



TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE LAVORO

in persona del giudice Franco Caroleo, ha pronunciato in nome del popolo italiano la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 11236 del Ruolo Generale per l'anno 2024

TRA

Parte_1, con l'avv. Roberto Carapelle.

PARTE ATTRICE

E

Controparte_1 in persona del legale rappresentante p.t., con gli avv.ti Luca Garramone e Sergio Alberto Codella.

PARTE CONVENUTA

CONCLUSIONI:

come in atti.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso regolarmente notificato, la parte attrice ha evocato in giudizio la convenuta in epigrafe, chiedendo al Tribunale:

“- accertarsi e dichiararsi l'illegittimità del licenziamento intimato al ricorrente in data 30/07/2024 in quanto privo di giusta causa o giustificato motivo e per l'effetto

*- condannarsi parte convenuta a reintegrare la sig.ra **Parte_1** nel suo posto di lavoro ed al pagamento di tutte le retribuzioni utili ai fini del calcolo del TFR pari ad euro 2.632,47 – o quelle veriori accertande in corso di causa- maturate e maturande dal giorno del licenziamento a quello di effettiva reintegra oltre al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali di legge.*

- Oltre rivalutazione monetaria ed interessi;

-Vinte le spese con maggiorazione 30% ex art 4 c.1 bis DM 55/2014 , spese generali, cpa ed iva con distrazione in favore dell'avvocato antistatario”.

La convenuta si è costituita in giudizio e ha sostenuto l'infondatezza delle pretese avversarie, chiedendo il rigetto del ricorso.

1. Il ricorso è fondato e deve essere accolto per le ragioni che si illustrano di seguito.

*

2. La condotta ascritta alla parte attrice, e posta a base del licenziamento di cui è causa, consiste nell'aver svolto, nella giornata del 29.6.2024, durante il periodo di congedo per malattia e a distanza di 5 giorni dall'infortunio occorso, attività dirette a ottemperare interessi personali (effettuare acquisti presso negozi e mercato rionale) e a camminare per lungo tempo al caldo (17 minuti di camminata percorrendo circa 1,7 km), ponendo così in essere attività idonee a pregiudicare la guarigione e a ritardare il rientro in servizio (cfr. all. n. 14 al ricorso).

2.1. Per parte sua, l'attrice non ha negato di aver compiuto le attività addebitate, ma si è difesa sostenendo che:

- si è trattato di attività connesse all'acquisto di generi di prima necessità a cui poteva provvedere solo lei, atteso che il marito era allettato a casa a seguito di intervento chirurgico;
- il comportamento censurato era comunque in linea con le prescrizioni mediche e non aveva in alcun modo dilatato i tempi di guarigione.

2.2. Si deve premettere che lo svolgimento da parte del lavoratore in stato di malattia di attività extra-lavorativa non è illecito, se non in quanto integri violazione dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. come integrato dagli artt. 1175 e 1375 c.c., ciò che si verifica se l'attività in questione può ritardare la guarigione ovvero l'attività assuma portata palese della simulazione della malattia (cfr., in materia di svolgimento di altra attività lavorativa per conto terzi, Cass. nn. 10416/2017, 16465/2015, 17625/2014, 21253/2012, 9474/2009).

2.3. Nella specie, risulta incontrovertibile che la parte attrice, a seguito dell'infortunio subito il 24.6.2024, presentava un quadro patologico post-traumatico così descritto (cfr. all. n. 7 al ricorso): *“distacco osseo del margine inferolaterale del calcagno sinistro; dolore acuto da trauma”*.

2.4. Stando alla tesi della società convenuta, lo stato di salute così certificato sarebbe stato aggravato dalle attività compiute dalla parte attrice nella giornata del 29.6.2024.

2.5. Al riguardo, non può non evidenziarsi come il giudizio che viene in esame (malattia vera o simulata/non impeditiva) non può che fondarsi, se del caso acquisendo riscontri tecnici medico-legali, sul raffronto tra il tipo di malattia e l'attività in concreto svolta (cfr. Cass. nn. 586/2016, 17625/2014, 21253/2012, 15916/2000).

Tuttavia, le prospettazioni della datrice si basano esclusivamente sulle descrizioni contenute nella relazione delle indagini investigative commissionate dalla società (cfr. all. n. 1 alla memoria), tutte involgenti valutazioni (*“... evidenziava una zoppia ed andatura sostenuta a fatica”*, *“... nonostante l'handicap fisico dovuto alla lesione al piede sx.”*, *“... ha tenuto un comportamento sicuramente non idoneo a promuovere una veloce guarigione dalla malattia”*) prive di alcun sostrato medico-scientifico (e sulle quali apparirebbe inammissibile una prova per testimoni, in quanto valutativa).

Nella presente fattispecie, dunque, ciò che è stato acquisito al processo è solamente che la parte attrice aveva compiuto alcuni atti di vita quotidiana, senza però che possa dirsi riscontrato (non potendosi attribuire alcun valore probatorio alle valutazioni fornite dagli investigatori) l'effettivo aggravamento delle condizioni di salute (tenuto peraltro conto che nella relazione investigativa si dà conto che per tutta la giornata la lavoratrice ha indossato “*una fasciatura bianca ed un tutore scuro*”).

Non può, del resto, apparire revocabile in dubbio che gravi sul datore di lavoro l'onere di provare sia lo svolgimento dell'attività esterna sia le *caratteristiche* della stessa che la rendano illecita.

Ma nella lettera di licenziamento la società datrice di lavoro si è limitata ad affermare che le condotte descritte nella relazione investigativa sarebbero di per sé tali da pregiudicare e/o ritardare la guarigione e il rientro in servizio della dipendente, senza però evidenziare gli specifici fattori che ricolleghino causalmente una camminata in piano per 17 minuti all'asserito ritardo della guarigione né documentare che le proroghe del congedo trovino ragione proprio nelle condotte censurate.

2.7. Per contro, la difesa attorea ha dato conto di aspetti clinici e fattuali che consentono di inferire che il comportamento sanzionato non sia contrario alle prescrizioni mediche, atteso che:

- all'attrice non sono state impedito né la stazione eretta né la deambulazione;
- è stata applicato il *particolare* tutore, che la lavoratrice indossava correttamente anche il giorno oggetto di indagine;
- non pare prospettabile un “*abuso*” del congedo, tenuto conto che si tratta di una sola giornata, di un solo spostamento di 17 minuti in piano e di condotte riconducibili all'acquisto di generi di prima necessità (non ad attività ludiche o di svago);
- dalle fotografie riportate nella relazione investigativa emerge inoltre che la lavoratrice, nel corso degli acquisti di causa, si è limitata a camminare senza sottoporsi a particolari sforzi fisici: non ha mai sorretto sacchetti o borse (è sua madre che ha sempre condotto il carrello della spesa);
- la durata della camminata è risultata di soli 17 minuti, con frequenti soste in corrispondenza dei negozi o dei banchi del supermercato; questo dato temporale si appalesa ancora meno significativo se si considera che, nell'arco di una giornata, una madre, con due figli minori e un marito allettato, potrebbe essere costretta a passare anche più tempo a camminare in casa per ottemperare alle faccende domestiche (e non potrebbe essere, per ciò solo, passibile di sanzione disciplinare).

2.8. In forza del compendio istruttorio disponibile, non pare dunque possibile convalidare gli addebiti mossi alla parte attrice, in quanto non risulta emerso che le attività compiute abbiano ritardato la guarigione.

Le condotte riassunte nella relazione investigativa, depurate dalle valutazioni prive di carattere scientifico, non possono dirsi per ciò solo aggravanti la patologia che affliggeva la parte attrice.

*

3. L'irrilevanza disciplinare degli addebiti comporta, quindi, la declaratoria di illegittimità del

licenziamento intimato, per assenza di giusta causa, stante l'insussistenza del fatto contestato, con conseguente applicazione della tutela ex art. 18, co. 4, St. Lav.

3.1. Come è noto, invero, sulla nozione di “*fatto contestato*” si è incentrato il dibattito interpretativo dottrinale e giurisprudenziale all'indomani dell'entrata in vigore della novella di cui alla l. n. 92/2012 (in forza della quale, il comma quarto dell'art. 18 recita: “*Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione...*”).

Ad avviso del Tribunale, la nozione di fatto valevole ai fini della scelta della sanzione, non può che comprendere tutto il fatto nella pienezza dei suoi elementi costitutivi - sia l'elemento oggettivo (condotta, anche omissiva, evento e nesso di causalità) che l'elemento soggettivo e l'antigiuridicità - alla luce della nozione di giusta causa rilevante nella fattispecie considerata.

Del resto, la ragione per cui tale fatto debba essere inteso come potenzialmente inclusivo anche di elementi “*non materiali*” può essere desunta dalla circostanza che nella norma l'insussistenza è predicata del “*fatto contestato*” come potenziale infrazione disciplinare, da valutare sempre in una con l'atto di intimazione del licenziamento, per cui è doveroso prendere in considerazione anche gli altri elementi idonei a qualificare, nella prospettazione versata nella procedura dal datore di lavoro, l'antigiuridicità del fatto oggetto di contestazione.

In particolare, per quel che qui rileva, del fatto così inteso fa parte anche l'elemento dell'antigiuridicità disciplinare. Infatti, nella prospettiva della novella del 2012, il riferimento al fatto “*contestato*” implica che va ritenuto insussistente anche il fatto accaduto ma privo del carattere della rilevanza disciplinare, ossia quel fatto che, pur accertato, è del tutto irrilevante giuridicamente perché non suscettibile di alcuna sanzione.

Tale conclusione è stata affermata con limpidezza dalla Corte di Cassazione (cfr. sentenze nn. 20540-20545/2015, 18418/2016), che ha statuito che “*l'insussistenza del fatto contestato, di cui all'art. 18 St. Lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della l. n. 92/2012, comprende l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità*”.

In una recente sentenza della Corte di Cassazione, avente ad oggetto proprio un caso di licenziamento per giusta causa fondato sulla contestazione di svolgimento di attività lavorativa in costanza di malattia, in cui il licenziamento era stato annullato con applicazione della tutela di cui al comma 4 dell'art. 18, è stata confermata la tutela applicata dal giudice di merito, affermando quanto segue: “*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 novembre 2014 n. 23669, che peraltro si riferiva ad un caso di insussistenza materiale del fatto contestato). In altre parole l'irrelevanza giuridica del fatto (pur accertato) equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, comma 4, cit.” (cfr. Cass. n. 3655/2019).

3.2. Potendo, dunque, pacificamente affermare che ciò che rileva ai fini dell'art. 18, co. 4, St. Lav. è il fatto contestato inteso come fatto giuridicamente rilevante, nel caso di specie è possibile concludere che - risultando indimostrato lo svolgimento di attività contraria alla pronta guarigione - il fatto contestato è privo di rilevanza disciplinare, in quanto sprovvisto del carattere di illiceità (l'attività posta in essere dal dipendente avrebbe rilievo disciplinare per violazione dei principi di correttezza e buona fede, non *ex se*, ma in quanto comprometta la guarigione del lavoratore).

3.3. Accertato, quindi, che non ricorrono gli estremi della giusta causa del licenziamento per insussistenza del fatto contestato, il licenziamento va annullato ai sensi dell'art. 18, co. 4, St. Lav. e la parte convenuta va condannata alla reintegrazione della parte attrice nel posto di lavoro ed al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, con la limitazione delle dodici mensilità.

Quanto all'*aliunde perceptum*, nessun importo deve detrarsi, non essendo emerso che la lavoratrice abbia nel frattempo svolto altra attività, attesa la carenza assertiva, prima ancora che probatoria, di cui è onerato il datore di lavoro. Sul punto, la Corte di Cassazione ha affermato che *“in tema di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro che contesti la richiesta risarcitoria pervenutagli dal lavoratore è onerato, pur con l'ausilio di presunzioni semplici, della prova dell'“aliunde perceptum” o dell'“aliunde percipiendum”, a nulla rilevando la difficoltà di tale tipo di prova o la mancata collaborazione del dipendente estromesso dall'azienda, dovendosi escludere che il lavoratore abbia l'onere di farsi carico di provare una circostanza, quale la nuova assunzione a seguito del licenziamento, riduttiva del danno patito”* (cfr. Cass. n. 512/2018).

La società va pure condannata, come per legge, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative.

*

4. Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

- ANNULLA il licenziamento intimato alla parte attrice;

- CONDANNA la convenuta alla reintegrazione della parte attrice nel posto di lavoro ed al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, con i limiti di cui in motivazione;

- CONDANNA la convenuta al versamento, in favore della parte attrice, dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, come per legge;

- CONDANNA la convenuta al pagamento, in favore della parte attrice, delle spese processuali, che determina in complessivi euro 259,00 per esborsi ed euro 4.200,00 per compensi di avvocato oltre IVA, CPA e rimborso ex art. 2 d.m. n. 55/2014, da distrarsi in favore del difensore antistatario.

Milano, 18.12.2024

Il giudice
Franco Caroleo