



Circolare Informativa

n°55/2013

Malattia del lavoratore: controllo e contestazione dei certificati di malattia



INDICE

Premessa	<i>pag.3</i>
1) <i>Malattia, certificazioni e controlli: normativa di riferimento</i>	<i>pag. 3</i>
2) <i>La contestazione dello stato di malattia e del certificato medico</i>	<i>pag.4</i>
3) <i>Modalità di contestazione del certificato medico</i>	<i>pag.5</i>
4) <i>Criticità del problema e rimedi organizzativi</i>	<i>pag.6</i>



Premessa

L'art.2110 del c.c. stabilisce che nell'ipotesi di infortunio, malattia, gravidanza o puerperio viene a crearsi una "sospensione" del rapporto di lavoro, caratterizzata dal perdurare dell'obbligazione di natura retributiva o indennitaria entro un certo intervallo temporale.

Con particolare riguardo all'istituto della malattia, si evidenzia come talvolta la relativa assenza identifichi una situazione di disagio del lavoratore tale da sfociare in un vero e proprio fenomeno conosciuto come "assenteismo".

Con il nostro approfondimento non ci occuperemo di come contrastare l'assenteismo attraverso tecniche organizzative e motivazionali ovvero migliorando la qualità dell'ambiente di lavoro e ponendo maggiore attenzione alla soddisfazione professionale, bensì la nostra attenzione sarà rivolta verso l'aspetto normativo e giuridico della malattia, verso le forme di controllo e contrasto agli abusi, analizzando quali sono gli strumenti a disposizione del datore per contrastare l'elemento fondamentale su cui ruota l'istituto della malattia ovvero, la certificazione sanitaria.

1) Malattia, certificazioni e controlli: normativa di riferimento **Brevi cenni**

Prima di entrare nel vivo del nostro approfondimento, diamo uno sguardo d'insieme alla normativa che disciplina l'istituto della malattia.

Innanzitutto, l'art.38 co.2 della Costituzione sottolinea come i lavoratori nell'ipotesi di malattia e negli altri casi di impossibilità lavorativa hanno diritto all'assicurazione di mezzi adeguati alle proprie esigenze di vita.

Il disposto costituzionale è coerente con quanto previsto all'art.2110 del c.c. che sancisce "In caso di infortunio, malattia, gravidanza o puerperio, se la legge (o le norme corporative) non stabiliscono forme di previdenza o assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative, dagli usi o, secondo equità"

Si evince come venga tutelata anche a livello costituzionale l'esigenza sociale atta a prevedere forme di retribuzione e garanzia nei riguardi del lavoratore che trovandosi nell'impossibilità di eseguire la prestazione lavorativa finirebbe per restare privo dei mezzi necessari per il sostentamento proprio e della propria famiglia.

Al riguardo precisiamo che, la prestazione economica previdenziale pubblica non copre tutte le categorie di prestatori di lavoro subordinato ovvero tutti i settori, inoltre non è dovuta per i primi tre giorni di malattia (*c.d. periodo di carenza*).

Pertanto, i contratti collettivi prevedono eventualmente la retribuzione intera o parziale sia relativamente al periodo di carenza che per gli ulteriori giorni di malattia ed anche ad integrazione del trattamento previdenziale pubblico.

Nei casi di assenza i contratti definiscono anche il periodo massimo in cui il lavoratore ha diritto alla retribuzione ed alla conservazione del posto.

Trascorso tale periodo (*c.d. comparto*), il datore ha la facoltà di recedere dal contratto senza



soportare l'onere di ulteriori motivazioni e corrispondendo al lavoratore la relativa indennità di preavviso.

Il lavoratore è tenuto a giustificare l'assenza per malattia e pertanto dovrà:

- avvisare tempestivamente il datore di lavoro, motivando la causa dell'assenza secondo le modalità stabilite dalla contrattazione collettiva e nell'eventualità da un regolamento aziendale integrativo;
- comunicare un indirizzo di reperibilità durante la malattia, se diverso dalla propria residenza o domicilio abituale;
- far redigere una certificazione medica sanitaria attestante la malattia, nonché la prognosi prevista ovvero data inizio/fine dell'evento morboso. **A decorrere dal 13 settembre 2011 è ufficialmente entrato a regime il canale telematico per la trasmissione dei certificati di malattia, pertanto il lavoratore può assolvere all'onere di certificazione con la semplice comunicazione al proprio datore del numero di protocollo identificativo della trasmissione.**

La Legge n.183/2010 “*Collegato Lavoro*” ha esteso anche ai lavoratori privati la disposizione già adottata nei riguardi dei lavoratori pubblici, ovvero nel caso di evento superiore a 10 giorni ed in ogni caso **dopo** il secondo evento morboso (quindi dal terzo evento in poi), l'assenza può essere giustificata unicamente da una certificazione rilasciata da un medico convenzionato con il Ssn, pertanto non sono valide le certificazioni stilate da medici liberi professionisti non convenzionati.

Ulteriori obblighi che sorgono in capo al lavoratore in caso di malattia sono i seguenti:

- essere reperibile presso il domicilio comunicato nel certificato di malattia ed in determinate fasce orarie, nella specie dalle ore 10 alle ore 12 e dalle ore 17 alle ore 19 per i dipendenti del settore privato, più ampio l'intervallo per i dipendenti del settore pubblico dalle ore 8 alle ore 13 e dalle ore 14 alle ore 20. Il lavoratore può sottrarsi all'obbligo di reperibilità unicamente in presenza di un giustificato motivo;
- l'art.5 dello Statuto preclude al datore la possibilità di effettuare accertamenti sullo stato di salute dei propri dipendenti se non avvalendosi di strutture convenzionate;
- ***diversamente sono ammessi controlli privati non sanitari ma di natura investigativa posti in essere dal datore di lavoro ed atti a verificare l'eventuale simulazione da parte del lavoratore, ovvero il carattere non invalidante dell'evento morboso.*** Laddove si riscontrino eventuali mancanze da parte del lavoratore, le stesse assumono valenza sia da un punto di vista economico con perdita dell'indennità che, disciplinare per violazione dell'obbligo di buona fede e fedeltà.

2) La contestazione dello stato di malattia e del certificato medico

In diverse occasioni la Giurisprudenza si è espressa ritenendo che, ***il certificato medico attestante la malattia del dipendente può essere oggetto di contestazione da parte del datore di lavoro, qualora***



quest'ultimo abbia valido motivo di considerare insussistente lo stato patologico del lavoratore.

A riguardo è intervenuto il *Consiglio nazionale dei Consulenti del Lavoro che con proprio parere n.10/2012* ha formulato dei chiarimenti in risposta a dei quesiti sull'argomento.

Preliminarmente la Fondazione pone l'attenzione sulla casistica giurisprudenziale che evidenzia la possibilità di mettere in discussione la certificazione medica attestante lo stato morboso del lavoratore.

Va da sé che, il certificato medico riveste un ruolo di particolare centralità nell'istituto della malattia in quanto attraverso tale documentazione pervengono al datore di lavoro delle informazioni.

Tali informazioni sono estremamente sommarie poiché, viene precluso al datore di conoscere qualsiasi altra notizia diversa dalla prognosi, come ad esempio la causa della malattia, la diagnosi e la terapia.

Inoltre, sembra abbastanza comune l'atteggiamento di "tolleranza" assunto dal medico fiscale nel confermare la volontà del medico certificatore, in quanto sono rari i casi in cui viene rettificata o, rigettata prognosi iniziale

A riguardo, è alquanto dibattuta in dottrina e in giurisprudenza l'omogeneità o, rispondenza del giudizio sanitario del medico di controllo rispetto a quello del medico curante, considerando che, quest'ultimo ha una conoscenza più profonda e personale del *lavoratore-paziente*.

Altresì, oggetto di discussione è anche la possibilità di porre in essere più visite di controllo per lo stesso evento laddove la prima visita fiscale abbia avvalorato lo stato patologico e la prognosi.

La certificazione sanitaria può essere messa in discussione anche da attività di natura investigativa poste in essere al fine di verificare una serie di ulteriori elementi suscettibili di apprezzamento giudiziale ed atti a verificare un eventuale abuso dell'istituto.

Il certificato stilato dai medici appartenenti al Ssn costituisce atto pubblico ed avendo natura di fede pubblica, denuncia fino a querela di falso, la certezza dei dati in esso contenuti.

Tale "certezza" concerne sia la provenienza del documento del pubblico ufficiale che lo ha firmato, che i fatti relativamente ai quali il medico attesta di aver direttamente osservato.

Contrariamente, **la fede pubblica non si estende né alla diagnosi, né ai giudizi del sanitario concernenti lo stato morboso e l'impossibilità di porre in essere la prestazione lavorativa.**

Tali valutazioni, pur presentando un alto grado di credibilità in ragione delle professionalità del pubblico ufficiale non sono vincolanti per il giudice, il quale ha il potere di contestarle ed inficiarle in presenza di elementi probatori contrari.

Inoltre, la Fondazione Studi CDL ritiene che l'art.5 co.3 dello Statuto dei Lavoratori nella parte in cui statuisce che "il datore di lavoro ha la facoltà di far controllare la idoneità fisica del lavoratore da parte di Enti pubblici ed Istituti specializzati di diritto pubblico", lascia libero il potere-dovere del giudice di merito di verificare l'attendibilità degli accertamenti sanitari.

3) Modalità di contestazione del certificato medico

Per quanto concerne le modalità di contestazione della certificazione sanitaria, la Fondazione muove da alcune casistiche relativamente alle quale è stato messo in discussione il grado di attendibilità delle certificazioni.

Nella specie, si analizzano le seguenti circostanze:

- **incongruenza tra prognosi e diagnosi ovvero, tra diagnosi e terapia prescritta:** tale fattispecie si verifica quando l'assenza denunciata da più certificati o ancor peggio, quando un unico certificato riporti una prognosi particolarmente lunga e non coerente con la diagnosi fatta, oppure con riguardo alla prognosi particolarmente lunga, non sia stata prescritta alcuna terapia ed il tutto lasci supporre la non gravità dello stato patologico;
- **l'assenza al lavoro può essere giustificata unicamente laddove la malattia sia invalidante per lo svolgimento della prestazione lavorativa.** E' chiaro che, in tal caso devono essere valutati tutti gli elementi in gioco nel contesto lavorativo ovvero, prospettive di guarigione, eventuale contagio ecc..;
- **la tardività della visita medica rispetto all'insorgenza della malattia** può invalidare la diagnosi, in quanto il medico invece di certificare lo stato morboso, riporterebbe unicamente una dichiarazione del paziente dopo aver eseguito una valutazione *ex-post* priva di importanza;
- altre valutazioni da fare riguardano **le circostanze in cui matura l'assenza per malattia, e tali da far ritenere poco credibile lo stato morboso.** Si pensi ad una malattia insorta dopo il diniego da parte del datore di un giorno di ferie o di permesso, oppure ad un prolungamento artificioso del preavviso nell'ipotesi del licenziamento;
- ulteriori circostanze possono essere **la reiterata assenza alle visite di controllo domiciliari ed un comportamento insolito del lavoratore che nasconda lo svolgimento di un'altra attività.**

4) Criticità del problema e rimedi organizzativi

Con riguardo alle considerazioni esposte sino ad ora, riteniamo opportuno formulare delle criticità.

Innanzitutto, le osservazioni fatte non scaturiscono direttamente dall'applicazione di disposizioni normative, quanto piuttosto da elaborazioni giurisprudenziali caratterizzate da margini di incertezza e frutto di orientamenti quasi mai univoci.

Pertanto partiamo da un'incertezza del diritto e della prassi, alla quale si va ad aggiungere una normativa che sebbene si prefigga quale fine quello di tutelare diritti fondamentali come il diritto alla salute, alla riservatezza e alla dignità personale dei lavoratori dall'altra, sottolinea come tale tutela si sviluppi unicamente su un piano giudiziale che comporta, inevitabilmente il sostenimento di spese di una certa entità.

Tra l'altro come abbiamo già accennato, le azioni promosse dal datore di lavoro hanno natura investigativa nel senso che, il datore non può esercitare poteri di controllo fuori dall'ispezione posta in essere da organismi pubblici sopportando i relativi costi.

In generale, si evince come **costo, complessità ed incertezza caratterizzano le attività atte a contrastare un eventuale abuso delle certificazioni di malattia.**

In via preventiva, per ovviare ad un eventuale abuso dell'istituto in esame potrebbero essere attivati dei rimedi di natura amministrativa e gestionale tra cui l'adozione di:



- **un regolamento aziendale**, che consenta di individuare un *iter* procedurale da adottare in caso di assenza e tale per cui riesca ad evitare delle problematiche particolari (mancate comunicazioni dell'assenza, eventuali dimenticanze da parte di colleghi ecc..).
- **strategie di controllo aziendale**, che prevedono particolari modalità di comunicazione e trasmissione del certificato, e nei casi più ostinati considerare l'eventualità di un'azione investigativa mirata.

Per quanto precede si rende necessaria una riflessione: l'abuso della malattia danneggia non solo il datore di lavoro, ma anche i colleghi e la stessa società sia da un punto di vista economico che sotto l'aspetto di affidabilità.

Il principio di correttezza e buona fede impone a ciascuna delle parti del rapporto di lavoro il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali da ciò deriva che, il lavoratore deve astenersi da comportamenti che possano ledere l'interesse del datore.

Pertanto, la mancata prestazione lavorativa conseguente allo stato di malattia del dipendente trova tutela unicamente laddove non sia imputabile alla condotta volontaria del lavoratore.

Ad ogni modo, data la complessità e l'incertezza della problematica si riterrebbe necessario ed opportuno un intervento normativo specifico, finalizzato a contrastare una tale comportamento.

L'auspicio è che i contributi che Vi forniamo, possano chiarire eventuali aspetti del mondo del lavoro.

Come sempre, i nostri uffici restano a disposizione per gli eventuali approfondimenti che fossero ritenuti di interesse aziendale.

Cordiali saluti.

Cafasso & Figli
Circolari e News del Lavoro