



Tribunale Ordinario di Ravenna
SEZIONE CIVILE
Settore lavoro

VERBALE DELLA CAUSA N. 945 DELL'ANNO 2017

Oggi 13/11/2018 innanzi al giudice dott. Dario Bernardi, sono comparsi:

Per la parte ricorrente l'avv. SILVESTRI il quale si riporta ai propri atti ed insiste per l'ammissione dei mezzi istruttori richiesti in ricorso; si oppone ai mezzi avversari; è presente la parte personalmente; deposita nota spese;

Per la parte resistente l'avv. BERGAMASCHI il quale si riporta ai propri atti ed insiste per l'ammissione dei mezzi istruttori richiesti in memoria difensiva; si oppone ai mezzi avversari; è presente PAOLO DOSI presidente; insiste per le richieste fatte nelle note difensive; insiste per la documentazione attestante l'*aliunde perceptum*;
i difensori concludono come da rispettivi atti introduttivi.

Il giudice

esperita la discussione orale si ritira in camera di consiglio all'esito della quale dà lettura della sentenza con motivazione contestuale.

Il giudice

Dott. Dario Bernardi



N. R.G. 945/2017



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di RAVENNA

Sezione Lavoro CIVILE

Settore lavoro

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Dario Bernardi
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **945/2017** promossa da:

[REDACTED] rappresentato e difeso dall'avv. SILVESTRI MAURO

RICORRENTE

contro

LB COOP SOCIETÀ COOPERATIVA rappresentato e difeso dall'avv.
BERGAMASCHI BARBARA

RESISTENTE

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con ricorso ai sensi della L. n. 92/2012, artt. 47 ss. **[REDACTED]** domandava:
"in via principale: - dichiarare che il licenziamento intimato dalla LB Coop Società

pagina 2 di 12



Cooperativa nei confronti del sig. ██████████ è illegittimo, per i motivi riportati in ricorso; per l'effetto reintegrare il lavoratore ██████████ e condannare la cooperativa convenuta al risarcimento danni con una somma pari alle mensilità intercorse dal giorno del licenziamento alla effettiva reintegra dell'ultima retribuzione valida ai fini del calcolo del t.f.r.; - in via subordinata, dichiarare che il licenziamento intimato dalla LB Coop Società Cooperativa nei confronti del sig. ██████████ è nullo, illegittimo, inefficace per i motivi riportati in ricorso, condannare la società convenuta al risarcimento danni con una somma pari a ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione valida ai fini de computo del t.f.r., corrispondente alla somma di € 51.205,68 o a quella diversa ritenuta di giustizia”.

LB COOP SOCIETÀ COOPERATIVA resisteva al ricorso.

La causa – in seguito a mutamento del rito a ordinario lavoristico essendo il ricorrente stato assunto a tempo indeterminato successivamente al 7.3.2015 – veniva istruita con C.T.U. medico legale.

Il ricorso è fondato nella sua domanda principale, volta alla reintegra del lavoratore.

Nulla rileva che la stessa fosse stata formulata richiamando, in punto di diritto, l'art. 18, nell'ottica dell'instaurazione del giudizio secondo il c.d. rito Fornero.

Rilevano, infatti il *petitum*, mediato e immediato e la *causa petendi*, quali elementi che individuano la domanda dal punto di vista oggettivo.

Ove gli stessi non vengano modificati, residua il potere-dovere del giudice di applicare le corrette disposizioni normative, secondo il principio *iura novit curia* (“*Il potere-dovere del giudice di inquadrare nella esatta disciplina giuridica i fatti e gli atti che formano oggetto della contestazione incontra il limite del rispetto del "petitum" e della "causa petendi", sostanziosamente nel divieto d'introduzione di nuovi elementi di fatto nel tema controverso, sicché il vizio di "ultra" o "extra" petizione ricorre quando il giudice di merito, alterando gli elementi obiettivi dell'azione ("petitum" o "causa petendi"), emetta un provvedimento diverso da quello richiesto ("petitum" immediato), oppure attribuisca o neghi un bene della vita diverso da quello conteso ("petitum" mediato),*



così pronunciando oltre i limiti delle pretese o delle eccezioni fatte valere dai contraddittori”: Cass. n. 9002/2018).

Nel caso di specie gli elementi oggettivi sono rimasti inalterati, posto che la domanda è di reintegra (oltre che risarcitoria) ed è fondata sull’illegittimità del licenziamento disciplinare per l’insussistenza del fatto.

A tale domanda, pertanto, ben può essere indistintamente applicato tanto l’art. 18, quanto il D.Lgs. n. 23/2015, art. 3, a seconda dei presupposti soggettivi e temporali di applicabilità dell’uno piuttosto che dell’altro regime.

Venendo al merito, si osserva quanto segue.

La contestazione del 3.8.2017 fa riferimento ad asserite gravi violazioni relative alla simulazione della malattia, alla “contrarietà” dei comportamenti tenuti durante la malattia alla pronta guarigione, nonché al parziale mancato rispetto delle fasce orarie.

Con missiva del 15.9.2018 giungeva il licenziamento disciplinare per i motivi di cui alla contestazione.

La C.T.U. ha dimostrato l’insussistenza della asserita simulazione, nonché di un comportamento, quello tenuto dal lavoratore ricorrente, pregiudicativo di una pronta guarigione.

In effetti, la C.T.U. svolta ha convincentemente motivato nel senso che *“Oggetto della contestazione da parte della Cooperativa, e che poi ha condotto al provvedimento di licenziamento del ricorrente, sarebbe l’asserito illegittimo comportamento tenuto dallo stesso tra il mese di giugno ed il mese di luglio 2017. Come si legge nella contestazione di addebito del 3/8/2017, “... nonostante Lei si fosse posto in malattia nei periodi richiamati, la nostra cooperativa - a seguito di una serie di indagini e accertamenti svolti per il tramite di un’accreditata agenzia di investigazioni - ha riscontrato che, nel periodo sopra riferito, Lei ha posto in essere una serie di illegittimi e perduranti comportamenti incompatibili con il Suo presunto stato di malattia in quanto sintomatici, al contrario, del Suo pieno stato di salute oltre che, in ogni caso, contrari alla pronta guarigione per cui aveva chiesto giorni di riposo nonché, in gran parte, irrispettosi*



delle fasce di reperibilità....". Per rispondere all'articolato quesito posto dal sig. Giudice, non resta che ripercorrere il periodo oggetto di contestazione. Dalla certificazione esaminata emerge che dall'11/06 al 19/06/2017 il p. rimase ricoverato presso la divisione di Medicina dell'O.C. di Ravenna, da dove venne dimesso con la diagnosi di "Polmonite comunitaria medio basale dx, ritenzione acuta d'urine, nodulo polmonare sub centimetrino in follow up, cedimento somatico di D9 post-traumatico" e prescrizione di terapia antibiotica e di busto spin up per 30 giorni da togliere solo a letto. Si tratta di patologie e lesioni chiare e non contestabili, accertate sia con esami strumentali e sia clinicamente da parte dei sanitari della struttura ospedaliera di Ravenna. Abbiamo poi certificazione del medico curante, dr. Falcinelli, con prognosi complessiva su modulistica INPS fino al 3/9/2017 in riferimento a "postumi cedimento somatico D9". Questo periodo di prognosi, nel complesso inferiore ai 3 mesi, appare del tutto giustificato e congruo in funzione della tipologia della lesione fratturativa dorsale, rientrando ampiamente nei "tempi medi" di consolidazione della frattura e di guarigione clinica. Premesso che, quanto meno, il mese iniziale di prognosi vede il concorrere sia della patologia polmonitica e sia della patologia vertebrale nel suo determinismo, il successivo periodo in tutela INPS (concesso dal medico curante per i postumi della frattura vertebrale) non appare comunque compatibile con lo svolgimento delle mansioni di carropontista che all'epoca svolgeva, trattandosi di lesione che necessita di riposo, evitando il sovraccarico funzionale e la stazione eretta protratta. Relativamente all'ultima parte del quesito si può pacificamente asserire che le attività documentate in atti svolte dal lavoratore durante l'assenza per malattia non hanno comportato un rallentamento della guarigione (atteso che come sopra detto il periodo complessivo documentato di assenza dal lavoro in tutela INPS rientra nei "tempi medi" di guarigione), ma possono avere aggravato i postumi della frattura di D9 per possibile maggiore deformità della vertebra (questo a livello teorico in quanto servirebbe una comparazione delle rx iniziali successive per verificare la eventuale accentuazione della deformita' iniziale)".



Come emerge dallo stesso esame intrinseco della motivazione della consulenza tecnica d'ufficio, la stessa si fonda su elementi documentali inoppugnabili (quali i certificati relativi al ricovero in ospedale del lavoratore e le diagnosi relative) e tali da rendere il presente caso lontano anni luce da una ipotesi simulatoria.

Anche le valutazioni conseguenti sono congrue rispetto a quanto documentato, cosicché non residuano dubbi ragionevoli circa l'insussistenza, non solo di qualsiasi ipotesi simulatoria, ma anche circa lo svolgimento di attività (quali quelle risultanti dai singoli fotogrammi documentati nella relazione dell'agenzia investigativa che ha pedinato il lavoratore su incarico datoriale) esorbitanti dal quotidiano e idonee a pregiudicare i tempi di guarigione del lavoratore malato.

Ne consegue che le osservazioni critiche del C.T.P. di parte resistente, lungi dal cogliere nel segno, si rivelano aprioristiche, di parte e non condivisibili.

In punto di diritto, deve richiamarsi l'orientamento della giurisprudenza di legittimità sul punto, secondo il quale *“Lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia è idonea a giustificare il recesso del datore di lavoro per violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà ove tale attività esterna, prestata o meno a titolo oneroso, sia per sé sufficiente a far [1] presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione, ovvero [2] quando, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore, ferma restando la necessità che, nella contestazione dell'addebito, emerga con chiarezza il profilo fattuale, così da consentire una adeguata difesa da parte del lavoratore”* (Cass. n. 17625/2014).

Sussunto il caso di specie nel principio in questione, ne discende che:

- non vi è stata alcuna simulazione di malattia;
- non vi è stato pregiudizio o ritardo della guarigione.



Per quanto riguarda la questione del parziale mancato rispetto delle fasce di reperibilità da parte del lavoratore in malattia, l'imputazione disciplinare è contestata – al pari di tutte le altre – dal ricorrente.

Ciò impone, evidentemente, la valutazione dell'esistenza della stessa, che non può avere esito positivo nel caso concreto attesa innanzi tutto la mancanza di indicazione specifica di quali violazioni sarebbero state compiute in quali giorni: si tratta, pertanto, di un difetto stesso della contestazione (sul punto aspecifica) che non può che riverberarsi anche in punto di accertamento del fatto che, pertanto, ha un esito negativo.

Sotto altra prospettiva, pure essa autonomamente dirimente, si osserva che la fattispecie della visita fiscale richiede la partecipazione dell'INPS e dei relativi medici, quali unici soggetti certificatori (nello schema legale che disciplina l'istituto) della presenza o dell'assenza del destinatario del controllo (D.L. n. 663/1983 convertito con emendamenti dalla L. n. 638/1983, il cui articolo 5, comma 14 prevede che "*Qualora il lavoratore, pubblico o privato, risulti assente alla visita di controllo senza giustificato motivo...*").

Ne consegue, in assenza di visite di controllo, l'intrinseca insussistenza della violazione del meccanismo normativo proprio delle visite fiscali.

D'altra parte sarebbero aggirate le stesse natura, essenza, utilità e connesse garanzie delle visite fiscali se, in luogo delle stesse, fosse liberamente opzionabile da parte del datore di lavoro procedere ad accertamento della eventuale violazione delle sole fasce di reperibilità non, come prevedono le norme, ad opera di un infruttuoso accesso del medico fiscale, bensì ad opera di una agenzia investigativa.

Non a caso, la liceità e l'utilizzabilità degli accertamenti effettuati non ai sensi dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori viene limitato solo a circostanze di fatto atte a dimostrare l'insussistenza della malattia o la non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato d'incapacità lavorativa e, quindi, a giustificare l'assenza dal lavoro, ossia a rappresentare fatti che la visita fiscale non è ordinariamente in grado di accertare, in quanto gli stessi avvengono al di fuori della visita stessa ("*Le disposizioni dell'art. 5 della legge 20*



maggio 1970, n.300, in materia di divieto di accertamenti da parte del datore di lavoro sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente e sulla facoltà dello stesso datore di lavoro di effettuare il controllo delle assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non precludono al datore medesimo di procedere, al di fuori delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto atte a dimostrare l'insussistenza della malattia o la non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato d'incapacità lavorativa e, quindi, a giustificare l'assenza. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimi gli accertamenti demandati, dal datore di lavoro, a un'agenzia investigativa, e aventi a oggetto comportamenti extralavorativi, che assumevano rilievo sotto il profilo del corretto adempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro)”: Cass. n. 25162/2014).

Al contrario, la mera presenza al domicilio è assolutamente (e solamente) accertabile dal medico fiscale, rientrandosi all'interno della previsione dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori, al cui 2° comma è previsto che *“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”*.

In conclusione, la mera allegazione – in assenza di richiesta e disposta visita fiscale, andata deserta per l'assenza del lavoratore – dell'essere il lavoratore “a piede libero” in una fascia di reperibilità non integra alcuna condotta materiale sanzionabile.

In tale caso, quindi, la fattispecie legale non si è in alcun modo integrata ed il fatto è dimostrato come insussistente.

Trattandosi di rapporto sorto successivamente al 7.3.2015, viene in rilievo l'art. 3 del D.Lgs. n. 23/2015, vertendosi nell'ipotesi di licenziamento per giusta causa non solo ingiustificato, ma con diretta dimostrazione in giudizio dell'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, con conseguente applicazione del 2° comma dell'art. 3, ai sensi del quale *“Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio*



l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva. Al lavoratore è attribuita la facoltà di cui all'articolo 2, comma 3”.

Il fatto materiale, ai fini della valutazione disciplinare, non può che essere connotato anche in termini di offensività, ossia di rilevanza (anti)giuridica della condotta (analogamente a quanto si ritiene in relazione all'art. 18: “L'insussistenza del fatto contestato”, di cui all'art. 18, comma 4, st.lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), della l. n. 92 del 2012, fattispecie cui si applica la tutela reintegratoria cd. attenuata, comprende sia l'ipotesi del fatto materiale che si riveli insussistente, sia quella del fatto che, pur esistente, non presenti profili di illiceità. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di appello che aveva applicato la tutela indennitaria cd. forte in luogo della reintegratoria, nei confronti di un lavoratore in congedo straordinario retribuito ex art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, che, allontanatosi in alcune giornate dall'abitazione della madre disabile cui prestava assistenza continuativa e con la quale conviveva, aveva comunque garantito l'intervento assistenziale, alternandosi



durante il giorno con altre persone, assicurando continuativamente l'assistenza notturna)”: Cass. 29062/2017; “Quanto alla tutela reintegratoria, 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, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, restando estranea al caso presente la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva (Cass. 6 novembre 2014 n.23669, che si riferisce ad un caso di insussistenza materiale del fatto contestato). In altre parole la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art.18, quarto comma, cit.”: Cass. n. 20540/2016).

A volere opinare altrimenti, infatti, sarebbe sufficiente addebitare al lavoratore fatti spudoratamente del tutto privi di rilievo disciplinare, purché materialmente esistenti (“hai respirato in ufficio!”) per escludere l’applicazione di una norma destinata (interpretazione teleologica) a reintegrare il lavoratore che non ha fatto alcunché di disciplinarmente rilevante e andandosi incontro, in caso contrario, ad un serio problema di costituzionalità se non altro per manifesta irragionevolezza della disciplina, nonché per disparità di trattamento (tra la disciplina prevista per un fatto disciplinare insussistente e quella prevista per un fatto sussistente ma del tutto privo di rilievo disciplinare, fatti che non possono che essere trattati dal legislatore allo stesso modo).

E nel caso di specie non si è nemmeno troppo lontani dall’iperbole argomentativa appena espressa (“hai respirato in ufficio!”), posto che, andando all’esatta essenza delle contestazioni mosse al lavoratore, compiuta l’indagine processuale necessaria e rilevante, ne risulta un licenziamento per avere svolto, in un correttamente fruito periodo di malattia, attività del tutto legittime e congrue rispetto alla malattia stessa.

L’espressione fatto materiale, pertanto, serve ad escludere, come ha cura di chiarire la norma in questione subito dopo, di lasciare al giudice la possibilità di sindacare, ai fini della reintegra, la proporzionalità del licenziamento, ipotesi che esula dal caso di specie, in cui viene in rilievo un “non fatto” disciplinare.



Deve essere riconosciuta l'indennità nella misura massima di 12 mensilità, oltre, come detto, alla reintegra e alla regolarizzazione dei contributi.

La retribuzione relativa all'ultimo mese lavorato (agosto 2017) è pari ad € 2.110,05, come da relativa busta paga depositata agli atti.

Ne consegue una indennità totale di € 25.320,06.

Non è stata data alcuna dimostrazione di un *aliunde perceptum* nell'arco di tale periodo: la richiesta contenuta in memoria difensiva è generica, esplorativa, nemmeno ipotetica, ben avendo concretamente potuto il datore di lavoro – aduso a procedere ad accertamenti a mezzo agenzia investigativa – allegare concreti fatti dimostrativi di un effettivo *aliunde perceptum*.

Anche la richiesta di informazioni dall'INPS è da respingere, posta la dichiarata (“*Si chiede che il Giudice ordini al ricorrente, all'INPS ed all'Agenzia dell'entrate la documentazione attestante eventuali rapporti di lavoro a qualsiasi titolo intrattenuti dal Signor [REDACTED] con decorrenza dall'15 settembre 2017*”) natura esplorativa della stessa.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- 1) accertata la nullità del licenziamento, condanna LB COOP SOCIETÀ COOPERATIVA alla immediata reintegra di [REDACTED];
- 2) condanna LB COOP SOCIETÀ COOPERATIVA al pagamento in favore di [REDACTED] di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, per totali € 25.320,06, nonché alla regolarizzazione dei contributi previdenziali e assistenziali inerenti a tale periodo;
- 3) condanna LB COOP SOCIETÀ COOPERATIVA a rimborsare a [REDACTED] [REDACTED] le spese di lite, che si liquidano in € 7.000,00 per compensi, oltre i.v.a.,



c.p.a. e 15,00 % per rimborso spese generali;

- 4) pone le spese di C.T.U. definitivamente a carico di LB COOP SOCIETÀ
COOPERATIVA.

Ravenna, 13 novembre 2018

Il Giudice
dott. Dario Bernardi

