

Gravi patologie: comparto per malattia e conservazione del rapporto di lavoro.

1. Le gravi patologie e il codice etico per promuovere nuove misure a tutela dei lavoratori affetti da patologie oncologiche.

La recente Raccomandazione europea “The active inclusion of people excluded from the labour market”, e la relativa Comunicazione, sono fra gli ultimi documenti pubblicati volti a individuare una strategia di inclusione attiva.

Nell’ambito dell’Unione europea il rispetto della dignità umana rappresenta un principio fondante che deve tradursi tanto nella promozione della piena occupazione, quanto nel contrasto all’esclusione e alla discriminazione.

Da più parti si scrive del collegamento necessario fra politiche di integrazione del reddito e politiche del mercato del lavoro; quest’ultime, per essere realmente inclusive, devono intervenire concretamente sull’investimento in capitale umano. Parimenti condivisibile è l’affermazione secondo cui le trasformazioni in atto (a partire dalla Strategia di Lisbona e dal metodo del coordinamento aperto fino alla nuova Agenda sociale) rendono sempre più urgente una modernizzazione della protezione sociale.

“Intervenire concretamente sull’investimento in capitale umano” significa anche attivare le politiche di mainstreaming nazionali, regionali e provinciali, includendo - all’interno delle politiche ordinarie sul lavoro - le esigenze delle persone con disabilità (disoccupati e lavoratori), oltre che dei familiari che li assistono.

Nel nostro paese, secondo la Quarta Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della legge n. 68/99 (in riferimento agli anni 2006-2007), le persone disabili iscritte agli elenchi provinciali del collocamento mirato risultano essere circa 768.000. Tale legge si è dimostrata lungimirante ed avanzata in molti suoi passaggi, nonostante l’opera di graduale svuotamento della sua valenza politica e culturale. Tuttavia essa presenta anche dei punti di debolezza: ad esempio, sarebbe utile affrontare il tema delle persone con disabilità gravissime che, nei fatti, non hanno le potenzialità per garantire produttività nelle mansioni lavorative e la loro iscrizione alle liste contribuisce solo ad ingrossare il numero statistico delle persone con disabilità disoccupate [si rinvia alla “Memoria per l’audizione della Federazione Italiana per il Superamento dell’Handicap (F.I.S.H.) alla XI Commissione Lavoro del Senato della Repubblica per l’Indagine conoscitiva sullo stato di attuazione della disciplina in materia di diritto al lavoro delle persone disabili” del 31 maggio 2005].

E’ noto come lo spirito della Legge 68/99 sia la costruzione di un percorso formativo mirato il cui sbocco è un inserimento guidato e ottimale tra il superamento o l’attenuazione della disabilità e la valorizzazione delle capacità e delle potenzialità di lavoro. E’ giudicato essenziale (si veda il Libro Bianco AISM 2006) il lavoro di operatori e i tecnici con una seria professionalità per una obiettiva valutazione della disabilità e in grado di enfatizzare le potenzialità delle persone, ma ancora più importante sarebbe un piano di azione nazionale concertato con l’obiettivo di: 1) perimetrare le attività dei servizi definendoli come livello essenziale di prestazione di competenza rispettivamente sanitaria, sociale e lavorativa, affinché possano divenire un diritto esigibile per la persona con disabilità e un’opportunità per il datore di lavoro; 2) adottare uno o più metodi di monitoraggio delle

¹ Avvocato in Genova – consulente legale Associazione italiana sclerosi multipla.

tendenze nella gestione delle pari opportunità per i lavoratori con disabilità, a partire dall'adozione dei servizi del disability manager, nonché di strategie innovative (quali, ad esempio, il peer consulting); 3) costruire procedure condivise ed utilizzate omogeneamente sul territorio nazionale a partire dai servizi informativi ICT, attraverso l'utilizzo dell'ICF, la classificazione emanata nel 2003 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità.

Per il collocamento delle persone disabili è fondamentale lo sviluppo dell'autoimprenditorialità e la predisposizione di un piano di azione per affrontare lo specifico tema del Sud Italia attraverso la piena partecipazione ai piani di sviluppo locali ed alle politiche attive in genere (affinché la coesione sociale sia implementata a tutti i livelli senza creare discriminazioni tra i discriminati), ma anche attraverso l'adozione di strategie premianti - per le piccole imprese non obbligate alle quote di riserva - che assumono persone con disabilità.

In relazione allo svolgimento del rapporto di lavoro si registrano una serie di positive iniziative in favore dei lavoratori affetti da patologie oncologiche: dal Decreto legislativo n. 276/03 (con l'art. 46 in tema di diritto al lavoro a tempo parziale), alla circolare n. 40/2005 del Ministro del lavoro; da ultimo, la recentissima proposta di Codice etico per promuovere nuove misure a tutela dei lavoratori affetti da patologie oncologiche (in Bollettino Adapt, speciale n. 10, del 19.12.2008).

Tutte le disposizioni previste in quest'ultima proposta rivestono fondamentale importanza anche per i lavoratori affetti da altre patologie croniche invalidanti, prime fra tutte quella che prevede "l'impegno a favorire un'ideale articolazione dell'orario di lavoro e quindi una modifica effettiva dell'organizzazione aziendale per particolari esigenze di soggetti sottoposti a terapie e visite specialistiche". La stessa considerazione vale per il riconoscimento del "diritto del familiare (coniuge, genitore o figli) o del convivente di una persona malata ad assisterla nel periodo delle cure della malattia, rendendosi disponibile l'azienda a ridisegnare l'orario di lavoro della persona interessata in modo flessibile perché possa compiere la sua opera di assistenza al malato secondo le necessità".

La distribuzione flessibile delle ore di lavoro in un quadro prestabilito, l'orario flessibile, i dispositivi di recupero delle ore di lavoro e la possibilità di passare dal tempo pieno al part-time sono sempre richiamati come ottimi meccanismi per poter conciliare il proprio lavoro con altre responsabilità o impegni diversi dall'attività retribuita (prima fra tutte l'attività di cura dei familiari). Il condizionale è d'obbligo viste le difficoltà pratiche che spesso si presentano quando ne viene fatta richiesta concreta: non vi si frappongono soltanto le legittime situazioni oggettive della realtà organizzativa.

2. Il comportamento per malattia.

Nel codice etico sono affrontati due aspetti centrali in tema di gravi patologie e rapporto di lavoro: il periodo di comportamento per malattia e il diritto all'assegnazione di mansioni più compatibili con il proprio stato di salute e con l'eventuale riduzione della capacità lavorativa.

Secondo l'articolo 2110, in caso di malattia, il datore di lavoro ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'articolo 2118 c.c. solo quando sia decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità, così demandando alla contrattazione collettiva l'individuazione del cosiddetto periodo di comportamento. Essa rappresenta un'eccezione alla disciplina generale dei licenziamenti individuali: il recesso unilaterale al termine del periodo è possibile in conseguenza del solo prolungamento della

malattia, indipendentemente dal tipo di patologia sofferta, dalla possibilità/impossibilità per il datore di adottare soluzioni alternative (siano esse organizzative o gestionali), dalla presenza o meno di altre posizioni lavorative al momento del recesso.

Nel codice etico si legge: “ai dipendenti affetti da patologia oncologica di questa azienda viene riconosciuto un prolungamento del periodo di computo, in funzione dell’anzianità di servizio, nei casi di patologia di natura oncologica di rilevante gravità, ictus o sclerosi multipla gravemente invalidanti, trapianti di organi vitali ed AIDS conclamata e per le patologie gravi richiedenti terapie salvavita (come ad esempio la chemioterapia) secondo criteri e modalità da concordare con i responsabili delle risorse umane”.

E’ riconosciuto, altresì, “il diritto all’esclusione dal computo, al fine della conservazione del posto di lavoro, dei periodi di degenza ospedaliera e delle giornate di day hospital usufruite per la somministrazione di terapia salvavita (ad esempio la chemioterapia o l’emodialisi)”.

In merito sono opportune alcune osservazioni. Nella disposizione relativa al prolungamento del periodo di computo vengono richiamate l’ictus e la sclerosi multipla quando sono “gravemente invalidanti”. Il dubbio sorge immediato circa il significato da attribuire al termine “gravemente invalidanti”. Quale percentuale di invalidità è da considerare grave? Nel caso della sclerosi multipla, ad esempio, vi sono situazioni in cui la Commissione medica della ASL riconosce percentuali di invalidità non elevate (es. 45-50%) perché non vi sono sintomi “a carattere permanente che incidano sulla riduzione della capacità lavorativa”. Ciononostante per il lavoratore può presentarsi la necessità di sottoporsi - per periodi più o meno lunghi - a terapie farmacologiche (ad es. l’interferone) che possono creare un’invalidità temporanea rilevante in uno o più giorni successivi alla somministrazione. E’ chiaro che anche in queste situazioni c’è un forte impatto negativo sul conteggio dei giorni di computo.

Per il prolungamento del periodo di computo, nel codice si fa riferimento anche alle “patologie gravi richiedenti terapie salvavita (come ad esempio la chemioterapia), secondo criteri e modalità da concordare con i responsabili delle risorse umane”.

Non vi sono chiarimenti normativi, né indicazioni medico-legali precise, circa il significato da attribuirsi al termine “terapia salvavita”. Normalmente si citano come esempi la chemioterapia e l’emodialisi; talune volte viene affiancata la dicitura “altre assimilabili”; in ogni caso andrebbe chiarito se occorre fare riferimento alle sole terapie che impediscono o rallentano “l’evento morte”, oppure a tutte quelle terapie che impediscono la determinazione di effetti invalidanti più gravi della patologia progressiva diagnostica e che, quindi, “salvano la vita” in un’accezione più ampia.

La maggior parte (non la totalità) dei medici legali delle ASL considera alcuni tipi di interferone utilizzati per la sclerosi multipla come “terapie salvavita” senza avere, però, dei “parametri” stabiliti per legge (ad esempio, il Novantrone usato in alcuni casi di sclerosi multipla può dare problemi analoghi alla chemioterapia, con effetti collaterali che si manifestano in modo diverso da persona a persona).

Anche l’articolo 71 del Decreto Legge n. 112 del 25 giugno 2008 (convertito con modifiche in Legge n. 133/2008) ha riproposto il problema del computo per malattia nell’ambito del pubblico impiego, quando sussistono “gravi patologie”, con la disposizione seguente: “Resta fermo il trattamento più favorevole eventualmente previsto dai contratti collettivi o dalle specifiche normative di settore per le assenze per malattia dovute ad infortunio sul

lavoro o a causa di servizio, oppure a ricovero ospedaliero o a day hospital, nonché per le assenze relative a patologie gravi che richiedano terapie salvavita”.

Come si legge vengono nuovamente citate le “patologie gravi” e le “terapie salvavita”. I medici legali delle singole ASL, per poter esaminare se nel singolo caso sussistono i presupposti di applicabilità dell’articolo citato, richiedono di presentare una serie di documenti: la copia del contratto collettivo di lavoro; il certificato in cui viene indicata la diagnosi; una relazione che contenga indicazioni precise non solo sul tipo di terapia seguita e sui giorni in cui viene effettivamente praticata, ma anche i dettagli sugli effetti collaterali manifestatisi a seguito della terapia salvavita che rendono necessario l’assenza dal lavoro per uno o più giorni.

L’assenza di principi condivisi crea non pochi problemi applicativi e situazioni di difformità pur in presenza di analoga patologia e stessa terapia.

Al momento manca un elenco completo di quelle che debbono considerarsi “patologie gravi”. Vi sono solo taluni interventi normativi parziali: il D.P.R. 23.12.1978, n. 915 (Testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra) con tabelle annesse; l’elenco delle malattie considerate croniche ed invalidanti ai sensi dell’art. 5 comma 1, lettera a) del D.Lgs del Ministero della Sanità del 29 aprile 1998 n. 124; le indicazioni inserite nell’art. 2 del D.M. 278/2000 (Regolamento recante disposizioni di attuazione dell’articolo 4 della L. 8 marzo 2000, n. 53, concernente congedi per eventi e cause particolari) secondo cui per “gravi motivi familiari” si intendono anche le seguenti patologie:

1) patologie acute o croniche che determinano temporanea o permanente riduzione o perdita dell’autonomia personale, ivi incluse le affezioni croniche di natura congenita, reumatica, neoplastica, infettiva, dismetabolica, post-traumatica, neurologica, neuromuscolare, psichiatrica, derivanti da dipendenze, a carattere evolutivo o soggette a riacutizzazioni periodiche;

2) patologie acute o croniche che richiedono assistenza continuativa o frequenti monitoraggi clinici, ematochimici e strumentali;

3) patologie acute o croniche che richiedono la partecipazione attiva del familiare nel trattamento sanitario;

4) patologie dell’infanzia e dell’età evolutiva aventi le caratteristiche di cui ai precedenti numeri 1, 2, e 3 o per le quali il programma terapeutico e riabilitativo richiede il coinvolgimento dei genitori o del soggetto che esercita la potestà.

La Direzione generale per l’attività ispettiva del Ministero del lavoro, con interpello n. 16 del 10 giugno 2008, ha risposto ad un quesito specifico in merito al significato ed alla portata dell’espressione “grave infermità” ex art. 4, co. 1, Legge 53/2000, ribadendo che: in assenza di riferimenti legislativi che forniscano un elenco esaustivo delle patologie riconducibili al concetto di grave infermità si ritiene che il richiedente debba fornire una certificazione di accertamento clinico-diagnostico rilasciata dalla competente struttura medico-legale che potrà esprimere il proprio giudizio circa la natura dell’infermità, facendo riferimento alla documentazione sanitaria proveniente da strutture sanitarie pubbliche. Ciò in analogia alle disposizioni normative previste per altre ipotesi in cui sia necessaria una attestazione ufficiale di “grave infermità” (v. D.M. 26 marzo 1999, Ministero della difesa).

La possibilità di estensione del periodo di comporta nelle particolari ipotesi di malattie lunghe, caratterizzate dalla necessità di cure post-operatorie, terapie salvavita e di una conseguente gestione flessibile dei tempi di lavoro è demandata alle determinazioni dell’autonomia collettiva. Tuttavia, esse si trovano disciplinate in pochi contratti collettivi e

quasi esclusivamente con riferimento alla regolazione dei rapporti di lavoro attivati in comparti del pubblico impiego.

Il CCNL Comparto Ministeri (art. 23, comma 6 bis) ad esempio, stabilisce: "In caso di patologie gravi che richiedano terapie salvavita ed altre ad esse assimilabili secondo le indicazioni dell'ufficio medico legale della azienda sanitaria competente per territorio, come ad esempio l'emodialisi, la chemioterapia, il trattamento per l'infezione da HIV- AIDS nelle fasi a basso indice di disabilità specifica (attualmente indice di Karnosky), ai fini del presente articolo, sono esclusi dal computo dei giorni di assenza per malattia i relativi giorni di ricovero ospedaliero o di day - hospital ed i giorni di assenza dovuti alle citate terapie, debitamente certificati dalla competente Azienda sanitaria locale o struttura convenzionata. In tali giornate il dipendente ha diritto in ogni caso all'intera retribuzione prevista dal comma 7, lettera a)".

L'art. 17, comma 9, del CCNL Comparto Scuola prevede: "in caso di gravi patologie che richiedano terapie temporaneamente e/o parzialmente invalidanti sono esclusi dal computo dei giorni di assenza per malattia,, oltre ai giorni di ricovero ospedaliero o di day hospital anche quelli di assenza dovuti alle terapie certificate...".

Il contratto dei dipendenti del Comune di Torino (Art. 9) si presenta molto più dettagliato: "i giorni di assenza dal lavoro, anche a seguito di ricovero ospedaliero o di day hospital, determinati dalla necessità di sottoposizione a terapie salvavita, ivi compresi i controlli con effetti invasivi, a carattere continuativo, periodico o episodico, indotte da patologie gravi quali, a titolo esemplificativo forme tumorali, insufficienze o malattie renali, insufficienze respiratorie, anemia mediterranea, cardiopatie, AIDS, trapianti di organi, non sono più computabili quali periodi di malattia ex art. 21 del CCNL 1994/1997. Rientrano in tale fattispecie non solo le giornate di effettiva applicazione terapeutica ma anche le assenze indotte dalle terapie".

Nel settore privato le poche disposizioni relative al prolungamento del periodo per malattia non sono così dettagliate.

Il CCNL delle imprese di assicurazione aumenta di tre mesi il periodo di computo per malattia nei casi di patologie di natura oncologica di rilevante gravità, ictus o sclerosi multipla gravemente invalidanti.

L'art. 32 del CCNL Elettrici prevede il diritto alla conservazione del posto per un periodo di 12 mesi. In tale computo non si tiene conto delle assenze dovute a malattia oncologiche, sclerosi multipla, distrofia muscolare, morbo di Cooley o a degenze ospedaliere. In caso di malattie intermittenti, il termine interno è determinato in 18 mesi, elevati a 32 nel caso delle patologie sopraccitate, ed il termine esterno in 36 mesi. Nel computo dei predetti termini non si tiene conto dei periodi di degenza ospedaliera.

Superati i periodi previsti per la conservazione del posto, l'azienda ha facoltà di concedere al lavoratore che lo richiede un periodo di aspettativa non retribuita con decorrenza dell'anzianità fino ad un massimo di 12 mesi,

Secondo l'art. 40 del CCNL per il personale non dirigente di Poste italiane "Il lavoratore non in prova, assente per malattia, ha diritto alla conservazione del posto ed alla corresponsione dell'intera retribuzione fissa per un periodo di mesi dodici. I periodi di malattia che intervengano con intervalli inferiori a trenta giorni si sommano ai fini della maturazione del predetto periodo di dodici mesi. Nel computo del periodo di dodici mesi

non si tiene conto delle assenze dovute a patologie di particolare gravità quali la malattia oncologica, la sclerosi multipla, la distrofia muscolare e la sindrome da immuno-deficienza acquisita. Potranno inoltre essere valutate ulteriori ipotesi di patologie di particolare gravità.

In tali casi la retribuzione e la conservazione del posto spettano loro fino al limite massimo di ventiquattro mesi, salvo quanto previsto al successivo comma)".

Senza ombra di dubbio le clausole che forniscono maggiori tutele sono quelle che:

➤ collegano la gravità della patologia all'effettuazione di terapie la cui natura e modalità di svolgimento possono essere temporaneamente e/o parzialmente invalidanti per il lavoratore;

➤ escludono dal calcolo del periodo di assenza per malattia, oltre ai giorni di ricovero ospedaliero o di day-hospital, anche quelli legati agli effetti delle terapie (certificati dalla competente ASL o da una struttura convenzionata).

L'ampia varietà di disposizioni contrattuali (quando esistono) che fanno riferimento a diversi e generici termini quali "gravi patologie", "utilizzo di terapie salvavita e assimilabili", "effetti invalidanti temporanei o permanenti" determinano difformità di applicazione da parte delle singole ASL che, attraverso l'ufficio di medicina legale, sono chiamate a certificare le situazioni rientranti nelle diciture previste dai contratti stessi, avvalendosi delle relazioni specialistiche in cui devono essere espressamente dichiarate il tipo di patologia e la terapia adottata.

Una maggiore diffusione ed uniformità delle disposizioni contrattuali di miglior favore in tema di comparto per malattia è, quindi, fortemente auspicabile per evitare i problemi interpretativi ed applicativi ben noti, non solo nelle aule di giustizia (si veda la recente sentenza della Cass. n. 6366/2008).

Anche l'elaborazione di linee guide per i medici legali rappresenterebbe un buon punto di partenza.

3. L'importanza dell'assegnazione a mansioni compatibili con il proprio stato di salute.

Lo stato di salute del lavoratore determina possibili conseguenze sotto il profilo del rischio sanitario e dell'incolumità personale (del lavoratore stesso, dei colleghi di lavoro, dei clienti e dei fornitori).

La materia è delicata. Basti pensare che, secondo la giurisprudenza, se il dipendente denuncia l'esistenza di una patologia o un aggravamento della stessa, il datore di lavoro ha l'obbligo specifico di sottoporre il lavoratore ad adeguato accertamento sanitario e di adottare le opportune misure per evitare di essere ritenuto responsabile delle conseguente dannose derivate [in relazione al precetto generale del *neminem laedere* Cass. n. 2461/1961, in Foro it., 1962, I, 988; con riferimento agli artt. 2043 e/o 2087 c.c. ved. Cass. n. 5961/1997, in RIDL, 1998, 463; Cass. 15688/2000, in M.G.L., 2001, 4, 328].

Gli accertamenti sanitari sul lavoratore trovano la propria disciplina in diverse disposizioni di legge: l'art. 32 della Costituzione; gli artt. 2087 e 2110 c.c. (riguardanti gli obblighi dell'imprenditore per la tutela delle condizioni di lavoro dei suoi dipendenti e il trattamento economico-normativo da riconoscere al lavoratore in malattia; l'art. 5, della

legge 300/1970, concernente il divieto per il datore di compiere accertamenti sanitari diretti sul lavoratore (anche in fase di selezione); il Testo Unico sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, con le norme sulla sorveglianza mediante il medico competente (in particolare gli artt. 41 e 42).

Ad esse vanno aggiunte le varie disposizioni che disciplinano aspetti particolari: sieropositività; tossicodipendenza; malattie mentali; portatori sani di malattie infettive ecc. Occorre considerare, poi, la sorveglianza sanitaria obbligatoria per taluni tipi di mansioni e lavorazioni previste da leggi speciali; stesso obbligo è previsto per quei lavori che richiedono particolari «tessere, patenti o certificati» o per quelle categorie di lavoratori impegnati in attività di lavoro che richiedono efficienza fisica e psichica per la complessità dei compiti e le responsabilità che ne derivano: ferrovie, navigazione, portuali, guida di autoveicoli ecc.

L'incapacità del lavoratore di adempiere le mansioni contrattualmente assunte deve essere verificata in concreto mediante il raffronto tra mansioni e le "menomazioni", senza che la prova dell'incompatibilità tra le une e le altre possa essere desunta da accertamenti sanitari effettuati nell'ambito di accertamenti legali all'invalidità civile e relative provvidenze economiche, alla legge 68/99, alla normativa sugli infortuni (Cass. n. 1167/1990, in Foro it., 1991, I, 1201).

Questa affermazione può sembrare scontata per molti, ma non lo è per tutti.

Non mancano i casi in cui l'invalidità civile del 100%, con indennità di accompagnamento, viene assimilata ad una situazione di inabilità lavorativa, senza che vengano fatti tutti i dovuti accertamenti. Con sentenza di merito del 2006 (inedita), è stata decisa l'illegittimità del licenziamento di una contabile con sclerosi multipla intimato proprio perché il datore di lavoro, visto il verbale della commissione di invalidità civile, aveva ritenuto aprioristicamente che lo stato di salute della lavoratrice non consentisse alla stessa di svolgere alcuna attività lavorativa. Non era stata compiuta alcuna indagine necessaria a verificare tale assunto (come, peraltro, richiesto da una specifica disposizione del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato in azienda). Nella fattispecie, fra l'altro, l'idoneità alla mansione specifica era rimasta totale, nonostante la patologia diagnosticata.

Il licenziamento, giudicato discriminatorio ai sensi del decreto legislativo n. 216/2003, ha determinato la reintegra nel posto di lavoro previa rimozione delle barriere architettoniche presenti nel luogo di lavoro.

Tutti gli accertamenti sanitari devono considerare sia la storia lavorativa sia la presenza di eventuali patologie che potrebbero avere un peggioramento in conseguenza dell'esposizione in ambiente lavorativo, ivi comprese le condizioni legate (quando ricorrano gli estremi di legge) a problemi di suscettibilità individuale. Va, infatti, ricordato che la malattia o le malattie del lavoratore non giustificano il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto ove l'infermità abbia avuto causa, in tutto o in parte, nella nocività insita nelle modalità di esercizio delle mansioni o comunque esistente nell'ambiente di lavoro, della quale il datore di lavoro sia responsabile per aver omesso le misure atte a prevenirla o ad eliminarne l'incidenza, in adempimento dell'obbligo di protezione ed eventualmente anche delle specifiche norme di legge connesse alla concretizzazione di esso, incombendo peraltro al lavoratore di dare la prova del collegamento causale fra la malattia che ha determinato l'assenza ed il carattere morbigeno delle mansioni espletate (Cass. n. 5066/2000, in Lav. giur., 2000, 985). In senso analogo è illegittimo il licenziamento intimato ad un lavoratore invalido assunto tramite collocamento mirato per superamento del periodo di comporto, se la malattia sia dovuta all'adibizione a mansioni parzialmente incompatibili con il suo stato di invalidità a

seguito dell'illegittimo esercizio dello ius variandi del datore di lavoro (Pret. Napoli 16/1/95, in D&L 1995, 673).

Gli accertamenti sanitari sono fondamentali anche per valutare la legittimità del licenziamento nell'ipotesi della sopravvenuta inidoneità fisica e/o psichica al lavoro (intesa come perdita totale o parziale della capacità lavorativa), prodotta dalla patologia e costituente una condizione definitiva o di durata indeterminata o indeterminabile (per le differenze con l'art. 2110 c.c., che presuppone un impedimento temporaneo al lavoro del dipendente, si veda Cass. n. 14065/1999, in NGL, 2000, 322).

Dall'inidoneità definitiva parziale va distinta l'inidoneità ad una modalità dell'adempimento, intesa come impedimento fisico che comporti solo una difficoltà di lavoro superabile con il disimpegno in altre mansioni.

In base a quanto stabilito dagli artt. 41 e 42 del D. lgs. 81/2008 (disposizioni di assoluta novità rispetto a quanto previsto nel vecchio D. lgs. 626/1994), la sorveglianza sanitaria comprende:

a) visita medica preventiva intesa a constatare l'assenza di controindicazioni al lavoro cui il lavoratore è destinato al fine di valutare la sua idoneità alla mansione specifica;

b) visita medica periodica per controllare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica. La periodicità di tali accertamenti, qualora non prevista dalla relativa normativa, viene stabilita, di norma, in una volta l'anno. Tale periodicità può assumere cadenza diversa, stabilita dal medico competente in funzione della valutazione del rischio. L'organo di vigilanza, con provvedimento motivato, può disporre contenuti e periodicità della sorveglianza sanitaria differenti rispetto a quelli indicati dal medico competente;

c) visita medica su richiesta del lavoratore, qualora sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi professionali o alle sue condizioni di salute, suscettibili di peggioramento a causa dell'attività lavorativa svolta, al fine di esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica;

d) visita medica in occasione del cambio della mansione onde verificare l'idoneità alla mansione specifica;

e) visita medica alla cessazione del rapporto di lavoro nei casi previsti dalla normativa vigente.

Sulla base delle risultanze delle visite mediche sopraindicate si avranno dei provvedimenti in caso di inidoneità alla mansione con la precisazione che "1. Il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla [legge 12 marzo 1999, n. 68](#), in relazione ai giudizi di cui all'[articolo 41](#), comma 6, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, ad altra mansione compatibile con il suo stato di salute". 2. Il lavoratore di cui al comma 1 che viene adibito a mansioni inferiori conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originaria. Qualora il lavoratore venga adibito a mansioni equivalenti o superiori si applicano le norme di cui all'articolo 2103 del codice civile, fermo restando quanto previsto dall'[articolo 52 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165](#)"

Come è noto le Sezioni Unite (con la sentenza n. 7755/1998, in Orient. Giur. Lav., 1998, 697) hanno differenziato la fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta conseguente ad inidoneità totale del lavoratore infortunato prevedendo l'obbligo di repace non solo in mansioni equivalenti ma anche inferiori, sempre che ovviamente reperibili, in ciò volendo privilegiare gli interessi del lavoratore rispetto a quelli dell'impresa. I giudici di legittimità hanno stabilito che la legittimità del licenziamento è subordinata alla presenza di due condizioni: 1) l'inesigibilità dell'attività svolta in concreto dal prestatore di lavoro

(difficilmente determinabile a priori, perché è in ragione al contesto e alle direttive del datore e quindi individuabile a seguito dell'interpretazione secondo buona fede del contratto, dell'evoluzione del rapporto e del contesto aziendale in cui si inserisce); 2) l'impossibilità per il lavoratore di svolgere altra attività riconducibile alle mansioni assegnate o ad altre equivalenti, nell'ambito della normale articolazione aziendale, senza alcun obbligo per il datore di lavoro di modificarne l'assetto organizzativo.

I giudici di legittimità hanno chiarito che spetta al giudice di merito, avuto riguardo alle residue capacità di lavoro del prestatore ed all'organizzazione dell'azienda (come definita insindacabilmente dall'imprenditore), valutare la persistenza dell'interesse di questo alla prestazione lavorativa, secondo buona fede oggettiva.

Altro aspetto di rilievo, quando sussistono patologie progressive, è la legittimità del licenziamento solo previo accertamento di fatto, insindacabile dal giudice di legittimità ove congruamente e logicamente motivato, della sopraggiunta incompatibilità dell'esigenza del dipendente al mantenimento del posto di lavoro in relazione al pregiudizio, da valutarsi quest'ultimo in termini di certezza o anche di rilevante probabilità, di aggravamento delle sue condizioni di salute per effetto dell'attività in concreto svolta. Non si può dimenticare che la Suprema Corte ha specificato che in presenza di una valutazione prognostica da parte dei servizi sanitari preposti, se il datore non procederà alla risoluzione del rapporto sarà tenuto al risarcimento dei danni casualmente prodotti (così Cass. 15688/2000, in Mass. Giur. Lav., 2001, 4, 328).

In direzione di una tutela rafforzata si pone la legge n. 68/99, nonostante tutta una serie di problemi pratici. L'art. 4 prevede a favore del lavoratore, divenuto "inabile" in costanza di rapporto a seguito di infortunio e malattia, la possibilità di adibizione a mansioni equivalenti o, in mancanza, a mansioni inferiori (l'obbligo si ritiene esistente per posizioni lavorative esistenti e scoperte).. Tale tutela va oltre gli orientamenti giurisprudenziali esistenti prevedendo il diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza in caso di destinazione a mansioni inferiori. Inoltre, nel caso in cui si presenti l'impossibilità di assegnare mansioni equivalenti o inferiori, il datore sarà legittimato a risolvere il rapporto e i lavoratori saranno avviati - senza inserimento nell'apposita graduatoria prevista dalla legge sul collocamento mirato - presso altra azienda in attività compatibili con le residue capacità lavorative.

L'art. 10, co. 3, della legge 68/99 riguarda, il caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro. Il lavoratore disabile, assunto tramite le liste del collocamento mirato, può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute. Nelle medesime ipotesi il datore di lavoro può chiedere che vengano accertate le condizioni di salute del disabile per verificare se, a causa delle sue minorazioni, possa continuare ad essere utilizzato presso l'azienda".

In caso di inidoneità parziale (temporanea o permanente) si verifica se è possibile attuare una variazione dell'organizzazione del lavoro, con l'adibizione a nuove mansioni. Se vi è l'inidoneità totale temporanea il lavoratore disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto fino a che persista l'incompatibilità ed in tale periodo può essere impiegato in tirocinio formativo. Vi è l'intervento della commissione medica che deve valutare la possibilità di reinserimento della persona disabile nell'azienda, anche attuando possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro: tale periodo ha durata imprecisata ed è legata al perdurare dell'incompatibilità.

4. Conclusioni.

Dall'esame di alcune esperienze straniere posso derivare utili spunti di operatività.

La legislazione inglese in tema di diritti delle persone con disabilità, regolata dal Disability Discrimination Act (DDA) del 1995, è stata integrata - nel 2005 - con una serie di disposizioni che hanno esteso la tutela per le persone con patologie progressive (ad esempio cancro, HIV, sclerosi multipla) a partire dal momento stesso della diagnosi e non da quando si verifica una compromissione della capacità lavorativa.

In tal modo è stata vietata, fra l'altro, la discriminazione diretta di rifiutare l'assunzione di una persona perché ha una particolare patologia progressiva.

Maggiori tutele sono previste anche nello svolgimento del rapporto di lavoro, con il dovere per i datori di lavoro di adottare "accorgimenti ragionevoli". Per le patologie progressive ciò si traduce in permessi lavorativi per le visite di controllo in ospedale, disposizioni più flessibili per fare la fisioterapia, pause più frequenti durante l'orario di lavoro, l'adozione di misure che rendano l'ambiente di lavoro accessibile (es. utilizzando la cd. tecnologia assistita, come il display in braille).

Il Disability Management - inteso come flessibile organizzazione del rientro del lavoratore in azienda modulato da interventi ed azioni di tipo riabilitativo, ergonomico, organizzativo (es. part time), in relazione alle concrete necessità, professionalità e con i cicli produttivi aziendali - è un processo ormai consolidato negli Stati Uniti, dove numerosi studi hanno dimostrato che è un processo vantaggioso per tutti gli attori in campo: prevede un contenimento delle spese per i Governi; il risparmio economico e aumento della produttività per i datori di lavoro; una miglior protezione dell'occupazione dei lavoratori.

In Italia si hanno interessanti iniziative soprattutto in Veneto, dove si sta sviluppando un patrimonio conoscitivo che prevede le competenze del medico legale, del tecnico del rischio, dello specialista della riabilitazione, dell'analista dei processi produttivi, dello psicologo.

Non va trascurato in maniera preconcepita o aprioristica o, tanto meno, ideologica, il fatto che il termine riassume in sé, oltre a elementi di tipo produttivo-privatistico, anche elementi di tipo etico, economico e di immagine che si rispecchiano in sintesi nel valore aggiunto della "qualità" dell'impresa a basso rischio e, soprattutto, nella eliminazione della deriva sociale e lavorativa dei lavoratori disabili a cui oggi, purtroppo, si assiste impotenti.