

La circolare di lavoro e previdenza n. 23/2022

Licenziamento per attività sportiva durante l'infortunio: panoramica dei comportamenti negligenti del lavoratore in malattia e infortunio

di Ludovica Tavella – avvocato – socio Studio Legale Ferrarese Parotto Tavella – avvocati del lavoro

Accade non di rado che il dipendente assente dal lavoro a causa di un infortunio o di una malattia venga sorpreso a lavorare altrove oppure a svolgere le attività quotidiane, o persino a fare sport, come se nulla fosse. A fronte di tali comportamenti, il datore di lavoro è legittimato a recedere dal rapporto per giusta causa? Non sempre.

Con sentenza del 1° marzo 2022, il Tribunale di Bologna ha, infatti, dichiarato illegittimo il licenziamento intimato a un dipendente scoperto a fare l'arbitro in alcune partite di calcio durante l'astensione dal lavoro dovuta all'infortunio subito nello svolgimento delle proprie mansioni.

La sentenza offre lo spunto per una panoramica sui comportamenti negligenti o imprudenti del lavoratore in infortunio e malattia e relative conseguenze.

Il caso affrontato dal Tribunale di Bologna

Con ricorso ex [articolo 1](#), comma 48, L. 92/2012 (rito Fornero), il lavoratore impugnava il licenziamento intimatogli dal proprio datore di lavoro all'esito di un procedimento disciplinare col quale gli veniva contestato di aver arbitrato 4 partite di calcio durante il periodo di sospensione obbligatoria dal lavoro per infortunio – e successivamente per malattia – occorsogli al gomito, violando peraltro, in uno degli episodi contestati, l'obbligo di reperibilità vigente nelle fasce orarie di controllo.

Il lavoratore si difendeva evidenziando come l'attività extralavorativa contestata non fosse di per sé idonea a pregiudicare o a ritardare la guarigione e il suo tempestivo rientro al lavoro.

Il giudice del lavoro di Bologna accoglieva il ricorso del dipendente, dichiarando illegittimo il recesso per giusta causa del datore di lavoro.

Il datore opponeva la predetta ordinanza emessa nella prima fase del giudizio, chiedendone l'integrale riforma.

Il quadro normativo e giurisprudenziale

Nel nostro ordinamento non sussiste in capo al lavoratore assente per infortunio o malattia un divieto assoluto di svolgere attività ludica o altra attività lavorativa in proprio o a favore di terzi.

Questo perché, anche laddove la malattia comprometta la possibilità di svolgere quella specifica prestazione oggetto del rapporto di lavoro, le residue capacità psico-fisiche potrebbero comunque consentire al lavoratore lo svolgimento di altre attività lavorative o extralavorative sostanzialmente compatibili col suo stato morboso¹.

Ne consegue che l'esercizio di tali attività non costituisce, di per sé, violazione degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore.

Tuttavia, la giurisprudenza ha al contempo ritenuto che tali condotte non siano del tutto irrilevanti sul piano disciplinare e che giustifichino il licenziamento – per violazione dei principi generali di correttezza e buona fede di cui agli articoli [1175](#) e [1375](#), cod. civ., e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà di cui agli articoli [2104](#) e [2105](#), cod. civ., che comunque permangono nonostante la sospensione della prestazione lavorativa – laddove la diversa attività svolta faccia presumere l'inesistenza dell'infermità che giustifica l'assenza (dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione) ovvero sia tale – tenuto conto della natura della malattia denunciata e delle mansioni svolte dal dipendente – da pregiudicare o ritardare, anche potenzialmente, la guarigione e il rientro in servizio².

La mancata prestazione lavorativa a causa dello stato di infortunio o malattia viene tutelata dall'ordinamento purché non sia imputabile alla condotta volontaria del lavoratore che operi scelte idonee a pregiudicare l'interesse datoriale a ricevere regolarmente la prestazione lavorativa³.

Come sottolineato dalla Suprema Corte con la recentissima [sentenza n. 13063/2022](#):

“In tale prospettiva assume peculiare rilievo l'eventuale violazione del dovere di osservare tutte le cautele, comprese quelle terapeutiche e di riposo prescritte dal medico, atte a non pregiudicare il recupero delle energie lavorative temporaneamente minate dall'infermità, affinché vengano ristabilite le condizioni di salute idonee per adempiere la prestazione principale cui si è obbligati”⁴.

¹ L'assunto è stato più volte confermato dalla giurisprudenza. Tra le sentenze più recenti cfr. Cassazione n. 6047/2018: “il lavoratore assente per malattia - che quindi legittimamente non effettua la prestazione lavorativa - non per questo deve astenersi da ogni altra attività, quale in ipotesi un'attività ludica o di intrattenimento, anche espressione dei diritti della persona”.

² Cfr. Cassazione n. 13063/2022. Il principio è ormai consolidato. Tra le sentenze più recenti cfr. Cassazione n. 13980/2020, Cassazione n. 21667/2017, Cassazione n. 24812/2016 e Cassazione n. 17625/2014.

³ E, infatti, l'articolo 2110, cod. civ., rivela, entro certi limiti, sul datore di lavoro il rischio della temporanea impossibilità lavorativa dovuta all'infermità del lavoratore; pertanto, il dipendente, in un'ottica di tutela delle reciproche posizioni, deve a sua volta comportarsi in modo diligente e leale, secondo buona fede e correttezza, astenendosi da quelle condotte che possano ledere l'interesse del datore a ricevere la prestazione lavorativa dovuta.

⁴ Cfr. Cassazione n. 13063/2022.

La valutazione demandata al giudice di merito

Il giudice di merito è, quindi, chiamato a effettuare una valutazione *ex ante*, di tipo prognostico, sull'idoneità della condotta contestata a pregiudicare, anche solo potenzialmente, la ripresa in servizio, rimanendo, quindi, irrilevante che il lavoratore sia poi comunque tempestivamente rientrato al lavoro⁵.

Il giudice dovrà accertare in concreto, caso per caso, se la condotta contestata al dipendente sia idonea a compromettere il vincolo fiduciario alla base del rapporto di lavoro e a legittimare, quindi, il licenziamento per giusta causa.

Dovrà, pertanto, valutare modalità, tempi e luoghi della diversa attività svolta dal dipendente in costanza di malattia, esaminare le caratteristiche della patologia diagnosticata e, da ultimo, verificare, eventualmente con l'ausilio di una consulenza tecnica, se da tali elementi emerga la prova che la malattia fosse fittizia o che la condotta tenuta dal lavoratore fosse potenzialmente idonea a pregiudicare o comunque a ritardare il rientro al lavoro.

L'onere probatorio

Se rispetto a quanto sinora ricostruito la giurisprudenza è del tutto concorde, diversi sono, invece, gli orientamenti in ordine alla ripartizione degli oneri probatori in caso di licenziamento intimato in queste fattispecie.

Secondo un primo filone giurisprudenziale, in virtù del criterio di vicinanza alla fonte di prova, spetterebbe al lavoratore dimostrare la compatibilità delle attività svolte con lo stato di malattia e, quindi, la loro inidoneità a pregiudicare il regolare recupero delle normali energie psico-fisiche⁶.

Al contrario, per altro indirizzo giurisprudenziale, la prova dell'incidenza della diversa attività lavorativa o extralavorativa nel ritardare o pregiudicare la guarigione ai fini del rilievo sul piano disciplinare

⁵ Cfr. Cassazione n. 13063/2022; in senso conforme, tra le ultime, cfr. Cassazione n. 9647/2021 e Cassazione n. 3655/2019. Sul punto, Cassazione n. 16465/2015 ha precisato che: "lo svolgimento di attività extralavorativa in periodo di assenza dal lavoro per malattia, costituisce illecito di pericolo e non di danno. Questo sussiste perciò non soltanto se quell'attività abbia effettivamente provocato un'impossibilità temporanea di ripresa del lavoro, ma anche quando la ripresa sia stata posta in pericolo, ossia quando il lavoratore si sia comportato in modo imprudente".

⁶ Tra le più recenti cfr. Cassazione n. 9647/2021: "Alla stregua del concetto di malattia desumibile dall'articolo 32 della Costituzione, la patologia impeditiva considerata dall'articolo 2110 del Codice civile che, in deroga ai principi generali, riversa entro certi limiti sul datore di lavoro il rischio della temporanea impossibilità lavorativa, va intesa non come stato che comporti la impossibilità assoluta di svolgere qualsiasi attività, ma come stato impeditivo delle normali prestazioni lavorative del dipendente; di guisa che, nel caso di un lavoratore assente per malattia il quale sia stato sorpreso nello svolgimento di altre attività, spetta al dipendente, indubbiamente secondo il principio sulla distribuzione dell'onere della prova, dimostrare la compatibilità di dette attività con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa, la mancanza di elementi idonei a far presumere l'inesistenza della malattia e quindi, una sua fraudolenta simulazione, e la loro inidoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psico-fisiche, restando peraltro la relativa valutazione riservata al giudice del merito all'esito di un accertamento da svolgersi non in astratto, ma in concreto, con giudizio *ex ante*"; cfr., in senso conforme, Cassazione n. 6047/2018, Cassazione n. 24671/2016 e Cassazione n. 586/2016.

sarebbe comunque a carico del datore di lavoro⁷, in virtù della regola generale dettata in tema di licenziamento dall'[articolo 5](#), L. 604/1966, in base alla quale:

“L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro”.

Tale onere probatorio, gravante per espressa previsione di legge sul datore di lavoro, supererebbe il criterio empirico di vicinanza alla fonte di prova.

Per dimostrare quanto sopra il datore di lavoro può ricorrere alle visite fiscali, ossia ai controlli delle assenze per infermità tramite i servizi ispettivi dell'Inps, ma può anche avvalersi di indagini investigative.

Sul punto gli Ermellini, anche recentemente, hanno ribadito che:

“In tema di licenziamento per giusta causa, le disposizioni dell'art. 5 St. Lav., che vietano al datore di lavoro di svolgere accertamenti sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente e lo autorizzano a 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 rilevante e, quindi, a giustificare l'assenza⁸.”

La casistica giurisprudenziale

Come visto poco sopra non sussiste un divieto assoluto di svolgere attività lavorativa, ricreativa o sportiva durante lo stato di infortunio o malattia. Vi è, però, un limite: tale attività non deve essere incompatibile con la patologia sofferta, che altrimenti risulterebbe simulata, e non deve in alcun modo aggravare, o anche solo ritardare, la ripresa in servizio.

Sullo svolgimento di attività lavorativa in favore proprio o di terzi

La Suprema Corte ha ritenuto, ad esempio, legittimo il licenziamento disciplinare dell'operaio assente in malattia, e tenuto a osservare un rigido riposo, colto a dedicarsi alla propria terra, guidando un trattore e caricando e scaricando manualmente della legna. In tal caso gli Ermellini hanno rilevato

⁷ Tra le più recenti cfr. Cassazione n. 13063/2022: “Non sussiste nel nostro ordinamento un divieto generale di svolgimento di altra attività - anche a favore di terzi - da parte del lavoratore assente per malattia; pertanto, il datore di lavoro che per tale ragione irroghi il licenziamento è onerato di provare non solo l'effettivo svolgimento di altra attività da parte del dipendente, ma anche un ulteriore elemento, e cioè o che lo stato di malattia fosse simulato oppure che la diversa attività espletata fosse potenzialmente idonea a pregiudicare, anche in termini di mero ritardo, il rientro in servizio”; cfr. in senso conforme Cassazione n. 13980/2020, Cassazione n. 1173/2018 e Cassazione n. 4869/2014.

⁸ Cfr. Cassazione n. 11697/2020; in senso conforme cfr. Cassazione n. 12810/2017 e Cassazione n. 25162/2014.

l'abuso compiuto dal dipendente, consistito nel compimento di sforzi non consentiti dalle prescrizioni mediche e tali da porre potenzialmente in pericolo o ritardare la sua guarigione⁹.

Parimenti, ha dichiarato legittimo il licenziamento del lavoratore assente per lombalgia a seguito di infortunio, ma operativo, e con grosso impegno fisico, in una pizzeria di cui era anche comproprietario. Nello specifico, il dipendente era stato sorpreso a servire la clientela e a svolgere i più comuni compiti di ristoratore nonché a compiere una serie di operazioni complementari, compresa quella di trascinare un pesante bidone in plastica per la spazzatura¹⁰.

E, ancora, la Cassazione ha confermato il licenziamento disciplinare intimato al lavoratore per aver quest'ultimo svolto, durante la sospensione coatta dal lavoro, attività lavorativa presso la caffetteria gestita dalla figlia. Dall'istruttoria era, infatti, emerso che tale attività richiedeva il compimento di movimenti incompatibili con la situazione di infortunio¹¹.

Tra le pronunce di merito più recenti si segnala quella del Tribunale di Alessandria del 25 ottobre 2021, che, in linea con le summenzionate decisioni di legittimità, ha confermato il licenziamento per giusta causa del dipendente assente in malattia - che peraltro aveva prorogato più volte, riuscendo così a coprire l'intera stagione estiva - scoperto a lavorare nel *bed and breakfast* della moglie come cuoco e addetto al servizio ai tavoli. Nel caso di specie, il giudice ha tenuto conto anche di quanto emerso dalle risultanze del *web* (recensioni di *Tripadvisor*, pagina *Facebook* e sito *internet* della struttura).

Gli Ermellini hanno, invece, ritenuto illegittimo il licenziamento intimato a un operaio generico che, durante il periodo di malattia, aveva prestato aiuto a un proprio parente presso un'agenzia immobiliare, in quanto in corso di istruttoria è emerso che l'attività svolta non era incompatibile con l'accertata epatopatia cronica evolutiva - comportante uno stato di prostrazione fisico e psichico - di cui era affetto, trattandosi di un'attività sporadica e occasionale, non assimilabile a una prestazione lavorativa e certamente poco impegnativa dal punto di vista fisico e psichico, che, anzi, non solo - stante la sua dimensione qualitativa e quantitativa - era del tutto compatibile con la malattia sofferta, ma addirittura poteva dirsi funzionale a una più pronta guarigione¹².

Analogamente, la Corte d'Appello di Bologna ha dichiarato illegittimo il licenziamento di un lavoratore impegnato in altra attività lavorativa

⁹ Cfr. Cassazione n. 11535/2020. Del tutto analoga Cassazione n. 7641/2019, che ha confermato la legittimità del licenziamento del lavoratore in periodo di assenza per infortunio sorpreso a svolgere attività lavorativa particolarmente gravosa, quale la guida di automezzi e il carico/scarico di materiale, tale da comprometterne o ritardarne la guarigione.

¹⁰ Cfr. Cassazione n. 32600/2018.

¹¹ Cfr. Cassazione n. 20090/2015.

¹² Cfr. Cassazione n. 23365/2015.

“atteso il carattere assolutamente minimale dell’attività svolta dal dipendente assente per malattia nella giornata in contestazione sia in sé considerato sia per il limitatissimo impegno fisico richiesto ed atteso che l’accertamento ha avuto ad oggetto una sola giornata e non un più significativo arco di tempo¹³”.

Sullo svolgimento di attività extralavorativa, ricreativa o sportiva

In ordine allo svolgimento di attività extralavorative, la Suprema Corte ha, ad esempio, ritenuto legittimo il licenziamento intimato a un lavoratore assente in malattia per lombosciatalgia acuta, sorpreso a sollevare una bombola del gas da 25 kg, a sostituire una ruota della propria auto con quella di scorta e a sollevare in braccio la figlia dondolandola mentre camminava, indici, questi, di una buona efficienza fisica, del tutto incompatibili con la patologia dichiarata¹⁴. In particolare, gli Ermellini hanno precisato che:

“può assumere rilievo disciplinare anche una condotta che, seppure compiuta al di fuori della prestazione lavorativa, sia idonea, per le modalità concrete con cui essa si manifesta, ad arrecare un pregiudizio non necessariamente di ordine economico al datore di lavoro”.

Con riferimento alla pratica di attività fisica, la Cassazione ha confermato l’illegittimità del licenziamento del lavoratore, in malattia per una distorsione al ginocchio, che, durante il periodo di recupero, si era dedicato a una moderata attività fisica, consistente in brevi passeggiate e bagni di mare¹⁵.

In un altro caso ha, invece, cassato la decisione di merito che aveva ritenuto non giustificato il licenziamento di un lavoratore che, pur rientrato in servizio alla scadenza della prognosi, aveva effettuato, in costanza di malattia per colica addominale, 3 immersioni di pesca subacquea¹⁶.

E, ancora, gli Ermellini hanno confermato il licenziamento del lavoratore in malattia, per distorsione alla caviglia riportata a seguito di un infortunio sul lavoro, sorpreso a partecipare a 2 partite di calcio, in netto contrasto con le precarie condizioni fisiche e con aggravamento dei postumi, ritenendo tale condotta gravemente lesiva del vincolo fiduciario¹⁷.

¹³ Cfr. Corte Appello Bologna n. 997/2017.

¹⁴ Cfr. Cassazione n. 25162/2014. In senso conforme la recente sentenza della Corte d’Appello di Roma n. 2966/2021: “È bene rammentare che il reclamante non era in malattia per la depressione, ma per mal di schiena e dolore ad una gamba, quindi correttamente il giudice di primo grado ha rilevato che l’attività, svolta il giorno 13 giugno, di caricamento di attrezzatura metallica sul furgone, la guida del mezzo per molti chilometri ed il successivo montaggio delle due bancarelle siano attività che, secondo una valutazione ex ante, sono certamente idonee a mettere in pericolo la guarigione o, comunque, a ritardare la ripresa del lavoro”.

¹⁵ Cfr. Cassazione n. 1173/2018.

¹⁶ Cfr. Cassazione n. 16465/2015.

¹⁷ Cfr. Cassazione n. 10647/2017.

Peculiare, poi, la recente pronuncia della Corte d'Appello di Brescia, in quanto ha ritenuto che il mancato rispetto da parte del lavoratore infortunato delle prescrizioni mediche di astenersi da ogni attività sportiva sia privo di rilevanza disciplinare se, di fatto, non prolunga la degenza¹⁸.

Da ultimo, si evidenzia come la valutazione che il giudice è chiamato a effettuare risulti più complessa nelle ipotesi di patologie psichiche o neurologiche per le quali l'attività ricreativa o sportiva può avere anche finalità terapeutiche, e per tale motivo risultare, pertanto, ammessa¹⁹.

I motivi della decisione

Con riferimento al caso delineato in premessa, il Tribunale di Bologna, richiamando i principi giurisprudenziali poco sopra enunciati, ha respinto l'opposizione promossa dal datore di lavoro, confermando l'illegittimità del licenziamento intimato al dipendente.

Per il Tribunale il datore di lavoro non ha assolto all'onere probatorio di dimostrare la legittimità del recesso per giusta causa.

Da un esame delle circostanze di fatto è, infatti, emerso che la natura della patologia e la modesta entità dell'infortunio occorso al lavoratore – che non sono stati posti in discussione dal datore – non potevano essere ritenuti di ostacolo allo svolgimento di attività sportiva durante la sospensione coatta dal lavoro, come, invece, ritenuto in sede di contestazione disciplinare.

Tale attività ha, da un lato, impegnato il lavoratore per poco tempo, in quanto è risultata, di fatto, consistere nella partecipazione, in qualità di arbitro, a poche partite di calcio della durata media di un'ora e mezza ciascuna e, dall'altro, non ha interessato l'arto superiore infortunato – peraltro in misura modesta – che comunque era stato adeguatamente protetto da un apposito bendaggio.

Richiamando il consolidato orientamento della Suprema Corte sul punto, il Tribunale ha evidenziato che:

“lo svolgimento di attività sportiva in pendenza di malattia o in stato di infortunio non è, per ciò solo, inibito al lavoratore, il quale può legittimamente dedicarsi ad altra occupazione, ricreativa o di

¹⁸ Cfr. Corte App. Brescia n. 65/2020. Nello specifico la Corte ha stabilito che: “La condotta tenuta dal lavoratore che ha guidato una moto ed ha giocato a basket, durante il periodo di malattia a seguito di un infortunio sul lavoro (nella specie: alla caviglia sinistra), eludendo le prescrizioni mediche di astenersi da ogni attività sportiva è priva di ogni rilevanza disciplinare, quando pur se l'attività ginnica era preclusa per quindici giorni ma successivamente non vi era prescrizione di presidi immobilizzanti, di stampelle o altro, ma solo di graduale ripresa della deambulazione e gli atti delle dette attività non hanno inciso sul prolungamento della malattia e non si sono discostati, anzi, rientrano in quelli propri di una normale attività quotidiana, che prevede per esempio l'alzarsi sulle punte dei piedi, il salire e scendere le scale, il trasportare qualche peso, l'accucciarsi o l'accosciare e anche qualche esercizio di carattere riabilitativo come effettuare esercizi propriocettivi della caviglia (nella specie le attività sono state effettuate dopo la redazione del secondo certificato di inabilità e prima del terzo e l'attività di gioco a basket con il proprio bambino è consistita in deambulazione giammai corsa a passi lenti su di un terreno piano con scarpe ginniche, la palla è stata calciata col piede destro per due volte senza alcun slancio, in un'occasione viene effettuato un piccolo saltello ed in un'altra vi è un appoggio su entrambi gli avampiedi per tirare la palla)”.

¹⁹ Cfr. Cass. n. 9647/2021 con la quale si è affermato che il lavoratore, cui sia stata diagnosticata una “patologia di natura neurologica” può svolgere attività extralavorative (attività ricreative) durante la malattia senza che questo comporti un legittimo licenziamento.

intrattenimento, in quanto compatibile con lo stato di malattia e conforme all'obbligo di correttezza e buona fede, gravante sul lavoratore, di adottare ogni cautela idonea perché cessi lo stato di malattia con conseguente recupero dell'idoneità al lavoro”

In sostanza, per il Tribunale l'attività di arbitraggio, non esponendo il lavoratore ai contrasti di gioco (come invece avviene per i calciatori) e interessando principalmente gli arti inferiori, non può essere valutata *ex ante* come potenzialmente idonea a pregiudicare la pronta guarigione o il rientro in servizio, come, infatti, non lo è stata nel caso di specie.

Pertanto, lo svolgimento della predetta attività ludica da parte del dipendente infortunato non può costituire per il datore di lavoro una giusta causa di recesso ai sensi dell'[articolo 2119](#), cod. civ., non essendo tale da ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario sotteso al rapporto di lavoro.

Ciò premesso, il Tribunale ha al contempo rilevato che la condotta contestata, pur comportando come detto dei rischi contenuti, è stata, tuttavia, reiterata più volte e in un lasso temporale piuttosto breve.

Non solo. Il dipendente ha arbitrato anche in uno dei giorni di malattia nei quali avrebbe dovuto osservare il riposo totale, stante la riacutizzazione del trauma subito.

Così facendo il lavoratore ha accettato il rischio, seppur remoto, di esporsi a nuove occasioni di pericolo per la propria integrità fisica, violando quindi, seppur in misura lieve, i doveri di correttezza e buona fede nell'adempimento dell'obbligazione.

Conseguentemente, il summenzionato comportamento del lavoratore, seppur non idoneo a legittimare il licenziamento in tronco, risulta comunque meritevole di una sanzione disciplinare conservativa.

Alla luce di tutto quanto sopra, il Tribunale di Bologna ha ricondotto il caso in esame alle *“altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, adottati dal datore di lavoro”* di cui all'[articolo 18](#), comma 5, L. 300/1970, come riformata dalla Legge Fornero, dichiarando, pertanto, risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data di licenziamento e condannando il datore al pagamento in favore del dipendente dell'indennità risarcitoria, oltre che del preavviso.

Il Tribunale, nel confermare l'ordinanza emessa nella prima fase del giudizio, ha, quindi, dichiarato illegittimo il licenziamento, in quanto sproporzionato rispetto alla gravità dell'illecito disciplinare accertato.