**Corte di Cassazione, sez. Lavoro, ordinanza 17 ottobre – 17 dicembre 2018, n. 32600**
*Presidente Bronzini – Relatore Cinque*

*Rilevato*

che, con ordinanza del 28 maggio 2016, il Tribunale di Milano ha rigettato la domanda proposta da …….. nei confronti di …………, di cui era dipendente in qualità di impiegato di concetto, diretta alla declaratoria di illegittimità del licenziamento disciplinare intimatogli in data 15.7.2015 per giusta causa (per avere svolto attività lavorativa presso il locale "………" del quale era risultato essere socio ed amministratore, nei giorni 10 e 11 giugno 2015, durante un periodo di assenza per malattia, in palese contrasto con le prescrizioni ricevute dai medici del pronto Soccorso; per avere lavorato presso la pizzeria suddetta il giorno 21.6.2015 ed essere rimasto assente il giorno successivo 22.6.2015; per avere violato il Codice Etico Aziendale, non avendo comunicato alla società né avendo richiesto la preventiva approvazione aziendale, per l'assunzione di incarichi e responsabilità in società esterne al gruppo ………, in particolare presso la società……….srl, proprietaria della pizzeria "……………");
che con la sentenza n. 3067/2016 il Giudice del lavoro di Milano ha respinto il ricorso in opposizione presentato dal …….;
che con la pronuncia n. 964/2017 la Corte di appello di Milano ha confermato la suddetta sentenza;
che avverso la decisione di II grado Al………. ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi;
che ha resistito con controricorso la ………….., illustrato con memoria;
che il …….. non ha formulato richieste scritte.

*Considerato*

che, con il ricorso per cassazione, in sintesi, si censura: 1) la violazione e falsa applicazione degli artt. 1375, 2104, 2105, 2119 e 2697 c.c., degli artt. 115 e 116 c.p.c., dell'art. 3 della legge n. 604/1966, nonché degli artt. 75 e 77 del CCNL per i dipendenti da Imprese di Assicurazione con riferimento all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c., per non avere la Corte di merito ritenuto che, in considerazione del principio secondo cui per il lavoratore assente per malattia non sussiste un divieto assoluto di prestare, durante la malattia, attività lavorativa in favore di terzi, nella fattispecie in esame l'attività svolta, che si contestava essere lavorativa, non aveva pregiudicato la guarigione del dipendente tanto è che aveva ripreso regolarmente servizio il 12.6.2015, e per avere omesso di verificare in concreto la compatibilità della attività svolta, durante l'assenza, con il puntuale recupero della piena idoneità fisica; 2) la violazione e falsa applicazione dell'art. 2119 c.c., dell'art. 3 della legge n. 604/1966, nonché degli artt. 26, 75 e 77 del CCNL per i Dipendenti da Imprese di Assicurazione con riferimento all'art. 360 c. 1 n. 3 c.p.c., nonché l'omesso esame di fatti decisivi per il giudizio che sono stati oggetto di discussione tra le parti circa la portata giuridica del Codice Etico ed i procedimenti disciplinari, con riferimento all'art. 360 c. 1 n. 5 c.p.c., perché, esclusa la rilevanza disciplinare dell'attività effettuata durante l'assenza per malattia, l'altra contestazione relativa alla carica sociale ricoperta dal lavoratore nella Codi srl e alla recidiva, per violazione delle norme sul codice etico, non assumeva la valenza di costituire giusta causa di licenziamento e, quindi, di condotta proporzionata alla adozione di una sanzione espulsiva;
che il primo motivo presenta profili di inammissibilità e di infondatezza;
che è infondato, con riferimento alla denunziata violazione di legge, perché la Corte di merito si è attenuta al principio secondo cui la malattia per infortunio non esclude la possibilità di svolgere un'altra attività lavorativa a condizione che ciò non determini un ritardo nella guarigione o aggravamento (cfr. Cass. 15.1.2016 n. 586; Cass. 9474/2009): nella fattispecie in esame la Corte di merito non ha ritenuto sussistente tale situazione perché il ……. presso il locale ………, pur essendogli stata diagnosticata il 9.6.2015 dal pronto Soccorso dell'Ospedale di Garbagnate Milanese una , nei giorni 10 e 11 giugno era stato rinvenuto nel suddetto locale non a svolgere attività puramente intellettuali, ma ad adoperarsi attivamente per svolgere servizio alla clientela espletando i più comuni compiti di un ristoratore piuttosto che di un titolare e compiendo, sia all'interno che all'esterno del locale, una serie di operazioni complementari, compresa quella dell'evidente trascinamento di un bidone di plastica contenente immondizia che aveva una consistenza ponderale non limitata a quella, pur non insignificante, del voluminoso involucro plastico dei rifiuti; anche il giorno 21 giugno 2015 risultò che il Co. fu visto lavorare secondo le stesse modalità ed il giorno seguente si assentò nuovamente per malattia; in modo logico e corretto, pertanto, secondo argomentazioni esaustive e ragionevoli, è stata rilevata dalla Corte di merito l'incidenza negativa dell'attività eseguita sulla guarigione in relazione al profilo del pregiudizio al futuro tempestivo svolgimento del lavoro cui era originariamente obbligato presso la ………. La gravata sentenza è corretta giuridicamente anche con riguardo alla ritenuta irrilevanza della tempestiva ripresa del lavoro perché trattasi di valutazione di merito costituita da un giudizio ex ante che, nel caso in esame, è stato correttamente e congruamente attuato, come sopra specificato, in relazione alla natura delle infermità e delle mansioni svolte (cfr. Cass. n. 14046/2005; Cass. n. 21253/2012);
che il motivo è, invece, inammissibile con riguardo alla censura dell'omessa verifica della compatibilità dell'attività svolta con il puntuale recupero, sia perché si tratta di una richiesta di rivisitazione del merito della vicenda non consentita in sede di legittimità (cfr. Cass. n. 27197/2011; Cass. n. 6288/2011), sia perché si verte nella ipotesi di cui al novellato art. 360 e. 1 n. 5 c.p.c., in quanto il fatto storico è stato esaminato (cfr. Cass. n. 8053/2014), sia infine perché trattasi di circostanza in fatto che incontra il limite di cui all'art. 348 ter c.p.c. (cd. doppia conforme in fatto) applicabile alla fattispecie in concreto ratione temporis;
che il secondo motivo non è parimenti meritevole di accoglimento, in primo luogo perché è logicamente fondato sulla asserita illegittimità della prima delle condotte contestate (attività svolta durante l'assenza per malattia), esclusa nel caso de quo per quanto detto in relazione al primo motivo e, in secondo luogo, perché la questione della inosservanza delle disposizioni del Codice Etico, circa l'omessa informazione alla Allianz spa dell'altra attività lavorativa, è stata valutata dalla Corte territoriale che ha esaminato sul punto anche l'attività istruttoria svolta in prime cure ritenendo che l'omissione integrasse una infedeltà rilevante e sanzionabile;
che al rigetto del ricorso segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che si liquidano come da dispositivo; ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. n. 115/02, nel testo risultante dalla legge 24.12.2012 n. 228, deve provvedersi, ricorrendone i presupposti, come da dispositivo.

*P.Q.M.*

La Corte rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità che liquida in Euro 4.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00 ed agli accessori di legge. Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. n. 115/02, nel testo risultante dalla legge 24.12.2012 n. 228, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.



