

La circolare di lavoro e previdenza n. 9/2017

Malattia del lavoratore e comportamenti che ne pregiudicano la guarigione: legittimo il licenziamento

di Nicola Ghirardi – avvocato e dottore di ricerca in diritto del lavoro

Cosa succede quando il lavoratore che si trova in malattia o infortunio viene “pizzicato” a tenere comportamenti incompatibili con il dichiarato stato di infermità o che possono compromettere la sua guarigione (e la conseguente ripresa dell’attività lavorativa)?

Una recente [sentenza del Tribunale di Padova](#) ha ritenuto legittimo il licenziamento di un dipendente che, nonostante una distorsione alla caviglia, era stato scoperto a portare sacchi pesanti, percorrere tratti di strada di corsa e rimanere in piedi per lunghi periodi di tempo.

Malattia e comportamenti extralavorativi: la decisione del Tribunale di Padova

Nel caso esaminato dalla [sentenza del Tribunale di Padova n. 755/2016](#), un lavoratore subiva un infortunio sul lavoro (trauma alla gamba destra con distorsione della caviglia), con conseguente inabilità temporanea al lavoro per un periodo di circa 3 mesi; a seguito di accertamenti effettuati da agenzie investigative nel corso del periodo di astensione di lavoro, gli veniva contestato di aver tenuto comportamenti tali da far ritenere che la patologia denunciata non sussistesse, ovvero che non fosse tale da giustificare l’astensione dal lavoro, o almeno che ne potesse essere pregiudicata o rallentata la guarigione. In particolare, gli veniva contestato di aver più volte attraversato la strada di corsa, di aver camminato portando dei sacchi e di aver giocato alle *slot machines* restando in piedi per ore, anche poggiando su una gamba sola. Il lavoratore veniva conseguentemente licenziato per giusta causa.

Nella prima fase del giudizio (c.d. Fornero) di impugnazione il licenziamento veniva dichiarato illegittimo, in quanto dallo svolgimento delle attività rilevate nella contestazione non poteva desumersi che il lavoratore fosse parimenti in grado di svolgere il lavoro cui era adibito, tenuto conto che comportava l’uso del martello pneumatico e di altri strumenti che richiedevano sforzo fisico, nonché salita e discesa da spazi ristretti e con caricamento sulle spalle di materiali pesanti.

Il giudice della fase successiva rilevava invece come il lavoratore licenziato non si fosse attenuto alle prescrizioni mediche (che prevedevano, in caso di movimento, l'uso di una cavigliera e di stampelle) e avesse tenuto condotte che caricavano sulla caviglia anche per un lasso di tempo notevole. Nonostante secondo il CTU tali comportamenti non avessero inciso concretamente sulla guarigione del lavoratore, il giudice affermava che:

“La valutazione (del CTU) è chiaramente svolta a posteriori e ha riguardo a una data anteriore a quella della prognosi conclusiva. Conta invece la valutazione ex ante, e deve dirsi allora che chi ha subito un infortunio alla caviglia tiene un comportamento negligente se corre o resta a lungo in piedi, sforzando la caviglia al di là di ciò che gli è consentito dalle prescrizioni. Questo comportamento realizza, secondo una prognosi ex ante, una situazione di pericolo che era dovere del lavoratore evitare, e che giustifica il venir meno della fiducia del datore di lavoro, che può esigere dal lavoratore non il rientro anticipato al lavoro, ma un comportamento secondo buona fede in costanza di malattia”.

Il giudice, in accoglimento delle domande dell'azienda, concludeva quindi giudicando legittimo il licenziamento.

La [sentenza in commento](#) si pone in linea con quanto già affermato dalla giurisprudenza sul punto:

“Il lavoratore assente per malattia con diritto alla conservazione del posto, che si dedichi ad attività fisiche incompatibili con la sussistenza della malattia addotta a giustificazione dell'assenza, viene meno agli obblighi di fedeltà, lealtà e correttezza, che gli impongono di astenersi da attività che possano aggravare il suo stato di salute e impedirgli di recuperare al più presto le proprie energie fisico-psichiche al fine di tornare nel posto di lavoro in piena efficienza, onde, integrando tale condotta un notevole inadempimento contrattuale, è legittimo il licenziamento intimatogli per giustificato motivo (caso di una lavoratrice addetta alle pulizie che, assente dal lavoro perché affetta da asserita lombosciatalgia, era stata scoperta trattenersi fino all'orario di chiusura di un locale da ballo, impegnata in balli)”¹.

Premesso che la malattia, ai soli fini lavoristici, ricomprende soltanto quelle affezioni morbose comportanti un'incapacità al lavoro, secondo una versione più circoscritta di quella medico-legale, avuto riguardo alle specifiche mansioni dedotte nel rapporto obbligatorio², dottrina e giurisprudenza hanno affermato che l'evento morboso sospende la sola esigibilità della prestazione, ma non il

¹ Trib. Arezzo, 7 aprile 1986.

² S. Servidio, *Lavoratore in malattia e prestazioni a favore di terzi*, Dir. Pr. Lav., 2016, pag. 2552. In giurisprudenza sul punto si veda Cass. n. 24591/2006.

rapporto di lavoro inteso come insieme di obbligazioni intercorrenti tra le parti³, riconducendo genericamente il dovere del lavoratore in malattia di non compromettere la propria guarigione con condotte extralavorative agli obblighi di correttezza e buona fede (articoli [1175](#) e [1375](#) cod. civ.), diligenza (articolo [2104](#) cod. civ.) e fedeltà (articolo [2105](#) cod. civ.).

Il rientro del lavoratore al termine della malattia costituisce pertanto circostanza di per sé irrilevante al fine di verificare l'incidenza della diversa attività lavorativa o extralavorativa prestata dal lavoratore in malattia nel ritardare o pregiudicare la guarigione, poiché l'accertamento della mancanza di pregiudizio va operata *ex ante*⁴.

Si tratta, dunque, di un illecito di pericolo, e non di danno:

“Lo svolgimento da parte del lavoratore di altra attività lavorativa o ludica durante il periodo di assenza dal lavoro per malattia costituisce illecito di pericolo e non di danno. Pertanto tale illecito sussiste non solo quando la predetta attività abbia comportato un effettivo ritardo nella ripresa del servizio, ma anche allorché quest'ultima sia stata meramente messa in pericolo”⁵.

Alla luce di questo principio, la sentenza in commento ha ritenuto irrilevante che la CTU medico-legale disposta nel corso del procedimento avesse giudicato che i comportamenti dal lavoratore nel corso della malattia non avessero inciso concretamente sulla guarigione del lavoratore.

L'impostazione testé citata è stata oggetto di critiche in dottrina, secondo cui la valutazione di compatibilità fra l'attività extralavorativa del prestatore in malattia e la pronta guarigione dalla specifica patologia accusata, implicando considerazioni di carattere squisitamente scientifico, dovrebbe essere compiuta, salvo casi di palese evidenza per il senso comune da censirsi con estremo rigore, alla luce di precise competenze mediche, con il rischio altrimenti *“di divenire un pretesto per l'indiscriminata affermazione della discrezionalità giudiziale”⁶.*

Malattia e attività lavorativa prestata a favore di terzi

La giurisprudenza ha spesso esaminato fattispecie relative a lavoratori che, pur trovandosi in stato di malattia o infortunio, venivano scoperti a svolgere attività lavorativa a favore di terzi. In questo caso, dunque, non si tratta solo di comportamenti extralavorativi (ludici o, comunque, relativi alla vita

³ Sul punto R. Vianello, *La sospensione della prestazione di lavoro, Contratto di lavoro e organizzazione*, in Tratt. Dir. Lav. diretto da M. Persiani - F. Carinci, IV, I, Padova, 2012, pag. 1084.

⁴ Cass. n. 4869/2014.

⁵ Cass. n. 16465/2015. Sul punto si legga anche P. Pulliati, *L'attività lavorativa o ludica del lavoratore in malattia: illecito di pericolo e non di danno*, Lav. Giur., 2016, pag. 56.

⁶ P. Pulliati, *op. cit.*, pag. 60.

privata del soggetto), ma di attività che configurano una vera e propria prestazione lavorativa a favore di terzi.

I giudici, pur escludendo, sin da epoca molto risalente⁷, che sussista un generale divieto di prestare attività lavorativa a favore di terzi durante la malattia, hanno tracciato dei limiti ben precisi, affermando in particolare che:

“Non sussiste per il lavoratore assente per malattia un divieto assoluto di prestare – durante tale assenza – attività lavorativa in favore di terzi, purché questa non evidenzi una simulazione di infermità, ovvero importi violazione al divieto di concorrenza, ovvero ancora, compromettendo la guarigione del lavoratore, implichi inosservanza al dovere di fedeltà imposto al prestatore d'opera. Pertanto non si configura giusta causa di licenziamento ove non sia stato provato che il lavoratore abbia agito fraudolentemente in danno del datore di lavoro, simulando la malattia per assentarsi in modo da poter espletare un lavoro diverso o lavorando durante l'assenza con altre imprese concorrenti (con quella cui è contrattualmente legato) oppure – anziché collaborare al recupero della salute per riprendere al più presto la propria attività lavorativa – abbia compromesso o ritardato la propria guarigione strumentalizzando così il suo diritto al riposo per trarne un reddito dal lavoro diverso in costanza di malattia ed in danno del proprio datore di lavoro”⁸.

E ancora:

“Lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia può giustificare il recesso del datore di lavoro in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, oltre che nell'ipotesi in cui tale attività esterna sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi una fraudolenta simulazione 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 e il rientro in servizio con conseguente irrilevanza della tempestiva ripresa del lavoro alla scadenza del periodo di malattia”⁹.

Il dipendente in malattia può quindi svolgere una diversa attività lavorativa (in favore di soggetti non in concorrenza con il datore di lavoro), a condizione che questa non comprometta o ritardi la guarigione (si immagini il caso, ad esempio, di un operaio che abbia subito un infortunio che gli impedisca di camminare, e nel periodo di assenza si dedichi al lavoro di “data entry”, seduto al computer).

⁷ Una delle prime sentenze sul punto è Cass. n. 2244/1976.

⁸ Cass. n. 4237/2015.

⁹ Cass. n. 18507/2016; conf. Cass. n. 21253/2012; Cass. n. 13675/2012.

Secondo autorevole dottrina, il lavoratore in malattia in grado di svolgere attività lavorativa, diversa da quella normalmente svolta, avrebbe comunque l'obbligo di offrirla prioritariamente al proprio datore di lavoro, al fine di verificare se quest'ultimo la possa utilizzare¹⁰; diversamente, secondo la giurisprudenza, il dipendente può ricevere una sanzione (conservativa) per il comportamento tenuto¹¹.

Per quanto riguarda l'onere della prova, si è affermato che:

“Il lavoratore, al quale sia contestato in sede disciplinare di avere svolto un altro lavoro durante un'assenza per malattia, ha l'onere di dimostrare la compatibilità dell'attività con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa contrattuale e la sua inidoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psico-fisiche, restando, peraltro, le relative valutazioni riservate al giudice del merito all'esito di un accertamento da svolgersi non in astratto ma in concreto”¹².

Si noti che non è però mancata giurisprudenza di segno opposto (seppur minoritaria), la quale ha posto invece il relativo *onus probandi* a carico del datore di lavoro¹³.

Controlli effettuati tramite agenzie investigative

Nonostante il divieto per il datore di lavoro, ai sensi dell'[articolo 5](#) St.Lav., di effettuare accertamenti sull'idoneità e sull'infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente, l'imprenditore può effettuare controlli innanzitutto mediante i servizi ispettivi degli Istituti previdenziali competenti. Inoltre, come nel caso esaminato, può utilizzare degli investigatori privati, al fine di verificare, anche al di fuori delle fasce orarie che costringono il lavoratore a non lasciare il domicilio, che quest'ultimo non tenga comportamenti tali da ostacolare o rendere difficile la guarigione ovvero che svolga attività tali da attestare la simulazione della malattia stessa.

Così la giurisprudenza sul punto:

“Le disposizioni dell'art. 5 della legge 20 maggio 1970, n.300, in materia di divieto di accertamenti da parte del datore di lavoro sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente e sulla facoltà dello stesso datore di lavoro di effettuare il controllo delle assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non precludono al datore

¹⁰ P. Ichino, *Il ginocchio infermo compatibile con la partita di calcio ma non con la prestazione lavorativa*, nota a Tribunale di Pisa 16 luglio 2005, in Riv. it. dir. lav., 2006, II, pag. 460.

¹¹ Cass. n. 4237/2015, secondo cui il comportamento del lavoratore appare “meritevole di una sola sanzione conservativa, data la scarsa lealtà dimostrata dal lavoratore che, se riteneva di essersi completamente rimesso prima della scadenza del periodo di malattia, avrebbe dovuto, correttamente offrire la propria prestazione al datore di lavoro, anziché ad un terzo”.

¹² Cass. n. 856/2016; nello stesso senso, tra le molte, Cass. n. 5809/2013; Cass. n. 24709/2013; Cass. n. 26290/2013; Cass. n. 17625/2014; Cass. n. 21093/2014.

¹³ Si veda ad esempio Cass. n. 4369/2014, secondo cui “la prova dell'incidenza della diversa attività lavorativa o extralavorativa nel ritardare o pregiudicare la guarigione ai fini del rilievo disciplinare di tale attività nel corso della malattia, è comunque a carico del datore di lavoro”. Nello stesso senso Cass. n. 6375/2011; Cass. n. 15476/2012.

medesimo di procedere, al di fuori delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto atte a dimostrare l'insussistenza della malattia o la non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato d'incapacità lavorativa e, quindi, a giustificare l'assenza. (Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimi gli accertamenti demandati, dal datore di lavoro, a un'agenzia investigativa, e aventi a oggetto comportamenti extra - lavorativi, che assumevano rilievo sotto il profilo del corretto adempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro)¹⁴.

I dati raccolti dalle agenzie investigative potranno quindi essere utilizzati in giudizio dal datore di lavoro a prova del comportamento tenuto dal lavoratore¹⁵.

Conclusioni

Il lavoratore in malattia o infortunio che tenga comportamenti di per sé sufficienti a far presumere l'inesistenza della malattia, oppure che possano pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio, può essere licenziato per giusta causa. La valutazione sull'incidenza di tali comportamenti sull'esito della guarigione dev'essere effettuata con giudizio *ex ante* in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, e non a posteriori.

In linea di principio non è vietato al lavoratore di prestare attività a favore di terzi (non in concorrenza con il datore di lavoro) durante il periodo di assenza regolarmente certificato, a patto che ciò non comprometta o ritardi la guarigione strumentalizzando il suo diritto al riposo, in danno del proprio datore di lavoro. In questo caso il lavoratore dovrebbe comunque offrire la prestazione lavorativa residua in via prioritaria al proprio datore di lavoro.

La verifica di tali comportamenti può essere attuata dal datore di lavoro anche attraverso agenzie investigative specializzate.

¹⁴ Cass. n. 25162/2014; si veda anche Tribunale di Roma 31 gennaio 1996, secondo cui "non è preclusa al datore di lavoro la facoltà di avvalersi di agenzie investigative per verificare lo svolgimento di attività lavorativa da parte del lavoratore assente per malattia, non ricadendo tale tipo di controllo tra le ipotesi disciplinate dagli art. 4, 5 e 6 l. n. 300 del 1970".

¹⁵ In materia di controlli sulle condotte extralavorative del lavoratore attraverso agenzie investigative, sia consentito rinviare a N. Ghirardi, *Agenzie investigative: la Cassazione ribadisce la legittimità dei controlli sui lavoratori*, in "Il giurista del Lavoro", n. 12/2016, pag. 2.