

Quesito 4

Chiarimenti relativamente alle visite di cui alla lett. e-ter) del 2 comma dell'art. 41 del D.lgs. n. 81/08 così come modificato con D.lgs. n. 106/09 (visita medica precedente alla ripresa del lavoro dopo malattia superiore ai 60 gg. continuativi)

La lettera e-ter), comma 2, art. 41, del D.lgs. n. 81/08, introdotta dal D.lgs. n. 106/09, incrementa l'elenco delle visite mediche ricomprese nella disciplina della sorveglianza sanitaria e stabilisce che a seguito di assenza per motivi di salute di durata superiore ai sessanta giorni continuativi è obbligatorio verificare l'idoneità alla mansione attraverso una visita medica, finalizzata, altresì, nei casi previsti, alla verifica di assenza di condizioni di alcol dipendenza e di assunzione di sostanze psicotrope e stupefacenti (ex. art. 41, comma 4, D.lgs. n. 81/08)

Riguardo al dubbio se i sessanta giorni da superare valgono per qualsiasi tipo di malattia (professionale e non), si afferma che l'obbligo di effettuare la visita medica, sorge in seguito ad ogni astensione legata a motivi di salute e quindi per qualsiasi malattia, sia essa professionale o meno.

A riguardo, c'è, innanzitutto, da precisare che i sessanta giorni, come richiesto dal decreto, devono essere fruiti continuativamente e possono essere riferibili a malattia comune, infortunio, malattia professionale o incidente grave in quanto il dettato normativo parla esplicitamente e in generale di *“assenze per motivi di salute”* quindi non individua alcun caso di esclusione.

Nei casi in cui ricorre l'obbligo di sorveglianza sanitaria, la visita medica che accerti l'idoneità alla mansione, a seguito di assenza superiore a sessanta giorni per motivi di salute, è effettuata dal medico competente, nominato dal datore di lavoro, così come enunciato dal comma 1, art. 41, del D.lgs. n. 81/08.

L'incombenza di verificare l'idoneità alla mansione non può che essere di competenza del medico aziendale, sia perché è la persona che più strettamente conosce l'ambiente di lavoro, le mansioni afferenti e i rischi insiti e soprattutto perché è la stessa norma che affida l'esclusivo obbligo di sorveglianza sanitaria, nei casi previsti, al medico competente, precisando che l'unico caso in cui la visita medica può essere effettuata presso i dipartimenti di prevenzione delle ASL riguarda le visite mediche preassuntive, nel qual caso sarà il datore di lavoro a scegliere se farle eseguire dal medico competente o meno.

L'obbligo di sorveglianza sanitaria, effettuata dal medico competente nei casi previsti, ricomprende anche la visita medica precedente alla ripresa del lavoro, a seguito di assenza per motivi di salute di durata superiore ai sessanta giorni continuativi.

Quindi il lavoratore, scaduto il periodo di malattia, non potrà rientrare al lavoro se non previa effettuazione della relativa visita medica che accerti la sua idoneità alla mansione.

Nel caso in cui il medico competente non fosse disponibile ad effettuare la visita, il lavoratore non potrà rientrare in azienda perché non ancora accertata la sua idoneità alla mansione e il relativo

costo non potrà che essere a carico dell'azienda, anche perché non sarebbe giustificato l'utilizzo degli istituti della malattia, salvo il caso in cui venga documentata, e delle ferie.

Per evitare di incorrere in queste situazioni, si ricorda, che è possibile effettuare la visita medica anche qualche giorno prima rispetto alla scadenza della malattia e in ogni caso, come chiarito dal Ministero del Lavoro il 23-2-2006 in risposta a domanda di interpello dell'ASCOM di Forlì, è ammessa la possibilità di nomina, da parte del datore di lavoro, del medico competente supplente.

Il medico competente, secondo quanto disposto dallo art. 25, comma 1, del D.lgs. n. 81/08, è obbligato a redigere una programmazione, in collaborazione con il datore di lavoro e il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, della sorveglianza sanitaria; mentre il datore di lavoro ha l'ulteriore duplice compito di inviare a visita i lavoratori entro le scadenze previste dal programma e richiedere al medico competente l'osservanza degli obblighi previsti a suo carico.

Pertanto nei casi di assenza per motivi di salute per un periodo continuativo superiore ai sessanta giorni, documentato da certificato medico, sarà compito del medico competente aggiornare la programmazione delle visite e conseguentemente al datore spetterà comunicare l'invio a visita del dipendente, prima che lo stesso possa rientrare al lavoro.

Nel caso di specie, quindi, qualora il medico competente non fosse disponibile per la visita ci si troverebbe davanti ad un inadempimento del relativo programma di sorveglianza sanitaria al quale lo stesso è tenuto ad ottemperare, mentre dal lato del datore si avrebbe una mancata osservanza dell'obbligo di inviare a visita i lavoratori entro le scadenze previste dal programma stesso, per ovvie ragioni il costo non potrà che essere a carico dell'azienda.

Una possibile soluzione potrebbe essere l'anticipo della visita, infatti, l'art. 41, comma 1, lettera e-ter), del D.lgs. n. 81/08 non impone affatto di effettuare la visita medica il giorno immediatamente precedente il rientro al lavoro; la visita deve solo precedere la ripresa del lavoro e, quindi, può essere effettuata in prossimità della scadenza in analogia al caso della visita fiscale.

Altra soluzione è offerta data dalla possibilità di nominare un medico competente supplente già nell'atto di nomina del medico stesso, oppure in un secondo momento qualora questi fosse impossibilitato.

In ogni caso, anche, la nomina del supplente è di competenza del datore di lavoro. Questo è stato affermato dal Ministero del Lavoro che in risposta ad una domanda di interpello della ASCOM di Forlì ha chiarito che l'unica eccezione all'orientamento, secondo il quale non è possibile che il medico competente in caso di assenza possa farsi sostituire da un collega, può consistere nella assenza per malattia o in altri impedimenti oggettivi del medico competente, a seguito dei quali potrebbe verificarsi la necessità della sua sostituzione, sempre su incarico del datore di lavoro, con altro medico che abbia i requisiti per essere nominato medico competente.

È evidente tuttavia, che in questo caso il sostituto, per il periodo di nomina, risponderebbe personalmente del proprio operato e nell'eventualità di controlli sanitari periodici già programmati, dovrà necessariamente provvedere non solo all'effettuazione materiale della visita ma anche al rilascio del certificato di idoneità alla mansione, assumendosi la piena responsabilità della valutazione operata.

Rispetto alle situazioni di inidoneità temporanea e/o parziale si domanda quale comportamento deve essere tenuto dall'azienda che ha esaurito o

non ha affatto al suo interno posizioni compatibili con il mutato stato di salute del dipendente?

A seguito della visita, il medico competente, può esprimere un giudizio di inidoneità temporanea e/o parziale rispetto alla mansione specifica, giudizio espresso per iscritto indicante i limiti temporali nel caso di inabilità temporanea e notificato al datore e al lavoratore.

Ai sensi dell'art. 42, del D.lgs. n. 81/08 il datore di lavoro, qualora il medico competente accertasse l'inidoneità alla mansione specifica, è tenuto ad adibire il lavoratore, ove è possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza

La giurisprudenza, come affermato nella sentenza della Cassazione, del 14-12-99, n.10465 è concorde nel ritenere che la non idoneità permanente consenta il recesso dal contratto.

Ma è ammesso, anche, il licenziamento nel caso di una impossibilità parziale del lavoratore, qualora il datore di lavoro dimostri di non potere ricollocare quel lavoratore all'interno dell'azienda in attività confacenti anche di livello inferiore, garantendo il trattamento corrispondente alla mansione di provenienza.

A ribadire ciò è una importante sentenza della Cassazione del 19-8-2009 n. 18387 secondo la quale in caso di sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni, quand'anche il ricorso ai mezzi offerti dalle avanzate tecnologie sia in grado di eliminare i gravosi sforzi fisici nell'esecuzione di determinati lavori, non è configurabile un obbligo dell'imprenditore di adottarli per porsi in condizione di cooperare all'accettazione della prestazione lavorativa, che vada oltre il dovere di garantire la sicurezza imposto dalla legge.

Ciò impone che il datore di lavoro, con l'ausilio del medico competente, operi attivamente per individuare all'interno dell'azienda una adeguata collocazione del dipendente e che si pervenga a definire delle misure di sostegno che favoriscano il mantenimento in azienda del lavoratore, e questo ancor di più nei casi in cui ci si trovi in presenza di una inidoneità che si può presumere temporanea anche se di lunga durata.

Riguardo alla sorveglianza sanitaria speciale, l'accordo della Conferenza permanente tra Stato e Regioni del 18-9-2008 stabilisce che qualora il medico competente accerti lo stato di tossico dipendenza o alcolodipendenza ovvero l'utilizzo di sostanze stupefacenti o alcolemiche e quindi l'eventuale inidoneità alla mansione, si deve distinguere l'ipotesi di temporanea inidoneità a seguito degli accertamenti di primo livello, apprestati dal medico competente, nel qual caso il lavoratore sarà giudicato temporaneamente inidoneo alla mansione finché non sottoposto agli approfondimenti diagnostici di secondo livello presso le strutture sanitarie competenti, dal caso in cui anche i controlli di secondo livello dimostrino quanto accertato in precedenza in cui è previsto che, al fine di poter attivare precocemente un percorso di riabilitazione, dovrà essere garantita la possibilità al lavoratore di accedere a tale trattamento con la conservazione del posto.

La disposizione si traduce nell'obbligo del datore, una volta accertata la inidoneità alla mansione specifica del lavoratore, di valutare tenendo conto effettivamente delle condizioni oggettive dell'organizzazione e soggettive (afferenti alla preparazione e alla formazione del lavoratore), la possibilità di assegnazione del lavoratore ad altra mansione (equivalente o inferiore), per cui ai fini della configurabilità di un legittimo licenziamento per giustificato motivo oggettivo non è sufficiente la inidoneità ad effettuare la prestazione, in un determinato luogo e secondo determinate modalità.

Occorre, infatti, anche la prova circa la impossibilità di reimpiego dello stesso lavoratore nell'ambito della organizzazione aziendale.

Nel caso di inidoneità parziale, sia temporanea che permanente, il medico deve indicare quali siano i compiti e (o le esposizioni) che vanno evitate e, dunque, quale è il campo delle residue idoneità. L'obiettivo prospettabile deve essere il pieno e proficuo inserimento nel proprio lavoro anche dei soggetti portatori di ridotte capacità lavorative, posto che le condizioni lavorative siano idonee o che vengano rese tali ad accogliere tutti i lavoratori.

Rispetto alla disciplina in materia di DPI si chiede fino a che punto possono spingersi le azioni “coercitive” volte a far rispettare dai lavoratori il corretto utilizzo di tali dispositivi?

L'art.74 del D.lgs. n. 81/08 definisce come dispositivo di protezione individuale (DPI) qualsiasi attrezzatura destinata ad essere indossata e tenuta dal lavoratore allo scopo di proteggerlo contro uno o più rischi suscettibili di minacciarne la sicurezza o la salute durante il lavoro, nonché ogni complemento o accessorio destinato a tale scopo.

L'obbligo all'utilizzo è stabilito dall' art. 75 del D.lgs. 81/08 quando i rischi non possono essere evitati o sufficientemente ridotti da misure tecniche di prevenzione, da mezzi di protezione collettiva, da misure, metodi o procedimenti di riorganizzazione del lavoro.

Il lavoratore qualora non rispettasse le norme e il corretto utilizzo dei dispositivi di protezione individuale sarebbe passibile, ai sensi dell'art. 59 del D.lgs. n. 81/08, di arresto fino a un mese o ammenda da 200 a 600 euro per la violazione degli articoli 20, comma 2, lettere c), d), e), f), e 43, comma 3, primo periodo; e ai sensi dell'art. 285 del D.lgs. n. 81/08, con l'arresto fino a quindici giorni o con l'ammenda da 100 a 400 euro per la violazione dell'art. 277, comma 1.

Per completezza si ricorda che è sempre possibile in questi casi utilizzare le sanzioni disciplinari quali rimprovero verbale, multa, e licenziamento (o come meglio individuate dai Ccnl) previste dall'art. 7 della L. n. 300/70.

La disciplina sulla salute e sicurezza sul lavoro prevede, quale principio fondamentale, che ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro.

In caso di utilizzo non corretto ed appropriato dei DPI o di modifica e/o rimozione degli stessi i lavoratori potrebbero essere sanzionati secondo l'art. 59 del D.lgs n. 81/08 per violazione dell'art. 20, comma 1, lettere c), d), e), f) con la reclusione fino ad un mese o sanzione dai 200 ai 600 euro; la stessa sanzione potrebbe essere comminata ai lavoratori che rifiuterebbero, senza giustificato motivo, la designazione quali incaricati dell'attuazione delle misure di prevenzione incendi e lotta antincendio (art. 18, comma 1, lett. b)); mentre ai sensi del comma 1, lettera b), dell'art. 285 del D.lgs. n. 81/08, che ha ad oggetto l'esposizione ad agenti biologici, i lavoratori che non rispetterebbero l'obbligo di utilizzo degli idonei mezzi di protezione, in caso di incidenti che potrebbero provocare la dispersione nell'ambiente di un agente biologico, sarebbero punibili con arresto fino a 15 giorni o con ammenda da 100 a 400 euro per mancato rispetto dell'art. 277, comma 1, del D.lgs. n. 81/08.

In ogni caso, il datore di lavoro, potrà sempre utilizzare il potere disciplinare per sanzionare il mancato rispetto del corretto utilizzo dei DPI, potere esercitabile nel rispetto del art. 7 della L. n.

300/70; secondo il quale le norme disciplinari, rimprovero verbale, multa, licenziamento (o come meglio individuate dai Ccnl), devono rispettare il principio della proporzionalità tra addebito e sanzione (art. 2106 c.c.), il principio della gradualità, del contraddittorio (art. 7, L. n. 300/70) e della procedimentalizzazione secondo cui la procedura seguita per applicare la sanzione deve essere nota.

Comunque per poter comminare le sanzioni, queste, devono essere portate a conoscenza dei dipendenti e tale conoscenza può essere garantita alla generalità dei lavoratori mediante affissione (o altre forme che consentono una facile e diffusa pubblicità), delle norme stesse, in un luoghi accessibili a tutti.