

## **Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza 9 ottobre – 29 novembre 2012, n. 21253**

*Presidente Roselli – Relatore Filabozzi*

### *Svolgimento del processo*

Con ricorso al Tribunale di Pescara, E. D.S. ha chiesto che venisse dichiarata l'illegittimità del licenziamento disciplinare intimatogli dalla Società Italiana Distribuzione Moderna spa (già La Rinascente spa), per avere svolto attività lavorativa consistente nel servizio della clientela preso un locale pubblico mentre si trovava in congedo per ragioni di salute, ed ha chiesto altresì la condanna della società convenuta al pagamento di somme dovute a titolo di lavoro straordinario e notturno.

Il Tribunale ha accolto la domanda relativa all'accertamento della illegittimità del licenziamento e ha respinto quella riguardante la pretesa del compenso per lavoro straordinario, con sentenza che è stata riformata dalla Corte d'appello d'Aquila, che ha ritenuto invece la legittimità del licenziamento, rigettando sul punto la domanda del lavoratore, ed ha accolto la domanda relativa al compenso per lavoro straordinario e notturno, condannando la società al pagamento, per questi titoli, della complessiva somma di € 40.984,85 (di cui € 37.928,55 a titolo di lavoro straordinario diurno e € 3.056,30 a titolo di lavoro notturno), oltre rivalutazione e interessi.

A tali conclusioni la Corte territoriale è pervenuta osservando che il lavoratore era stato sorpreso a svolgere attività di servizio della clientela in un locale pubblico in occasione di due assenze dal lavoro motivate da uno stato di malattia (lombosciatalgia) e che, in tali occasioni, era apparso in condizioni fisiche normali, sì da legittimare l'insorgenza di fondati dubbi circa la sussistenza della malattia e giustificare così il recesso del datore di lavoro. Quanto al compenso per lavoro straordinari, diurno e notturno, la Corte di merito ha osservato che dalle risultanze istruttorie era emerso che il D.S. aveva svolto settimanalmente numerose ore di lavoro straordinario e, in alcune occasioni, anche un certo numero di ore di lavoro notturno, che dovevano essere compensate con le maggiorazioni previste dalla contrattazione collettiva. a nulla rilevando che il D.S., per la sua funzione di capo reparto, godesse di una certa autonomia operativa riguardo al reparto affidatogli. Avverso tale sentenza ricorre per cassazione E. D.S., affidandosi a due motivi di ricorso cui resiste con controricorso la SIDM spa, che ha proposto anche ricorso incidentale fondato su due motivi. Il ricorrente ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

### *Motivi della decisione*

Preliminarmente, deve essere disposta la riunione del ricorso principale e di quello incidentale, ex art. 335 c.p.c., trattandosi di impugnazioni proposte avverso la stessa sentenza.

1.- Con il primo motivo si denuncia violazione degli artt. 2119 c.c. e 31 l. n. 604/66 “in relazione a consolidati principi giurisprudenziali in materia di svolgimento di altra attività durante l'assenza per malattia”, censurando la sentenza impugnata per aver ritenuto che sarebbe assolutamente vietato al lavoratore assente per malattia lo svolgimento di una qualsiasi altra attività lavorativa, a prescindere da ogni valutazione circa la compatibilità tra tale attività lavorativa e la malattia medesima.

2.- Con il secondo motivo si denuncia violazione dell'art. 7 l. n. 300/70 in relazione al principio di immutabilità della contestazione disciplinare, nonché vizio di motivazione, chiedendo a questa Corte di stabilire se la sentenza impugnata abbia violato tale principio laddove ha ritenuto giustificato il licenziamento sotto il profilo, che non formava oggetto di specifica contestazione, del presunto svolgimento di una attività lavorativa idonea a compromettere la guarigione.

3.- Con il primo motivo del ricorso incidentale si denuncia violazione degli artt. 414, 164, 244 c.p.c., 2697, 2108. 2099, 1241 c.c.. 36 Cost., nonché vizio di motivazione, in ordine all'omesso rilievo, da parte della Corte di merito, delle carenze dell'atto introduttivo e dell'inammissibilità dei capitoli di prova articolati dal ricorrente, oltre che per aver disatteso l'eccezione di compensazione formulata in via subordinata dalla società, sostenendo che, sulla base di tali carenze, il giudice

d'appello avrebbe dovuto ritenere il ricorso nullo ovvero rigettarlo nel merito, o comunque, in accoglimento della suddetta eccezione, contenere la condanna entro una diversa e più ridotta misura.

4.- Con il secondo motivo si denuncia violazione degli artt. 2108 c.c., 3 RDL n. 1955/1923, 1 RDL n. 692/1923, nonché vizio di motivazione, sostenendo che, in base alla normativa sopra richiamata, non doveva essere riconosciuto al ricorrente, che svolgeva funzioni di capo reparto e non era, quindi, tenuto ad osservare l'orario normale di lavoro, alcun compenso per lavoro straordinario.

5.- I motivi del ricorso principale, che, per riguardare problematiche strettamente connesse tra loro, possono essere esaminati congiuntamente, sono infondati.

6.- In tema di svolgimento di attività lavorativa durante l'assenza per malattia la giurisprudenza è pervenuta a risultati sostanzialmente conformi. In linea di principio, si è affermato che non sussiste nel nostro ordinamento un divieto assoluto per il dipendente di prestare attività lavorativa, anche a favore di terzi, durante il periodo di assenza per malattia. Siffatto comportamento può, tuttavia, costituire giustificato motivo di recesso da parte del datore di lavoro ove esso integri una violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà. Ciò può avvenire quando lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia sia di per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza dell'infermità addotta a giustificazione dell'assenza, dimostrando quindi una sua fraudolenta simulazione, o quando l'attività stessa, valutata in relazione alla natura ed alle caratteristiche della infermità denunciata ed alle mansioni svolte nel l'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 occasione del contratto (cfr. *ex plurimis* Cass. n. 9474/2009, Cass. n. 14046/2005).

7. Ad ulteriore specificazione di questo principio, questa Corte (Cass. n. 14046/2005 cit.) ha precisato che “la valutazione del giudice di merito, in ordine all'incidenza del lavoro sulla guarigione, ha per oggetto il comportamento del dipendente nel momento in cui egli, pur essendo malato e (per tale causa) assente dal lavoro cui è contrattualmente obbligato, svolge per conto di terzi un'attività che può recare pregiudizio al futuro tempestivo svolgimento di tale lavoro; in tal modo, la predetta valutazione è costituita da un giudizio *ex ante*, ed ha per oggetto la potenzialità del pregiudizio”, con l'ulteriore conseguenza che “ai fini di questa potenzialità, la tempestiva ripresa del lavoro resta irrilevante”. Ed ha ribadito che lo svolgimento da parte del dipendente assente per malattia, di altra attività lavorativa che, valutata in relazione alla natura della infermità e delle mansioni svolte, può pregiudicare o ritardare la guarigione ed il rientro in servizio, costituisce violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede, che giustifica il recesso del datore di lavoro (nello stesso senso, Cass. n. 17128/2002).

8. Non si discosta da tali principi la Corte territoriale con l'affermazione che, nella fattispecie, le modalità dello svolgimento dell'attività svolta dal dipendente (quale addetto al servizio ai tavoli e alla riscossione alla cassa presso un locale pubblico, in orario notturno) durante l'assenza per malattia erano di per sé sufficienti a far dubitare della stessa esistenza della malattia (o quanto meno di una sua gravità tale da impedire l'espletamento di una attività lavorativa) ed erano comunque indice di una scarsa attenzione del lavoratore alle esigenze di cura della propria salute ed ai connessi doveri di non ostacolare o ritardare la guarigione, considerato anche l'impegno fisico richiesto dall'espletamento di tale attività.

9. Tale affermazione risulta in tutto conforme ai principi enunciati in materia da questa Corte e non presuppone affatto l'esistenza di un divieto assoluto, per il lavoratore, di svolgere una qualsiasi altra attività lavorativa durante l'assenza per malattia, prescindendo da ogni valutazione circa la compatibilità tra detta attività e la malattia; né può ritenersi che la Corte di merito, così argomentando, abbia preso in considerazione fatti diversi da quelli che formavano oggetto della contestazione disciplinare, che la contestazione riguardava appunto il fatto di essere stato sorpreso, in più occasioni, a lavorare con mansioni di servizio ai tavoli durante l'assenza per malattia.

10.- Non sussistono, inoltre, i vizi motivazionali denunciati nella seconda parte del secondo motivo, in quanto la decisione impugnata si fonda, in primo luogo, sul rilievo della inidoneità dello stato di

malattia ad impedire l'espletamento dell'attività lavorativa e la fondatezza di tale rilievo non può certo ritenersi inficiata per effetto delle indicazioni contenute nella documentazione medica richiamata nel ricorso, che attesta sì l'esistenza di una lombosciatalgia (esistenza che non viene, peraltro, disconosciuta dal giudice del merito), ma non ha diretta attinenza alla specifica situazione di impedimento dell'attività lavorativa che si sarebbe verificata a carico del D.S. nei periodi di tempo in contestazione.

11.- Le ulteriori osservazioni svolte nell'ultima parte del ricorso si riferiscono al profilo relativo alla idoneità (o meno) del comportamento del lavoratore ad incidere sulla guarigione della malattia e non hanno comunque rilievo decisivo ai fini della prova della effettiva esistenza di uno stato della malattia impeditivo della prestazione lavorativa.

12.- Il ricorso principale non può pertanto trovare accoglimento.

13.- Il primo motivo del ricorso incidentale è in parte infondato e, per la restante parte, assorbito, come si dirà, dall'accoglimento del secondo motivo.

14.- Deve escludersi anzitutto la sussistenza della dedotta violazione degli artt. 414 e 164 c.p.c., posto che, come è stato più volte affermato da questa Corte (cfr. *ex plurimis* Cass. n. 3126/2011, Cass. n. 820/2007, Cass. n. 17076/2004), nel rito del lavoro la valutazione di nullità del ricorso introduttivo per mancanza di determinazione dell'oggetto della domanda o per mancata esposizione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto sulle quali questa si fonda è ravvisabile solo quando, attraverso l'esame complessivo dell'atto, sia impossibile l'individuazione esatta della pretesa dell'attore e il convenuto non possa apprestare una compiuta difesa; ipotesi, questa, che non si riscontra nel caso in esame, posto che, nella specie, le indicazioni contenute nel ricorso introduttivo in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda hanno consentito alla convenuta di apprestare adeguatamente le proprie difese e al giudice di impostare e svolgere l'attività istruttoria indispensabile ai fini della decisione. Le censure formulate dalla società, d'altra parte, si incentrano in gran parte sullo genericità e sulla inattendibilità degli elementi di fatto indicati nel ricorso o sostegno delle pretese fatte valere, oltre che sulla omessa indicazione di altri elementi che si assumono idonei a modificare o a ridurre tali pretese, ed attengono quindi alla fondatezza della domanda più che alla insufficienza della esposizione degli elementi di fatto su cui questa si fonda, sicché deve ritenersi che, sotto questo profilo, la valutazione della Corte di merito risulti del tutto immune dalle censure che le sono state mosse al riguardo dalla contro ricorrente.

15.- Anche la censura relativa alla valutazione della idoneità della specificazione dei fatti dedotti nei capitoli di prova, *ex art.* 244 c.p.c., non può trovare accoglimento, in quanto la parte avrebbe dovuto riportare, in ossequio al principio di autosufficienza, lo specifico contenuto dei capitoli di prova, onde rendere edotta la Corte del modo in cui la prova era stata formulata con il ricorso introduttivo.

16.- Il secondo motivo del ricorso incidentale deve ritenersi fondato. Questa Corte ha ripetutamente affermato che ai fini dell'esclusione della limitazione dell'orario di lavoro, con conseguente negazione del diritto a compenso per lavoro straordinario, il cancello di "personale direttivo" di cui all'art. 1 RDL n. 692/1923 è comprensivo - come chiarito dall'art. 3, n. 2, del RD n. 1955 del 1923 (regolamento per l'applicazione del citato RDL n. 692/1923) - non soltanto di tutti i dirigenti ed institori che rivestono qualità rappresentative e vicarie, bensì anche, in difetto di una pattuizione contrattuale in deroga, del personale dirigente c.d. minore, ossia gli impiegati di prima categoria con funzioni direttive, i capi di singoli servizi o sezioni d'azienda, i capi ufficio e i capi reparto (cfr. *ex plurimis* Cass. n. 12367/2003), precisando che il personale direttivo, escluso dalla disciplina legale delle limitazioni dell'orario di lavoro, ha diritto al compenso per lavoro straordinario se la disciplina collettiva delimita anche per il medesimo l'orario normale, e tale orario venga in concreto superato, oppure se la durata della prestazione lavorativa ecceda il limite di ragionevolezza in rapporto alla necessaria tutela della salute e della integrità fisiopsichica garantito dalla Costituzione a tutti i lavoratori (cfr. *ex plurimis* Cass. n. 16050/2004, Cass. n. 13882/2004, Cass. n. 7201/2004, Cass. n. 12301/2003, Cass. n. 11929/2003, Cass. n. 7577/2003).

17.- Nella specie, è pacifico che il D.S. abbia prestato la propria attività lavorativa con la qualifica e le mansioni di capo reparto, qualifica che lo escludeva dalla disciplina legale delle limitazioni dell'orario di lavoro, applicabile, all'epoca, al rapporto di lavoro. Anche la disciplina collettiva (art.

39 C.C.N.L.) escludeva il diritto di direttori tecnici, capi ufficio e capi reparto ad un compenso per lavoro straordinario.

18.- La Corte d'appello ha ritenuto di riconoscere il diritto dell'appellante al compenso per lavoro straordinario superando così, implicitamente, l'impedimento che derivava al riconoscimento di tale diritto dalle previsioni della disciplina legale e della normativa collettiva – in base alla considerazione che la stessa società aveva riconosciuto al dipendente, facendone menzione nelle buste paga, un compenso per lavoro straordinario, seppure “forfetizzato”.

19.- L'argomentazione non merita condivisione in quanto l'attribuzione di un compenso per lavoro straordinario “forfetizzato”, in presenza di una normativa legale e contrattuale che esclude determinate categorie di lavoratori dall'applicazione della disciplina in tema di limitazioni dell'orario di lavoro, dell'esistenza di una limitazione dell'orario normale, né del diritto ad un compenso per il lavoro prestato oltre tale limite, ma, se mai, solo quello di un trattamento più favorevole determinato e corrisposto dal datore di lavoro al dipendente, al quale non si applica la disciplina delle limitazioni dell'orario di lavoro, proprio in conseguenza degli svantaggi eventualmente derivanti al lavoratore dalla suddetta esclusione.

20.- In definitiva, alla stregua della disciplina legale e contrattuale delle limitazioni dell'orario di lavoro applicabili al rapporto - e non essendo in questione nella presente controversia, per come emerge dalle rispettive deduzioni scritte negli scritti difensivi delle parti, il limite della “ragionevolezza” – deve escludersi il diritto del ricorrente al compenso per lavoro straordinario.

21.- Il secondo motivo del ricorso incidentale deve essere pertanto accolto e la sentenza deve essere cassata relativamente alla statuizione con cui la società è stata condannata al pagamento del compenso per lavoro straordinario diurno (ferma restando la statuizione di condanna della medesima società al pagamento della somma di € 3.056,30 a titolo di compenso per lavoro notturno), con l'assorbimento di ogni altra censura scelta sul punto dalla controricorrente.

22.- Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa deve essere decisa nel merito ai sensi dell'art. 384, secondo comma. c.p.c., con il rigetto della domanda di condanna al pagamento del compenso per lavoro straordinario (diurno).

23.- Avuto riguardo alla peculiarità della materia che ha dato luogo a diverse e contrastanti soluzioni nel corso del giudizio di merito, si ritiene che sussistano giusti motivi per compensare interamente fra le parti anche le spese del giudizio di legittimità.

*P.Q.M.*

La Corte riunisce i ricorsi, rigetta il principale, accoglie il secondo motivo del ricorso incidentale, rigettando il primo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e, decidendo nel merito, dichiara non dovuta al D.S. la somma liquidata dalla Corte d'appello a titolo di compenso per lavoro straordinario diurno; compensa le spese del giudizio di legittimità.