

Centro Studi Cafasso

del Dr. Nino Carmine Cafasso

Consulenza Amministrativa del Lavoro

80122 Napoli – Viale A. Gramsci, 15

Tel. 081/2461068 - Fax 081/2404414 - Email info@cafassoeffigi.it

Napoli, li 11 agosto 2011

Circolare informativa n° 42/2011

**A tutte le Aziende Assistite
LORO SEDI**

Approfondimento

VISITE MEDICHE, INDAGINI E DOCUMENTI ACQUISIBILI IN FASE PRE-ASSUNTIVA

Le problematiche concernenti le visite mediche preassuntive, ovvero le visite disposte dal datore di lavoro precedentemente all'assunzione onde verificare l'idoneità del lavoratore alla mansione, rappresentano un argomento delicato ed allo stesso tempo complesso.

Tale complessità scaturisce da una serie di elementi che entrano in gioco quali: la tutela della *privacy* del lavoratore, norme vetuste e difficilmente interpretabili (*art.5 dello Statuto*), norme recenti ma difficilmente armonizzabili con le precedenti (*art.41 T.U. sulla Sicurezza dei Lavoratori*).

Il dibattito è divenuto ancora più spinoso a seguito dell'emanazione del D.Lgs. n.106/2009 che ha modificato i termini dell'art.41 suscitando ulteriori diatribe.

Fatta questa breve premessa, cercheremo con il nostro elaborato di porre sinteticamente lo sguardo sulle disposizioni normative che disciplinano la materia e sulle modalità di effettuazione della visita medica preassuntiva.

Riferimenti normativi

Cominciamo con un breve riferimento all'**art.5 dello Statuto dei lavoratori** che dispone "Sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente.

Il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli Istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo allorché il datore lo richieda.

Il datore ha la facoltà far controllare l'idoneità fisica del lavoratore da parte di Enti pubblici ed Istituti specializzati di diritto pubblico".

Dalla lettura dell'articolo si evince come la prima difficoltà riguardi la concreta attuazione del primo comma, in quanto considerando che si tratti di visite preassuntive non possiamo ancora parlare di lavoratore dipendente poiché il rapporto di lavoro non è ancora sorto.

Nello specifico, la problematica concerne la possibilità di comprendere il disposto di cui all'art. 5 alla luce di un'interpretazione analogica estensiva.

A tal proposito va sottolineato che nonostante la portata civilistica della norma, in diverse occasioni è intervenuta la giurisprudenza di natura penale, e laddove entra in gioco la materia penale è fatto divieto assoluto dell'interpretazione analogica.

Diverso è il fronte della giurisprudenza civile, in ordine alla quale viene riconosciuta l'applicabilità dell'art.5 anche in fase preassuntiva.

Pertanto, sono due i filoni interpretativi "*giurisprudenza civile*" e "*giurisprudenza penale*" ed al fine di condurci su una posizione "*univoca*" dobbiamo analizzare la normativa più recente.

L'art.41 "*Sorveglianza sanitaria*" del **D.Lgs. n.81/2008** "*T.U. in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*" al comma 2 dispone quanto segue: "*La sorveglianza sanitaria comprende: la visita medica preventiva intesa a contestare l'assenza di controindicazioni al lavoro cui il lavoratore è destinato al fine di valutare la sua idoneità alla mansione specifica*".

Altresì, al comma 3 viene statuito che: "*Le visite mediche di cui al comma 2 non possono essere effettuate in fase preassuntiva*", pertanto deve trattarsi di visite da effettuarsi in fase preventiva ma non preassuntiva, nel senso che devono essere condotte dopo l'assunzione ma prima della messa in servizio del lavoratore.

Si può osservare come una tale situazione sia paradossale in quanto, laddove successivamente all'assunzione ed a seguito della visita medica preventiva il lavoratore risultasse inidoneo alla mansione, al datore di lavoro non resterebbe alcuna scelta se non quella di adibirlo ad altra mansione compatibile col suo stato fisico ovvero, licenziarlo per giustificato motivo oggettivo.

Inoltre, qualora il lavoratore fosse adibito ad una mansione compatibile ma inferiore a quella originaria, quale dovrebbe essere la sua retribuzione ?

L'art.42 del D.Lgs. n.81/2008 dispone "*Il lavoratore adibito a mansioni inferiori conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originaria*".

Con l'entrata in vigore del **D.Lgs. n.106/2009** "*Decreto correttivo delle disposizioni contenute nel D.Lgs. n.81/2008 in materia di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*" il nostro legislatore ha introdotto delle particolari novità, le più significative sono le seguenti:

- Viene introdotta la visita medica preventiva in fase preassuntiva;
- Viene introdotto il comma 2-bis che dispone quanto segue "*le visite mediche preventive possono essere svolte in fase preassuntiva, su scelta del datore di lavoro, dal medico competente o dai dipartimenti di prevenzione delle ASL*";
- Viene disposto che la sorveglianza sanitaria comprende la visita medica preventiva e la visita medica preventiva in fase preassuntiva.

In sintesi, secondo la *vecchia disciplina* il datore che voleva assumere un dipendente, ne dava comunicazione al Centro per l'impiego e successivamente procedeva a visita medica per verificare se il lavoratore fosse idoneo da un punto di vista fisico a svolgere quella determinata mansione.

Diversamente, il datore era obbligato ad adibire il lavoratore ad altra mansione con gli effetti sopra esposti.

La *nuova disciplina* supera queste difficoltà e consente una gestione più lineare.

Infatti, il datore di lavoro procede prima ad effettuare la visita medica al fine di valutare l'idoneità alla mansione e successivamente procede all'assunzione; operando in tal senso il lavoratore inidoneo non sarà più spostato ad altra mansione, ma verrà inserito nella mansione compatibile col suo stato di salute.

Le concrete modalità di effettuazione della visita

Un primo dubbio da porsi è se la visita medica in fase preassuntiva sia obbligatoria o facoltativa.

Nello specifico, le difficoltà riguardano l'obbligo per il datore di lavoro di sottoporre a visita medica preventiva in fase preassuntiva il futuro lavoratore, ovvero se la visita sia obbligatoria prima che il lavoratore intraprenda una mansione a rischio.

Orbene, **la visita medica preventiva in fase preassuntiva è facoltativa**, il nostro legislatore ha disciplinato quanto segue: “*le visite mediche preventive possono essere eseguite in fase preassuntiva, su scelta del datore di lavoro, dal medico competente o dai dipartimenti di prevenzione delle ASL*”.

Nessuna sanzione è prevista dal nostro ordinamento, nel caso non sia effettuata alcuna visita medica preventiva in fase preassuntiva.

La natura facoltativa della visita medica preventiva in preassuntiva, non deriva da una lettura frettolosa e superficiale dell’art. 41, il quale precisa che il datore di lavoro può liberamente scegliere da chi far visitare il futuro lavoratore, piuttosto dalla condizione normativa che la visita medica in fase preassuntiva altro non è che una visita medica preventiva diretta a verificare l’assenza di qualsivoglia controindicazione alla mansione cui è destinato il lavoratore.

Pertanto, ***l’obbligatorietà riguarda unicamente la visita medica preventiva e non la sua anticipazione in fase preassuntiva.***

Tra l’altro, le particolari tipologie di visite mediche che comprendono degli esami clinici e diagnostici specifici ritenuti necessari dal medico competente, non rivestono natura obbligatoria bensì strumentale alla valutazione dell’idoneità alla mansione alla quale destinare il lavoratore.

Premesso ciò, va ulteriormente ribadito che la legge non lascia al datore la possibilità di scegliere se effettuare o meno la visita medica preventiva per l’idoneità al lavoro.

Questa è sempre obbligatoria nei casi previsti di obbligo di sorveglianza sanitaria.

La facoltà che resta al datore è quella di scegliere se effettuarla o meno in via preassuntiva, ossia il datore può scegliere se effettuare prima dell’assunzione la visita medica per valutare se quel soggetto può essere assunto e per quale mansione, oppure può scegliere di procedere prima dell’assunzione e poi verificare l’idoneità alla specifica mansione.

E’ evidente che laddove il datore optasse per la visita medica in fase preassuntiva, la stessa deve avvenire in linea con l’art.5 dello Statuto dei lavoratori consentendo accertamenti sull’idoneità fisica dei lavoratori solo tramite enti ed istituti specializzati di diritto pubblico per garantire l’imparzialità del controllo e per tutelare la riservatezza e la dignità personale dei lavoratori.

Diversamente, qualora il datore decidesse di effettuare la visita medica preventiva ad assunzione avvenuta, può anche intervenire il medico competente.

La sorveglianza sanitaria: cenni

La sorveglianza sanitaria ha quale scopo quello di tutelare la salute dei lavoratori.

Essa si estrinseca in un’attività molto complessa ed articolata e viene svolta da un medico specialista in Medicina del Lavoro “*Medico competente*” che opera in maniera indipendente dal datore di lavoro.

La sorveglianza sanitaria consiste nella valutazione dell’idoneità del lavoratore alla mansione specifica attraverso l’accertamento e la verifica delle condizioni di salute del lavoratore in funzione del rischio che la mansione comporta.

La valutazione comprende:

- ***Accertamenti preventivi:*** effettuati prima dell’assunzione o di un cambio mansione, allo scopo di verificare l’idoneità alla mansione;
- ***Accertamenti periodici:*** effettuati ad intervalli di tempo, allo scopo di verificare l’idoneità alla prosecuzione dell’attività lavorativa.

Per ogni lavoratore viene istituito ed aggiornato periodicamente un documento sanitario contenete informazioni sullo stato di salute e sul rischio professionale.

Privacy e lavoratori

Prima di concludere il nostro elaborato, poniamo l’attenzione su particolari documenti richiesti ai fini dell’assunzione.

L’art.8 “*Divieto di indagini sulle opinioni*” della Legge n.300/1970 “*Statuto dei lavoratori*” dispone “*E’ fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell’assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni*

politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore".

Molti sono i contratti collettivi che ricomprendono fra i documenti necessari all'assunzione il **certificato dei carichi pendenti**.

La certificazione dei carichi pendenti consente la conoscenza delle pendenze penali a carico dell'interessato, ovvero se sussistono dei procedimenti nei quali l'interessato ha assunto la qualità di imputato.

A tal proposito sorgono dei dubbi circa l'eventuale contrasto di una tale clausola contrattuale con le norme poste a tutela della *privacy* del lavoratore.

Secondo la Dottrina, ai fini dell'assunzione quanto disposto all'art.8 dello Statuto dei Lavoratori, non deve essere inteso in maniera rigorosamente restrittiva, in quanto particolari precedenti di natura penale possono essere determinanti riguardo all'affidamento di una particolare mansione.

Si faccia l'esempio del CCNL Credito dove l'art.34 ultimo comma disciplina "*Per l'assunzione l'impresa può chiedere all'interessato il certificato generale del casellario giudiziale di data non anteriore a tre mesi ed il certificato dei carichi pendenti*".

A riguardo, è da ritenersi legittima la richiesta di tali documenti e ciò al fine della delicatezza delle mansioni che il personale deve svolgere.

Privacy e social networks

La materia della *privacy* è molto spinosa e per certi versi anche insidiosa.

Grazie alla produzione delle Linee guida da parte del *Garante*, è possibile delineare in maniera più chiara il confine tra condotta consentita, consigliata, obbligatoria ed illecita.

L'avvento di *internet* e delle tecnologie informatiche sempre in continua evoluzione hanno mutato le nostre abitudini ed oggi è molto semplice far circolare immagini ed informazioni.

Si pensi ai social networks che rappresentano allo stesso tempo veicolo di comunicazione e condotta di reato e diffamazione.

Essi rappresentano luoghi dove la *privacy* può anche annullarsi completamente.

Di recente il *Garante* ha deliberato che non sono violate le norma in materia di riservatezza laddove il datore acceda alle foto di un dipendente tramite facebook ovvero, lo licenzi perché ha diffuso in rete informazioni coperte da segreto aziendale, e ciò in quanto la pubblicazione di notizie, informazioni ed immagini accessibili ad una comunità ampia ne legittima la consultazione da parte della stessa collettività.

Ci auguriamo come sempre, che i contenuti siano stati sufficientemente esplicativi e come di consueto i nostri uffici saranno disponibili per gli opportuni chiarimenti e confronti.

Cordiali saluti

Centro Studi Cafasso