MB.O LAW REVIEW

RIFLESSIONI GIURIDICHE ON-LINE

www.mbolaw.it

MALATTIA DEL DIPENDENTE E ATTIVITÀ EXTRALAVORATIVE

1/2023

di *Umberto Oliva*

mb•o
STUDIO LEGALE
BONA·OLIVA
& ASSOCIATI

MALATTIA DEL DIPENDENTE E ATTIVITÀ EXTRA LAVORATIVE

UMBERTO OLIVA, *AVVOCATO, PARTNER STUDIO LEGALE MB.O, TORINO*

ABSTRACT

Cosa può fare, e cosa non può fare, il dipendente "in mutua"?

La domanda non ha risposta certa, a giudicare dal folto contenzioso in materia di licenziamento disciplinare generato dai comportamenti tenuti dal lavoratore durante l'assenza dal lavoro causa malattia.

Per cercare di dare una risposta a questa domanda, siamo partiti dall'analisi dei fondamentali diritti e doveri delle parti durante quel particolare momento del contratto di lavoro che è la "sospensione" del rapporto causa malattia; alla luce di tali principi, abbiamo esaminato la casistica, evidenziando le soluzioni poste dai Giudici, ma anche le contraddizioni e le problematiche che pone l'attuale orientamento giurisprudenziale.

All'esito, proponiamo una lettura particolare della materia, nella direzione di una semplificazione dei criteri di valutazione del comportamento del lavoratore in malattia, attribuendo maggior peso ai criteri legali di comportamento secondo buona fede, diligenza, correttezza contrattuale, piuttosto che alle soluzioni di tipo medico-legale.

SOMMARIO. – 1. L'INDENNITÀ DI MALATTIA. CENNI STORICI - 2. L'ART. 2110 C.C. (UNA REGOLA CHE COSTITUISCE ECCEZIONE) - 3. IL CONCETTO DI "MALATTIA" RILEVANTE AI FINI DELLA GIUSTIFICATA ASSENZA DAL LAVORO - 4. LA "SOSPENSIONE" DEL RAPPORTO DI LAVORO DURANTE LA MALATTIA - 4.1. GLI ONERI DATORIALI DURANTE LA MALATTIA. IN PARTICOLARE, IL PAGAMENTO DELLA INDENNITÀ DI MALATTIA E SUA NATURA SOSTANZIALMENTE RETRIBUTIVA - 4.2. GLI ONERI DEL DIPENDENTE DURANTE LA MALATTIA (CERTIFICAZIONE E REPERIBILITÀ) - 5. L'ACCERTAMENTO DATORIALE DELLO

STATO DI MALATTIA. IN PARTICOLARE, LE INVESTIGAZIONI PRIVATE - 6. LA CASISTICA GIURISPRUDENZIALE SULLE ATTIVITÀ CONSENTITE DURANTE L'ASSENZA PER MALATTIA - 7. I PROBLEMI POSTI DALLA ATTUALE GIURISPRUDENZA, LE RISPOSTE DATE ED I LIMITI DEL SISTEMA - 8. UNA CORRETTA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE CONTRATTUALE E DEL PRINCIPIO DI DILIGENZA DOVREBBE PREVALERE SULL'INDAGINE MEDICO LEGALE - 9. MA ALLA FINE, SIAMO SICURI CHE IL LICENZIAMENTO SIA LA SANZIONE DISCIPLINARE APPROPRIATA?

***

1. L'indennità di malattia. Cenni storici

A titolo di premessa, vale la pena ricordare che percepire la retribuzione, o una forma di indennità ad essa equiparabile, durante l'assenza dal lavoro causa malattia, pur essendo un dato ormai acquisito nella coscienza comune, non è un diritto naturale dell'uomo, quanto piuttosto una conquista sociale, neanche troppo risalente nel tempo, e comunque limitata alla sola categoria dei lavoratori subordinati.

La previsione generalizzata del diritto del lavoratore dipendente a percepire l'indennità di malattia trova le sue radici nel periodo storico a cavallo tra le due guerre mondiali, e la definitiva sistemazione della materia avvenne solamente verso la fine degli anni '70 del secolo scorso, in forza del D.L. 663/1979 (convertito in Legge n.33/80).

Senza alcuna velleità di esatta ricostruzione storica, possiamo dire che le origini della mutualità di malattia si possono ritrovare nelle prime forme associative spontanee tra lavoratori, affermatesi tra la seconda metà del 1800 e gli inizi del '900, mediante la nascita delle cosiddette "Casse di mutuo soccorso", dirette prevalentemente ad assicurare agli aderenti un sussidio per il caso di eventi dannosi, per mezzo dei contributi economici versati dagli associati [1]. Una svolta importante verso il moderno concetto di indennità di malattia si ebbe con l'avvento della mutualità sindacale che, nell'intervallo tra le due guerre mondiali, venne promossa e realizzata ad iniziativa delle associazioni sindacali

[1] La prima società di mutuo soccorso in Italia nasce a Pinerolo nel 1848; nel 1850 nasce a Torino la Società degli operai e nel 1851 nasce l'Associazione Generale di Mutuo Soccorso delle Operaie di Torino (cfr. A. LUCIANO, 2012, *Dalle società di mutuo soccorso alla mutualità. Risposte alla crisi del welfare*, Euricse Working Paper, N.032 | 12). Le Casse mutue – dapprima non regolamentate e successivamente riconosciute attraverso la legge n. 3818/1886 – provvedevano all'assistenza mediante prestazioni economiche (indennità di malattia o sussidi in caso di infortunio ma anche sussidi funerari, premi di nuzialità, premi di natalità, indennità di allattamento ecc.), mediante prestazioni sanitarie (assistenza sanitaria generica e specialistica, ospedaliera, ostetrica, farmaceutica ecc.) e mediante prestazioni integrative (cure convalescenziarie, cure balneo-termali, apparecchi di protesi, presidi terapeutici ecc.).

mediante l'istituzione delle "Casse mutue di malattia per i lavoratori subordinati", amministrate da organi dotati di rappresentanza paritetica dei datori di lavoro e dei lavoratori ed ai cui oneri si faceva fronte con contributi degli uni e degli altri.
In questo mutato contesto, il R.D. n. 1251/1928 "Norme per il deposito e la pubblicazione dei contratti collettivi di lavoro", stabilì che nessun contratto collettivo potesse essere pubblicato qualora non contenesse norme precise sul trattamento al lavoratore in caso di malattia.

Il proliferare delle Casse mutue (a livello aziendale o interaziendale) rese necessaria la creazione di un organismo superiore di coordinamento sull'attività amministrativa ed assistenziale delle Casse mutue: in tal senso il R.D.L. n. 1619/1934 istituì la Federazione nazionale delle Casse mutue dell'industria, con il compito di attuare il coordinamento dei servizi delle Casse mutue a mezzo di organi di collegamento e di gestione[2].
Tale processo si sviluppò ulteriormente e prese forma generalizzata con l'emanazione della legge n. 138/1943, con la quale fu costituito l'Ente mutualità fascista - Istituto per l'assistenza di malattia ai lavoratori (a seguito del D.L.C.P.S. n. 435/1947, "Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro le Malattie - INAM"), organo pubblicistico al quale fu affidata la gestione del servizio sociale e di assistenza ai lavoratori per le malattie, utilizzando le esistenti istituzioni mutualistiche nate per iniziativa privata"[3].
La situazione di fatto sopra descritta rimase inalterata fino al 1979, quando, con il D.L. n. 663, venne soppresso l'INAM e trasferita la competenza ad erogare l'indennità di malattia all'INPS.[4]

2. L'art. 2110 c.c. (una regola che costituisce eccezione)

---

[2] Successivamente, il contratto collettivo nazionale del 1° luglio 1936 e quello del 3 gennaio 1939, dettarono precise norme per la costituzione ed il mantenimento in vita delle Casse mutue, con la finalità di ridurre il più possibile il numero delle stesse.
[3] Tuttavia, pur a seguito di questo intervento normativo, continuava ad esistere un numero elevato di Casse mutue aziendali non assorbite dall'INAM. Tra le varie, Cassa mutua interna malattie per gli impiegati ditta Borsalino Giuseppe e fratello S.p.A. – Alessandria; Cassa mutua aziendale ditta Pietro Crespi S.p.A. – Milano; Cassa mutua assistenza malattie Officine Gas – Catanzaro; ecc..
[4] F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello stato sociale*, Carocci, Roma, 2005; F. DI CERBO, *Le assenze giustificate dei lavoratori*, Milano, Giuffré, 1983, pp. 39-40; *L'indennità di malattia*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1982, II, 2303; Prima *della riforma. Ascesa e declino delle mutue*, RaiCultura, https://www.raicultura.it/storia/articoli/2020/04/Prima-della-riforma-f6439bcb-980f-4aa8-ac57-992154092a6e.html; *Breve storia della sanità italiana*, r/project, http://rproject.it/breve-storia-della-sanita-in-italia/.

Tanto premesso da un punto di vista dell'evoluzione storica dell'istituto, da un punto di vista giuridico va detto che, come noto, la prestazione di lavoro – qualunque tipo di lavoro si tratti e qualunque forma contrattuale esso abbia– rientra nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive, caratterizzata dall'esistenza di un rapporto sinallagmatico che obbliga entrambe le parti all'adempimento di una obbligazione. [5]

Proprio per l'esistenza di questo nesso di reciprocità, il codice civile, agli artt. 1463, 1464 e 1467 c.c. detta per per questo tipo di contratto la regola generale secondo la quale, sostanzialmente, in assenza di prestazione non è dovuta la controprestazione.

E anche nel caso di impossibilità totale sopravvenuta per causa non imputabile della prestazione di una delle parti (che è poi il caso della malattia), l'art. 1463 c.c. stabilisce che la parte, liberata dall'adempiere la propria prestazione, *"non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta"*.

Rispetto questa regola generale, il dettato dell'art. 2110 c.c. (formatosi come noto nel 1942, ovvero proprio in quegli anni in cui il processo di evoluzione sociale sopra descritto premeva deciso verso la universalizzazione dell'istituto della indennità di malattia) costituisce e dispone una ben chiara eccezione in relazione al contratto di lavoro subordinato: *"In caso di infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge non stabilisc*[e] *forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dagli usi o secondo equità"*.

Merita dunque tenere a mente, nell'approccio al tema in esame, questo punto di partenza: tutta la costruzione della materia si poggia su una regola – il diritto a percepire la retribuzione o forma equivalente in assenza di prestazione di lavoro causa malattia – che è una eccezione assoluta rispetto la normalità dei rapporti contrattuali di carattere sinallagmatico. Una situazione definibile di "*assicurazione*" in favore del lavoratore

[5] Costituiscono eccezione alla regola dell'onerosità del lavoro solamente le attività lavorative *"affectionis vel benevolentiae causa"*, quali l'attività dei religiosi, l'attività di volontariato, o l'attività lavorativa resa dall'ospite in segno di riconoscenza verso chi lo ospita, ed infine, il lavoro svolto nel contesto familiare, prestato per solidarietà ed affettività, quale obbligo connaturato al vincolo familiare o coniugale, avente lo scopo di migliorare le condizioni di esistenza, materiali e spirituali, dell'intero nucleo familiare.

(Ichino), dove il datore di lavoro è onerato di "*una responsabilità sociale in ordine al suo finanziamento*" (Del Punta[6]).

3. Il concetto di "malattia" rilevante ai fini della giustificata assenza dal lavoro

Non ogni stato patologico, non ogni calo di benessere psico-fisico, non ogni disturbo – psichico e/o somatico – costituisce ragione sufficiente a giustificare l'assenza dal lavoro. Se l'OMS identifica il concetto di "salute" nello stato di completo benessere fisico, mentale e sociale - e, dunque, non soltanto nella situazione di assenza di malattia o infermità[7]; se il concetto di malattia inteso in senso medico di uso comune consiste in qualsiasi alterazione dello stato psico-fisico ovvero in qualsiasi perdita – transitoria o permanente – della omeostasi (alterazione morfologica e/o funzionale di una o più parti dell'organismo); nel caso che ci occupa, è richiesto qualcosa di più e di più specifico.

Nel contratto di lavoro, infatti, per giustificare l'assenza del lavoratore, non è sufficiente che sia insorta una malattia ma, più opportunamente, è necessario che la malattia medesima determini una temporanea incapacità (o inabilità) al lavoro specifico. In altre parole, l'assenza del lavoratore è giustificata quando a causa di una determinata patologia il lavoratore non può svolgere temporaneamente le mansioni a cui è stato adibito, le quali risultano incompatibili con lo stato attuale di salute del lavoratore medesimo.
Solo in presenza di queste condizioni l'assenza dal lavoro potrà essere certificata e giustificata, costituendo essa un caso di impossibilità della prestazione lavorativa tale da determinare una situazione di inesigibilità della prestazione lavorativa medesima (art. 2 legge n. 33/1980[8]; cfr. Cass. n. 25162/2014).

Altro elemento essenziale del concetto di malattia, nel nostro ambito di indagine, è la sua transitorietà.
La malattia infatti deve essere destinata a risolversi, con conseguente ripresa dell'attività lavorativa; diversamente, qualora lo stato patologico che interessa il lavoratore –

---

[6] Per un inquadramento generale della materia, si rinvia a ICHINO, *Malattia del lavoratore*, Enciclopedia giuridica Treccani, volume XIX, 1988; DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare.*, Milano, 1992
[7] La definizione è propria nel diritto del lavoro, essendo esplicitata, ai fini della costruzione dell'impianto normativo in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro e malattie professionali, dall'art. 2, lett. *o)*, del D.Lgs. n. 81/2008.
[8] La legge n. 33/1980 menziona come rischio assicurato che dà diritto all'erogazione dell'indennità di malattia l'infermità comportante incapacità lavorativa, inteso come evento patologico che causi di per sé l'incapacità al lavoro specifico.

rendendogli impossibile la prestazione lavorativa – assuma i caratteri della permanenza, essa dovrà esitare in uno stato di invalidità, con conseguente intervento delle provvidenze di legge per questa particolare situazione e risoluzione del rapporto di lavoro, salvo l'adempimento dell'obbligo di *repêchage* (cfr. SS.UU. 7755/1998).

Ancora: non ogni malattia, per quanto causa di effettiva impossibilità della prestazione lavorativa, dà diritto all'erogazione della relativa indennità.

È il caso delle cosiddette "malattie autoprovocate", quali quelle conseguenti ad interventi di chirurgia estetica: in tali casi, il lavoratore non consegue il diritto di ricevere l'erogazione dell'indennità *de qua* in quanto la malattia costituisce un evento di origine assolutamente volontaria e, pertanto, è esclusa dalla copertura assicurativa prevista a garanzia del lavoratore colpito da eventi morbosi.

Ciò è chiarito anche dall'INPS che, nella circolare n. 63/1991 e nei messaggi n. 30/2003 e n. 11869/2007, specifica che *"il riconoscimento dell'indennità di malattia deve escludersi, sia per il periodo di ricovero che di convalescenza, non essendo, in linea generale, ravvisabili specifiche dirette esigenze terapeutiche, qualora l'intervento risulti eseguito allo scopo di eliminare un difetto meramente estetico"*.

4. La "sospensione" del rapporto di lavoro durante la malattia

Secondo comune definizione, durante la malattia del lavoratore il contratto di lavoro entra in uno stato di sospensione[9].

In realtà, a ben vedere, lo stato di malattia del lavoratore comporta la sospensione non tanto dell'intero coacervo di prestazioni/controprestazioni proprie del contratto di lavoro, quanto piuttosto, se non solamente, della prestazione lavorativa, divenuta temporaneamente impossibile. Rimane invece sostanzialmente invariata la posizione debitoria del datore di lavoro, il quale – pur non ricevendo la prestazione – rimane obbligato all'adempimento di gran parte della propria controprestazione.

4.1. Gli oneri datoriali durante la malattia. In particolare, il pagamento della indennità di malattia e sua natura sostanzialmente retributiva

[9] Oltre che in riferimento allo stato di assenza per malattia, il concetto di sospensione del rapporto di lavoro interessa le (diverse invero) situazioni di infortunio, gravidanza e puerperio, servizio militare *ex* art. 2111 c.c. (norma sospesa per effetto della legge n. 226/2004); il congedo di maternità e di paternità, i congedi parentali, l'elezione a funzioni pubbliche elettive o sindacali.

Durante la malattia del dipendente, il datore di lavoro – in deroga all'art. 1436 c.c. ed in virtù dell'art. 2110 c.c. – rimane obbligato alla propria prestazione fondamentale, ovvero il pagamento della retribuzione, alias dell'indennità di malattia. L'onere di tale prestazione è suddiviso tra datore di lavoro e INPS.

In via generale -semplificando al massimo un argomento spinosissimo e normato da fonti diverse, variegato secondo i settori di riferimento e la tipologia di lavoratori coinvolti- possiamo ricordare come l'indennità di malattia sia integralmente a carico del datore di lavoro per i primi tre giorni di malattia, e ciò in favore della generalità dei dipendenti.
Per il periodo successivo invece permangono a esclusivo carico dell'azienda: i lavoratori aventi la qualifica di dirigenti; impiegati e quadri del settore industria; lavoratori del credito.
L'indennità è invece corrisposta dall'INPS – a partire dal quarto giorno di malattia – agli operai e assimilati del settore industria; agli operai, impiegati e quadri del settore terziario e servizi, ai lavoratori dell'agricoltura, agli apprendisti, ai lavoratori dello spettacolo e ai lavoratori marittimi.

Inoltre, il datore di lavoro, il più delle volte, è obbligato a corrispondere al lavoratore una indennità integrativa rispetto alla quota erogata dall'INPS, nella misura stabilita dal CCNL di categoria applicato, normalmente sino a raggiungere l'80-100% della retribuzione.
L'indennità di malattia, peraltro, ha di fatto natura retributiva, e non semplicemente "indennitaria", tenuto conto che l'importo erogato è soggetto a contribuzione previdenziale[10].
A conferma della natura retributiva dell'indennità, si tenga presente che il periodo di malattia è utile alla maturazione di tutti gli istituti salariali legati all'anzianità di servizio, quali mensilità aggiuntive, scatti di anzianità, trattamento di fine rapporto (art. 2120 c.c. comma 3).
Ed inoltre, è dato acquisito dalla giurisprudenza che durante la malattia matura il diritto alle ferie (Cassazione S.U. n.14020/2011).

[10] Cfr. art. 20, comma 1, D.l. n. 112/2008; Circolare INPS n. 122/2011 e n. 124/2017; Messaggio INPS n. 803/2019. Il datore di lavoro paga i contributi sulla quota a suo carico, mentre sulla quota INPS i contributi sono riconosciuti al dipendente in modo figurativo.

Dunque, di fatto, durante la malattia il lavoratore continua a percepire la retribuzione, o qualcosa di assolutamente simile, pur non offrendo in cambio alcuna prestazione.
Mentre, dal suo lato, il datore di lavoro è soggetto non solo a sostenere, in vario modo, gli oneri diretti e indiretti del mantenimento della retribuzione del suo dipendente, ma anche a sopperire a tutte le disfunzioni organizzative che l'assenza del lavoratore comporta, nonché a garantire la conservazione del posto di lavoro per un determinato periodo (c.d. periodo di comporto, art. 2110 c.c.; art. 6 r.d.l. n. 1825/1924[11]), solamente alla scadenza del quale, qualora il lavoratore non sia tornato in forze, egli potrà recedere dal contratto.

4.2. Gli oneri del dipendente durante la malattia (certificazione e reperibilità)

Durante la malattia, il lavoratore, esonerato dalla fondamentale prestazione di lavoro, deve osservare solamente alcuni residuali obblighi che ineriscono alle modalità di accertamento della malattia stessa e la sua verificabilità.

Innanzitutto il lavoratore, ammalatosi, ha l'obbligo di avvisare tempestivamente il datore di lavoro della sua assenza, nei tempi e modi previsti dai diversi CCNL ma comunque, secondo il principio di buona fede, entro un termine ragionevolmente idoneo a consentire di adottare le adeguate misure organizzative per sopperire alla sua mancanza.
L'accertamento della malattia è invece compito del medico curante (art. 2, comma 1, D.l. n. 663/1979). E sarà lo stesso medico che – ai sensi dell'art. 25 della legge n. 183/2010 e dell'art. 55 *septies* del D.lgs. n. 165/2001 – dovrà trasmettere il certificato in via telematica all'INPS e al datore di lavoro.

[11] L'art. 6 della legge n. 1825/1924 prevede la conservazione del posto per gli impiegati per un periodo di tre mesi o di sei mesi a seconda che abbiano un'anzianità di servizio inferiore o superiore a dieci anni. Tale disciplina è migliorata dalla contrattazione collettiva che prevede per tutti i lavoratori (e, dunque, indipendentemente dalla qualifica) un periodo di comporto graduato a seconda dell'anzianità di servizio dei lavoratori. Peraltro, la giurisprudenza esclude dal computo del periodo di comporto le assenze per malattie riconducibili ad una invalidità (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 9395/2017; Trib. Milano, Sent. n. 2875/2016; Trib. Verona, Ord. 21.03.2021; Trib. Ivrea, Ord. 20.01.2021). Analogamente, l'art. 26, comma 1, D.l. 17 marzo 2020, n. 18, dispone che *"Fino al 31 dicembre 2021, il periodo trascorso in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva di cui all'art. 1, comma 2, lettere h) e i), del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito, con modifiche, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13), e di cui all'art. 1, co. 2, lettere d) ed e), del D.L. 25 marzo 2020, n. 19, dai dipendenti del settore privato, è equiparato a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa e non è computabile ai fini del periodo di comporto"* (cfr. Trib. Asti, Ord. 5.01.2022; Trib. Palmi, Ord. 13.01.2022).

Come noto, poi, tanto la comunicazione di assenza, quanto soprattutto la certificazione dello stato di malattia, potranno avere ad oggetto esclusivamente la prognosi, non potendo il datore di lavoro venire a conoscenza, a tutela della *privacy* del lavoratore, anche della diagnosi, e ciò neanche in seguito a visita fiscale di controllo.

Eseguito l'accertamento della malattia ed espletate le formalità di comunicazione della stessa al datore di lavoro, il lavoratore sarà quindi tenuto, per tutta la durata della malattia, a rendersi disponibile presso il proprio indirizzo di residenza o di domicilio[12] nelle fasce orarie di reperibilità al fine di consentire la verifica della malattia mediante la visita fiscale di controllo[13].
Controllo che, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 300/1970, *"può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti"*, e che potrà essere effettuato "d'ufficio" dall'INPS oppure anche su richiesta del datore di lavoro (art. 5, comma 2, Stat. Lav.; art. 1, comma 1, D.M. 15 luglio 1986).

L'inosservanza dell'obbligo di reperibilità del lavoratore può comportare, come noto, l'applicazione di sanzioni sia di tipo economico che disciplinari. In particolare, ai sensi dell'art. 5, comma 14, della legge n. 638/1983, il lavoratore che risulta ingiustificatamente assente durante le fasce di reperibilità perde qualsiasi trattamento economico per i primi 10 giorni di malattia mentre per il periodo di malattia residuo il trattamento si riduce del 50%.
La condotta del lavoratore, risultato assente ingiustificato al controllo, può inoltre costituire illecito disciplinare, per violazione dei doveri di buona fede e correttezza[14].
Nessuna sanzione verrà invece applicata – sia a livello economico che disciplinare – laddove il lavoratore abbia prodotto la documentazione comprovante il giustificato motivo di assenza, quale: *a)* la necessità di sottoporsi a visite mediche generiche urgenti e ad accertamenti specialistici che non possono essere effettuati in orari diversi da quelli compresi nelle fasce orarie di reperibilità; *b)* provati gravi motivi personali o familiari; *c)*

---

[12] L'indirizzo di reperibilità può essere modificato nel corso della malattia, cfr. Circolare INPS n. 106/2020.
[13] Nel settore privato dalle 10 alle 12 e dalle 7 alle 19; nel settore pubblico in orario 9-13 e 15-18.
[14] Il datore di lavoro può introdurre un procedimento disciplinare contestando al lavoratore l'assenza ingiustificata presso il proprio domicilio, anche laddove la condotta non sia prevista dal codice disciplinare (Cass. n. 3915/1996). In tal senso, secondo la giurisprudenza di legittimità, il soggetto può essere sanzionato a livello disciplinare fino ad arrivare, nei casi limite, al licenziamento per giusta causa qualora l'assenza reiterata alle visite configuri un intento elusivo in capo al controllato, in conflitto con l'interesse del datore a ricevere regolarmente la prestazione lavorativa (cfr. Cass. n. 24681/2016; Cass. n. 11153/2001).

cause di forza maggiore (Circolare INPS n. 183/1984)[15]; a nulla rilevando la preventiva comunicazione al datore di lavoro o all'INPS (Circolare INPS n. 147/96).

L'obbligo di rendersi disponibile alla visita fiscale per la verifica dello stato di malattia non conosce eccezioni.
Il Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali dell'11.01.2016 relativo al settore privato[16] prevede che, in determinate circostanze puntualmente individuate (l'elenco costituisce un *numerus clausus*), il lavoratore possa essere esonerato *"dall'obbligo di rispettare le fasce di reperibilità"*, ma questo non esime *tout court* il lavoratore dal controllo fiscale.

5. L'accertamento datoriale dello stato di malattia. In particolare, le investigazioni private

Il divieto posto dall'art. 5 della legge n. 300/1970, per cui *"Il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda … Sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente"*, pone il datore di lavoro nella condizione di non avere alcun titolo – al di fuori dei controlli tramite personale degli istituti previdenziali – a svolgere di propria iniziativa e con personale medico di sua scelta controlli di carattere sanitario, al fine di verificare lo stato di malattia dichiarato dal proprio dipendente[17].

Sta così di fatto che, a fronte di questo divieto assoluto[18], il datore di lavoro insospettito circa la effettiva impossibilità del lavoratore a rendere la prestazione lavorativa, spesso

---

[15] L'indicazione delle circostanze giustificative dell'assenza non è esaustiva. La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha ampliato i casi in cui l'assenza deve ritenersi giustificata: *ex plurimis*, per sottoporsi a visita medica (Cass. n. 14503/1999; Cass. n. 4247/2004); per sottoporsi a cure urgenti (Cass. n. 12458/1998); per svolgere attività di volontariato (Cass. n. 2604/1990); per effettuare una visita o per prestare assistenza ad un familiare ricoverato in ospedale (Cass. n. 5718/2010; Cass. n. 10661/2016).
[16] Analogamente, per il settore pubblico, interviene il DPCM n. 206/2017.
[17] Diversamente in Francia, ove l'ordinamento (*"Loi de mensualisation"* del 19 gennaio 1978) consente al datore di lavoro obbligato a corrispondere l'indennità di malattia ad integrazione dell'indennità corrisposta dalla previdenza sociale di verificare – mediante una seconda visita medica (*contre-visite médicale*) effettuata per il tramite di un medico scelto dall'azienda – l'effettività della malattia, la corrispondenza della durata della prognosi e l'utilità di un eventuale prolungamento dell'assenza.
[18] Peraltro, è da notare che il divieto non è così assoluto. Infatti, se è vero che in costanza di malattia del lavoratore il datore può verificare le condizioni di salute solo tramite gli ausiliari INPS, è anche vero che ai sensi dell'art. 41 del D.lgs. n. 81/2008 il datore di lavoro effettua la c.d. "sorveglianza sanitaria" mediante

conferisca ad agenzie investigative l'incarico di raccogliere informazioni al fine di verificare se, durante l'assenza del lavoratore causa malattia, egli ponga in essere comportamenti non giustificabili a fronte del dichiarato stato di temporanea inabilità.
Questa prassi, invero sempre più diffusa, merita alcune riflessioni.
In particolare, vogliamo riportare l'attenzione sulla Autorizzazione n. 6/2005 emanata dal Garante per la protezione dei dati personali allo scopo di regolamentare il rapporto tra privacy e investigazioni private.
Nello specifico, la suddetta Autorizzazione stabilisce che le investigazioni private, ed il trattamento dei dati personali che necessariamente ne consegue, possono essere svolte *"per permettere a chi conferisce uno specifico incarico di far valere o difendere in sede giudiziaria un proprio diritto, che, quando i dati siano idonei a rilevare lo stato di salute e la vita sessuale dell'interessato, deve essere di rango pari a quello del soggetto al quale si riferiscono i dati, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale ed inviolabile"*.
Ecco allora che quando l'indagine viene svolta durante il periodo di malattia del dipendente, essa potrebbe portare (e difatti a questo è diretta) a rilevare lo stato di salute del dipendente; tale effetto sembrerebbe costituire palese violazione della Autorizzazione stessa, posto che il diritto datoriale potenzialmente violato, essendo di tipo economico, non è di rango pari a quello dell'investigato, né afferisce a diritti inviolabili quali indicati dal Garante.

E comunque, il fatto che detti controlli vengano svolti senza limiti di orario e fuori dall'ambiente di lavoro, spesso tramite veri e propri pedinamenti, porta alla conseguenza che essi possono avere ad oggetto momenti di vita privata del lavoratore e di soggetti terzi, quali primariamente i suoi familiari, anche minori. Ciò in palese violazione delle norme nazionali e sovranazionali poste a tutela dell'individuo e della sua riservatezza, diritti sì questi di rango primario (tra le altre, cfr. l'art. 13 Cost., l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, l'art. 16 TFUE, l'art. 16 della Convenzione di New York).

---

il medico competente in una serie di casi, prima durante e al termine del rapporto di lavoro. Tra questi, quello che più qui rileva, è l'obbligo (e non già il potere) di fare verificare al medico competente "*l'idoneità alla mansione*" del lavoratore che rientra in azienda "*a seguito di assenza per motivi di salute di durata superiore ai sessanta giorni consecutivi"* (Art. 41 comma 2, lett. E-ter).

Senza volere qui andare oltre nell'approfondimento del tema, vi è il fatto che l'arma delle investigazioni private, a fronte dei pur legittimi dubbi datoriali sulla effettività della inabilità lavorativa del dipendente, sembra costituire una reazione spropositata rispetto al bene leso, con conseguenti seri dubbi sulla sua legittimità e sulla utilizzabilità delle informazioni raccolte in sede processuale[19].

6. La casistica giurisprudenziale sulle attività consentite durante l'assenza per malattia

È invalso in giurisprudenza, con indirizzo consolidato, il principio generale secondo cui durante l'astensione dal lavoro per malattia il dipendente può svolgere tutta una serie di attività, sia di tipo ludico e ricreativo, sia di tipo sportivo, sia finanche di lavoro:

"[…] il lavoratore assente per malattia – che quindi legittimamente non effettua la prestazione lavorativa – non per questo deve astenersi da ogni altra attività, quale in ipotesi un'attività ludica o di intrattenimento, anche espressione dei diritti della persona, ma la stessa non solo deve essere compatibile con lo stato di malattia, ma deve essere altresì conforme all'obbligo di correttezza e buona fede, gravante sul lavoratore, di adottare ogni cautela idonea perchè cessi lo stato di malattia, con conseguente recupero dell'idoneità al lavoro, ma non ne ha fatto corretta applicazione" (Cass. n. 6047/2018);

"[…] non sussiste nel nostro ordinamento un divieto assoluto per il dipendente di prestare altra attività, anche a favore di terzi, in costanza di assenza per malattia, sicché ciò non costituisce, di per sé, inadempimento degli obblighi imposti al prestatore d'opera" (Cass. n. 2244/1976; nello stesso senso, *ex plurimis*, Cass. n. 1361/1981; Cass. n. 2585/1987; Cass. n. 381/1988; Cass. n. 5833/1994; Cass. n. 15621/2001);

In pratica, la giurisprudenza tende ad ammettere lo svolgimento di altre attività lavorative ed extra-lavorative durante l'assenza per malattia, purché il comportamento del lavoratore non risulti incompatibile con lo stato di malattia, ciò evidenziando un'ipotesi di fraudolenta simulazione della malattia, o quantomeno ciò determinando l'idoneità a

[19] Per una analisi più ampia delle problematiche poste dalle investigazioni private nel mondo del lavoro, si rimanda a Umberto Oliva, *Il pedinamento dei dipendenti*, https://www.mbolaw.it/wp-content/uploads/2020/04/Articolo-completo-1.pdf.

pregiudicare o ritardare la guarigione, e quindi il rientro in servizio del lavoratore, con conseguente danno a carico del datore di lavoro.
Il tutto, inquadrato nei canoni di comportamento secondo i principi di diligenza, di correttezza e di buona fede contrattuale, di cui agli artt. 1175, 1176 e 1375 c.c.

"[…] il compimento di altre attività da parte del dipendente assente per malattia non è circostanza disciplinarmente rilevante ma può anche giustificare la sanzione del licenziamento, in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, sia nell'ipotesi in cui la diversa attività accertata sia di per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza dell'infermità addotta a giustificazione dell'assenza, dimostrando quindi una sua fraudolenta simulazione, sia quando l'attività stessa, valutata in relazione alla natura ed alle caratteristiche della infermità denunciata ed alle mansioni svolte nell'ambito del rapporto di lavoro, sia tale da pregiudicare o ritardare, anche potenzialmente, la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore. Tale principio può dirsi consolidato nel diritto vivente (tra molte: Cass. n. 1747 del 1991; Cass. n. 9474 del 2009; Cass. n. 21253 del 2012; Cass. n. 17625 del 2014; Cass. n. 24812 del 2016; Cass. n. 21667 del 2017; Cass. n. 13980 del 2020)" (Cass. n. 13063/2022; nello stesso senso, *ex plurimis*, Cass. n. 14046/2005; Cass. n. 6399/1995; Cass. n. 2559/1985; n. 584/1981).

Tuttavia, come evidenziano le tabelle sottostanti, la giurisprudenza, pur convenendo sul citato principio generale, risulta spesso contradditoria, valutando comportamenti analoghi ora come idonei a pregiudicare o ritardare la guarigione, quindi dichiarando legittimo il licenziamento, ora come compatibili con lo stato di malattia, e quindi annullando il recesso datoriale.

Malattia e svolgimento di altre attività: pronounce a sfavore

Comportamento del lavoratore	Idoneità a pregiudicare o ritardare la guarigione	Fonte
Attività di istruttore di una palestra con collaborazione attiva nella gestione dei corsi	SÌ: non è assimilabile ad un semplice svago compatibile con la sindrome depressiva	Cass. 28 ottobre 2010 n. 22029
Svolgimento di pratica sportiva	SÌ: può aggravare le condizioni fisiche del lavoratore	Cass. 9 gennaio 2015 n. 144
Direzione delle operazioni di parcheggio in aerea privata di sosta senza l'adozione delle prescrizioni mediche e per numerose ore consecutive	SÌ: è tale da risultare poco compatibile con l'effettiva esistenza della malattia	Cass. 4 luglio 2018 n. 17514
Sistematica presenza presso un negozio, sistemazione della merce negli scaffali, riparazione di elettrodomestici, vigilanza sulla merce esposta, assistenza ai clienti dell'esercizio commerciale	SÌ: l'attività è in contrasto con la patologia osteoarticolare (cervicobrachialgia) e con la depressione	Cass. 7 ottobre 2014 n. 21093
Partecipazione a battute di caccia all'estero	SÌ: viaggi e attività venatorie sono gravemente stressanti per il fisico e in grado di impedire la guarigione	Cass. 29 marzo 2016 n. 6054
Svolgimento di attività faticose ed intense	SÌ: lo svolgimento di attività faticose ed intense prolungano il periodo di malattia e sono incompatibili con la patologia (lombosciatalgia)	Cass. 1° ottobre 2021 n. 26709

Malattia e svolgimento di altre attività: pronounce a favore

Comportamento del lavoratore	Idoneità a pregiudicare o ritardare la guarigione	Fonte
Compiere attività di movimento e, in particolare, camminare	NO: il lavoratore si è adeguato alle prescrizioni del suo medico curante e il comportamento non è incompatibile con lo stato patologico (distorsione alla caviglia)	Cass. 21 marzo 2011 n. 6375
Attività di preparazione e consegna pizza e incasso dei pagamenti	NO: il fatto contestato è compatibile con la malattia e lo svolgimento dell'attività non ha comportato né un aggravamento della patologia né alcun ritardo nella ripresa	Cass. 7 febbraio 2019 n. 3655
Guida di automobile e compimento di attività non particolarmente gravose presso il negozio del figlio (spostamento di qualche piccola piantina, abbassamento della saracinesca del negozio funzionante con dispositivo elettronico)	NO: lo svolgimento dell'attività non è incompatibile con lo stato contusivo diagnosticato (contusione a spalla e polso sinistro)	Cass. 19 settembre 2017 n. 21667
Svolgimento di attività lavorativa occasionale presso la tabaccheria della moglie	NO: la patologia certificata (disturbo dell'adattamento con sindrome mista) non è incompatibile con lo svolgimento dell'attività in modo discontinuo ed occasionale	Cass. 19 dicembre 2017 n. 30417
Svolgimento di attività lavorativa di vendita ed incasso nel bar-pasticceria del coniuge	NO: la partecipazione meramente sporadica allo svolgimento dell'attività commerciale non comporta ricadute sul proprio stato di salute (tendinopatia)	Cass. 28 maggio 2018 n. 13270
Guida di auto e di motociclo per brevi spostamenti	NO: l'attività svolta non aggrava la patologia (lombosciatalgia) né ritarda la guarigione	Cass. 7 ottobre 2021 n. 27322

7. I problemi posti dalla giurisprudenza, le risposte date ed i limiti del sistema

La giurisprudenza esaminata, al di là dell'apparente chiarezza delle dichiarazioni di principio, pone all'operatore del diritto una serie di incertezze.

Un primo quesito, riguarda il ritardo o pregiudizio nella guarigione: deve essere effettivo o anche solo potenziale?

Sul punto, la questione sembra definita nel senso della sufficienza della sola potenzialità del pregiudizio, essendo ormai numerose le decisioni in questo senso[20].

Quindi, il comportamento del dipendente che svolge altre attività in costanza di malattia deve ritenersi legittimante il recesso datoriale quando detta attività si riveli anche solo potenzialmente causativa del ritardo nella guarigione o dell'aggravamento della patologia che affligge il dipendente, *"con la conseguenza che, ai fini di questa potenzialità, la tempestiva ripresa del lavoro resta irrilevante"* [21].

Affermato questo principio, la domanda che si pone è un'altra, ovvero: come si accerta la potenzialità lesiva dell'attività? Con quale metro di valutazione?

Anche qui, troviamo una risposta consolidata in giurisprudenza, ribadita ancora di recente: *"Ovviamente la valutazione di tipo prognostico circa l'idoneità della condotta contestata, indice di scarsa attenzione del lavoratore per la propria salute e per i relativi doveri di cura e di non ritardata guarigione, a pregiudicare, anche solo potenzialmente, il rientro in servizio non potrà che essere effettuata ex post in giudizio, eventualmente*

---

[20] *"[…] l'espletamento di attività extralavorativa durante il periodo di assenza per malattia costituisce illecito disciplinare non solo se da tale comportamento derivi un'effettiva impossibilità temporanea della ripresa del lavoro,* ***ma anche quando la ripresa sia solo messa in pericolo*** *dalla condotta imprudente (v. n. 16465 del 05/08/2015), con una valutazione di idoneità che dev'essere svolta necessariamente ex ante, rapportata al momento in cui il comportamento viene realizzato"* (Cass. n. 24812/2016); il comportamento del dipendente che svolge altre attività giustifica il recesso datoriale *"[…] quando l'attività stessa, valutata in relazione alla natura ed alle caratteristiche della infermità denunciata ed alle mansioni svolte nell'ambito del rapporto di lavoro, sia tale da pregiudicare o ritardare,* ***anche potenzialmente****, la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore, con violazione di un'obbligazione preparatoria e strumentale rispetto alla corretta esecuzione del contratto (cfr. ex plurimis Cass. n. 9474/2009, Cass. n. 14046/2005)"* (Cass. n. 21253/2012; nello stesso senso, *ex plurimis*, Cass. n. 13063/2022; Cass. n. 21667/2017; Cass. n. 24812/2016; Cass. n. 17625/2014; Cass. n. 9474/2009).

[21] Cass. n. 13063/2022. Vedi anche Cass. n. 14046 del 2005; conf., Cass. n. 24812 del 2016; Cass., n. 21667 del 2017; Cass. n. 3655 del 2019; Cass. n. 9647 del 2021; secondo Cass. n. 16465 del 2015 *"lo svolgimento di attività in periodo di assenza dal lavoro per malattia, costituisce illecito di pericolo e non di danno, il quale sussiste non soltanto se quell'attività abbia effettivamente provocato un'impossibilità temporanea di ripresa del lavoro, ma anche quando la ripresa sia stata posta in pericolo, ossia quando il lavoratore si sia comportato in modo imprudente; in proposito v. pure Cass. n. 27104 del 2006".*

con l'ausilio di una consulenza di tipo medico-legale (cfr. Cass. n. 4237 del 2015)" (Cass. n. 13063/2022).

Dunque, la risposta – e nella sostanza il punto cruciale della causa in merito alla legittimità o meno del provvedimento disciplinare datoriale – è di tipo medico legale e non giuridico.

Dice la Corte: sia fatta una CTU medico legale (non si vede come possa essere valutata altrimenti la potenzialità lesiva), e dica il consulente del giudice – nota bene: a distanza di anni dai fatti o quantomeno di molti mesi dai fatti – se quel tipo di attività poteva cagionare, *potenzialmente*, un ritardo o un pregiudizio nella guarigione.

Non ci vuole molta fantasia, allora, per rendersi conto della estrema alea – e inevitabile soggettività – del giudizio, come infatti dimostra la contradditoria rassegna di giurisprudenza di cui sopra.

Ed infatti, a parte casi limite (sport estremi, lavori palesemente di fatica, e simili) sarà veramente una specie di "lancio della moneta" prevedere quale potrà essere la risposta che potrà offrire il consulente, specie considerato che egli è richiesto di formulare *ex post* un giudizio *ex ante*, in cui si pretende che egli non resti influenzato dai fatti successivi, in primo luogo dall'avvenuto rientro o meno del lavoratore nei ranghi aziendali attivi.

Altra problematica è in relazione all'onere probatorio.

La domanda è: spetta al datore di lavoro dimostrare la "potenzialità lesiva" dell'attività extra-lavorativa posta in essere dal dipendente durante il periodo di malattia, o non è piuttosto il dipendente ad essere onerato della prova che quel comportamento non influiva e non avrebbe potuto influire sulla sua tempestiva ripresa dell'attività di lavoro?

In altri termini: deve prevalere il principio secondo il quale, nei provvedimenti disciplinari, la prova della legittimità del recesso spetta al datore, oppure deve prevalere il principio della vicinanza della prova, in tal caso addossando al lavoratore l'onere del "non pregiudizio neanche potenziale"?

La giurisprudenza della Corte di Cassazione appare divisa circa il criterio di riparto degli oneri probatori in ipotesi di licenziamento intimato nelle occasioni qui di interesse.

Secondo un primo orientamento, nel caso di un lavoratore assente per malattia il quale sia stato sorpreso nello svolgimento di altre attività, spetta al dipendente dimostrare la compatibilità di esse con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa e quindi la loro inidoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psicofisiche (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 9647/2021; Cass. n. 6047/2018; Cass. n. 11142/1991).

Secondo un diverso orientamento, invece, la prova dell'incidenza dell'attività svolta dal dipendente in costanza di malattia nel ritardare o pregiudicare la guarigione ai fini del rilievo disciplinare deve ritenersi a carico del datore di lavoro (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 13980/2020; Cass. n. 1173/2018; Cass. n. 4869/2014; Cass. n. 15476/2012), in armonia con la regola generale di cui all'art. 5, L. n. 604/1966, che impone al datore di lavoro di provare i motivi giustificativi del provvedimento espulsivo.

Da ultimo, la Cassazione, con la sentenza n. 13063/2022, ha ritenuto corretto dare continuità al secondo orientamento, in virtù del fatto che è lo stesso legislatore che stabilisce esplicitamente a priori l'onere probatorio, con la conseguenza che deve ritenersi interdetto il criterio empirico di vicinanza alla fonte di prova: *"Si è osservato che "ogni diversa esegesi importerebbe una vera e propria sostituzione della valutazione operata dal legislatore con quella dell'interprete e un sostanziale abbandono di ogni regola certa, la cui importanza è invece particolare proprio sul terreno processuale" […] chi licenzia non può limitarsi a fornire la prova che il lavoratore abbia svolto in costanza di malattia altra attività, perché, per quanto detto innanzi, non sussiste nel nostro ordinamento un divieto assoluto per il dipendente di prestare altra attività, anche a favore di terzi, durante la malattia, sicché essa non costituisce, di per sé, inadempimento degli obblighi imposti al prestatore d'opera. Il datore di lavoro, quindi, deve anche provare, in relazione alla contestazione disciplinare, o che la malattia era simulata ovvero che la diversa attività posta in essere dal dipendente fosse potenzialmente idonea a pregiudicare o ritardare il rientro in servizio".*

Esiste tuttavia, a parere di chi scrive, un "baco del sistema".

Infatti, l'architettura del sistema processuale di verificazione della legittimità del recesso datoriale per lo svolgimento di attività extra lavorative durante la malattia, da ultimo riordinata e organizzata dalla citata sentenza di Cassazione n.13063/2022, presenta un problema di base irrisolto, che andiamo qui di seguito ad esaminare.

Per quanto esposto, risulta che il tema decisivo in questo genere di cause sia, in definitiva, un *giudizio medico legale di compatibilità* tra l'attività extralavorativa denunciata, da una parte, e l'ordinario processo di guarigione dalla patologia posta a giustificazione dell'assenza lavorativa, dall'altra parte.

Tuttavia, come detto, il datore di lavoro, nel momento in cui deve valutare il comportamento del dipendente per decidere se dare corso o meno all'azione disciplinare, non sa e non può sapere quale patologia ha dato luogo all'infermità.

Ecco allora che egli è posto nella oggettiva impossibilità di formare quel giudizio di compatibilità che la giurisprudenza impone, ai fini di decidere della legittimità o meno del recesso.

Si tratta dunque, senza possibilità alternative, di un licenziamento "al buio", nel senso che quando esso viene deciso il datore di lavoro non ha minimamente modo di sapere se il suo provvedimento è giustificato o meno.

Tale formidabile incognita non è in alcun modo risolvibile prima del giudizio, e della CTU medico legale che nel suo corso dovrà essere svolta, quindi con grave vulnus della possibilità di una delle parti contraenti di difendersi dal comportamento scorretto dell'altra.

Gli esempi potrebbero essere infiniti. Ad esempio, si pensi solo per un attimo alle assenze dal lavoro dovute a ragioni di tipo psichico: una forma depressiva, di ansia, etc., patologie peraltro oggi assai diffuse e causa di una enorme quantità di assenze dal lavoro[22].

A fronte di malattie di questo genere, è notorio che attività ricreative, sportive anche se faticose, addirittura attività di lavoro, possano essere non solo compatibili con la malattia, ma addirittura fare parte di un percorso di cura.

Pensiamo ad un dipendente da tempo assente per malattia; e mettiamo caso che il datore di lavoro -che da tempo paga oneri economici e disagi organizzativi in ragione di questa assenza- venga a conoscere l'abitudine della persona a frequentare quotidianamente centri sportivi, oppure dedicarsi regolarmente ad intensa attività fisica all'aria aperta, oppure lavorare presso il bar della moglie o la tintoria dell'amico; quale potrebbe essere mai la

[22] Secondo le stime diffuse nel 2017 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità in occasione della Giornata mondiale della salute mentale (https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-at-work). il 15% degli adulti in età lavorativa nel mondo presenterebbe disturbi psichici, con un notevole costo in termini di giornate di lavoro *"Globally, an estimated 12 billion working days are lost every year to depression and anxiety*". Secondo i dati forniti dall'Agenzia Europea per la sicurezza e la salute sul lavoro - OSHA ("Il calcolo dei costi dello stress e dei rischi psicosociali nei luoghi di lavoro", EU-OSHA, 2014), il 30% dei congedi per malattia siano riconducibili allo stress lavoro correlato. Incrociando tali dati con quelli forniti dall'osservatorio statistico INPS (https://www.inps.it/osservatoristatistici/17/o/404), secondo cui nel primo semestre 2022 sono state perse causa malattia circa 108 milioni di giornate di lavoro (vedi nota 22), è possibile ipotizzare che nell'anno appena trascorso le malattia di tipo psicologico abbiano causato in Italia almeno 60-70 milioni di giornate di assenza dal lavoro (dato prudenziale, considerato il rilevante impatto psicologico dell'era COVID).

sua reazione? Non è difficile immaginare che tale imprenditore si senta legittimato ad agire disciplinarmente.
È vero che il lavoratore, chiamato a rispondere del suo operato a seguito della lettera di contestazione disciplinare, potrebbe giustificarsi declinando la patologia di cui soffre e quindi affermando la non potenzialità lesiva dell'attività contestata.
Ma questo determinerebbe, da altro lato, la lesione del diritto del lavoratore a mantenere riservata la sua patologia - che peraltro, in tale sede, dovrebbe essere non solo allegata, ma anche dimostrata documentalmente, per avere sufficiente credibilità.

Ecco allora, a parere di chi scrive, che così come congegnato il sistema adottato dalla Cassazione, esso palesa dei limiti oggettivi, tali da porre il datore di lavoro in una sorta di vicolo cieco, costringendolo ad adottare sanzioni, anche di tipo espulsivo, senza una minima capacità di valutazione della reale illegittimità del comportamento contestato e quindi del rischio causa, oppure in alternativa a subire passivamente comportamenti di dubbia liceità. Ponendo, specularmente, anche il lavoratore in una situazione di pericolosa incertezza.

8. Una corretta applicazione del principio di buona fede contrattuale e del principio di diligenza dovrebbe prevalere sull'indagine medico legale

In questa situazione di oggettiva incertezza, che non può soddisfare nessuno, vale la pena provare a riflettere se possano esistere, nel nostro sistema giuridico, dei metodi di valutazione della legittimità del comportamento del lavoratore in malattia che possano prescindere dalla "lotteria" della consulenza medico legale *ex post*, pur preservando il principio di riservatezza circa le patologie sofferte dal lavoratore nel periodo di malattia.

Abbiamo visto come da sempre la giurisprudenza intenda lo svolgimento di attività extra lavorative quale possibile violazione (in presenza della detta potenzialità del rischio di ritardo/pregiudizio della guarigione) degli obblighi contrattuali di comportamento secondo correttezza e buona fede (art. 1175 c.c.) e di diligenza (art. 1176 c.c.) - essendo pacifico che anche durante la malattia tali obblighi generali continuano a gravare sulle parti.
Secondo chi scrive, nel caso dell'astensione dal lavoro causa per malattia, lo standard di correttezza – buona fede – diligenza del comportamento richiedibile al lavoratore può e deve essere particolarmente alto.

E ciò in ragione di una serie di considerazioni, anche solo di buon senso oltre che giuridiche.

In primo luogo, stando sul piano dei fatti, si consideri l'asimmetria degli oneri delle parti contrattuali durante il periodo di astensione.
Come abbiamo visto diffusamente sopra, nel contratto di lavoro subordinato, la distribuzione degli oneri delle parti durante la malattia del dipendente, è del tutto eccezionale nel mondo del diritto civile, nonché del tutto diversa rispetto le altre forme contrattuali di lavoro.
Il datore di lavoro infatti, dal suo lato, rimane obbligato alla sua controprestazione economica, a volte in misura anche molto importante; inoltre, paga uno scotto in termini organizzativi non irrilevante -anche in questo caso con serie conseguenze economiche (pagamento di straordinari ai colleghi dell'assente, rallentamento della produzione, costo di assunzione di lavoratori somministrati o a termine per sopperire all'assenza, loro formazione, etc.).
Dall'altro lato, invece, il dipendente malato è esentato da qualunque prestazione, e continua a ricevere (tra oneri a carico del sistema previdenziale e oneri a carico azienda) una partita economica uguale o molto vicina al suo ordinario trattamento salariale (quantomeno per un buon periodo iniziale).

Oltre questo squilibrio dei rispettivi oneri contrattuali, esistono anche ragioni di tipo "sociale" che pretendono un comportamento di stretta buona fede del dipendente in malattia.
In primis, non si può ignorare il costo sociale di cui l'intera collettività si fa carico per sostenere questo sistema, dato che il fenomeno delle assenze dal lavoro comporta circa duecento milioni di giornate lavorative perse all'anno[23].

[23] Per avere una misura del fenomeno, si consideri che nel solo primo semestre del 2022 sono stati persi, causa malattia, circa 108.000.000 giornate lavorative (i dati sono tratti da https://www.inps.it/osservatoristatistici/17/o/404)

Poi, non si può non considerare che il trattamento di malattia è un diritto che il sistema riconosce ai soli lavoratori subordinati, rimanendo esclusi i milioni di lavoratori che invece operano con altre forme contrattuali, ivi comprese quelle para-subordinate. E siccome "lavorare stanca" tutti nello stesso modo, non si può non considerare il fatto che di fronte ad un uguale evento morboso i lavoratori subordinati possano godere di piena tutela (fino ad approfittare dei loro diritti con assenze per malattie fittizie, di comodo, o per periodi ben superiori al normale[24]), mentre altre categorie di lavoratori sono magari costretti a trascurare la propria salute pur di non perdere il guadagno.
In tale contesto, è giocoforza riconoscere che durante la malattia il lavoratore è onerato dell'obbligo di fare del proprio meglio per guarire. Il lavoratore ammalato non è un ammalato qualunque, perché egli, a differenza degli altri pari condizione, è economicamente sostenuto da soggetti terzi.

Queste considerazioni sul piano della concretezza trovano coerenti valori sul piano giuridico.
Il principio di correttezza (art. 1175 c.c.), in uno con il principio di buona fede contrattuale (art. 1375 c.c., ma anche artt. 1337-1358-1366 c.c.), permea il diritto civile italiano, in particolare l'ambito contrattuale.
Attraverso l'affermazione di questo principio la società stessa, per mano del legislatore, pone ai propri membri un fondamentale "standard di comportamento", che mira non tanto alla tutela di interessi specifici, quanto piuttosto al mantenimento di quel formidabile ed

Anno: 2022

		Anno	2022	2022
		Periodo	I Trimestre	II Trimestre
Comparto	Assicurato/polo unico		Numero giorni malattia	Numero giorni malattia
Pubblico	Polo unico		14.248.851	9.744.556
	Non polo unico		308.984	212.762
Pubblico:	Totale		14.557.835	9.957.318
Privato	Assicurato		46.746.847	29.180.836
	Non assicurato		4.315.497	2.799.075
Privato:	Totale		51.062.344	31.979.911

[24] Si pensi ad alcuni episodi di cronaca di malattie "di massa", come quelle patite dagli assistenti di volo dell'Alitalia nel 2003 (cfr. Ichino, Il controllo non sanitario sulla malattia denunciata dal lavoratore" in Diritto e Giustizia, 24, pag. 102); più di recente, analoghi episodi sono avvenuti durante le agitazioni sindacali degli autisti di linea START Romagna a Forlì e Cesena nell'ottobre del 2012, e degli autisti ATAC a Roma nell'aprile 2016

insostituibile collante sociale che è la "fiducia", che è il fondamento stesso del più ampio contratto sociale.

Ed infatti, correttezza e buona fede, secondo la tradizione civilistica, si sostanziano in due principali doveri.

Il dovere di lealtà, da un lato, che impone ai contraenti il dovere di tutelare il reciproco affidamento, ossia di comportarsi in ciascuna delle fasi della vita del contratto attribuendo alle reciproche dichiarazioni o contegni il loro significato sociale tipico e, conseguentemente, di non indurre o speculare sui fraintendimenti della controparte.

Il dovere di salvaguardia, da altro lato, che impone ai contraenti uno sforzo - entro la normale esigibilità e non tale da imporre un rilevante sacrificio - volto alla tutela degli interessi che la controparte ha inteso perseguire attraverso il regolamento contrattuale, a prescindere da un'obbligazione giuridica in tal senso: in altre parole esso mira alla conservazione dell'utilità del contratto non solo per sé ma anche per la controparte.

Il principio di diligenza (art. 1176 c.c.), che inerisce l'adempimento della prestazione, indica la misura dello sforzo richiesto al debitore per garantire al creditore l'esatto adempimento.

Ma il «buon padre di famiglia» indicato dalla norma, non è l'uomo medio, ma quello che, conscio delle proprie responsabilità di cittadino e di collaboratore dell'intero organismo sociale, svolge le sue azioni verso il raggiungimento di fini che non soltanto i propri ma anche e principalmente quelli della società di cui fa parte, adeguando il proprio sforzo in relazione a tutte le circostanze proprie della situazione specifica.

«*Il criterio della diligenza riassume quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura particolare del proprio rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo … è certo che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto .. La diligenza deve valutarsi riguardo il tipo di attività esercitata .. Sussistono dei casi in cui la diligenza deve apprezzarsi con minore o maggiore rigore*» riporta la relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile.

Ecco allora che un buon uso di questi principi potrebbe essere già di per sé sufficiente a delimitare l'area di ciò che è permesso e ciò che è vietato fare, durante la malattia, senza che il giurista debba "buttare la palla" in mano al consulente medico legale, per assumere tale decisione (per di più, con tutti i limiti che l'indagine tecnica necessariamente sconta in questo particolare ambito). Soprattutto, riaffermare la supremazia del metro giuridico

di valutazione potrebbe portare ad una maggiore prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni, sia per il lavoratore che per il datore di lavoro[25].

Nell'ottica descritta, si potrebbe allora ritenere, per quanto riguarda le attività lavorative, che esse siano da ritenersi tendenzialmente vietate durante la malattia, specie se rese a favore di terzi. Senza dover ricorrere a speciose Consulenze Tecniche, credo possa dirsi conforme a diritto, e rispettoso del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti, affermare che nella situazione data un lavoratore si debba astenere dal lavoro, tout-court. Diversamente, attività non impegnative quali svaghi, intrattenimento, passeggiate, dovrebbero essere tendenzialmente ammessi.

Per quanto riguarda infine le attività sportive, invece, che sono spesso origine di contenzioso, si dovrebbe distinguere tra quelle che sono funzionali al recupero e quelle che non sono funzionali alla guarigione. Le prime, da ritenere assolutamente concesse, le seconde -anche se "potenzialmente" innocue- da ritenersi vietate.

Specificando anche, sempre in nome della prevedibilità ex ante delle conseguenze dei propri comportamenti, che sarebbe utile a tutte le parti che la funzionalità di quella particolare attività sportiva alla corretta guarigione, venga attestata da specifico certificato medico, rilasciato in corso di malattia.

Così ponendo il dipendente nella condizione di potere esercitare senza rischi tale attività, e di informare tempestivamente il datore di lavoro, se richiesto in ambito di contestazione disciplinare, della opportunità di tale suo comportamento (senza per ciò dovere necessariamente disvelare la patologia da cui è affetto); e conseguentemente, ponendo il datore di lavoro nella condizione di evitare da subito di assumere provvedimenti disciplinari infondati.

9. Ma alla fine, siamo sicuri che il licenziamento sia la sanzione disciplinare appropriata?

Nella casistica giurisprudenziale esaminata, il tema ricorrente è sempre la legittimità o meno del licenziamento disciplinare inflitto dal datore di lavoro.

Non risultano, invece, a chi scrive, questioni circa la proporzionalità della sanzione massima del licenziamento, rispetto il comportamento contestato.

---

[25] Per un caso di scuola di contrasto tra considerazioni di tipo medico legale e applicazione dei parametri di buona fede e correttezza, si veda ICHINO, *"Il ginocchio infermo compatibile con la partita di calcio ma non con la prestazione lavorativa*" nota a sentenza Tribunale di Pisa 16.07.2005, in R.I.D.L., 2006, II

Eppure, forse, una riflessione in merito andrebbe fatta.

I contratti collettivi del settore privato normalmente non includono, nella casistica dei comportamenti idonei a dare luogo a sanzioni disciplinari, i comportamenti in esame.

Al contrario, la contrattazione collettiva del settore pubblico prevede eccome tali casi, relegandoli però nel novero delle situazioni che possono dare luogo a sanzioni conservative, anche qualora dovesse essere accertata proprio quella "potenzialità lesiva" di cui lungamente sopra.

Il CCNL Sanità, ad esempio, prevede che *"il mero svolgimento di attività che ritardino il recupero psicofisico durante lo stato di malattia o infortunio"* comporta la sospensione dal servizio fino a 10 giorni (art. 13, comma 5; per una applicazione della norma, con conseguente dichiarazione di nullità del licenziamento, si veda Corte d'Appello Torino, sez. lav., sentenza n. 669 del 16.09.2019).

Nello stesso senso il CCNL Enti Locali, il quale prevede che *"La sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di 10 giorni si applica […] per: e) svolgimento di attività che ritardino il recupero psico-fisico durante lo stato di malattia"* (art. 3, comma 5, lett. *e)*) ed il CCNL Agenzie del Demanio (art. 58).

E quindi, in definitiva, se è vero che il dipendente pubblico nel suo rapporto di lavoro è onerato non solo di tutti gli obblighi "privatistici" cui sono sottoposti i dipendenti del settore privato, ma deve rispettare anche ulteriori obblighi di tipo "pubblicistico" (quali dovere di fedeltà alla Repubblica, ex art. 51 Cost.; doveri collegati ai principi di imparzialità e buon andamento art. 97 Cost.; dovere di esclusività del servizio alla Nazione, ex art. 98 Cost), conformando la sua condotta lavorativa al dovere costituzionale di servire la Repubblica con impegno e responsabilità anteponendo il rispetto della legge e l'interesse pubblico agli interessi privati propri e altrui, siamo davvero certi che in ambito privato il licenziamento sia la sanzione più giusta e proporzionata?

STUDIO LEGALE
BONA·OLIVA
& ASSOCIATI

CONTATTI
Telefono:
+39 011 511 1005
Fax:
+39 011 515 0103
Email:
info@mbolaw.it

IL NOSTRO UFFICIO
Via Giannone, 1
10121 Torino

SEDE DI AOSTA
Corso Lancieri d'Aosta n. 15/C
11100 Aosta

Global Justice Network

LEGAL ABROAD

©Copyright Studio Bona Oliva Associati 2019. Tutti i diritti riservati P. IVA 10417340014