

La malattia del lavoratore

Giovanni Di Corrado

In caso di assenza del lavoratore causata dallo stato di malattia si crea un conflitto tra le fondamentali esigenze di efficienza produttiva delle aziende e il principio della tutela della salute individuale e collettiva.

La malattia del lavoratore deve essere intesa come ogni alterazione dello stato di salute fisica e psichica che determini una sua incapacità totale o parziale di attendere proficuamente allo svolgimento dell'attività lavorativa e che richiede cure sanitarie, comprese quelle termali. (Del Giudice, Izzo 2022, 273).

In altre parole, lo stato di malattia rientra tra i casi di impossibilità temporanea sopravvenuta della prestazione lavorativa e determina una situazione in cui, applicando la normativa generale sulle obbligazioni, ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c., al lavoratore non spetterebbe alcun trattamento economico, con conseguente estinzione del rapporto, nel caso che il datore di lavoro non abbia più interesse alla sua prosecuzione.

Con orientamento da ritenere consolidato, la Suprema Corte ha più volte affermato che gli obblighi la cui violazione, in base al combinato disposto degli artt. 2104, co. 2 e 2106 c.c., assume rilievo sotto il profilo disciplinare, non si identificano esclusivamente con le obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro subordinato, ma ricadono in una più vasta gamma di doveri, il cui adempimento è indispensabile per assicurare la corretta esecuzione del lavoro e, per quanto possibile, la produttività dell'impresa (Cass. 11.12.1995, n. 12686, in *Not. giur. lav.*, 1995, 893).

Come si può comprendere, la problematica di fondo sottesa al tema si estrinseca in un conflitto che nasce dal contrapporsi di un interesse di carattere produttivi-

Giovanni Di Corrado, info@studiodicorrado.it, 0000-0002-3514-7219

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Giovanni Di Corrado, *La malattia del lavoratore*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.24, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 415-432, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

stico ad una pretesa attinente alla tutela della salute individuale e collettiva. La soluzione non può essere rimessa al lavoratore, obbligandolo in forza del sinallagma contrattuale a scegliere tra la tutela dei propri problemi di salute e la conservazione del posto di lavoro. In questo caso, infatti, probabilmente il lavoratore opterebbe per la tutela dell'esigenza primaria di sussistenza, a scapito del bene salute.

D'altro canto, la soluzione non può nemmeno essere temporalmente illimitata, tenuto conto che ci si muove pur sempre nell'ambito di un'obbligazione di carattere contrattuale.

La soluzione scelta dal combinato disposto dell'art. 32 Cost. e dell'art. 2110 c.c. prevede che, in presenza di un'alterazione dello stato di salute del lavoratore che renda materialmente impossibile o, comunque, nocivo lo svolgimento dell'attività oggetto del suo obbligo contrattuale, è giustificata la sospensione dell'attività lavorativa.

Il datore di lavoro, pertanto, non può recedere dal rapporto fino alla guarigione del dipendente, in quanto viene ritenuto prevalente il diritto di quest'ultimo alla salute rispetto all'interesse del primo a ricevere la prestazione di lavoro. Il diritto alla conservazione del posto di lavoro a favore del dipendente malato sussiste per il periodo di tempo (comporto) la cui durata è stabilita dalla legge, dalle norme collettive, dagli usi o secondo equità e varia a seconda dell'anzianità di servizio. Può essere unico (cd. *comporto secco*) o frazionato (più periodi di malattia in un determinato arco temporale, intervallati dalla effettiva ripresa dell'attività tra un periodo e l'altro); in quest'ultimo caso, l'estinzione del rapporto di lavoro è legittima solo se la sommatoria dei singoli episodi morbosi superi il periodo massimo stabilito (cd. *licenziamento per eccessiva morbilità*).

In merito a questo aspetto, un punto particolarmente dibattuto riguarda la possibilità o meno da parte del datore di lavoro di negare le ferie al lavoratore che chiede di usufruirne per evitare il decorso del termine del *comporto*. La Cassazione ricordando l'indirizzo di legittimità prevalente propone diverse argomentazioni a supporto delle ragioni del lavoratore.

Con ordinanza 23 settembre 2023, n. 26997, gli Ermellini hanno confermato l'orientamento consolidato che consente al lavoratore la possibilità di richiedere l'utilizzo delle sue ferie arretrate e non ancora godute prima della scadenza del periodo di *comporto*. Questa opzione ammette di modificare il motivo dell'assenza da «malattia» a «ferie», evitando così il decorso del periodo di *comporto*. Presupposto imprescindibile è che le ferie siano richieste e approvate prima della scadenza del *comporto* stesso.

Prima di affrontare la tematica sottoposta all'attenzione della Suprema Corte è d'obbligo proporre l'analisi dell'istituto del *comporto* in relazione alle ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro, evidenziando i poteri della parte datoriale quanto i diritti del lavoratore.

Il periodo di *comporto* è un intervallo di tempo durante il quale un dipendente può assentarsi per malattia (oltre che per infortunio, gravidanza o puerperio) senza il rischio di subire il recesso dal contratto di lavoro. Pertanto, anche se il dipendente non è in grado di lavorare, l'azienda non può licenziarlo durante questo lasso temporale e il rapporto può essere risolto solo nel caso in cui sia

stato superato il periodo in questione. La durata massima del periodo di malattia o infortunio è disciplinata dai contratti collettivi nazionali che definiscono le modalità di attuazione del principio previsto dal codice civile. Il datore di lavoro che intende risolvere il rapporto deve verificare che nei periodi presi in considerazione non vi siano eventuali malattie escluse dal periodo di comportamento, in attuazione di quanto previsto dal Ccnl. Inoltre vanno escluse malattie o infortuni imputabili al datore di lavoro per violazione delle norme in materia di tutela della salute e sicurezza.

In linea generale, la legge vigente stabilisce un massimo di 180 giorni di malattia retribuiti in un anno, ma, sempre a favore del lavoratore, il contratto collettivo nazionale di lavoro (Ccnl) o le disposizioni aziendali possono prevedere una diversa durata massima della malattia.

Innanzitutto è fondamentale ricordare che il dipendente malato ha il diritto alla retribuzione durante i giorni di malattia, secondo quanto previsto dalla legge o dal Ccnl. I primi tre giorni di malattia sono a carico del datore di lavoro (cd. periodo di carenza). Dal quarto giorno in poi l'onere ricade in capo all'Inps che paga una quota dello stipendio, mentre la restante parte viene comunque versata dal datore fino a raggiungere l'intera retribuzione. Per tale ragione è importante che il certificato medico (come poi si tratterà più diffusamente) sia trasmesso non solo al datore, ma anche all'Inps.

Peraltro deve essere favorito il rientro del lavoratore in azienda con il datore che deve cercare di facilitare il ritorno a lavoro, salvaguardando la salute del dipendente. Ad esempio, su consiglio del medico aziendale, il datore potrebbe assegnare al lavoratore mansioni più leggere e compatibili con il suo stato di salute, a parità di retribuzione.

Il dipendente, dal canto suo, deve seguire le procedure interne dell'azienda per presentare il certificato medico e per comunicare la propria assenza.

Durante il periodo di comportamento, come già evidenziato, il datore di lavoro non può procedere al licenziamento mentre, trascorso tale periodo, è possibile recedere dal contratto. La disposizione è contenuta all'interno dell'art. 2110 c.c. In particolare, il co. 2, stabilisce che «nei casi indicati nel comma precedente (infortunio e malattia), l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità».

Nella pratica il periodo massimo di malattia o infortunio è disciplinato dai contratti collettivi nazionali che definiscono le modalità di attuazione del principio previsto dal codice civile e la relativa durata.

Prima di avviare la procedura di risoluzione, il datore di lavoro deve effettuare alcune verifiche preliminari.

Innanzitutto occorre verificare che, nei tempi presi in considerazione, non vi siano eventuali malattie escluse dal periodo di comportamento, in attuazione di quanto previsto dalla contrattazione collettiva. Infatti è possibile che alcuni contratti collettivi abbiano escluso particolari patologie che - per la loro natura e gravità - sono considerate dall'opinione pubblica e dalla sensibilità delle persone come malattie da escludere dal comportamento (ad esempio, le malattie di natura oncologica). Da questo punto di vista, il legislatore non ha previsto alcuna

limitazione. La verifica è demandata al medico competente che dovrà appurare tali patologie su richiesta del dipendente, all'atto dell'informativa circa il raggiungimento del periodo massimo di comperto. Ciò al fine di non conteggiare nel comperto stesso tali malattie.

Inoltre non vanno conteggiati i periodi di malattie o infortuni imputabili al datore di lavoro per violazione delle norme in materia di tutela della salute e sicurezza. In argomento la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 2527 del 4 febbraio 2020, ha espressamente chiarito come «le assenze del lavoratore dovute ad infortunio sul lavoro o a malattia professionale, in quanto riconducibili alla generale nozione di infortunio o malattia contenuta nell'art. 2110 c.c., sono normalmente computabili nel previsto periodo di conservazione del posto, mentre, affinché l'assenza per malattia possa essere detratta dal periodo di comperto, non è sufficiente che la stessa abbia un'origine professionale, ossia meramente connessa alla prestazione lavorativa, ma è necessario che, in relazione ad essa ed alla sua genesi, sussista una responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c.».

Dello stesso tenore anche l'ordinanza n. 7247 del 4 marzo 2022 della Cassazione.

In definitiva, per il calcolo del periodo di comperto andranno sommate le sole malattie e infortuni non causati da una responsabilità del datore di lavoro e si dovranno detrarre quelle per cui sussista una sua responsabilità.

L'importanza del calcolo per la verifica circa il superamento del periodo di comperto è fondamentale. Non a caso la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 27334 del 16 settembre 2022, ha stabilito che, ove il giudice di merito accerti il mancato superamento del periodo di comperto, occorre disporre la reintegra nel posto di lavoro, a prescindere dal numero dei dipendenti in forza presso l'azienda, in quanto si è in presenza di un recesso adottato in violazione di una norma di legge, per cui il mero risarcimento non è sufficiente per sanare l'errore datoriale.

Sul versante procedurale è importante la tempestività della comunicazione di recesso. In tempi brevi il datore di lavoro dovrà accertare l'entità degli episodi morbosi e dovrà valutare la continuazione (o meno) del rapporto di lavoro. Il trascorrere di un lasso di tempo eccessivo può significare la rinuncia del datore di lavoro ad esercitare il diritto di recedere dal contratto per il superamento del periodo di comperto (Cass., 22.7.1999, n. 7899). In altri termini, ove al perdurare della malattia oltre il periodo di comperto il datore di lavoro non proceda con prontezza a comunicare il recesso, è legittimo l'affidamento del lavoratore nella continuità del rapporto di lavoro. In proposito, è d'obbligo evidenziare che la decisione di recedere dal contratto, per tale motivazione, è discrezionale per cui il datore di lavoro, qualora ritenga di voler proseguire il rapporto non considerando quanto previsto dal co. 2 dell'art. 2110 c.c., potrà trascurare tale disposizione ed attendere il rientro del lavoratore dalla malattia/infortunio.

Viceversa, in caso di recesso, il datore di lavoro dovrà concedere il periodo di preavviso ovvero erogare la relativa indennità sostitutiva del mancato preavviso.

In merito al recesso per tale motivazione, è di recente intervenuta la Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 9095 del 31 marzo 2023, ha affermato la nullità di un licenziamento per superamento del periodo di comperto irrogato

a un lavoratore disabile, qualora il Ccnl non abbia differenziato tale periodo per i lavoratori affetti da patologie correlate alla disabilità, in quanto ciò si presta a forme di discriminazione indiretta. In particolare, l'art. 2, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 216/2003, riconduce tra le forme di discriminazione indiretta le disposizioni e i comportamenti apparentemente neutri che mettono, tuttavia, le persone portatrici di handicap in una situazione oggettiva di svantaggio rispetto ad altre persone.

Non trattandosi di licenziamento disciplinare non è obbligatoria una preventiva contestazione delle assenze, né tantomeno è obbligatorio riportare analiticamente l'elenco delle assenze (Cass, 17.8.2018, n. 20761).

Sull'argomento è la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 6336 del 2 marzo 2023, ad aver ulteriormente precisato che il datore di lavoro non è obbligato a specificare i singoli giorni di assenza, potendosi ritenere sufficienti indicazioni più complessive; tuttavia, la motivazione da indicare nella lettera di recesso deve essere idonea ad evidenziare il superamento del comportamento in relazione alla disciplina contrattuale applicabile, dando atto del numero totale di assenze verificatesi in un determinato periodo, fermo restando l'onere, nell'eventuale sede giudiziaria, di allegare e provare, compiutamente, i fatti costitutivi del potere esercitato.

L'elenco delle assenze potrà essere consegnato al lavoratore dopo il licenziamento, previa sua richiesta (Cass., 27.2.2019, n. 5752).

Dal versante opposto, il lavoratore, in prossimità del termine del periodo di comportamento (non dopo), potrà richiedere la fruizione delle ferie residue, al fine di procrastinare la durata. Le ferie potranno essere negate, da parte del datore di lavoro, esclusivamente in presenza di motivate ragioni (Cass., 19.10.2018, n. 27392). Inoltre, come evidenziato dalla stessa Corte, nell'ambito di detto orientamento, è stato da tempo specificato che il lavoratore assente per malattia non ha incondizionata facoltà di sostituire alla malattia la fruizione delle ferie, maturate e non godute, quale titolo della sua assenza, allo scopo di interrompere il decorso del periodo di comportamento. Il datore di lavoro, di fronte ad una richiesta del lavoratore di conversione dell'assenza per malattia in ferie, nell'esercitare il potere, conferitogli dalla legge (art. 2109, co. 2, c.c.), di stabilire la collocazione temporale delle ferie nell'ambito annuale armonizzando le esigenze dell'impresa con gli interessi del lavoratore, è tenuto ad una considerazione e ad una valutazione adeguata alla posizione del lavoratore in quanto esposto, appunto, alla perdita del posto di lavoro con la scadenza del comportamento. Tale obbligo, a giudizio dei giudici, non è ragionevolmente configurabile in capo al datore di lavoro allorquando il lavoratore abbia la possibilità di fruire e beneficiare di regolamentazioni legali o contrattuali che gli consentano di evitare la risoluzione del rapporto per superamento del periodo di comportamento e, in particolare, quando le parti sociali abbiano convenuto e previsto, a tal fine, il collocamento in aspettativa, pur non retribuita.

Per precisione va esplicitato che il recesso al termine del periodo di comportamento non è da considerarsi quale licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in quanto ha una propria norma di riferimento (art. 2110 c.c.) e non è previsto nell'art. 3, l. n. 604/1966. Inoltre l'art. 7 della l. n. 604/1966 lo esclude dalla

procedura di conciliazione obbligatoria prevista in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Da questo punto di vista, la Corte di Cassazione, con la sentenza a Sezioni Unite n. 12568 del 22 maggio 2018, ha precisato che

la giurisprudenza ritiene tale recesso assimilabile ad uno per giustificato motivo oggettivo anziché per motivi disciplinari: si tratta d'una mera "assimilazione" (e non "identificazione") affermata al solo fine di escludere la necessità d'una previa completa contestazione (indispensabile, invece, in tema di responsabilità disciplinare), da parte datoriale, delle circostanze di fatto (le assenze per malattia) relative alla causale e di cui il lavoratore ha conoscenza personale e diretta (fermo restando ovviamente l'onere del datore di lavoro di allegare e provare l'avvenuto superamento del periodo di non recedibilità).

Per concludere su questo aspetto, laddove il diniego delle ferie non sia opportunamente motivato, detto rifiuto non può che configurarsi violazione della disposizione civilistica di cui all'art. 1375 c.c.

Un'ulteriore soluzione per evitare lo sfioramento del periodo di comportamento prevista dall'art. 4, co. 2, l. n. 53/2000, è quello di richiedere una aspettativa per gravi e documentati motivi. Si tratta di una aspettativa dalla prestazione lavorativa di una durata massima pari a due anni che non dà diritto alla retribuzione ed alla relativa contribuzione previdenziale. La richiesta può essere avanzata previa esibizione documentale delle ragioni a supporto, a comprova della sinallagmaticità del contratto di lavoro, ovvero se da parte datoriale va motivato il diniego delle ferie per sospendere il decorso del periodo di comportamento, il lavoratore che richiede l'aspettativa non retribuita a seguito dello stesso dovrà documentare il perdurare dello stato di malattia e delle condizioni inibenti la prestazione lavorativa (Greco 2023, 26-30).

La classicità della malattia, nel novero degli eventi sospensivi della prestazione di lavoro, si fa apprezzare tanto in senso qualitativo, essendo l'istituto finalizzato alla protezione di un bene di elevato rango costituzionale quale la salute del cittadino lavoratore, quanto su quello empirico, trattandosi dell'ipotesi di più frequente realizzazione nella dinamica quotidiana delle relazioni di lavoro (Del Punta 2016).

Oltre all'effetto sospensivo sul rapporto di lavoro, rileva in tal caso anche la disciplina del trattamento economico spettante al lavoratore, che trova il suo fondamento direttamente nel diritto al sostentamento e all'assistenza previsto dall'art. 38 Cost. Le retribuzioni da corrispondere ai lavoratori ammalati aventi la qualifica di impiegato e quadro (con esclusione di quelli operanti nel commercio) sono a carico del datore di lavoro, mentre per tutte le altre categorie è a carico dell'Inps l'indennità giornaliera di malattia.

In apertura del presente contributo si è detto che la malattia del lavoratore deve essere intesa come ogni alterazione dello stato di salute fisica e psichica della sua salute che determini una sua incapacità totale o parziale di attendere proficuamente allo svolgimento dell'attività lavorativa e che richiede cure sanitarie.

La definizione appena data non è contenuta nell'art. 2110 c.c. che si limita a enunciare l'evento malattia, senza definirlo. Della malattia si parla come assenza

di malattia, in termini, quindi, solamente negativi, oppure la si collega alla condizione biofisiologica dell'uomo o, ancora, si tiene conto del rapporto di stretta integrazione tra uomo e ambiente naturale e sociale in cui vive, prendendo quindi in considerazione i diversi bisogni e i diversi ambienti, sociali e familiari, in cui esso vive e non solo il dato psico-fisico.

Il relativo onere è così passato agli interpreti, fra i quali è emerso, da tempo, il riferimento ad una nozione più ristretta di quella medica e/o medico-legale, tale da comprendere non ogni alterazione dello stato psico-fisico del lavoratore, ma esclusivamente quelle situazioni nelle quali l'infermità determini, per intrinseca gravità e/o per incidenza sulle mansioni normalmente svolte dal dipendente, una concreta ed attuale (seppure transitoria) incapacità al lavoro del medesimo (v., ad es., Cass., 26.11.2014, n. 25162). Questa nozione si è affermata anche sul piano previdenziale (art. 2, co. 1, l. 29.2.1980, n. 33).

Quanto sopra rilevato comporta che l'idoneità della malattia a giustificare l'assenza vada valutata in relazione alle circostanze specifiche ed alle mansioni affidate in concreto al lavoratore (Pret. Parma, 22.7.1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1195, II, 876): per esemplificare, quindi, un mal di gola, che comporta una temporanea afonia, può rappresentare un impedimento per una centralinista o per un addetto agli annunci alla stazione, ma non deve avere alcun effetto, sempre che non sia accompagnato da altri disturbi, sulla capacità lavorativa di un addetto all'inserimento dati su un supporto elettronico¹.

Alla luce di quanto affermato, il concetto di malattia giuridicamente rilevante è decisamente più ristretto rispetto alla nozione di malattia generale ed è individuabile nei casi in cui si presenti un'incapacità lavorativa qualificata, temporanea, specifica, concreta ed attuale (non ha rilievo il fatto che, continuando l'attività, possa sorgere il rischio del verificarsi di una successiva incapacità lavorativa).

La questione si pone in termini non diversi per l'infortunio del lavoratore subordinato, che si distingue dalla malattia (comune o professionale) per la causa violenta che l'ha determinato, ma che è ad essa accomunato sotto il profilo dell'inabilità al lavoro (qui anche permanente) del soggetto che ne è vittima.

¹ Ha fatto scuola il caso della centralinista con un mignolo ingessato che è stata riconosciuta in grado di continuare a lavorare, sia perché l'ingessatura non le impediva il sollevamento della cornetta, sia perché l'inabilità era di tale lieve entità che non richiedeva di riposo nemmeno dal punto di vista generale. In questo caso, manca una delle due condizioni che giustificano l'assenza per malattia, ossia che sia tale da impedire l'attività lavorativa. L'esito dell'accertamento sanitario ispettivo (prognosi di 20 giorni per la distorsione del dito mignolo) in questo caso, in base a quanto disposto dall'art. 5 Stat. lav., è pienamente sindacabile in sede giudiziale, dal momento che la presunzione di veridicità assiste soltanto i rilievi oggettivi compiuti dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni e non anche i giudizi opinabili, quali sono le diagnosi mediche. Ne consegue, per il principio del sinallagma contrattuale, la legittimità della sanzione disciplinare comminata alla lavoratrice di sospensione per tre giorni dal lavoro e dalla retribuzione, in quanto in base ai principi di buona fede, doveva essere risaputo da parte sua che una infermità di così lieve entità, quale quella che le era occorsa poteva tranquillamente consentirle di continuare a svolgere la propria attività lavorativa (Pret. Milano, 3.2.1989, in *Orient. giur. lav.*, 1989, 350).

ma. Un'ulteriore distinzione è quella tra l'infortunio extra-lavorativo, di solito equiparato dai contratti collettivi alla malattia comune, e quello sul lavoro (cioè occasionato dal lavoro), normalmente equiparato, sulla scia della corrispondente assicurazione sociale, alla malattia professionale.

Le ragioni che hanno portato in auge il concetto di «incapacità al lavoro» sono, al fondo, interne alla disciplina. È concettualmente congruo che in un rapporto obbligatorio incentrato sull'utilizzazione continuativa delle energie lavorative della persona del debitore, il primo criterio di delimitazione delle ipotesi di legittima esenzione (per motivi di salute) dalla prestazione di lavoro non possa che guardare alle situazioni nelle quali il lavoratore non sia ragionevolmente in grado di svolgere, ostandovi le sue condizioni fisiche o psichiche, tale prestazione se non mettendo in pericolo la propria salute (Del Punta 1992, 40; Pandolfo 1991, 142).

Ne segue che, se vi sono malattie che determinano fatalmente un impedimento a svolgere qualunque tipo di lavoro, ve ne sono numerose altre (Carinci 2007, 493) la cui idoneità inabilitante è dipendente dalle mansioni assegnate al lavoratore ed altre ancora, anche di non lieve entità, che sono normalmente (ma non necessariamente) prive di rilevanza diretta nel rapporto di lavoro (si pensi ai disturbi cardiaci meno gravi, ad alcuni disturbi cronici dell'apparato circolatorio, alle forme più comuni di menomazione della vista, ai disturbi sessuali, ad ulcere gastriche in fasi non acute, alle malattie dentarie meno impellenti).

Il fatto che nel corpo dell'art. 2110 la conservazione del posto sia garantita al lavoratore malato o infortunato soltanto per un periodo delimitato di tempo ha consentito, altresì, di attribuire allo stato di malattia o di infortunio il necessario attributo della «temporaneità» (rapportabile, se si vuole, alla categoria dell'impossibilità parziale *ratione temporis*), realizzandosi altrimenti la diversa (per il diritto, più che per il senso comune) condizione dell'inidoneità definitiva al lavoro (sulla distinzione tra i due eventi, si veda Cass., 20.2.2013, n. 4206; sulla licenziabilità per giustificato motivo oggettivo del lavoratore inidoneo, si veda Cass., 2.7.2009, n. 15500), riconducibile ad un'impossibilità definitiva della prestazione, a sua volta filtrata sul piano lavoristico (ma all'ulteriore condizione dell'inutilizzabilità *aliunde* del dipendente) tramite il giustificato motivo obiettivo di licenziamento.

Andando più nel concreto, il procedimento di accertamento della malattia si suddivide in due fasi: quella (necessaria) rivolta a portare a debita conoscenza il datore di lavoro della sopravvenienza della malattia, tramite la comunicazione e la certificazione della medesima, e quella (eventuale) del controllo attivato dal datore di lavoro o dall'ente previdenziale assicuratore della malattia comune (Del Punta 2004, III).

La fonte dell'obbligo di comunicazione della malattia (di solito a breve, ad es. entro ventiquattro ore, ed anche con modalità informali), al di là della sua rispondenza al generale dovere di correttezza, è la contrattazione collettiva, di solito di livello nazionale.

Il lavoratore è tenuto a giustificare al datore di lavoro l'assenza, mediante apposita certificazione, che deve essere trasmessa per via telematica direttamente

dal sanitario all'Istituto Previdenziale, il quale provvederà a sua volta a comunicarla al datore di lavoro (art. 25, l. n. 183/2010). Secondo la Cassazione (Cass., 22.7.2016, n. 15226), rientra tra gli obblighi del lavoratore non solo comunicare tempestivamente lo stato di malattia, ma anche verificare che la trasmissione telematica del certificato sia avvenuta correttamente.

Il certificato di malattia destinato all'Inps contiene sia la diagnosi che la prognosi rese dal medico curante (art. 2, co. 1, l. n. 33/1980), mentre la certificazione o attestazione per il datore di lavoro reca esclusivamente la prognosi della malattia (co. 2).

Questa regola, pensata per proteggere la riservatezza del lavoratore, è stata criticata dalla dottrina (Ichino, 1979, 95-6), in quanto la mancata conoscenza (se non, talora, in via ufficiosa) della natura della malattia sottrae al datore di lavoro buona parte della sua legittima facoltà di valutazione circa la sussistenza dello stato di incapacità e la congruità della prognosi accusata dal lavoratore.

In alcune evenienze, peraltro, può essere lo stesso lavoratore ad avere interesse a rendere nota al datore di lavoro la natura della malattia, ad esempio per usufruire di particolari termini di compenso, come quelli previsti in caso di neoplasie (Cass., 19.12.2001, n. 14475).

La legge riconosce sia al datore di lavoro sia all'ente previdenziale la facoltà di effettuare accertamenti sullo stato di malattia del lavoratore, ma esclusivamente per mezzo di medici delle ASL e in determinati intervalli di tempo, le cd. fasce di reperibilità (che, per il settore privato, vanno dalle 10.00 alle 12.00 e dalle 17.00 alle 19.00). Nel caso in cui il datore di lavoro eserciti tale potere di controllo avvalendosi di medici di propria fiducia, gli accertamenti così irruotamente effettuati sono inutilizzabili e verrà applicata la sanzione penale di cui all'art. 38, l. n. 300/1970.

Tuttavia si attestano anche casi nei quali il datore di lavoro, senza aver disposto la visita di controllo, ha a disposizione e/o si procura elementi che gli permettono di considerare inattendibile il certificato di parte, rendendo possibile, di conseguenza, la comminazione di sanzioni disciplinari, motivate dall'assenza ingiustificata del lavoratore come conseguenza dell'assunta non veridicità della malattia (si veda Cass., 25.11.2014, n. 25162).

È, anzitutto, il caso di certificati formalmente irregolari o comunque esteriormente inattendibili, se non falsi (un problema che la modalità telematica dovrebbe aver neutralizzato). V'è poi, per il datore di lavoro, la possibilità almeno teorica di contestare la congruità della prognosi recata dalla certificazione (anche se ciò è rischioso, sinché si ignora la diagnosi).

Ma più frequente è che il datore di lavoro ritenga di desumere l'insussistenza della malattia e, quindi, l'inattendibilità della relativa certificazione medica, da circostanze extra-sanitarie (come il comportamento tenuto dal lavoratore anteriormente alla collocazione in malattia: v., ad es., Trib. Milano, 3.7.1991, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 396), dalle quali tragga, presuntivamente, tale conseguenza.

L'elemento fattuale che più ricorre in queste controversie è lo svolgimento, da parte del lavoratore, di altre attività (lavorative, sportive, ricreative ecc.) in pendenza dello stato di malattia, la cui valenza può essere duplice (Cass., 28.2.2014,

n. 4869): a) può dimostrare che il lavoratore non era effettivamente malato o comunque incapace di lavorare e, dunque, che la sua assenza dal lavoro era da ritenersi ingiustificata; b) anche ammessa l'autenticità della malattia, può rivelare la violazione dell'obbligo, incombente sul lavoratore nell'ambito dei doveri preparatori all'adempimento e in correlazione con i principi di correttezza e buona fede, di non pregiudicare il recupero delle proprie energie lavorative.

L'ipotesi *sub a*) dimostra come la condotta tenuta dal lavoratore possa essere un sintomo di non veridicità della malattia denunciata. Qualora il datore di lavoro venga a conoscenza, o per aver disposto appositi accertamenti o persino casualmente, che il lavoratore ha posto in essere comportamenti incompatibili con lo stato di malattia denunciato (nel senso che dimostrano che quello stato non era veritiero), egli può contestare disciplinarmente l'assenza ingiustificata che, a sua volta, se protratta oltre un certo numero di giorni, consente di solito il licenziamento. Ciò a prescindere dall'aver disposto una visita di controllo fiscale e dagli esiti della stessa, anche ove questi siano stati confermativi della prognosi resa dal medico di fiducia del dipendente.

Le informazioni sullo svolgimento di altre attività possono essere state acquisite tramite appositi accertamenti extrasanitari, come quelli condotti a mezzo di agenzie investigative. Sulla liceità di dette indagini, anche al cospetto di norme come l'art. 8 St. lav., non vi sono ormai più dubbi nella giurisprudenza, tanto di legittimità quanto di merito.

Ne consegue la piena utilizzabilità delle informazioni in discorso, che di solito vengono verificate attraverso l'assunzione testimoniale degli investigatori. Secondo la Cassazione, indagini investigative sono legittime che se svolte da addetti alla vigilanza aziendale. Una volta superato lo scoglio preliminare in ordine all'acquisizione dei dati, si apre il ventaglio di un'ampia casistica incentrata sulla verifica *ex post* dello stato di malattia denunciato.

Ma lo svolgimento di altre attività in pendenza di malattia – giungiamo così al profilo *sub b*) – può essere ritenuto illegittimo a prescindere dal fatto di far dubitare della veridicità della malattia. Esso, infatti, concreta una violazione di quel dovere preparatorio all'adempimento che consiste nel dovere di non pregiudicare il recupero delle proprie energie lavorative, così da rimettersi in condizione di adempiere la propria prestazione. La giurisprudenza fa discendere tale dovere, in modo non del tutto limpido, dall'obbligo di fedeltà (che probabilmente non c'entra) e dai principi generali di correttezza e buona fede (questo è un richiamo più pertinente) e ritiene di solito irrogabile, in caso di acclarata violazione, la sanzione disciplinare più grave vale a dire il licenziamento per giusta causa.

Pertanto ad essere precluso non è lo svolgimento di qualunque attività, persino lavorativa, bensì esclusivamente quello di attività incompatibili con lo stato di malattia denunciato; incompatibili non nel senso, precedentemente considerato, che esse dimostrano l'inesistenza di tale stato, bensì in quello che determinano un aggravamento del medesimo.

In merito a questo aspetto, può essere utile un breve esame della recente sentenza n. 13063 del 26 aprile 2022 della Suprema Corte che ricostruisce i presupposti dell'eventuale illegittimità dell'attività extra lavorativa in costanza di

malattia. Muovendo dal principio che l'inidoneità al lavoro consente attività non incompatibili con il giudizio medico, la sentenza aderisce all'orientamento che pone in capo al datore l'onere probatorio dell'inadempimento del dipendente agli obblighi in essere anche nel periodo di malattia. Per la Corte questo è il necessario corollario dell'opzione operata dal legislatore *ex art. 5, l. n. 604/1966* circa il riparto dell'onere in tema di licenziamento. Ma nel sistema di accertamento e controllo della malattia nell'ambito del rapporto di lavoro il principio espresso conduce ad effetti paradossali sul piano processuale e sostanziale. Una verifica della tenuta degli orientamenti giurisprudenziali richiamati a fondamento della pronunzia sembra, quindi, imporsi, alla luce dei principi costituzionali posti a presidio del diritto di difesa e dell'attività economica del datore, creditore della prestazione (Schiavone 2023, 385).

Apparentemente, quindi, il sistema dei controlli e delle conseguenti determinazioni datoriali per l'attività resa dal lavoratore in costanza di malattia sembra destinato a fluire in un alveo che concorrerebbe a facilitare l'abuso del diritto. Ciò per le oggettive difficoltà che si frappongono alla necessità di contrastare comportamenti aventi intuibile rilievo previdenziale ed economico, ma soprattutto gestionale, in quanto incidenti sull'organizzazione del lavoro ed avvertiti come distonici a correttezza e buona fede dall'intera comunità del lavoro.

Ma, si è detto, si tratta di conclusione solo apparentemente inevitabile.

Ancor prima di procedere alla valutazione della tenuta, alla luce del dettato degli artt. 24 e 41 Cost., dell'assetto regolativo della fattispecie complessiva per come ricostruito dalla Cassazione, l'interprete deve porsi il problema se eventuali discrasie e palesi illogicità sostanziali e/o processuali non possano essere corrette semplicemente rivisitando la medesima fattispecie sul piano sistematico.

Ebbene, a conclusioni diverse si potrebbe pervenire rileggendo, anche alla luce dell'evoluzione della normativa in tema di mansioni *ex art. 2103 c.c.*, il reale ambito del principio secondo cui il lavoratore inidoneo alla prestazione per il proprio datore, possa prescegliere – per assenza di obblighi in tal senso – se e per chi svolgere altre attività pure implicanti impegno psico-fisico apprezzabile. Tale orientamento ha preso le mosse dalla metà degli anni '70 e appare suscettibile di un ripensamento critico, quantomeno per i casi in cui il lavoratore dichiarato temporaneamente inidoneo *ex art. 2110 c.c.*, successivamente e sulla scorta di sua propria valutazione di compatibilità, ritenga – a valle della diagnosi e prognosi certificate – che le condizioni psicofisiche non siano tali da impedire attività ulteriori e diverse dalla prestazione lavorativa oggetto del contratto di lavoro, ludica o lavorativa, per conto proprio o di terzi.

Si è visto che nessuno dubita che sul lavoratore malato incombono gli obblighi di correttezza, buona fede e diligenza e che sul medesimo gravi anche il dovere di salvaguardare l'interesse datoriale alla prestazione dovuta ed alla relativa utilità, purché questo non comporti un apprezzabile sacrificio della propria posizione giuridica.

Sul punto è stato anche rilevato, a margine ed a commento della pronunzia della Suprema Corte del 29 luglio 1998, n. 7467, come lo stato di malattia sospenda la prestazione lavorativa, ma non gli obblighi sinallagmatici atteso che

il lavoratore in genere percepisce una indennità – spesso in parte (ad integrazione dell'intervento dell'ente previdenziale), in altri casi totalmente – a carico del datore di lavoro.

Ebbene, proprio il principio espresso dalla pronuncia della Suprema Corte del 29 luglio 1998, n. 7464, in ordine al quale pure non si rinvergono prese di posizione contrastanti, legittima un parziale ma decisivo correttivo all'orientamento circa l'ambito della autodeterminazione del lavoratore malato.

La sentenza n. 7467/1998 pone, infatti, un preciso e preliminare adempimento per la legittimità della prestazione effettuata in costanza di malattia, laddove statuisce:

Può aggiungersi che nel contesto di un rapporto ispirato ai principi di correttezza e buona fede il dipendente in malattia che, seppur inidoneo temporaneamente alle mansioni alle quali è assegnato dal datore di lavoro, intenda svolgere attività lavorativa presso terzi in costanza di malattia – per essere non di meno idoneo a mansioni diverse, il cui espletamento non sia pregiudizievole al fine di un più rapido recupero della piena idoneità fisica – è tenuto ad offrire tale prestazione al datore di lavoro il quale – esercitando lo jus variandi nel rispetto dell'art. 2103 c.c. – potrebbe temporaneamente assegnare il lavoratore proprio a quelle mansioni (equivalenti a quelle originarie) per le quali il lavoratore sia idoneo.

Per concludere, possono aggiungersi alcune riflessioni.

Il principio appena trascritto è coerente con la distinzione tra malattia ed inidoneità alle mansioni specifiche, inserendo l'eventuale prestazione del lavoratore temporaneamente inidoneo nell'ambito delle logiche e norme del sistema giuslavoristico, riportando la fattispecie a logica e razionalità (e, cosa che non guasta, a buon senso):

1. ferma l'inidoneità certificata, laddove il lavoratore si determini a porre in essere ulteriore e diversa attività, l'obbligo di offrire prioritariamente le residue energie lavorative al datore discende dalle norme generali in tema di correttezza e buona fede, ma anche dagli obblighi specifici in tema di diligenza e fedeltà;
2. costituisce altresì necessaria applicazione del principio sinallagmatico, laddove l'indennità di malattia gravi in tutto o in parte sul datore;
3. inserisce la prestazione – a differenza di quella autogestita dal lavoratore con valutazione non sorretta da giudizio medico alcuno – nel sistema di controlli sulla sicurezza *ex* art. 2087 c.c. Infatti il datore di lavoro potrà accettare la prestazione offerta dal lavoratore, nei limiti della parziale idoneità temporanea e, eventualmente, inserirla nel proprio processo produttivo solo previa specifica valutazione ad opera del medico competente in ordine a rischi specifici e generali;
4. detta temporanea riallocazione dovrà intervenire in applicazione del novellato art. 2103 c.c., ovvero in mansioni che garantiscano equivalenza rispetto all'inquadramento in essere o, comunque, dato il carattere necessitato e transitorio, anche in mansioni di livello inferiore ma con conservazione del trattamento economico;

5. la soluzione comporta risparmi a carico dell'ente previdenziale, trasferendo sul datore gli oneri del periodo di prognosi fino alla ricostituzione dell'idoneità psicofisica.

Resta da aggiungere che, in applicazione del recente d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 (Decreto trasparenza), potrebbe risultare funzionale al rispetto degli obblighi sopra menzionati informare il lavoratore che la prestazione lavorativa resa in costanza di malattia ed al di fuori dell'ambito datoriale, senza la preventiva offerta delle energie lavorative residue alla controparte contrattuale, deve intendersi vietata laddove – fatti salvi eventuali ulteriori inadempimenti – ponga a rischio la guarigione o si ponga in potenziale conflitto di interessi con l'organizzazione datoriale.

Infatti, se si muove dalla nozione giuridica di conflitto di interessi alla base della prerogativa datoriale riconosciuta dall'art. 8, è evidente la sussumibilità di tale nozione nell'interesse aziendale a far valutare dal medico competente i rischi connessi alla ulteriore e diversa prestazione del lavoratore già dichiarato inidoneo, sia sul piano sinallagmatico, sia per evitare in prospettiva il rischio di un potenziale differimento della guarigione.

Infine ci si potrebbe chiedere perché il principio espresso dalla sentenza n. 7467/1998, con orientamento confermato da successiva pronuncia della Suprema Corte, abbia avuto nella prassi giudiziale ben poca applicazione. Il fatto potrebbe farsi risalire alle determinazioni datoriali, laddove l'inadempimento dell'obbligo dell'offerta delle residue energie lavorative non sia stato oggetto di contestazione, ovvero ad uno «strabismo» giurisprudenziale sul tema.

In entrambi i casi, si tratterebbe di errore emendabile, almeno in un futuro auspicabilmente prossimo.

La valutazione sulla natura incompatibile della diversa attività svolta non è, in genere, affatto semplice, non essendo raro che i comportamenti del dipendente si collochino su un crinale sottile fra aggravamento dello stato di salute e sostegno alla guarigione.

Ricapitolando, ad essere precluso non è lo svolgimento di qualunque attività bensì esclusivamente quello di attività incompatibili con lo stato di malattia denunciato (v., per prima, Cass., 16.6.1976, n. 2244) e, dunque, tali da comportare un ritardo della guarigione (v., *ex multis*, Cass., 6.12.2012, n. 21938; Cass., 14.9.2012, n. 15476) del quale è ulteriormente dibattuto se debba essere effettivo (in questa logica, nel caso di una lavoratrice afflitta da coliche addominali che aveva partecipato ad una trasmissione televisiva come cantante amatoriale, il cui licenziamento è stato reputato illegittimo perché la guarigione non aveva patito ritardi, si veda Cass., 27.2.2008, n. 5106) ovvero, secondo una più rigorosa valutazione *ex ante*, meramente potenziale (Cass., 5.8.2014, n. 17625; Cass., 21.4.2009, n. 9474).

Ad ogni modo, in caso di assenza ingiustificata, è prevista la perdita dell'indennità per un periodo di volta in volta definito. Secondo la giurisprudenza, l'assenza alla visita di controllo non è sanzionata dalla perdita del trattamento economico di malattia e può essere giustificata nei seguenti casi: nelle ipo-

tesi di forza maggiore; in ogni situazione che, accertata dal giudice di merito, abbia reso indifferibile altrove la presenza personale dell'assicurato; quando sussista un'esigenza di solidarietà e di vicinanza familiare meritevole di tutela nell'abito dei rapporti etico-sociali garantiti dalla Costituzione (art. 29 Cost.: ad esempio, lavoratore assente alla visita di controllo in quanto impegnato nell'assistenza della propria madre, ricoverata in un centro specialistico di riabilitazione e priva di altro sostegno morale e senza altri familiari; si veda Cass. 23.11.2004, n. 22065; Cass. 9.3.2010, n. 5718); in situazioni in cui il comune sentire ritiene che ci siano eventi improvvisi che giustifichino l'assenza (ad esempio, non è stato ritenuto rientrante in tale ambito il caso dell'accompagnamento in ospedale del figlio per una visita da tempo programmata: Cass. 1.10.2019, n. 24492).

Per i Giudici di legittimità, dunque, l'assenza è giustificata da ogni situazione che, ancorché non insuperabile e nemmeno tale da determinare, ove non osservata, la lesione di beni primari, abbia reso indifferibile altrove la presenza personale dell'assicurato, come la concomitanza di visite mediche, prestazioni sanitarie o accertamenti specialistici, purché il lavoratore dimostri l'impossibilità di effettuare tali visite in orario diverso da quello corrispondente alle fasce orarie di reperibilità oppure in tutte le ipotesi in cui ci sia un nesso tra il momento dell'urgenza e l'allontanamento dal domicilio durante le fasce di reperibilità.

Da ricordare che, in alcuni casi, in considerazione della natura delle patologie dichiarate dal lavoratore, vi è l'esonero dall'obbligo di osservare le fasce di reperibilità: anche in questi casi, però, rimane la possibilità per l'Inps di effettuare comunque controlli sulla correttezza formale e sostanziale della certificazione e sulla congruità prognostica ivi espressa (circ. Inps, 7.6.206, n. 95 e Comunicato 23.10.2018).

Su questo aspetto, in conformità a quanto previsto dal d.lgs. n. 151/2015 (art. 25), con D.M. 11 gennaio 2016 sono state individuate le patologie che esonerano dall'obbligo di reperibilità durante la malattia i lavoratori del settore privato (ipotesi di esonero erano state previste, fino ad ora, solo per i dipendenti pubblici). L'esonero può essere riconosciuto per le patologie gravi che richiedono terapie salvavita e per gli stati patologici sottesi o connessi alla situazione di invalidità riconosciuta, con riduzione della capacità lavorativa nella misura pari a superiore al 67%.

La Cassazione si è spinta oltre, definendo ulteriori confini al potere di controllo della malattia, sostenendo, in definitiva, che l'obbligo di cooperazione che grava sul lavoratore in malattia non può vietargli di compiere qualsiasi atto del vivere quotidiano (Cass. 18.7.2022, n. 22484).

Il caso affrontato riguarda un dipendente che, al momento della visita fiscale, si trova sotto la doccia, motivo per cui non sente il campanello: la pronuncia ha suscitato un certo interesse soprattutto perché si discosta da un precedente orientamento espresso dalla stessa Corte (Cass. 14.5.1997, n. 4216).

Il datore di lavoro avvia nei confronti del dipendente in questione un'azione disciplinare ritenendo che il mancato rispetto della reperibilità costituisce inadempimento contrattuale sanzionabile in sé, ossia a prescindere dalla presenza

o meno dello stato di malattia, perché il lavoratore ha nei confronti del datore di lavoro un dovere di cooperazione e, pertanto, anche nel domicilio, è tenuto ad astenersi da condotte che impediscono l'accesso al medico fiscale.

Contro il provvedimento adottato dal proprio datore di lavoro il dipendente agisce in giudizio anche perché lo stesso ha dimostrato di essersi immediatamente attivato, manifestando piena disponibilità a consentire l'accertamento, inviando tempestiva comunicazione dell'accaduto agli organi preposti.

Per gli Ermellini la sanzione prevista dall'art. 5, l. n. 638/1983 («qualora il lavoratore, pubblico o privato, risulti assente alla visita di controllo, senza giustificato motivo, decade dal diritto a qualsiasi trattamento economico per l'intero periodo sino a dieci giorni e nella misura della metà per l'ulteriore periodo, esclusi quelli di ricovero ospedaliero o già accertati da precedente visita di controllo») ha carattere esclusivamente amministrativo. A tale sanzione, secondo l'orientamento consolidato della Cassazione, può aggiungersi un'ulteriore misura di carattere punitivo, espressione del potere disciplinare del datore di lavoro, ove la condotta del dipendente integri anche la violazione di obblighi derivanti dal contratto.

Nel caso in argomento, secondo il Collegio, il giudice del merito ha applicato i richiamati principi, atteso che, dopo aver accertato che il lavoratore era presente all'interno delle pareti domestiche, per escludere che la condotta tenuta dallo stesso fosse stata contraria agli obblighi di diligenza, correttezza e buona fede, ha correttamente valutato tutte le circostanze del caso concreto, compresa l'immediata attivazione del medesimo.

Ciò posto, la Corte ha, in conclusione, affermato il principio secondo cui l'obbligo di cooperazione che grava sul lavoratore in malattia, pur rilevando anche sul piano contrattuale del rapporto di lavoro, non può essere esteso fino a ricomprendere il divieto per il lavoratore medesimo di astenersi dal compiere qualsiasi atto del vivere quotidiano, normalmente compiuto all'interno delle pareti domestiche (Ziggio, Cicala, 2022).

A tal proposito, in un'ottica di ottimizzazione del rapporto con cittadini, pensionati, lavoratori e datori di lavoro, l'Inps, come comunicato con il messaggio n. 2442/2023, ha recentemente lanciato il progetto «Nuovo Sportello virtuale per il cittadino e le imprese su visite mediche di controllo» e rilasciato una nuova funzionalità per consentire al lavoratore la visualizzazione delle visite mediche domiciliari e ambulatoriali a lui riferite e dei relativi esiti.

La nuova funzionalità, denominata "Visualizza visite" è accessibile, per i cittadini, direttamente dal sito internet www.inps.it attraverso il seguente percorso: "Lavoro" > "Malattia" > "Sportello per il cittadino per le visite mediche di controllo" > "Utilizza il servizio" e permette al lavoratore di visualizzare la griglia contenente l'elenco delle visite e degli accessi, ordinati per data decrescente, e di consultare i relativi esiti e, per ciascuna visita, riporta il numero identificativo, la data, l'ora di effettuazione e il tipo di accertamento effettuato (domiciliare/ambulatoriale). Nelle informazioni di dettaglio è possibile consultare l'indirizzo comunicato per la reperibilità o informazioni utili per reperire il lavoratore, nonché l'esito della visita con le eventuali motivazioni. All'interno del servizio

“Sportello per il cittadino per le visite mediche di controllo” è presente, inoltre, la funzione denominata “Indirizzo reperibilità ai fini delle visite mediche di controllo”, attraverso la quale i lavoratori possono comunicare l’eventuale variazione dell’indirizzo di reperibilità per eventi di malattia in corso di prognosi. Su questo punto l’Inps ritiene opportuno ricordare che spetta al lavoratore verificare la correttezza dell’indirizzo di reperibilità e comunicare con la massima tempestività l’eventuale variazione. Nel caso di indisponibilità del servizio telematico, l’utente può ricorrere alla comunicazione del nuovo indirizzo tramite *Contact center*. Tale modalità è consentita a condizione che il recapito telefonico o la mail del lavoratore, precedentemente registrati nell’Archivio Unico dei Contatti Telematici, risultino aggiornati, non potendo l’operatore del *Contact center* inserire nuovi contatti per conto del cittadino. Nell’eventualità in cui non fosse presente alcun contatto in Archivio, è prevista la possibilità di comunicare un “contatto di scopo”, valido solo per la specifica comunicazione. In caso di indisponibilità all’uso del servizio, è consentita in ogni caso la comunicazione mediante la casella istituzionale dell’Ufficio Medico Legale della Struttura territorialmente competente (Poli, 2023).

Si ritengono di solito irrogabili, inoltre, sanzioni disciplinari ulteriori (conservative), purché sia stato predeterminato il relativo illecito da parte del contratto collettivo.

Per sanzionare in modo particolarmente rigoroso l’assenteismo diffuso nel lavoro pubblico e in quello privato, il legislatore non ha mancato di pronunciarsi neppure sul comportamento dei medici che favoriscono l’assenteismo rilasciando certificazioni che attestano falsamente uno stato di malattia: il d.lgs. n. 150/2009 – il cosiddetto decreto Brunetta – ha introdotto l’art. 55-*quinquies* nel testo unico del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione di cui al d.lgs. n. 165/2001.

Il co. 1 dell’art. 55-*quinquies* prevede che giustificare l’assenza dal servizio tramite una certificazione medica falsa, oppure falsamente attestante uno stato di malattia, viene punito in sede penale con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da quattrocento a milleseicento euro; la medesima pena si applica al medico che ha concorso nel reato.

Il co. 3 prevede poi che la «*sentenza definitiva di condanna o di applicazione della pena per il delitto di cui al co. 1*» comporta per i medici una serie di conseguenze indirette, o extra-penali, che sono persino più gravose di quelle che derivano direttamente dalla sanzione penale.

Si tratta di sanzioni disciplinari che si collocano sul piano deontologico (e che, dunque, vengono irrogate da parte del competente ordine dei medici) e su quello del rapporto di lavoro, subordinato o parasubordinato (*id est* convenzionato), da irrogarsi da parte della Azienda sanitaria presso la quale il medico presta servizio o con la quale è convenzionato.

Sul primo piano si prevede che la sentenza definitiva comporta la sanzione massima, ossia la radiazione dall’albo; sul secondo che la sentenza comporta il licenziamento per giusta causa del medico dipendente e la decadenza dalla convenzione per il medico convenzionato.

Va sottolineato che la formula del co. 3 equipara alla sentenza di condanna la sentenza definitiva di applicazione della pena su richiesta delle parti, ossia di patteggiamento.

I tempi in cui la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 251/1991, aveva precisato che la sentenza di patteggiamento ha un'efficacia affatto diversa da quella della sentenza di condanna sono ormai lontani.

All'inizio dello scorso decennio la l. n. 97/2001 ha inserito nell'art. 653 c.p.p. e il co. 1-*bis*, per cui «la sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso»: e questa previsione è stata mandata indenne da censure di costituzionalità da parte della Consulta nella sent. n. 336/2009.

L'ultimo periodo del co. 3 soggiunge poi che «le medesime sanzioni disciplinari si applicano se il medico, in relazione all'assenza dal servizio, rilascia certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati né oggettivamente documentati».

In questo caso la radiazione, il licenziamento e la decadenza dalla convenzione vengono, dunque, irrogate a prescindere da qualsiasi condanna penale (Manfredi 2014, 793).

Atteso che, durante una malattia o un infortunio, l'attuazione del rapporto di lavoro non si può considerare sospesa, ma soltanto modificata, continuano a prodursi diritti e obblighi per entrambe le parti.

In particolare, l'art. 2110, co. 1, c.c. prevede l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere al lavoratore malato o infortunato, nei limiti quantitativi e temporali previsti da leggi, contratti collettivi, usi o equità, e nelle situazioni non coperte da fondi equivalenti di previdenza o di assistenza, la retribuzione o un'indennità.

Sulla base della concezione ormai affermata, in connessione alle riflessioni teoriche in punto di aggiornamento del principio di corrispettività, in dottrina come in giurisprudenza, il trattamento di malattia ha natura retributiva, dovendosi leggere la norma in commento come l'espressione di una deroga all'art. 1463 c.c., giustificata dalla funzione sociale assolta dalla retribuzione (Treu, 1968, spec. cap. IV).

La concreta determinazione del trattamento «privatistico» di malattia è operata, di base, dai contratti collettivi, ai quali la disposizione rinvia; essi prevedono un obbligo retributivo esclusivo, là dove manca la copertura previdenziale (per i soggetti esclusi dall'assicurazione, come gli impiegati ed i quadri dell'industria, i dirigenti, i lavoratori del credito e delle assicurazioni, o per i primi tre giorni di «carezza» assicurativa), ovvero integrativo dell'indennità corrisposta dall'Inps, sino a raggiungere l'80-100% della normale retribuzione. Un regime analogo, ma più favorevole, vale per l'infortunio sul lavoro e la malattia professionale.

Dispone il co. 3 dell'art. 2110 c.c. che durante la malattia o l'infortunio si ha decorso dell'anzianità di servizio ai fini dei vari diritti per cui essa rileva, siano essi di genesi legale o contrattuale (ad es. scatti periodici di anzianità e mensilità aggiuntive); tanto è confermato, per il trattamento di fine rapporto, dall'art. 2120, co. 3, c.c.

Riferimenti bibliografici

- Carinci, F. (a cura di). 2007. *Trattato di diritto privato*. Torino: Giappichelli.
- Cui, S. 2006. *Lo stato di malattia del lavoratore. Le forme di controllo a cui il datore di lavoro può ricorrere*. Matelica: Halley.
- Del Giudice, F., Izzo, F. 2022. *Manuale di diritto del lavoro*. Napoli: Edizioni Simone.
- Del Punta, R. 1992. *La sospensione del rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2004. *Il controllo della malattia*. DPL 37, III.
- Del Punta, R. 2016. "Malattia del lavoratore." [https://www.treccani.it/enciclopedia/malattia-del-lavoratore_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/malattia-del-lavoratore_(Diritto-on-line)/).
- Greco, M. G. 2023. *Diritto alle ferie prima della scadenza del periodo di comporto, Guida al Lavoro* 44: 26-30. <https://top24diritto.ilsole24ore.com/private/default.aspx?iddoc=40852107#/showdoc/40852107/malattia%20del%20lavoratore?ref=pullsearch>.
- Ichino, P. 1979. *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Manfredi, G. 2014. *La responsabilità disciplinare dei medici in tema di certificazione di malattia*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 3.
- Pandolfo, A. 1991. *La malattia nel rapporto di lavoro*. Milano: Franco Angeli.
- Poli, M. 2023. *Visite mediche di controllo: al via la nuova funzionalità Inps, Norme&Tributi, Plus Lavoro*. <https://top24diritto.ilsole24ore.com/private/default.aspx?iddoc=40383407#/showdoc/40383407/malattia%20del%20lavoratore|sorveglianza|controllo|vigilanza|attivit%C3%A0?ref=pullsearch>.
- Schiavone. 2023, *Davvero il lavoratore può, in costanza di malattia, decidere se e in favore di chi, prestare attività lavorativa?, Il lavoro nella giurisprudenza* 4: 385.
- Treu, T. 1968. *Onerosità e corrispettività nel contratto di lavoro*, Milano: Giuffrè.
- Ziggiotto, C., Cicala, S. 2022. *Visite fiscali, niente sanzioni disciplinari a chi è «sotto la doccia», Norme&Tributi Plus Enti Locali & Edilizia*. <https://top24diritto.ilsole24ore.com/private/default.aspx?iddoc=38995099#/showdoc/38995099/malattia%20del%20lavoratore|sorveglianza|controllo|vigilanza|attivit%C3%A0?ref=pullsearch>.
- Cass. 11.12.1995, n. 12686, in *Not. giur. lav.*, 1995, 893.
- Pret. Milano, 3.2.1989, in *Orient. giur. lav.*, 1989, 350.
- Trib. Milano, 3.7.1991, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 396.
- Pret. Parma, 22.7.1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1195, II, 876.