AULA 'A'

15989.16

ESENTE REGISTRAZIONE ESENTE BOLLO ESENTE DIRITTI

Oggetto

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 4861/2015

SEZIONE LAVORO

Cron. 15989

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

Dott. VINCENZO DI CERBO - Presidente -

Ud. 27/04/2016

Dott. FEDERICO BALESTRIERI - Consigliere -

PU

Dott. ADRIANO PIERGIOVANNI PATTI - Rel. Consigliere -

Dott. LUCIA ESPOSITO - Consigliere -

Dott. PAOLA GHINOY - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 4861-2015 proposto da:

(omissis) S.P.A. P.I. (omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (omissis), presso lo studio dell'avvocato (omissis), che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato (omissis) (omissis), giusta delega in atti;

2016

1710

- ricorrente -

contro

(omissis) C.F. (omissis), elettivamente domiciliata in (omissis), presso lo

studio dell'avvocato (omissis) , che la rappresenta e difende giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 10298/2014 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 11/12/2014 r.g.n. 3806/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 27/04/2016 dal Consigliere Dott. ADRIANO PIERGIOVANNI PATTI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MARIO FRESA, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

FATTO

La Corte d'appello di Roma, in riforma della sentenza di primo grado (che aveva rigettato l'opposizione di (omissis) avverso l'ordinanza dello stesso Tribunale di reiezione delle proprie domande), con sentenza 11 dicembre 2014, dichiarava l'illegittimità del licenziamento intimatole l'11 luglio 2012 dalla datrice (omissis) s.p.a., cui ordinava l'immediata reintegrazione della lavoratrice, pure condannandola al risarcimento del danno in suo favore, commisurato sulle retribuzioni globali di fatto maturate dal recesso all'effettiva reintegrazione, oltre rivalutazione, interessi e spese di entrambi i gradi.

A motivo della decisione, la Corte territoriale riteneva lo stato di malattia, da cui (omissis) (omissis) era stata affetta per l'intero mese di febbraio 2012 in cui era rimasta assente dal lavoro, non simulato e compatibile con la prestazione (per cinque giorni a settimana per quattro ore al giorno) della sua attività lavorativa domestica in favore di (omissis) , in quanto inidonea a comprometterne la riabilitazione psichica, ma verosimilmente favorevole alla sua ripresa, tenuto conto della natura diagnosticata della patologia, di sindrome ansioso depressiva, procurata dall'ambiente di lavoro presso la società datrice: con la conseguente illegittimità del licenziamento per tale ragione intimatole.

Con atto notificato il 16 febbraio 2015, (omissis) s.p.a. ricorre per cassazione con cinque motivi, cui resiste (omissis) con controricorso e memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 c.c., 115 e 116 c.p.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 e n. 4 c.p.c., per difetto di prova, nell'onere della lavoratrice, della compatibilità in concreto della condizione di malattia con l'attività domestica svolta ed avendo la Corte territoriale operato una valutazione meramente ipotetica, disancorata da un effettivo accertamento.

Con il secondo, la ricorrente deduce l'omesso esame di fatti decisivi, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 5 c.p.c., quali l'effettiva prestazione di attività lavorativa di (omissis) (omissis) in favore di (omissis) , la natura sua e della patologia da cui affetta e la compatibilità di questa con l'attività lavorativa.

Con il terzo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2110, 2119, 2104, 2105, 2016 c.c., 115, 116 c.p.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., per erronea esclusione dalla Corte territoriale, e pure con motivazione contraddittoria, della giusta causa di licenziamento per grave abuso delle norme relative al trattamento di

malattia, prevista dall'art. 183, quinto comma, lett. *g*) CCNL Turismo - Pubblici Esercizi, alla luce del comportamento tenuto dalla lavoratrice, dapprima confessorio e quindi negatorio della prestazione di attività lavorativa (pure a fronte di esibizione di busta paga del mese di febbraio 2012 altrimenti giustificata), integrante una simulazione del rapporto lavorativo e comunque con violazione dei generali doveri di correttezza e buona fede degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà.

Con il quarto, la ricorrente deduce nullità della sentenza per omessa pronuncia, in violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4 c.p.c., sulla propria domanda subordinata di conversione del licenziamento per giusta causa in giustificato motivo soggettivo per la gravità dell'inadempimento della lavoratrice.

Con il quinto, ella deduce nullità della sentenza per omessa pronuncia, in violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4 c.p.c., sulla propria domanda subordinata di detrazione dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum* da quanto eventualmente dovuto alla lavoratrice, con formulazione allo scopo di istanze istruttorie.

In via preliminare, occorre affermare l'ammissibilità del ricorso, contestata dalla lavoratrice, per la puntuale esposizione dei fatti di causa e la chiara ed argomentata formulazione di censure alla sentenza impugnata correttamente devolutive delle questioni a questa Corte, nella rispondenza delle indicazioni di contenuto prescritte dall'art. 366 c.p.c.

Tanto premesso, è noto come, in linea di principio e secondo insegnamento consolidato di questa Corte (ultimamente ribadito da: Cass. 3 marzo 2015, n. 4237), non sussista per il lavoratore assente per malattia un divieto assoluto di prestare, durante tale assenza, un'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. Sicchè, non si configura una 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 e in danno del proprio datore di lavoro.

Ma nel caso di specie, la ricorrente ha denunciato, con il secondo motivo, addirittura il mancato accertamento, alla stregua di omesso esame di fatti decisivi, dell'effettiva

natura della ~~prestazione di~~ attività lavorativa di (omissis) in favore di (omissis), della natura ~~sua e~~ della patologia da cui affetta e la compatibilità di questa con l'attività lavorativa.

Appare evidente come esso sia logicamente e giuridicamente pregiudiziale all'esame della pure denunciata, con il primo mezzo, violazione degli artt. 2697 c.c., 115 e 116 c.p.c., per difetto di prova, nel protestato onere della lavoratrice, della compatibilità in concreto della condizione di malattia con l'attività domestica svolta: e quindi in relazione al suo regime di corretta ripartizione (da ultimo posto a carico della predetta, in particolare da: Cass. 15 gennaio 2016, n. 586; Cass. 3 marzo 2015, n. 4237; Cass. 25 novembre 2013, n. 26290; e sempre tenuto conto della peculiare specificità dell'attività prestata, tale da essere sufficiente a far presumere, valutata con giudizio *ex ante* in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, il pregiudizio o il ritardo nella guarigione e nel rientro in servizio: Cass. 5 agosto 2014, n. 17625; Cass. 29 novembre 2012, n. 21253).

Ed infatti, il vizio di violazione o falsa applicazione di norma di diritto, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., ricorre o non ricorre a prescindere dalla motivazione (che può concernere soltanto una questione di fatto e mai di diritto) posta dal giudice a fondamento della decisione (*id est*: del processo di sussunzione), per l'esclusivo rilievo che, in relazione al fatto accertato, la norma non sia stata applicata quando doveva esserlo, ovvero che lo sia stata quando non si doveva applicarla, ovvero che sia stata male applicata (Cass. 15 dicembre 2014, n. 26307; Cass. 24 ottobre 2007, n. 22348).

Sicchè, il processo di sussunzione, nell'ambito del sindacato sulla violazione o falsa applicazione di una norma di diritto, presuppone la mediazione di una ricostruzione del fatto incontestata; al contrario del sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 360, primo comma n. 5 c.p.c., che invece postula un fatto ancora oggetto di contestazione tra le parti Cass. 22 marzo 2016, n. 5592).

Il che appunto presuppone che l'accertamento del fatto sia stato preliminarmente compiuto, oggetto della seconda doglianza.

Ebbene, essa è fondata.

E ciò perchè la Corte capitolina si è sottratta a quell'accertamento in concreto, di sua spettanza ed all'esito del quale essa avrebbe dovuto compiere le relative valutazioni, in ordine all'effettiva prestazione di attività lavorativa di (omissis) in favore di (omissis) (omissis), alla qualità e consistenza di tale prestazione, alla natura della patologia da cui affetta e della compatibilità di questa con l'attività lavorativa.

La Corte territoriale non ha condotto alcun effettivo accertamento né in ordine alla prestazione dell'attività lavorativa e tanto meno alla sua natura (sul rilievo della "*discrasia tra quanto dichiarato in sede di fase cautelare e in questo giudizio, dove la*

ricorrente afferma di non aver, di fatto, lavorato e che la motivazione addotta ... appare poco convincente", essa così prosegue: *"Tuttavia, anche a voler tener conto del fatto che la* (omissis) *in costanza di malattia, abbia effettivamente lavorato per il* (omissis)*"*, nella prima parte del primo capoverso di pg. 5 della sentenza), né alla qualità della malattia ed alla compatibilità di questa con la prestazione lavorativa (come risulta dalle ragioni perplesse esposte a pg. 5 della sentenza).

In tal modo, risulta integrato l'omesso esame di fatti storici, chiaramente individuati e decisivi per il giudizio oggetto di discussione tra le parti: sicchè, il tenore astratto e in termini meramente probabilistici della pronuncia, disancorata da un positivo accertamento dei fatti costitutivi della pretesa, ne rivela il carattere di motivazione meramente apparente, ben sindacabile in sede di legittimità nella sua riduzione al "minimo costituzionale", alla stregua del novellato art. 360, primo comma, n. 5 c.p.c. (Cass. s.u. 7 aprile 2014, n. 8053), applicabile *ratione temporis*.

Dalle superiori argomentazioni discende coerente, in accoglimento del secondo mezzo assorbente l'esame di tutti gli altri, la cassazione della sentenza impugnata con il rinvio per il superiore accertamento, oltre che per la regolazione delle spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione.

P.Q.M.

La Corte

accoglie il secondo motivo di ricorso, assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per la regolazione delle spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 27 aprile 2016

Il consigliere est.
(dott. Adriano Patti)

Il Presidente
(dott. Vincenzo Di Cerbo)

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott. Giovanni Ruello

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
IV Sezione LAVORO
DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Oggi - 1 AGO 2016
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott. Giovanni Ruello