

Sentenza n. 916/2018

Registro generale Appello Lavoro n. 1524/2017



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

La Corte d' Appello di Milano, sezione lavoro, composta da:

Dott.ssa Giovanni PICCIAU Presidente

Dott. Giovanni CASELLA Consigliere rel.

Avv. Corrado GIOACCHINI Giudice Ausiliario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in sede di reclamo *ex art.* 1 c. 58 L. 92/2012 avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 2876/17, est. Dott. Mariani, discussa all'udienza collegiale del 9 maggio 2018 e promossa

DA

A. F., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Marco Caione e Giuseppe Macrì, ed elettivamente domiciliato presso il loro studio sito in Milano, Via S. D'Orsenigo n. 22

RECLAMANTE

CONTRO

XYZ SPA, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti

RECLAMATA

[OMISSIS]

Il datore di lavoro che nutra dubbi sulla veridicità delle malattie comunicate dal lavoratore può avvalersi – in prima battuta – dei controlli sanitari (c.d. visita fiscale) apprestati dall'ordinamento con la finalità di verificare le effettive condizioni di salute del dipendente e accertarne l'impossibilità di rendere la prestazione lavorativa.

Il datore può certamente avvalersi *anche* dello strumento processuale dell'accertamento tecnico preventivo *ex art.* 696 c.p.c.

Questo particolare procedimento *cautelare* è nato con la funzione di verificare lo stato di luoghi o la condizione o qualità di cose ma, in seguito alle modifiche al codice di rito introdotte nel 2005, può essere utilizzato altresì per verificare lo stato o la condizione della persona nei cui confronti l'istanza è proposta. In questa ipotesi, ai soliti presupposti per la sua esperibilità, che sono il *fumus boni iuris* (vale a dire la probabile esistenza del diritto per cui si chiede la cautela) e il *periculum in mora* (vale a dire la probabilità che il diritto rimanga frustrato nelle more del giudizio di merito), si aggiunge il presupposto del consenso della persona nei cui confronti l'istanza è proposta.

È pertanto inammissibile un accertamento tecnico preventivo richiesto dal datore di lavoro sulla persona del lavoratore, in assenza di preventiva autorizzazione dello stesso.

Fatte tali doverose premesse, occorre osservare che buona parte della giurisprudenza di merito ritiene, da un lato, che la mancata preventiva richiesta di controlli fiscali e la proposizione del ricorso cautelare dopo un significativo lasso di tempo dall'inizio della malattia costituiscano elementi atti a escludere la sussistenza del requisito del "*periculum in mora*" e, dall'altro, che il mancato consenso non costituisca argomento di prova.

L'esercizio, infatti, di una legittima facoltà processuale, riconosciuta, peraltro, dall'ordinamento a tutela della dignità umana (perché nessuno può essere sottoposto ad accertamenti medici senza preventiva autorizzazione), non può assumere una valenza negativa ed essere utilizzato – per questo solo motivo – ai danni del soggetto che liberamente decida di non prestare il proprio consenso.

L'esercizio di tale legittima facoltà è equiparabile ad ogni altro argomento difensivo sostenuto dal lavoratore nell'ambito del rapporto processuale al fine di opporsi all'iniziativa giudiziale promossa dal datore di lavoro (contestando, ad es., la sussistenza dei presupposti del *periculum* e del *fumus*).

Quando il datore di lavoro, rinunciando ad avvalersi degli strumenti amministrativi di controllo, ha deciso di agire ex art. 696 c.p.c. ha liberamente accettato le "regole" di tale iniziativa giudiziaria, tra cui il rischio di vedersi (legittimamente) negato il consenso da parte del lavoratore.

Poiché non sussiste un generale obbligo del lavoratore di accondiscendere passivamente alle iniziative processuali del datore di lavoro, l'esercizio legittimo da parte del lavoratore di una facoltà riconosciutagli dall'ordinamento processuale non potrà mai assurgere a "grave inadempimento".

Ciò premesso, quandanche si volesse ritenere che il mancato consenso del lavoratore di sottoporsi all'accertamento tecnico preventivo costituisca "argomento di prova", si deve rilevare come una simile circostanza sia insufficiente a trasformare meri "sospetti" (così definiti nella stessa lettera di contestazione) in "fatti incontrovertibili" a fronte di una – assolutamente incontestata – certificazione medica prodotta dal lavoratore (già in sede cautelare) a giustificazione delle assenze per malattia ed una assente deduzione da parte del datore di lavoro, su cui incombe il relativo onere probatorio, di elementi (quali ad es., report investigativi) che possano attestare e dimostrare, da un lato, la non veridicità/genuinità degli episodi morbosi e, dall'altro, l'insussistenza di un'effettiva impossibilità di rendere la prestazione lavorativa (desumibile, ad es., da attività, svolte dal lavoratore assente, incompatibili con lo stato morbosso certificato).

In assenza di tali riscontri, la sola collocazione temporale delle malattie e l'emissione dei certificati da parte di più medici non può bastare per ritenere sussistente la "giusta causa" contestata al sig. A. Ne consegue, pertanto, che – in totale riforma della sentenza impugnata – il licenziamento debba essere considerato illegittimo con le conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 18, c. IV, L. 300/70.

XY Spa, pertanto, dev'essere condannata a reintegrare il sig. A. nel precedente posto di lavoro con le medesime o equivalenti mansioni e a corrispondergli l'indennità risarcitoria pari alle retribuzioni globali di fatto maturate dal giorno del recesso a

quello dell'effettiva reintegra, nel limite massimo di 12 mensilità, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria come per legge.