

## **La simulazione fraudolenta dello stato di malattia del lavoratore: fino a che punto il recesso del datore di lavoro deve ritenersi legittimo?**

**Nota a Tribunale di Latina, Sez. Lav., sentenza 11 gennaio 2019 - Est. Avarello**

**di Livia Tamburro\***

*La condotta posta in essere dal lavoratore, diretta a simulare il proprio stato di malattia attraverso la produzione di certificati medici non veritieri, costituisce grave inadempimento della prestazione lavorativa, nonché violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, configurando giusta causa di licenziamento.*

*In tema di licenziamento per giusta causa da parte del datore di lavoro, il controllo delle assenze per infermità, attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non preclude al datore di lavoro 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 ed a giustificare l'assenza, afferendo tale controllo a comportamenti extralavorativi, che assumono rilievo sotto il profilo della commissione di un illecito, o del riscontro di una simulazione dell'infermità, idonei ad incidere sul vincolo fiduciario. (Massime a cura dell'Autore)*

**Licenziamento – Giusta causa – Simulazione fraudolenta della malattia – Certificato medico – Certificazioni contrastanti tra di loro - Attività di controllo del datore di lavoro – Violazione del vincolo fiduciario**

**Artt. 1175, 1375, 2105, 2110, 2118 e 2119 c.c. – Art. 5, L. n. 300/1970**

Il ricorrente, addetto a mansioni impiegate di modesto impegno fisico (smistamento posta) il 20/4/16 cadeva sul pavimento a seguito di un malore intervenuto sul luogo di lavoro.

---

\* Avvocato in Roma.

In ospedale gli era diagnosticato un trauma cranico non commotivo; cervicalgia, con prognosi di sette giorni, per assenza di lesioni anatomiche, accertata con rilievi strumentali di esito negativo.

La malattia era prorogata, attraverso successive certificazioni del medico curante, senza soluzione di continuità, fino al 15/8/2016, con ultimo referto del 26/7/2016.

A seguito di controllo INAIL, effettuato, nel contempo, per conto dell'Ente previdenziale ENPAIA, risultava riconosciuto l'infortunio dal 20/4/2016, con prognosi di 30 gg. di incapacità assoluta e di 50 gg. di temporanea e, quindi, con guarigione al termine del 9/7/16.

Nel contrasto tra le risultanze INAIL e le certificazioni del medico curante, il datore di lavoro richiedeva accertamenti diretti a verificare se il mancato rientro in servizio del dipendente, dopo il 9/7/16, fosse da correlarsi a condotta incompatibile con il recupero della piena capacità lavorativa.

Risultava, all'esito di essi, che, nei giorni dall'8 al 15 luglio, il lavoratore guidava la propria auto, accompagnava una persona anziana sorreggendola, trasportava pacchi e buste dell'immondizia, lavava l'auto, passeggiava, si recava a bar e ristoranti.

Tali riscontri motivavano l'azienda a licenziare il dipendente in tronco, per lesione del vincolo fiduciario, in quanto, svolgendo simili attività, ben poteva disbrigare anche le normali mansioni impiegate proprie della sua qualifica, di talché, l'aver prorogato l'assenza per malattia configurava simulazione della stessa.

Il ricorrente impugnava il licenziamento e, nel corso del giudizio, il CTU nominato dal Tribunale concordava con le conclusioni del controllo INAIL, per cui nelle date dall'8 al 15 luglio 2016 il lavoratore doveva intendersi già guarito e, quindi, tenuto a riprendere la prestazione.

Il Tribunale ha respinto il ricorso ritenendo acquisita la prova della simulazione della malattia, nel periodo successivo al 9/7/2016.

Al riguardo, formulava le seguenti argomentazioni: i controlli effettuati attraverso agente investigativo erano leciti, poiché diretti a verificare condotta fraudolenta del lavoratore, in contrasto con i doveri propri della prestazione (simulazione della malattia); il fatto contestato era lesivo dei principi di correttezza e buona fede e di tale gravità da escludere la permanenza del vincolo fiduciario; sussisteva giusta causa di licenziamento secondo l'art. 2119 c.c., che, configurandosi quale norma costitutiva del diritto di recesso, assorbiva ogni necessità di riferimento al c.c.n.l. di settore, neppure prodotto in atti dal ricorrente.

La pronuncia in oggetto ha affrontato la complessa questione della legittimità dei controlli effettuati dal datore di lavoro sulla condotta del lavoratore in malattia avvalendosi di agenzia investigativa

privata, nonché della legittimità del recesso, quale conseguenza dell'accertamento di condotte del lavoratore contrastanti con il rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

Preliminarmente è opportuno evidenziare che l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale è precluso al datore di lavoro controllare o far controllare l'esecuzione della prestazione lavorativa, ritiene ammissibile e, dunque, giustificato, il controllo datoriale volto a verificare ipotesi di illeciti posti in essere, o in corso di esecuzione, da parte del lavoratore<sup>1</sup>.

Il ricorso ad accertamenti difensivi effettuati da investigatori privati risulta pacificamente ammesso non solo allorché l'attività esterna del prestatore di lavoro sia di per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione, ma anche nell'ipotesi in cui la medesima attività, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni oggetto di prestazione, possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio<sup>2</sup>.

In presenza di una legittima causa sospensiva degli obblighi di prestazione, come la malattia o l'infortunio, gli interessi contrapposti del sinallagma delle parti datoriale e lavorativa implicano che la conseguenza dell'evento, per interversione del rischio, gravi sulla prima, restando a carico della seconda l'obbligo di cooperare, secondo correttezza e buona fede, al contenimento degli effetti della sospensione della propria prestazione.

Ossia, alla pronta guarigione dalla malattia o dall'infortunio.

Ciò trova fonte in lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2110 c.c., nel senso che lo scrutinio sull'esecuzione del contratto secondo il principio di buona fede si configura come impegno ed obbligo di solidarietà ex art. 2 Cost., tale da imporre a ciascuna delle parti comportamenti che siano idonei a

---

<sup>1</sup> «I controlli del datore di lavoro a mezzo di agenzia investigativa, riguardanti l'attività lavorativa del prestatore svolta anche al di fuori dei locali aziendali, sono legittimi solo ove siano finalizzati a verificare condotte fraudolente, fonti di danno per il datore medesimo, non potendo, invece, avere ad oggetto l'adempimento della prestazione lavorativa, in ragione del divieto di cui agli artt. 2 e 3 Stat. Lav.» (Cass., Sez. Lav., 11 giugno 2018, n. 1509, in *Giust. civ. Mass.*, 2018) conformi: Cass., n. 12810/2017; Cass., Sez. Lav., n. 9749/2016; Cass., Sez. Lav., n. 18507/2016; Cass., Sez. Lav., n. 16465/2015; Cass., Sez. Lav., n. 20440/2015; Cass., Sez. Lav., n. 4984/2014; Cass., n. 25162/2014; Cass., Sez. Lav., n. 25674/2014; Cass., Sez. Lav., n. 3590/2011; Cass., Sez. Lav., n. 18821/2008; Cass., Sez. Lav., n. 6236/2001; Cfr. anche Cass. n. 20433/2016; Cass. n. 848/2015; Cass. n. 3590/2011.

<sup>2</sup> «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» (Cass., Sez. Lav., n. 26711/2014, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; in *Il Foro it.*, 2015, 5, 1671 con nota di PERRINO; in *D&G*, 2014; in *Guida al dir.*, 2015, 2, 65); Cass., Sez. Lav., 21 settembre 2016, n. 18507; Cass. n. 144/2015; Cass., Sez. Lav., 5 agosto 2015, n. 16465; Cass., Sez. Lav., 4 marzo 2014, n. 4884; Cass. n. 9749/2016; Cass. n. 18507/2016; Cass. n. 16465/2015; Cass. n. 20440/2015; Cass. n. 4984/2014; Cass. n. 25162/2014; Cass. n. 25674/2014; Cass. n. 3590/2011; Cass. n. 18821/2008; Cass. n. 6236/2001; Cfr. anche Cass. n. 20433/2016; Cass. n. 848/2015; Cass. n. 3590/2011.

preservare gli interessi dell'altra parte, con condotte coerenti con il diligente rispetto della correttezza, con il senso di solidarietà sociale, che integrano il contenuto della buona fede<sup>3</sup>.

Le disposizioni della Legge del 1970 n. 300, tra le quali l'art. 5 sul divieto di accertamenti da parte del datore di lavoro sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore e sulla facoltà dello stesso datore di effettuare il controllo di assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, norma da correlarsi con gli artt. 14 e 75 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833, nonché, in generale, con gli artt. 2 e 3 Stat. Lav., non precludono al creditore della prestazione di procedere, al di fuori delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto incompatibili con la sussistenza della malattia, o di verificare fatti esteriori dimostrativi della non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato d'incapacità lavorativa.

Vale a dire giustificare l'assenza dal lavoro, afferendo il controllo a comportamenti extralavorativi, che assumono rilievo sotto il profilo del corretto adempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro<sup>4</sup> secondo i principi di correttezza e buona fede.

In tema di licenziamento individuale, la giusta causa *ex art. 2119 c.c.*, deve individuarsi come *“una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto”*.

La nozione di licenziamento è così correlata a violazione di tale gravità da non permettere la prosecuzione del rapporto nemmeno temporaneamente, poiché incidente direttamente sul vincolo fiduciario, sì da escluderlo.

La Cassazione, con giurisprudenza tradizionale, ha ribadito che la nozione di giusta causa trae la sua fonte direttamente nella legge e che: *“l'elencazione delle ipotesi di giusta causa contenute nei contratti collettivi ha valenza esemplificativa e non tassativa”*, delineandosi un modello generico specificato in sede interpretativa.

Al riguardo è traduzionale l'orientamento del S.C. secondo il quale: *«La giusta causa di licenziamento, quale fatto “che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto”, è una nozione che la legge - allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo - configura con una disposizione (ascrivibile alla tipologia delle cosiddette clausole generali) di limitato contenuto, delineante un modulo generico che richiede di*

---

<sup>3</sup> *“L'obbligo di buona fede o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, che impone di mantenere un comportamento leale nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio”* (Trib. Roma, Sez. X, 13 febbraio 2017, n. 2851).

<sup>4</sup> Cass. n. 25152/2014; Cass. n. 17114/2016.

*essere specificato in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama»<sup>5</sup>.*

Qualsiasi comportamento del lavoratore, infatti, va pur sempre valutato alla stregua dei principi generali di correttezza (art. 1175 c.c.) e di buona fede (art. 1375 c.c.).

Tali principi, proprio a ragione del loro carattere generale, contengono una delega implicita al giudice di merito affinché attinga valori fuori del diritto positivo e, nel caso di specie, oltre il tenore letterale dell'art. 2110 c.c.

L'obbligo del lavoratore di astenersi dal porre in essere comportamenti idonei a pregiudicare la propria capacità di adempiere in danno del datore di lavoro sussiste anche durante il periodo di malattia *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. e la sua violazione legittima il recesso datoriale per giusta causa, o per giustificato motivo soggettivo, che si configura anch'esso come parametro disciplinato dalla legge, di intensità inferiore rispetto al primo, ma pur sempre idoneo a giustificare la risoluzione del rapporto, valorizzando il profilo dell'inadempimento.

Da ciò consegue che, in base ai principi di buona fede e correttezza, il lavoratore subordinato deve tenere una condotta che non si riveli lesiva dell'interesse datoriale alla effettiva esecuzione della prestazione lavorativa, per cui la mancata prestazione dovuta allo stato di malattia del dipendente trova tutela nei limiti delle disposizioni contrattuali e codicistiche, purché non sia imputabile alla condotta volontaria del lavoratore stesso.

Sul punto occorre evidenziare che la recente giurisprudenza giuslavoristica ha sancito che la mancata prestazione lavorativa in conseguenza dello stato di malattia del lavoratore è tutelata *ex art.* 2110 c.c., soltanto se l'evento morboso non è a questi imputabile<sup>6</sup>

Infatti, per passare allo specifico tema, il recesso del datore di lavoro è del tutto legittimo sia laddove il dipendente svolga un'attività esterna di per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia o idonea a pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio<sup>7</sup>, sia qualora il lavoratore prolunghi dolosamente il periodo di malattia, producendo certificazioni inveritiere, che attestino il protrarsi della malattia quando gli effetti di essa sono esauriti.

È evidente, quindi, la ragione per la quale il Tribunale ha concluso per il rigetto del ricorso, posto che il comportamento del lavoratore si è configurato irrimediabilmente lesivo del vincolo fiduciario per l'essere consistito nella produzione di certificazione di malattia, laddove questa era già esaurita, ossia

---

<sup>5</sup> Cass., Sez. Lav., 2 marzo 2011, n. 5095; Cass., Sez. Lav., 13 dicembre 2010, n. 25144

<sup>6</sup> Cass. n. 1699/2011.

<sup>7</sup> Cass. n. 12902/2017; Cass. n. 10416/2017; Cass. n. 20090/2015; Cass. n. 21253/2012.

attraverso condotta idonea a determinare danno gestionale ed economico per la società datrice di lavoro, interessata al corretto svolgimento dell'attività lavorativa da parte del suo dipendente, fino a connotarsi, sotto taluni profili, persino secondo modalità valutabili alla stregua della sussistenza di illecito penalmente rilevante, visto che la decisione in esame dispone la trasmissione degli atti alla Procura.

Pertanto, ai fini dell'accertamento della proporzionalità tra fatto addebitato e recesso, il giudice di merito è tenuto a prendere in considerazione ogni comportamento che, per la sua gravità, si configuri suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un grave pregiudizio per l'organizzazione aziendale, essendo determinante, in tal caso, l'influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che, per le sue concrete modalità e per il contesto di riferimento, appaia suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento, denotando una scarsa inclinazione del dipendente ad espletare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il proprio comportamento alle regole di buona fede e correttezza<sup>8</sup>.

La nozione di giustificato motivo soggettivo<sup>9</sup>, che ricorre in presenza di un "*notevole inadempimento degli obblighi contrattuali*", richiama, in tutta evidenza, quanto previsto nell'art. 1455 c.c., che ammette la risoluzione del contratto in presenza di un inadempimento "*di non scarsa importanza*"<sup>10</sup>.

È anch'essa figura che trae fonte nella legge, al pari della giusta causa di cui all'art. 2119 c.c.

Alla luce dei principi sopra esposti è evidente che il compito del giudice di merito sia quello di valutare la congruità della sanzione espulsiva non sulla base di una valutazione astratta del fatto addebitato, ma tenendo conto di ogni aspetto concreto della vicenda processuale che, alla luce di una valutazione unitaria e sistematica, risulti sintomatico della sua gravità rispetto ad un'utile prosecuzione del rapporto di lavoro.<sup>11</sup>

Il giudizio di proporzionalità implica anche un giudizio di adeguatezza di natura soggettiva, ossia calibrato sulla gravità della colpa e sull'intensità della violazione del principio generale di buona fede contrattuale che esprimono i fatti contestati, alla luce di ogni circostanza utile ad apprezzarne

---

<sup>9</sup> Legge n. 604/1966, art. 3.

<sup>10</sup> A titolo esemplificativo, rientrano nel giustificato motivo soggettivo l'insubordinazione verso i superiori, le assenze ingiustificate prolungate oltre 4 giorni consecutivi, il dar luogo ad una rissa fuori dai reparti di lavorazione ma pur sempre all'interno dello stabilimento aziendale (Cass. n. 16864/2006; Cass. n. 3994/2005; Cass. n. 16260/2004; Cass. n. 7724/2004; Cass. n. 1475/2004; Cass. n. 12273/2003; Cass. n. 9493/2003; Cass. n. 6609/2003; Cass. n. 5434/2003; Cass. n. 9576/2001).

<sup>11</sup> Cass. n. 14586/2009

l'effettivo disvalore ai fini della prosecuzione del rapporto contrattuale, “*occorrendo sempre che la condotta sanzionata sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa*”<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> «*La valutazione in ordine alla legittimità del licenziamento disciplinare di un lavoratore per una condotta contemplata, a titolo esemplificativo, da una norma del contratto collettivo fra le ipotesi di licenziamento per giusta causa deve essere, in ogni caso, effettuata attraverso un accertamento in concreto, da parte del giudice di merito, della reale entità e gravità del comportamento addebitato al dipendente, nonché del rapporto di proporzionalità tra sanzione ed infrazione, anche quando si riscontri l'astratta corrispondenza di quel comportamento alla fattispecie tipizzata contrattualmente, occorrendo sempre che la condotta sanzionata sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa, tenendo conto della gravità del comportamento in concreto del lavoratore, anche sotto il profilo soggettivo della colpa o del dolo, con valutazione in senso accentuativo rispetto alla regola della “non scarsa importanza” dettata dall'art. 1455 c.c. » (confermata, nella specie, la sanzione disciplinare decisa dal datore di lavoro anche in virtù della qualità di rappresentante sindacale ricoperta da un lavoratore licenziato per aver comunicato con ritardo la prognosi ed il numero di protocollo della malattia) (Cass., Sez. VI, 10 luglio 2018, n. 18118; Cass., Sez. VI, 16 aprile 2018, n. 9396; Cass., Sez. Lav., 21 marzo 2017, n. 7166; Cass., Sez. Lav. 21 febbraio 2017, n. 4453; Cass., Sez. Lav. 25 giugno 2015, n.13162.*