

LA MALATTIA NON E' UN' OPINIONE
Breve guida a cura del dott. Massimo Argenziano (RdB-CUB Università)

PROLOGO:

Si avvicina l'inverno e con esso gli inevitabili mali di stagione. Quest'anno è previsto l'arrivo di un virus influenzale particolarmente aggressivo.

Al Ministero della *Finzione Pubblica* non si spaventano. Sembra che Brunetta stia preparando un nuovo decreto per il quale lo stato febbrile del dipendente pubblico è accertato solo oltre i 39°. Un nuovo termometro forse verrà prodotto dal fratello di Berlusconi (a rigorosa insaputa di questi).

Nelle more di approvazione del decreto, Brunetta confida sulle sue capacità paranormali: con la sola imposizione di decreti, circolari e comunicati stampa è riuscito a diminuire le assenze per malattia di quasi il 50%! Sorprendente! Andando avanti di questo passo presto si dirà che i veri assenteisti sono i lavoratori privati e **sarà Confindustria a chiedere l'adozione di analoghe misure.**

Ancora più sorprendente però è leggere che i risparmi per lo Stato, derivanti dai tagli nostri già magrissimi stipendi in caso di malattia, sono praticamente inalterati: **40 milioni di euro.**

C'è la crisi internazionale e bisogna che ognuno faccia la sua parte. La sua, quella di Brunetta...e degli altri della casta, perché mentre noi siamo all'osso loro stanno sempre alla polpa.

D'altronde c'è bolla e bolla. La bolla dei mercati gonfia le casse delle banche e le tasche di politici e faccendieri, la bolla sulla vostra pelle gonfia i linfonodi e svuota il portafoglio.

Lo Stato dovrebbe aiutare i cittadini nel momento del bisogno ed invece succede il contrario!

Allora forse le cose stanno diversamente da come ci vengono presentate: Brunetta confida, spera e gufa perché qualche virus ci tenga a letto almeno 10 giorni a favore dei risparmi per lo Stato. Il "risparmio per lo Stato" è costituito dalla nostra capacità di economizzare su ogni cosa, sulla spesa quotidiana, sulle visite mediche, sulla prevenzione e sulle cure, sulla cultura e sulle vacanze, sul rimandare ogni spesa non immediatamente essenziale.

E' facile prevedere, da un lato, che l'effetto paura diminuirà veramente le assenze per malattia (non le malattie, beninteso). Già c'è chi per non perdere retribuzione utilizza le ferie durante la malattia e chi sommessamente si adatta a passare la convalescenza dietro la scrivania. **D'altra parte si alzeranno le spese per i contenziosi, nei quali la parte pubblica sarà spesso la parte soccombente.**

Allora, quando l'evento morboso si impossesserà di noi cerchiamo di non dimenticare che questi provvedimenti sono una vergogna che non deve intaccare i nostri diritti, ad iniziare dal diritto a curarci adeguatamente.

Le "Brunettaggini" presenti nel testo, sono riferimenti al d.l. n.112/2008, convertito nella legge n.133/2008.

L'esposizione è la consueta...dopotutto la mia è una malattia cronica.

Massimo Argenziano

LA MALATTIA NON E' UN' OPINIONE
Breve guida a cura del dott. Massimo Argenziano (RdB-CUB Università)

1. L'INSORGENZA DELLA MALATTIA

Dolori articolari, cefalea, nausea, astenia, vertigini, ecc. Se non dipende dall'aver appena visto lo statino dello stipendio, non c'è niente da fare, vuol dire che siete malati. E' l'avvio del procedimento:

- comunicate senza indugio, salvo comprovabile impedimento, di norma all'inizio del proprio orario di lavoro, l'indisponibilità (anche nel caso di prosecuzione della malattia);
- la comunicazione deve essere fatta alla struttura di appartenenza e deve indicare anche il luogo ove sarete reperibili al controllo e, se già lo sapete e quando necessario, l'orario indicativo in cui vi recherete dal medico per la certificazione ed ogni eventuale spostamento dovuto allo stato di necessità;
- se ne avete la possibilità utilizzate anche e-mail o fax (soprattutto per il domicilio, se diverso da quello in possesso dell'Amministrazione).

Attenzione:

- la comunicazione deve essere **tempestiva**, salvo idonea motivazione, perché costituisce giustificazione dell'assenza, altrimenti il vostro capo, vedendo il posto vuoto alle 10 del mattino, potrebbe preoccuparsi e temere che non vi sia successo qualcosa. Sapervi gravemente malati gli ridona la pace interiore;
- per sicurezza meglio non eseguire comunicazioni per interposta persona. Segnatevi l'orario della comunicazione ed il nominativo dell'interlocutore;
- non assentatevi dal domicilio confidando sul fatto di non aver ancora effettuato la comunicazione, perché il controllo può essere disposto anche sulla base di presunzione di assenza per malattia.

2. LA CERTIFICAZIONE MEDICA

Se la comunicazione giustifica l'assenza, è il certificato medico (o l'autocertificazione quando accettata) che prova l'evento morboso. E' quindi necessario:

- richiedere visita domiciliare al medico o recarsi nel suo studio per la certificazione e far riportare, anche in caso di visite successive, l'orario di accesso all'ambulatorio e il proprio domicilio per il controllo fiscale (altrimenti aggiungetelo voi);
- in presenza di prescrizione di terapie od attività per le quali ci si debba assentare dal domicilio, comunicare all'Amm. gli orari previsti dalle medesime;
- richiedere attestazione circa la necessità o meno di riposo domiciliare (che **non vi autorizza ad evadere durante le fasce di reperibilità!**).
- inviate il certificato, **contenente la sola prognosi**, entro il termine massimo previsto dal contratto collettivo (Università, 5 gg.), con raccomandata A/R, oppure recapitatela con altri mezzi purché vi sia possibile dimostrare il rispetto dei termini (richiedete sempre ricevute o n. protocollo). Anche in questo caso è salvo il comprovato impedimento. In caso di scadenza in giorno festivo, il termine è prorogato al primo giorno lavorativo successivo. **Il ritardo immotivato nell'invio vi rende assenti ingiustificati, con tutte le conseguenze di ordine economico e disciplinare.**

Attenzione:

- Nel caso in cui il certificato medico riporti la dichiarazione del dipendente di essersi ammalato dal giorno immediatamente precedente il rilascio, il certificato copre, comunque, anche tale giorno di assenza, dichiara l'Aran dopo una sentenza del pretore di Lecco (1998).

LA MALATTIA NON E' UN' OPINIONE

Breve guida a cura del dott. Massimo Argenziano (RdB-CUB Università)

Tuttavia, si richiama l'attenzione sul dovere deontologico del medico di accertare e certificare solo i fatti che può direttamente riscontrare. Salvo eccezioni, il medico non può rilasciare certificazioni postume d'inizio della malattia. **Se aspettate troppo per recarvi alla visita rischiate di essere scoperti** (cioè non coperti dal certificato...) e rischiate anche di ...essere già guariti (quindi cosa potrebbe accertare?! Il servizio di guardia medica è abilitato a rilasciare certificazioni d'incapacità lavorativa, così come i Pronto Soccorso Ospedalieri.

- L'indicazione del domicilio è importante, poiché nel caso in cui l'Amm. disponga nei propri archivi di un dato diverso, rischiate di essere assenti al controllo (o che venga visitato un estraneo sano..). **Avete il diritto di soggiornare ovunque sul territorio nazionale** in spasmodica attesa della visita fiscale, anche in alta montagna, purché in luogo raggiungibile con, indicativamente, un'oretta e mezza di cammino (Cass. 4/4/01, n. 5023), che tra l'altro farà un gran bene alla salute del medico di controllo e gli farà pure guadagnare qualche soldino in più (i medici iscritti nelle liste dell'INPS, sono pagati più per spostarsi che per la prestazione professionale).

Brunettaggine: «nell'ipotesi di assenza per malattia protratta per un periodo superiore a dieci giorni, e, in ogni caso, dopo il secondo evento di malattia nell'anno solare l'assenza viene giustificata esclusivamente mediante presentazione di **certificazione medica rilasciata da struttura sanitaria pubblica**» (art.71, c.2, d.l. n.112/2008). La Funzione Pubblica ha dovuto precipitosamente precisare che anche il medico di famiglia rientra nella nozione sopra evidenziata (Parere 45/2008).

E' considerato «evento» anche l'assenza per malattia di un solo giorno e quindi, il limite, anche dopo due eventi, distinti fra loro, ma di durata di un solo giorno ciascuno, é necessario ricorrere alla struttura sanitaria pubblica per il rilascio della certificazione medica (Circolari F.P. n. 7/2008 e n. 8/2008).

3. IL CONTROLLO

La febbre sale e siete confusi, ma finalmente vi siete giustificati, avete anche la prova documentale, vi siete trascinati in posta e l'avete inviata. Cos'altro si frappone tra voi e la serena convalescenza? E' proprio adesso che vengono gli impegni più gravosi ed importanti che mettono il vostro reale stato di salute in assoluto secondo piano. E' **LA REPERIBILITA'**. Potete anche provare il vostro gravissimo stato morboso in modo inconfutabile con certificato medico firmato da Rita Levi Montalcini, ma se alle 19.47 di sabato sera non avete sentito premere sul citofono di casa vostra il ditino indice del dott.Mario Rossi, medico fiscale INPS retribuito a cottimo (quindi ha poco tempo da perdere...), beh, allora, preparatevi anche ad una bella orticaria psicosomatica, perché i vostri guai sono appena iniziati.

3 a. ASSENZA AL CONTROLLO NON GIUSTIFICATA

Va premesso che l'assenza alla visita di controllo deve essere provata dal datore di lavoro o dall'ente previdenziale. **L'attestazione del medico di controllo non è dotata di efficacia probatoria privilegiata**, ma ha valore di prova legale, fino a querela di falso, per l'attestazione dei fatti storici, come l'ora della visita domiciliare e i fatti o comportamenti che il medico dichiara di aver accertato o posto in essere personalmente. Quindi il lavoratore potrà, utilizzando ogni mezzo di prova, contestare la dichiarazione di assenza dal domicilio (Cass. 24/1/1992, n. 773). Qualora, invece, non si possa contestare il referto di assenza domiciliare, ma si cerchi di giustificare l'impossibilità di consentire la visita del medico di controllo, sarà necessario provare un serissimo impedimento. Senza le prove non c'è scusa che tenga. Di seguito si elencano le più comuni giustificazioni all'uopo addotte:

LA MALATTIA NON E' UN' OPINIONE
Breve guida a cura del dott. Massimo Argenziano (RdB-CUB Università)

- Il citofono non funziona;
- stavo dormendo;
- ero sotto la doccia;
- la nonna tiene la tivù alta;
- il tempo di aprire la porta ed era già andato via...

Eccettuati gli stati di coma irreversibile o quasi, vi è una recente giurisprudenza di sfavore. **Spetta a voi verificare che vi siano tutte le condizioni perché il controllo possa avvenire (numero civico ben visibile e riconoscibile, funzionalità di campanello e citofono, ecc.)**, e perché possiate essere pronti a rispondere alla chiamata. Insomma, il giudice vi vuole attenti e vigili anche a costo di distendervi in ingresso con il sacco a pelo.

Il lavoratore ammalato, nei cui confronti il medico ispettore abbia attestato l'irreperibilità, ha l'onere di provare, in applicazione dell'art. 1218 c.c., l'esistenza di uno specifico impedimento che abbia reso impossibile l'adempimento del suo obbligo, non essendo rilevante, a tal fine, l'erronea convinzione dello stesso lavoratore di avere adempiuto all'obbligo suddetto ed essendo necessario, invece, un impedimento oggettivo, cioè un caso fortuito o una forza maggiore, la cui influenza negativa per l'adempimento non poteva essere evitata che con l'adozione di tutte le cautele necessarie al fine di consentire al medico fiscale l'accesso al domicilio del lavoratore (T.A.R. Marche sez.I,12/2008,n.585).

3 b. ASSENZA AL CONTROLLO GIUSTIFICATA

Se è vero che la realtà di fatto è difficile da comprovare se a casa c'eravate veramente, è pure vero che l'assenza dal domicilio, in determinate circostanze, è quindi più che giustificata.

Non vi possono comminare sanzioni nel caso che l'assenza sia dovuta a:

- ricovero ospedaliero (art.5, c.14, legge n.638/1983);
- periodi già accertati da precedente visita di controllo (norma succitata);
- assenza dovuta a giustificato motivo (a titolo esemplificativo, Circ. INPS, 134421/1984):
 - forza maggiore;
 - situazioni che abbiano reso imprescindibile ed indifferibile la presenza personale del lavoratore altrove. A mio avviso: accompagnare a scuola, e riprenderli, i figli minori (potrebbero altrimenti esserci anche sanzioni penali (Cass. n.33847/2007), gravi motivi di famiglia, c/c postali e mutui in scadenza, raccomandate urgenti, acquisto dei farmaci o del semolino previsto dalla dieta, ecc., ecc.);
 - concomitanza di visite mediche, esami diagnostici, accertamenti e prestazioni specialistiche;

In altre parole, la reperibilità è posta al fine di agevolare il controllo è non quale pena accessoria della malattia!

La Corte costituzionale con la sentenza n. 78/1998 osserva che **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.**

L'ampliamento delle fasce di reperibilità dalle 8 alle 20, con l'ora d'aria tra le 13 e le 14, è chiaramente gravoso e vessatorio, anche se, in realtà, rende addirittura più agevole la prova dello stato di necessità in caso di assenza, posto che in precedenza poteva risultare difficoltoso dimostrare il motivo per assentarsi dal domicilio proprio nelle fasce di reperibilità e non in altro orario.

Ora il novero di attività da compiersi nell'orario di chiusura risulta decisamente dilatato, **ribaltando, di fatto, l'onere della prova circa la validità delle giustificazioni** addotte, che adesso spetterà all'Amministrazione.

E' 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; né, peraltro, grava in capo al lavoratore l'onere di comunicare preventivamente all'organo di controllo l'indifferibilità dell'assenza dal domicilio (Cass.,21/7/2008,n.20080).

I contratti nei comparti, tuttavia, prevedono l'obbligo di preventiva informazione all'Amministrazione della necessità di assentarsi dal domicilio. L'informazione non ci esime dal dover giustificare l'assenza, ma ci mette al riparo da eventuali eccezioni basate sulla diligenza e sulla correttezza e buona fede del nostro comportamento. **Per contro, chi procede l'oneroso controllo per conto dell'Amm. verso il dipendente che ha comunicato l'assenza dal domicilio, può evidentemente essere chiamato a rispondere del danno erariale.**

Attenzione:

- **non pensiate che la sola comunicazione dell'assenza dal domicilio vi esima dal dovervi in seguito giustificare**, sia in caso di visita di controllo, sia in caso di richiesta dell'Amministrazione. Forse non sarà necessario trasformare la propria casa nel tempio di un collezionista di ogni genere di reperto, oggetto o feticcio, ma certamente dovremo **conservare certificati, dichiarazioni, scontrini e quant'altro consenta di ricostruire con accettabile approssimazione i nostri movimenti, almeno per qualche tempo;**
- c'è chi crede di poter svolgere qualsiasi attività fuori dalle fasce di reperibilità (cioè dalle 13 alle 14 e dalle 20 alle 8 SETTE GIORNI SU SETTE). Non è così. **Dobbiamo esimerci da quei comportamenti che possano pregiudicare o ritardare la guarigione;**
- l'Amministrazione non è tenuta a conoscere il contenuto di quei documenti che possono contenere dati personali e/o sensibili, quindi limitatevi a produrre lo stretto necessario (principio di pertinenza e non eccedenza, art.11, l. n.196/2003);
- se trovate sotto casa vostra un tizio che legge un giornale forato da due buchi per gli occhi, avete davanti un **accertamento investigativo**. Tale forma di controllo è ritenuta legittima in quanto il divieto legale riguarda il controllo sanitario da parte del datore e non anche i fatti materiali collegati ad un illecito disciplinare (Cass. 26/2/1994, n.1974). E' pur vero che l'art.8 della legge n.300/1970 vieta al datore di svolgere indagini su fatti non rilevanti per la valutazione del lavoratore (qualsiasi accertamento rischia di investire illegittimamente la sfera personale del lavoratore).

Brunettaggine: dell'ampliamento delle fasce di reperibilità già si è detto. Si aggiunga il contenuto del c.3 dell'art. 71 che ha modificato le norme in materia di controllo: "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". Il controllo potrebbe quindi arrivare prima che il lavoratore si sia sottoposto a visita medica. Le imprecisabili "esigenze funzionali ed organizzative", ovvero l'eccezionale carico di lavoro e le urgenze, rendono la prescrizione priva di cogenza.

4. ADEMPIMENTI DEL MEDICO DI CONTROLLO IN CASO DI ASSENZA

In caso di irreperibilità, il medico di controllo è tenuto ad alcuni importanti adempimenti operativi che ci rendano edotti del suo passaggio. Di seguito si evidenzia lo stralcio della recente circolare INPS n.87/2008 (adempimenti di fatto necessari anche per i medici delle ASL):

- il medico di controllo inserisce l'**invito a visita ambulatoriale** in busta che sigilla e su cui trascrive il numero cronologico della notificazione, senza apporre altri segni o indicazioni dai quali possa desumersi il contenuto dell'atto;
- provvede, poi, a comunicare tale numero progressivo, unitamente al nominativo del lavoratore assente, al Centro Medico Legale della sede INPS;
- **deposita** nella cassetta per lettera o, in alternativa, consegna a una persona di famiglia o addetta alla casa, purché non minore di quattordici anni o non palesemente incapace detto invito.

In mancanza delle persone suindicate, la copia è consegnata al portiere e, quando anche il portiere manca (o rifiuta perché non gli date la mancia da vent'anni), ad un vicino di casa che accetti di riceverla.

5. PRESENTI E VIGILI (MA NON TROPPO)

Il medico ha suonato al citofono e noi gli abbiamo prontamente aperto. Da questo momento dovremo essere collaborativi, per consentire l'espletamento della prestazione professionale del medico e la conseguente refertazione del nostro stato di inabilità lavorativa (non serve spegnere la *play station* e disfare malamente letto e capigliatura).

Alla fine della visita, orgogliosi dell'effetto provocato dall'ultimo colpo di tosse o dal valore fatto registrare al termometro, ricevete il giudizio della visita domiciliare. Analizziamo quindi la casistica:

- il controllo conferma la prognosi:
 - nessun problema diventerete campioni di "*Tomb Rider*" durante la convalescenza;
 - ritiene che la malattia residui una capacità lavorativa compatibile od utile e quindi dovete rientrare al lavoro (Cass. 7467/1998).
- Il controllo non conferma la prognosi ritenendola più breve. Alla fine del periodo indicato:
 - rientrate al lavoro per non essere considerati assenti ingiustificati;
 - vi ripresentate dal medico di famiglia per richiedere la prosecuzione, se ne ricorrono le circostanze. Se il certificato viene rilasciato prima della scadenza della prognosi, i giorni sono conteggiati tenendo conto solo delle date d'inizio e fine del secondo certificato.
- Il controllo non conferma né diagnosi né prognosi:
 - avete un'altra malattia e seguite le nuove prescrizioni (cambiate il medico di famiglia!);
 - Non siete malati e dovete rientrare al lavoro.
- Il controllo aumenta i giorni della prognosi:
 - state ancora sognando.

Del valore di quanto attestato dal medico già si è detto. In particolare, **in caso di contrasto di certificati non può essere acriticamente accettata la certificazione del medico di controllo.** Si

LA MALATTIA NON E' UN' OPINIONE
Breve guida a cura del dott. Massimo Argenziano (RdB-CUB Università)

richiama l'attenzione sull'art.10, d.m.12 ottobre 2000 secondo cui, qualora il lavoratore contesti l'esito della visita, il medico di controllo deve informarlo del suo diritto di **eccepire il dissenso** e nello stesso tempo *“lo deve invitare a sottoporsi a visita di controllo, nel primo giorno utile, presso il gabinetto diagnostico della sede INPS interessata, per il giudizio definitivo del coordinatore sanitario”*.

In attesa del giudizio definitivo, il lavoratore si atterrà alle prescrizioni del medico curante. Ovviamente la contestazione del certificato del medico fiscale può essere soggetta all'autorità giudiziaria (adita dal lavoratore o dal datore).

Attenzione:

- si rammenta che l'art. 5 dello Statuto dei Lavoratori vieta espressamente gli accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente, quindi non consentite nessun tipo di verifica non effettuata attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti;
- non è necessario cercare di sembrare più malati di quel che si è veramente (il rapporto di lavoro si risolve anche per la dichiarazione di morte del lavoratore...);
- **Se è vero che: *Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno per l'aggravamento della malattia causato dall'illegittimo e chiaramente persecutorio comportamento del datore di lavoro consistito nella continua ed immotivata richiesta di visite fiscali per l'accertamento dello stato di malattia, nonostante l'effettività della patologia fosse già stata accertata dai controlli precedenti*** (Cass.19/1/1999, n.475), è pure vero che la prova del *mobbing* è a carico del lavoratore e **non è sufficiente la sola evidenza dell'abnorme susseguirsi di visite fiscali** disposte dal datore di lavoro (Cass. n. 21028 del 1 agosto 2008).

6. LE SANZIONI

L'obbligo del lavoratore ammalato 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).

La violazione dell'obbligo di reperibilità costituisce ragione autonoma e sufficiente per:

- **la decadenza dal diritto a qualsiasi trattamento economico per l'intero periodo sino a dieci giorni e nella misura della metà per l'ulteriore periodo**, (art.5, c.14, legge n. 683/1983); prima della decadenza dal diritto a qualsiasi trattamento economico di malattia nella misura della metà per l'ulteriore periodo successivo ai primi dieci giorni, deve verificarsi una seconda visita di controllo (Corte cost., 26 gennaio 1988, n. 78);
- **per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari** quali il licenziamento (Cass.11/2/2008,n.3226) anche nelle ipotesi in cui il fatto in sé non sia idoneo a smentire la sussistenza della malattia e nell'ipotesi in cui la sussistenza della stessa non sia contestata. **Ciò avviene ove la condotta del dipendente importi anche la violazione di obblighi derivanti dal contratto di lavoro.**

La maggior parte dei contratti collettivi di lavoro nei comparti pubblici dispongono in modo dettagliato l'intero sistema sanzionatorio, ed in essi non **sembrano rinvenirsi norme che comminano il licenziamento per violazione di obblighi legati allo stato di malattia. Salvo il caso di recidiva plurima ed aggravata, la sanzione prevista è generalmente compresa tra il rimprovero verbale e la multa massima di 4 ore di retribuzione. Sospensione dal servizio e**

privazione della retribuzione fino a 10 giorni in caso di svolgimento di attività durante la malattia.

E' vero però che nella sopra citata sentenza il Collegio rileva che la violazione dell'obbligo di reperibilità inficia il nesso fiduciario, senza necessità che risulti la falsità dello stato di malattia. La valutazione dell'incidenza di questa violazione, è detto in motivazione, è rimessa all'apprezzamento del giudice di merito, sindacabile in sede di legittimità solo sotto il profilo della insufficienza o contraddittorietà della motivazione, non potendo predicarsi invece un generale difetto di proporzionalità e quindi di idoneità ad integrare un'ipotesi di licenziamento. La proporzionalità della sanzione espulsiva può essere, secondo apprezzamento del giudice, riferita a quanto il contratto dispone in caso di assenza non giustificata che per i contratti dei comparti, salvo le recidive, è di giorni 15.

Attenzione:

- Come detto, i contratti prevedono la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni in caso di svolgimento di attività durante la malattia. Ciò sembra riferirsi alla possibilità che tali attività ritardino il normale decorso del proprio stato d'inabilità. Nel caso in cui tali attività rivelino una capacità lavorativa residua compatibile con le vostre normali attività lavorative rischiate anche di peggio. Famoso è il caso in cui il giudice ritenne giustificato il licenziamento di una lavoratrice assente dal lavoro per una malattia documentata da ben quattro certificati di medici, ma dedita nottetempo in attività di meretricio sulla pubblica via (ove casualmente passeggiava anche il datore di lavoro, evidentemente insonne. Pensa la sfortunata!). Il giudice non si è spinto a sostenere la falsità dei certificati esibiti dalla lavoratrice, e neppure la possibilità che l'attività determinasse aggravamento o ritardo nella guarigione, ma soltanto a desumere dal comportamento osservato l'assoluta compatibilità dell'infermità stessa con l'adempimento dell'obbligo contrattuale.

6 a. IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

Si richiama l'attenzione su quelli che sono i principali **limiti procedurali e formali relativi al potere disciplinare:**

- condizioni di legittimità della sanzione disciplinare (affissione del codice disciplinare, applicazione delle norme contrattuali, imputabilità, ecc.);
- preventiva contestazione dell'addebito:
 - immediata;
 - con indicazione precisa del fatto addebitato (comunicazione tardiva dello stato di malattia, assenza al controllo, svolgimento di attività che hanno rimandato la guarigione, ecc.);
 - immodificabile nei fatti addebitati;
- diritto alla difesa, anche con l'assistenza di un sindacalista;
- l'irrogazione della sanzione deve essere successiva alla presentazione delle controdeduzioni del lavoratore;
- proporzionalità tra fatto commesso e sanzione irrogata.

Dopo di ciò non ci rimane che impugnare la sanzione, ma questo è un altro vademecum...

7. BRUNETTA MANI DI FORBICE: IL NUOVO TRATTAMENTO ECONOMICO

Come si evince chiaramente dal presente lavoro, la gestione dell'istituto relativo alla malattia del lavoratore è alquanto articolato ed intricato, sia per gli operatori chiamati ad applicare le norme, sia per i lavoratori malati. La parte di più facile lettura era il trattamento economico, ben definito dai contratti collettivi. L'intervento governativo è stato fondamentale nel complicare anche questo aspetto.

Tra dubbi interpretativi e perplessità si è transitati dal decreto legge alla conversione del medesimo assistendo ad una consistente attività interpretativa da parte dei soggetti deputati a risolvere le questioni applicative, in particolare la Funzione Pubblica e Aran. In particolare, le circolari del Dipartimento della Funzione pubblica n. 7 del 17 luglio 2008, con relativo ulteriore chiarimento del 18/7/2008, e n. 8 del 5 settembre 2008, affrontano le disposizioni contenute nell'art. 71 del D.L. n. 112/2008, cioè la nuova disciplina delle assenze per malattia e per permesso retribuito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. La tecnica normativa ormai utilizzata si può rappresentare come una piramide rovesciata: la punta è una norma di legge di difficile lettura sulla quale si innestano pareri, circolari, direttive e persino chiarimenti ulteriori sulle stesse circolari.

Di certificazioni e controlli si è già dato conto. Rimangono da analizzare le novelle normative relative a:

- trattamento economico;
- riflessi sulla distribuzione dei fondi per le risorse decentrate.

Si ricorda che il liberista Brunetta è intervenuto con norme non derogabili dall'autonomia privata, cioè dai contratti collettivi, ai quali comunque vi rimando per la lettura della disciplina sulla quale le nuove norme si innestano.

7. LA MADRE DI TUTTI I TAGLI

«Nei primi dieci giorni di assenza é corrisposto il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento accessorio. 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» (art. 71, c. 1, d.l. n.112/2008).

La circolare n. 8/2008 precisa che:

- a) la trattenuta deve essere effettuata anche per gli episodi di malattia della durata di un solo giorno;
- b) la trattenuta deve essere fatta durante i primi dieci giorni anche se la malattia ha durata superiore a dieci giorni. Per una malattia di durata di 11 giorni sui primi 10 giorni viene effettuata la trattenuta e sui successivi si applica la norma contrattuale.

Esiste una discrasia tra ciò che Brunetta chiama "evento" e ciò che viene considerato "ricaduta" ai fini di definire la continuazione della malattia, seppur dopo un intervallo di uno o più giorni. Esempio:

vi ammalate, il medico vi rilascia certificato per 7gg. Al termine rientrate in servizio, dopo la giornata lavorativa vi accorgete però di non stare ancora bene e vi recate nuovamente dal medico che certifica una prognosi di 5 gg. In questo caso, non vi sarebbe un secondo evento, ma la ricaduta relativa al primo evento e quindi, a rigor di logica, la trattenuta dovrebbe riguardare 10gg.

LA MALATTIA NON E' UN' OPINIONE
Breve guida a cura del dott. Massimo Argenziano (RdB-CUB Università)

complessivi, cioè il massimo previsto dal decreto, e non 7gg. prima e 5 gg. dopo. Questo è un elemento sul quale converrà fare molta attenzione.

Il quadro normativo per le assenze relative a visite specialistiche, terapie e accertamenti diagnostici non sono stati modificati dal D.L. n. 112/2008. Le stesse potranno essere imputate a diversi istituti contrattuali:

- a) permessi brevi con recupero;
- b) permessi per documentati motivi personali;
- c) assenza per malattia ove ne ricorrano i presupposti;
- d) altri permessi per ciascuna specifica situazione previsti da leggi o contratti;
- e) ferie.

Qualora l'assenza per visite specialistiche, terapie ed accertamenti possa essere validamente giustificata con l'istituto della malattia si dovranno applicare le regole previste dal nuovo decreto sia per quanto attiene alla certificazione che per quanto riguarda il trattamento economico (della visita di controllo, in questo caso, si è già detto).

Brunettaggine:

Recita la Circolare n. 8/2008 della Funzione Pubblica: *è opportuno evidenziare che, nel caso di imputazione dell'assenza per effettuare visite specialistiche, cure o esami diagnostici a malattia, l'amministrazione che ha conoscenza della circostanza a seguito della comunicazione del dipendente deve valutare di volta in volta, in relazione alla specificità delle situazioni, se richiedere la visita domiciliare di controllo per i giorni di riferimento. **La prescrizione è priva di logica ed inutilmente onerosa. Non si vede infatti per quale motivo l'Amministrazione debba disporre visite già conoscendo l'irreperibilità del dipendente*** od al solo fine di verificare la presenza della documentazione medica. L'Amministrazione ha già la possibilità di contestare lo stato di malattia anche senza il giudizio del medico di controllo qualora vi siano evidenti contraddizioni (nel caso di specie prendere un giorno di malattia per visite od esami che si esauriscono in un tempo molto limitato). L'esercizio del potere disciplinare può essere attuato anche in assenza di conoscenza dei dati sanitari ove ne ravvisino gli estremi, avendo già conoscenza di tutti i dati estrinseci della situazione del lavoratore che sono quelli conoscibili dai documenti giustificativi prodotti (T.A.R. Piemonte 16/1/2008, n.51).

7 a. IL TRATTAMENTO ECONOMICO DI RIFERIMENTO

In merito al trattamento economico, la circolare n. 7/2008 specifica quali sono le voci retributive da considerare quale trattamento economico fondamentale (mi riferisco al solo personale non dirigente):

1. Stipendio tabellare iniziale
2. Progressione economica orizzontale
3. Tredicesima mensilità
4. Retribuzione individuale di anzianità
5. Assegno *ad personam*..

Relativamente all'ultima voce l'Aran comprende tutti gli importi "riconosciuti al personale, finalizzati a garantire il trattamento economico fondamentale già in godimento dello stesso nel momento dell'attribuzione di uno diverso e di importo più basso di tale trattamento economico, per effetto di un mutamento intervenuto nei contenuti del suo rapporto di lavoro".

L'Aran, relativamente al comparto Regioni ed autonomie locali, con parere n. 795-21C7, conferma nella sostanza le voci del trattamento fondamentale ed individua il trattamento economico accessorio:

come l'insieme delle voci retributive che non fanno parte del primo:

LA MALATTIA NON E' UN' OPINIONE
Breve guida a cura del dott. Massimo Argenziano (RdB-CUB Università)

- i compensi incentivanti la produttività ed il miglioramento dei servizi;
- la retribuzione di posizione e di risultato;
- l'indennità di turno;
- l'indennità di reperibilità;
- l'indennità di maneggio valori;
- l'indennità di rischio; l'indennità di disagio;
- l'indennità orario disagio;
- l'indennità per specifiche responsabilità;
- ecc.

La dettagliata suddivisione delle voci è in linea con le definizioni della Funzione Pubblica: le voci che non rientrano nel trattamento fondamentale costituiscono il trattamento accessorio soggetto a decurtazione.

Il Dipartimento della Funzione pubblica ha chiarito che il più favorevole regime retributivo previsto in caso di ricovero ospedaliero spetta anche per il periodo di convalescenza (Parere Funzione Pubblica, n. 53/2008).

I CCNL non possono, come detto, derogare alla norma di legge. Si veda ad esempio il CCNL Università:

- **trattamento fondamentale:**
 - ✓ stipendio tabellare
 - ✓ posizioni economiche
 - ✓ eventuali assegni "ad personam"
 - ✓ retribuzione individuale di anzianità ove acquisita
 - ✓ equiparazione stipendiale prevista dall'art. 31 del DPR n.761/79 esclusivamente per la parte utile in quota A del trattamento pensionistico

- **trattamento accessorio:**
 - ✓ indennità d'Ateneo
 - ✓ indennità mensile
 - ✓ indennità di responsabilità
 - ✓ retribuzione di posizione e retribuzione di risultato del personale EP
 - ✓ posizione organizzative
 - ✓ indennità e compensi retribuiti con il fondo d'Ateneo
 - ✓ compensi per prestazioni di lavoro straordinario
 - ✓ altre indennità previste da specifiche disposizioni di legge.

Gli effetti negativi anche sulla 13a mensilità sembrano riguardare essenzialmente la sola retribuzione di posizione. Relativamente invece al trattamento previdenziale è legittimo domandarsi se la trattenuta per malattia possa ritenersi normata dall'art. 24 del R.D.L. n. 680/1938 che prescrive: "i contributi degli enti e quelli personali sono liquidati sulla retribuzione cui l'iscritto avrebbe avuto diritto se fosse rimasto in servizio attivo, ma l'ente ha diritto di rivalsa verso l'iscritto stesso soltanto per il contributo proporzionale all'assegno effettivamente corrisposto durante l'interruzione di servizio". Al momento non conosciamo ancora il parere dell'Inpdap.

Innanzitutto, si rileva che con il sorgere del rapporto di lavoro si costituisce anche automaticamente il rapporto previdenziale avente ad oggetto una tutela specifica del pubblico dipendente in caso di infermità o lesioni dipendenti da causa di servizio, che comportino una riduzione o la cessazione della capacità lavorativa.

LA MALATTIA NON E' UN' OPINIONE
Breve guida a cura del dott. Massimo Argenziano (RdB-CUB Università)

Attenzione:

E' fatto salvo il trattamento di miglior favore ove previsto dai contratti o dalle specifiche normative di settore per le assenze per malattia a causa di servizio.

Si rammenta che è dipendente da causa di servizio quell'evento che abbia trovato la causa ovvero la concausa efficiente e determinante in fatti connessi con il servizio.

Non è questa la sede per addentrarsi nell'analisi dell'istituto. E' bene invece ricordare di verificare quanto stabilito dai contratti (per ad esempio l'Università ora è previsto il solo trattamento fondamentale anche in caso di malattia per causa di servizio) sapendo che i contratti di sede non possono derogare ai livelli contrattuali superiori, ma ben possono prevedere indennità per attività alle quali si collegano rischi specifici (l'indennità in tal caso coprirebbe anche il rischio della decurtazione per malattia dovuta a causa di servizio).

CONCLUDENDO (PER IL MOMENTO)

Questo lavoro spero divenga un progetto aperto in grado di raccogliere i contributi di tutti a beneficio di tutti (scrivere a info@genova.universita.rdbcub.it). E' scritto da un sindacalista e non può aver altro valore che di stimolo al ragionamento. L'impostazione è prudentiale, cioè ho cercato di richiamare la giurisprudenza meno favorevole al lavoratore, ma ciò non deve rappresentare un elemento disincentivante, perché ogni singola situazione può essere meritevole di approfondimento e tutela.

Una serena convalescenza a tutti coloro che ne hanno bisogno,

Massimo Argenziano
(RdB-CUB Università)