

## Rosa Casillo

### L'eterno problema degli accertamenti sanitari

**SOMMARIO:** **1.** Interessi contrapposti e beni protetti nell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori. **2.** L'ambito soggettivo di efficacia del divieto. **3.** L'ambito oggettivo. Gli accertamenti vietati nei casi di sospensione del rapporto. **3.1.** Le condizioni di legittimità. **4.** Gli accertamenti sull'idoneità fisica, in fase di assunzione e nel corso del rapporto di lavoro.

#### *1. Interessi contrapposti e beni protetti nell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori*

Nel disegno di costituzionalizzazione e democratizzazione dell'impresa perseguito con lo Statuto dei lavoratori<sup>1</sup> la disposizione sugli accertamenti sanitari ha avuto una collocazione incerta. I valori di libertà e dignità hanno infatti faticato ad affermarsi nel dibattito sull'art. 5, che ha subito l'inquinamento delle problematiche connesse all'uso non legittimo della sospensione del rapporto per ragioni di cura della salute *ex art. 2110 cod. civ.*

La disposizione, come noto, si fece carico delle istanze emerse presso i lavoratori in un contesto caratterizzato dai "misfatti dei medici di fabbrica" che, di fatto, si traducevano in provvedimenti disciplinari anche espulsivi, per la tendenza giurisprudenziale ad attribuire efficacia probatoria vincolante all'accertamento dell'infermità disposto dal datore di lavoro<sup>2</sup>. Si decise perciò un meccanismo in garanzia dell'imparzialità dell'accertamento medico di controllo, così sottratto all'arbitrio (indiretto) del datore di lavoro e rimesso ad organismi pubblici estranei ad entrambe le parti (art. 5, co. 2). Allo stesso requisito di imparzialità si condizionò la legittimità dell'esercizio

<sup>1</sup> Cfr. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in ID. *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, p. 402 ss., MANCINI, *Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in PD, 1970, p. 57 ss.

<sup>2</sup> V. MAZZOTTA, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, in DLRI, 1983, pp. 2 e 17 ss., PERA, *Art 5 (Accertamenti sanitari)*, in ASSANTI, PERA, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1972, p. 42 ss.

della facoltà di accertamento dello stato fisico del lavoratore nelle ipotesi diverse dalla sospensione del rapporto (co. 3). Ed entrambe le previsioni furono rafforzate da una preclusione assoluta di accertamenti diretti (art. 5) e dalla sanzione penale in caso di inosservanza del divieto (art. 38).

Benché non fosse destinata ad arricchire la disciplina in tema di astensioni per malattia<sup>3</sup> intervenendo, in senso permissivo o restrittivo, sulle regole di fruizione dell'astensione in sé, le criticità emerse in sede di applicazione della disposizione al co. 2<sup>4</sup> sono stati letti, dagli interpreti anche giuridici, nell'ottica deformante della impropria collocazione della norma nell'area delle strumentazioni di contrasto alla "nuova, più subdola forma di conflittualità"<sup>5</sup> e ai licenziamenti arbitrari "a causa di malattia"<sup>6</sup>. Con l'effetto di farne convergere la valutazione intorno all'efficacia dell'imparzialità del controllo ispettivo rispetto al fine del contrasto all'assenteismo abusivo e alla discrezionalità datoriale nelle scelte di espulsione.

Se assunto come precetto posto a questi fini, anche nell'attualità il giudizio sull'art. 5, co. 2 non può che essere di inadeguatezza, attesa la ormai acquisita non preclusività dell'accertamento ispettivo<sup>7</sup> e l'accreditamento di altri strumenti per la tutela sia dei datori di lavoro dalle false malattie<sup>8</sup> sia dei lavoratori dal rischio di licenziamento per ragioni di cura della salute<sup>9</sup>. Ma quando l'interpretazione procede nella traccia segnata dallo squilibrio (formale e) sostanziale delle parti e dallo "spirito del diritto del lavoro", dal precetto che impone l'estraneità, dalla procedura di controllo medico, del soggetto nel cui interesse il controllo medesimo è effet-

<sup>3</sup> Disciplina a quel tempo limitata alla copertura indennitaria (l. 11 novembre 1983, n. 638) ed alla garanzia della conservazione del posto di lavoro (art. 2110 cod. civ.).

<sup>4</sup> Tra cui il valore della certificazione pubblica sul piano probatorio, l'imparzialità dei medici fiscali, la configurazione obbligo-onere della sottoposizione del lavoratore alla visita di controllo e le conseguenze in tema di giustificazione dell'assenza. Su questi temi, per le tesi sino agli anni '80, LEO, *Le disposizioni penali dello statuto dei lavoratori*, in *RGL*, 1981, p. 679 ss.

<sup>5</sup> ICHINO P., *Malattia, assenteismo e giustificato motivo di licenziamento*, in *RGL*, 1976, p. 159.

<sup>6</sup> V. MAZZOTTA, *op. cit.*, la cui conclusione si legge a p. 21.

<sup>7</sup> Sul dibattito passato v. BALDUCCI, *Art. 5 (Accertamenti sanitari)*, in GIUGNI (diretto da), *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1971, p. 44 ss. Su quello recente ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Giuffrè, 2003, p. 97 ss. In giurisprudenza: Cass. 4 aprile 1997 n. 2953 in *MCG*, 1997, p. 539; Cass. 11 maggio 2000 n. 6045 in *NGL*, 2000, p. 600; Cass. 22 maggio 1999 n. 5000, in *MCG*, 1999, p. 1139; Cass. 2 novembre 1998 n. 10944, in *MCG*, 1998, p. 2239.

<sup>8</sup> Segnatamente, le scelte legislative e di fonte collettiva sull'inasprimento del godimento del diritto all'astensione e sull'irrigidimento delle sanzioni per gli abusi.

<sup>9</sup> Innanzitutto l'effettività del sistema sanzionatorio per i licenziamenti illegittimi.

tuato, si coglie la vera ragione di esistenza della norma. E cioè la garanzia che la valutazione del pregiudizio occorso allo stato psico-fisico del lavoratore assente per malattia avvenga al riparo da strumentalizzazioni datoriali con alterazione dell'equilibrio che, secondo l'art. 41, co. 2, Cost. governa (anche) il rapporto interprivato di subordinazione<sup>10</sup>.

Nella vicenda del rapporto, dal lato del datore rileva, innanzitutto, l'interesse alla verifica della causa di sospensione la quale, ex art. 2110, co. 1, cod. civ., rende impossibile la prestazione dell'obligato senza tuttavia travolgere, a motivo dell'inversione del rischio contrattuale altrimenti gravante sul lavoratore ex artt. 1463 e 1256 cod. civ., quella del creditore della prestazione di lavoro<sup>11</sup>. Su di lui ricade, in base all'art. 2110 cod. civ. come integrato dalle fonti collettive e dagli istituti di previdenza, l'intero obbligo retributivo nel periodo di carenza e può gravare, totalmente o parzialmente, la corresponsione del trattamento economico per il successivo periodo di assenza<sup>12</sup>. Ricadono, ancora, i riflessi sull'organizzazione produttiva, tanto più scompaginata dall'assenza quanto più essa si protrae, con costi, diretti e indiretti, connessi alle esigenze di sostituzione. Tutto ciò definisce in capo al datore di lavoro un interesse, riconducibile a quello economico ex art. 41, co. 1, Cost., alla cui soddisfazione attende il potere di controllo, manifestazione e presupposto di svolgimento delle prerogative giuridiche in cui si sintetizza la posizione della parte datoriale del rapporto ex art. 2094<sup>13</sup>. Su questo potere, che qui si configura come controllo sull'adempimento della prestazione, l'art. 5, co. 2 interviene in limitazione, per ragioni di tutela della persona che dal controllo sulla prestazione è investita.

<sup>10</sup> Da ultimo Cass., sez. pen. III, 9 dicembre 2004 n. 1728.

<sup>11</sup> SANTUCCI, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, Utet, 1993, p. 4 ss., VACCARO, *La sospensione del rapporto di lavoro*, ESI, 1983, 7 ss.

<sup>12</sup> RENZI, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, 2007, p. 1639 ss. Per la disciplina vigente nel pubblico impiego v. CASILLO, *La malattia del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 377 ss.

<sup>13</sup> Per le tesi sulla fonte della prerogativa regolata all'art. 5, v. PERA, *Art. 5, cit.*, p. 44, NATOLI, *Assenze per malattia del lavoratore e poteri di accertamento del datore di lavoro*, in DL, 1976, p. 38 ss., SUPPIEJ, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, in RDL, 1972, p. 16 ss. Per l'opzione che qui si accoglie v. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Giuffrè, 1976, p. 158 s. In giurisprudenza recente Cass. 22 aprile 2004 n. 7691, in NGL, 2004, p. 332.

Rispetto al suo esercizio, infatti, la posizione del prestatore di lavoro esprime interessi di natura non economica. L'accertamento medico incide sul diritto fondamentale alla cura propria *ex art. 32 Cost.*, perché dal suo esito deriva la conferma del pregiudizio non ancora recuperato o l'obbligo di riprendere l'attività lavorativa<sup>14</sup>. Incide altresì sul diritto alla riservatezza inteso nella sua tradizionale accezione di protezione dall'altrui ingiustificato interesse a conoscere<sup>15</sup>, esponendo la persona al rischio di accertamenti da parte di personale non sanitario o alla divulgazione, al datore di lavoro, della natura dell'infermità ove non influente sull'adempimento della prestazione<sup>16</sup>. Si tratta di due beni immateriali della persona che il Costituente, esplicitamente e non<sup>17</sup>, ha fatto oggetto di situazioni soggettive di natura fondamentale proteggendole con la forma dell'inviolabilità (non annullabilità, ancorché compressione) a fronte delle istanze di limitazione provenienti dal potere pubblico e privato.

Ove mosso da incondizionate (pur legittime) ragioni di profitto, o contaminato da (illegittime) ragioni discriminatorie o espulsive, l'esercizio del potere di controllo può svolgersi travolgendo questi diritti della persona. In tal modo invertendo i termini del bilanciamento che, all'art. 41, co. 2, Cost., vede viceversa l'interesse dell'impresa – che pur comprime le manifestazioni della personalità del lavoratore – soccombere alle istanze di sicurezza (incolumità fisica), di libertà (potere di autodeterminazione), di tutela della dignità umana (non soppressione delle prerogative della personalità). Beni immateriali a cui, in questa vicenda del rapporto, la spersonalizzazione del controllo offre adeguata protezione se dal potere datoriale elimina l'arbitrio portato della discrezionalità che veicola valutazioni soggettive in contrasto con la rilevanza dei diritti della persona nel rapporto di subordinazione.

<sup>14</sup> Sul punto D'HARMAND FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 394 ss.

<sup>15</sup> Su di essa, diversa dal diritto alla *privacy*, CATAUDELLA A., *Riservatezza (diritto della)*, in *EGT*, 1989, p. 4 ss. e ID., *Dignità e riservatezza*, *cit.*, pp. 2 e 8, ove si rileva lo sfumare del diritto per l'interesse a conoscere del datore di lavoro.

<sup>16</sup> Cfr. ROMAGNOLI, *op. cit.*, secondo cui la norma oppone *tout cour* la riservatezza al datore di lavoro; CATAUDELLA A., *La "dignità" del lavoratore (considerazioni sul titolo 1 dello statuto)*, in *DL*, 1973, p. 7, nota 15 e PERA, *Art. 5, cit.*, p. 43 invece ne rifiutano l'inserimento tra i beni *ivi* protetti. Di recente TROJSI, *Sfera privata del lavoratore e contratto di lavoro (artt. 5, 8 e 26 St. lav.)*, in *QDLRI*, 2000, p. 233 ss.

<sup>17</sup> Sulla creazione giurisprudenziale dei diritti fondamentali, tra i quali il diritto alla riservatezza, v. per tutti MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995.

A questa prospettiva teleologica accede anche la lettura del terzo comma dell'art. 5, ove l'imparzialità del controllo è richiesta per la valutazione dell'idoneità psico-fisica del lavoratore. In questa sede, la pretesa che richiama effettività è la riservatezza su dati non attratti alla conoscenza del datore perché non influenti sullo svolgimento della prestazione. Parallelamente, emerge nella fattispecie l'esigenza di depurare *ab origine* la scelta datoriale all'assunzione da motivazioni che diano ingresso a determinazioni discriminatore le quali, riservando al soggetto un trattamento pregiudizievole in ragione delle sue specificità, si tradurrebbero, di fatto, nella loro negazione, con mortificazione della dignità della persona che anche attraverso la manifestazione della propria individualità (sessuale, razziale, religiosa, politica) è affermata.

In tale svolgimento si coglie la *ratio* unitaria dell'art. 5 dello statuto, il bene protetto nel bilanciamento di interessi che *ivi* si compone e se ne chiarifica la piena cittadinanza nella carta *dell'habeas corpus* del lavoratore disegnata dal titolo I dello statuto<sup>18</sup>. Rispetto a questa finalità ultima di tutela si indirizza la riflessione sulle sorti della norma statutaria a quarant'anni dalla sua emanazione, seguendo una traccia che percorre la successiva normativa e l'applicazione giurisprudenziale nell'ottica di verificarne l'allontanamento o la fedeltà all'istanza di tutela della dignità della persona che in essa si esprime.

## 2. *L'ambito soggettivo di efficacia del divieto*

L'ambito di estensione soggettiva del divieto, a tutela dei lavoratori già dipendenti e/o quelli in via di assunzione, è questione emblematica dell'evoluzione del pensiero degli interpreti verso la visione unitaria dell'art. 5.

All'interrogativo, sollevato a proposito degli accertamenti sulla idoneità di cui al co. 3, la prima giurisprudenza ha dato soluzione negativa. Costruendo la sistemica della disposizione ponendo il divieto assoluto di accertamenti diretti, di cui al co. 1, come l'unica norma precettiva, le condizioni di liceità dei controlli, indicate al co. 2 per le astensioni per infermità e al co. 3 per la valutazione della idoneità fisica, non appaiono come autonomi precetti bensì specificazioni del divieto di cui al comma 1. Il dato letterale *ivi* contenuto, che riferisce il divieto ai controlli sui "lavora-

<sup>18</sup> L'espressione è di MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Giappichelli, 1988, p. 357.

<sup>19</sup> Per questa giurisprudenza v. LEO, *op. cit.*, p. 710 ss.

tori dipendenti”, assume perciò rilievo determinante per l’applicazione dei commi successivi, ove pure il legislatore richiama i “lavoratori” *tout cour*<sup>19</sup>. All’opposta tesi, della necessaria imparzialità anche per accertamenti all’atto dell’assunzione, la dottrina e la giurisprudenza (superata qualche incertezza) giungono indicando il soggetto destinatario della tutela *ex* l’art. 5 in ogni persona che, non disponendo dei mezzi di produzione, dipende da altri per il reperimento dei mezzi di vita e per l’esplicazione della sua professionalità<sup>20</sup>.

### 3. *L’ambito oggettivo. Gli accertamenti vietati nei casi di sospensione del rapporto*

Nella prospettiva teleologica sono svelati anche gli aspetti attinenti all’altro profilo della sfera di efficacia della norma, quello oggettivo relativo all’ambito materiale di applicazione del divieto.

In ordine all’accertamento nei casi di sospensione del rapporto, *ex* co. 2, non è mai stata posta in dubbio la riferibilità del divieto sia alla malattia che all’infortunio, ponendosi solo il problema della estensione, al secondo caso, delle fasce di reperibilità, ora previste dalla legge solo per la malattia morbigena. La soluzione giurisprudenziale, che ammette la fonte collettiva a colmare il vuoto di legge, opportunamente assume che l’obbligo di reperibilità è strumentale all’esercizio del potere datoriale ma anche alla tutela del lavoratore, a motivo dell’invasività del controllo che si tradurrebbe, altrimenti, in una limitazione della libertà di movimento *ex* art. 16 Cost., illegittima perché sproporzionata rispetto all’obbligo di correttezza del lavoratore e alla soddisfazione dell’interesse (alla guarigione) proprio di entrambe le parti del rapporto<sup>21</sup>.

Un’incertezza si è posta, e si pone tutt’ora, sulla natura degli accertamenti vietati. La lettura della disposizione, rapportata alla norma, l’art. 8, che delimita il potere di indagine del datore sull’altra sfera immateriale della persona, quella ideologica, consente di affermare che l’art. 5, co. 1 ha

<sup>20</sup> Così MENGONI, *Le modificazioni del rapporto*, cit., p. 384; Cass. 12 febbraio 2003 n. 2104, in *OGI*, 2003, I, p. 260; Cass., sez. pen. III, 10 novembre 1998 n. 1133, in *RIDL*, 2000, I, p. 67; Cass. 27 dicembre 1997 n. 13056, in *MCG*, 1997, p. 2365; Cass. 4 maggio 1984 n. 2729, in *GC*, 1985, I, p. 119. *Contra* Cass., sez. pen. III, 28 ottobre 1997 n. 2835, in *MGL*, 1998, p. 153; Cass., sez. pen. III, 8 gennaio 1998 n. 2635, in *RIDL*, 1998, II, p. 280.

<sup>21</sup> Cass. 9 novembre 2002 n. 15773, in *RGL*, 2003, II, p. 560; Cass. 30 gennaio 2002 n. 1247, in *RIDL*, 2002, II, p. 357.

inteso inibire gli accertamenti sanitari in senso tecnico, quelli volti a verificare, secondo la scienza medica, lo stato di salute psico-fisica della persona. Ne consegue l'esclusione, dall'ambito di applicazione del co. 2, di altre e diverse attività con le quali pure il datore assume circostanze e fatti a prova della reale sussistenza dell'infermità addotta a giustificazione dell'assenza e della sua idoneità a determinare lo stato di incapacità lavorativa. In questo senso può concordarsi con le tesi che assolvono, rispetto all'art. 5, co. 1 e 2, il ricorso, a tali fini, ad agenzie investigative o ad altri mezzi<sup>22</sup>. Salvo poi verificarne la correttezza rispetto al divieto *ex art.* 8, ancorché da modulare con l'interesse del datore alla conoscenza di un fatto costituente illecito disciplinare<sup>23</sup> nonché l'utilizzabilità dei mezzi di prova, così acquisiti, in difetto dell'accertamento *ex co.* 2. Di ciò correttamente si è dubitato<sup>24</sup>, perché la prova della sussistenza o meno dell'infermità è, a tutela della dignità del lavoratore, nello strumento palese di cui all'art. 5 co. 2, non in quelli occulti altrimenti acquisiti i quali, semmai, possono aver valore di contrasto alla certificazione in esito al controllo.

### 3.1. *Le condizioni di legittimità*

Le ragioni dell'imparzialità del controllo – nonché la rilevanza pubblica dell'interesse protetto perciò escluso dalla disponibilità dello stesso soggetto che ne è titolare – hanno indotto la giurisprudenza ad affermare la sussistenza del divieto di cui al co. 1 anche nei casi di consenso del lavoratore alla visita del sanitario di fiducia del datore di lavoro<sup>25</sup>. Il momento di procedimentalizzazione del potere datoriale, però, ha posto un dubbio di compatibilità con la libertà personale *ex l'art.* 13 Cost. Dubbio oramai risolto dalla Corte costituzionale nel 1975<sup>26</sup>, con il rilievo che nell'accertamento ispettivo non vi è la coazione fisica che legittima la cautela, posta a

<sup>22</sup> Pret. Torino 11 agosto 1995, in *LG*, 1996, p. 73; Trib. Roma 22 febbraio 1996, in *OGL*, 1996, p. 941; Trib. Perugia, 17 settembre 2005, in *RIDL*, 2006, II, p. 101; Cass. 3 maggio 2001 n. 6236, in *RGL*, 2002, II, p. 50; Cass. 14 maggio 2003 n. 7478, in *MGC*, 2003, p. 5.

<sup>23</sup> Sul punto, ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 27, BALDUCCI, *op. cit.*, p. 45 ss.; all'opposto, PERA, *Art. 5, cit.*, pp. 45 e 54, ICHINO, *op. cit.*, p. 101 ss.

<sup>24</sup> Trib. Milano, 4 dicembre 2000 in *LG*, 2001, p. 695 (s.m.). Diversamente PERA, *Art. 5, cit.*, p. 54 ss., e, in giurisprudenza, Trib. Roma 2 giugno 2000, in *RIDL*, 2000, II, p. 695.

<sup>25</sup> Cass., sez. pen. III, 9 febbraio 2004 n. 1724, in *DG*, 2005, 7, p. 44.

<sup>26</sup> C. cost. 5 febbraio 1975, n. 23, in *RGL*, 1973, II, p. 470, su questione sollevata da Pret. Torino 13 febbraio 1972, in *MGL*, 1972, p. 470, anticipata da ROMAGNOLI, *Art. 5, cit.*, p. 26.

tutela della dignità del soggetto, nei termini del provvedimento autorizzatorio dell'Autorità giudiziaria.

È però rimasto, in parte, il dubbio circa la reale imparzialità dei “servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti”. L'attuale titolarità dell'esecuzione dei controlli in capo ai medici non solo delle Asl ma anche dell'Inps<sup>27</sup> ha introdotto, nel momento del controllo, l'interesse del terzo soggetto coinvolto nelle assenze per malattia, ossia l'ente erogatore delle indennità<sup>28</sup>. È tuttavia escluso che l'accertamento venga contaminato dall'interesse del datore di lavoro, il quale non ha facoltà di individuare il sanitario che, in concreto, procederà all'accertamento, vigendo il principio del carattere anonimo della richiesta *ex artt. 2 e 3, d.m. 15 luglio 1986*.

A questa stessa fonte secondaria, emanata in attuazione dell'art. 5, co. 10, l. 638/1983, si deve il contemperamento tra effettività del diritto al controllo (*ex art. 41, co. 1, Cost.*) e libertà personale del lavoratore (*ex art. 16 cost.*) connessa anche alle esigenze di cura (*ex art. 32 cost.*). Il decreto fissa il tempo in cui il lavoratore è obbligato a garantire giornalmente la presenza al proprio domicilio<sup>29</sup> – ore 10.00–12.00 e ore 17.00–19.00 di ogni giorno compresi i domenicali e i festivi – con una previsione che vale, oggi, solo per i lavoratori privati, essendo intervenuta, per i lavoratori pubblici, la diversa e più restrittiva disciplina del d.m. 18 dicembre 2009, n. 206 che, pur escludendo alcune patologie, amplia la reperibilità dalle ore 9.00–13.00 alle ore 15.00–18.00. Tale è una disposizione, tra quelle che nel tempo hanno costruito il corredo attuativo dell'art. 5 dello statuto, che si allontana dalla sua finalità ultima, con grave pregiudizio ad uno di quei beni (l'integrità psico-fisica) che la norma statutaria ha inteso tutelare, con il riaffacciarsi per essa dell'impropria collocazione nelle tematiche del contrasto all'assenteismo abusivo.

Può essere letta come espressione di questa tendenza anche la soluzione adottata in ordine all'applicazione dell'art. 2, d.m. 15 luglio 1986 che dispone circa il momento in cui il datore può chiedere la visita di controllo. La norma consente l'ispezione sin dal primo giorno di assenza e la giurisprudenza ne legittima la richiesta anche in assenza dell'invio del certificato

<sup>27</sup> Per la prima v. l'art. 14, co. 3, lett. g), l. 23 dicembre 1978 n. 833; per la seconda v. art. 8-bis d.l. 30 aprile 1981 n. 168 convertito con l. 27 giugno 1981 n. 331, art. 5, co. 12, d.l. 12 settembre 1983 n. 436 convertito con l. 11 novembre 1983 n. 638.

<sup>28</sup> MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 22, parla in proposito di “imparzialità zoppa”.

<sup>29</sup> In tema DEL PUNTA, *Gli accertamenti sanitari sui lavoratori dipendenti dopo la normativa sulle “fasce orarie” di reperibilità*, in *RIDL*, 1986, I, p. 774 ss.

medico<sup>30</sup>. Ciò traduce la norma statutaria tra quelle deputate al controllo sulle assenze, non invece sulle malattie che determinano l'assenza. Tesi che pure emerse nel dibattito parlamentare<sup>31</sup>, ma che è stata smentita dalla ormai stabilmente affermata *ratio* di tutela dell'art. 5 che impedisce una interpretazione informata all'idea che il difetto di comunicazione di motivi fondi una presunzione di malattia<sup>32</sup>. Peraltro, l'invio tardivo del certificato di malattia, che così si vuole sanzionare perché impedisce il controllo sulle assenze brevi o brevissime, è già rilevante dal punto di vista disciplinare secondo la totalità delle disposizioni collettive per il settore privato<sup>33</sup> e pubblico<sup>34</sup>; ed è rilevante ai fini della corresponsione dell'indennità Inps, ove prevista, la quale segue al periodo di carenza solo se supportata dalla certificazione della malattia<sup>35</sup>.

La comunicazione dello stato di malattia reca un profilo problematico ulteriore, connesso al fatto che l'art. 15, l. 23 aprile 1981, n. 155 – e sulla sua base il d.m. 15 luglio 1986, art. 6 co. 3 – dispone che il datore non sia ammesso alla conoscenza della diagnosi, esclusa anche dal certificato in esito della visita ispettiva che pure deve contenere la sola prognosi<sup>36</sup>. Detta previsione, se è nel rigoroso rispetto del diritto alla riservatezza del lavoratore, può non essere giustificata nell'ottica dell'interesse del datore alla valutazione dei riflessi della patologia sulla salute degli altri lavoratori e sull'aspettativa nei futuri adempimenti del lavoratore malato<sup>37</sup>. Della comunica-

<sup>30</sup> Cass. 5 maggio 1978 n. 2156; Cass. 1 marzo 2004 n. 4163. Diversa da quella dell'assenza (Cass. 21 marzo 1997 n. 2494), la comunicazione della malattia è obbligo del lavoratore (*ex art. 2, d.l. 30 dicembre 1979 n. 663 conv. con l. 29 febbraio 1980 n. 33*) per le vie telematiche messe a punto dal d.m. 26 febbraio 2010 e dalla Circolare del Ministro per la funzione pubblica 19 marzo 2010 n. 1, con le regole, anche sanzionatorie, previste all'art. 55 *septies* d.lgs. 165/2001 estese, dall'art. 25 l. 183/2010, anche ai lavoratori dipendenti da datore privato.

<sup>31</sup> Ne riferisce criticamente PERA, *Art. 5, cit.*, p. 46 ss.

<sup>32</sup> V. Cass. 1 marzo 2004, n. 4163, in *RIDL*, 2004, II, p. 827, e la diversa tesi di MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 5 ss.

<sup>33</sup> Vi si connettono sanzioni minori e, in caso di reiterazione, la sanzione espulsiva, ad esempio, nel ccnl Industria Metalmeccanica privata, 2008-2011, Titolo 7, artt. 8-10; ccnl Trasporti Aerei - Assistenti di volo Enav, rinnovo 2007, art. 35; ccnl Elettrici, 2001-2005, art. 25; ccnl Telecomunicazioni, 2005-2008, artt. 46-48.

<sup>34</sup> Sul punto, e per le modifiche recenti, v. CASILLO, *La malattia, cit.*, p. 388 ss.

<sup>35</sup> Cass., sez. un., 2 febbraio 1993 n. 1283, in *FI*, 1993, I, c. 1085; C. cost. 29 dicembre 1988 n. 1143, in *FI*, 1989, I, c. 973.

<sup>36</sup> V. dd.mm. 25 febbraio 1984, 8 gennaio 1985, 15 luglio 1986 e 27 maggio 1987.

<sup>37</sup> MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 17 ss.

zione il lavoratore può avere un onere, ai fini della fruizione di benefici che, per legge o per contratto collettivo, sono connessi a certe patologie come quelle oncologiche<sup>38</sup>; ma non ha obbligo neppure nel caso di patologie infettive, dove potrebbero solo rilevare, ai fini della comunicazione al datore, gli obblighi di correttezza e buona fede.

#### 4. *Gli accertamenti sull'idoneità fisica, in fase di assunzione e nel corso del rapporto*

Le ipotesi rientranti nella fattispecie regolata dall'art. 5, co. 3 riguardano gli accertamenti sull'idoneità fisica al lavoro, dei quali il datore ha mera facoltà comunque esercitabile, nel corso del rapporto o in fase preconstitutiva di esso, nella direzione di imparzialità<sup>39</sup>.

Nei primi anni di applicazione della norma non si registrano seri contrasti sulla delimitazione dell'indagine alle caratteristiche fisiche influenti sull'adempimento della prestazione, anche grazie ad una lettura coordinata con l'art. 8 il quale, pur riferendosi al diverso concetto di attitudine professionale, ha contribuito a tracciare la separazione tra prestazione di lavoro e persona<sup>40</sup>. I problemi sono sorti, invece, nel confronto con la "modernità" che ha imposto la riflessione sulla possibilità di comprendere, negli accertamenti sulla idoneità, le già richiamate patologie ad elevato rischio di contagio ed altri dati sensibili, quali la tossicodipendenza, l'alcolismo e le indagini sul patrimonio genetico del lavoratore<sup>41</sup>.

La problematica giuridica, in tali casi, non è parsa legata alla riconducibilità o meno di questi tra gli elementi rilevanti per l'esecuzione della prestazione; anche in presenza di questa condizione si è infatti avvertita la necessità di blindare il diritto alla riservatezza. Salvo poi opportunamente mitigare tale interesse privato fondamentale con l'interesse, pure fondamentale, di natura innanzitutto pubblica *ex art. 32 Cost.*

<sup>38</sup> Per esse vi è una disciplina di favore in quanto alle astensioni in ragione della cura (v. RENZI, *op. cit.*, p. 1612 s.) ed in sede di conversione del rapporto *full-time* in *part time*, *ex d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 61*, e successive modifiche.

<sup>39</sup> Cass. 17 giugno 1997 n. 5416, in *MCG*, 1997, p. 1001; Cass. 27 dicembre 1997 n. 13056, in *MCG*, 1997, p. 2444; *Contra* Cass. 6 giugno 1998 n. 5600, in *MCG*, 1998, p. 1235. Sul punto v. LEO, *op. cit.*, p. 713 s.

<sup>40</sup> Cfr. ICHINO, *op. cit.*, p. 108 ss. In giurisprudenza Cass. 28 agosto 2003 n. 12637, in *MGC*, 2003, 7-8, p. 879.

<sup>41</sup> V. TROJSI, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, in *DLRI*, 2008, p. 117.

Per i casi di Hiv, la tutela del riserbo ha avuto un primo svolgimento, nella l. 5 giugno 1990 n. 135, con una previsione antidiscriminatoria in caso dell'accertata malattia (art. 5, co. 5), un divieto assoluto di accertamenti da parte del datore (art. 6) e la imprescindibilità del consenso dell'interessato derogabile in casi di necessità clinica e a tutela della sua salute (art. 5, co. 3).

Il contemperamento con l'interesse (pubblico) alla protezione della salute dei terzi si deve alla Corte Costituzionale la quale, con sentenza n. 218/1994, nel dichiarare il contrasto dell'art. 5 l. 235/1990 rispetto all'art. 32 Cost., obbliga l'accertamento sulla sieropositività per i lavoratori, assunti o assumendi, impegnati nello svolgimento di attività ad alto rischio di contagio (specificate dalla l. 359/1990). Nel contempo, in ragione della tutela della "persona umana" di cui allo stesso all'art. 32 Cost., la Corte considera imprescindibile il consenso dell'interessato all'accertamento che tuttavia bilancia col diritto alla salute pubblica (ancora *ex art. 32 Cost.*) inibendo lo svolgimento delle attività a rischio a chi rifiuta di sottoporsi all'esame medico, escludendo in ogni caso provvedimenti sanzionatori da parte del datore. Si può dire che detta interpretazione concilia pienamente l'interesse economico del datore (art. 41, co. 1, Cost.) e l'interesse pubblico alla tutela della salute individuale e collettiva (art. 32 Cost), nella intangibilità della dignità del lavoratore (art. 41, co. 2, Cost.). Ciò avviene perché gli si garantisce, in pari tempo, la prerogativa fondamentale *ex art. 32*, il non annullamento della libertà di autodeterminazione per la possibilità di rifiutare l'esame medico al riparo da ripercussioni disciplinari e gli si garantisce, proprio per quest'ultima via, la pienezza dell'estensione del diritto alla riservatezza. Diritto che, in verità, ottiene tutela nei termini del non annullamento – nei termini cioè della tutela della dignità – anche per il lavoratore che decide di sottoporsi all'accertamento clinico subendone una compressione, se si considera che l'imparzialità del controllo *ex art. 5* dello statuto inibisce al datore la conoscenza della diagnosi della malattia.

Negli stessi termini si è posto il problema dell'accertamento sanitario sugli altri dati sensibili inerenti la salute; tema risolto, recependo la regolazione frutto dell'interpretazione della Corte, dal legislatore, con l'art. 125 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, per la tossicodipendenza, e dalla giurisprudenza per l'alcolismo<sup>42</sup>.

Oltre queste ipotesi particolari, l'attualità normativa presenta altri casi in cui le indagini sull'idoneità fisica sono obbligatorie *ex lege*; ad esempio

<sup>42</sup> Cass. 13 febbraio 1997 n. 1314, in *GC*, 1997, I, p. 1545.

per l'accertamento e il monitoraggio della capacità lavorativa dei disabili, dei minori, dei lavoratori adibiti ad attività che li espongono a radiazioni<sup>43</sup>, dei lavoratori in aziende per le quali sussiste l'obbligo di sorveglianza sanitaria.

Con riferimento a questi ultimi, regolati ora dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, si è posto, nel vigore del precedente d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 sul punto non modificato dal decreto del 2008, il dubbio sull'implicita abrogazione dell'art. 5, co. 3 dello statuto, per il sopraggiungere della nuova disciplina che riservava i controlli periodici al Medico Competente, legato al datore di lavoro da un rapporto di collaborazione o di subordinazione (art. 16).

Il quesito è stato risolto nel senso della piena compatibilità dei due disposti normativi, avendo l'accertamento di cui al d.lgs. 626/1994 una finalità, la tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore, diversa da quella cui è preordinato l'accertamento in facoltà del datore *ex art. 5, co. 3* dello statuto, ovvero la soddisfazione del proprio interesse alla verifica dell'idoneità del lavoratore ad attendere alle mansioni assegnate. Caso, quest'ultimo, in cui, a differenza del primo, emerge il rischio di interferenze soggettive che impongono l'imparzialità dell'accertamento<sup>44</sup>.

Rimane da verificare una più seria incertezza sulla compatibilità, con questo fondamentale profilo della norma statutaria, dell'attuale previsione del d.lgs. 81/2008 come modificato dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106 che, all'art. 41, co. 2, lett. *e-bis*, consente al Medico competente di svolgere visite preassuntive, così sottratte all'imparzialità *ex co. 3* dell'art. 5. Ragioni di coerenza con la finalità di tutela che informa la materia degli accertamenti sanitari ha però suggerito di interpretare il disposto normativo nel senso di limitare l'eventuale competenza del "medico di fabbrica", nella fase preassuntiva, ai soli aspetti dello stato psico-fisico della persona direttamente incisi dalla specificità del rischio insito nell'attività da esercitare<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Rispettivamente: l. 5 febbraio 1992 n. 104, art. 15; l. 12 marzo 1999 n. 68, art. 1, co. 4; L. 17 ottobre 1967 n. 977; d.lgs. 17 marzo 1995 n. 230.

<sup>44</sup> Da ultimo Cass., sez. pen. III, 9 dicembre 2004 n. 1728, *cit.*; In dottrina ICHINO, *op. cit.*, p. 107 ss.

<sup>45</sup> PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009*, in *LPA*, 2009, 3-4, p. 609.