



IL PUNTO

Malattia e reperibilità: serve più ragionevolezza

di Massimo Argenziano *

L'estensione della reperibilità operata dal Dl Brunetta può integrare violazione del principio di ragionevolezza, richiedendo al lavoratore una diligenza ed una disponibilità eccessive

L'art. 71 del Dl n. 112/2008, che ha introdotto alcune **importanti novità** alla disciplina relativa alle **assenze per malattia nel pubblico impiego**, è già stato oggetto di ampie discussioni dottrinali e di interesse mediatico, con particolare riferimento alle norme sul trattamento economico spettante al lavoratore.

L'importanza dell'intervento riformatore è tutta nei numeri che ci fornisce il dipartimento della Funzione pubblica: *"La non corresponsione dell'indennità e dei trattamenti accessori per i primi dieci giorni di assenza per malattia e il minor ricorso alle supplenze nel comparto istruzione comporta un risparmio per il bilancio dello Stato quantificabile in oltre 250 milioni di euro l'anno"* ("Monitoraggio delle assenze per malattia dei dipendenti pubblici", dati agosto/ottobre, www.funzionepubblica.it).

Reperibilità, certificazione della malattia e controlli

Al fine di ridurre le differenze tra settore pubblico e privato, limitando comportamenti opportunistici ed uso illecito dell'istituto, comple-

mentare al risparmio sulla tutela economica spettante al lavoratore malato è il nuovo **regime di reperibilità**. Vengono, difatti, applicate ai dipendenti pubblici **regole più stringenti per la certificazione** dello stato morboso e **per i controlli** (visite medico-fiscali).

Le fasce orarie di reperibilità previste dal decreto Brunetta

Recita il co. 3 dell'art. 71 della legge n. 133/2008, di conversione del Dl n. 112/2008: *"L'Amministrazione dispone il controllo in ordine alla sussistenza della malattia del dipendente anche nel caso di assenza di un solo giorno, tenuto conto delle esigenze funzionali e organizzative. Le fasce orarie di reperibilità del lavoratore, entro le quali devono essere effettuate le visite mediche di controllo, vanno dalle ore 8.00 alle ore 13.00 e dalle ore 14.00 alle ore 20.00 di tutti i giorni, compresi i non lavorativi e i festivi. Vale la pena fare il punto sulle implicazioni derivanti da tale ultima prescrizione.*

La *ratio* della protezione accordata dall'ordinamento al lavoratore che incorra in un **evento morboso ina-**

bitante risiede essenzialmente nella necessità di *"ovviare ad una situazione [...] indipendente dalla volontà del lavoratore, il quale trae dal reddito di lavoro i mezzi di sostentamento suo e della propria famiglia"* (Cass. n. 12685/1995).

I controlli medico-fiscali

Tuttavia, se l'**obbligazione principale del lavoratore** risulta **sospesa**, è pur vero che la continuità del rapporto di lavoro importa l'**assoggettamento delle parti ai reciproci diritti e doveri**. In particolare, il lavoratore deve ispirare il proprio comportamento ai parametri di correttezza, diligenza e buona fede che, sospesa l'obbligazione principale, riguardano anche gli adempimenti connessi allo stato di malattia: comunicazione, certificazione e, in costanza di malattia, astensione verso i comportamenti pregiudizievoli per la guarigione e **obbligo di rendersi reperibile** alla visita di **controllo medico-fiscale**.

È noto come la legge n. 300/1970, c.d. Statuto dei lavoratori, abbia fatto espresso **divieto ai datori di lavoro di procedere ad accertamenti sulle infermità per malattia dei**

* Università degli studi di Genova

lavoratori ed abbia indicato quali strutture deputate al controllo i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti (art. 5, co. 1 e 2, legge n. 300/1970). Ai sensi della legge n. 638/1983 tra i compiti delle Asl rientrano anche gli accertamenti di medicina fiscale (art. 5, co. 10). Il controllo, che si sostanzia in una **verifica della malattia**, certificata dal medico curante, e dell'incapacità temporanea all'attività lavorativa del lavoratore, persegue, in pratica, "il solo limitato scopo di consentire un accertamento neutrale, e quindi maggiormente obiettivo, sulla effettività o meno dello stato di malattia del lavoratore" (Cass. n. 7167/1987). È opportuno che il **controllo medico-fiscale** sia effettuato in tempi brevi, in modo che il riesame verifici condizioni analoghe a quelle certificate dal medico curante (sarebbe praticamente inutile al termine della prognosi).

La disciplina precedente

Il precedente regime (Dm 15 luglio 1986), che ancora si applica al settore privato, contemplava **due fasce di reperibilità giornaliera** per tutti i giorni della settimana, festivi o lavorativi, **di due ore ciascuna**, una al mattino (10-12) ed una al pomeriggio (17-19). Scopo della reperibilità dovrebbe essere quello di rendere possibile un rapido controllo medico-fiscale direttamente presso il domicilio indicato dal lavoratore.

Quale ragionevolezza per il nuovo regime?

Le domande che ora si propongono sono le seguenti: il **nuovo regime di reperibilità** applicato al pubblico impiego è **coerente con l'obiettivo di ridurre i costi** derivanti dal fenomeno dell'assenteismo? E, ancora, tale regime non impone al lavoratore un **onere eccessivamente gravoso**, quando non addirittura in potenziale

contrasto con alcuni importanti diritti costituzionalmente garantiti? Le domande sono legate da un nesso logico che riguarda l'effettività della prescrizione, cioè la possibilità di concreta attuazione di quanto stabilito. Occorre premettere che il **Ddl n. 847**, presentato dal ministro Brunetta e recentemente licenziato dal Senato, all'art. 6, co. 2, richiede la previsione di "meccanismi rigorosi per l'esercizio dei controlli medici durante il periodo di assenza per malattia del dipendente". Al momento, tuttavia, non è dato rinvenire la necessaria copertura finanziaria nella manovra economica per l'anno 2009. In pratica, l'elemento dissuasivo principale presente nel citato co. 3 dell'art. 71 del Dl n. 112 risiederebbe nell'**ampliamento delle fasce di reperibilità** più che nella certezza della visita di controllo.

Il lavoratore ammalato sopporta il rischio di esporsi alle conseguenze amministrative e disciplinari previste in caso di assenza ingiustificata, a prescindere dalla prova dell'evento inabilitante. Infatti, l'**obbligo di rendersi reperibile presso il proprio domicilio** durante le fasce orarie è certamente finalizzato al controllo della malattia, ma è strumentale rispetto a questo e come tale **sanzionato in via autonoma** (Cass. 7 ottobre 1997, n. 973).

Le sanzioni

Ma il rischio di patire **sanzioni** aumenta con l'ampliamento delle fasce di reperibilità?

Bisogna intanto ricordare che l'assenza **non è sanzionabile** in presenza di **ricovero ospedaliero**, per periodi già accertati da precedente visita di controllo (art. 5, co. 14, della legge n. 638/1983), **in caso di giustificato motivo**. Il giustificato motivo, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, non si identifica necessariamente con lo stato di necessità o con il caso di forza maggio-

re, essendo **sufficiente soltanto un serio e fondato motivo** che giustifica l'allontanamento da casa a comportare l'obbligo di pagamento delle spettanze per il periodo di malattia (conforme a detto orientamento: Cass. 21 luglio 2008, n. 20080). Analizzando la casistica delle giustificazioni approdate all'esame della Suprema corte, è possibile rinvenire un elemento comune: qualsiasi serio motivo determinante un ragionevole impedimento ad adempiere all'obbligo di rendersi reperibili al controllo deve sottostare ad una condizione, cioè quello dell'**indifferibilità**. Per il collegio di Piazza Cavour, l'**assenza**, motivata da un legittimo ed apprezzabile interesse, **non è giustificata** quando tale **interesse poteva, senza pregiudizio alcuno, essere soddisfatto in orario diverso** da quello di reperibilità.

Per il pubblico impiego non vale più l'indifferibilità

Risulta allora chiaro che tale **conditio** non ha più pregio **per il pubblico impiego**, ove la **reperibilità attraversa l'intera giornata**. Si pensi alla giustificazione più comune, l'essersi recati dal medico curante, per la quale al lavoratore viene richiesta la prova dell'impossibilità, o ragionevole non possibilità, di effettuare la visita in orario diverso da quello di reperibilità. Parimenti, si considerino le assenze per visita specialistica, esami diagnostici, accertamenti e terapie (iniezioni, fisioterapia ecc.) o semplicemente per recarsi in farmacia ad acquistare i medicinali. O, ancora, ai casi in cui la costrizione al proprio domicilio possa addirittura interferire negativamente con la terapia (particolari malattie psichiatriche o a prognosi infausta). Tutti esempi in cui si configura un **esercizio del diritto alla salute**, diritto fondamentale ed assoluto della persona e come tale vali-

dissimo motivo di assenza al controllo (Cass. n. 22065/2004).

Analogamente si dovrebbe argomentare relativamente alle varie situazioni che possono rendere imprescindibile ed indifferibile la presenza del lavoratore altrove per evitare gravi conseguenze a se stesso o ai componenti del nucleo familiare. Insomma, non sembra azzardato affermare che con il nuovo regime **la possibilità di motivare la propria assenza sia per il lavoratore più agevole di quanto era in precedenza** e ciò può avere effetti negativi non solo sull'obiettivo di ridurre l'assenteismo, ma anche sulle spese derivanti dal possibile aumento del già importante contenzioso in materia di assenza al controllo.

La preventiva comunicazione dell'assenza all'amministrazione

Per contro, occorre ricordare come i **Ccnl dei comparti pubblici** prevedano sempre la **preventiva comunicazione** all'amministrazione, da parte del lavoratore, **della necessità di assentarsi** dal domicilio, salvo il comprovato impedimento. **L'amministrazione potrà richiedere** comunque **il controllo** o, più appropriatamente, scegliere l'opzione più economica, **invitando il lavoratore a produrre la documentazione**. Sulla base di questa, potrà poi, ove se ne ravvisino gli estremi, esercitare il potere disciplinare, anche in assenza di conoscenza dei dati sanitari, potendo avere disponibilità di tutti i dati estrinseci della situazione del lavoratore che sono quelli conoscibili dai documenti giustificativi prodotti (Tar Piemonte 16 gennaio 2008, n. 51).

Sintetizzando, il lavoratore malato è tenuto a rispettare le amplissime fasce di reperibilità, salvo potersi allontanare, previa comunicazione, per ogni motivo giuridicamente e socialmente apprezzabile e dettagliata-

mente documentabile a posteriori.

Osservazioni finali

A questo punto è necessario dare risposta al quesito relativo alla particolare disponibilità ed attenzione richieste dall'**assolvimento dell'obbligo di reperibilità** o di giustificazione dell'assenza.

La **Corte costituzionale**, con la **sentenza n. 78/1988**, ha eseguito una dettagliata disamina dei profili coinvolti nell'obbligo di reperibilità. Era rimessa al giudice delle leggi la questione di costituzionalità dell'art. 5 della legge n. 638/1983, con particolare riferimento alle **sanzioni economiche** connesse all'**assenza non giustificata del lavoratore**. Il *thema decidendum* riguardava la presunta violazione degli artt. 3, 27, 32 e 38 della Costituzione.

Non è questa la sede per ripercorrere il ragionamento della Corte, giova tuttavia riportare quanto espresso in motivazione sul tema in questione: *"l'onere della reperibilità alla visita medica di controllo, posto a carico del lavoratore, è estrinsecazione della doverosa cooperazione che egli deve prestare affinché siano realizzate le condizioni richieste per l'erogazione del trattamento di malattia [...], tanto più che essa può essere fornita con un minimo di diligenza e di disponibilità, atteso l'ambito molto limitato delle fasce orarie di reperibilità per cui non risulta nemmeno gravoso o vessatorio"*.

Non è revocabile in dubbio che **l'estensione della reperibilità all'intera giornata** (8-20, con interruzione dalle 13 alle 14) possa integrare **violazione del principio di ragionevolezza**, richiedendo al lavoratore una diligenza ed una disponibilità eccessiva.

La discrezionalità politica del legislatore nel contemperare l'interesse al controllo, al risparmio ed alla limitazione del fenomeno dell'assenteismo, con le esigenze di vita dei lavo-

ratori e la soddisfazione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti, deve pur sempre rispettare un **limite di non manifesta irrazionalità** (Corte cost. n. 180/1982), per meglio dire, le norme che regolano l'insorgenza e l'esercizio dei diritti connessi allo stato di malattia ben possono prevedere condizioni, requisiti ed anche oneri, *"i quali, però, non devono essere né vessatori né eccessivamente gravosi"* (Corte cost. n. 78/1988).

Il nuovo regime certo non sarebbe gravoso o vessatorio se la **visita medico-fiscale fosse garantita in tempi molto brevi rispetto all'insorgenza della malattia**, ma ciò non è al momento ipotizzabile, richiedendo un considerevole investimento di risorse.

Sul **piano della spesa** sarebbe necessaria una **razionalizzazione delle risorse**, prevedendo, ad esempio, deroghe all'obbligo di richiedere la visita di controllo per determinate patologie ed in caso di decorso post-operatorio, predisponendo accertamenti ambulatoriali, ove possibile, in luogo delle più costose visite domiciliari, preavvertendo il lavoratore malato circa giorno ed orario indicativo della visita, al fine di evitare di pretendere una disponibilità spesso inutile o, peggio, lunghi e costosi contenziosi per i casi di assenza.

È poi opinione di chi scrive che l'**uso distorto dell'istituto** si possa adeguatamente prevenire anche sul piano della gestione del personale, dell'organizzazione degli uffici, della salubrità degli ambienti di lavoro e dell'elasticità degli orari di servizio. Sembra allora giusto affermare che la doverosa **politica di riduzione dell'assenteismo** debba **passare attraverso più articolati e complementari interventi** che, fissati gli obiettivi, diano centralità al ruolo decisionale delle amministrazioni ed al coinvolgimento dei lavoratori tramite le proprie rappresentanze sindacali. ■