

LE ASSENZE PER MALATTIA

1) Premessa.

- Una delle caratteristiche più evidenti del contratto di lavoro subordinato è identificabile nel fatto che lo scambio delle prestazioni contrattuali - attività lavorativa contro retribuzione - si prolunga nel tempo. Da questa caratteristica propria del contratto di lavoro, deriva una particolare rilevanza giuridica delle cause che interrompono la prestazione lavorativa, fra le quali la malattia.

2) La malattia: definizione e legislazione di riferimento.

- La malattia - con la necessaria approssimazione - può essere definita come un'alterazione patologica, sia essa acuta o cronica, fisica o psicologica, tale da mettere il lavoratore nell'impossibilità di svolgere la propria prestazione lavorativa.
- Da questa definizione emerge la diversità dell'infortunio, che deriva non da una patologia, ma da un evento traumatico dagli esiti temporanei o permanenti. L'infortunio assume rilevanza a sé nel caso in cui l'evento traumatico avvenga sul posto di lavoro e per effetto del rischio tipico dell'attività lavorativa svolta.
- Il vigente codice civile del 1942 (art. 2110) fissa alcuni principi generali validi per i casi d'infortunio, malattia, gravidanza e puerperio:
 - . diritto al mantenimento del posto di lavoro;
 - . diritto al mantenimento della retribuzione.La misura della retribuzione e del tempo per cui viene mantenuto il posto di lavoro durante la malattia è invece materia dei contratti collettivi di lavoro.
- Il CCNL del credito del 2007 (art. 52 comma 7) prevede espressamente che, entro i limiti del comparto, i giorni di malattia e infortunio sono computati a tutti gli effetti - e quindi non solo retributivi - come servizio prestato.

3) La malattia e le ferie.

- L'insorgere della malattia comporta l'interruzione delle ferie e la conseguente variazione della causale d'assenza. Si tratta di un principio stabilito dalla Corte Costituzionale nel 1987: tale principio trova ragione nell'incompatibilità dello stato di malattia con la finalità delle ferie, finalità identificabili nel ristoro delle energie psicofisiche del lavoratore. Tale principio è recepito espressamente nel contratto collettivo di lavoro per il credito del 2007 (art.49 comma 14). Per quanto ovvio, il passaggio da ferie a malattia comporta l'insorgere in capo al lavoratore di tutti gli oneri di segnalazione e giustificazione e dei poteri di controllo in capo al datore di lavoro.
- Problema opposto è invece quello della maturazione delle ferie durante la malattia. Il CCNL del Credito del 2007 (art.49 comma 13) stabilisce infatti, in linea di massima, che in caso di

assenza per malattia, il lavoratore mantenga il diritto alla maturazione delle ferie purché la malattia non superi i 6 mesi nell'arco dell'anno; se la malattia supera i 6 mesi, le ferie spettanti per l'anno sono ridotte di tanti dodicesimi quanti sono i mesi interi d'assenza, ma la riduzione non si applica per i primi 6 mesi (ad esempio, una malattia di 10 mesi comporta la riduzione di 4/12 delle ferie spettanti nell'anno); se l'assenza dura l'anno intero si perde del tutto il diritto alle ferie per l'anno stesso.

4) Il comporto secco, definizione e normativa contrattuale.

- La particolare situazione giuridica, che consegue al diritto alla conservazione del posto e della retribuzione per una durata massima, viene identificata con la definizione di "comporto" o "periodo di comporto" ed è disciplinato dai contratti collettivi.
- Le norme contrattuali in materia di comporto che ora indichiamo valgono per il caso di un'assenza per malattia continuativa, che si protrae nel tempo senza che sia interrotta da periodi in cui il lavoratore riprenda servizio. Si tratta quindi dell'ipotesi più semplice, che viene indicata come "comporto secco".
- Il CCNL del credito del 2007 (art.52) prevede periodi di comporto della durata di 6, 8, 12, 15, 18 e 22 mesi per i lavoratori che abbiano rispettivamente un'anzianità di servizio sino a 5, 10, 15, 20, 25 ed oltre 25 anni. Prevede altresì la possibilità di un aumento del comporto del 50%, con un minimo di 12 mesi ed un massimo di 30 mesi, in caso di tubercolosi o malattie tumorali o aids.
- Prevede altresì la possibilità, una volta scaduto il comporto, di un ulteriore periodo di 8 mesi di aspettativa non retribuita, che però non potrà superare i 12 mesi nel quinquennio (art. 52 comma 10).
- Infine, prevede (art.52 comma 9) l'obbligo in capo al datore di lavoro di avvisare il lavoratore dell'approssimarsi della scadenza del comporto, con un mese di preavviso.
- I contratti integrativi aziendali possono contenere norme di maggior favore. Così, a titolo di esempio, l'accordo di armonizzazione del 20/12/2007 del gruppo Intesa Sanpaolo prevede per tutti i dipendenti, un periodo di aspettativa non retribuita della durata massima di 12 mesi al termine del comporto.
- Precisiamo che tali disposizioni valgono indistintamente per i casi di malattia e per i casi d'infortunio, equiparate sia dall'art. 2110 codice civile, sia dai diversi contratti collettivi di lavoro.

5) Il comporto secco, problematiche diverse.

- In primo luogo, osserviamo come i giorni festivi, anche se non computati dai certificati medici, concorrano comunque al conteggio del comporto secco: infatti il lavoratore non riprende servizio, l'assenza non può dirsi interrotta dai giorni festivi.
- Una seconda osservazione va fatta per i lavoratori con contratto a tempo parziale. Il cosiddetto "part time orizzontale", cioè il contratto di lavoro che prevede un orario ridotto per tutti i giorni lavorativi, non influisce in alcun modo sul conteggio del comporto. Il "part time verticale", cioè il contratto di lavoro

che prevede che uno o più giorni della settimana non lavorativi in aggiunta al sabato e alla domenica, non influisce sul computo secco, in quanto siamo in presenza di un'assenza continuativa, calcolata sull'arco di mesi.

- Una terza osservazione riguarda i lavoratori con contratto a tempo determinato: la giurisprudenza ha stabilito che le norme sul computo sono applicabili anche in tali casi ma ha precisato altresì che non producono il prolungamento del termine del contratto di lavoro.
- Una quarta osservazione va fatta circa la possibilità di accodare al computo di malattia un periodo di ferie, al fine di ottenere di fatto una proroga del computo. La giurisprudenza esclude un diritto automatico in capo al lavoratore a praticare tale escamotage, ma ritiene che occorra una richiesta espressa del lavoratore, con possibilità per il datore di lavoro di respingerla a fronte di esigenze aziendali.

6) Il computo per sommatoria.

- Il computo per sommatoria che si verifica quando il lavoratore fa registrare una serie di assenze per malattia, ciascuna delle quali è nel limite del computo secco, inframmezzate da periodi di presenza in servizio, di ferie, di altre assenze con causali diverse.
- Il computo per sommatoria trovò dapprima una disciplina giurisprudenziale, a partire dal 1980; poi l'orientamento della giurisprudenza fu recepito in numerosi contratti collettivi di lavoro.
- Il CCNL del Credito del 2007 disciplina il computo per sommatoria all'art. 52 comma 2: i periodi di assenza per malattia ed infortunio possono essere presi in considerazione con riferimento ad un arco di tempo di 48 mesi. Nel caso del computo per sommatoria, i periodi massimi di assenza scaglionati per anzianità di servizio sono più alti rispetto a quelli prima indicati e vanno da un minimo di 8 mesi ad un massimo di 24 mesi. Anche a tali periodi, così come a quelli calcolati con il criterio del computo secco, si applicano gli aumenti temporali del 50% per le patologie più gravi e si applica la possibilità di richiedere l'aspettativa alla scadenza.
- Nel computo per sommatoria vanno computate soltanto le assenze per malattia, non quelle per ferie o per altri motivi.

7) La segnalazione e la giustificazione dell'assenza.

- A fronte dello stato di malattia e del conseguente diritto alla conservazione del posto e della retribuzione, incombe sul lavoratore l'osservanza di taluni obblighi.
In particolare, si tratta degli obblighi di:
 - . segnalazione dello stato di malattia (o infortunio);
 - . giustificazione della stessa.Peraltro l'attuale contratto collettivo per il credito si limita a prevedere l'obbligo di tempestiva giustificazione delle assenze, prevedendo tale inosservanza quale causa di sanzione disciplinare (art. 34 comma 5).
- Le "regole in materia di assenza per malattia" diffuse da Intesa S.Paolo nel maggio 2010 stabiliscono che il dipendente deve:

- . segnalare telefonicamente al responsabile della propria unità organizzativa, entro la prima ora di lavoro, lo stato di malattia (o infortunio) ed altresì il domicilio se diverso da quello noto all'azienda;
 - . trasmettere alla propria unità organizzativa il relativo certificato medico entro 2 giorni dall'emissione dello stesso;
 - . in alternativa al punto precedente, per le assenze di un solo giorno, trasmettere alla propria unità organizzativa il relativo modulo di autocertificazione (salvo che il responsabile non abbia previamente richiesto che anche le assenze di un solo giorno siano giustificate con certificato medico).
- Se il lavoratore è un apprendista, deve invece sempre il certificato medico - e mai l'autocertificazione - alla Direzione Centrale del Personale (ai sensi del D.M. 26/2/2010 e circolare INPS del 16/4/2010).

8) Il potere di controllo del datore di lavoro: legislazione di riferimento.

- La materia è stata innovata dalla legge n. 300/1970 "Statuto dei Lavoratori" (art. 5), che ha enunciato il principio secondo cui il controllo sullo stato di malattia dei lavoratori deve avvenire esclusivamente a cura di strutture pubbliche (l'INPS oppure le ASL).
- La normativa si è ulteriormente precisata con la legge n. 638/1983 (art. 5), poi interpretata da una sentenza "additiva" della Corte Costituzionale (n. 78/1988). In base alla legge del 1983, il lavoratore che risulti assente ad una visita di controllo domiciliare senza giustificato motivo decada dal diritto all'intera retribuzione per i primi 10 giorni dell'assenza; in caso di una seconda assenza ingiustificata, decade dell'ulteriore 50% della retribuzione per il restante periodo di assenza. Dalle decurtazioni sono esclusi i periodi di ricovero ospedaliero o accertati da altre visite fiscali. In caso di mancato reperimento alla visita di controllo, il medico fiscale è tenuto a lasciare un avviso al lavoratore interessato, contenente la convocazione ad una successiva visita di controllo ambulatoriale.
- Il decreto ministeriale del 15/7/1986 ha introdotto le cosiddette "fasce di reperibilità", vale a dire i periodi orari in cui il lavoratore ammalato deve essere presente al proprio domicilio per consentire le visite di controllo. Le fasce orarie sono identificate nei periodi dalle 10 alle 12 e dalle 17 alle 19, tutti i giorni compresi i festivi.

9) Visite fiscali: problematiche generali.

- Possibile difformità nella prognosi formulata rispettivamente dal medico curante e dal medico fiscale. Si consideri un esempio concreto: il medico curante ha stabilito una prognosi di 10 giorni, il medico fiscale ne ha stabilito una di 5 giorni. Tale questione si risolve semplicemente secondo il principio della sequenza temporale: prevale il certificato più recente. Così, tornando all'esempio di cui sopra, allo scadere del 5° giorno, il lavoratore ha due alternative: rientra al

- lavoro oppure se intende continuare l'assenza, deve farsi rilasciare dal medico curante un ulteriore certificato che allunghi la prognosi del medico fiscale; diversamente il prolungarsi dell'assenza sarà da ritenersi ingiustificata.
- Rilevanza disciplinare dell'assenza alla visita fiscale. La giurisprudenza ammette che l'assenza al controllo rappresenti comunque un venire meno ad un obbligo e come tale possa essere colpito da sanzione disciplinare. Il caso inverso, che vale la pena di segnalare, è quello del datore di lavoro che chiede alle strutture pubbliche la continua reiterazione di visite fiscali nei confronti di un lavoratore assente, senza tenere conto dello stato di malattia appurato dalle visite precedenti: la Corte di Cassazione ha ritenuto tale comportamento vessatorio e come tale fonte di responsabilità per danni nei confronti del lavoratore.
 - Casi in cui sia da ritenersi giustificata l'assenza a visita di controllo. La giurisprudenza ha stabilito che tale situazione non debba valutarsi secondo parametri di assoluta impossibilità per il lavoratore di essere presente alla visita di controllo, ma secondo parametri di ragionevolezza, correttezza e buona fede. Passando da un principio giuridico ad un criterio concreto, con una larga approssimazione, possiamo affermare che sono giustificati i mancati reperimenti alle visite fiscali dovuti ad una qualche circostanza che abbia carattere di necessità ed urgenza e che sia altresì documentabile. Così, circostanze non dimostrabili come quella di non aver udito il medico suonare il campanello per il fatto di essere sotto effetto di sonniferi piuttosto che sotto la doccia o in cantina o in un'altra pertinenza della casa, non rappresentano una giustificazione del mancato reperimento: in tali casi, si ritiene che il dipendente non abbia tenuto un comportamento corretto e diligente, tale da consentire l'effettuazione della visita.
 - Trattenute sulla retribuzione a seguito di assenza ingiustificata alla visita fiscale. Le trattenute in questione prescindono dall'accertata esistenza della malattia, ma sono da intendersi come una sanzione alla violazione dell'obbligo di reperibilità nelle fasce orarie. I dieci giorni di trattenuta al 100% decorrono dall'inizio della malattia; la successiva trattenuta al 50% segue a decorrere dal secondo mancato reperimento. L'applicazione concreta di tali norme può comportare complessi conteggi e "ritagli", per effetto di una pluralità di assenze e presenze a visite fiscali, da considerare caso per caso. A titolo di esempio, sono esenti dalle trattenute i periodi coperti da certificato di ricovero ospedaliero; i periodi accertati da altre visite fiscali; i periodi di mancato reperimento già accertati come giustificati.

10) Visite fiscali: problematiche definite nelle "regole in materia di assenza per malattia" di Intesa S.Paolo - maggio 2010.

- La normativa aziendale di cui sopra, pende in esame una delle circostanze che più di frequente viene adottata per giustificare il mancato reperimento - oggetto di numerose sentenze e di circolari INPS - vale a dire la necessità di recarsi dal proprio medico sia esso generico o specialista oppure presso una struttura sanitaria per esami clinici o terapie.

- Nella comunicazione aziendale del maggio 2010 si prevede innanzitutto che sono giustificati i mancati reperimenti alla visita riconducibili a forza maggiore e caso fortuito.
- Più in dettaglio, sono ritenute giustificate le assenze per visite, prestazioni ed accertamenti specialistici che non possono essere effettuati in orari diversi da quelli concomitanti con le fasce orarie di reperibilità. Rientra in tale ipotesi la concomitante visita generica presso l'ambulatorio del proprio medico curante, purché il lavoratore dimostri l'impossibilità di accedere alle prestazioni in orario diverso oppure dimostri l'urgenza della visita ambulatoriale. I motivi giustificativi dell'assenza devono essere dichiarati entro 10 giorni dalla richiesta dell'azienda.

Alberto Massaia - Liliana Perrone

Torino, maggio 2011