sentenze di Cassazione, di cui alla presente Rubrica, con i propri praticanti.

Buon Approfondimento

Il Presidente
Edmondo Duraccio

**(*) Riproduzione e pubblicazione, anche parziale, vietata.
Riservata agli iscritti all'Albo di Napoli.
Diritti appartenenti agli autori.**