SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLXXI

DAVIDE CASALE

L'IDONEITÀ PSICOFISICA DEL LAVORATORE PUBBLICO

BUP Bononia University Press

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2013 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-879-6

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: ottobre 2013

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

***

La presente monografia è stata sottoposta a procedura di valutazione da parte di una commissione di lettura nominata nell'ambito della Giunta di Dipartimento.

INTRODUZIONE

L'idoneità psicofisica del lavoratore assume rilievo giuridico sia con riguardo alle modalità tramite cui il datore può, ed anzi sempre più spesso deve, ottenerne l'accertamento, sia con riguardo alle conseguenze che discendono dalle risultanze di tale accertamento. Privilegiare l'indagine relativa all'idoneità fisica nel lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche permette d'interrogarsi su un versante meno studiato in letteratura, che però risulta attualmente oggetto di un'attenzione da parte del legislatore ancora più spiccata di quella, comunque crescente, riservata in generale alle implicazioni lavoristiche della condizione di salute delle persone. Se si intende prescindere dagli aspetti prevenzionistici dell'igiene e sicurezza sul lavoro, la salute del dipendente rileva "in negativo", ossia quando viene meno. Occorre, essenzialmente, indagare intorno alla inidoneità: parziale o totale, temporanea o duratura, effettiva o anche soltanto presunta dalla legge.

L'assetto giuridico del lavoro nell'impresa è più esposto, rispetto a quello nelle amministrazioni pubbliche, alle pressioni derivanti dall'oramai globale competizione economica e relative ricadute normative. Dopo le riforme degli anni '90, tuttavia, la disciplina legale del lavoro privato ha capacità di penetrare in maniera diretta nella regolamentazione dell'impiego pubblico (più precisamente, della larga parte dell'impiego pubblico che è stata sottopo-

sta alla "privatizzazione"[1], a cui il presente volume è riferito). Sicché, anche il pubblico impiego viene influenzato dalle iniziative normative rivolte al mondo del lavoro privato. Per quel che qui interessa, può ad esempio rilevarsi che la riscrittura dell'art. 18 St. lav., alquanto problematica anche per quel che concerne l'applicabilità nell'impiego pubblico, ha introdotto espressa menzione del licenziamento per «inidoneità fisica o psichica del lavoratore», oltre che del licenziamento in violazione del periodo di tutela per malattia. L'assetto normativo del pubblico impiego è esposto inoltre alla crescente pressione sugli apparati amministrativi pubblici dovuta alle ristrettezze finanziarie, nonché alle curvature derivanti da una certa sovrapposizione, per così dire, tra datore e legislatore. Il lavoro pubblico è dunque sottoposto ad una duplice propulsione, privata e pubblica, delle innovazioni normative che lo riguardano, la quale impone una riconsiderazione pressoché continua delle strutture giuridiche portanti alla luce delle novità che intervengono.

Nell'ultimo quinquennio s'è riscontrata una certa "unilateralizzazione" del rapporto di lavoro pubblico, sia sul piano del tipo di fonte regolatrice del rapporto, sia sul piano delle modalità d'esercizio dei poteri datoriali[2]. Si è affermata una tendenza alla

---

[1] Sulle ragioni della preferenza per il termine "privatizzazione", vedi F. CARINCI, *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 80/2008, 9 ss., senza comunque che sia precluso nella presente trattazione l'utilizzo del termine "contrattualizzazione" come sinonimo, pur dando atto che trattasi di concetti non certo sovrapponibili (a maggior ragione a seguito della c.d. terza fase della riforma): per tutti, D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lav. dir.*, 1996, 240 ss.

[2] MAINARDI, *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al D.Lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato lavoro"*, Ipsoa, Milano, 2011, 5 ss.; M. RICCI, *Alcune osservazioni sulla legge «Brunetta»: quali prospettive di riforma?*, in *Jus*, 2012, 534; L. ZOPPOLI, *La riforma del lavoro pubblico: dalla "deregulation" alla "meritocrazia": quale continuità?,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 8 ss.; CARABELLI, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 101/2010, 7 ss.; B. CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 268 ss.; GARILLI, *Il tormentato percorso della privatizza-*

riduzione degli spazi concessi al dialogo con il sindacato da parte di un legislatore che, senza mettere in discussione i pilastri delle riforme degli anni '90, muove da una sfiducia nelle capacità dell'autonomia collettiva di perseguire un'efficace organizzazione del lavoro pubblico. La fonte primaria e in generale le fonti unilaterali recuperano così un ruolo di garanzia dell'interesse pubblico, distinto e quasi contrapposto all'interesse collettivo. Seppure da ultimo siano già tangibili segnali di un qualche ripensamento da parte del legislatore[3], gran parte dell'apparato normativo recentemente introdotto permane intatto. Inoltre, il principio di trasparenza dell'amministrazione pubblica, con le connesse ricadute in termini di controllo datoriale e, più ancora, di controllo diffuso da parte dei cittadini, è un'innovazione non transitoria[4], anche alla luce delle tendenze emergenti nel panorama comparato[5].

Orbene, tali tendenze generali rilevano anche per quanto riguarda le modalità e gli effetti del riscontro datoriale dell'idoneità psicofisica dei dipendenti pubblici.

L'esigenza di un maggiore controllo sulle assenze dal lavoro per motivi di salute è riemersa, per ragioni di pressione competitiva ed economicità, proprio in coincidenza dell'attuale crisi economica, tanto nel lavoro privato quanto nel pubblico. In quest'ultimo setto-

---

zione, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo: D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135 (*spending review*)*, Cedam, Padova, 2013, 24 ss.

[3] L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 168/2013, 5 ss.

[4] Questo principio è stato rafforzato con il recente d.lgs. n. 33/2013 di «Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni».

[5] Il riferimento è *in primis* alle innovazioni apportate già dagli anni '90 al *Freedom of Information Act* statunitense del 1966, cui hanno fatto seguito diverse legislazioni europee, soprattutto in conseguenza dell'accresciuta importanza delle nuove tecnologie di comunicazione. L'acronimo Foia è anzi divenuto di valenza generale. Sul Regno Unito vedi BIRKINSHAW, *Freedom of information: the law, the practice and the ideal*, Cambridge university press, Cambridge, 2010, spec. 119 ss. e 459 ss., ove anche un quadro comparato; MACDONALD, CRAIL, JONES, *The law of freedom of information*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 93 e per il panorama comparato 838 ss.; vedi anche LEYLAND, DONATI, GARDINI, *Freedom of information in the United Kingdom and Italy*, Clueb, Bologna, 2010, 101 ss. Con riguardo ai paesi scandinavi, vedi ERKKILA, *Government transparency: impact and unintended consequences*, New York, Palgrave Macmilla, 2012, 45 ss.

re non s'è avviluppata in una contrastata dialettica, foriera di divisioni, tra le parti sociali[6]; ma ha ottenuto apposita regolazione tramite fonte primaria[7]. Al contempo, tramite fonte unilaterale è stato ora regolato l'accertamento delle sopravvenute inidoneità psicofisiche permanenti, parziali o totali, nel pubblico impiego[8].

La natura pubblica delle amministrazioni datrici ha implicato un'enfatizzazione dei caratteri deontici dei controlli sanitari sulla persona del lavoratore. Tali controlli, in quanto finalizzati non solo alla salute e sicurezza ma anche alla migliore qualità della spesa pubblica, hanno assunto una coloritura quasi pubblicistica. Si spiega, così, la specialità[9] di una disciplina che, invece, per gli aspetti prevenzionistici resta affidata al diritto comune dei rapporti di lavoro tra privati, ossia al testo unico sulla sicurezza sul lavoro. Al contempo, il rafforzamento dei disincentivi economici alle assenze dal lavoro per ragioni di salute, parimenti intervenuto tramite fonte legale, accresce l'importanza dell'auto-responsabilizzazione indivi-

[6] Sulle note vicende contrattual-collettive presso la Fiat, per quanto concerne la disciplina delle assenze per malattia, vedi E. BALLETTI, *Assenteismo*, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Ipsoa, Milano, 2011, 209 ss., e D. GAROFALO, *Il contrasto all'assenteismo negli accordi Fiat di Pomigliano d'Arco e di Mirafiori*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 500 ss. Più di recente, inoltre, per importanti categorie si sono verificati significativi episodi di contrattazione collettiva separata riguardante anche la disciplina collettiva della malattia: oltre che il contratto dei metalmeccanici 5 dicembre 2012, vedi l'accordo siglato in data 26 febbraio 2011 e modificato il 6 aprile 2011 per i dipendenti delle aziende del terziario e distribuzione dei servizi. Per un quadro sugli assetti del sistema contrattuale, e sindacale in generale, si rinvia a F. CARINCI, *Dal sistema costituzionale al sistema sindacale: una crisi contagiosa*, relazione alle giornate di studio Aidlass «La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro», Bologna, 16-17 maggio 2013, a cui deve essere aggiunta la sopravvenuta pronuncia della Consulta 23 luglio 2013 n. 231, sull'art. 19 St. lav., con importanti implicazioni generali.

[7] Cfr., in particolare, l'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001, introdotto dal d.lgs. n. 150/2009 e ripetutamente modificato.

[8] Cfr. l'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001 (introdotto dal d.lgs. n. 150/2009) e il provvedimento attuativo emanato con d.p.r. 27 luglio 2011 n. 171, «Regolamento di attuazione in materia di risoluzione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche dello Stato e degli enti pubblici nazionali in caso di permanente inidoneità psicofisica», in *Gazz. uff.* 20 ottobre 2011 n. 245.

[9] Sulla distinzione, per quanto riguarda il lavoro pubblico, tra norme uniformi, norme speciali e norme specifiche, vedi ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2007, 27 ss.

duale. Questo nuovo bilanciamento legale tra tutela economica della salute ed efficienza lavorativa, differenziato rispetto al settore privato, risulta in linea con il tentativo, invero arduo in una fase di restrizione economico-finanziaria[10], di valorizzazione dell'impegno individuale tramite la sopravvenuta disciplina generale della valutazione premiale del lavoro pubblico.

In controtendenza solo apparente, si collocano le innovazioni riguardanti il rilievo della condizione di salute al momento della costituzione del rapporto di lavoro pubblico. L'abolizione di un preliminare controllo sanitario generalizzato[11], diretta più al contenimento della spesa sanitaria che alla funzionalità della singola amministrazione datrice, finisce per enfatizzare le peculiarità del lavoro pubblico, sia sul piano contrattual-collettivo sia su quello dei criteri di condotta a cui è tenuto il datore pubblico.

La produzione legislativa influenzata dall'attuale situazione macroeconomica ha, come noto, interessato anche il sistema di *welfare*. Oltre che un rafforzamento dei fattuali controlli sulle situazioni soggettive, già da tempo si è riscontrato, a livello di principi, un consolidamento del rilievo dello stato di bisogno effettivo come presupposto per il godimento delle prestazioni di sicurezza sociale. Anche il versante previdenziale spinge dunque verso un'espansione della rilevanza delle effettive condizioni individuali dei percettori, comprese quelle psicofisiche.

Uno dei principali punti di contatto tra ordinamento lavoristico e sistema di *welfare* attiene alla maniera ed alla tempistica con le quali il lavoratore esce dal mercato del lavoro per iniziare a percepire il trattamento pensionistico. A seguito dell'armonizzazione tra regimi pensionistici introdotta dalle riforme dell'ultimo ventennio, una delle maggiori specificità residue del pubblico impiego è quella che attiene non ai requisiti necessari al diritto al trattamento di quiescenza, bensì alla maniera in cui l'ordinamento contempera l'esi-

[10] Sugli imponenti impegni di politica economico-finanziaria discendenti dalle note novità di rango costituzionale in materia d'equilibrio di bilancio, si rinvia a MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2013, 365 ss., e GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzione e prospettive*, Cedam, Padova, 2013, 138 ss.

[11] Vedi l'art. 42 del d.l. n. 69/2013, convertito con l. n. 98/2013, su cui *infra*, cap. II, § 1-3.

genza di funzionalità dell'organizzazione datoriale con la sopravvenienza dell'inidoneità psicofisica al lavoro causata dalla senescenza.

Salvo che nei circoscritti casi in cui viene meno una formale abilitazione all'esercizio di particolari mansioni, nel settore privato non vige alcuna età lavorativa massima legale: con il consenso del datore, il rapporto lavorativo può proseguire ad oltranza, ben al di là della soglia anagrafica di vigenza della protezione contro i licenziamenti. Nel pubblico impiego, viceversa, sussiste la speciale causa estintiva consistente nel collocamento a riposo per raggiunto limite massimo d'età. Il principio costituzionale di buon andamento, inteso dal punto di vista della permanente efficienza psicofisica dei dipendenti pubblici, è cioè combinato con quello d'imparzialità, tramite l'imposizione di una soglia anagrafica massima generale ed astratta, raggiunta la quale è presunto il venire meno dell'idoneità psicofisica al lavoro[12].

Con la riforma pensionistica del 2011 sono stati ampliati non solo gli obblighi ma anche le facoltà dei dipendenti di prolungare la vita lavorativa fino ad un'età più avanzata[13]. In prospettiva lavoristica, merita in proposito attenzione la maniera in cui la rinnovata disciplina della predetta presunzione d'inidoneità per senescenza dei dipendenti pubblici ha subìto, dagli apparati burocratico-governativi, un'interpretazione continuista, disarmonica rispetto alla *ratio* ed alla lettera di una riforma pensionistica che invece ha teso ad avvalorare l'effettiva senescenza come tendenziale presupposto dell'uscita definitiva del lavoratore dal mercato del lavoro.

La scelta d'inserire l'istituto del collocamento a riposo nell'ambito della presente analisi sulle implicazioni giuridiche dell'inidoneità psicofisica mira a porre meglio in luce l'incoerenza di

[12] Sulla configurazione del collocamento a riposo dall'impiego pubblico come presunzione legale d'inidoneità psicofisica sopravvenuta, sussistono plurime indicazioni nella giurisprudenza, anche costituzionale: es. Corte cost. 27 luglio 1989 n. 461, in *Lav. prev. oggi*, 1989, 2439, nonché in dottrina vedi PILEGGI, *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro*, Aracne, Roma, II ed., 1997, 262 ss.; questa la *ratio* dell'istituto già secondo MINIERI, *Atti e fatti estintivi del rapporto di impiego pubblico*, Giuffrè, Milano, 1968, 245 ss., e TERRANOVA, *Collocamento a riposo*, in *Enc. dir.,* vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, 445 ss.

[13] Ci si riferisce in particolare ai commi 3, 4 e 20 dell'art. 24 del d.l. n. 201/2011, convertito in l. n. 214/2011.

un'impostazione che vuole collocare presuntivamente l'inidoneità dovuta a senescenza ad un'età che risulta inferiore a quella ora necessaria alla pensione di vecchiaia. Sul piano della politica del diritto, peraltro, tale impostazione mal si concilia non solo con le attuali linee evolutive del sistema previdenziale italiano, ma anche con le politiche europee in materia d'invecchiamento attivo.

Sulla poliforme rilevanza giuridica del pur specifico tema dell'idoneità psicofisica del lavoratore[14], s'intersecano alcune delle linee di fondo delle principali riforme ordinamentali degli ultimi decenni: quelle riguardanti il pubblico impiego e il sistema pensionistico (ma anche la sanità, nonché le tutele previdenziali contro i rischi comuni e quelli professionali, seppure tali tematiche esulino dalla prospettiva lavoristica qui prescelta). Pare utile verificare quali siano le tendenze e le eventuali contraddizioni di tale legislazione del lavoro, concentrando l'attenzione sugli istituti che nella disciplina del lavoro pubblico presentano tratti di specialità più marcati (e quindi scegliendo di pretermettere istituti pur importanti, come la tutela della maternità). Il riconoscimento e l'indagine di questo versante di specialità del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche è il filo conduttore del volume.

Può fin d'ora anticiparsi che dal complesso della trattazione tale specialità emerge confermata ed anzi rafforzata. Il perseguimento dei peculiari interessi rispetto ai quali il pubblico impiego è strumentale postula l'esistenza di un apparato normativo apposito, anche per quanto concerne il rilievo dello stato di salute del lavoratore. Si tratta di una specialità non tanto dei principi regolatori quanto delle regole di dettaglio, ma comunque più marcata di quanto le riforme del pubblico impiego negli anni '90 presupposero.

[14] Accanto alle implicazioni dell'inidoneità psicofisica del dipendente nell'ambito del suo rapporto lavorativo, la legislazione come noto contempla non trascurabili implicazioni lavoristiche dell'handicap sul rapporto di lavoro di soggetti diversi dalla persona handicappata, soprattutto i congiunti. Seppure si tratti di profili di rilevante interesse, anche in un'ottica antidiscriminatoria, da essi si prescinderà in questa sede, in quanto non riguardanti l'idoneità psicofisica del lavoratore e nemmeno peculiari al lavoro pubblico, rinviandosi alle pertinenti trattazioni (recentemente edite, dato il costante apporto della giurisprudenza costituzionale: cfr. da ultimo Corte cost. 18 luglio 2013 n. 203, in www.cortecostituzionale.it, sul congedo per congiunti di minori con handicap grave).

CAPITOLO I

IDONEITÀ PSICOFISICA E LAVORO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Rapporto lavorativo e condizione psicofisica della persona: premesse, distinzioni e precisazioni sul tema d'indagine. – 2. (*Segue*) L'idoneità al lavoro: una valutazione complessa. – 3. Integrazione lavorativa delle persone con ridotta capacità psicofisica e valori fondamentali; il divieto di discriminazione per handicap. – 4. Il collocamento a riposo per vecchiaia: una problematica presunzione legale di sopravvenuta inidoneità del lavoratore pubblico. – 5. La riemergente peculiarità del lavoro pubblico: poteri datoriali, fonti di disciplina e interessi tutelati.

1. *Rapporto lavorativo e condizione psicofisica della persona: premesse, distinzioni e precisazioni sul tema d'indagine*

Prima che nel rapporto lavorativo, le questioni inerenti alla condizione psicofisica delle persone vengono in rilievo con riguardo al godimento del fondamentale diritto che appartiene ai cittadini, anzi agli esseri umani tutti: il diritto alla salute. Dopo essersi disancorata, in epoca ormai remota, dalla sfera inerente alla polizia sanitaria e all'ordine pubblico ove aveva avuto origine[1], la tutela della salute ha assunto valenza autonoma anche rispetto al rapporto lavorativo, che fu uno dei contesti giuridici che per primi permi-

[1] Cfr. DONDI, *L'indennità di malattia dopo la riforma sanitaria*, Cedam, Padova, 1981, 6 ss.

sero l'affermazione della tutela della persona come valore finale e non solo strumentale. La valenza autonoma del diritto alla salute riuscì a consolidarsi, a livello di principio, con l'entrata in vigore della Carta costituzionale repubblicana[2] ed, a livello concreto, con la riforma sanitaria degli anni '70[3]. Le questioni relative all'apparato ed alle prestazioni deputati alla cura della salute della persona afferiscono ormai da tempo ad un ambito dell'ordinamento giuridico diverso da quello lavoristico; e la tutela della salute permea ogni aspetto della vita sociale, come testimonia la distinzione tra la generale valenza del diritto sancito dall'art. 32 Cost. e la considerazione lavoristica della malattia da parte dell'art. 38 della stessa Costituzione[4]. In seno alla regolazione lavoristica oggi permangono soltanto i profili di tutela della salute interferenti con il rapporto lavorativo stesso.

Il trattamento economico spettante nell'eventualità di malattia prefigurato dall'art. 38 Cost., comunque, non esaurisce la rilevanza lavoristica delle questioni di salute del dipendente. L'affermazione della primarietà della salute come valore ha avuto irreversibili ricadute nella configurazione dei rapporti interprivati[5]. Come già il le-

---

[2] MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, 2 ss. Più di recente, FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in RODOTÀ, ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 18 ss.

[3] La riforma sanitaria degli anni '70 permane tutt'ora il principale punto di svolta sistematica, secondo le trattazioni organiche di settore: es. BALDUZZI, SERVETTI, *La garanzia del diritto alla salute e la sua attuazione nel servizio sanitario nazionale*, in BALDUZZI, CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013, 58; JORIO, *Diritto alla salute,* Giuffrè, Milano, 2006, 25; l'opinione è comunemente condivisa: es. AVIO, *Della previdenza e dell'assistenza. Artt. 2114-2117*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012, 18.

[4] MONTUSCHI, *La Costituzione come fonte regolatrice del lavoro*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, vol. I, di PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010, 428, ritiene che la collocazione del diritto alla salute al di fuori del Titolo della Costituzione sui rapporti economici abbia inizialmente ostacolato il pieno riconoscimento del suo rilievo nei rapporti inter-privati, in particolare nel contratto di lavoro.

[5] MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma*, in AA.VV., *Rapporti etico-sociali. Artt. 29-34*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, 147 ss. e 160 ss.; BESSONE, ROPPO, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell'art. 32 della Costituzione ed evoluzione della*

gislatore codicistico aveva indicato tramite l'art. 2087 c.c.[6] sulla base dell'antecedente esperienza, la disciplina prevenzionistica ha assunto un ruolo sempre più centrale, tanto nella funzione economico-sociale del contratto di lavoro[7], quanto nella sua dettagliata regolamentazione. V'è stata una convergenza tra, da un lato, il riconoscimento, e la limitazione, dell'interesse datoriale a ricevere la prestazione lavorativa da persona psicofisicamente idonea (art. 5 St. lav.) e, dall'altro lato, la tutela del diritto alla salute del lavoratore tramite la prescrizione d'accertamenti sanitari (già dai noti d.p.r. degli anni '50)[8]. L'attuale punto d'arrivo può dirsi rappresentato dagli artt. 41-42 del t.u. n. 81/2008, che assommano entrambe le funzioni. A queste ultime, come si dirà, l'ordinamento sta sempre più affiancando, grazie alle sollecitazioni provenienti dalle fonti sopranazionali, la tutela della dignità della persona tramite l'integrazione socio-lavorativa effettiva.

Imponendo d'adeguare il lavoro all'uomo e non più viceversa, l'evoluzione della disciplina prevenzionistica ha avvicinato i profili preventivi a quelli riguardanti la successiva influenza che l'individuale situazione psicofisica del lavoratore ha sulla regolazione delle condizioni fattuali, normative ed economiche del lavoro. Con l'avvento dello Statuto dei lavoratori, inoltre, è stata avvalorata la dimensione collettiva del tema[9]. Nondimeno, permane la possibilità

giurisprudenza, in *Pol. dir.*, 1974, 767 ss.; PERLINGIERI, *Il diritto alla salute come diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020 ss.

[6] Sulla persistente vigenza, ed attualità, dell'art. 2087 c.c. dopo il t.u. n. 81/2008, vedi MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, vol. I di MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro: commento al D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Zanichelli, Bologna, 2011, 9. Per un recente quadro vedi LEPORE, *Organizzazione del lavoro ed integrità psico-fisica del lavoratore*, in MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, t. 2, di PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 1691 ss., e PROIA, *Il diritto all'integrità psicofisica*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2009, 847 ss.

[7] MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1986, *passim*, spec. 71 ss.

[8] ROMAGNOLI, *Commento all'art. 5*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 35.

[9] Sull'art. 9 St. lav. vedi *in primis* GHEZZI, *Commento all'art. 9*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti* cit., 182 ss.

di considerare distintamente la disciplina sulle implicazioni della condizione attuale del singolo dipendente, cioè l'idoneità psicofisica di costui al suo lavoro. Questo anzi appare uno dei punti di più stretto contatto tra diritto alla salute e rapporto di lavoro.

Trattandosi di regole che involvono l'eventualità in cui l'idoneità venga a mancare in tutto o in parte, il discorso invero riguarda più precisamente la non-idoneità, o meglio l'inidoneità, psicofisica del lavoratore, ossia le modalità in cui essa viene riscontrata e le implicazioni di tale riscontro.

In proposito, la malattia è il fenomeno più intuitivamente pertinente, oggetto di specifica considerazione già da parte del legislatore codicistico con l'art. 2110 c.c. Seppure sarà qui opportuno semplificare adottando il comune lessico che metonimicamente utilizza il termine «malattia», a ben vedere quest'ultima è soltanto uno dei possibili presupposti della conseguenza rilevante sul piano lavoristico: la inidoneità temporanea. Come recita la norma che descrive la necessaria documentazione medica, ciò che rileva è la malattia (o, se si preferisce, l'infermità) «comportante incapacità lavorativa»: così l'art. 2 comma 1 del d.l. n. 663/1979. Talora l'applicazione di regole afferenti l'inidoneità psicofisica può derivare da una condizione priva di carattere patologico: si pensi alla maternità, oppure alle caratteristiche o condizioni psicofisiche (es. una certa statura o forza fisica) necessarie allo svolgimento di una data mansione, la cui mancanza non sia però patologica. Alla disciplina lavoristica delle inidoneità psicofisiche, inoltre, la legge e la contrattazione a taluni effetti equiparano occorrenze di cura della salute della persona che non sono inidoneità psicofisiche (es. accertamenti diagnostici, visite mediche e terapie).

La cennata norma del 1979 utilizza il termine «incapacità»; nella presente trattazione tuttavia si è preferito fare riferimento alla «inidoneità». Tale scelta risulta più aderente sia al lessico tradizionale del pubblico impiego[10], sia alla recente normativa[11], anche

[10] Cfr. *in primis* l'art. 2 del t.u. degli impiegati civili dello Stato di cui al d.p.r. n. 3/1957, che tra i requisiti generali d'accesso elencava la «idoneità fisica all'impiego», stessa terminologia utilizzata anche in altri articoli, ad es. nell'art. 68 in materia di equo indennizzo. La successiva legislazione pubblicistica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche riprendeva tale terminologia, che

prevenzionistica[12]; inoltre evita confusione con il tradizionale lessico civilistico. Appare un'opzione preferibile, inoltre, poiché, come si dirà, la sospensione della prestazione di lavoro per ragioni di salute non sempre deriva da una «incapacità» vera e propria. Soprattutto, il termine «inidoneità» sembra meglio esprimere il nesso tra condizione psicofisica e singola relazione lavorativa: a differenza che per i fini previdenziali, infatti, ai fini lavoristici la condizione psicofisica non può che essere presa in considerazione con riguardo alla posizione lavorativa di volta in volta in questione[13]. Il nesso che le lega è appunto la «idoneità» dell'una all'altra. Per quanto riguarda le questioni lavoristiche concernenti la condizione psicofisica delle persone, dunque, l'«idoneità» appare concetto unificante.

In questa sede resterà solo sullo sfondo la nozione di «invalidità», rilevante sul piano civilistico e previdenziale[14]; le valutazioni mediche previdenziali e quelle civilistico-risarcitorie non sono infatti del tutto sovrapponibili alla valutazione medica lavoristica[15] e,

si è conservata per il servizio nell'impiego pubblico non privatizzato (cfr. ad es. in materia di arruolamento l'art. 1944 comma 8 del Codice dell'ordinamento militare di cui al d.lgs. n. 66/2010, nonché l'art. 2 comma 3 e l'art. 17 del d.p.s.r. 18 dicembre 2002 n. 9591, recante il regolamento dei concorsi del Senato della Repubblica).

[11] Cfr. il novellato art. 18 comma 7 St. lav.

[12] Cfr. l'art. 18 comma 1 lett. *bb*, l'art. 41 commi 2 e 6 e l'art. 42 del t.u. sulla sicurezza sul lavoro n. 81/2008, con riguardo appunto al giudizio medico d'idoneità del lavoratore alla mansione specificamente assegnata.

[13] LINARES, MORTARA, *Abilità, idoneità, capacità, validità: problematiche dell'inserimento, riammissione e reinserimento al lavoro*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* (Messina, 22-24 ottobre 2008), Inail, Roma-Milano, 2009, 306.

[14] Come noto, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 222/1984, si considera invalido l'assicurato la cui capacità di lavoro, in occupazioni confacenti alle sue attitudini, sia ridotta in modo permanente a causa di infermità o difetto fisico o mentale a meno di un terzo; vedi CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2013, 469 ss.; PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2012, 268 ss. Tantomeno rileva la nozione d'invalidità civile, a proposito della quale si rinvia, per una rassegna degli orientamenti recenti, al fascicolo monografico di MESITI, *L'invalidità civile*, Giuffrè, Milano, 2012, nonché del medesimo A., *Handicap, cecità e sordità*, Giuffrè, Milano, 2013; *amplius* vedi CIMAGLIA, COVATTA, *L'invalidità civile e la tutela della disabilità*, Giuffrè, Milano, 2009, 4 ss., nonché IACONE, BUCCELLI, *L'invalidità civile*, Cedam, Padova, 2008, 43 ss.

[15] CONSOLAZIO, FOIS, *Idoneità alla mansione specifica e invalidità pensionabile: convergenze e divergenze a fronte di un comune obiettivo*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 581.

comunque, la nozione di invalidità risulta poco utile nell'identificare le ricadute nel singolo rapporto: una menomazione psicofisica cospicua potrebbe essere irrilevante per lo svolgimento di certe mansioni, come viceversa una menomazione modesta potrebbe anche precluderle.

Per scongiurare confusione con la terminologia legale riferita all'omonimo trattamento pensionistico spettante nei casi di «assoluta e permanente impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa»[16], pare opportuno qui evitare il termine «inabilità», pur talora utilizzato dal legislatore con riferimento circoscritto a mansioni specifiche (es. nella legge sul diritto al lavoro dei disabili[17] e in materia infortunistica[18]).

In ogni caso, va dato atto che le predette opzioni lessicali non possono che avere carattere convenzionale, in quanto sono rese opinabili[19], come ogni alternativa in proposito, a causa delle oscilla-

[16] Come noto, quale presupposto per il diritto alla pensione d'inabilità l'art. 2 della l. n. 222/1984 stabilisce la condizione di colui «il quale, a causa di infermità o difetto fisico o mentale, si trovi nell'assoluta e permanente impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa»: cfr. ANDREONI, *Inabilità,* in *Digesto comm*., vol. VII, Utet, Torino, 1992, 287 ss. (tenendo comunque conto delle successive innovazioni normative, tra le quali si segnala da ultimo l'art. 1 comma 240 della l. n. 228/2012, relativo alla liquidazione del trattamento calcolato sulla somma della contribuzione disponibile presso gestioni previdenziali diverse). Per l'impiego pubblico, vedi inoltre il d.m. 8 maggio 1997 n. 187, regolamento recante «modalità applicative delle disposizioni contenute all'articolo 2, comma 12, della l. 8 agosto 1995, n. 335, concernenti l'attribuzione della pensione di inabilità ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche iscritti a forme di previdenza esclusive dell'assicurazione generale obbligatoria», in *Gazz. uff.* 30 giugno 1997 n. 150.

[17] L'utilizzo dell'aggettivo «inabili» riferito alla mansione specifica si rinviene nell'art. 4 comma 4 della l. n. 68/1999 sul diritto al lavoro dei disabili.

[18] Nel t.u. n. 1123/1968, cfr. ad es. l'art. 2 comma 1, che stabilisce che «L'assicurazione comprende tutti i casi di infortunio avvenuti per causa violenta in occasione di lavoro, da cui sia derivata la morte o un'inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero un'inabilità temporanea assoluta che importi l'astensione dal lavoro per più di tre giorni»; analogamente, vedi l'art. 68 del t.u. medesimo. L'inabilità temporanea va riferita alla occupazione dell'infortunato, al contrario che per quanto riguarda la valutazione dei postumi permanenti. Si rinvia ad es. ad ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 1981, 462 ss.

[19] La notevole pluralità, talora incoerente, delle nozioni che si rinvengono nella normativa in materia è comunemente rilevata in dottrina: vedi ad es. AVIO, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline,* in BALLESTRERO, BALANDI (a cu-

zioni terminologiche risultanti nella legislazione accumulatasi nei decenni.

Seppure la legislazione lavoristica utilizzi il termine «idoneità» anche con riferimento ad un'ampia gamma di qualificazioni professionali (ad es. in materia d'insegnamento nelle scuole), merita solo un cenno precisare che nelle seguenti pagine il discorso è limitato alle implicazioni della condizione psicofisica del dipendente, anche ove non verrà ripetuta l'aggettivazione «psicofisica» o «fisica».

Va inoltre puntualizzato che questi due aggettivi sono qui intesi in generale come fungibili, stante la giurisprudenza costituzionale che ha imposto la considerazione anche dei disabili psichici ai fini del collocamento obbligatorio, in attuazione degli artt. 3, 4, 35 e 38 della Costituzione[20].

Nel lessico lavoristico e nel linguaggio comune ("essere in malattia"), la malattia afferisce al solo caso in cui l'inidoneità psicofisica sia temporanea e totale, ossia tale da comportare la sospensione, prevedibilmente a termine appunto, della prestazione lavorativa. Oltre questa ipotesi, come si dirà sussiste quella in cui l'inidoneità temporanea sia parziale.

La considerazione della malattia non esaurisce il discorso intorno alla inidoneità psicofisica, non solo perché non tutte le inidoneità temporanee derivano da una malattia, ma anche perché

---

ra di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, Bologna, 2005, 157 ss.

[20] La pretermissione di questa categoria di disabili è da ritenersi vietata, a mente di Corte cost. 2 febbraio 1990 n. 50, pubblicata in quasi tutte le riviste di settore, vedi ad es. in *Riv. it. dir. lav*., 1990, II, 269, con nota di AVIO, *Collocamento degli invalidi psichici e Corte costituzionale*, che dichiarò illegittimo, per violazione degli art. 3, 4, 35 e 38 Cost., l'art. 5 della l. n. 482/1968, nella parte in cui non considerava invalidi civili, ai fini dell'assunzione obbligatoria, gli affetti da minorazioni psichiche; la pronuncia dichiarò illegittimo inoltre l'art. 20 della stessa legge nella parte in cui non prevedeva l'accertamento del prescritto collegio sanitario da integrare con uno specialista nelle discipline neurologiche e psichiatriche per i minorati psichici, al fine di valutare la compatibilità dello stato del soggetto con le mansioni affidategli all'atto dell'assunzione o successivamente; già qualche anno prima, vedi MONTUSCHI, *Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica*, in *Riv. it. dir. lav*., 1987, I, 4 ss.; per una panoramica aggiornata al nuovo quadro normativo, vedi ROSANO, *Effetti e tutele della disabilità psichica nella l. n. 68/1999*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, Roma, 2009, 395 ss.

debbono essere prese in considerazione pure le ipotesi in cui l'inidoneità sia permanente, con implicazioni differenziate tra inidoneità parziale o totale.

Come indica l'art. 41 del t.u. n. 81/2008, i parametri valutativi dell'inidoneità al lavoro sono due: la durata e l'ampiezza[21]. Schematizzando, le combinazioni possibili sono quattro: inidoneità temporanea totale o parziale, oppure permanente totale o parziale. A quest'ultima coppia di aggettivi, in talune fonti normative è preferita la contrapposizione tra inidoneità «relativa» e «assoluta»[22].

Nella prospettiva qui rilevante, la parzialità e la totalità dell'inidoneità sono relative, ossia riguardanti una data posizione lavorativa. In ogni ragionamento è necessario tenere conto del termine di paragone a cui il giudizio d'idoneità è riferito, che può essere una o più mansioni nell'ambito di una o più posizioni lavorative all'interno dell'organizzazione datoriale. Talora i piani rischiano di sovrapporsi, senza comunque confondersi: riscontrata come permanente o comunque duratura rispetto ad una certa posizione lavorativa, l'inidoneità potrebbe poi dover essere misurata con riguardo ad altre posizioni disponibili in azienda, rispetto alle quali il lavoratore può risultare già idoneo o comunque potrebbe tornare ad esserlo in un lasso di tempo più breve rispetto a quello necessario a rientrare nella sua posizione precedente.

Lo stato d'inidoneità psicofisica non sempre consiste in una condizione d'impossibilità assoluta d'attendere ad una mansione o comunque d'adempiere. La prestazione lavorativa durante la malattia sovente non è impossibile, bensì è oltremodo difficoltosa o gravosa. Per includere l'intera casistica, si parla d'impossibilità relativa o, meglio ancora, d'inesigibilità[23] della prestazione lavorativa durante la malattia.

---

[21] Cfr. l'art. 41 del t.u. n. 81/2008.

[22] Tale terminologia risale ad alcune fonti pubblicistiche del lavoro pubblico ed è stata recentemente ripresa: cfr. l'art. 2 del d.p.r. n. 171/2011 cit., il regolamento attuativo dell'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001, su cui si avrà modo di soffermarsi *infra*, cap. IV, § 4. Per la contrapposizione "mista", invece, tra inidoneità «assoluta o parziale», vedi la norma richiamata qui alla precedente nota.

[23] Il punto è sottolineato da ICHINO, *Il contratto di lavoro. Sospensione del lavoro, sciopero, riservatezza e segreto, potere disciplinare, cessazione del rapporto, conservazione e gestione dei diritti*, t. III, in SCHLESINGER (continuato da),

Da un lato, è esperienza comune che il dipendente possa sovente scegliere di lavorare pur affetto da patologie influenti sul suo lavoro, poiché solo una parte delle infermità che implicano il diritto del dipendente ad astenersi comportano pure una preclusione al lavoro, determinata dal fatto che la prestazione risulterebbe rifiutabile dal datore non disposto a retribuirla in quanto inadempiente[24], oppure dal fatto che si creerebbe nocumento o rischio per il dipendente stesso o altre persone o cose. La decisione di rivolgersi al medico è un preliminare passaggio che, per molte patologie, resta nella discrezionalità del lavoratore.

Dall'altro lato, è parimenti esperienza comune che il dipendente possa sovente scegliere di non lavorare, senza che il datore possa pretendere la prestazione: tramite la sintomatologia riferita e le proprie impressioni previsionali, il lavoratore può influire sulla durata della prognosi decisa dal medico, non trattandosi di una secca alternativa binaria, di fronte alla quale il lavoratore resta oggetto passivo e ininfluente della valutazione medica. Quest'ultimo aspetto è anzi riconosciuto dall'ordinamento, che contempla meccanismi giuridici che incentivano il lavoratore (non il medico, almeno per ora[25]) al contenimento delle prognosi d'assenza dal lavoro: si pensi,

---

Trattato di diritto civile e commerciale, Giuffrè, Milano, 2003, 54-56; vedi CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento: tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, 97 ss.; vedi anche ad es. ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto*, in PERULLI (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, t. II di F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2007, 491 ss.. Preferiscono parlare di impossibilità in senso relativo LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1993, 243 ss.; PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1991, 158; DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1992, 42, il quale sottolinea che si tratta di un giudizio nel quale sono inevitabilmente implicate componenti valoriali.

[24] Sulla configurabilità della prestazione lavorativa come di risultato, vedi PANTANO, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Cedam, Padova, 2012, spec. 7 ss. e 35 ss., ove ampi riferimenti al pertinente dibattito, anche con riguardo al tendenziale superamento della distinzione tradizionale tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

[25] Seppur apportatrici d'efficienza e trasparenza, dal punto di vista lavoristico debbono essere guardate con una qualche attenzione, se non diffidenza, le futuribili potenzialità dell'informatizzazione dei servizi sanitari pubblici, in partico-

ad esempio, ai giorni di carenza iniziale del trattamento economico di malattia a carico dell'Inps, nonché alle decurtazioni per i primi dieci giorni di malattia nell'impiego pubblico, dichiarate legittime dalla Consulta[26].

Questa divaricazione tra i casi in cui il lavoratore non è tenuto a lavorare e i casi nei quali gli è più o meno impossibile lavorare tende a ridursi d'importanza quando si tratti d'inidoneità psicofisica di lunga durata. In tal caso il lavoratore ha marcato interesse ad offrire la propria prestazione, al fine d'evitare le conseguenze sfavorevoli che l'ordinamento prevede all'esito del comporto o in caso di sopravvenuta incompatibilità della sua condizione psicofisica con l'organizzazione aziendale (per modificazione di una o dell'altra o d'entrambe).

Il grado di temporaneità, comunque, è una variabile che non permette una distinzione netta tra malattia e inidoneità permanen-

---

lare delle certificazioni telematiche (su cui *infra*, cap. III, § 2). Nell'attuale contesto economico-finanziario, non si può escludere il rischio che le esigenze d'armonizzazione statistica del comportamento diagnostico/prognostico dei medici pubblici o convenzionati finiscano in futuro per legittimare pressioni indebite, attuabili tramite meccanismi di monitoraggio che ad altro fine sono ormai collaudati: cfr. ad es. VETRO, *Il «diritto alla salute»: la responsabilità professionale del medico, con particolare riguardo alla prescrizione dei farmaci, secondo la giurisprudenza della Corte dei conti*, in *Lexitalia*, 2011, 5; BENEDETTELLI, *Profili di responsabilità amministrativa del medico dipendente nella prescrizione dei farmaci nella regione Marche,* in *Ragiusan*, 2011, fasc. 329, 306; la banca dati della giurisprudenza della Corte dei conti riporta corposa casistica, recentemente vedi Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 28 novembre 2011 n. 685, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2012, 125, nonché, per un approccio rigoroso Corte conti, sez. giur. reg. Umbria, 28 giugno 2004 n. 275, in *Riv. Corte conti*, 2004, fasc. 3, 196, con nota di MINERVA, *I limiti alla discrezionalità medica nella prescrizione dei farmaci a carico del ssn e la giurisdizione della Corte dei conti sui danni da iperprescrittività*. Si tenga conto che secondo Corte giust. Ue 22 aprile 2010 C-62/2009, l'art. 94 n. 1 della direttiva 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva 2004/27/CE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a regimi di incentivi finanziari istituiti dalle autorità nazionali responsabili della sanità pubblica per ridurre le loro spese in materia e diretti a favorire, ai fini del trattamento di talune patologie, la prescrizione, da parte dei medici, di medicinali specificamente designati contenenti un principio attivo diverso da quello del medicinale che era prescritto in precedenza o che avrebbe potuto esserlo in assenza di un siffatto regime di incentivi.

[26] Corte cost. 10 maggio 2012 n. 120, in *Riv. it. dir. lav*., 2013, II, 130, con nota critica di TIMELLINI, *Legittima la decurtazione stipendiale in ipotesi di assenza per malattia del dipendente pubblico*, su cui vedi *infra*, cap. III, § 5.

te, sia perché sovente le vicissitudini di salute più serie hanno durata indefinibile *ex ante*, sia perché sussistono le malattie croniche e recidivanti. L'ordinamento giuridico perciò contempla un punto d'incontro tra i due poli temporaneità-permanenza, ossia la speciale disciplina del licenziamento all'esito del comporto (un ulteriore punto d'incontro si rinviene nella particolare casistica in cui l'inidoneità, trattata come permanente, si riveli solo temporanea, in quanto intervenga un recupero psicofisico sufficiente al rientro al lavoro). Per la loro contiguità nella rilevanza ai fini dello scioglimento del rapporto lavorativo, le inidoneità temporanee che danno luogo ad un'assenza che supera la durata del comporto e quelle totali permanenti possono essere accomunate, come inidoneità "durature". Nell'art. 18 comma 7, esse sono anzi assimilate per quanto riguarda le conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo.

2. *(*Segue*) L'idoneità al lavoro: una valutazione complessa*

L'inidoneità come detto può essere relativa solo ad alcune o a tutte le mansioni assegnate; oppure anche ad alcune o a tutte quelle diverse che, a livello equivalente o inferiore[27], siano disponibili presso il datore; oppure a tutte quelle astrattamente possibili pres-

[27] Per quanto riguarda le mansioni superiori compatibili che in azienda siano disponibili o comunque possibili, va rilevato che nel corrente dibattito non emergono situazioni comportanti un diritto all'adibizione temporanea a siffatte mansioni, né tantomeno ad una corrispondente promozione definitiva. Nondimeno, alla luce dei più recenti strumenti normativi internazionali e comunitari che, come si dirà, impongono per i disabili «accomodamenti ragionevoli» a carico del datore, una tale prospettiva ermeneutica non sembra poter essere pregiudizialmente preclusa. Seppur per breve tempo, prima delle novellazioni apportate con il d.lgs. n. 106/2009, un'indicazione normativa leggibile in questo senso è stata in vigore nel t.u. n. 81/2008: l'art. 42 comma 2 per le conseguenze dei giudizi medici d'inidoneità alla mansione specifica prefigurava anche l'adibizione a mansioni superiori, per il qual caso si richiamavano «le norme di cui all'articolo 2103 del codice civile, fermo restando quanto previsto dall'articolo 52 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165». È stato comunque sostenuto che tale disposizione andava intesa come disciplinante gli effetti di una adibizione a mansioni superiori asseverata dal datore: GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 296 in nota 11.

so il datore medesimo (ipotesi quest'ultima che è implicata *de iure* dall'attestazione medica d'inidoneità totale a qualsiasi attività lavorativa).

L'individuazione delle mansioni precluse, ulteriori a quelle assegnate, ha rilevanza solo in alcune ipotesi d'inidoneità temporanea, ossia quelle in cui il medico abbia riscontrato che l'inidoneità psicofisica implica una capacità lavorativa residua. Una tale attestazione non è d'uso per le comuni malattie certificate dal curante del lavoratore, per le quali rileva la compatibilità tra la minorata condizione psicofisica e le sole mansioni già assegnate al tempo della sopravvenuta minorazione transitoria di salute. Non risulta infatti essersi affermata l'idea d'assegnare rilievo alla capacità lavorativa residua del dipendente in malattia, prospettata in qualche isolata pronuncia al fine d'introdurre tra gli obblighi contrattuali del dipendente malato la preliminare offerta della propria capacità parziale al datore prima di metterla a disposizione di altri[28].

Viepiù per le inidoneità durature, l'individuazione delle mansioni rispetto alle quali deve essere effettuata la valutazione di compatibilità è questione assai delicata e complessa. Come si ve-

[28] Cfr. Cass. 29 luglio 1998 n. 7467, in *Dir. lav.*, 2000, II, 57, con nota adesiva di MARAZZA, *Malattia e capacità lavorative residue*, secondo cui appunto «il dipendente in malattia che, seppur inidoneo temporaneamente alle mansioni alle quali è assegnato dal datore di lavoro, intenda svolgere attività lavorativa presso terzi in costanza di periodo di malattia per essere non di meno idoneo a mansioni diverse, il cui espletamento non sia pregiudizievole al fine di un più rapido recupero della piena idoneità fisica, è tenuto ad offrire tale prestazione parziale al datore di lavoro, il quale, esercitando lo *ius variandi* di cui all'art. 2103 c.c., potrebbe temporaneamente assegnare il lavoratore proprio a quelle mansioni (equivalenti a quelle originarie) per le quali il lavoratore sia idoneo»; in senso adesivo vedi anche FIORILLO, SCIMÈ, *Assenteismo e rimedi*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2008, fasc. 12, inserto, 32. Tale valorizzazione del canone della buona fede comunque non potrebbe di per sé avere portata risolutiva, se non altro poiché presupporrebbe una revisione del diniego legale del diritto del datore a conoscere la diagnosi stabilito dall'art. 2 comma 2 del d.l. n. 663/1979, convertito con l. n. 33/1980, e ribadito nella successiva normativa: revisione solo da taluni auspicata (vedi *infra*, cap. III, in nota 53). Per un quadro degli attuali orientamenti sulla possibilità di svolgere altre attività durante l'assenza per malattia, vedi VIANELLO, *La sospensione della prestazione di lavoro e la tutela della salute*, in MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, t. 1, di PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 284.

drà, questo aspetto è viceversa considerato nella legislazione e, soprattutto, nelle prassi giurisprudenziali, anche perché concerne l'eventualità di licenziamento.

Seppure la legge non le distingua, sul piano logico possono identificarsi tre diverse fasi dell'*iter* accertativo e decisionale in merito alle ricadute lavorative delle sopravvenienze negative di salute.

Una prima valutazione, di tipo medico, è quella deputata all'accertamento dell'alterazione della condizione psicofisica rispetto alla "normalità".

In proposito è qui sufficiente un cenno per richiamare la profonda problematicità del concetto di salute, a partire dall'ambiziosa definizione invalsa in sede internazionale da oltre mezzo secolo («stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia»), con le connesse incertezze nell'individuazione delle alterazioni della salute stessa, configurabili da diversi versanti: la concettualizzazione da parte del medico (*disease*), l'esperienza diretta del malato (*illness*) e il riconoscimento della persona malata come tale da parte del contesto sociale non medico (*sickness*). Sulla base dei modelli affermatisi nel panorama medico-scientifico, le impostazioni attuali portano a valorizzare gli aspetti relazionali nella valutazione dell'integrità e del funzionamento psicofisico[29]. Come si dirà, le più recenti fonti internazionali sottoli-

[29] Cfr. in particolare il sistema di valutazione ICF (*International Classification of Functioning, Disability and Health*), di analisi e classificazione della disabilità e della salute elaborato dall'Organizzazione mondiale della Sanità, in seno alla quale è stato approvato nel 2001: vedi www.who.int/classifications/icf/en. In estrema sintesi, in questa classificazione, che non riguarda solo le persone con disabilità ma è applicabile a tutti, il funzionamento e la disabilità sono visti come un'interazione complessa tra le condizioni di salute dell'individuo ed i fattori ambientali e personali. Detti aspetti sono intesi non come statici bensì nella loro dinamicità. Il linguaggio nell'ICF è neutrale rispetto all'eziologia, sì da poter essere meglio utilizzato a livello internazionale e interculturale, e con obiettivi diversificati. Rispetto al passato, l'innovazione introdotta con questa classificazione è «veramente sostanziale»: GIUSTINI, *La classificazione icf nello sviluppo della riabilitazione e del reinserimento lavorativo delle persone con disabilità*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 355. Sulle possibili difficoltà create da questa classificazione, risolvibili tramite l'informatizzazione della gestione dei pazienti, vedi CORTESE, MATARRESE, SCELFO, *Nuove prospettive nella valutazione delle capacità residue del disabile da lavoro: utilizzo della classificazione icf dell'Oms*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2011, 953 SS. Dal punto di vista giuridico, la dinamicità del concetto di disabilità, unitamente al fat-

neano la dinamicità delle nozioni in proposito, rifuggendo definizioni chiuse; resta comunque utile la nota tripartizione, elaborata negli anni '80 parimenti in sede internazionale, tra menomazione (a livello corporeo), disabilità (a livello personale) e handicap (a livello sociale)[30], tripartizione che negli anni '90 è stata riformulata in: menomazione-attività-partecipazione.

Una seconda valutazione, di carattere medico-legale, consiste nel riconoscimento dell'eventuale impatto dell'alterazione psicofisica sull'idoneità all'attività lavorativa in generale, tramite censimento della capacità lavorativa residua.

Per le questioni di salute durature, a fini giuslavoristici rilevano il secondo e il terzo aspetto summenzionati (la disabilità personale e l'handicap sociale), in una commistione testimoniata dal fatto che nella terminologia legale, anche internazionale[31], non si rinviene sempre coerenza rispetto al cennato lessico. Talora infatti il

---

to che esso sia basato sugli aspetti relazionali rispetto ai singoli ambienti sociali, ha indotto taluni a riflettere sulla possibilità di parlare, piuttosto che di discriminazione a danno delle persone disabili, di discriminazione fondata sulla disabilità, senza presupporre una categoria data: LOY, *La disabilità nelle fonti internazionali*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 42; un poco più prudente in proposito è BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in EAD. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, 91, che ritiene non accoglibile l'idea di spostare così tanto l'attenzione, dalla condizione del soggetto discriminato, alla condotta discriminatoria.

[30] La precedente classificazione ICIDH (*International Classification of Impairments Disabilities and Handicaps*), risalente al 1980, dell'Organizzazione mondiale della sanità ha dato tre definizioni. Per menomazione s'intende qualsiasi perdita o anormalità di una struttura o di una funzione fisiologica, anatomica oppure psicologica (in questo caso si tende a parlare di «disturbo»). Per disabilità precisamente s'intende qualsiasi limitazione o perdita della capacità di svolgere le normali attività della vita quotidiana a seguito di una menomazione. Per handicap s'intende la condizione di svantaggio che consegue ad una menomazione, che, in un dato soggetto, limita o impedisce l'adempimento del ruolo sociale normale per tale soggetto, in relazione all'età, al sesso ed ai fattori socio-culturali.

[31] Ad es. l'art. 1 della Convenzione n. 159/1985 dell'Organizzazione internazionale del lavoro sul reinserimento professionale e l'occupazione delle persone disabili stabilisce, invertendo i due termini, che ai fini della stessa Convenzione, l'espressione «persona disabile» indica «qualsiasi persona le cui prospettive di reperire e di conservare un impiego adeguato, nonché di progredire professionalmente, sono notevolmente ridotte a causa di un handicap fisico o mentale debitamente riconosciuto».

legislatore si riferisce alle «persone con disabilità»[32] e talaltra invece all'«handicap»[33]. Entrambe le espressioni sono utilizzate nella normativa antidiscriminatoria europea[34], mentre la Convenzione Onu del 2006[35] preferisce il termine «disabilità»: seppure, come accennato, non siano sinonimi, in molti contesti possono essere utilizzati in maniera indifferenziata.

La sensibilità più moderna e rispettosa delle peculiarità individuali pone enfasi sulla capacità lavorativa residua, piuttosto che sulla sua menomazione[36]. Tale sottolineatura in positivo è correlata non solo alla dismissione[37] del vecchio approccio para-assistenziale che vedeva nel disabile un soggetto improduttivo, in favore dell'idea che l'impegno e l'occupazione favoriscano l'inclusione[38]; ma deriva anche dalla crescente raffinatezza valutativa che i sistemi

[32] Es., sin dall'intitolazione, la l. n. 67/2006 recante «Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni».

[33] Es. il d.lgs. n. 216/2003, recante «Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro».

[34] Cfr. la direttiva 2000/78/CE, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

[35] Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, adottata il 13 dicembre 2006 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite (su cui *infra*, nel § seguente); la documentazione esplicativa ufficiale che accompagna la Convenzione sottolinea che comunque la priorità nelle scelte terminologiche va assegnata alle indicazioni emergenti nei diversi contesti sociali ed alle preferenze individuali dei singoli interessati.

[36] PERRONE, ROSINA, POLINO, *Dalle 'abilità residue' alla 'idoneità': evoluzione normativa e concettuale*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 737.

[37] Per tutti vedi D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei)*, in *Digesto comm.*, Utet, Torino, 2009, appendice, 762 ss. Nel dibattito dottrinale, critiche verso l'antecedente approccio del legislatore erano già avanzate da tempo, vedi in particolare ICHINO, *Diritto al lavoro e collocamento nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1988, 27.

[38] Es. Corte cost. 2 febbraio 1990 n. 50 cit., che dichiarò illegittimo l'art. 5 della l. n. 482/1968 nella parte in cui non considerava invalidi civili, ai fini dell'assunzione obbligatoria, gli affetti da minorazioni psichiche qualora «abbiano una capacità lavorativa che ne consente il proficuo impiego in mansioni compatibili». Le istituzioni comunitarie hanno dato da tempo una spinta importante nella direzione dell'inclusione sociale: cfr. ad es. la *Comunicazione* della Commissione *Pari opportunità per le persone con disabilità: un piano d'azione europeo* COM(2003) 650, nonché il relativo *Parere* del Comitato delle regioni, in *Gazz. uff.* Ce, 30 aprile 2004, C121, 28 ss., ove ulteriori riferimenti alla documentazione ufficiale pregressa.

legali di sicurezza sociale stanno facendo propria allo scopo d'incoraggiare il reinserimento lavorativo per contenere la spesa pubblica[39]. Da oltre un decennio si è consolidata nell'ordinamento l'evoluzione d'approccio medico che valorizza non più soltanto gli aspetti clinico-anatomici, ma pure quelli di carattere funzionale e relazionale.

Seppure forse ormai datato[40], punto di rifermento in proposito rimane l'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'art. 1 comma 4 della l. n. 68/1999, cioè il d.p.c.m. d'attuazione 13 gennaio 2000[41]. Nel glossario contenuto nell'allegato 2 di questo provvedimento, è distinta con chiarezza, dalla nozione di «capacità globale residua della persona» rilevante ai sensi della l. n. 104/1992[42], quella di «capacità lavorativa». Quest'ultima, nozione qui rilevante, viene definita come «potenzialità ad espletare una o più attività qualora sussistano caratteristiche ben delineate, sia biologiche, sia attitudinali, sia, ancora, tecnico-professionali». Dall'art. 1 della l. n. 68/1999 si desume una quadripartizione legale del tipo di minorazioni[43]: menomazioni fisiche, minorazioni psichiche, minorazioni sensoriali (con distinta considerazione per i non vedenti e i sordomuti[44]), handicap intellettivo. Nell'allegato 1 del medesimo prov-

---

[39] DAL POZZO *et al*., *Applicazione dell'icf nella valutazione della disabilità*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 369.

[40] La non conformità della scheda ufficiale di valutazione contenuta nell'allegato 1 alla nuova classificazione globale ICF è ravvisata da FERAGNOLI, GABRIELLI, LUISI, *Studio sull'utilizzazione dell'Icf nella valutazione della disabilità da lavoro*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 359.

[41] D.p.c.m. 13 gennaio 2000, in *Gazz. uff.* 22 febbraio 2000 n. 43.

[42] L'art. 3 comma 1 della l. n. 104/1992 definisce persona handicappata «colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione».

[43] NAVILLI, *I lavoratori disabili e il collocamento mirato*, in BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, vol. VI, di PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 308 ss.

[44] Per essi la l. n. 68/1999 richiama l'apposita normativa speciale. Nella rara letteratura in tema, sulle peculiarità disciplinari applicabili ai sordomuti cfr. M. MARINELLI, *L'idoneità dei sordomuti alle mansioni di assunzione tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. it. dir. lav*., 2002, II, 27 ss.

vedimento vengono dettagliate otto categorie di «capacità utili per lo svolgimento di attività lavorative»[45], la cui valutazione è gradua-

[45] Seppur lunga, detta classificazione merita d'essere riferita: nell'allegato 1 al provvedimento del 2000 sono indicate, in primo luogo le attività mentali e relazionali, suddivise in 7 sottogruppi: capacità di acquisire cognizioni e di impiegarle adeguatamente rispetto alle situazioni che si presentano; capacità di mantenere un comportamento positivo e collaborativo nelle diverse situazioni relazionali (sul lavoro, in famiglia, ecc.); capacità di affrontare una situazione di disagio causata dal ritmo lavorativo, dall'ambiente, dall'attività svolta ecc.; capacità di svolgere un lavoro di squadra; capacità di svolgere un lavoro autonomamente; capacità di svolgere un'attività, ma con supervisione; capacità di presentarsi bene e di curare adeguatamente la propria persona. Sono indicate, in secondo luogo, le capacità d'informazione, suddivise in 3 sottogruppi: capacità di comprendere e memorizzare informazioni; capacità di trasmettere informazioni coerenti e comprensibili a terzi mediante parola e/o scrittura; capacità di esprimersi con altre modalità. In terzo luogo, vi sono le capacità di postura, suddivise in 7 sottogruppi: capacità di mantenere la posizione seduta; capacità di rimanere in piedi; capacità di piegare le ginocchia e rimanere sulle ginocchia in tale posizione; capacità di piegare completamente le ginocchia e di mantenersi in equilibrio sui talloni; capacità di distendersi su una superficie piana orizzontale e di mantenere tale posizione; capacità di passare da una posizione del corpo ad un'altra (es. da seduti a distesi e viceversa, da seduti a in piedi, da in piedi a distesi ecc.); capacità di piegare in avanti e/o in basso la schiena e il corpo. In quarto luogo, vi sono le capacità di locomozione, distinte in 3 sottogruppi: capacità di spostarsi su un piano orizzontale o inclinato servendosi delle proprie gambe; capacità di spostarsi su un piano inclinato o su una superficie non piana (es. una scala); capacità di spostare qualcosa/qualcuno da un posto ad un altro per mezzo di un veicolo. In quinto luogo, vi sono le attività di movimento e funzionalità degli arti, suddivise in 3 sottogruppi: capacità di muovere e usare gambe e braccia; capacità di afferrare/spostare oggetti pesanti con le mani; capacità di servirsi delle mani per svariate operazioni che richiedano precisione; capacità di muovere o tenere fermi i piedi coscientemente (ad esempio: la capacità di usare una pedaliera). In sesto luogo, vi sono le attività complesse e/o associate a resistenza fisica, suddivise in 2 sottogruppi: capacità di compiere lavori che richiedono sforzi fisici e capacità di sopportare lo sforzo per periodi più o meno lunghi; capacità di mantenere la posizione in cui ci si trova, determinata dall'interazione ed efficienza di altre capacità (ad es. capacità di ricevere informazioni esterne ed interne alla propria struttura corporea, capacità di posizionarsi nello spazio in modo adeguato ecc.). In settimo luogo, vi sono le capacità di sopportazione dci fattori ambientali, suddivise in 5 sottogruppi: capacità di sopportare condizioni atmosferiche tipiche di una data regione; capacità di sopportare la presenza di suoni o rumori costanti nell'ambiente di vita o di lavoro (eventuale inquinamento acustico); capacità di sopportare la presenza di vibrazioni; capacità di sopportare la presenza di illuminazione naturale o artificiale adeguata. In ottavo luogo, vi sono le situazioni lavorativo-organizzative, suddivise in 4 sottogruppi: capacità di sopportare la alternanza durante la giornata lavorativa (eventualmente anche di notte); capacità di sopportare il ritmo lavorativo ovvero di mantenere la velocità con cui l'attività lavorativa procede; capacità di accedere

bile in quattro livelli (assente, minima, media, elevata) e in una indicazione del «potenziale» accompagnata dall'esplicitazione delle modalità prescritte di miglioramento, con i prevedibili tempi (computati in mesi).

Come noto, l'evoluzione tecnologica ha prodotto un ridimensionamento delle attività ad estrinsecazione motoria ed una moltiplicazione di attività specializzate nelle quali prevale la componente intellettuale[46] (si accrescono così le possibilità lavorative per le persone con menomazioni di tipo fisico, seppur non su tutti i versanti[47]).

In tal modo sono divenuti sempre più rilevanti, in primo luogo, l'approfondimento valutativo delle conseguenze non solo delle lesioni motorie ma anche di quelle c.d. viscerali e, in secondo luogo, la "personalizzazione" della valutazione, definendo di volta in volta la riduzione della capacità lavorativa in base alle caratteristiche specifiche della persona esaminata. Come stabiliscono gli artt. 2 e 4 del predetto d.p.c.m. 13 gennaio 2000, deve essere svolta «una diagnosi funzionale della persona disabile, volta ad individuarne la capacità globale per il collocamento lavorativo», la quale tenga conto anche delle «notizie utili per individuare la posizione della persona disabile nel suo ambiente, la sua situazione familiare, di

---

autonomamente al posto di lavoro; capacità di superare la distanza, di effettuare il tragitto con mezzi di trasporto dal posto di lavoro all'abitazione e di raggiungere il posto di lavoro. La scheda ufficiale comprende l'apposito spazio per un giudizio sintetico, con l'indicazione delle capacità lavorative complessivamente migliori. Sottolineano l'utilità d'impiegare anche test di autovalutazione ORLANDINI, DE MAITI, BAZZINI, *Definizione di una batteria di test per la valutazione delle capacità funzionali dell'infortunato sul lavoro*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 271, a cui si rinvia per l'indicazione delle scale specifiche di misurazione per i singoli gruppi e sottogruppi di capacità lavorative.

[46] Ciò beninteso non implica, di per sé, una minore gravosità del lavoro, bensì una diversità dei nuovi rischi di logoramento psicofisico, soprattutto nelle organizzazioni produttive «a flusso teso»: JEAMMAUD, *Lavoro: le parole del diritto, i valori e le rappresentazioni*, in TULLINI, (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, Bologna, 2009, 52.

[47] La tecnologia anzi riduce la necessità di talune mansioni, come quelle dei centralinisti non vedenti di cui alla l. n. 113/1985, che è interpretata nel senso che l'obbligo d'assunzione non sussista quando il centralino sia talmente automatizzato da non richiedere alcun operatore: cfr. il parere del Dipartimento della Funzione pubblica n. 17466 p.4.17.1.7.4 del 30 aprile 2012.

scolarità e di lavoro». La valutazione della capacità lavorativa tenderà a divenire, sempre più, un lavoro d'*equipe* formate da professionalità eterogenee, non solo del campo medico[48]. In tale ottica, il discorso sulla capacità psicofisica al lavoro s'intreccia con quello dell'istruzione e della formazione professionale[49].

Salvo il caso in cui sia venuta meno ogni capacità lavorativa, si giunge alla terza valutazione, che è di carattere medico-legale ed al contempo valoriale-organizzativo, con la quale si confronta la capacità lavorativa residua del singolo lavoratore con il contesto produttivo del singolo datore.

In questa terza fase, il sapere medico ha un ruolo importante ma non sempre centrale. Resta cruciale quando abbia diretto carattere vincolante, come ad esempio l'esito della visita del medico competente *ex* art. 41 del t.u. n. 81/2008 riferito alla mansione specifica (esito che può essere uno dei quattro seguenti: idoneità; idoneità parziale, temporanea o permanente, con eventuali prescrizioni o limitazioni; inidoneità temporanea; inidoneità permanente; nel caso di giudizio di inidoneità temporanea il medico deve precisarne i limiti temporali). Il ruolo del medico risulta invece soltanto un, pur importante, presupposto quando, individuando le opzioni precluse, indica quelle potenzialmente praticabili (soprattutto ai fini del ripescaggio che, come noto, secondo la giurisprudenza costituisce necessario presupposto del licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica). In tale prospettiva il ruolo centrale appartiene infatti ad un'altra valutazione, spettante al datore e in ul-

[48] Nel dibattito in ambito di medicina legale il rilievo è diffuso: es. SALATIN, BASTINI, ROSSANESE, *Luci ed ombre nell'applicazione dell'art.1 della legge 68/99: tutela globale o discriminazione?*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 855 ss.

[49] Per quanto riguarda l'organizzazione del mercato del lavoro, come noto, di tale intreccio la legislazione nazionale e regionale hanno preso atto già da tempo, cfr. D. GAROFALO, *Disabili e regioni*, Collana Adapt, Working Paper n. 53/2008, in www.fmb.unimore.it.; già FILÌ, *L'avviamento al lavoro tra liberalizzazione e decentramento*, Ipsoa, Milano, 2002, 236 ss.; all'indomani della riforma, TULLINI, *Uffici pubblici, organizzazioni* no profit *e collocamento dei disabili*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili: commentario alla Legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, 74; ALES, *Il servizio del "collocamento obbligatorio"*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 294.

tima istanza al giudice, la quale coniuga l'aspetto giuridico-valoriale e quello organizzativo.

Tale quadro è peraltro reso complesso dal fatto che alla valutazione di possibilità o meno dell'assegnazione del singolo lavoratore a determinate mansioni sovente non corrisponde una risposta inquadrabile nella secca alternativa binaria del "sì o no". In primo luogo, la distinzione stessa tra idoneità e inidoneità tende a sfumare nei non rari casi in cui le mansioni possano essere svolte, ma con una velocità o comunque un'efficienza minore.

In secondo luogo, la figura del medico non può certo essere considerata in maniera monolitica, poiché ben potrebbero riscontrarsi divergenze tra le valutazioni del medico competente (libero professionista o dipendente del datore) e quelle degli organi medici pubblici (la cui frammentata disciplina peraltro distingue plurime figure). Non indifferente è anche il momento nel quale può o deve essere effettuato il riscontro sanitario, poiché, a fronte dell'istanza datoriale agli organismi medici competenti, il lavoratore può avere interesse a posticiparlo ad un momento in cui siano scomparsi o comunque ridotti gli effetti acuti di una patologia duratura. Su questo aspetto la legge non è chiara, salvo il fatto che tale posticipo non può oltrepassare il limite del comporto, qualora il dipendente sia in malattia.

In terzo luogo, soprattutto, molto dipende dal tipo ed entità d'impegno che sia ritenuto incombente sul datore, da diversi punti di vista. È ad esempio fondamentale stabilire quale impegno economico-organizzativo sia esigibile in termini di formazione del singolo lavoratore. Qui emerge quanto questa valutazione sia influenzata anche dal bagaglio di competenze ed esperienze formative e professionali del singolo, che incide non solo sull'astratta possibilità di svolgere determinati compiti ma anche sulla concreta efficienza nello svolgerli in un dato contesto produttivo. Analogamente, è cruciale quanto si ritenga il datore tenuto all'acquisizione d'ausili tecnologici a supporto dell'attività lavorativa. Siffatti ausili possono essere indicati dal medico già nella seconda fase dell'*iter* valutativo, in quanto necessari affinché il dipendente interessato possa rendere proficua la propria capacità lavorativa residua, oppure possono essere individuati dal medico con specifico riferimento al-

le particolarità del singolo contesto produttivo, anche grazie alla collaborazione del datore e del lavoratore. Il personalissimo punto di vista di quest'ultimo sull'idoneità degli ausili, e in generale sulla propria confidenza nello svolgere le mansioni, ha anzi un rilievo nelle valutazioni mediche.

In quarto luogo, ancor più rilevante è l'entità dei cambiamenti organizzativi che siano ritenuti imponibili al datore, anche per quanto riguarda luogo e tempi della prestazione lavorativa. Dopo la l. n. 68/1999 pare ormai superata l'idea che non possano essere imposti al datore adattamenti organizzativi finalizzati all'integrazione lavorativa dei disabili[50]. Come si dirà, ulteriori indicazioni a favore del superamento di un rigido principio d'intangibilità delle scelte imprenditoriali del datore sono sopravvenute con il t.u. sulla sicurezza n. 81/2008[51], nonché da ultimo con l'art. 3 comma 3 *bis* del d.lgs. n. 216/2003. Tuttavia su questi cruciali profili, delicati in ragione della possibilità di ricadute

[50] LAMBERTUCCI, *Art. 2*, in G. SANTORO PASSARELLI, LAMBERTUCCI (a cura di), *Norme per il diritto al lavoro dei disabili (l. 12 marzo 1999, n. 68)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, 1362 ss.; LIMENA, *Il collocamento mirato dei soggetti disabili*, in CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, vol. II di F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2007, 245.

[51] Cfr. NOGLER, *Inidoneità alla mansione specifica*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, Bononia, Bologna, 2010, I, 72; rispetto agli atteggiamenti giurisprudenziali conservatori, una parte crescente della dottrina offre sollecitazioni in direzione non solo costituzionalmente orientata, ma anche "comunitariamente adeguata": vedi spec. GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento* cit., 292 ss. Pare così in un qual modo in via di superamento la diffusa diffidenza verso l'ammissibilità di oneri con una componente assistenziale a carico del datore, basata sulla precedente giurisprudenza costituzionale in materia di collocamento obbligatorio e di divieto d'imponibile di manodopera: es. SUPPIEJ, *Collocamento obbligatorio e Costituzione*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, t. II, 1299, e soprattutto ICHINO, *Il contratto di lavoro. Fonti e principi generali, autonomia individuale e collettiva, disciplina del mercato, tipi legali, decentramento produttivo, differenziazione dei trattamenti e inquadramento*, t. I, in SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000, 123 ss.; ritiene quest'ultima posizione superata dall'affermazione positiva dei valori di tutela della persona FERRARO, *Tutela dei disabili e poteri imprenditoriali*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 2009, 341. La questione è comunque delicata, anche a causa dell'assenza, nell'attuale quadro positivo, di parametri precisi d'indirizzo del giudizio giurisprudenziale.

sull'organizzazione della prestazione degli altri lavoratori e dell'attività datoriale nel suo complesso, la disciplina legale risulta vaga e, quindi, insoddisfacente.

3. *Integrazione lavorativa delle persone con ridotta capacità psicofisica e valori fondamentali; il divieto di discriminazione per handicap*

Il fondamentale valore del lavoro come mezzo di svolgimento della personalità, sancito nella Costituzione[52], implica il necessario rilievo giuridico delle disabilità che comportino un handicap in ambito lavorativo. L'ordinamento lavoristico non può restare indifferente, ma deve farsi strumento atto a rimuovere gli ostacoli «che, limitando di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona» e l'effettiva partecipazione di tutti alla vita sociale. Pur con la sinteticità che può avere un testo costituzionale risalente alla metà del secolo scorso, un riconoscimento del diritto al lavoro delle persone con disabilità, più esplicito che all'art. 3 Cost., è contenuto nell'art. 38 comma 3 Cost.[53], in base al quale gli «inabili ed i minorati» hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale.

Più ancora che per altre condizioni personali di debolezza, per quanto riguarda l'handicap è stata faticosa e tardiva l'evoluzione[54] che ha portato l'ordinamento italiano alla protezione giuridica delle

---

[52] Nella vasta letteratura, vedi i contributi contenuti nel volume MENGONI, GIUGNI, TREU, ROMAGNOLI, *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e pensiero, Milano, 1998, 15 ss.; per un quadro della dottrina SCOGNAMIGLIO, *La Costituzione repubblicana*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro* cit., 121 ss., ove ulteriori riferimenti.

[53] Come segnala AVIO, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline* cit., 162, l'art. 38 comma 3 Cost. risulta pressoché un «fossile, o, semplicemente, un pleonasmo», alla luce del fatto che per la generalità dei lavoratori l'art. 35 comma 2 Cost. impone che la Repubblica garantisca (una tutela maggiore cioè) «la formazione e l'elevazione professionale».

[54] TUCCI, *La discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 4 ss.; cfr. anche COLAPIETRO, *Diritto al lavoro dei disabili e costituzione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 618 ss., e NAVILLI, *I lavoratori disabili e il collocamento mirato* cit., 279 ss.

persone disabili tramite la spinta alla loro integrazione effettiva. È solo con l'inizio del nuovo secolo che il fondamento dei diritti all'integrazione socio-lavorativa delle persone disabili ha ottenuto una più nitida consacrazione, nell'ambito di plurime fonti di rango sommo, la cui pregnanza induce a ritenere che si stia giungendo ad un definitivo passaggio dalle proclamazioni di principio all'effettività dei risultati.

Con una sincronia e, quasi, una sinergia non usuali, l'ordinamento internazionale e quello dell'Unione europea sono giunti a formulare regole che raggiungono un livello di dettaglio, e quindi di rilievo pratico, che è inusitato. Nel 2006 è intervenuta la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità[55], ratificata dall'Italia con l. n. 18/2009 ed approvata anche a livello europeo con decisione 2010/48/CE[56]. Per quanto riguarda l'ordinamento europeo, un riferimento fondamentale si rinviene negli artt. 10 e 19 del Trattato sul funzionamento dell'UE[57], in correlazione con gli artt. 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, come noto resa vincolante tramite il Trattato di Lisbona[58]. Tali strumenti para-costituzionali offrono una copertura del massimo grado alle fonti derivate in materia, in particolare alla direttiva 2000/78/CE, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. In attuazione di quest'ultimo provvedimento, come noto, ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano uno specifico di-

[55] Convenzione adottata il 13 dicembre 2006 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite ed entrata in vigore il 3 maggio 2008.

[56] Decisione del Consiglio 2010/48/CE del 26 novembre 2009 relativa all'adesione, da parte della Comunità europea, alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, in *Gazz. uff.* Ue, 27 gennaio 2010, L23, 35.

[57] Sull'origine di tali disposizioni, vedi BELL, WADDINGTON, *The 1996 intergovernmental conference and the prospects of a non-discrimination Treaty article*, in *Ind. law. journ*., 1996, 320; per un quadro vedi VENCHIARUTTI, *I diritti delle persone disabili*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in RODOTÀ, ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, 175 ss.

[58] Cfr. ROCCELLA, *Diritto comunitario e diritto del lavoro*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro* cit., 290-291, il quale comunque esprime prudenza rispetto alla probabilità che i pur pregnanti contenuti di questi strumenti normativi possano imprimere un'effettiva svolta in materia di politica sociale europea tramite l'attività ermeneutica della Corte di giustizia dell'Ue.

vieto di discriminazioni basate sull'handicap, con il d.lgs. n. 216/2003 (che è intervenuto anche sull'art. 15 St. lav.[59]). A ciò ha fatto seguito un ulteriore rafforzamento della tutela giudiziaria tramite la l. n. 67/2006 e il d.lgs. n. 150/2011[60].

Tra gli strumenti internazionali, la menzionata Convenzione dell'Onu del 2006 ha un rilievo preminente, come «primo trattato sui diritti umani del XXI secolo»[61]. La comunità internazionale si è così dotata di un testo giuridico solenne[62] ed universale[63] con un approccio complessivo alla tutela dell'handicap, che però non sfuma in una genericità di proclamazioni. Le disposizioni generali dimostrano una piena affermazione della visione moderna dell'handicap, inteso come il risultato dell'interazione tra una persona e gli impedimenti dell'ambiente sociale che non sa adattarsi, creando così barriere alla partecipazione alla vita della comunità su base d'uguaglianza con gli altri individui (art. 1 comma 2). Come è stato detto, «tutti, in una certa misura possiamo essere considerati disabili»; sicché pare preferibile parlare di discriminazione fondata sulla disabilità, senza presupporre una cerchia di persone definita[64].

---

[59] Sull'attuale non centralità a fini antidiscriminatori del pur novellato art. 15 St. lav., che risente della circoscritta finalità originaria, vedi ROMEO, *La tutela del lavoratore disabile discriminato,* in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 366 ss.

[60] Cfr. gli artt. 28 e 35 comma 36 del d.lgs. n. 150/2011.

[61] BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità* cit., 80, in nota.

[62] In tale strumento internazionale convergono i precedenti testi approvati in seno all'Onu che invece non avevano carattere vincolante, in particolare le *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, del 1994 e il *World Programme of Action on Disabled Persons*, risalente al 1982. A livello internazionale, i testi normativi a tutela delle persone con disabilità sono numerosi, ma con formulazioni tendenzialmente meno analitiche e coraggiose: es. Convenzione n. 159/1985 dell'Organizzazione internazionale del lavoro sul reinserimento professionale e l'occupazione delle persone disabili, entrata in vigore in Italia nel 2000.

[63] In vista della sesta conferenza degli stati firmatari prevista per il luglio 2013, le adesioni risultano già oltre il numero di 150 e le ratifiche oltre le 130; per un quadro, vedi *The way forward: a disability-inclusive development agenda towards 2015 and beyond*, Report of the Secretary-General at the Sixty-eighth session of the United Nations General Assembly prevista per settembre 2013, in www.un.org/disabilities.

[64] LOY, *La disabilità nelle fonti internazionali* cit., 91.

La Convenzione evita di dare una definizione esaustiva di disabilità, poiché, come ricorda il punto *e* del preambolo, la disabilità è un concetto in evoluzione. In proposito, anzi, la traduzione italiana risulta non rispondente, in quanto recita: «Per persone con disabilità *si intendono* coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri»[65]. Viceversa, il testo inglese recita «Persons with disabilities *include* those…» (art. 1; corsivi aggiunti)[66].

Un intero articolo (art. 8) è dedicato alla «sensibilizzazione», ossia all'accrescimento della consapevolezza a tutti i livelli della società, imponendo che gli Stati combattano gli stereotipi e i pregiudizi non solo tramite la normazione, ma anche con prassi e iniziative pubbliche, su ogni versante: educazione, sport, comunicazione di massa, ecc. Taluni precetti risultano alquanto raffinati e innovativi, soprattutto se rapportati al loro rilievo planetario: si pensi ad esempio all'espressa menzione (art. 6) delle discriminazioni «multiple», a cui rischiano di essere soggette le donne e le minori, la cui lesività combinata finisce per essere ben superiore a quella dei singoli fattori discriminatori[67].

Meritorio è anche lo sforzo di diffusione, oltre la cerchia di specialisti, del concetto di «progettazione universale», intesa come la predisposizione di prodotti, strutture, programmi e servizi «utilizzabili da tutte le persone, nella misura più estesa possibile, senza

[65] Così sia nella traduzione stampata nel 2007 a cura del Ministero della solidarietà sociale, sia in quella stampata nel 2009 a cura del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali.

[66] Ai sensi dell'art. 50 della Convenzione, i testi ufficiali facenti fede sono quelli arabo, cinese, inglese, francese, russo e spagnolo.

[67] Su tale evoluzione della sensibilità giuridica, vedi GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 449 ss. ove in particolare si considera l'interazione tra il fattore del genere sessuale e quello della razza o origine etnica, al cui proposito vedi anche F. AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, in *Lav. dir.*, 2003, 134 ss.

il bisogno di adattamenti o di progettazioni specializzate»[68], questione al cui proposito l'Italia è all'avanguardia per quel che riguarda la fruibilità dei servizi informatici[69]. In numerosi precetti la Convenzione sottolinea l'importanza delle nuove tecnologie, tanto quelle d'informazione e comunicazione, quanto quelle di supporto all'assistenza ed all'autonomia delle persone con disabilità, che gli Stati si impegnano a sviluppare ed a condividere; i riferimenti sono quasi una decina: tecnologie di comunicazione verbale e non verbale, di adattamento delle strutture, dei trasporti e dei luoghi ad uso umano in genere, all'istruzione ed al lavoro, ai diritti politici, ecc. Sono inclusi plurimi richiami alla rete internet, il cui accesso sembra così riuscire a diventare, per i disabili, un diritto sociale[70].

A proposito delle tecnologie e in generale degli apparati di supporto, la cui diffusione trova barriere nel loro costo, appare non trascurabile la statuizione (art. 4) secondo cui ogni Stato si impegna «sino al massimo delle risorse di cui dispone» a prendere misure normative, amministrative e di altra natura, adeguate ad attuare i diritti riconosciuti nella Convenzione. Tanto più alla luce del precetto (art. 28) che in materia di protezione sociale impone non solo il diritto a condizioni di parità, ma anche di assicurare l'accesso «a servizi, attrezzature e altri tipi di assistenza per i bisogni derivanti dalla disabilità, che siano appropriati ed a costi accessibili».

Tali regole potrebbero portare a ricadute interessanti, sul piano *de iure condendo*, visto anche che, secondo la Convenzione, in ogni sede amministrativa o politica in cui si deliberi su questioni con ricadute in materia devono essere sentiti i soggetti interessati o loro

---

[68] In proposito cfr. ANSELMI, IUGOLI, SACCO, *Nuove prospettive nel reinserimento lavorativo del disabile*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 329 ss. (anche in *Riv. inf. mal. prof.*, 2008, 511 ss.).

[69] Cfr. la l. n. 4/2004, «Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici», modificata con il d.l. n. 79/2012.

[70] Per la generalità dei cittadini, invece, l'ordinamento giuridico è attualmente ad un livello meno avanzato; per un approfondimento del dibattito nella letteratura giuspubblicistica si rinvia ai contributi in PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad internet*, Esi, Napoli, 2011, spec. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, 24 ss.

rappresentanze ("*nothing about us without us*")[71]. Soprattutto, tali regole potrebbero portare a conseguenze interessanti sul piano giurisprudenziale, secondo la linea evolutiva incentrata sul principio d'eguaglianza sostanziale in specie di «condizioni personali» di cui all'art. 3 Cost., ben sperimentata dal Giudice delle leggi[72], il quale non pare disposto a consentire compressioni eccessive dei valori costituzionali dettate dalla contingenza economico-finanziaria[73]. Nella misura in cui la giurisprudenza costituzionale non si rivelasse sensibile in proposito[74], potrebbe assumere importanza il ruolo che le nuove forme di tutela giudiziaria speciale consentono alla giurisprudenza ordinaria[75].

---

[71] Per un quadro (non limitato alla questione della disabilità) delle esperienze italiane, soprattutto regionali, vedi PICCHI, *L'effettività dei diritti sociali: la via della partecipazione*, relazione al convegno «I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza», Trapani 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it., 13 ss.

[72] AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, spec. 30 ss.; sulle potenzialità di questo comma, vedi già ROMAGNOLI, *Art. 3, secondo comma*, in AA.VV., *Principi fondamentali. Artt. 1-12*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, 165 ss.

[73] Cfr. di recente Corte cost. 26 febbraio 2010 n. 80, in *Foro it.*, 2010, I, 1066, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 2, comma 413 e 414 della l. 24 dicembre 2007 n. 244, nella parte in cui fissava un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno ed escludeva la possibilità, già contemplata nell'art. 40 comma 3 della l. 27 dicembre 1997 n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza di studenti con disabilità grave, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente.

[74] Cfr. ad es. Corte cost. 23 dicembre 2008 n. 431, che ha dichiarato inammissibile, in quanto richiede un intervento che esula dai poteri della Corte e che deve ritenersi riservato alle scelte discrezionali del legislatore, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 l. 2 agosto 1999 n. 264, nella parte in cui non stabilisce l'obbligo delle amministrazioni di prevedere nel bando di concorso per l'ammissione al corso del diploma di laurea per fisioterapisti, una quota di posti nella misura prevista per le procedure concorsuali di accesso al pubblico impiego per diversamente abili, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost.; nonché, sulla stessa linea di autocontenimento rispetto alla discrezionalità del legislatore ordinario, Corte cost. 4 luglio 2008 n. 251, sull'assenza di un obbligo di garantire uno spazio ai disabili in carrozzella nei luoghi dove si svolgano pubbliche manifestazioni o spettacoli, entrambe in *Foro it.*, 2009, I, 302.

[75] Proprio con riguardo ad una fattispecie lavoristica vedi da ultimo Trib. Avezzano 26 marzo 2013, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 23, che ha ritenuto discriminatoria la permanenza, nell'ufficio a cui era assegnato un centralinista paraplegico in carrozzella, di scrivanie e sedie di dimensioni tali da rendere necessario aiuto per

L'approccio di questa Convenzione internazionale non degrada in genericità poiché alle disposizioni di carattere generale segue un lungo catalogo di precetti riferiti a singoli aspetti della vita sociale: eguale riconoscimento anche nella disciplina dei rapporti interprivati (persona, famiglia, proprietà, ecc.) ed eguale accesso alla giustizia; dignità personale e rispetto della vita privata e familiare; libertà di espressione e opinione ed accesso all'informazione; libertà di movimento e di circolazione[76]; istruzione e ogni altra offerta formativa per tutto l'arco della vita; salute[77], abilitazione e riabilitazione; lavoro e previdenza sociale; situazioni di rischio ed emergenze umanitarie; partecipazione alla vita culturale, ricreativa, sportiva, politica e pubblica in genere. Per ciascuno di questi ambiti, indica regole precise e concrete, per il rispetto delle quali sono istituiti obblighi di monitoraggio, anche statistico[78], e di cooperazione internazionale coordinata da un apposito comitato sopranazionale di esperti, i cui poteri sono comunque circoscritti secondo gli ordinari canoni del diritto internazionale. Un rilievo un poco maggiore della Convenzione sussiste nei paesi (quasi tutti quelli eu-

spostarli allo scopo di raggiungere una delle postazioni di lavoro. Per una recente applicazione della speciale tutela processuale di cui alla l. n. 67/2006 e del d.m. 21 giugno 2007 «Associazioni ed enti legittimati ad agire per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità, vittime di discriminazioni», in *Gazz. uff.* 6 agosto 2007 n. 181, vedi Trib. Roma 8 marzo 2012, in *Nuova giur. civ. comm*., 2012, I, 967, con nota di VENCHIARUTTI, *Condotta discriminatoria nei confronti di persona disabile per mancanza sui marciapiedi delle piattaforme di accesso ai mezzi di trasporto*, ove ulteriori riferimenti alle non frequenti analoghe pronunce.

[76] Recentemente vedi anche la risoluzione *Mobilità, integrazione delle persone con disabilità*, del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla mobilità e l'integrazione delle persone con disabilità e la strategia europea in materia di disabilità 2010-2020, in *Gazz. uff*. Ue, 8 maggio 2013, C 131E, 9.

[77] Ne tiene conto la risoluzione del Parlamento europeo dell'8 marzo 2011 intitolata *Riduzione delle disuguaglianze sanitarie*, 2010/2089.

[78] Per quanto riguarda l'Italia, nella primavera 2013 è stato pubblicato dal governo il primo *Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità in attuazione della legislazione nazionale e internazionale* ai sensi dell'art. 5 comma 3 della l. di ratifica n. 18/2009, con dati che meritano attenzione. Gli interventi normativi prefigurati consistono nella manutenzione della l. n. 68/1999, con spunti di rafforzamento non trascurabili (es., la eliminazione della autocertificazione di ottemperanza *ex* art. 17, ai fini della partecipazione a bandi per appalti pubblici o in rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, con restituzione ai centri per l'impiego della competenza).

ropei, compresa l'Italia) che hanno accettato anche il protocollo addizionale annesso, che permette l'apertura di reclami in sede internazionale. In ogni caso, l'impatto della Convenzione nei singoli ordinamenti dipende soprattutto dall'effettiva forza pervasiva che lo strumento di ratifica ha nell'ambito di ciascun sistema giudiziario.

Delle tematiche del lavoro e dell'occupazione si occupa l'art. 27 della Convenzione, il quale si apre con la statuizione del «diritto di potersi mantenere attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato» in un mercato del lavoro e in un ambiente lavorativo aperti, che favoriscano l'inclusione e l'accessibilità alle persone con disabilità. L'articolo impone agli Stati aderenti l'adozione di appropriate iniziative «anche legislative» per vietare la discriminazione fondata sulla disabilità «per tutto ciò che concerne il lavoro in ogni forma di occupazione», in particolare rispetto alle condizioni di reclutamento, assunzione e impiego, alla continuità dell'impiego, all'avanzamento di carriera, alle condizioni di sicurezza e di igiene, tutti aspetti per i quali è anzi prescritta un'attività promozionale incentivata con risorse pubbliche. Specifica menzione viene formulata della «uguaglianza di remunerazione per un lavoro di pari valore», nonché della necessità di «procedure di composizione delle controversie» e della facoltà di «esercitare i propri diritti di lavoratori e sindacali» su base di uguaglianza.

L'art. 27 impone, inoltre, di garantire che alle persone con disabilità siano forniti «accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro». Orbene, questo concetto è centrale nell'intero impianto della Convenzione, in seno alla quale è utilizzato soprattutto con riguardo agli ambiti ove il vincolo giuridico appare inteso in maniera più penetrante. Tra le prescrizioni settoriali esso si rinviene, oltre che nella cennata disposizione lavoristica, nell'art. 14 in materia di condizioni di privazione della libertà personale per detenzione e nell'art. 24 in materia d'istruzione[79]. Compare già nelle disposizio-

[79] Più in generale, nella Convenzione lo stesso concetto di ragionevolezza compare con riguardo a poche altre questioni di delicato contemperamento, e cioè al divieto nel settore delle assicurazioni di discriminazioni a danno delle persone con disabilità, le quali devono poter ottenere, a condizioni eque e ragionevoli, un'assicurazione per malattia e, nei paesi nei quali sia consentito dalla legislazione nazionale, un'assicurazione sulla vita (art. 25) e all'obbligo che le norme che tutelano i diritti di proprietà intellettuale non costituiscano un ostacolo irragionevole

ni di carattere generale come obbligo per gli Stati di garantire e d'imporre accomodamenti ragionevoli per promuovere l'uguaglianza ed eliminare le discriminazioni (art. 5).

Secondo la definizione esplicitata nell'art. 2, accomodamenti ragionevoli sono le modifiche e gli adattamenti «che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali». Soprattutto, la definizione di discriminazione «fondata sulla disabilità»[80] contenuta nel medesimo articolo è accompagnata dal chiarimento secondo cui essa può verificarsi in qualunque forma o modo, «compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole». Ebbene, individuare il contenuto di quest'ultima espressione è cruciale, allo scopo di misurare l'effettivo impatto della Convenzione Onu.

Risulta utile un confronto con l'analoga espressione inclusa nella direttiva 2000/78/CE, che, concretizzando un lungo percorso di maturazione della sensibilità al tema[81], come detto ha reso vincolante in Europa da oltre un decennio il divieto di discriminazioni basate sull'handicap[82]. Nella definizione di discriminazione indiretta, l'art. 2 della direttiva indica due possibili cause di giustificazio-

---

e discriminatorio all'accesso da parte delle persone con disabilità ai prodotti culturali (art. 30).

[80] Tale definizione è inclusa nell'art. 2 della Convenzione, in base al quale per discriminazione fondata sulla disabilità s'intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo.

[81] Cfr. in particolare la raccomandazione 86/379/CEE del 24 luglio 1986 concernente l'occupazione dei disabili nella Comunità europea, in *Gazz. uff*. Ce, 12 agosto 1986, L225, 43 (che, per quel che qui rileva, all'art. 1 *b* indicava agli Stati membri di garantire ai disabili «eque possibilità per […] il mantenimento nel posto di lavoro»), nonché la risoluzione del 17 giugno 1999 relativa alle pari opportunità di lavoro per i disabili, in *Gazz. uff*. Ce, 2 luglio 1999, C186, 3.

[82] L'importanza delle novità introdotte dalle direttive antidiscriminatorie dell'inizio dello scorso decennio era stata subito riconosciuta anche dai commentatori inclini ad adottare interpretazioni un poco più continuiste: es. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive di «seconda generazione», in Giorn dir. lav. rel. ind*., 2003, 424 ss.

ne alternative[83]. La prima giustificazione è d'applicazione generale a tutti i fattori di discriminazione stabiliti dalla direttiva (religione, convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali). La seconda possibile giustificazione, valevole invece solo per le discriminazioni indirette basate sull'handicap, consiste nel rispetto datoriale dell'obbligo di adottare «misure adeguate» per ovviare agli effetti della disposizione, criterio o prassi, solo apparentemente neutri, che mettono in una posizione di particolare svantaggio le persone portatrici di un dato handicap. Questa giustificazione ammessa nella direttiva europea svolge una funzione analoga all'espressione «accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro» della Convenzione Onu. La disciplina europea però offre ragguagli maggiori sul concetto di «misure adeguate», al cui proposito l'art. 2 contiene un espresso rinvio all'art. 5 della direttiva stessa.

Quest'ultimo articolo impone che, per garantire il rispetto della parità di trattamento dei disabili, siano previste «soluzioni ragionevoli»[84]. Il datore deve prendere i «provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire» ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione. Lo stesso art. 5 precisa che resta escluso l'obbligo di assumere provvedimenti che richiedano al datore «un onere finanziario sproporzionato», assumendo però che non vi sia sproporzione allorché l'onere sia «compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro» per i disabili.

In proposito sono rilevanti le indicazioni contenute nel ventunesimo *considerando*, secondo cui per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni. Fa chiarezza il ventesimo *considerando* della direttiva, esemplificando ciò che il legislatore comu-

[83] Propende per l'alternatività LOY, *La disabilità nelle fonti internazionali* cit., 45.

[84] Vedi ampiamente BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità* cit., 100 ss.

nitario intende: «misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento». In proposito il quadro può dirsi completato dal diciassettesimo *considerando*, secondo il quale la direttiva «non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro» in questione.

La considerazione distinta, da parte della direttiva europea, dell'handicap è il riflesso della particolarità di questo fattore discriminatore. A differenza di altri, che non hanno, mai o quasi, diretta incidenza sulla possibilità di svolgere prestazioni lavorative (es. la razza o l'orientamento sessuale) o la hanno in maniera episodica o circoscritta (es. le convinzioni personali o la religione), questo fattore ha, più di tutti, una tale incidenza in maniera obiettiva, diretta e continuativa[85]. Sicché, per quanto riguarda l'handicap, l'aspetto promozionale e compensativo della differenza assume rilievo preponderante, come conferma la distinta considerazione della disabilità anche nell'art. 7 in materia di azioni positive. Non rappresentando la disabilità un elemento identitario in un qual modo prescelto[86], peraltro, tali azioni non trovano ostacolo nell'esigenza di non alterare ed anzi preservare intatta la diversità. Seppure sia recente la sua risoluta applicazione all'handicap, si tratta di una prospettiva non certo nuova. Del resto, la presa d'atto fattiva delle differenze nella condizione psicofisica delle persone, per ragioni permanenti come le differenze d'età o genere[87], oppure

[85] BELL, WADDINGTON, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 385 ss., cui si rinvia anche per la distinzione dei plurimi concetti d'eguaglianza sottesi alla normativa antidiscriminatoria comunitaria.

[86] Questo tratto differenziale è sottolineato da LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2010, 148-149.

[87] Già da decenni, comunque, è sottolineata l'esigenza di superare la tradizionale tendenza dottrinale ad accomunare il lavoro femminile a quello dei mino-

contingenti come le malattie o gli infortuni, è una delle radici originarie del diritto del lavoro[88].

La dottrina più accorta si era interrogata in merito alla carenza, sotto questo profilo, dell'attuazione italiana della giustificazione speciale che la direttiva 2000/78/CE stabilisce per le discriminazioni basate sulla disabilità[89]. Rispetto al combinato disposto degli artt. 2 e 5 della direttiva, l'originaria versione del d.lgs. n. 216/2013 di recepimento era silente.

Più in generale, nell'ordinamento lavoristico interno si rinvengono regole specifiche solo per la fase costitutiva del rapporto (il collocamento obbligatorio mirato[90]) e pochi altri istituti (es. i permessi[91] e gli ausili informatici[92]). Qualcosa di più viene previsto

---

ri, dovendosi evitare così d'enfatizzare una "diversità" di condizione psicofisica che per le donne nel passato veniva sopravvalutata: TREU, *Artt. 36-37*, in GIUGNI *et al.*, *Rapporti economici. Artt. 35-40*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, 204 ss.

[88] Cfr. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli, 1986, 40 ss.; DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 419 ss.; CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994, *passim* spec. 62; LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 23 ss.

[89] Cfr. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità* cit., 81 e 110 ss.; LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele* cit., 150; GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento* cit., 303.

[90] M. NAPOLI, OCCHINO, CORTI, *I servizi per l'impiego. Art. 2098*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010, 74 ss.

[91] I permessi lavorativi del disabile o dei suoi congiunti costituiscono anzi un tema su cui è elevata l'attenzione tanto del legislatore (cfr. da ultimo il riordino con d.lgs. n. 119/2011) quanto della giurisprudenza, anche costituzionale (cfr. da ultimo Corte cost. 18 luglio 2013 n. 203, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42 comma 5 del d.lgs. n. 151/2001 nella parte in cui non include nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo per figli con handicap grave ivi previsto, e alle condizioni ivi stabilite, il parente o l'affine entro il terzo grado convivente, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri soggetti individuati dalla disposizione impugnata, idonei a prendersi cura della persona in situazione di disabilità grave).

[92] L'art. 4 comma 4 della l. n. 4/2004, «Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici», stabilisce, richiamando la disciplina dei contributi finanziari pubblici al collocamento obbligatorio, che i datori pubblici e privati debbono porre a disposizione del dipendente disabile «la strumentazione *hardware* e *software* e la tecnologia assistiva adeguata alla specifica

per il pubblico impiego[93]. Per diversi profili, inoltre, pure per tali istituti le regole interne stentano a precisare l'entità e il tipo delle soluzioni ragionevoli che possono essere pretese in favore del disabile: si pensi ad esempio alla dibattuta questione sulla costituibilità giudiziale del rapporto lavorativo, in caso d'inadempimento datoriale del collocamento obbligatorio[94]. Soprattutto, mancano regole specifiche per quel che riguarda la fase estintiva del rapporto: fermo restando che in via di principio il lavoratore disabile è soggetto al licenziamento secondo i correnti canoni generali[95], il legislatore non va oltre la generica indicazione di «possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro» da adottarsi per evitare il licenziamento dei lavoratori assunti in quota di riserva[96]; o l'altrettanto generica indicazione che, in relazione ai giudizi d'idoneità temporanea o permanente alla mansione specifica, il datore «attua le misure indicate dal medico competente»[97]. Per quanto non precisato

disabilità, anche in caso di telelavoro, in relazione alle mansioni effettivamente svolte».

[93] L'art. 7 del d.p.r. n. 171/2011 cit., il regolamento attuativo dell'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001, stabilisce infatti a favore dei lavoratori divenuti parzialmente inidonei il diritto non solo all'assegnazione di mansioni diverse, ma anche a «un percorso di riqualificazione» finalizzato all'apprendimento di mansioni compatibili con la minorazione che, allo stato, non siano capaci di svolgere. La disposizione dichiara che il datore pubblico deve porre in essere «ogni tentativo di recupero».

[94] Per la critica, maggioritaria in dottrina, all'orientamento, diffuso invece in giurisprudenza, secondo cui il rapporto lavorativo non può essere costituito giudizialmente, vedi da ultimo LA MACCHIA, *Il collocamento (quasi) obbligatorio delle persone disabili*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 715, nonché, BUFFA, *La disciplina lavorativa e previdenziale per i diversamente abili*, Giuffrè, Milano, 2009, 136 ss. Sull'opposto orientamento giurisprudenziale, comunque emergente, vedi PASQUALETTO, *Si consolida l'orientamento della Cassazione favorevole all'applicazione dell'art. 2932 c.c. in caso di illegittimo diniego di assunzione del disabile nel «nuovo» sistema del collocamento mirato*, nota a Cass. 25 marzo 2011 n. 7007, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 767. Le difficoltà teoriche rispetto a questa soluzione sono state superate già da MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, spec. 262 ss., il quale peraltro aveva parimenti rilevato la vischiosità degli atteggiamenti giurisprudenziali.

[95] FERRARO, *Tutela dei disabili e poteri imprenditoriali* cit., 335 ss.; GARILLI, *Limiti al potere del datore di lavoro nell'assegnazione delle mansioni* cit., 283.

[96] Art. 10 comma 3 della l. n. 68/1999.

[97] Art. 42 del t.u. n. 81/2008.

dalla legge potrebbe soccorrere l'istituto di matrice giurisprudenziale del "ripescaggio"[98], tuttavia creandosi le incertezze che sono inevitabili quando sui mutevoli orientamenti giurisprudenziali ricade un ruolo pressoché di supplenza. Mancano indicazioni legali sul tipo e sull'entità economica degli impegni datoriali esigibili.

Di conseguenza è intervenuta una recente condanna da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea. A seguito di una procedura d'infrazione portata avanti dalla Commissione, la sentenza pronunciata il 4 luglio 2013[99] ha stabilito che l'Italia, poiché non ha «imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire» l'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE. Denunciando una scarsa chiarezza delle regole nazionali e l'indeterminatezza dei diritti stabiliti a vantaggio dei singoli, la Corte di Lussemburgo ha respinto sia l'argomento difensivo secondo cui il sistema italiano prevede meccanismi atti a creare soluzioni concrete tagliate per i casi singoli, sia l'indicazione offerta dai difensori italiani delle singole leggi e regolamenti, soprattutto regionali, che intervengono in materia.

Sulla base delle argomentazioni della Commissione, la pronuncia ha evidenziato che il sistema italiano di promozione dell'integrazione lavorativa dei disabili risulta incentrato su un insieme d'incentivi a carico delle autorità pubbliche, il quale riposa solo in minoritaria parte su obblighi imposti ai datori di lavoro. L'art. 5 della direttiva europea viceversa prevede l'imposizione di obblighi datoriali, che non possono essere sostituiti da aiuti a carico delle autorità. Qui la Corte dà per scontato il sistema di collocamento obbligatorio (che di per sé è pur un vincolo e quindi un onere) e si riferisce all'entità dell'impegno ragionevolmente esigibile a carico del datore per gli adattamenti necessari nei concreti casi.

Quanto alla nozione di «soluzioni ragionevoli» di cui alla direttiva, la Corte ha stabilito un espresso nesso con la menzionata nozione di «accomodamenti ragionevoli» di cui all'art. 2 della Convenzione Onu del 2006 (di cui peraltro il legislatore italiano non

[98] Su cui *infra* cap. IV, § 1.

[99] Corte giust. Ue 4 luglio 2013 C-312/2011, Commissione europea c. Repubblica italiana, cit.

era del tutto dimentico[100]). Viene così affermata la rilevanza per il diritto europeo delle indicazioni ivi incluse: necessità, appropriatezza e non sproporzione o eccessività dell'onere a carico del datore. Data la nota delicatezza ed opinabilità dei giudizi di ragionevolezza e proporzionalità[101], non può certo dirsi che siano indicazioni puntuali. Non per questo però, ritiene la Corte, possono restare inattuate da parte dei legislatori nazionali[102].

Ulteriori indicazioni si rinvengono in un'altra pronuncia di poco precedente. In tale decisione, la Corte europea ha precisato la nozione di handicap, spiegando come essa (solo) parzialmente si sovrapponga a quella di malattia. A prescindere dalla sua curabilità o meno, una malattia che abbia prolungati effetti sulla capacità lavorativa deve essere ritenuta handicap, anche qualora non sia permanente. L'elemento rilevante ai fini della sottoposizione alla tutela prevista per l'handicap è che essa comporti una significativa e duratura limitazione alla piena partecipazione alla vita professiona-

[100] Infatti l'art. 9 comma 5 del d.l. n. 179/2012 ha inserito nell'art. 4 comma 3 della l. n. 68/1999 la espressa menzione che segue, finalizzata a rafforzare la giustificazione sottostante al non computo dei lavoratori disabili dipendenti occupati a domicilio o con modalità di tele-lavoro: «anche mediante la predisposizione di accomodamenti ragionevoli ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 1, lettera (i), della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità» del 2006.

[101] Per tutti, vedi MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. 277 ss. sul bilanciamento tra valori.

[102] Ulteriori indicazioni chiarificatrici peraltro possono essere colte nei numerosi altri strumenti internazionali. Vedi ad es. Carta sociale europea, riveduta a Strasburgo nel 1996, ed in particolare l'art. 15, che per le persone disabili impone agli Stati di favorire il loro accesso al lavoro «con ogni misura suscettibile d'incentivare i datori di lavoro ad assumere ed a mantenere in attività persone inabili o minorate in un normale ambiente di lavoro e ad adattare le condizioni di lavoro ai loro bisogni o, se ciò fosse impossibile per via del loro handicap, mediante la sistemazione o la creazione di posti di lavoro protetti in funzione del grado di incapacità. Tali misure potranno giustificare, se del caso, il ricorso a servizi specializzati di collocamento e di accompagnamento». Sul valore di questa Carta si rinvia a STRAZIUSO, *La carta sociale del Consiglio d'Europa e l'organo di controllo: il comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, versione riveduta e corretta dell'intervento al convegno «I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza», Trapani 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it, 5 ss.

le su base di eguaglianza[103]. Nella specie la Corte ha precisato che, qualora le evidenze mediche lo richiedano, una riduzione di orario lavorativo (8 ore settimanali, a causa di certificati dolori articolari cronici) può essere una soluzione ragionevole ai sensi della direttiva, spettando al giudice nazionale verificare se nel caso concreto tale soluzione organizzativa sia impossibile o troppo onerosa per il datore.

Le potenziali implicazioni, anche risarcitorie, della condanna europea di luglio scorso inducevano a confidare in un celere intervento del legislatore italiano. Con la l. di conversione 9 agosto 2013 n. 99, è stato inserito nell'art. 9 del d.l. n. 76/2013 un precetto che modifica la già richiamata disciplina antidiscriminatoria interna. Nell'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003 è stato così inserito un comma 3 *bis*, in base al quale «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori». La reazione dell'ordinamento interno è dunque stata rapida.

Nondimeno, qualche riserva non può essere sottaciuta, dato che la nuova norma è nulla più di una riproduzione letterale di una formula che, invece, implicherebbe uno sforzo dei legislatori nazionali al fine di circostanziare le ricadute giuridiche in termini

[103] Corte giust. Ue 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, in http://eur-lex.europa.eu, nel solco di Corte giust. Ce 11 luglio 2006 C-13/05, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 750: tali conclusioni paiono condivise dalla dottrina, vedi ad es. l'afferente nota di GIAPPICHELLI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla nozione di handicap: un freno alla* vis expansiva *del diritto antidiscriminatorio?*, *ivi*, 758 ss., VIZIOLI, *Malattia e handicap di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 223 ss., GIUBBONI, BORELLI, *Discriminazioni, molestie,* mobbing, in MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione* cit., 1870; un rischio di sottovalutazione sul piano antidiscriminatorio della malattia che non comporta handicap è stato ipotizzato da CARRIZOSA PRIETO, *La discriminazione fondata sulla malattia del lavoratore*, in *Lav. dir.*, 2013, spec. 289 ss., e in precedenza da BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità* cit., 97, che paventa la possibilità che alcuni caratteri dell'approccio restrittivo della giurisprudenza europea a proposito della discriminazione per malattia si trasmettano in generale alla configurazione delle discriminazioni per handicap.

concreti. L'unica precisazione contenuta nel predetto comma 3 *bis* è quella secondo cui i datori di lavoro pubblici devono provvedere «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente». Ciò accentua le incertezze, già vistose, caratterizzanti la lacunosa disciplina del delicato contemperamento di valori in questione.

Sarebbe stata utile, perlomeno, la compilazione di un catalogo legale esemplificativo di soluzioni ragionevoli ipotizzabili: trasferimento temporaneo o permanente, oppure distacco; riduzione o spostamento d'orario lavorativo, rotazione o esclusione dai turni o dalle lavorazioni faticose; redistribuzione delle mansioni finalizzata a salvaguardare o creare posizioni lavorative compatibili con la capacità lavorativa di volta in volta in questione; rinnovo, sostituzione o nuova acquisizione di macchinari, attrezzature o appositi ausili, automazione di processi, ristrutturazioni edilizie, ecc.

Potrebbe, inoltre, immaginarsi l'introduzione di regole di quantificazione dell'onere economico, *una tantum* e/o periodico, che può e deve essere imposto al datore al fine d'impiegare la capacità lavorativa residua della persona con disabilità. Con la prudenza necessaria riguardo ad una questione sperimentale tanto delicata, potrebbero ipotizzarsi meccanismi procedurali di quantificazione concreta degli oneri in funzione di diverse variabili (compresa la dimensione dell'organizzazione datoriale), anche tramite prospetti preventivi di parte, da vagliarsi in contraddittorio ed eventualmente tramite ctu in caso di dissidio giudiziale. In una qualche misura, una prospettiva del genere potrebbe trovare sinergie anche con la procedura preventiva di conciliazione obbligatoria per i licenziamenti non disciplinari ora prevista dall'art. 7 della l. n. 604/1966[104]. Una tale prospettiva avrebbe certo il vantaggio di porsi nell'interesse alla certezza del diritto. Non bisogna comunque pretermettere che rappresenterebbe un elemento di rigidità rispetto all'apprezzamento del caso concreto e dell'atteggiamento delle parti che solo il giudice può effettuare.

[104] Per quanto concerne gli aspetti di questa procedura connessi alle questioni di salute, vedi *infra* cap. IV, § 6.

Il legislatore, qualora non intenda percorrere soluzioni innovative, foriere d'incognite applicative, non potrà che affidarsi alle valutazioni casuistiche della giurisprudenza, che ora potrà essere più fondatamente sollecitata dalle parti ricorrenti[105]. A seguito della predetta pronuncia europea d'inadempimento e della conseguente disposizione di legge, risultano rafforzate le ragioni che, già in passato, spingevano qualche giudice ad una valutazione più penetrante della condotta datoriale, in termini di soluzioni organizzative possibili[106]. È vero che tale opzione ermeneutica è di non scontata conciliabilità con talune tendenze emergenti nella legislazione lavoristica[107]; ma è pur vero che la specialità delle questioni valoriali

[105] In precedenza, segnalava il rilievo del ruolo propositivo del lavoratore ai fini della precisazione del concreto contenuto dell'onere probatorio datoriale in materia di non reinseribilità del disabile GARILLI, *Limiti al potere del datore di lavoro nell'assegnazione delle mansioni* cit., 286.

[106] Vedi ad es. l'ampia motivazione di Trib. Ravenna 30 novembre 2011, Giud. Riverso, in *Riv. crit. dir. lav*., 2012, 566, con nota di SERAFINI, *La tutela del posto di lavoro in caso di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni: estensione dell'obbligo di* repêchage. L'innovatività di tale approccio emerge tanto più alla luce della corrente giurisprudenza di legittimità, secondo cui «quand'anche il ricorso ai mezzi offerti dalle avanzate tecnologie sia in grado di eliminare 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 di soggetti affetti da infermità, che vada oltre il dovere di garantire la sicurezza imposto dalla legge»: così Cass. 19 agosto 2009 n. 18387 (che comunque conferma l'illegittimità di un licenziamento per inidoneità fisica), in *Orient. giur. lav*., 2010, I, 447, con nota di FRATELLO, *Limiti all'obbligo di cooperazione del datore di lavoro in caso di sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore*. Non mancano comunque segnali d'apertura anche nella giurisprudenza di legittimità: seppur riguardante altra questione, vedi ad esempio Cass. 14 novembre 2011 n. 23807, in *Arg. dir. lav*., 2012, 1019, con nota di BONACCI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di riqualificazione del lavoratore*.

[107] BENASSI, *Clausole generali e giudice del lavoro: l'art. 30, 1º comma, l. n. 183 del 2010*, in *Arg. dir. lav*., 2012, 91 ss.; M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 114/2011, 8 ss.; E. BALLETTI, *Interpretazione e rilevanza delle norme lavoristiche contenenti clausole generali* ex *art. 30 l. n. 183/2010*, in *Giur. it*., 2011, 2443 ss.; FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, 39 ss.; in precedenza vedi BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. dir*., 2007, 444 ss. Si tenga presente che la l. n. 92/2012 ha rafforzato l'art. 30 comma 1 della l. n. 183/2010, stabilendo che l'inosservanza delle disposizioni, in materia di limiti al sindacato di merito sulle

inerenti all'integrazione socio-lavorativa delle persone disabili permette di rinvenire nelle relative regole una marcata forza di resistenza anche rispetto ad eventuali tendenze generali della legislazione. Comunque, il sopravvenuto art. 3 comma 3 *bis* del d.lgs. n. 216/2003 elimina ogni dubbio in proposito.

In ogni caso, quel che deve essere sottolineato è l'importante progresso in corso nell'ordinamento lavoristico italiano. Al di là delle contingenti incertezze che il legislatore ordinario è chiamato a sciogliere, va infatti rilevato che, per il tramite delle disposizioni della Carta costituzionale che fungono da canale d'ingresso degli impegni internazionali ed europei[108], il catalogo dei valori costituzionali dell'ordinamento italiano deve ritenersi arricchito, sia della declinazione che la Convenzione dell'Onu ha formulato delle direttrici valoriali di tutela dei cittadini, anzi delle persone[109], disabili;

---

valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto.

[108] Espressamente in questo senso, Corte cost. 26 ottobre 2012 n. 236, in www.cortecostituzionale.it, che distingue tra materie di competenza dell'Unione europea, per le quali l'ordinamento italiano è vincolato «con le caratteristiche proprie del diritto dell'Unione europea» e materie per le quali la Convenzione Onu costituisce un obbligo internazionale ai sensi dell'art. 117 primo comma Cost.: per un quadro vedi PERONE, *Le fonti internazionali*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro* cit., 192 ss. Per la concreta distinzione delle materie di competenza dell'Unione europea e degli stati membri, oltre alla Decisione del Consiglio 2010/48/CE del 26 novembre 2009, vedi il *Codice di condotta tra il Consiglio, gli Stati membri e la Commissione che stabilisce le disposizioni interne per l'applicazione della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità da parte dell'Unione europea e per la rappresentanza dell'Unione europea relativamente alla convenzione stessa*, in *Gazz. uff.* Ue, 15 dicembre 2010, C340, 11; sull'intreccio di competenze vedi WADDINGTON, *Breaking New Ground: the Implications of Ratification of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community*, in ARNARDÓTTIR, QUINN (a cura di), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff Publisher, 2009, 113 ss.

[109] Sulla tendenza espansiva in favore degli extracomunitari disabili, il fronte previdenziale è più fecondo di quello lavoristico: cfr. da ultimo Corte cost. 15 marzo 2013 n. 40, in *Foro it.*, 2013, I, 1053, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 80, 19° comma, l. 23 dicembre 2000 n. 388, nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello stato dell'indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 l. 11 febbraio 1980 n. 18 e della pensione di inabilità di cui all'art. 12 l. 30 marzo 1971 n. 118; per un quadro sintetico della giurisprudenza in tema (si segnala comunque Corte cost. 16 dicembre 2011 n. 329, in

sia del divieto di discriminazione e del programma promozionale contenuti negli artt. 19 e 10 del Trattato sul funzionamento dell'UE. Anche per le persone disabili, dunque, il catalogo dei valori costituzionali supera la prospettiva assistenziale percepibile nell'art. 38 Cost., per fare propria la direttrice dell'integrazione socio-lavorativa di cui all'art. 4 Cost., quale diritto inviolabile riconosciuto dall'art. 2 Cost.

Tutto ciò vale parimenti per il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, come risulta tanto dalla Convenzione Onu del 2006 quanto dalla direttiva 2000/78/CE (tranne che per le forze armate[110]). Il legislatore lo ha ribadito inserendo quella che ad oggi è l'unica menzione nel d.lgs. n. 165/2001 della disabilità, termine preferito dalla Convenzione[111].

---

www.cortecostituzionale.it, che richiama la Convenzione Onu del 2006), si rinvia all'afferente nota di richiami; antecedentemente, vedi CHIAROMONTE, *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 102 ss. Sul ruolo della Consulta nell'ambito di un contesto sociale la cui composizione è in rapida trasformazione, TUCCI, *La discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici* cit., 19-22.

[110] L'art. 27 comma 1 lett. *g* della Convenzione Onu enuncia espressamente l'obbligo degli stati firmatari di «assumere persone con disabilità nel settore pubblico». Nella decisione 2010/48/CE di ratifica, le istituzioni europee hanno formulato una sola riserva (allegato III), con riguardo proprio all'art. 27 della Convenzione, nel senso che si esclude la vincolatività del principio di non discriminazione fondata sulla disabilità nell'ambito dell'impiego nelle forze armate. Nonostante in materia di requisiti per far parte dell'esercito e delle forze di polizia siano certo competenti i singoli Stati membri, nella legge italiana di ratifica n. 18/2008 di qualche mese prima non risulta invece una tale riserva; nondimeno, in quanto norma speciale, pare avere forza di resistenza l'eccezione per le forze armate stabilita, per i criteri discriminatori dell'età e dell'handicap, nell'art. 3 comma 2 lett *e* del d.lgs. n. 216/2003, che trova appoggio testuale nell'art. 3 comma 4 della direttiva 2000/78/CE. A proposito di tale eccezione, segnalano la necessità che essa abbia un campo d'applicazione precisamente circoscritto GIUBBONI, BORELLI, *Discriminazioni, molestie,* mobbing cit., 1870.

[111] Nel d.lgs. n. 165/2001, termine «handicap» era già utilizzato nell'art. 39, in materia d'accesso; il termine «disabilità» è utilizzato nell'art. 7 comma 1, come sostituito dall'art. 21 comma 1 lett. *b* della l. n. 183/2010, che stabilisce il divieto di discriminazioni «nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro». Seppure i due termini non siano sinonimi, come si è detto, in molti contesti possono essere utilizzati in maniera indifferenziata. Come notato da LASSANDARI, *Misure in materia di pari opportunità*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 600, è ininfluente la pur criticabile omissione nelle cennate norme del 2010 di alcuni dei criteri discriminatori

Sussiste comunque un tratto differenziale importante. Nel soppesare il significato dei pertinenti concetti (accomodamenti ragionevoli, oneri non sproporzionati, ecc.) che presuppongono un bilanciamento tra valori, resta esclusa la rilevanza della libertà d'intrapresa economica di cui all'art. 41 Cost., mentre emerge invece il rilievo dei, ben diversi, principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione: i pubblici poteri assumono il diritto al lavoro delle persone disabili non come una limitazione, bensì come una delle proprie finalità.

4. *Il collocamento a riposo per vecchiaia: una problematica presunzione legale di sopravvenuta inidoneità del lavoratore pubblico*

Trattando del rilievo giuridico dell'idoneità psicofisica all'attività lavorativa, merita considerazione un aspetto ulteriore rispetto a quelli della malattia e della disabilità: la vecchiaia. In proposito il discorso s'incentra subito sul lavoro pubblico, poiché non solo sussistono tratti di specialità, ma lo stesso istituto giuridico rilevante è peculiare a tale ambito.

Alla vecchiaia ci si intende riferire in un duplice senso: come trattamento pensionistico e, al contempo, come età in cui scema la capacità lavorativa. Ciò che interessa è, anzi, proprio la congiunzione legale tra queste due accezioni.

Al proposito, si può trarre iniziale spunto richiamando una suggestione, alquanto provocatoria. Si è recentemente immaginato che il legislatore (costituzionale) intervenga sul sistema previdenziale abolendo, drasticamente, le pensioni: non solo quelle di anzianità o anticipate, ma anche quelle di vecchiaia[112]. Nell'ambito di un ragionamento sul rapporto tra società, famiglia e individuo, che

(sindacale, politica o per convinzioni personali), poiché il pubblico impiego era già sottoposto alla generale normativa antidiscriminatoria.

[112] VALLEBONA, *Vecchiaia e diritto tra amore e terrore*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 323 ss., pubblicato anche in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, FrancoAngeli, Milano, 2012, 608 ss.

trascende il tema di questa trattazione, in quell'ottica dovrebbe porsi termine all'«assurdo contro natura del ritiro lavorativo ad una età eguale per tutti, essendo noto che l'età biologica può variare di molti anni tra un soggetto e un altro». In tale prospettiva, l'attività lavorativa potrebbe proseguire ad oltranza nell'arco della vita delle persone, potendo il datore licenziare liberamente non al raggiungimento di una prestabilita età di vecchiaia, bensì solo in caso di sopravvenuta inidoneità psicofisica al lavoro. Orbene, il punto di vista appena richiamato, certamente minoritario nell'attuale dibattito in materia di politiche previdenziali, recupera, spingendolo a conseguenze estreme, un nesso insito al sistema pensionistico fin dalla sua origine: il nesso intercorrente tra idoneità psicofisica al lavoro e trattamento di quiescenza.

I sistemi legali di protezione sociale nascono ed evolvono in funzione dell'assolvimento delle esigenze scaturenti da situazioni che hanno due caratteristiche comuni: in primo luogo, una diminuzione di benessere causata da un certo fatto della vita umana e, in secondo luogo, l'incertezza sul se, o perlomeno sul quando, di tale fatto umano. La pensione di vecchiaia non fa eccezione a tale tendenza: le origini storiche di tale istituto confermano che la pensione di vecchiaia nacque, nei diversi ordinamenti europei, proprio per far fronte alla diminuzione di reddito disponibile per il singolo lavoratore collegata alla riduzione della fattuale capacità lavorativa per il sopraggiungere della senescenza. Il raggiungimento dei requisiti contributivi e anagrafici che le legislazioni di un secolo fa richiedevano ai fini dell'ottenimento della pensione implicava senza dubbio una situazione di decadimento fisico, dati i livelli di tutela della salute e del lavoro allora correnti. Inoltre, il percepimento stesso della pensione era incerto, in quanto collocato ad un'età anagrafica non inferiore, ed anzi spesso superiore, all'aspettativa di vita media allora corrente. Sicché può ben dirsi che entrambi i predetti caratteri comuni agli istituti di previdenza sociale, ossia la diminuzione della capacità reddituale e l'incertezza, erano allora ravvisabili nelle pensioni di vecchiaia[113].

[113] AVIO, *Vecchiaia e lavoro. Tra solidarietà e corrispettività*, Ediesse, Roma, 2008, 8 ss.

I trattamenti pensionistici riservati ai dipendenti pubblici hanno una origine storica più risalente e in parte diversa, essendo nati come graziosa concessione connessa ad un riconoscimento di *status* e d'appartenenza alla classe sociale dominante[114]. Tale origine spiega anche le differenti logiche di finanziamento, a ripartizione, e di calcolo, su base retributiva, che hanno per lungo tempo caratterizzato tali trattamenti pensionistici. Nondimeno, nel tempo essi hanno assunto funzioni, e poi anche strutture, del tutto analoghe alla previdenza sociale dei lavoratori privati, perlomeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano[115]. Non senza qualche distorsione, anzi, è stata talora la previdenza del pubblico impiego a influenzare quella del lavoro privato[116].

Questo lungo processo di assimilazione è stato portato pressoché a compimento durante l'ultimo ventennio, ed in particolare con le note riforme del 1992-1995[117]. Oggi, dunque, il regime pensionistico dei dipendenti pubblici italiani obbedisce agli stessi principi di quello dei dipendenti privati. Salvo qualche episodico inci-

---

[114] Vedi ancora AVIO, *Vecchiaia e lavoro* cit., 10 ss. ove ulteriori riferimenti.

[115] PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, ristampa anastatica con saggio introduttivo, Cedam, Padova, 2010, 62 ss.

[116] Di «deformazione del sistema» parla, a proposito del passaggio nel 1969 al regime retributivo ed a proposito del c.d. sfondamento del tetto negli anni '80, PERSIANI, *Cinquant'anni di un libro*, in PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale* cit., 40 ss.

[117] Su quella fase della convergenza tra pubblico e privato vedi CAZZOLA, *Il «polo» previdenziale pubblico: la gestione separata degli statali nell'Inpdap*, in CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Giappichelli, Torino, 1996, 215 ss.; GULLÌ, *Riordino e soppressione di enti pubblici di previdenza e assistenza*, in CINELLI, PERSIANI (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale: dalle leggi Amato alla finanziaria 1995*, Giuffrè, Milano, 1995, 413 ss.; PUGLIESE, *La gestione autonoma per i trattamenti pensionistici dei dipendenti dello Stato*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Cedam, Padova, 1995, 261 ss. Sull'importanza generale di tale fase di riforma, per punti di vista non sovrapponibili, vedi R. PESSI, *Il "sistema" giuridico della previdenza sociale*, in *Arg. dir. lav.,* 1997, 88 ss.; CINELLI, PERSIANI, *Prodromi, svolgimento e prospettive della riforma previdenziale,* in CINELLI, PERSIANI (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale: dalle leggi Amato* cit., 4 ss.; CESTER, *Il quadro giuridico: principi generali e linee di tendenza,* in CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico* cit., 13 ss.; BALANDI, *Principi e scelte normative della riforma previdenziale,* in *Lav. dir.,* 1996, 110 ss.; LAGALA, *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà: percorsi nel sistema pensionistico e degli ammortizzatori sociali*, Cacucci, Bari, 2001, 167 ss.

dente di percorso che anzi conferma la tendenza alla convergenza[118], i due regimi procedono ormai non solo verso l'uniformazione sul piano delle regole[119], ma anche verso l'unificazione sul piano dei soggetti gestori. Come noto l'Inpdap è divenuta una gestione previdenziale interna all'Inps[120].

Rispetto ai trattamenti pensionistici di vecchiaia del settore privato, tuttavia, per l'impiego pubblico un'importante differenza permane nel meccanismo legale di transizione dal lavoro alla quiescenza: l'istituto del collocamento a riposo d'ufficio per limite d'età[121].

Fin da quando fu introdotta la tutela legale rispetto ai licenziamenti nel 1966, come noto, la legge prevede a vantaggio del datore privato la libertà di recesso nei confronti del lavoratore che abbia raggiunto una certa età, purché, dopo i correttivi stabiliti dalla Consulta[122], abbia anche i requisiti anagrafico-contributivi per la

[118] Seppur riguardante non gli aspetti pensionistici bensì quelli previdenziali in senso lato, uno dei pochi episodi normativi recenti di divergenza tra lavoro pubblico e privato appare quello relativo al passaggio dalle indennità di fine rapporto del pubblico impiego al tfr, che però è il frutto della reazione del legislatore alla pronuncia della Consulta che ha ravvisato l'incostituzionalità delle modalità tecniche del passaggio al regime privatistico comune previste dall'art. 12 comma 10 del d.l. n. 78/2010: vedi Corte cost. 11 ottobre 2012 n. 223, in *Foro it*., 2012, I, 2896, a cui appunto ha fatto seguito il ripristino del previgente regime speciale tramite il d.l. n. 185/2012.

[119] P.E. ROSSI, *La riforma finale del pensionamento pubblico*, in *Riv. inf. mal. prof*., 2012, I, 31 ss.

[120] Cfr. l'art. 21 del d.l. n. 201/2011, convertito con l. n. 214/2011.

[121] PILEGGI, *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro* cit., 256 ss., propenso invero a valorizzare gli effetti della contrattualizzazione del pubblico impiego, sul presupposto che la legge delega non aveva mantenuto al diritto pubblico la disciplina delle cause estintive del rapporto; nel contesto antecedente, su questo istituto vedi ARENA, *Modificazioni ed estinzione del rapporto: aspettativa; comando e distacco; dimissioni; collocamento a riposo; dispensa; decadenza; indennità di buonuscita*, vol. V di B. BALLETTI (diretto da), *Il rapporto di pubblico impiego nella legislazione e nella giurisprudenza*, Jovene, Napoli, 1988, 231 ss. *Amplius*, seppur risalente, vedi MINIERI, *Atti e fatti estintivi del rapporto di impiego pubblico* cit., 245 ss.; cfr. anche TERRANOVA, *Collocamento a riposo* cit., 444 ss.

[122] Cfr. l'ormai abrogato art. 11 comma 1 della l. n. 604/1966. Vedi Corte cost. 7 luglio 1986 n. 176 cit., che dichiarò costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 4 (violato, quest'ultimo, in quanto la tutela del diritto al lavoro è strettamente connessa all'attuazione del principio di uguaglianza), il succitato art. 11 comma primo della l. n. 604/1966, nella parte in cui escludeva

pensione di vecchiaia[123]. Tale opzione legislativa è stata avallata dalla Consulta stessa[124]. Questa facoltà di licenziare senza l'onere di dimostrare l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo non implica, però, per il datore privato alcun obbligo di liberarsi del proprio dipendente d'età avanzata. In mancanza di licenziamento, dunque, il rapporto lavorativo continua, senza alcun limite massimo di età del dipendente (discorso a parte, invece, è quello riguardante i circoscritti casi in cui viene meno una formale abilitazione all'esercizio di mansioni particolari, ad esempio nel settore dei trasporti). Il raggiungimento dell'età di vecchiaia del dipendente implica, dunque, l'attribuzione esclusiva al datore della ponderazione del proprio interesse alla prosecuzione del rapporto,

---

l'applicabilità degli artt. 1 (necessità di giusta causa a fondamento del licenziamento dei prestatori di lavoro, ai sensi dell'art. 2119 c.c. o di un giustificato motivo) e 3 (sussistenza di un giustificato motivo di licenziamento determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro o al regolare funzionamento di essa) della stessa legge, nei riguardi dei prestatori di lavoro che, senza essere pensionati o in possesso dei requisiti di legge per avere diritto alla pensione di vecchiaia, abbiano superato il sessantacinquesimo anno di età. Tale sentenza faceva seguito a Corte cost. 14 luglio 1971 n. 174, in www.cortecostituzionale.it, decisione che, dichiarando l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 11 comma 1 della l. n. 604/1966, aveva esteso ai lavoratori ultrasessantacinquenni non pensionati né in possesso dei requisiti per il conseguimento della pensione di vecchiaia, le garanzie di cui agli artt. 2 (necessità della forma scritta del licenziamento e comunicazione, se richiesta, dei motivi) e 5 (onere della prova della giusta causa o del giustificato motivo a carico del datore) di detta legge.

[123] Tale impostazione normativa è tradizionalmente diffusa nel panorama comparato (anche oltre oceano: vedi ad es. BELLACE, *La legislazione sulle discriminazioni in base all'età negli Stati Uniti*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 983; OUCHI, *Il trattamento dei lavoratori in relazione all'età nell'ordinamento giapponese*, *ivi*, 1002), pur nell'attuale fase di tendenziale innalzamento delle soglie edittali d'età (vedi ad es. PACIOCCO, *Germania: l'invecchiamento demografico e le politiche del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 871 ss., e AMORIELLO, *Francia: l'invecchiamento demografico e le politiche del lavoro, ivi*, 863).

[124] Oltre alle pronunce richiamate nella nota precedente, vedi Corte cost. 1 febbraio 1983 n. 15, in *Giur. cost.*, 1983, I, 573, con nota di BARTOLE, che dichiarò infondata, in riferimento agli artt. 3 e 35 Cost., la questione di legittimità dell'art. 11, 1° comma, l. n. 604/1966, nella parte in cui consentiva l'esclusione della forma scritta per il licenziamento del lavoratore pensionato per vecchiaia, in deroga a quanto disposto come regola generale dall'art. 2 della legge stessa.

anche per quanto riguarda la valutazione sull'idoneità psicofisica del lavoratore stesso.

Nel pubblico impiego, viceversa, è stabilita per legge una età oltre la quale il rapporto di lavoro non può sussistere: non può essere instaurato[125] e, soprattutto, non può proseguire in quanto, anzi, cessa di diritto[126]. Si tratta, in sostanza, di una sorta di presunzione legale di sopravvenuta inidoneità psicofisica. L'età massima di servizio è pressoché sempre stata quella dei 65 anni, salvo che per taluni settori particolari dell'impiego pubblico (es. magistratura, ove è prevista un'età massima maggiore).

All'origine, tale presunzione legale aveva una stretta aderenza con la concreta realtà lavorativa. Il tetto d'età dei 65 anni era già consolidato nella legislazione sul pubblico impiego del '900 e risale addirittura all'art. 1 del r.d. n. 70/1895[127], di approvazione del testo unico delle leggi sulle pensioni civili e militari in esecuzione della l. n. 279/1893[128], in base al quale avevano «diritto di essere collocati a riposo e di conseguire pensione […] gli impiegati che

[125] Cfr. Cass. 2 agosto 2011 n. 16859, in *Foro it. on line*, secondo la quale il vincitore di concorso ultra-sessantacinquenne non ha diritto ad entrare in servizio, nemmeno qualora lavorando fino a 70 anni maturerebbe l'anzianità contributiva utile alla pensione minima, soglia fino alla quale invece secondo la giurisprudenza costituzionale possono proseguire coloro che sono già in servizio.

[126] Es. Cass. 17 giugno 2010 n. 14628, in *Giust. civ.*, 2011, I, 796. L'automaticità dell'effetto risolutivo fu riconosciuta già dalla prima contrattazione collettiva successiva alla privatizzazione dell'impiego pubblico, come notato da PILEGGI, *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro* cit., 288, nonché, per quanto riguarda il personale dirigenziale, MAINARDI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 286; sicché, per conciliarla con la ritrosia giurisprudenziale rispetto all'ammissibilità di clausole convenzionali che stabiliscano cause di automatica risoluzione del rapporto lavorativo, è da ritenere che l'automaticità dell'effetto, invalsa anche nelle prassi, sia riconducibile direttamente ad un'implicita disposizione della disciplina legale dell'istituto.

[127] R.d. 21 febbraio 1895 n. 70, in *Gazz. uff.* 23 marzo 1895 n. 70; cfr. anche il r.d. 5 settembre 1895 n. 603 di «Approvazione del regolamento per l'esecuzione del testo unico delle leggi sulle pensioni civili e militari del 21 febbraio 1895, n. 70», in *Gazz. uff.* 9 ottobre 1895 n. 238, richiamato in materia di collocamento a riposo dall'art. 131 del t.u. di cui al d.p.r. n. 3/1957.

[128] L. 15 giugno 1893 n. 279, «Legge che converte il debito vitalizio attuale e per le pensioni degli impiegati civili e militari», in *Gazz. uff.* 16 giugno 1893 n. 141.

hanno compiuti quarant'anni di servizio, ovvero sessantacinque di età con venticinque anni di servizio». A quel tempo, la pensione si raggiungeva solo sopravvivendo oltre la durata media della vita dell'epoca. Oggi, invece, si raggiunge circa due decenni prima di pervenire all'età corrispondente a quella che in Italia è la lunghezza media della vita[129].

Ciò testimonia quanto, da allora, sia cambiata la funzione socio-economica dell'istituto del collocamento a riposo, nonché la pensione di vecchiaia. Quest'ultima non solo si è trasformata, da beneficio riservato ad una *élite*, a diritto sociale[130] sancito nell'art. 38 della Carta costituzionale; è anche divenuta, nel sentire corrente, un beneficio di cui godere il prima possibile. Il legame originario rispetto al calo dell'idoneità psicofisica recato dalla senescenza sembra essersi perso o, anzi, in un qual modo sembra essersi invertito, nel senso che nel pensiero comune sarebbe opportuno pervenire alla pensione in tempo utile a goderne in una buona condizione di salute per un lungo periodo.

Orbene, pare invece preferibile ritenere che la qualità della vita debba andare di pari passo con la qualità del lavoro, senza certo dover attendere la pensione per raggiungere un giusto equilibrio. A tale conclusione porta non solo la generalità dei valori che informano la Carta costituzionale, ma anche la normativa di dettaglio, soprattutto quella più recente: si pensi alla tutela rispetto ai rischi

[129] È comunque necessario dare atto della complessità del discorso, in quanto un puntuale paragone numerico necessiterebbe di dati depurati da variabili non rilevanti. Soprattutto nel lontano passato, infatti, le statistiche sulla durata media di vita erano influenzate dall'alta mortalità infantile. Non a caso l'attuale ancoraggio legale dei requisiti anagrafico-contributivi all'aspettativa di vita (vedi *infra* cap. V, § 4) è parametrato sui dati Istat riferiti alla speranza di vita dei sessantacinquenni. Un dato più significativo potrebbe essere quello della durata media del godimento della pensione, a proposito del quale però è parimenti difficile risalire nel tempo.

[130] Sul particolare carattere dei diritti previdenziali che hanno implicazioni di solidarietà e responsabilità intergenerazionali, vedi da ultimo PERSIANI, *Crisi economica e crisi del* welfare state, relazione alle giornate di studio Aidlass «La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro», Bologna 16-17 maggio 2013, 3 ss., e *amplius* L. FOGLIA, *La posizione professionale del lavoratore nel sistema di protezione sociale*, Giappichelli, Torino, 2012, spec. 63-77.

psicosociali, in particolare allo stress lavoro-correlato[131]. L'idea che si debba mirare al traguardo della pensione prima possibile, pur diffusa e comprensibile, pare una sorta di malinteso sociale indotto dall'assetto normativo che è stato vigente negli ultimi decenni del secolo scorso. Quell'assetto rese l'età pensionabile una variabile pressoché disancorata dalle compatibilità economiche[132], soprattutto per le platee beneficiarie di taluni specifici interventi normativi.

Il concetto di «vecchiaia» che il secondo comma dell'art. 38 della Costituzione affianca a quelli di infortunio, malattia, invalidità e disoccupazione involontaria, in quanto fatti generatori di «esigenze di vita» che richiedono «mezzi adeguati», non può ritenersi corrispondente alle età di pensione che sono state vigenti negli ultimi decenni dello scorso secolo. Prima della graduale riforma di cui al d.lgs. n. 503/1992, l'età di vecchiaia era di soli 55-60 anni; e la pensione d'anzianità era raggiungibile con requisiti contributivi modesti, soprattutto se paragonati all'oggi.

In ogni caso, quel che qui rileva – è importante ribadirlo – non è il generale assetto dei requisiti anagrafici e contributivi ri-

[131] Il tema dei disturbi da costrittività organizzativa è ormai approfondito in dottrina: per quanto riguarda la disciplina interna, cfr. CALAFÀ, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, in *Lav. dir.*, 2012, 258 ss., e gli atti del convegno *Stress e lavoro: correlazioni, attualità, problematiche e prospettive future*, Roma, 7-8 giugno 2011, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 26 ss., in particolare PERONE, *Stress e obbligo di sicurezza* ex *art. 2087 c.c.*, 27 ss., G. SANTORO PASSARELLI, *Lo stress lavoro-correlato: incertezze di significati e responsabilità del datore di lavoro*, 33 ss., A. DE MATTEIS, *Stress lavoro-correlato e malattie professionali*, 35 ss., nonché PASQUARELLA, *La disciplina dello stress lavoro-correlato tra fonti europee e nazionali: limiti e criticità*, I Working Papers di Olympus, http//olympus.uniurb.it, 6/2012, 5 ss. Nel panorama comparato, vedi TRIOMPHE, *I paradossi dell'Europa sociale attraverso la regolazione dei rischi psico-sociali*, in *Lav. dir.*, 2012, 189 ss., PERUZZI, *La prevenzione dei rischi psico-sociali nel diritto dell'Unione europea*, in *Lav. dir.*, 2012, 202 ss., e LEROUGE, *Il rischio psicosociale, un'analisi giuridica comparata tra il Nord e il Sud dell'Europa*, in *Lav. dir.*, 2012, 233. Ancor più approfondito è ovviamente il dibattito in ambito medico-legale, per il quale si rinvia al Supplemento al n. 3 del *Giorn. ital. med. lav. erg.*, 2011, disponibile in http://gimle.fsm.it.

[132] Così R. PESSI, *Il requisito previdenziale dell'età pensionabile nella transizione dal regime retributivo al regime contributivo,* in PILEGGI (a cura di), *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro: atti del convegno di Roma, 16 novembre 1996*, Università degli studi di Roma Tor Vergata, Aracne, Roma, 1997, 18.

chiesti per ottenere il trattamento pensionistico ("quando si può andare in pensione" se lo si desideri), bensì è lo speciale istituto lavoristico del collocamento a riposo, che è una causa estintiva speciale del rapporto di lavoro pubblico ("quando si è tenuti ad andare in pensione"). Si tratta di tutt'altra questione, che certo non crea la delicata frizione tra le aspettative individuali e le riforme che hanno innalzato i requisiti pensionistici negli ultimi due decenni. Si tratta anzi della questione opposta, che riguarda i dipendenti pubblici che vorrebbero permanere in servizio, sicché si comprende come in proposito non sussista conflittualità sociale (si rinviene comunque un non trascurabile contenzioso giudiziario[133]).

Una conferma che l'istituto del collocamento a riposo dal pubblico impiego per raggiunti limiti di età sia da intendere come una presunzione legale di sopravvenuta inidoneità psicofisica si rinviene nella giurisprudenza costituzionale. Ravvisando un nesso con il principio di buon andamento stabilito dall'art. 97 Cost., già vent'anni fa la Consulta affermava che il «principio che fissa ai sessantacinque anni il limite massimo per il trattenimento in servizio a fini previdenziali dei dipendenti pubblici e privati […] si fonda sulla presunzione che, nell'età suddetta, si pervenga ad una diminuita disponibilità di energia incompatibile con la prosecuzione del rapporto»[134].

Tale impostazione è fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui il collocamento a riposo «costituisce un istituto fondamentale del lavoro pubblico, tanto di quello rimasto assoggettato allo statuto pubblicistico, quanto di quello contrattualizzato»[135]. Secondo tale giurisprudenza questo istituto è una causa,

[133] Tale fenomeno non è recente: vedi ampiamente PILEGGI, *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro* cit., *passim*.

[134] Corte cost. 27 luglio 1989 n. 461, in *Lav. prev. oggi*, 1989, 2439. In tal senso in dottrina vedi PILEGGI, *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro* cit., 262 ss., e già MINIERI, *Atti e fatti estintivi del rapporto di impiego pubblico* cit., 245 ss., e TERRANOVA, *Collocamento a riposo* cit., 445 ss.; questa la *ratio* originaria anche secondo BOZZAO, *Pensionabilità del dipendente pubblico anziano e disciplina del licenziamento,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 436.

[135] Cass. 3 novembre 2008 n. 26377, in *Foro it. on line*. Nello stesso senso, vedi ad es. Cass. 2 marzo 2005 n. 4355, in *Riv. giur. scuola*, 2008, 739.

speciale dell'impiego pubblico, di estinzione del rapporto lavorativo. L'attuazione, tramite questa presunzione legale di sopravvenuta inidoneità psicofisica, del principio costituzionale del buon andamento, inteso in termini di funzionalità della singola amministrazione nel breve periodo, deve comunque armonizzarsi con i mutamenti socio-demografici[136], nonché trovare un equilibrio con i sempre più cogenti vincoli di finanza pubblica[137].

In uno studio sulla rilevanza giuridica dell'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico, non ci si può esimere dal verificare l'attuale assetto normativo dell'istituto del collocamento a riposo. L'utilità di una tale analisi trova conforto nell'appena richiamata giurisprudenza costituzionale, che già più di vent'anni fa dava atto che la presunzione legale d'inidoneità psicofisica oltre i 65 anni nel pubblico impiego fosse «destinata ad essere vieppiù inficiata dai riflessi positivi del generale miglioramento delle condizioni di vita e di salute dei lavoratori sulla loro capacità di lavoro»[138]. Pure qualora non vi fossero frattanto stati mutamenti normativi, dunque, l'evoluzione socio-demografica renderebbe utile una riflessione in proposito, finalizzata in particolare a verificare i conseguenti mutamenti dell'effettivo significato delle regole rispetto all'equilibrio del sistema[139].

---

[136] Per una panoramica dei rilevanti dati statistico-demografici, si rinvia *infra* al cap. V, § 1, nonché a CORTI, Active ageing *e autonomia collettiva. "Non è un paese per vecchi", ma dovrà diventarlo presto*, in *Lav. dir.*, 2013, 384 ss. e VESHI, *Le sfide del futuro: i costi della vecchiaia e il* long term care, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 370 ss.; per quanto riguarda le implicazioni socio-economiche, vedi MAGNUS, *The age of aging: how demographics are changing the global economy and our world*, Wiley, United Kingdom, 2008, *passim,* nonché, più sinteticamente, CAMPEDELLI, *Invecchiamento tra capacità e disuguaglianze*, in *Questione giust.*, 2011, 3-4, 106 ss.

[137] Per una lettura della l. cost. n. 1/2012 sull'equilibrio di bilancio e della l. attuativa n. 243/2012, cfr. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale* cit., 370 ss., ove ulteriori riferimenti.

[138] Corte cost. 27 luglio 1989 n. 461 cit. Seppur non con riguardo al lavoro pubblico, per analoghe considerazioni vedi già Corte cost. 7 luglio 1986 n. 176, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 1069, con nota di PERLINGIERI.

[139] Già quasi un ventennio fa vi era chi segnalava le responsabilità del legislatore nella carenza di interventi manutentivi sulle regole che, interagendo con le variabili economiche e socio-demografiche, determinano l'equilibrio del sistema pensionistico: R. PESSI, *Il requisito previdenziale dell'età pensionabile nella transizione* cit., 17 ss.

Come è noto, comunque, negli anni recenti le innovazioni normative sono state molteplici, fino alla riforma pensionistica c.d. Fornero di cui all'art. 24 del d.l. n. 201/2011[140]; sicché una considerazione dell'istituto del collocamento a riposo è viepiù utile. Nell'ambito di tale verifica, occorrerà non solo confrontare l'attuale assetto dell'istituto rispetto alla predetta *ratio* che appare essergli propria, ma anche valutare il grado di coerenza tra il diritto vivente e la lettera della legge.

Anticipando quanto verrà approfondito[141], va segnalato che la prassi amministrativa sull'intero territorio nazionale si è orientata in una maniera che appare difforme rispetto alla riforma previdenziale del d.l. n. 201/2011. Nella prassi sembrano prevalere logiche di corporativo interesse delle singole amministrazioni, in contrasto rispetto non solo alle rilevanti variabili demografiche e finanziarie, ma anche al diritto di permanere in servizio dei lavoratori interessati. Si tratta di una problematica che, pur riguardando un notevole numero di dipendenti pubblici, non risulta finora approfondita nella letteratura che si è occupata della riforma previdenziale.

Il riavvicinamento tra età media dell'effettivo sopravvenire dell'inidoneità lavorativa per invecchiamento ed età alla quale la legge presume tale sopravvenienza è coerente con altre tendenze dell'ordinamento dello stato sociale, parimenti influenzate dalle variabili finanziarie. Si pensi ad esempio alla riforma della nozione di invalidità pensionabile intesa come riduzione della fattuale capacità di lavoro[142], nonché al rafforzamento dei controlli rispetto al godi-

[140] Decreto convertito con l. n. 214/2011. Per un quadro di questa riforma, vedi SANDULLI, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 6 ss., CINELLI, *La riforma delle pensioni del «governo tecnico». Appunti sull'art. 24 l. n. 214 del 2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 385 ss., e DI TROLIO, *La riforma delle pensioni in Italia (1992-2011): molto rigore e poca equità*, in *Dir. merc. lav.*, 2012, 246 ss.

[141] Vedi *infra* nel cap. V, § 2 ss.

[142] Art. 1 della l. n. 222/1984, su cui vedi CINELLI, *Diritto della previdenza sociale* cit., 469 ss.; PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale* cit., 268 ss.; per una recente panoramica giurisprudenziale vedi DE ANTONIIS, *Inabilità ed invalidità*, in BELLOCCHI (a cura di), *La nuova previdenza sociale: profili pratico-operativi della riforma Fornero con gli indirizzi giurisprudenziali di riferimento*, Cedam, Padova, 2012, 585 ss.

mento della protezione economico-normativa relativa alla malattia da parte dei dipendenti pubblici.

Il comune denominatore nell'evoluzione legislativa recente di parecchi istituti è, in sostanza, la crescente raffinatezza valutativa, sul piano delle nozioni e dei controlli, comportante un maggiore rilievo dell'effettività della condizione psicofisica generante uno stato di bisogno cui l'ordinamento viene incontro con l'utilizzo di risorse pubbliche[143]. Una declinazione, sia pur tendenziale e presuntiva, di tale linea evolutiva è rinvenibile nella disciplina che – secondo la ricostruzione che verrà qui proposta – aggancia alla speranza statistica di vita il conseguimento del diritto a pensione e, con esso, l'individuazione del momento di necessario collocamento a riposo, inteso appunto come momento in cui la legge ora presume la sopravvenuta inidoneità psicofisica per senescenza.

È necessario, comunque, dare atto della problematicità della configurazione del collocamento a riposo come presunzione di sopravvenuta inidoneità psicofisica. L'età massima di servizio può infatti essere modificata in funzione di un diverso bilanciamento tra interesse pubblico ed interesse del singolo, come nei casi in cui la Consulta ha assegnato rango costituzionale al diritto di permanere in servizio fino al raggiungimento dei requisiti anagrafico-contributivi minimi necessari al raggiungimento del diritto a pensione, purché comunque entro i 70 anni[144].

---

[143] Il fenomeno è ormai noto; sulle conseguenze dell'impostazione selettiva del *welfare* in termini di enfatizzazione delle differenze individualizzanti e non più tanto dell'eguaglianza, vedi RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2013, 161 ss.

[144] Cfr. Corte cost. 18 giugno 1991 n. 282 cit., e, con riguardo al personale scolastico, Corte cost. 12 ottobre 1990 n. 444, in *Giur. cost.*, 1990, 2647, nonché per il personale sanitario non medico Corte cost. 9 marzo 1992 n. 90, in *Foro it.*, 1992, I, 2631. Il rango costituzionale della tutela del raggiungimento dei requisiti minimi per il trattamento pensionistico è stato confermato dalla Consulta da ultimo con riguardo al personale medico, dichiarando l'illegittimità costituzionale della disciplina speciale che consentiva per tale categoria di proseguire, in mancanza di pensione, il servizio fino al 67° anno di età, invece che fino al 70° anno come previsto per la generalità dei lavoratori: Corte cost. 6 marzo 2013 n. 33, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2013, 641 (vedi comunque ora l'art. 22 della l. n. 183/2010, che ha anzi concesso ai medici di permanere fino al quarantesimo anno di servizio effettivo). La S.C. ha inoltre avuto occasione di precisare che il diritto alla prosecuzione non spetta a coloro che non maturerebbero la pensione nemme-

Soprattutto, va tenuto conto che alla *ratio* originaria dell'istituto si sono sovente sovrapposte normative basate su ragioni di politica dell'impiego e di politica economico-finanziaria[145]. Da un lato, sono state talora introdotte regole finalizzate a comprimere la facoltà di permanenza in servizio fino all'età prestabilita in via generale, tramite meccanismi di collocamento a riposo anticipato, con diversi gradi di discrezionalità dell'amministrazione e comunque a predeterminate condizioni legali connesse all'anticipato raggiungimento di un livello dato d'anzianità: si pensi al più volte modificato art. 72 del d.l. n. 112/2008[146]; nonché alla riduzione degli organici prevista dall'art. 2 del d.l. n. 95/2012 (c.d. *spending review*)[147]. Dall'altro lato, numerose disposizioni hanno permesso il prolungamento del servizio oltre l'età edittale di collocamento a riposo, come diritto soggettivo del lavoratore o come mera facoltà dell'amministrazione[148].

---

no prolungando la copertura contributiva fino a 70 anni: Cass. 4 dicembre 2006 n. 25655, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2977; nemmeno spetta ai vincitori di concorso ultrasessantacinquenni: Cass. 2 agosto 2011 n. 16859 cit. Non ha copertura costituzionale, invece, l'interesse alla permanenza in servizio finalizzata al raggiungimento di un trattamento pensionistico superiore: es. Corte cost.18 febbraio 1992 n. 57, in *Giur. cost.*, 1992, 310; né tantomeno ha copertura costituzionale il raggiungimento del trattamento massimo: Corte cost. 4 luglio 1997 n. 227, in *Giur. cost.*, 1997, 2200. Analogamente, Corte cost. 13 giugno 2000 n. 195, in *Giur. cost.*, 2000, 1652, che dichiarò manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3, 4, 38, 2° comma, e 97, 1° comma, Cost. ed ai principi della delega contenuta nell'art. 3, 1° comma, l. n. 421/1992, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 509, 5° comma, d.lgs. n. 297/1994, nella parte in cui non è consentito al personale scolastico statale di fruire, oltreché dei benefici *ex* art. 15, 2° comma, l. n. 477/1973, anche della facoltà (ora resa a discrezione dell'amministrazione, ma allora) spettante a tutti gli impiegati civili dello Stato e degli enti pubblici non economici *ex* art. 16 d.lgs. n. 503/1992.

[145] Sottolinea questo aspetto LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro* cit., 146-147.

[146] Per ragguagli sul rilevante contenzioso sollevato dalla "rottamazione" del personale con anzianità quarantennale, vedi BOZZAO, *Pensionabilità del dipendente pubblico anziano e disciplina del licenziamento* cit., 439 ss.; DI CARLUCCIO, *L'"esperimento" del pensionamento forzoso del dipendente pubblico con quarant'anni di anzianità contributiva*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 1137 ss.

[147] Cfr. la direttiva del Dipartimento della Funzione pubblica del 24 settembre 2012 n. 10, «Riduzione delle dotazioni organiche delle pubbliche amministrazioni. Linee di indirizzo e criteri applicativi».

[148] Tali regole hanno sollevato notevole contenzioso negli ultimi decenni, in particolare il più volte modificato art. 16 del d.lgs. n. 503/1992; cfr. recentemente

Della natura polifunzionale delle soglie anagrafiche nell'ordinamento lavoristico-previdenziale è consapevole lo stesso legislatore europeo, che nella direttiva 2000/78/CE prevede apposite cause di giustificazione delle possibili discriminazioni basate sul criterio dell'età, recepite dal legislatore italiano[149]. Nondimeno, tali normative sembrano esprimere le tensioni a cui è stata sottoposta quella che comunque è la *ratio* fondante l'istituto. Quest'ultima, come si tenterà d'illustrare, sembra anzi in via di rafforzamento, non solo per la generale tendenza all'innalzamento dei parametri anagrafico-contributivi rilevanti ai diversi fini previdenziali, ma soprattutto tramite quanto disposto dalla riforma pensionistica di cui al d.l. n. 201/2011. Su questo punto si avrà modo di tornare nell'ultimo capitolo.

COSMAI, *Servizio oltre i limiti di età: nuove regole per la pubblica amministrazione*, in *Dir. prat. lav*., 2012, 2788; DI CARLUCCIO, *Il trattenimento in servizio dei dipendenti pubblici (e dei professori universitari in particolare): l'applicazione giurisprudenziale dopo il d.l. n. 112/2008*, in *Riv. it. dir. lav*., 2011, II, 235; sul collocamento a riposo dei professori universitari, antecedentemente al d.l. n. 201/2011, vedi PASSALACQUA, *I limiti di età per il pensionamento dei docenti universitari tra normativa generale e normativa speciale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 92 ss., tenendo comunque conto della successiva Corte cost. 9 maggio 2013 n. 83, in *Foro it*., 2013, I, 1737, con nota di ROMBOLI, che ha dichiarato illegittimo l'art. 25 della l. n. 240/2010.

[149] Dopo le modifiche introdotte nel 2008, infatti, l'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003 fa salve (purché siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate da finalità legittime, quali giustificati obiettivi della politica del lavoro, del mercato del lavoro e della formazione professionale, qualora i mezzi per il conseguimento di tali finalità siano appropriati e necessari) le disposizioni che prevedono trattamenti differenziati in ragione dell'età dei lavoratori e in particolare quelle che disciplinano la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, allo scopo di favorire l'inserimento professionale o di assicurare la protezione degli stessi. La più agevole giustificabilità delle discriminazioni per età rispetto agli altri fattori di discriminazione è atteggiamento diffuso tra i legislatori non solo europei: sugli Stati uniti, vedi da ultimo BISOM-RAPP, SARGEANT, *Diverging doctrine, converging outcomes: evaluating age discrimination law in the United Kingdom and the United States*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2013, vol. 44, 717 ss.

5. *La riemergente peculiarità del lavoro pubblico: poteri datoriali, fonti di disciplina e interessi tutelati*

È noto che il «trasloco»[150] del pubblico impiego dal diritto amministrativo al diritto del lavoro fu avallato dalla Consulta tramite una serie di pronunce che affermarono la compatibilità dei principi costituzionali in materia di amministrazione e impiego pubblici con un «equilibrato dosaggio di fonti regolatrici» pubblicistiche e privatistiche[151]. Sottoposto alla regolamentazione pubblicistica rimase un novero di materie, poi ridottosi, a proposito delle quali era ritenuta preminente l'imparzialità propria dell'attività amministrativa funzionalizzata agli interessi pubblici, controllabile come tale in sede di giurisdizione amministrativa[152]. Per le altre materie inerenti alla gestione dei rapporti lavorativi, il legislatore introdusse la profonda novità, da tempo prefigurata in autorevoli riflessioni[153], della contrattualizzazione dei rapporti lavorativi e della privatizzazione dei poteri datoriali, oltre che, in un secondo tempo, di una parte dei poteri organizzativi[154].

---

[150] D'ANTONA, *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in MARTINENGO, PERULLI (a cura di), *Struttura retributiva nel lavoro privato e riforma del pubblico impiego*, Cedam, Padova, 1998, 11, ora in B. CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, 221.

[151] Questa nota espressione è in Corte cost. 16 ottobre 1997 n. 309, in *Lav. pubb. amm*., 1998, 140, con nota di BARBIERI, *Corte costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*.

[152] Accanto al valore dell'imparzialità, v'è chi sottolinea che il mantenimento di talune materie nell'orbita pubblicistica, segnatamente dei concorsi, sia funzionale anche ai valori dell'efficienza e dell'efficacia, intese come selezione dei candidati migliori: PILEGGI, *Efficienza della pubblica amministrazione e diritto del lavoro*, Aracne, Roma, 2004, 378.

[153] *In primis* GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere dal Ministro per la funzione pubblica, Roma, 1979, cap. IV spec. punto 6 ss., facendo seguito a GIANNINI, *Impiego pubblico. Profili storici e teorici*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, 293 ss. Cfr. anche RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, 312 ss.

[154] Nella vasta letteratura in argomento vedi le relazioni di MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, GHEZZI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, tutte in A.A.VV., *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*,

Non tutte le materie demandate alla regolamentazione privatistica vennero però trattate egualmente. Per talune di esse fu ritenuto che, pur potendo ammettersi la regolamentazione tramite fonte privatistica con relativo passaggio di giurisdizione[155], la particolare natura e complessità delle organizzazioni amministrative pubbliche richiedessero qualche adattamento normativo rispetto alla disciplina del lavoro nel settore privato. Per molti degli istituti del rapporto di lavoro pubblico fu previsto un più o meno ampio apparato di norme aggiuntive, distinguibili tra quelle speciali, cioè differenziate rispetto al lavoro nell'impresa, e quelle specifiche, ossia più dettagliate della disciplina del lavoro nell'impresa[156]: ciò accadde non solo in materia di dirigenza, che era uno cardini di quella riforma del pubblico impiego, ma anche in materia di mansioni, di incompatibilità e cumulo d'impieghi e incarichi, di sanzioni e responsabilità disciplinari, ed altre.

La riforma si astenne dal prevedere apposite regole solo con riguardo a pochi aspetti del rapporto di lavoro pubblico, tra i quali la salute dei dipendenti. Per quanto concerne i profili prevenzioni-

---

Atti delle giornate di studio organizzate a L'Aquila dall'Aidlass, 31 maggio-1° giugno 1996, Giuffrè, Milano, 1997, rispettivamente, 3 ss., 69 ss., 91 ss., nonché D'ALESSIO, *La razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, t. I, 285 ss.; all'indomani della seconda fase della privatizzazione, LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, t. I, Giuffrè, Milano, 2000, 200 ss.; qualche anno dopo cfr. D'ORTA, BOSCATI, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, 154. Per un quadro critico aggiornato alla terza fase, vedi D'ORTA, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. pubb. amm.*, 2011, 407 ss., nonché RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica. Interessi, tecniche regolative, tutele*, vol. I, Cacucci, Bari, 2011, 198 ss., e SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, Bari, 2012, 80 ss. e 117 ss., ove ampi riferimenti.

[155] Su cui vedi M.G. GAROFALO, *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 1999, 511 ss.; GARILLI, *Il riparto di giurisdizione tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro*, in *Lav. pubb. amm.*, 2000, 715 ss.

[156] Cfr. ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni* cit., 27 ss.

stici, in effetti, l'immanenza dell'interesse pubblico riguarda parimenti il lavoro privato, potendo dunque rinvenirsi la necessità di differenziare la disciplina non tanto in base alla natura giuridica del datore, quanto piuttosto in base ai differenti rischi riscontrabili per ciascun settore o lavorazione (poco tempo dopo comunque subentrò il dettagliato d.lgs. n. 626/1994, che peraltro conteneva norme speciali per il lavoro pubblico). Anche per quanto concerne le questioni d'idoneità psicofisica del lavoratore, l'astensione da parte del legislatore fu pressoché completa, sia sulle problematiche temporanee di salute, cioè la malattia, sia su quelle permanenti o comunque durature. Furono dettate solo alcune norme d'adattamento in materia di collocamento dei disabili, connesse alla peculiarità costituzionale dell'accesso tramite concorso.

L'astensionismo legislativo in materia di idoneità psicofisica dei dipendenti pubblici, perdurato in entrambe le fasi della riforma degli anni '90, può ritenersi il risultato di una convergenza di fattori: dal rilievo scarso (o comunque minore rispetto ad altri aspetti, es. mansioni, progressioni, ecc.) in termini di potenziale contenimento della spesa pubblica che il legislatore poteva attendersi da questa materia; alla modesta quantità del contenzioso in proposito, che non poteva essere elemento di preoccupazione per il passaggio alla giurisdizione ordinaria; nonché l'assenza di ragioni di diffidenza dei sindacati per l'impatto della riforma con riguardo a questa specifica tematica, che nemmeno pareva rilevante in termini di sindacalizzazione del personale. Nell'ambito di una riforma di così vasta portata erano altri gli aspetti sensibili sul piano politico-sindacale, a partire dall'assetto della contrattazione collettiva e della rappresentanza sindacale. In sintesi, al tempo della riforma le questioni regolative riguardanti l'idoneità psicofisica rimasero al margine.

Non si trattò di una dimenticanza, bensì di una scelta dettata dalla fiducia del riformatore degli anni '90 verso la capacità della disciplina del lavoro nelle imprese di regolare adeguatamente anche il lavoro pubblico. Implicando l'applicabilità della pertinente normativa privatistica comune, siffatta scelta astensionistica da parte del legislatore non avrebbe dovuto creare difficoltà o lacune.

In realtà, se è vero che non si ravvisarono particolari dubbi sulla disciplina della malattia, con riguardo invece alle implicazioni delle inidoneità psicofisiche durature il disinteresse del legislatore creò talune incertezze. Per quanto riguarda le condizioni di salute al momento dell'accesso al lavoro pubblico, le amministrazioni rimediarono tramite una prassi in sostanziale continuità rispetto al passato, talora venendo anzi richiamati articoli di legge appartenenti al regime pubblicistico pregresso; complicò la materia l'ampliamento delle competenze regionali in materia sanitaria stabilito dalla riforma costituzionale del titolo quinto[157]. Anche per quanto riguarda gli accertamenti di salute in costanza di rapporto lavorativo, dopo la privatizzazione la disciplina non risultava chiara, sia a causa di una certa frammentazione di competenze nell'ambito della pluralità degli organismi sanitari pubblici, sia a causa dell'assenza di regole apposite, cui ovviò la prima tornata contrattuale, ma solo in parte; sicché norme pertinenti si rinvengono disperse anche nella contrattazione successiva. Per una tematica delicata come i problemi duraturi di salute, può peraltro dubitarsi della stessa opportunità di una differenziazione di disciplina tra comparti.

Per quanto riguarda il collocamento a riposo, nell'astensionismo del legislatore fu addirittura ravvisato un vuoto legislativo. Secondo la giurisprudenza, infatti, tale istituto va ritenuto costituzionalmente necessario, poiché i precetti «dettati dall'art. 97 Cost., non sarebbero compatibili con una regola che consentisse alle amministrazioni pubbliche di protrarre *sine die* il servizio di taluni dipendenti, secondo una libera scelta, sottratta in pratica al sindacato del giudice»[158]. La riforma degli anni '90 dunque non poteva aver eliminato l'istituto del collocamento a riposo, poiché ciò avrebbe creato una «lesione dei principi di imparzialità e di buon andamento, e compromissione altresì dei compiti di programmazione e ge-

[157] PARIS, *Il ruolo delle regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del titolo quinto: ripartizione delle competenze e attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Regioni*, 2007, 985 ss. In generale sulla riforma, in prospettiva lavoristica, vedi SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale: esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale*, Padova, Cedam, 2005, 78 ss.

[158] Cass. 3 novembre 2008 n. 26377 cit.

stione (quali, per es., la previsione dei fabbisogni di personale), finendo per incidere anche sul precetto inderogabile dell'assunzione mediante procedure concorsuali»[159]. In proposito la giurisprudenza ha dunque ravvisato un'area del rapporto lavorativo che, seppur privatizzata, richiede una disciplina speciale a salvaguardia dei principi costituzionali in materia d'impiego pubblico.

Allo scopo di ovviare al venir meno delle previgenti fonti di disciplina pubblicistica, in apparenza senza alcuna previsione privatistica di un limite massimo di età, questa giurisprudenza ha proposto un'interpretazione adeguatrice, anzi creatrice, secondo cui «l'art. 2 d.lgs. 165/2001, nella parte in cui recita che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, deve essere, secondo una lettura costituzionalmente necessitata, inteso nel senso che sono fatti salvi i principi fondamentali del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di derivazione costituzionale, ancorché non tutti esplicitati dalle norme raccolte nel decreto in questione. Ne consegue l'inapplicabilità della regola generale del lavoro subordinato privato, secondo la quale la tipicità e tassatività delle cause di estinzione del rapporto escludono risoluzioni automatiche al compimento di determinate età»[160]. In realtà, come si avrà modo di dire nel seguito della trattazione, un siffatto richiamo generale alla cogenza dei principi costituzionali forse non era l'unico fondamento normativo rinvenibile[161].

È interessante notare che i giudici richiamano non solo il principio d'imparzialità, ma anche quello di buon andamento. Risulta dunque messa da parte la semplicistica identificazione, un poco ac-

[159] Cass. 2 marzo 2005 n. 4355 cit.

[160] Cass. 2 marzo 2005 n. 4355 cit.; Cass. 17 giugno 2010 n. 14628 cit.

[161] Il silenzio del d.lgs. n. 29/1993 non era completo, in realtà, poiché l'art. 28 *bis* comma 2, sul reclutamento dei dirigenti scolastici, menzionava fuggevolmente il «collocamento a riposo per limiti di età». Sicché la questione era semmai individuare quale fosse la sede normativa della soglia anagrafica (dopo la riforma pensionistica del 2011 che ha innalzato l'età della pensione di vecchiaia sopra la previgente età di collocamento a riposo, ci si deve anche domandare quale sia l'età di collocamento a riposo: cfr. *infra* il cap. V, § 2 e ss.).

creditatasi nella fase iniziale della riforma[162], del diritto pubblico come presidio d'imparzialità e del diritto del lavoro nelle imprese come strumento di buon andamento. Da un lato, l'imparzialità può essere garantita anche tramite la regolazione privatistica predeterminante i criteri a cui i datori pubblici debbono attenersi (es. la definizione in via generale ed astratta di un'età di collocamento a riposo; ma potrebbe anche esemplificarsi richiamando, nel d.lgs. n. 165/2001, le numerose regole comportamentali rivolte ai dirigenti o quelle procedurali in materia di contrattazione collettiva). Dall'altro lato, il buon andamento può risultare meglio perseguito tramite una, pur privatistica, regolazione speciale, piuttosto che dal puro e semplice rinvio al diritto del lavoro alle dipendenze dell'impresa. Paiono, invero, pochi i profili che pretendono una disciplina del pubblico impiego differenziata; sono parecchi invece i profili sui quali una disciplina differenziata può risultare utile, secondo la discrezionale valutazione del legislatore, a migliore presidio dell'imparzialità ed, al contempo, dell'efficienza delle amministrazioni[163].

Su tale contesto è poi intervenuta la terza fase della riforma del lavoro pubblico. Tale riforma persegue il buon andamento delle amministrazioni puntando sulla produttività del lavoro. Nella scarsità delle risorse pubbliche destinate (poi aggravatasi a causa dei

[162] Riferendosi ad alcuni passi motivazionali della giurisprudenza costituzionale della metà degli anni '90 (in particolare la pronuncia n. 313/1996), critico nei confronti di questa identificazione bipartita è BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, Bari, 1997, 142.

[163] Sull'utilizzo da parte del legislatore di un apposito apparato normativo privatistico allo scopo di adattare e compensare le intrinseche peculiarità, soprattutto organizzative, delle amministrazioni *ex* art. 97 Cost., tramite limiti esterni ma senza una complessiva funzionalizzazione, vedi, CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2007, 215 ss. e 332 ss.; con specifico riguardo alla contrattazione collettiva nel pubblico impiego, MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro: all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2005, spec. 44 ss. Per la diversa sfumatura di una «"inevitabile" funzionalizzazione» del potere del datore pubblico, vedi invece RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. pubb.*, 2008, 64 ss.

reiterati blocchi della contrattazione[164], tali da vanificare significativa parte delle stesse innovazioni introdotte), la produttività viene declinata dal legislatore nella circoscritta prospettiva secondo la quale l'impegno del personale ne sia fattore preponderante.

Per quel che qui rileva, l'idea che, con riguardo alle implicazioni lavoristiche della condizione psicofisica dei dipendenti, siano necessarie o comunque utili regole legali speciali per il pubblico impiego, risulta esplicitata già nella l. delega n. 15/2009, il cui art. 7 comma 1 mira a «potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici contrastando i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo». Siffatta prospettiva specifica risulta peraltro in linea con gli assi portanti della riforma introdotta dalla delega medesima[165], subito identificati in dottrina, pur nella diversità dei punti di vista[166]:

[164] A seguito del parere delle competenti commissioni parlamentari (positivo, con condizioni) e del Consiglio di Stato (favorevole, con osservazioni), in data 8 agosto 2013 il Consiglio dei Ministri ha approvato la bozza di regolamento che, in attuazione dell'art. 16 commi 1-3 del d.l. n. 98/2011, prevede, per tutto il 2014, un ulteriore "congelamento" dei salari pubblici ed il blocco della contrattazione nazionale, limitato però alla parte economica. Vedi anche il *dossier* n. 10/2013 degli uffici del Senato. La problematicità di questa linea di politica del diritto merita ormai d'essere valutata non solo sul piano delle relazioni sindacali, ma anche su quello della costituzionalità, dato che viene meno così ogni carattere di temporanea eccezionalità idoneo a giustificarla. Una prima eccezione di legittimità è stata respinta da Corte cost. 7 giugno 2012 n. 149, in www.cortecostituzionale.it, riguardante però solo la ripartizione di competenze normative tra Stato e regioni.

[165] Per due punti di vista sui caratteri della delega, vedi L. ZOPPOLI, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Ediesse, Roma, 2009, 26 ss., e MAINARDI, *Legge 15/2009 e decreti di attuazione: il rapporto fra fonte legislativa e contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, Torino, 2009, 5 ss.

[166] Nella vasta letteratura, vedi L. ZOPPOLI, *La riforma del lavoro pubblico: dalla "deregulation" alla "meritocrazia": quale continuità?,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 8 ss.; GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in BORELLI, MAGRI (a cura di), *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni: L. 15/2009 e D.lgs. 150/2009,* Jovene, Napoli, 2011, 78 ss.; CORPACI, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 473 ss.; CARABELLI, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 101/2010, 7 ss.; B. CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta"* cit., 268 ss.; MARAZZA, *Contrattazione collettiva e riforma del pubblico impiego*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 381 ss.; GARILLI, *Il tormentato percorso della privatizzazione*, in M.

lo spostamento a valle del confine tra regolazione unilaterale pubblicistica ed ambito della gestione lavoristica rimesso al potere ed alle fonti privatistici, nonché la rigidità giuridica di detto confine tale da rendere prevalente la normativa unilaterale (cfr. soprattutto il novellato art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001)[167]; lo spostamento, a sua volta, a valle del confine tra ambito di gestione dei rapporti lavorativi rimesso ai poteri datoriali unilaterali ed ambito rimesso alla contrattazione collettiva[168], nell'intento di proteggere l'autonomia dei poteri datoriali rispetto alla contrattazione collettiva (cfr. soprattutto l'art. 5 comma 2 come novellato); l'importanza dei meccanismi di schematica valutazione della *performance* e d'incentivazione dell'impegno dei dipendenti; la trasparenza

NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 24 ss.; da ultimo MONTUSCHI, *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore. Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contratto collettivo, diritto di sciopero*, Giappichelli, Torino, 2013, 52 ss.

[167] Sulla criticabile abolizione, operata già con la l. delega n. 15/2009, della c.d. "norma Cassese", che permetteva di arginare la micro-legiferazione in materia d'impiego pubblico, vedi M.G. GAROFALO, *Delegificazione e rilegificazione*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato?* cit., 16-18.

[168] Un contenimento dell'espansione delle tematiche coperte da contrattazione collettiva era ritenuto opportuno in molte delle analisi antecedenti alla l. delega n. 15/2009: es. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 49/2007, 12; B. CARUSO, ZAPPALÀ, *La Riforma "continua" delle Pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la* governance*?*, in *Lav. pubb. amm.*, 2007, 14 ss.; PIZZOFERRATO, *Sulla riforma della pubblica amministrazione*, in *Lav. pubb. amm.*, 2008, 1044, seppure poi il legislatore abbia imposto tale contenimento in misura ulteriore rispetto alle più diffuse attese. Già all'indomani della seconda fase della privatizzazione del pubblico impiego la maggioritaria dottrina prefigurava la necessità d'evitare una "pancontrattualizzazione": vedi F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro* cit., 75 ss.; BOSCATI, *La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, 408 ss.; GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 134 ss. Merita precisare che ci si riferisce alla contrattazione collettiva privatistica, essendo qui non rilevante la negoziabilità dei poteri pubblicistici, la quale è segnalata come questione irrisolta nel d.lgs. n. 150/2009 da MARAZZA, *Contrattazione collettiva e riforma del pubblico impiego* cit., 385.

dell'attività delle amministrazioni; l'enfasi posta sull'esercizio effettivo dei poteri datoriali.

Quest'ultimo profilo della riforma del 2009 merita qui attenzione. Come noto, la riforma ha accresciuto l'importanza del potere disciplinare, in parte restituito ai singoli dirigenti. Allo scopo di incrementare il grado d'effettività del sistema disciplinare, l'esercizio è stato reso in una qual sorta obbligatorio[169], oltre che più vincolato nelle modalità[170]. Il potere disciplinare si presta, più di quello direttivo, ad una dettatura dettagliata dei criteri d'esercizio (come si dirà[171], specifiche fattispecie sanzionatorie sono state create proprio in tema d'assenze per malattia); parimenti a ciò si presta il potere di controllo, che è infatti un altro dei cardini di detta riforma[172]. Sconfessando di fatto l'apparente richiamo alla visione aziendalistica evocato dalla terminologia prescelta[173], il le-

[169] Nel senso comunque di escludere una obbligatorietà vera e propria del procedimento disciplinare, MAINARDI, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. it*., 2010, 2720, in quanto, al di là dei toni utilizzati dal legislatore, l'esercizio di tale potere non può che restare affidato alla valutazione del dirigente competente. La novità non è dunque una obbligatorietà dell'esercizio del potere disciplinare, bensì il suo incentivo tramite l'indicazione del legislatore di un maggiore controllo sul se e sul come di tale esercizio.

[170] Tra i più critici sulla legificazione del potere disciplinare, ed in generale sul suo nuovo assetto, M. NAPOLI, *La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della* performance, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 5 ss.

[171] Vedi *infra* nel cap. III, § 4.

[172] L'enfasi che il legislatore del 2009 ha posto sul potere di controllo è rilievo comune in dottrina: vedi in particolare NICOSIA, *I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati?*, in *Lav. pubb. amm*., 2010, 324 ss. La sottolineatura legale dei poteri di controllo involve non solo la gestione dei singoli rapporti lavorativi, ma più in generale l'esercizio di tutte le attività inerenti alle relazioni lavorative, anche collettive, con particolare riguardo a quelle che hanno ricadute dirette di spesa: con riguardo alla contrattazione integrativa vedi LA MACCHIA, *Contrattazione integrativa e buon andamento delle amministrazioni*, in *Riv. giur. lav*., 2010, I, 594 ss., e D. COMANDÈ, *I vincoli «a cascata» della contrattazione integrativa*, *ivi*, 607 ss.

[173] Come da più parti rilevato, es. GARILLI, *Il pubblico impiego e la «ricetta Brunetta»*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011, vol. III, 1618, si riduce sostanzialmente all'utilizzo di termini come «*performance*», e poco altro, l'attuazione di quello che era il primo criterio direttivo della legge delega, cioè la «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del

gislatore del 2009 risulta muovere dal percepibile presupposto di un'irriducibile differenza tra lavoro pubblico e privato, anche in materia di potere di controllo. Si tratta di uno degli assunti della disputa sui c.d. nullafacenti[174], animatasi per qualche tempo giungendo financo ad offrire suggestioni al legislatore, raccolte non senza qualche eccesso[175]. Senza che sia qui utile discutere i termini di tale dibattito, è sufficiente rilevare che non può negarsi l'esistenza di una maggiore pressione dall'alto e di una maggiore attenzione diffusa nell'ambito delle organizzazioni produttive ove opera il datore-imprenditore, che è assai interessato in prima persona all'ottenimento dei prefissi risultati aziendali o, meglio, al più elevato risultato possibile in termini di profitto.

Nell'ottica del legislatore, nell'impiego pubblico il potere di controllo, come il potere disciplinare su cui parimenti s'interviene,

---

lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali» (art. 2 comma 1 lett. *a* della l. n. 15/2009). Come emergeva già dalla delega stessa, il legislatore intendeva semplicemente indicare la comunanza del generale scopo dell'efficienza, apparendo però ben conscio, e convinto, della necessità a tale scopo di un assetto regolativo differenziato per il lavoro pubblico.

[174] Vedi ICHINO, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Mondadori, Milano, 2006, iniziatore di tale dibattito sulla stampa nazionale, per il cui seguito, oltre che per gli aspetti concretamente propositivi, si rinvia ai contenuti del sito www.pietroichino.it. Per una coeva critica, da un punto di vista propenso piuttosto ad un rafforzamento dell'identità dei dirigenti pubblici come datori di lavoro, vedi B. CARUSO, ZAPPALÀ, *La Riforma "continua" delle Pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la* governance*?* cit., 10 ss.

[175] Nell'ambito delle questioni rilevanti in questa sede, ad esempio, pare potersi identificare un eccesso normativo (a prevalenti fini di comunicazione politica) nella disciplina delle fasce orarie estese ad undici ore al giorno, che è stata vigente per qualche tempo per i dipendenti pubblici (vedi *infra*, cap. II, § 3). L'osservazione è diffusa: ad es. ROMEI, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici e sulla responsabilità dirigenziale*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu* cit., vol. III, 1634, parla del contrasto all'assenteismo come «vero e proprio cavallo di battaglia del Ministro, in una guerra certamente condivisibile negli scopi, ma non priva di aspetti demagogici». In generale, la finalità più politica che regolativa di talune delle disposizioni di questa terza fase della riforma del lavoro pubblico è riscontrata da plurime opinioni: ad es., parla di difetto della riforma del 2009 di presupporre che i nodi del lavoro pubblico possano essere risolti tramite la mera «traduzione in norma di legge di slogan pure politicamente efficaci» VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 73; di valenza mediatica parla MONTUSCHI, *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico* cit., 53.

soffre di sottoutilizzo e scarsa effettività; sicché questa minore propensione all'esercizio del potere di controllo del datore pubblico va compensata tramite apposite regole, aggiuntive rispetto al diritto del lavoro privato.

Orbene, tale potere datoriale rileva assai in materia d'inidoneità psicofisica al lavoro. Non a caso, la riforma del 2009 interviene con apposite norme, sul presupposto che le esigenze di controllo sulle ricadute lavorative delle questioni di salute del dipendente siano diverse nel settore privato.

Di tali regole la legge tiene a ribadire l'imperatività, come per il nuovo apparato normativo sul potere disciplinare, al cui proposito sono anzi accomunate. Ai fini del rinvio, invero imperfetto[176], alla disciplina codicistica dell'invalidità per contrarietà a norme imperative, l'art. 55 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001, come novellato nel 2009, menziona tutte le disposizioni «del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-*octies*», gli ultimi due dei quali riguardano appunto la malattia e l'idoneità psicofisica permanente. Già l'anno precedente l'art. 71 del d.l. n. 112/2008 era intervenuto in materia di assenze per malattia e permessi dei dipendenti pubblici adottando il medesimo approccio, per cui le disposizioni dell'articolo erano «non derogabili dai contratti o accordi collettivi».

L'utilità di un intervento legislativo sulle tematiche di salute, trascurate dalla privatizzazione degli anni '90, si è così saldata con il movente "ideologico" del legislatore del 2009. Nell'impiego pub-

[176] Il rinvio agli artt. 1339 e 1419 comma 2 c.c., sull'inserzione automatica di condizioni imposte dalla legge e sulla sostituzione di diritto delle clausole difformi, è segnalato come inconferente e tecnicamente errato, in quanto non si verifica una sostituzione automatica di clausole né vi è necessità di verifica sul voluto negoziale residuo a seguito dell'invalidità parziale, da M. NAPOLI, *La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della* performance cit., 7, e, ampiamente, FERRANTE, *I poteri datoriali rivisitati*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 62 ss., il quale conclude per l'inevitabilità di un'interpretazione correttiva che prenda atto che l'intento del legislatore era semplicemente quello d'appalesare l'inderogabilità anche *in melius* delle norme speciali del novellato d.lgs. n. 165/2001; in senso analogo BELLAVISTA, *Poteri del datore di lavoro pubblico*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 158 ss.

blico le questioni d'idoneità psicofisica al lavoro hanno assunto una connotazione peculiare, come tante altre tematiche per le quali, come detto, il rinvio alla disciplina privatistica è limitato da speciali regole. Senza rinnegare la fondamentale scelta della privatizzazione delle fonti regolatrici e dei poteri datoriali con passaggio alle logiche della giurisdizione ordinaria del lavoro[177], l'iniziale opzione di non prevedere alcun apparato normativo apposito è stata ribaltata negli anni recenti.

Con sopravvenute disposizioni speciali, il legislatore ha soprattutto teso a dare una caratterizzazione deontica alle prerogative di controllo sanitario del datore, la quale è assente nel settore privato (salvo che per i profili prevenzionistici nell'interesse del lavoratore stesso). Nella riforma del 2009 v'è una disposizione che puntualizza che l'effettività della nuova normativa finalizzata al contenimento dei tassi d'assenza per malattia rileva ai fini sia della responsabilità dirigenziale, sia della responsabilità disciplinare per omesso esercizio ingiustificato dell'azione disciplinare[178]. Tale vincolatività è analoga a quella stabilita dalla stessa riforma per altri aspetti dell'esercizio del potere di controllo, nonché per la valutazione delle prestazioni lavorative.

Nel pubblico impiego, il legislatore ha assunto un ruolo di regolatore non solo dei limiti che il potere datoriale incontra per il rispetto della persona, ma anche dei limiti che tale potere incontra, in senso opposto, per la tutela del buon andamento e dell'imparzialità delle amministrazioni. I vincoli di legge sono non solo contro eventuali eccessi nell'esercizio del potere del datore pubblico, ma anche contro l'eventuale assenza o insufficienza di tale potere.

[177] Sulla sostanziale continuità del d.lgs. n. 150/2009 rispetto alle scelte di fondo della riforma degli anni '90, vedi MAINARDI, *Il sistema delle fonti* cit., 6 ss. e 25 ss.; più incline a sottolineare le discontinuità, perlomeno in termini di presupposti valoriali, L. ZOPPOLI, *La riforma del lavoro pubblico: dalla "deregulation" alla "meritocrazia": quale continuità?* cit., 9.

[178] L'art. 55 *septies* comma 6 del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce infatti che il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora nonché il dirigente eventualmente preposto all'amministrazione generale del personale, secondo le rispettive competenze, «curano l'osservanza delle disposizioni del presente articolo, in particolare al fine di prevenire o contrastare, nell'interesse della funzionalità dell'ufficio, le condotte assenteistiche. Si applicano, al riguardo, le disposizioni degli articoli 21 e 55-*sexies*, comma 3».

Si tratta dunque di una specialità che non è solo quantitativa, ma qualitativa, dato che nel pubblico impiego è diversa la funzione propria della disciplina legale.

Questo carattere di doverosità dei controlli e degli atti datoriali conseguenti presuppone una sfiducia duplice del legislatore. La sfiducia è, in primo luogo, come detto, rispetto alla capacità, o comunque alla propensione, della dirigenza pubblica di contenere le eventuali situazioni d'abuso con una solerzia non troppo dissimile da quanto avviene da parte dei datori di lavoro privati. In proposito diviene recessiva anche l'esigenza, stabilita dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001, di «ampia flessibilità, garantendo adeguati margini alle determinazioni operative e gestionali da assumersi ai sensi dell'articolo 5, comma 2»[179]; nella misura in cui sia possibile dettare criteri già in via generale ed astratta, il legislatore non si trattiene dall'intervenire con regole dettagliate, che lasciano margine decisionale scarso se non nullo ai dirigenti. Questi ultimi sono inoltre spinti ad agire nelle direzioni indicate dal legislatore, tramite la puntualizzazione che i risultati inerenti a tali singoli aspetti hanno su essi diretta ricaduta, peraltro enfatizzata dalla rivisitazione della disciplina delle loro responsabilità[180]. Più che rafforzare i dirigenti come datori-imprenditori, in taluni passi normativi sembra quasi che il legislatore non resista ad una tentazione di trasfigurarsi esso stesso nella veste manageriale.

---

[179] La compressione delle prerogative dirigenziali da parte della legge è rilevata dalla generalità della dottrina, ad es. A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 155; B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della* governance *nella p.a. italiane)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 104/2010, 5 ss.; GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della* performance *organizzativa della pubblica amministrazione*, in *Giur. it*., 2010, 2717; F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., XIX ss.

[180] BOSCATI, *Responsabilità dirigenziale, trattamento economico*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 215 ss.; SALOMONE, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione individuale*, in *Giur. it*., 2010, 2721 ss.; BORGOGELLI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 660 ss.

La più ampia autonomia, invece, vuole essere garantita ai dirigenti rispetto ai sindacati. La sfiducia del legislatore infatti è, in secondo luogo, verso la possibilità che la contrattazione regoli il tema in maniera efficace, cioè disincentivando e circoscrivendo le situazioni d'abuso delle tutele vigenti in tema di salute, soprattutto con riguardo alla malattia[181]. Come in materia di valutazione il legislatore quasi estromette la contrattazione ed impone le famose fasce rigide di merito al fine d'evitare l'appiattimento dei giudizi, così in questo ambito tiene a prevenire un'influenza delle controparti sindacali. Queste ultime talora faticano a collaborare a politiche di gestione del personale che finiscono per scontentare una parte del loro potenziale bacino di consenso.

A parte che nei più vistosi casi che sfociano in procedimenti disciplinari, peraltro la "lotta all'assenteismo" non riesce a distinguere gli abusi d'utilizzo dell'istituto della sospensione per malattia dalle situazioni più sfumate e disputabili; sicché tale lotta si riduce all'intento di ridurre i tassi d'assenza per malattia.

Anche in generale, il contrasto agli abusi non sembra l'unico scopo di questa legislazione, risultando in via di superamento pure l'idea che il lavoro pubblico possa fungere da fattore d'ammortizzazione sociale incontrollato delle situazioni di disagio di salute dei singoli. È certo delicato l'equilibro tra la ricerca dell'efficienza e la doverosa apertura delle amministrazioni all'inclusione delle diversità, in armonia con i più alti valori sociali della Carta costituzionale. Nondimeno, il rinnovato assetto normativo esprime l'idea che i diritti individuali, perfino quelli afferenti alle condizioni personali più delicate, sul piano sistemico possano essere meglio conservati ove circoscritti alle situazioni di utilità effettiva[182].

Ancor più del buon andamento amministrativo, il contenimento, anzi la riduzione, della spesa pubblica si disvela denominatore

[181] Sulla ridotta negoziabilità dei poteri dirigenziali, stabilita da plurime norme, in particolare dall'art. 5 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, come novellate dal d.lgs. n. 150/2009, vedi MAINARDI, *Il sistema delle fonti* cit., 16 ss.; da ultimo SANTUCCI, *Relazioni sindacali, prerogative manageriali e posizioni organizzative nelle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, 592 ss.

[182] Seppur con riguardo circoscritto al collocamento delle persone svantaggiate, per analoghe considerazioni vedi D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei)* cit., 838.

comune di questa come, in realtà, di quasi tutta la recente legislazione sul pubblico impiego[183].

Per quanto riguarda la malattia, come meglio si dirà, è stata introdotta una serie di dettagliate regole, contenute nell'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001 e nell'art. 71 del d.l. n. 112/2008[184]. Con tale normativa è stata portata avanti la tendenza, già riconosciuta nel passato[185], all'attrazione delle questioni di controllo della salute del lavoratore in un'orbita semi-pubblicistica. Non è certo un caso che ciò sia avvenuto per il solo pubblico impiego, poiché in tale ambito l'interesse pubblico si rinviene da un numero maggiore di punti di vista: oltre alle fondamentali ragioni di protezione della dignità della persona del lavoratore che già erano alla base della disciplina statutaria, vi sono non solo le ragioni di contenimento della spesa previdenziale, non esclusa quella sanitaria, ma anche la profonda valenza organizzativa della regolazione di questo aspetto, che si traduce in una protezione dell'interesse pubblico al buon andamento delle amministrazioni. Nel pubblico impiego, inoltre, assumono maggiore rilievo le ragioni d'equità che, cogliendo lo spirito costruttivo del menzionato dibattito sui c.d. nullafacenti, rendono doverosa una differenziazione di trattamento tra le eventuali situazioni d'abuso e le condizioni di debolezza personale.

A proposito della malattia, comunque, detta disciplina speciale per il pubblico impiego s'inserisce in un contesto normativo che era non privo di taluni punti deboli[186]. Sicché non si può escludere

---

[183] Sul fatto che la legislazione recente sul lavoro pubblico abbia come effettivo denominatore, più che l'efficienza, la pura e semplice riduzione dei costi, le opinioni sono concordi: vedi da ultimo VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione* cit., 61.

[184] Decreto convertito con l. n. 133/2008.

[185] La tendenza era già stata identificata a seguito della legislazione degli anni '70-'80: cfr. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 119; SANTONI, *Sulla legittimità dei controlli delle assenze per malattia dei lavoratori nella disciplina della l. 11 novembre 1983, n. 638*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 81.

[186] Sulla modesta efficacia dei controlli domiciliari delle assenze dal lavoro per malattia è difficile dubitare, perlomeno quanto all'effettiva possibilità ed alla propensione del medico fiscale di riscontrare l'idoneità al lavoro, smentendo il curante di fiducia, senza l'ausilio di riscontri diagnostici non ottenibili seduta stante. Tale elemento si combina alla discussa, e delicata, questione riguardante l'inconoscibilità della diagnosi da parte del datore, la quale impedisce pressoché

che alcune delle innovazioni introdotte per il solo impiego pubblico potranno innescare effetti imitativi[187] nel settore privato, come peraltro già avvenuto con riguardo alla disciplina della certificazione medica telematica, introdotta per l'impiego pubblico e poi estesa anche al settore privato[188]. Tra le disposizioni che potrebbero prestarsi a ciò si può forse includere quella, già presente in taluni contratti collettivi, che impone al dipendente che s'allontana da casa durante le fasce orarie di reperibilità di preavvisare il datore del giustificato motivo dell'allontanamento.

Pure la sopravvenuta normativa che impone una decurtazione del trattamento economico di malattia per i primi giorni d'assenza s'inserisce in una problematica assai dibattuta durante i rinnovi contrattuali di diverse categorie. L'imperativa differenziazione rispetto alla disciplina legale del lavoro privato infatti non s'è limitata alla dettatura di più specifiche modalità d'esercizio dei poteri datoriali, ma ha inciso financo sulla disciplina del trattamento economico, cioè quella centrale parte del sinallagma contrattuale finora riservata alla regolazione collettiva.

Tale opzione del legislatore ha già avuto occasione d'avallo da parte della Consulta, che ha respinto le eccezioni che erano state sollevate rispetto agli artt. 3, 32, 36 e 38 della Costituzione[189]. In tale pronuncia è stata anche richiamata la necessità, peculiare del settore pubblico, che il potere discrezionale del legislatore persegua, tramite la «forza deterrente della penalizzazione economica», il valore del buon andamento *ex* art. 97 Cost. (invero, dato che le

ogni possibile contraddittorio sulla capacità lavorativa residua (vedi *infra* nel cap. III, in nota 53).

[187] Di effetti imitativi dal lavoro pubblico al privato ha parlato MAINARDI, *Effetti "imitativi" sul settore pubblico privatizzato*, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori* cit., 264, anche con riguardo specifico alla disciplina della malattia: seppur nel noto accordo di Pomigliano la disciplina sia ben diversa da quella introdotta nel 2008 dal legislatore per il pubblico impiego, indubbiamente la *ratio* di fondo è analoga.

[188] Più precisamente, l'informatizzazione delle certificazioni di malattia a fini lavorativi era prefigurata già da qualche anno nella normativa, senza però essere stata attuata: è stata la normativa sul pubblico impiego che ha stabilito scadenze inderogabili per l'avvio effettivo del sistema: vedi *infra*, cap. III, § 2, nonché BRIGUORI, *Invio dei certificati* on line *entro il 31 gennaio*, in *Guida pubb. impiego*, 2010, 10, 16.

[189] Corte cost. 10 maggio 2012 n. 120 cit.

penalizzazioni economiche colpiscono indistintamente le malattie simulate e quelle sussistenti, sarebbe stato più calzante parlare non di deterrenza ma di disincentivazione; la risolutezza dei toni della pronuncia sta a riprova dell'atteggiamento adesivo rispetto all'opzione del legislatore). Per quanto riguarda la regolazione della malattia, dunque, la legislazione sul pubblico impiego ha un duplice carattere speciale, in quanto funzionalizzata non solo al principio di buon andamento dell'amministrazione, ma anche a quello di controllo della spesa al quale la Costituzione sottopone il sistema della previdenza sociale.

Anche per quanto riguarda le inidoneità psicofisiche durature, la riforma del 2009 ha introdotto una disciplina apposita per il pubblico impiego, con l'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001, attuato con il regolamento di cui al d.p.r. 27 luglio 2011 n. 171. In proposito sussistono inoltre plurime discipline settoriali[190]. Anche con riguardo alle questioni d'inidoneità psicofisica permanente, potrebbe immaginarsi un qualche effetto di trascinamento nei confronti della disciplina del settore privato, ma qui in senso favorevole al lavoratore. Nel pubblico impiego è infatti stato ribadito e dettagliato l'obbligo datoriale di dar corso ad accertamenti medici prima d'intimare ogni licenziamento per ragioni d'inidoneità psicofisica. Nel settore privato siffatto obbligo sussiste soltanto per i dipendenti assunti nell'ambito del collocamento obbligatorio dei disabili, essendone dunque auspicabile una generalizzazione, anche alla luce della distinzione di regime sanzionatorio stabilita per i licenziamenti per sopravvenuta inidoneità psicofisica nel novellato

[190] Tra le più significative anche dal punto di vista pratico, merita menzione la disciplina recentemente introdotta per il personale docente della scuola dichiarato permanentemente inidoneo alla propria funzione per motivi di salute, ma idoneo ad altri compiti. Seppur tramite un tenore testuale un poco perentorio, apparentemente l'art. 19 commi 12 ss. del d.l. n. 98/2011, convertito con l. n. 111/2011, sembra ribadire per gli insegnanti divenuti inidonei le conseguenze giuridiche valevoli per la generalità del personale: reinquadramento senza escludere mansioni inferiori, con mantenimento del trattamento economico, ma riassorbibile. A ben vedere, però, tale disciplina introduce un trattamento deteriore, se non altro poiché il reinquadramento come personale ausiliario tecnico amministrativo, c.d. ata, è stabilito senza una previa verifica della disponibilità di posizioni professionali equivalenti compatibili. Per qualche ulteriore ragguaglio, vedi *infra*, cap. IV, § 4.

art. 18 St. lav. Una pur indiretta spinta per i datori privati a munirsi di un previo accertamento medico nasce dagli obblighi, parimenti introdotti con la l. n. 92/2012, di accompagnare sempre il licenziamento con una motivazione scritta[191] e di esperire la previa conciliazione in sede amministrativa.

Pur tramite la diversa funzione che contraddistingue l'istituto del collocamento a riposo, quale causa estintiva del rapporto lavorativo per sopravvenuta inidoneità per senescenza, l'intento delle innovazioni normative in proposito pare analogo, mirando la riforma pensionistica di cui all'art. 24 del d.l. n. 201/2011[192] ad aumentare le economie di spesa degli apparati pubblici, in specie di risparmio di spesa previdenziale. A questo proposito sarà necessaria una puntuale analisi, anche logico-sistematica, poiché, come già accennato, l'interpretazione adottata dalle amministrazioni pubbliche contrasta con quella che appare l'effettiva portata delle innovazioni introdotte dalla riforma previdenziale.

Poco diverso è il discorso per quel che concerne le inidoneità psicofisiche preesistenti all'instaurazione del rapporto lavorativo. In proposito, la normativa degli anni '90 aveva mantenuto taluni tratti di specialità, ossia gli obblighi di visita medica preventiva e relativa certificazione d'idoneità psicofisica. Da ultimo sono però intervenute novità, in quanto l'art. 42 del d.l. n. 69/2013[193] ha abolito l'obbligo generale di produrre certificazioni d'idoneità al lavoro all'atto dell'instaurazione del rapporto pubblico. Tale innovazione rafforza la scelta operata dal legislatore della privatizzazione, tramite la riconduzione del lavoro pubblico alle regole del lavoro privato, ove l'instaurazione del rapporto lavorativo non presuppone un generale obbligo di certificazione sanitaria. Nondimeno, come si dirà, non sembra giungersi ad un'assimilazione completa al lavoro nell'impresa ed, anzi, in realtà i dubbi applica-

[191] L'importante impatto della previsione è sottolineato da GRAGNOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in AGI (a cura di), *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro: competizione* versus *garanzie?*, Giappichelli, Torino, 2013, 124, il quale ne prevede un'interpretazione rigorosa da parte della giurisprudenza.

[192] Decreto convertito con l. n. 214/2011.

[193] Decreto convertito con l. n. 98/2013.

tivi sollevati da quest'ultima innovazione normativa finiscono viceversa per far intravedere una irriducibilità della peculiarità del pubblico impiego in proposito. La selezione concorsuale del personale con cui instaurare il rapporto, unita alla maggiore trasparenza dei criteri d'esercizio dei poteri datoriali richiesta nel pubblico impiego dalla legge e comunque dalla contrattazione collettiva, sottopongono l'eventuale decisione di non stipulare il contratto di lavoro e quella di scioglierlo durante il periodo di prova a vincoli superiori a quelli rinvenibili nel settore privato.

Al di là di una certa frammentarietà della normativa, sincopata in plurimi testi intervenuti in rapida successione, emerge dunque una linea di politica del diritto dotata di una coerenza, nonché ormai di una certa continuità.

Alle disposizioni sulla malattia dei dipendenti pubblici è stata rivolta attenzione da ultimo con alcuni ritocchi in chiusura della XVI legislatura, contenuti nell'art. 7 del d.l. n. 179/2012, c.d. "sviluppo *bis*"[194]. Oltre che su specifici versanti dell'impiego pubblico[195], una continuità emerge nella recente l. c.d. anticorruzione n. 190/2012. Lasciando da parte i profili penalistici (per i quali il discorso è diverso e non rileva in questa sede), parecchi degli aspetti lavoristici di tale legge paiono un séguito della terza fase della riforma del pubblico impiego: l'enfasi sui controlli, sugli organi di vigilanza e sulla valutazione, il rafforzamento della distinzione di ruoli e delle incompatibilità soggettive[196], nonché, soprattutto, la trasparenza dell'attività e degli apparati amministrativi finalizzata a

[194] Decreto convertito con l. n. 221/2012.

[195] Ad esempio, per quanto riguarda la normativa sopravvenuta per il personale docente universitario, vedi MAINARDI, *Collegio di disciplina, codice etico e incompatibilità*, in BROLLO, DE LUCA TAMAJO, *La riforma dell'università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge 240/2010*, Giuffrè, Milano, 2011, 182 ss., che comunque conclude nel senso che si tratti, sul punto, di un intervento legislativo debole e disorganico.

[196] Per un primo ragguaglio, si rinvia a COSMAI, *Dipendenti pubblici: nuovo codice di comportamento*, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 1439 ss., nonché, della medesima A., *La nuova disciplina delle incompatibilità dopo la legge anticorruzione*, in *Azienditalia Il Personale*, 2013, 5 ss., ma in proposito deve tenersi conto del sopravvenuto d.lgs. attuativo n. 39/2013.

permettere alla società civile organizzata d'interloquire, come stimolo alla funzionalità[197].

In quest'ottica, già la normativa del 2009 sulla trasparenza aveva riguardato le assenze per malattia, rendendo obbligatoria la divulgazione dei tassi di presenza del personale pubblico. Tale divulgazione obbligatoria è stata ora consolidata nel d.lgs. n. 33/2013, di riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, il cui art. 16 comma 3 impone di pubblicare trimestralmente tali tassi distinti per ufficio dirigenziale.

Più in generale sulla riservatezza delle questioni di salute dei dipendenti pubblici qualche incertezza si era posta a seguito della riforma del 2009. L'art. 14 della l. n. 183/2010 aveva introdotto un'apposita norma nel d.lgs. n. 196/2003 (l'art. 19 comma 3 *bis*) che ora è stata abrogata, in quanto confluita nel menzionato d.lgs. n. 33/2013. L'art. 4 comma 5 di quest'ultimo provvedimento stabilisce che notizie concernenti lo svolgimento delle prestazioni di chiunque sia addetto a una funzione pubblica e la relativa valutazione sono rese accessibili dall'amministrazione di appartenenza. Non sono invece ostensibili, se non nei casi previsti dalla legge, due categorie di dati: in primo luogo, le notizie concernenti la natura delle infermità e degli impedimenti personali o familiari che causino l'astensione dal lavoro; in secondo luogo, le componenti della valutazione o le notizie concernenti il rapporto di lavoro pubblico idonee a rivelare dati sensibili[198]. Si tratta di un corollario della combinazione tra i principi sulla riservatezza dei dati personali e

[197] Richiamandosi al noto contributo di HIRSCHMAN, *Exit, voice, and loyalty: responses to decline in firms, organizations, and states,* Harvard University Press, Cambridge, 1970, nell'ambito della dottrina lavoristica in tempi recenti ha insistito sull'importanza del controllo diffuso soprattutto ICHINO, vedi ad es. Exit *e* voice *per rompere il circolo vizioso dell'irresponsabilità nelle amministrazioni pubbliche*, in *Iustitia*, 2007, 229 ss.; vedi anche PIZZOFERRATO, *Sulla riforma della pubblica amministrazione*, in *Lav. pubb. amm*., 2008, 1042.

[198] Ai sensi dell'art. 4 comma 1 lett. *d* del t.u. sulla *privacy* di cui al d.lgs. n. 196/2003, come noto, sono sensibili i dati idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

quelli sulla trasparenza delle amministrazioni, la cui esplicitazione era comunque opportuna[199].

Già prima delle regole di trasparenza introdotte nella riforma del 2009, comunque, la normativa attuativa del t.u. sulla riservatezza n. 196/2003 era diversificata per il lavoro pubblico[200]. Tali peculiarità paiono anzi destinate ad accrescersi, soprattutto con riguardo alla gestione dei dati sulla salute[201], nello scenario che si sta

[199] Per un caso in cui al datore pubblico è stato inibito che fossero liberamente visualizzabili *on line* alcuni provvedimenti amministrativi riguardanti la richiesta di riconoscimento dell'infermità da causa di servizio, recanti informazioni personali anche sensibili tra cui valutazioni mediche, vedi il provvedimento del Garante della *privacy* 25 giugno 2009 n. 1640102. Da ultimo, nel senso che anche la generica dicitura «assente per malattia» costituisca dato sensibile, non pubblicabile nell'albo pretorio di un comune, vedi Cass. 8 agosto 2013 n. 18980, in *De agostini professionale on line*.

[200] Cfr. il provvedimento del Garante della *privacy* 14 giugno 2007, recante linee guida in materia di trattamento di dati personali dei lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico, in *Gazz. uff.* 13 luglio 2007 n. 161. Importanza rivestono anche i provvedimenti d'attuazione di tale disciplina da parte delle singole amministrazioni. In ogni caso, le prassi amministrative devono essere coerenti rispetto ai principi di indispensabilità, pertinenza e non eccedenza del trattamento rispetto ai compiti che incombono sul soggetto pubblico in qualità di datore. In materia di archiviazione e trasmissione dei dati sanitari, vanno tenuti presenti ulteriori provvedimenti generali del Garante, in particolare le linee guida in tema di referti *on-line*, del 19 novembre 2009, *Gazz. uff.* 11 dicembre 2009 n. 288 e le linee guida in tema di fascicolo sanitario elettronico e di dossier sanitario, del 16 luglio 2009, in *Gazz. uff.* 3 agosto 2009 n. 178, nonché le recenti autorizzazioni generali: n. 2/2012 al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, n. 3/2012 al trattamento dei dati sensibili da parte degli organismi di tipo associativo e delle fondazioni, n. 4/2012 al trattamento dei dati sensibili da parte dei liberi professionisti, n. 8/2012 al trattamento dei dati genetici, n. 9/2012 al trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica, tutte in *Gazz. uff.* 4 gennaio 2013 n. 3. Seppur non aggiornati a quest'ultima normativa, vedi G. FINOCCHIARO, Privacy *e protezione dei dati personali: disciplina e strumenti operativi*, Zanichelli, Bologna, 2012, 120 ss.; e in prospettiva più strettamente lavoristica, BARRACO, SITZIA, *La tutela della* privacy *nei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2012.

[201] Nel futuro potrebbe infatti crearsi una qualche interferenza tra il ruolo che le autorità pubbliche hanno in qualità di datori di lavoro ed i sistemi tecnologici di personalizzazione della sanità pubblica (in termini tanto di cure quanto di medicina predittiva, prossimamente anche su base genetica: SCHMIDT, COHEN, *The new digital age: reshaping the future of people, nations and business*, Knopf Publishing Group, New York, 2013, 25 ss.) che sono in corso d'adozione per la generalità dei cittadini, a partire dal fascicolo socio-sanitario elettronico (vedi l'art. 12 del d.l. n. 179/2012, come ora modificato dal d.l. n. 69/2013), su cui cfr. PEIGNÉ, *Il fascicolo sanitario elettronico, verso una «trasparenza sanitaria» della persona*,

formando a seguito della sistematica adozione delle nuove tecnologie nell'organizzazione della sanità pubblica.

in *Riv. it. med. legale*, 2011, 1519 ss.; NIGER, *La sanità elettronica: il fascicolo sanitario elettronico e i referti* on-line, in www.astrid-online.it; GLIATTA, *Il trattamento dei dati sensibili e la responsabilità per la tenuta del fascicolo elettronico*, in FRANZONI (diretto da), *Le responsabilità nei servizi sanitari: responsabilità civile, responsabilità penale, diritto processuale, amministrativo e del lavoro, profili medico-legali e comparatistici, analisi economica*, Zanichelli, Bologna, 2011, 289 ss.; G. COMANDÉ, NOCCO, PEIGNÉ, *Il fascicolo sanitario elettronico: uno studio multidisciplinare*, in *Riv. it. med. legale*, 2012, 105 ss. Ci si può domandare, ad esempio, quali responsabilità prevenzionistiche potrà implicare (soprattutto per le regioni e/o le aziende sanitarie) la disponibilità d'informazioni sanitarie su quei cittadini che al contempo sono loro dipendenti. Per questi ultimi, in un qual modo, la figura del datore pubblico potrà tendere verso una qualche sovrapposizione con la figura dell'autorità amministrativo-sanitaria di volta in volta rilevante (la commissione per gli accertamenti di medicina del lavoro; il medico competente alla sorveglianza sanitaria; il medico di fiducia e lo specialista che redigono le certificazioni con diagnosi, prognosi e prescrizioni terapiche; il medico addetto alla visita fiscale; l'autorità responsabile del trattamento dei dati sanitari). In sintesi, saranno tutte da indagare le implicazioni delle possibili interferenze e convergenze tra fascicolo sanitario del cittadino e cartella sanitaria del lavoratore (o eventualmente aspirante tale). La trasmissione di dati aggregati è già oggi prevista ai sensi dell'art. 40 del d.lgs. n. 81/2008 (da ultimo vedi il decreto attuativo 6 agosto 2013 del Ministero della salute riguardante «Contenuti e modalità di trasmissione delle informazioni relative ai dati aggregati sanitari e di rischio dei lavoratori»). Sul rischio di una deriva tecnologica, anche per quanto riguarda il trattamento dei dati personali dei dipendenti pubblici, vedi BELLAVISTA, *Esiste la tutela della* privacy *nel rapporto di lavoro?*, in TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2010, 177 ss. Per un inquadramento di ampio respiro di queste problematiche, vedi RODOTÀ, *Il nuovo* habeas corpus*: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in RODOTÀ, TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in RODOTÀ, ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 192 ss.

CAPITOLO II

L'IDONEITÀ PSICOFISICA INIZIALE: CONDIZIONE DI SALUTE E COSTITUZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. L'abolizione dell'obbligo generale di certificazione medica preventiva. – 2. L'instaurazione del rapporto lavorativo. – 3. La valutazione d'idoneità durante il periodo di prova. – 4. Il collocamento obbligatorio dei disabili nelle amministrazioni.

1. *L'abolizione dell'obbligo generale di certificazione medica preventiva*

Analizzare i profili di specialità della disciplina del pubblico impiego per quanto riguarda l'idoneità psicofisica significa porre l'attenzione soprattutto sulle problematiche di salute sopravvenute in corso di rapporto. Merita comunque dare conto anche dei tratti di specialità dell'impiego pubblico concernenti la condizione psicofisica al momento della costituzione del rapporto lavorativo, che paiono poco indagati nella letteratura. Il perseguimento di un equilibrio tra valori costituzionali è assai delicato nelle fasi di selezione del personale e d'instaurazione del rapporto[1].

[1] Cfr. V. LUCIANI, *Il reclutamento del personale e l'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Utet, Torino, 2004, 508 ss.; PICCININI, *Il "principio del concorso" nel lavoro pubblico tra dimensione privatistica e valori costituzionali*, in AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*,

Quanto alla fase selettiva, la condizione psicofisica della persona incide non sui diritti e gli obblighi delle parti, ma sullo stesso venire ad esistenza del rapporto contrattuale. La sottoposizione al diritto pubblico indica una prevalenza di fondo dell'interesse dell'amministrazione, nel senso che la tutela delle persone disabili trova spazio soprattutto tramite la disciplina imperativa diseguale del collocamento mirato. Maggiore margine d'applicabilità delle regole antidiscriminatorie sull'handicap si rinviene all'esito della fase selettiva, quando le posizioni giuridiche soggettive divengono diritti attivabili tramite giurisdizione ordinaria.

Tali problematiche attengono alla generalità delle procedure per la copertura di vacanze d'organico, alle quali tutti i cittadini con i prescritti requisiti possono presentare domanda di partecipazione. Le peculiarità costituzionali dell'accesso al pubblico impiego s'intersecano con quelle scaturenti dalle questioni d'idoneità psicofisica al lavoro.

È noto come, tradizionalmente, l'accertamento e l'attestazione dell'idoneità psicofisica al servizio siano presupposti imprescindibili della costituzione del rapporto lavorativo con il datore pubblico. Come è stato messo in luce[2], l'evoluzione del diritto vivente relativo al momento d'instaurazione del rapporto di lavoro pubblico può ritenersi emblematica della difficoltà con cui la sensibilità giuridica rispetto all'handicap, come fattore di discriminazione, sia riuscita ad affermarsi nell'ordinamento italiano con decenni di ritardo rispetto ad altri fattori discriminatori.

Il t.u. sugli impiegati civili dello Stato di cui al r.d. n. 2960/1923[3] richiedeva il requisito della «sana e robusta costituzione». L'art. 2 comma 1 n. 4 del t.u. n. 3/1957, in maniera più mo-

---

Giappichelli, Torino, 2008, 1272 ss.; TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Cedam, Padova, 2008, 292 ss.; FIORILLO, *Il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro* cit., 1919 ss.; D'ONGHIA, *L'accesso al lavoro pubblico: procedure di reclutamento e costituzione del rapporto lavorativo*, in CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia,* Cacucci, Bari, 2010, 158 ss.

[2] TUCCI, *La discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici* cit., 6 ss.

[3] R.d. 30 dicembre 1923 n. 2960, «Disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati civili dell'Amministrazione dello Stato», in *Gazz. uff*. 21 gennaio 1924 n. 17.

derna ed accurata, elencava, tra i requisiti generali d'accesso, la «idoneità fisica all'impiego». L'interpretazione migliore della formulazione del 1957 doveva ritenersi quella riferita all'idoneità allo specifico impiego, ossia alle mansioni inerenti alla posizione lavorativa di volta in volta in questione[4]. Inoltre, tutte le formulazioni normative apparentemente più esigenti, contenute in diverse discipline speciali, dovevano coerentemente essere interpretate in tale maniera riduttiva.

In linea di continuità con il passato, però, era alquanto diffusa un'interpretazione estensiva del requisito psicofisico. Sicché un ventennio fa è intervenuta la legge quadro per l'integrazione delle persone handicappate n. 104/1992, prescrivendo che, ai fini dell'assunzione al lavoro pubblico e privato, non era più richiesta la certificazione di «sana e robusta costituzione». La resistenza delle prassi continuiste ha però indotto il legislatore a reintervenire, in occasione della legge sul diritto al lavoro dei disabili: facendo salvi

[4] LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro* cit., 164; analogamente, sul faticoso superamento della statura minima per l'accesso ai concorsi pubblici, vedi V. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Jovene, Napoli, 2002, 150. In giurisprudenza, vedi ad es. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 1992 n. 787, in *Foro amm.*, 1992, 1916 (m), secondo cui l'espressa disposizione del bando di un concorso a posti di pubblico impiego in forza della quale sono ammessi a partecipare anche le persone affette da invalidità, rende illegittima l'esclusione di un candidato invalido civile motivata con riferimento alla mancanza del requisito di sana e robusta costituzione fisica per lo stato di invalidità, dovendosi ritenere che il prescritto requisito sussista, pur in un soggetto invalido, ove le condizioni di salute e robustezza siano sufficienti per lo svolgimento dell'attività lavorativa inerente al posto per cui si concorre (nella specie, si è ritenuta illegittima l'esclusione fondata sulla circostanza della mera invalidità del candidato e in difetto di accertamenti volti ad appurare se il grado di invalidità impedisse o anche soltanto ostacolasse le prestazioni inerenti alla qualifica del posto messo a concorso). Analogamente, vedi Cons. giust. amm. Sic., sez. riun., 13 aprile 1992 n. 123, in *Giur. amm. sic.*, 1992, 686, secondo cui la sussistenza di un'invalidità del cinquanta percento, non fa venir meno di per sé il requisito della sana e robusta costituzione fisica, da accertarsi caso per caso in relazione alle mansioni che i vincitori di concorso sono chiamati a svolgere; nonché Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 1989 n. 467, in *Riv. personale ente locale*, 1990, 174, secondo cui l'idoneità fisica richiesta per l'ammissione all'impiego presso gli enti locali ha finalità ben diverse da quelle che si pretendono soddisfare nell'espletamento del servizio militare; pertanto, ai fini della permanenza del requisito di sana e robusta costituzione così come previsto dall'art. 221 t.u. n. 383/1934, è del tutto ininfluente il fatto che il dipendente sia stato congedato dal servizio militare per inidoneità fisica.

i requisiti d'idoneità specifica per singole funzioni, l'art. 16 comma 3 della l. n. 68/1999 ha disposto l'abrogazione espressa, pur non analitica, delle norme che richiedevano il predetto requisito della «sana e robusta costituzione fisica» nei bandi di concorso per il pubblico impiego[5].

Seppure non siano mancati strascichi dell'impostazione legislativa tradizionale (soprattutto nella giurisprudenza amministrativa[6], forse anche a causa di una qualche interferenza ermeneutica dovuta alle permanenti speciali disposizioni di taluni settori, come le forze di polizia[7]), la lettura costituzionalmente orientata è riuscita gradualmente ad affermarsi, anche grazie alle formulazioni collettive diffusesi a partire dalla prima tornata contrattuale successiva alla privatizzazione[8].

---

[5] Cfr. OCCHINO, *Art. 16*, in G. SANTORO PASSARELLI, LAMBERTUCCI (a cura di), *Norme per il diritto al lavoro dei disabili* cit., 1457.

[6] Cfr. ad es. Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2003 n. 6845, in *Dir. giust.*, 2003, fasc. 41, 83, con nota di MINNITI, che ha stabilito che, laddove il bando di concorso comunale richieda il requisito della sana e robusta costituzione fisica, va annullata l'assunzione di persona che, in base alla domanda di partecipazione (e in mancanza di ogni altro accertamento in ordine alla possibile idoneità alle mansioni da espletare), non risulti in possesso di tale requisito.

[7] Tar Lazio, sez. I, 3 ottobre 1998 n. 2775, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 3901, secondo cui è ammissibile il sindacato del giudice amministrativo sui giudizi delle commissioni mediche nel caso in cui emerga una incompleta o non corretta assunzione dei fatti, che nel campo degli accertamenti tecnico-sanitari ricomprende anche quegli accertamenti radiologici, istologici e quanti altri la scienza medica, in un certo momento del suo sviluppo, richiede per diagnosticare una malattia o uno stato morboso (nella specie, si trattava di accertare se il partecipante ad un concorso di accesso al corpo di polizia penitenziaria fosse in possesso del requisito della sana e robusta costituzione e degli altri requisiti fisici previsti dall'art. 122 d.lgs. 30 ottobre 1992 n. 443).

[8] Può peraltro rilevarsi che, anche negli ambiti del lavoro pubblico che continuano a soggiacere alla disciplina pubblicistica della valutazione dell'idoneità psicofisica nell'accesso all'impiego, s'è consolidata la tendenza della giurisprudenza, soprattutto costituzionale, ad interpretare in maniera garantista il bilanciamento tra interesse pubblico ed interesse del singolo aspirante. Ad esempio, la giurisprudenza costituzionale tende a diffidare da rigide presunzioni legali *in malam partem*: cfr. Corte cost. 19 giugno 1998 n. 212, in *Foro it.*, 1998, I, 3476, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 4, punto 1, lett. *d*, e punto 5, del d.l. n. 325/1987, convertito in l. n. 402/1987, nella parte in cui non consente all'amministrazione di ammettere ad altro corso successivo gli agenti di polizia ausiliari che siano stati assenti per più di quaranta giorni per infermità contratta durante il corso ed abbiano nel frattempo recuperato l'idoneità psicofisica. Analogamente, con riguardo

Più di recente il legislatore ha anzi ritenuto utile prevenire interpretazioni che, basandosi sulla disciplina antidiscriminatoria di matrice europea, finissero per essere eccessivamente restrittive (in senso opposto, cioè) rispetto agli accertamenti sanitari a fini lavorativi. Con l'art. 8 *sexies* del d.l. n. 59/2008[9], è stato modificato l'art. 3 comma 4 del d.lgs. n. 216/2003[10], facendo salve le disposizioni che prevedono «accertamenti di idoneità al lavoro nel rispetto» dei due commi precedenti dello stesso articolo. Per quel che qui rileva, è stata così ribadita la facoltà del datore, nel rispetto dei princìpi di «proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima», di dar corso agli accertamenti sui requisiti psicofisici che siano essenziali e determinanti per la natura o il contesto dell'attività lavorativa. Tali accertamenti non costituiscono discriminazione per ragione di handicap, né di età (più in generale, merita rilevare che la formulazione del comma 4 è genericamente riferita agli accertamenti di «idoneità al lavoro»: non solo quelli sanitari[11]).

Da ultimo, sono intervenute importanti novità.

Con il d.l. n. 69/2013[12], viene effettuato un deciso passo verso l'uniformazione alla disciplina del settore privato per quanto riguarda il vaglio dell'idoneità psicofisica del dipendente al momento della costituzione del rapporto lavorativo. L'art. 42 di tale provvedimento, infatti, abroga, tramite espresso richiamo, una serie di disposizioni concernenti l'obbligo di certificati attestanti l'idoneità psicofisica al lavoro. Per quel che qui interessa[13], rileva soprattutto

---

ai commissari di polizia, Corte cost. 3 giugno 1998 n. 195, *ivi*, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 57, lett. *d*, della l. 1° aprile 1981 n. 121.

[9] Articolo inserito dalla l. di conversione n. 101/2008.

[10] Sull'antecedente formulazione, ancor più problematica, vedi CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 581.

[11] Seppur non possano certo ritenersi superati con tale comma i delicati interrogativi tradizionalmente discussi intorno all'art. 8 St. lav. con riguardo ad altri fattori di discriminazione (religione, convinzioni personali, ecc.), vanno ora tenute presenti le non irrilevanti indicazioni stabilite dalla sopravvenuta disciplina antidiscriminatoria: essenzialità del requisito, finalità legittima dell'accertamento, ecc. (cfr. anche il comma 5 del richiamato art. 3 del d.lgs. n. 216/2003). Sul rilievo delle opinioni personali in ambito lavorativo, vedi per tutti LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele* cit., 110 ss.

[12] Decreto convertito con l. n. 98/2013.

[13] L'art. 42 del d.l. n. 69/2013 abroga un'ulteriore eterogenea gamma di cer-

il comma 1 lett. *d*, che elimina, a quanto consta, tutte le disposizioni concernenti certificati «di idoneità fisica per l'assunzione nel pubblico impiego».

Viene così meno, in primo luogo, la sopra citata disposizione di cui all'art. 2 comma 1 del testo unico del 1957, nonché l'art. 11 comma 2 lett. *c* del d.p.r. n. 686/1957 d'esecuzione del testo unico medesimo[14], la quale imponeva a pena di decadenza la presentazione del certificato medico attestante l'idoneità fisica al «servizio continuativo ed incondizionato nell'impiego al quale si riferisce il concorso».

In secondo luogo, il nuovissimo decreto-legge dichiara abrogato l'art. 2 comma 1 n. 3 del regolamento sui concorsi pubblici di cui al d.p.r. n. 487/1994[15], che, nell'elencare i requisiti generali per accedere agli impieghi civili delle pubbliche amministrazioni, menziona l'idoneità fisica all'impiego. In relazione a quest'ultimo punto, invero, come si dirà emerge qualche incertezza sull'esatta portata dell'abrogazione, dato che la disposizione pare interpretabile non necessariamente nel senso che imponga un obbligo di certificati attestanti l'idoneità psico-fisica al lavoro.

Il d.l. n. 69/2013 abroga, in terzo luogo, l'art. 1 comma 1 lett. *b* del d.p.r. n. 483/1997[16], che richiedeva l'accertamento dell'idoneità fisica per tutti i dirigenti neoassunti dal servizio sanitario nazionale qualora non fossero già dipendenti pubblici, nonché l'art. 2 comma

---

tificazioni mediche: in materia di apprendistato e di lavoro minorile, di lavoro domestico, di servizio civile volontario; per la nomina a giudice di pace e giudice onorario aggregato; per idoneità alle funzioni di ufficiale esattoriale; di sana costituzione fisica per i farmacisti; per i maestri di sci; per la vendita di generi di monopolio; in materia di iscrizione alle scuole, nonché ai convitti per professioni sanitarie, ecc.

[14] D.p.r. 3 maggio 1957 n. 686, «Norme di esecuzione del testo unico delle disposizioni sullo statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3», in *Gazz. uff.* 12 agosto 1957 n. 200 s.o.

[15] D.p.r. 9 maggio 1994 n. 487, «Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi», in *Gazz. uff*. 9 agosto 1994 n. 185 s.o.

[16] D.p.r. 10 dicembre 1997 n. 483, «Regolamento recante la disciplina concorsuale per il personale dirigenziale del Servizio sanitario nazionale», in *Gazz. uff*. 17 gennaio 1998 n. 13 s.o.

1 lett. *b* del d.p.r. n. 220/2001[17], che esigeva analoga certificazione medica per il personale non dirigenziale del servizio sanitario.

Il lungo e minuzioso elenco di norme riguardanti certificazioni mediche ai fini lavorativi le quali vengono abrogate[18] indica la volontà del legislatore d'eliminare tutte quelle non inerenti a settori o mansioni sottoposti a sorveglianza sanitaria in base al t.u. n. 81/2008[19], che invece vengono fatte salve in apertura dell'art. 42 del d.l. n. 69/2013[20]. È da ritenere che, qualora sussista qualche altra disposizione di legge contemplante un indistinto obbligo di certificazioni o visite mediche per l'accesso al pubblico impiego, essa comunque non sia più applicabile al lavoro pubblico privatizzato.

È stato dunque necessario attendere un'espressa parola del legislatore, a seguito di un ventennale percorso di privatizzazione, per giungere al risultato ermeneutico che, dissentendo dagli orientamenti ufficiali[21], taluna dottrina[22] aveva ritenuto di poter desumere già dalla citata formulazione della l. n. 104/1992. Eliminando

[17] D.p.r. 27 marzo 2001 n. 220, «Regolamento recante disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del Servizio sanitario nazionale», in *Gazz. uff*. 12 giugno 2001 n. 134 s.o.

[18] Viene abrogata, tra altre, anche la disposizione del regolamento del personale della Corte dei conti approvato con r.d. n. 1364/1933, che richiedeva d'allegare alla domanda di partecipazione ai concorsi per impieghi presso la Corte un certificato comprovante che il candidato è di «sana e robusta costituzione ed esente da difetti ed imperfezioni che possano influire sul rendimento del servizio»: art. 3 comma 2 lett. *f* del r.d. 12 ottobre 1933 n. 1364, recante «Approvazione del regolamento per la carriera e la disciplina del personale della Corte dei conti», in *Gazz. uff*. 31 ottobre 1933 n. 253.

[19] Si segnala che l'art. 42 comma 3 del d.l. n. 69/2013 stabilisce che «Per i lavoratori che rientrano nell'ambito della disciplina di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e successive modificazioni, non trovano applicazione le disposizioni concernenti l'obbligo della seguente certificazione attestante l'idoneità psicofisica relativa all'esecuzione di operazioni relative all'impiego di gas tossici, di cui all'articolo 27, primo comma, numero 4°» del regolamento di cui al r.d. 9 gennaio 1927 n. 147.

[20] Debbono parimenti ritenersi salvi gli obblighi speciali di visita medica preassuntiva la cui violazione può anzi mettere in discussione la stessa validità del contratto di lavoro: ad es. nel settore dei trasporti, al cui proposito si rinvia a MENGHINI, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, in SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1996, 295 ss.

[21] Cfr. la circolare n. 90543/7/488 del 26 Giugno 1992 del Ministero della funzione pubblica, nonché ad es. la circolare n. 02859/ag-27-16 del 25 giugno 1992 del Ministero dell'interno.

[22] LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro* cit., 166-168.

le certificazioni di sana e robusta costituzione, infatti, tale legge avrebbe potuto essere intesa già allora come abrogativa in generale delle certificazioni mediche per l'accesso all'impiego pubblico.

Negli anni recenti, comunque, una tale prospettiva *de iure condendo* era stata prefigurata anche in sedi ufficiali.

L'art. 42 del d.l. n. 69/2013 sostanzialmente attua l'assetto proposto con il documento conclusivo datato 9 febbraio 2006 del gruppo ministeriale di lavoro per la «semplificazione delle procedure relativamente alle autorizzazioni, certificazioni ed idoneità sanitarie», d'intesa con la Conferenza delle regioni e delle province autonome[23]. Già in tale sede era stata suggerita l'eliminazione di una ventina di tipi di certificazioni sanitarie contemplate nella più svariata legislazione, poiché basate su convinzioni scientifiche superate oppure su esigenze sociali o amministrative non più attuali. Tra le certificazioni di cui era stata ivi proposta l'eliminazione, vi erano proprio quelle necessarie all'instaurazione di rapporti di lavoro pubblico ora abrogate.

In attuazione di tale presa di posizione ufficiale della Conferenza delle regioni, era già intervenuto l'art. 37 comma 1 del d.l. n. 112/2008, che delegava le pertinenti abrogazioni ad un decreto ministeriale, tuttavia non emanato. Alcune regioni[24], comunque, avevano prontamente recepito nella rispettiva legislazione l'indicazione della Conferenza; altre[25], la avevano anticipata già all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del titolo V della Costituzione, ottenendo l'avallo della Consulta[26]. Diverse ammini-

[23] Gruppo di lavoro costituito con decreto 13 ottobre 2004 del Ministro della salute.

[24] Vedi ad es. l'art. 50 della l. regionale Toscana n. 40/2009.

[25] Cfr. ad es. l'art. 2 della l. regionale Lombardia n. 12/2003, cui ha fatto seguito l'art. 2 della l. regionale Lombardia n. 8/2007. Tale disciplina è ora contenuta nel t.u. delle leggi regionali in materia di sanità, di cui alla l. regionale Lombardia n. 33/2009.

[26] Cfr. Corte cost. 1 giugno 2004 n. 162, in *Regioni*, 2004, 1194; per un quadro aggiornato della giurisprudenza costituzionale, vedi CORVAJA, *La competenza concorrente tra Stato e Regioni*, in *Regioni*, 2011, 289 ss., e, da ultimo, con riguardo agli aspetti organizzativi ROMANO, *Il rapporto tra legge statale e legge regionale in tema di flessibilità nella sanità*, in LIGUORI, A. ZOPPOLI (a cura di), *La sanità flessibile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 85 ss.

strazioni, anche statali[27], avevano preso atto che gli apparati sanitari pubblici di plurime regioni non rilasciavano più certificazioni mediche d'idoneità alla mansione finalizzate all'accesso all'impiego pubblico. Talune regioni, invece, erano rimaste inerti in materia.

L'art. 42 del d.l. n. 69/2013 uniforma l'assetto giuridico sul territorio nazionale, superando le problematicità verificatesi nelle regioni più solerti, ove permaneva la necessità di rilasciare questi certificati qualora destinati ad essere esibiti in una regione che invece non li aveva ancora eliminati[28]. Sono parimenti superate le incertezze relative alle prassi degli enti pubblici nazionali con sedi in più regioni. Vengono così eliminati anche i dubbi emergenti dal contrasto tra norme regionali abolitrici e vecchia legislazione statale riguardante ambiti di problematica ripartizione tra competenza normativa statale e regionale, come appunto gli aspetti sanitari del lavoro pubblico[29], soprattutto quello regionale[30].

Il nuovo decreto-legge non sembra violare alcuna competenza regionale, se non altro[31] poiché non vieta alle regioni di stabilire

---

[27] Cfr. la circolare del Ministero dell'istruzione 13 ottobre 2006 prot. n. 1540.

[28] La normativa di talune regioni aveva comunque avuto l'accuratezza di precisare che l'abolizione dei certificati medici di idoneità fisica per l'assunzione nel pubblico impiego «non riguarda le amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali di cui all'art. 117, comma secondo lett. g) della Costituzione»: così ad esempio l'art. 2 comma 2 lett. *c* del regolamento 23 dicembre 2008 n. 2 della Emilia-Romagna, il cui art. 5 precisa inoltre che «I certificati di cui al presente Regolamento sono rilasciati solo ai soggetti tenuti alla loro presentazione in altre regioni».

[29] Sulla problematica ripartizione delle competenze normative in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche vedi, all'indomani della riforma costituzionale, L. ZOPPOLI, *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i «pezzi» di un difficile puzzle?*, in *Lav. pubb. amm.*, 2002, suppl. al n. 1, 150 ss.; nonché vedi SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale: esperienze, modelli e tecniche* cit., 151 ss. e 172 ss.

[30] TROJSI, *Il regime giuridico dell'impiego pubblico regionale: evoluzione normativa e assetto attuale*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore* cit., 105 ss.; L. ZOPPOLI, *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle Regioni e riforma costituzionale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche* cit., 55 ss.

[31] La lettura centralista dell'art. 117 Cost. fatta propria dalla Consulta lascia poco spazio alla competenza legislativa delle regioni, anche in materia di salute e

norme che richiedano certificazioni sanitarie al loro personale, ma semplicemente abroga le previgenti norme statali che le richiedevano. Lo Stato inoltre ha rispettato il principio di leale collaborazione, anzi attuando per legge le risultanze di un'intesa istituzionale raggiunta in sede di Conferenza delle regioni.

Questo recentissimo intervento del legislatore appalesa che, a differenza di quanto s'illustrerà circa il rilievo dell'idoneità psicofisica in costanza di rapporto, per quel che concerne l'idoneità iniziale le esigenze di contenimento della spesa pubblica hanno portato ad una riduzione, anzi ad una eliminazione, dei controlli sanitari.

Seppur ridotta, la peculiarità dell'impiego pubblico non è stata eliminata; né pare potesse esserlo, stante la necessità di garantire il rispetto dei principi stabiliti dagli artt. 97 e 98 Cost. Questi principi costituzionali sono anzi presidiati tutt'ora dall'applicazione del diritto pubblico alla fase di selezione del personale. A proposito di tale fase, ci si può limitare a rilevare che resta fuori di dubbio la possibilità d'indagini d'idoneità psicofisica finalizzate all'efficacia della scelta tra i candidati[32], nei limiti però in cui il diritto pubblico

---

sicurezza nel rapporto lavorativo. Cfr. da ultimo DENTICI, *Tutela e sicurezza del lavoro tra centro e periferia: la sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Riv. giur. lav*., 2013, I, 187 ss.; sull'impianto Stato-centrico del t.u. del 2008, vedi TULLINI, *Legge e legislazione lavoristica*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro* cit., 465-468. Tale lettura è stata inaugurata dalla ben nota Corte cost. 28 gennaio 2005 n. 50, in *Foro it*., 2006, I, 365. Per quanto riguarda il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni regionali, la Consulta ha posto l'accento soprattutto sui vincoli nazionali di finanza e di contingentamento del *turn over*: vedi Corte cost. 17 maggio 2007 n. 169, in *Giur. cost.*, 2007, 1602, con nota di BRANCASI. Da ultimo, vedi Corte cost. 7 giugno 2013 n. 130, sul sito *web* della Consulta, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 comma 3 della l. regionale Piemonte 29 aprile 2011 n. 7.

[32] Non ci si riferisce in questa sede ai test attitudinali, ormai ampiamente diffusi in parecchi concorsi pubblici, proprio a scopo d'efficienza ed efficacia della selezione. La diversificata gamma di filtri approntabili tramite i test (della personalità, delle capacità logiche o verbali o geometrico-spaziali, ecc.) preclude una considerazione unitaria. Nondimeno tutte queste modalità selettive sollevano delicati interrogativi, prontamente individuati dalla dottrina: vedi *in primis* BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995, 206. Oltre alle problematiche inerenti ai limiti del potere datoriale (tanto più qualora delle autorità pubbliche) d'intrusione nella sfera individuale, possono infatti porsi dubbi in merito agli effetti complessivi sul modello sociale, dato che così si crea una spinta all'uniformità ed all'uniformazione perfino delle personalità dei cittadini. Il discorso diviene preoccupante qualora ci si riferisca alle potenzialità discriminatorie

conceda spazio ad una tale esigenza. Risulterà infatti antieconomica e sproporzionata l'applicazione d'accertamenti sanitari "a tappeto", salvo sussistano particolari ragioni connesse alle mansioni da ricoprire o al tipo di selezione (es. un corso-concorso al quale è ragionevole ammettere soltanto candidati con asseverati requisiti preliminari). Né, dopo il menzionato art. 42 del d.l. n. 69/2013, le amministrazioni possono autodeterminarsi a pretendere che ciascun candidato esibisca proprie certificazioni, salvo motivate esigenze del caso.

2. *L'instaurazione del rapporto lavorativo*

Quanto alle fasi successive a quella selettiva, la disposizione sopravvenuta con il d.l. n. 69/2013 solleva plurimi interrogativi.

Ci si deve domandare innanzitutto se il dirigente competente alla sottoscrizione dei contratti d'assunzione abbia la facoltà, nell'interesse pubblico a che le posizioni lavorative bandite siano coperte con persone idonee, di rifiutarsi di stipulare il contratto qualora si trovi di fronte ad un vincitore di concorso la cui condizione psicofisica appaia incompatibile con le future mansioni. In qualche caso, una tale incompatibilità potrebbe anche essere palese.

Dopo l'approvazione della graduatoria concorsuale, il contratto di lavoro non sorge automaticamente, ma deve essere stipulato. Sussistendone i presupposti, può semmai parlarsi di «diritto all'assunzione», come indica l'art. 63 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001[33], sottoposto alla giurisdizione ordinaria[34].

---

scaturenti dal recente affinamento tecnico dei test genetici: in proposito si rinvia a TROJSI, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 50 ss., nonché da ultimo della stessa A., *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2013.

[33] L'art. 63 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che le pronunce giurisdizionali con le quali il giudice «riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro». La prescrizione parrebbe pleonastica, dato che il giudice non trova in generale ostacolo nel pronunciare sentenze costitutive nei confronti della p.a.: vedi ad es. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. IX, t. II, Giappichelli, Torino, 1998, 168-169. Essa è tuttavia opportuna, in

Si può ritenere che il rapporto giuridico instauratosi tra amministrazione e vincitore sia una sorta di contratto preliminare unilaterale, avente ad oggetto la conclusione di un contratto individuale di lavoro[35] il cui contenuto essenziale è stabilito *per relationem* nel bando di concorso per mezzo dell'identificazione della posizione da ricoprire, a sua volta descritta nelle declaratorie collettive[36]. Qualora il lavoratore non possieda i requisiti psicofisici richiesti per la posizione lavorativa bandita (sempre che siano effettivamente necessari e non siano discriminatori[37]), il diritto all'assunzione

---

quanto evita che il risalente opposto orientamento possa trovare spazio in materia di pubblico impiego privatizzato: così BORGHESI, *La giurisdizione nel pubblico impiego privatizzato*, Cedam, Padova, 2002, 38.

[34] Cass. 6 luglio 2006 n. 15342, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1773; Cass., sez. un., 11 giugno 2001 n. 7859, in *Foro it.*, 2002, I, 2964. Tale conclusione era stata fatta propria dalla dottrina maggioritaria già all'indomani della seconda fase della privatizzazione, es. GIUGLIANO, *Art. 68*, in CORPACI, RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, commentario, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1451; FLORENZA, TERRACIANO, VOLPE, *La riforma del pubblico impiego*, Il sole 24 ore, Milano, 1999, 157; AMARANTO, *Problemi di giurisdizione relativi alle procedure concorsuali e alla successiva costituzione del rapporto*, in *Comuni d'Italia*, 2001, 1543; NOVIELLO, SORDI, APICELLA, TENORE, *Le controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso dopo il testo unico sul pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2001, 41-42.

[35] L'ammissibilità teorica che un obbligo a contrarre abbia ad oggetto la stipulazione di un contratto di lavoro è pacifica da tempo, vedi MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro* cit., 261; GHERA, *Collocamento e autonoma privata*, Jovene, Napoli, 1970, 129.

[36] Vedi ad es. Trib. Rossano 15 giugno 2009, in *Corti calabresi*, 2009, 673; Trib. Taranto 11 luglio 2002, in *Lav. pubb. amm.*, 2002, 777. Una ricostruzione sostanzialmente in questi termini era stata proposta da ZAPPALÀ, *Le trasformazioni del lavoro pubblico nel prisma delle politiche di reclutamento. Il caso del «diritto all'assunzione»*, in *Lav. pubb. amm.*, 2000, 295. Pur nella diversità delle specifiche ricostruzioni, già nel dibattito successivo al passaggio del pubblico impiego alla giurisdizione ordinaria era prevalsa l'idea che fosse configurabile un diritto soggettivo all'assunzione: Trib. Modena 2 agosto 2000, in *Lav. pubb. amm.*, 2000, 1122, con nota di TAMPIERI, *Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo sulle controversie in materia di concorsi*; Trib. Napoli 10 febbraio 2001, in *Orient. giur. lav.*, 2001, 203. In dottrina, IARIA, *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, in *Lav. pubb. amm.*, 1999, 288; RUSCIANO, *Pubblico impiego e giudice ordinario: la costituzione "*iussu iudicis*" del rapporto di lavoro*, nota a ord. Trib. Napoli 24 marzo 1999, in *Dir. merc. lav.*, 2000, 131.

[37] Vedi ad es. il caso deciso da Cass. 12 gennaio 2012 n. 234, in *Lav. giur.*,

non sussiste, in quanto l'oggetto della prestazione lavorativa è impossibile.

Va riconosciuto che la soluzione pratica più saggia potrebbe sovente risultare quella d'assumere il vincitore, pur portatore di una minorazione, qualora impiegabile in qualche posizione lavorativa disponibile, a maggior ragione qualora sia computabile nelle quote stabilite dalla l. n. 68/1999. Nondimeno non sembra possa escludersi una tutela dell'interesse pubblico al buon funzionamento amministrativo, atta ad evitare che la selezione finalizzata al reclutamento dia un esito contrario al proprio scopo.

La facoltà delle amministrazioni di sottoporre i vincitori di concorso a visita medica, non di rado indicata nei bandi concorsuali, non sembra essere venuta meno con l'art. 42 del d.l. n. 69/2013.

È vero che tra le disposizioni elencate ai fini dell'abrogazione da quest'ultimo articolo è incluso l'art. 2 comma 1 n. 3 del regolamento sui concorsi pubblici di cui al d.p.r. n. 487/1994 («idoneità fisica all'impiego. L'amministrazione ha facoltà di sottoporre a visita medica di controllo i vincitori di concorso, in base alla normativa vigente»[38]), la cui abrogazione potrebbe far pensare ad una volontà legislativa di far venire meno la facoltà per le amministrazioni di far controllare l'idoneità psicofisica dei dipendenti. Nondimeno, una tale interpretazione è da rigettare: l'idoneità psicofisica come requisito per accedere al lavoro pubblico non può essere stata eliminata e, quindi, deve potere essere verificata ove necessario. Sul piano letterale inoltre va rilevato che l'art. 42 comma 1 del d.l. n. 69/2013 è formulato nel senso che sono abrogate soltanto «le di-

2012, 361, con nota di MANNACIO, *Requisiti fisici e diritto all'assunzione*, nel quale la S.C. ha confermato la correttezza dell'applicazione del principio già stabilito con precedente cassazione con rinvio (Cass. 13 novembre 2007 n. 23562), secondo cui il requisito di una statura minima stabilito da un regolamento del Ministero dei trasporti è indirettamente discriminatorio qualora indifferenziato tra uomini e donne, e comunque è applicabile solo per le mansioni che effettivamente richiedono una statura maggiore.

[38] Dal tenore della disposizione si era condivisibilmente dedotto che non sussistesse un generalizzato obbligo di preliminare accertamento medico, consentendo piuttosto alle amministrazioni una scelta in proposito: FIORILLO, *Il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni* cit., 1926, in nota 31. Detta formulazione, però, induceva in pratica le amministrazioni a richiedere una formale attestazione della condizione psicofisica.

sposizioni concernenti l'obbligo dei seguenti certificati attestanti l'idoneità psico-fisica» al lavoro.

Più che di un'abrogazione di disposizioni, dunque, trattasi di abolizione di norme: quelle contenenti, anche solo per implicito, un indistinto obbligo generale di esibire in via preventiva certificazioni mediche per l'accesso al lavoro pubblico.

Seppure l'ammissibilità degli accertamenti medici preassuntivi risulti riconosciuta nel t.u. n. 81/2008 solo con riguardo agli ambiti sottoposti a sorveglianza sanitaria[39], pare difficile sostenere che, al di fuori di tali ambiti, per effetto dell'ultimissimo decreto-legge

[39] Il divieto di visite mediche preassuntive originariamente contenuto nell'art. 42 comma 2 del t.u. n. 81/2008 è stato abrogato dal d.lgs. correttivo n. 106/2009, sicché ora sono consentite per mansioni sottoposte a sorveglianza sanitaria: MALIZIA, *Orientamenti giurisprudenziali sul potere/dovere di controllo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1087; PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. pubb. amm.*, 2009, 609, il quale si esprime in senso contrario a ravvisare un'abrogazione implicita del divieto di cui all'art. 5 comma 3 St. lav. Sulla speciale disciplina riguardante le alcol-dipendenze, vedi l'art. 15 della l. n. 125/2001 ed il provvedimento della Conferenza permanente Stato-regioni 16 marzo 2006 n. 2540; per le tossicodipendenze, vedi l'art. 125 del d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 e l'accordo 18 settembre 2008 n. 178, ai sensi dell'art. 8 comma 2 dell'Intesa in materia di accertamento di assenza di tossicodipendenza, perfezionata nella seduta della Conferenza unificata del 30 ottobre 2007.

Discorso particolare è quello riguardante la patologia da hiv. Infatti Corte cost. 2 giugno 1994 n. 218, in *Foro it.*, 1995, I, 46, ha dichiarato incostituzionale l'art. 5 della l. n. 135/1990 nella parte in cui vietava in maniera assoluta accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da hiv in relazione all'accesso o al mantenimento del posto di lavoro. Secondo la Corte, il diritto alla riservatezza, quand'anche riguardante dati della massima sensibilità, non può che essere contemperato con le esigenze di prevenzione dei rischi, sempreché effettivi, per la salute di altre persone. Deve, però, essere sottolineato che tale dichiarazione d'illegittimità costituzionale è circoscritta all'espletamento di attività che comportino rischi per la salute di terzi. Risulta problematico il contemperamento di ciò con la sopravvenuta ammissibilità delle visite pre-assuntive, ossia quando l'accertamento sanitario è strumentale non solo all'adibizione ad una specifica attività sottoposta a sorveglianza sanitaria, ma anche all'assunzione. Continuare a negare completamente la possibilità di test preassuntivi sull'hiv implica che l'assunzione finalizzata ad una mansione che presupponga tali test porti poi, in caso di risultanza medica positiva, ad un licenziamento, previo ripescaggio. Orbene, seppur poco coerente rispetto all'attuale formulazione dell'art. 42 del t.u. n. 81/2008, tale soluzione pare quella più in linea con il carattere restrittivo della predetta dichiarazione d'incostituzionalità. Assai importante, inoltre, è la corretta delimitazione del novero delle mansioni che presuppongono un tale accertamento sanitario.

le amministrazioni siano oggi tenute ad assumere il vincitore di concorso inidoneo per poterlo far visitare[40]. Nell'art. 41 del t.u. del 2008 anzi si rinviene una disposizione che pare lasciare ampio margine alla decisione dell'amministrazione di dar corso a visite mediche preventive, che possono essere svolte «in fase preassuntiva, su scelta del datore di lavoro, dal medico competente o dai dipartimenti di prevenzione» delle aziende sanitarie.

Permane dunque in capo al datore pubblico la facoltà di ottenere un accertamento medico sul grado d'idoneità psicofisica del vincitore del concorso. Tale accertamento sarà effettuato tramite il servizio medico interno competente oppure tramite i servizi pubblici, deputati anche ai sensi dell'art. 5 comma 3 St. lav.

La decisione datoriale sulla possibilità di dar corso all'assunzione dovrà basarsi sulla situazione psicofisica attuale, dovendo restare estranei eventuali giudizi prognostici sulla possibile evoluzione della condizione di salute dell'interessato: già nel vigore dell'antecedente disciplina pubblicistica si era precisata in giurisprudenza l'ultroneità di una tale ponderazione previsionale di convenienze da parte dell'amministrazione[41] e non paiono esservi oggi ragioni per dipartirsi da tale orientamento garantista. Poiché il legislatore pare voler avvicinare il lavoro pubblico a quello privato per la tematica in discorso, merita segnalare che nella giurisprudenza di legittimità è stato ammesso il rifiuto d'assumere il vincitore di un concorso privato che era fisicamente inidoneo a(nche sol-

[40] In materia di requisiti d'accesso al lavoro pubblico, l'art. 5 comma 3 St. lav. in dottrina è richiamato, ad esempio, da BUSICO, TENORE, *La disciplina giuridica dei concorsi nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2006, 73. Nell'assenza di precedenti specifici, la giurisdizione ordinaria *ex* art. 63 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 è argomentabile da Tar Lazio, sez. I, 30 maggio 2012 n. 4888, in *Foro it.*, 2012, III, 395, secondo cui è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, con conseguente devoluzione al giudice ordinario, il ricorso finalizzato al riconoscimento del diritto al reclutamento del candidato a pubblico concorso risultato vincitore, ma al quale l'amministrazione neghi l'assunzione per mancanza del necessario requisito delle qualità morali e di condotta, nonché Tar Campania, sede Salerno, sez. I, 24 aprile 2012 n. 766, *ivi*, secondo cui parimenti è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, con devoluzione al giudice ordinario, il ricorso finalizzato ad ottenere il risarcimento del danno da ritardata assunzione a seguito di un concorso già concluso.

[41] Così ad es. Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 1996 n. 197, in *Giust. civ.*, 1996, I, 3057.

tanto ad alcune de)lle mansioni per le quali era stata attivata la selezione[42].

Per il caso che l'amministrazione, anche tramite i sanitari competenti, richieda pertinenti informazioni sulla condizione psicofisica di salute, merita segnalare che l'art. 55 *quater* del d.lgs. n. 165/2001, introdotto con la riforma del 2009, impone la sanzione del licenziamento disciplinare senza preavviso nel caso, tra gli altri, di «falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto» lavorativo ovvero di progressioni di carriera.

Come è stato ricordato[43], non sono costituzionalmente ammissibili automatismi sanzionatori in materia disciplinare; sicché il titolare del potere disciplinare dovrà dare conto, in termini di proporzionalità, di tale esito sanzionatorio, a cui non può ritenersi giuridicamente vincolato[44]. Salvo casi particolari, comunque, le falsità documentali che siano state influenti rispetto all'instaurazione del rapporto potranno difficilmente lasciare spazio ad una sanzione conservativa.

3. *La valutazione d'idoneità durante il periodo di prova*

Qualora, invece, l'inidoneità psicofisica del vincitore di concorso (o comunque del prescelto tramite le modalità di legge) emerga dopo la stipulazione del contratto di lavoro, la questione si pone nel corso del periodo di prova di un dipendente già assunto.

---

[42] Cass. 28 agosto 2003 n. 12637, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 276, con nota di DENTICI, *Parziale inidoneità fisica del lavoratore e mancata assunzione nonostante il superamento del concorso*. Sui concorsi privati vedi ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, 11 ss.

[43] MAINARDI, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito* cit., 2719; DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, Milano, 2010, 399.

[44] Vedi anche BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 411, e SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 485.

L'inidoneità può ad esempio emergere al momento della concreta assegnazione delle mansioni.

Per comprendere l'assetto risultante a seguito dell'art. 42 del d.l. n. 69/2013, è necessario tenere conto di quanto ha previsto il regolamento n. 171/2011, d'attuazione dell'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001 in materia di risoluzione del rapporto di lavoro in caso d'inidoneità psicofisica dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche dello Stato e degli enti pubblici nazionali[45].

Ebbene, l'art. 3 di questo regolamento stabilisce che il dipendente e l'amministrazione possono chiedere l'avvio e, rispettivamente, avviare anche d'ufficio la procedura d'accertamento medico-legale d'idoneità psicofisica alle mansioni «in qualsiasi momento successivo al superamento del periodo di prova». Da ciò parrebbe doversi dedurre che, salvo che nelle ipotesi di sottoposizione a sorveglianza sanitaria, l'inidoneità psicofisica che intervenga (o, più probabilmente, emerga) prima del superamento del periodo di prova non viene accertata dall'apposito organo medico, bensì dovrebbe essere ponderata dal dirigente al quale il neoassunto è stato assegnato.

Nel pubblico impiego, un iniziale periodo di prova è indefettibile. L'art. 70 comma 13 del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che le amministrazioni sono tutt'ora tenute ad applicare la disciplina prevista dal già citato regolamento generale in materia d'accesso, emanato con d.p.r. n. 487/1994, «per le parti non incompatibili con quanto previsto» dagli artt. 35 e 36 dello stesso d.lgs. n. 165/2001 e «salvo che la materia venga regolata, in coerenza con i princìpi ivi previsti, nell'àmbito dei rispettivi ordinamenti».

Seppur abbia una formula che tradisce la non piena assimilazione dei principi insiti nell'allora recentissima privatizzazione del pubblico impiego[46], l'art. 17 comma 1 del regolamento del 1994 disciplina le formalità per l'assunzione, dando per scontato lo svolgimento di un periodo di prova. A differenza che nel settore privato, la clausola di prova non è quindi solo eventuale, pure qualora

[45] Su cui vedi *infra*, cap. IV, § 4.

[46] ALES, *Il periodo di prova nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: parziale specialità della disciplina legale e specificità della disciplina contrattuale collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 378.

sia stato superato un periodo di prova in un precedente rapporto di lavoro pubblico[47] (diverso è il discorso qualora invece si tratti di presa di servizio a seguito di procedura di mobilità[48]). Si deve anzi ritenere che, quand'anche manchi l'espressa apposizione del periodo di prova nel contratto individuale, si verifichi un'automatica inserzione della clausola in quanto imposta dalla legge[49]. Pure con riguardo al lavoro pubblico la giurisprudenza ha affermato la legittimità del patto di prova il cui contenuto sia determinato tramite rinvio alla contrattazione collettiva: ciò vale per quanto concerne non solo la durata ma anche l'oggetto dell'esperimento, cioè le mansioni, valendo a tal fine le declaratorie collettive d'inquadramento[50].

Orbene, la soluzione stabilita dall'art. 42 del d.l. n. 69/2013 pare condivisibile, se la si intende nel senso che il vaglio d'idoneità

---

[47] Cass. 2 ottobre 2008 n. 24409, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 2260, con nota di LODI, *P.a.: reiterazione del periodo di prova*, sentenza che ha confermato la decisione di merito che aveva escluso la nullità dell'apposizione del patto di prova in ragione della pertinente previsione del Ccnl del comparto sanità del 1° settembre 1995. Conforme Trib. Modena 28 settembre 2005 cit.

[48] Secondo Cass., sez. un., 12 dicembre 2006 n. 26420, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 369, con nota di SORDI, *La qualificazione giuridica della mobilità volontaria tra amministrazioni pubbliche*, la mobilità volontaria nel pubblico impiego integra una modificazione soggettiva del rapporto di lavoro, con il consenso di tutte le parti, cioè una cessione del medesimo contratto, per cui deve ritenersi illegittima la pretesa di un nuovo patto di prova nell'amministrazione di destinazione, ove la prova sia stata già superata presso l'amministrazione di provenienza.

[49] Cass. 2 agosto 2010 n. 17970, in *Lav. giur.*, 2010, 1207, con nota di MANNACIO, *Patto di prova e rapporto di lavoro privatizzato*. In senso conforme, Cass. 13 agosto 2008 n. 21586, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 377, secondo la quale il recesso del datore pubblico nel corso del periodo di prova ha natura discrezionale e dispensa dall'onere di provarne la giustificazione, a differenza del recesso assoggettato al regime della l. n. 604/1966, fermo restando che l'esercizio del potere di recesso deve essere coerente con la causa del patto di prova, che consiste nel consentire alle parti del rapporto di lavoro di verificarne la reciproca convenienza, con onere probatorio a carico del lavoratore in caso di contestazione.

[50] Trib. Piacenza 8 novembre 2006, in *Lav. pubb. amm.*, 2007, 171, con nota di S. PALLADINI, *Il periodo di prova nel rapporto di lavoro pubblico: indicazione delle mansioni, verifica delle capacità professionali e recesso*; Trib. Piacenza 11 maggio 2005, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 1763, con nota di NAVILLI, *Il periodo di prova nel pubblico impiego privatizzato e l'obbligo di indicare per iscritto le mansioni da espletare*; Trib. Brescia 5 giugno 2001, in *Lav. pubb. amm.*, 2001, 872, con nota di MENEGATTI, *Sull'obbligo della pubblica amministrazione di indicare le mansioni e di motivare il recesso nel patto di prova*.

psicofisica del neoassunto sia (non eliminato ma) demandato ad un preliminare esperimento concreto in sede di svolgimento del rapporto lavorativo. Come peraltro già segnalato, un maggiore rilievo dell'effettività dell'idoneità psicofisica al lavoro e della sua ponderazione con concreto riferimento alla posizione lavorativa emerge da plurimi punti di vista nella legislazione recente.

Non condivisibile è l'idea che tale esperimento, invece di essere preliminare rispetto ad un eventuale accertamento medico, possa essere assorbente rispetto ad esso.

L'esclusione, deducibile dall'art. 3 del predetto regolamento n. 171/2011, delle garanzie sostanziali offerte dalla necessità di un accertamento medico pare disarmonica rispetto alla delicatezza che contraddistingue le situazioni soggettive in discorso, anche durante il periodo di prova. Ciò induce ad augurarsi che le amministrazioni pubbliche non statali né nazionali, quindi non sottoposte a tale regolamento attuativo[51], non ripropongano questa formulazione nella normazione che adottano. Per le amministrazioni statali e degli enti di livello nazionale, invece, il regolamento è vincolante; sicché il punto merita una riflessione.

La questione peraltro è resa più sensibile dal fatto che la contrattazione collettiva del pubblico impiego ha introdotto l'obbligo di una durata minima della prova[52] e, soprattutto, di motivare per iscritto il recesso che intervenga durante la stessa[53]. Qualche deci-

[51] L'intero impiego pubblico privatizzato è comunque sottoposto alle generali regole in materia di sopravvenuta inidoneità psicofisica permanente stabilite dall'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 69 del d.lgs. n. 150/2009. Cfr. anche l'art. 74 comma 1 del d.lgs. n. 150/2009, che elenca detto art. 69 tra le disposizioni che «rientrano nella potestà legislativa esclusiva esercitata dallo Stato, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma» della Costituzione; in argomento si rinvia a G. RICCI, *L'applicazione della riforma Brunetta nel sistema delle autonomie locali. Un primo bilancio*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 510 ss.

[52] La contrattazione di comparto stabilisce una durata minima pari alla metà del periodo di prova previsto. Seppure sia prefigurata nell'art. 2096 c.c., la contrattazione del settore privato di solito non contempla una tale clausola. Cfr. NUNIN, *La clausola di prova*, in CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento* cit., 357 ss.; in precedenza VARESI, *Prova (patto di)*, in *Digesto comm.*, vol. XI, Utet, Torino, 1995, 423 ss.

[53] Per un quadro degli orientamenti interpretativi sul pubblico impiego si rinvia a D. SERRA, *Il periodo di prova nel pubblico impiego: l'obbligo di motivazione del recesso*, in *Lav. giur.*, 2011, 675.

sione amministrativa[54] inoltre richiede che il licenziamento in prova sia preceduto da comunicazione d'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/1990.

Pare necessario ritenere che l'amministrazione non possa motivare il recesso in prova limitandosi a richiamare un'asserita inidoneità psicofisica alle mansioni oggetto della prova[55].

Quando si tratti di lavoratore assunto come disabile ciò è vietato espressamente, dovendo anzi la prova svolgersi su mansioni coerenti rispetto alla disabilità: come stabilisce l'art. 10 comma 2 della l. n. 68/1999, il datore «non può chiedere al disabile una prestazione non compatibile con le sue minorazioni».

Quando pure si tratti di lavoratore selezionato non tramite gli speciali canali destinati ai disabili, ma attraverso i meccanismi concorsuali ordinari, l'emersione di una menomazione o una patologia[56] interferente con lo svolgimento delle mansioni sembrerebbe parimenti richiedere un accertamento medico, che attesti quali mansioni siano consentite dalla condizione psicofisica del lavoratore. Per rispetto del predetto tenore letterale dell'art. 3 del regolamento n. 171/2011, tale accertamento medico dovrà ritenersi effettuato in base ad altra fonte normativa, e cioè in base agli obblighi datoriali di sorveglianza sanitaria o comunque ai più generali ob-

[54] Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2011 n. 5976, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2011, 3432 (m), decisione di matrice pan-pubblicistica (richiamata criticamente da VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione* cit., 55) secondo la quale, atteso che l'ampia discrezionalità che caratterizza la valutazione del periodo di prova implica una necessaria rilevanza dell'apporto collaborativo del destinatario, deve essergli consentita un'efficace tutela delle proprie ragioni con la produzione di elementi di conoscenza utili ai fini dell'adozione di un atto che incide profondamente sulla sua sfera giuridica.

[55] In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2000 n. 5411, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2206.

[56] Come conferma la Corte di Lussemburgo, la malattia non dà di per sé diritto alle tutele che la legislazione antidiscriminatoria stabilisce per l'handicap; nondimeno, deve ritenersi un handicap la «infermità comportante incapacità lavorativa» che implichi anche una significativa difficoltà di inserimento professionale, di durata anche solo indefinita ma prevedibilmente lunga: cfr. Corte giust. Ue 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11 cit., e Corte giust. Ce 11 luglio 2006 C-13/05 cit.

blighi di cautela[57] che in materia di igiene e sicurezza incombono sul datore[58].

La facoltà di far controllare l'idoneità fisica del lavoratore da parte dei competenti servizi sanitari pubblici appartiene alle amministrazioni, in ogni caso, in base al terzo comma dell'art. 5 St. lav.

Anche senza giungere a riconoscere valenza di principio generale al precetto stabilito dall'art. 11 comma 2 della l. n. 68/1999, secondo cui sono ammesse deroghe convenzionali alla disciplina legale «purché l'esito negativo della prova, qualora sia riferibile alla menomazione da cui è affetto il soggetto, non costituisca motivo di risoluzione del rapporto di lavoro»[59], pare preferibile ritenere del

[57] Pur dando atto che il t.u. del 2008 ha avvalorato la tendenza espansiva degli obblighi di sorveglianza sanitaria in precedenza riconosciuta, ad es., da FANTINI, *Il medico competente e la sorveglianza sanitaria*, in RUSCIANO, NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Utet, Torino, 2007, 337, per quanto riguarda la scelta tra accertamento del medico competente o dell'organismo sanitario pubblico merita di essere segnalato, nella rara giurisprudenza sulle sanzioni penali *ex* art. 38 St. lav. relative ad indebiti accertamenti sanitari, il rigoroso orientamento di Cass. pen., sez. III, 9 dicembre 2004-21 gennaio 2005 n. 1728, in *Riv. pen.*, 2005, 853, secondo cui il reato ha natura formale ossia si perfeziona con la condotta del datore che acquisisce accertamenti sanitari sull'infermità del dipendente attraverso medici di sua personale fiducia, anziché per mezzo di medici del servizio pubblico, non assumendo rilievo la modalità concreta con cui il datore acquisisce l'accertamento; perciò il reato sussiste anche se il referto venga consegnato al datore tramite il lavoratore stesso, che abbia consentito alla visita "privata".

[58] In materia di sicurezza, il t.u. n. 81/2008 esprime un'apposita definizione di datore pubblico finalizzata a ridurre le incertezze e, dunque, accrescere la responsabilizzazione in chiave preventiva. Secondo l'art. 2 comma 1 lett. *b*, per datore pubblico s'intende «il dirigente al quale spettano i poteri di gestione», oppure «il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale» che sia «individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa». Nel caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore coincide con l'organo di vertice medesimo; vedi BOLEGO, *Artt. 18-19*, in ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, vol. I di MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro* cit., 182; ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008, 178 ss.; BRUNO, *Il datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in PERSIANI, LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2012, 160; *amplius* PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici* cit., 571 ss.

[59] Propende comunque nel senso di non ritenere questo precetto d'applica-

tutto residuale l'ipotesi che il vincitore di un concorso pubblico possa essere licenziato per mancato superamento del periodo di prova causato da inidoneità psicofisica allo svolgimento di mansioni precluse appunto da uno stato di handicap: qualora all'interno dell'amministrazione siano disponibili mansioni compatibili con detto handicap, la prova si deve svolgere su tali mansioni.

Escludere che la condizione di salute del lavoratore influisca sull'esito del periodo di prova è un'idea che già appartiene alla giurisprudenza per quanto riguarda l'inidoneità psicofisica temporanea, cioè la malattia. Quest'ultima infatti sospende il periodo di prova[60] prolungandone la durata (anche oltre il semestre, purché entro il limite di sei mesi di lavoro effettivo[61]). Si tratta di tenere ferma quest'idea con riguardo alle condizioni psicofisiche durature.

Sicché, quand'anche sia ancora in corso il periodo di prova, prima d'intimare il licenziamento pare doverosa l'effettuazione in favore del dipendente di una ricognizione delle posizioni lavorative compatibili che risultino disponibili, nel rispetto degli ordinari canoni che vedono il licenziamento come *extrema ratio*[62]. Su una siffatta posizione lavorativa potrà essere esperito il periodo di prova (merita chiarire che il cennato obbligo contrattual-collettivo di motivare il recesso durante il periodo di prova agevola il dipendente nel fornire la prova che il licenziamento sia stato eventualmente determinato da motivi discriminatori o illeciti, ma non implica che per il recesso sia necessaria la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo[63]).

---

zione limitata al contesto delle convenzioni di cui all'art. 11 bensì a tutta la casistica disciplinata dalla l. n. 68/1999, D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei)* cit., 777.

[60] Es. Cass. 5 novembre 2007 n. 23061, in *Foro it. on line*, relativa ad un lavoratore del comparto sanità.

[61] Più precisamente, lo sforamento dei «sei mesi dall'inizio del rapporto di lavoro» stabiliti dall'art. 10 della l. n. 604/1966 si ritiene consentito alla contrattazione collettiva: es. Trib. Milano 3 maggio 2005, in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, 590; nel passato vedi BONARDI, *Durata massima legale del periodo di prova e sospensione per malattia del lavoratore: l'orientamento della Corte di cassazione*, nota a Cass. 3 febbraio 1996 n. 925, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 179.

[62] Vedi *infra* il cap. IV, § 1.

[63] Trib. Modena 28 settembre 2005, in *Lav. pubb. amm.*, 2007, 260, con nota di MARSANO, *Il periodo di prova nel pubblico impiego privatizzato: obbligo per la p.a. di motivare il recesso e legittimità della motivazione* per relationem; in precedenza Pret. Venezia 15 maggio 1999, in *Lav. pubb. amm.*, 2000, 632, con

È vero che questa impostazione ermeneutica comporta che il datore pubblico rischia così di vedere modificate le proprie priorità nella copertura delle posizioni lavorative disponibili. Bandendo una posizione, può finire per dover coprirne una diversa per la quale non aveva avviato alcuna selezione (aprendosi peraltro l'ulteriore questione del grado di doverosità nello scorrimento della graduatoria per coprire i posti banditi nel numero prestabilito). Nondimeno, tale lettura sembra quella più coerente con i principi di civiltà giuridica in base ai quali il licenziamento per inidoneità psicofisica è ammesso solo come ipotesi ultima.

Nel settore privato ciò vale con effettività solo dopo il superamento del periodo di prova; così è, però, solo perché il datore privato non è tenuto a offrire motivazione del recesso in prova, e non perché gli sia consentito motivarlo con richiamo all'inidoneità senza effettuare *repêchage*. Dal fatto che il datore pubblico seleziona per concorso ed è tenuto a motivare il mancato superamento della prova, sembra discendere che, perlomeno nel pubblico impiego, il neoassunto psicofisicamente inidoneo abbia diritto alle diverse mansioni coerenti con la sua condizione che siano disponibili, anche durante il periodo di prova.

A tal fine, nel caso sorgano contestazioni il lavoratore più avveduto potrà invocare anche l'art. 41 comma 1 lett. *b* del t.u. n. 81/2008, in base al quale la sorveglianza sanitaria è effettuata dal medico competente «qualora il lavoratore ne faccia richiesta e la stessa sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi lavorativi»; il comma 2 dello stesso articolo precisa che la sorveglianza sanitaria comprende la «visita medica preventiva intesa a constatare l'assenza di controindicazioni al lavoro cui il lavoratore è destinato al fine di valutare la sua idoneità alla mansione specifica». In sostanza, se il lavoratore richiede la visita, questa non può essergli negata, instaurandosi così un contradditorio basato su evidenze mediche[64].

---

nota di SALOMONE, *Sull'obbligo della pubblica amministrazione di motivare il recesso durante il periodo di prova.*

[64] Il comma 9 del medesimo art. 41 del t.u. n. 81/2008 stabilisce che avverso i giudizi del medico competente, «ivi compresi quelli formulati in fase preassuntiva, è ammesso ricorso, entro trenta giorni dalla data di comunicazione del giudi-

Questa pare l'unica soluzione coerente con la prospettiva fatta propria dal legislatore con l'art. 3 comma 3 *bis* del d.lgs. n. 216/2003, introdotto come detto dalla l. n. 99/2013 in conseguenza della recente condanna europea[65]. In tale pronuncia, la Corte di Lussemburgo ha sottolineato l'importanza che tutti i datori adottino «accomodamenti ragionevoli» a vantaggio dei disabili, in conformità alla Convenzione Onu del 2006 sui diritti delle persone con disabilità. L'art. 2 di tale Convenzione offre un'espressa nozione di ragionevolezza in proposito: come già evidenziato, per «accomodamento ragionevole» s'intendono le modifiche e gli adattamenti «necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari» per garantire alle persone con disabilità l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali.

Né, per quanto riguarda i concorsi pubblici, si può replicare che sia il lavoratore stesso a dover ponderare la propria partecipazione. Non sembra ammissibile che l'assetto normativo dell'accesso all'impiego pubblico presupponga e pretenda un tale auto-contenimento, peraltro basato su una autovalutazione prognostica del tutto soggettiva e mutevole.

In ogni caso, è il legislatore stesso che incoraggia la più ampia partecipazione delle persone disabili a tutti i concorsi banditi da qualunque amministrazione. In questo senso è infatti l'art. 16 della l. n. 68/1999, che anzi stabilisce che a tal fine i bandi di concorso debbono prevedere speciali modalità di svolgimento delle prove di esame per consentire ai soggetti suddetti di «concorrere in effettive condizioni di parità» con gli altri aspiranti. In maniera più puntuale già disponeva l'art. 20 della l. n. 104/1992, affermando che la persona handicappata sostiene «le prove d'esame nei concorsi pubblici e per l'abilitazione alle professioni» con l'uso degli «ausili necessari e nei tempi aggiuntivi eventualmente necessari in relazione allo

zio medesimo, all'organo di vigilanza territorialmente competente», presso le Asl. Quest'ultimo dispone, dopo eventuali ulteriori accertamenti, la conferma, la modifica o la revoca del giudizio stesso, rispetto al quale potrà esservi ricorso giurisdizionale. Sulla prevalenza del giudizio dell'organo medico pubblico, vedi già Corte cost. 21 novembre 1997 n. 354, in *Foro it*., 1998, I, 13.

[65] Corte giust. Ue 4 luglio 2013 C-312/2011, Commissione europea c. Repubblica italiana, cit., su cui vedi *supra* cap. I, § 3.

specifico handicap»; in base al medesimo articolo il candidato precisa, nella domanda di partecipazione al concorso o all'esame per l'abilitazione, l'ausilio necessario in relazione al proprio handicap, nonché l'eventuale necessità di tempi aggiuntivi.

Sono, piuttosto, le amministrazioni a dover riservare maggiore attenzione alla formulazione dei bandi e, soprattutto, alla maniera in cui sono disposte le prove concorsuali, le quali dovrebbero mirare a selezionare persone idonee al lavoro che sarà loro richiesto.

Ciò, beninteso, non potrà comunque significare porre ostacoli alla vittoria dei concorsi pubblici da parte di disabili: è illegittimo e discriminatorio lo scopo di scongiurare l'eventualità che al datore venga richiesta una collaborazione o un adeguamento comunque imposti dalla legge (*in primis*, l'eliminazione delle barriere architettoniche[66]). Potrà semmai significare mirare a comporre una graduatoria concorsuale ordinata secondo punteggi calcolati sulle abilità utili nelle future mansioni. Questa del resto non può che essere la funzione del concorso pubblico.

4. *Il collocamento obbligatorio dei disabili nelle amministrazioni*

Si è appena visto che, per quanto riguarda le forme ordinarie d'accesso al lavoro pubblico, i tratti di specialità legale inerenti al presupposto dell'idoneità psicofisica sono stati ridotti, ma non eliminati, dal d.l. n. 69/2013. Anche per l'accesso al lavoro pubblico da parte delle persone disabili in quanto tali permangono plurime regole speciali, connesse soprattutto all'imparzialità necessaria alla fase d'accesso al lavoro pubblico ed alle sue peculiarità organizzative, nonché alla maggiore dimensione che tendenzialmente le amministrazioni pubbliche hanno.

Come noto, la l. n. 68/1999 sul collocamento mirato dei disabili è applicabile anche al lavoro pubblico[67]. Quanto alla platea dei

[66] Sugli obblighi datoriali di eliminare le barriere architettoniche dai luoghi di lavoro, vedi l'art. 63 del t.u. n. 81/2008.

[67] Per un quadro sull'applicazione di questa legge ai datori pubblici, vedi CANAVESI, *Il collocamento dei disabili nelle pubbliche amministrazioni. Il quadro normativo e gli orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. lav. Marche*, 2007, 247 ss.,

soggetti beneficiari, sussistono modesti margini differenziali, soprattutto in conseguenza delle residue divergenze d'età pensionabile tra lavoro pubblico e privato[68].

A differenza che per i datori privati, abilitati ad effettuare compensazioni su scala nazionale, l'art. 5 comma 8 *ter* della l. n. 68/1999, comma aggiunto dalla lettera *b* del comma 1 dell'art. 9 del d.l. n. 138/2011, stabilisce che i datori di lavoro pubblici possono essere autorizzati, su loro motivata richiesta, ad assumere in una unità produttiva un numero di lavoratori aventi diritto al collocamento obbligatorio superiore a quello prescritto, portando le eccedenze a compenso del minor numero di lavoratori assunti in altre unità produttive della medesima regione[69]. Alquanto controversa è l'applicabilità al collocamento obbligatorio dei disabili dei ricorrenti blocchi delle assunzioni[70].

---

e DI STASI, *Il collocamento dei disabili nella pubblica amministrazione: gli aspetti problematici ed il ruolo del legislatore*, *ivi*, 272 ss. Per un quadro sulla legge, più di recente, vedi LAMBERTUCCI, *La disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro* cit., 484 ss.

[68] In particolare, poiché, in base all'art. 1 comma 1 del regolamento d'attuazione emanato con d.p.r. 10 ottobre 2000 n. 333, per l'iscrizione negli elenchi del collocamento obbligatorio è necessario non aver superato l'età pensionabile, deve ritenersi che l'accesso all'impiego pubblico da parte dei disabili sia limitato al tetto massimo dei 65 anni che il Dipartimento della Funzione pubblica ritiene non abrogato dalla riforma previdenziale del 2011 (vedi *infra* nel cap. V, § 2).

[69] Vedi il parere del Dipartimento della Funzione pubblica n. 15653 del 3 aprile 2013. Su questa differenza normativa rispetto ai datori privati si segnala che nel *Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità in attuazione della legislazione nazionale e internazionale*, presentato nella primavera 2013 ai sensi dell'art. 5 comma 3 della l. n. 18/2009, è indicata l'opportunità di verificare lo stato di attuazione dell'art. 9 del d.l. n. 138/2011 «per riscontrare se vi siano penalizzazioni nell'occupazione di persone con disabilità nel mezzogiorno e rischio di ricostruire ghetti lavorativi. In caso di impatto negativo si propone di sopprimere la norma» (p. 15). Il rischio che alcune discipline, introdotte soprattutto nell'ultimo decennio, creino imprese o sedi di segregazione dei lavoratori disabili è stato segnalato da più parti in dottrina: vedi ad es. AVIO, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline* cit.; più in generale nel medesimo volume di BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale* cit., vedi anche BALLESTRERO, *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, 10 ss.; DE SIMONE, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, 44 ss.; NOVELLA, *Efficienza economica e discipline dei lavoratori svantaggiati*, 135 ss.

[70] Il Dipartimento della Funzione pubblica si è espresso nel senso della non

Sui criteri di computo[71] il legislatore è intervenuto recentemente, modificando l'art. 4 comma 1 della legge del 1999, da ultimo con la lett. *a* del comma 27 dell'art. 4 della l. n. 92/2012, come emendata dall'art. 46 *bis* comma 1 lett. *l* del d.l. n. 83/2012[72] (l'applicabilità della riforma del lavoro dell'estate 2012 è discussa, com'è noto, ma pare in via d'affermazione in giurisprudenza[73]).

L'ufficio pubblico responsabile dell'invio del prospetto periodico[74] è quello competente per la gestione del personale[75]. L'art. 15

applicabilità con il parere n. 6343 del 14 febbraio 2012; ma poi si è pronunciato in senso opposto con parere n. 23580 del 22 maggio 2013 in risposta ad un quesito dell'Inps a seguito dell'incorporazione dell'Inpdap, argomentando anche dall'art. 3 comma 5 della l. n. 68/1999, che sospende gli obblighi di avere categorie protette fra i dipendenti per le imprese che attivano la cassa integrazione.

[71] Merita segnalare che per il lavoro pubblico è applicato un particolare computo per il caso di mobilità esterna: nel caso di trasferimento verso altro ruolo pubblico, il disabile entra nella quota d'obbligo dell'amministrazione destinataria solo quando essa abbia una scopertura di tale quota, restando frattanto eccezionalmente computato nella quota dell'amministrazione di provenienza: vedi il parere del Dipartimento della Funzione pubblica n. 21063 del 25 maggio 2012.

[72] Decreto convertito con l. n. 134/2012. Su questo aspetto, cfr. RIVELLINI, *Collocamento disabili: esclusioni dalla base di computo*, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 721 ss.; MASSI, *Assunzione di personale disabile: computo ed esonero parziale*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 2309 ss. Si tenga presente che la l. n. 92/2012 ha apportato modifiche anche in altri articoli della legge del 1999, alcune delle quali già ritoccate: es. l'estensione del computo degli occupati a tempo determinato, che incrementava gli obblighi datoriali e che è stata rimodificata con una «fulminea» modifica legislativa, su cui vedi LA MACCHIA, *Il collocamento (quasi) obbligatorio* cit., 706 ss., a cui si rinvia per un quadro analitico aggiornato (da ultimo vedi comunque l'art. 9 comma 5 del d.l. n. 179/2012).

[73] Sull'applicabilità della novella sui licenziamenti contenuta nella l. n. 92/2012 al pubblico impiego, vedi *infra* il cap. IV, § 7. Per quanto riguarda l'applicabilità al lavoro pubblico delle parti di detta legge ulteriori rispetto alla riscrittura dell'art. 18 St. lav., il dibattito è meno acceso, prevalendo comunque l'opinione affermativa. Per quanto concerne i rinnovati criteri della base di computo ai fini del collocamento dei disabili, il Dipartimento della Funzione pubblica si è espresso nel senso che siano uguali tra lavoro pubblico e privato: vedi il parere n. 12110 dell'11 marzo 2013. Anzi, proprio argomentando dall'implausibilità che le modifiche apportate, ad esempio, in materia di lavoro dei disabili (ma anche tempo parziale, parità di genere, ecc.) siano inapplicabili nel p.i., vi è chi argomenta l'estensione del nuovo art. 18 St. lav. a tale ambito: CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 176/2013 (rielaborazione di *L'art. 18 St. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *Lav. pubb. amm.*, 2012, 1019), 7.

[74] Si segnala che il Ministero del lavoro, di concerto con il Ministero per la

comma 3 della legge del 1999 precisa che le sanzioni previste per le inadempienze alla stessa legge si applicano ai responsabili «ai sensi» della l. n. 241/1990, da identificarsi nei responsabili del procedimento: non sempre, quindi, lavoratori con qualifica dirigenziale.

Ferme restando le conseguenze preclusive dell'eventuale accertamento sanitario preassuntivo[76], nell'impiego pubblico non si pongono le questioni derivanti dalla mancata assunzione degli avviati tramite collocamento obbligatorio[77], se non sotto la diversa veste della mancata considerazione di un titolo di riserva o preferenza in ambito concorsuale[78].

In maniera analoga al settore privato, invece, si pongono le notevoli problematicità scaturenti in caso di licenziamento del neoassunto disabile in prova[79], acuite dal fatto che, come visto, la contrattazione collettiva del pubblico impiego include clausole che estendono al licenziamento in prova l'obbligo di motivazione scritta[80].

---

pubblica amministrazione e l'innovazione, ha emanato il d.m. 2 novembre 2010, relativo alla comunicazione telematica del prospetto informativo dei disabili.

[75] In tal senso la circolare n. 2/2010 del Ministero del lavoro.

[76] Sulla possibilità di sottoporre ad accertamento sanitario preassuntivo, anche del medico competente, l'invalido avviato obbligatoriamente, vedi Cass. 2 dicembre 2005 n. 26238, in *Foro it*., 2006, I, 2845; già Corte cost. 21 novembre 1997 n. 354 cit.; sulla legittimità del rifiuto dell'assunzione in caso di esito negativo dell'accertamento medico, vedi Cass. 3 ottobre 2006 n. 21302, in *Foro it. on line*.

[77] Da ultimo, vedi ASSENNATO, *Quando il collocamento sbaglia mira: sulla risarcibilità del danno da mancata assunzione di soggetti obbligatoriamente avviati* (nota a Cass. civ. 16 maggio 2012 n. 7637 e Cass. 28 novembre 2011 n. 25048), in *Riv. giur. lav*., 2012, II, 488.

[78] Cass., sez. un., 28 maggio 2007 n. 12348, in *Giust. civ*., 2008, I, 756. Particolare contenzioso si concentra nel settore della scuola, per il quale si deve tenere conto di talune disposizioni speciali: si segnala da ultimo la l. di conversione n. 14/2012, che ha aggiunto un comma 2 *quater* nell'art. 14 del d.l. n. 216/2011, in base al quale i beneficiari dei diritti previsti dalla l. n. 68/1999 e dall'art. 6 comma 3 *bis* del d.l. n. 4/2006 possono fare valere il solo titolo di riserva nelle graduatorie provinciali ad esaurimento con cadenza annuale. In precedenza, vedi SURDI, *Assunzioni del personale disabile della scuola e graduatorie permanenti: quale tutela ai sensi della l. n. 68 del 1999,* in *Dir. lav. Marche*, 2007, 302 ss.

[79] Su cui, vedi D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei)* cit., 776.

[80] Per il settore privato resta comunque valido, seppur risalente all'assetto previgente, l'insegnamento delle Sezioni unite espresso da Cass., sez. un., 2 agosto 2002 n. 11633, in *Foro it*., 2002, I, 3000, secondo cui il recesso del datore da rapporto di lavoro in prova con invalido assunto d'obbligo non richiede la comu-

Per l'assunzione di lavoratori pubblici tramite le liste del collocamento obbligatorio, l'art. 28 del già ricordato regolamento n. 487/1994[81] ribadisce per l'assunzione dei disabili quanto stabilito per la generalità del pubblico impiego, ossia l'obbligatorietà dell'apposizione della clausola sul periodo di prova (comunque da considerarsi inserita in forza di legge[82]). Per quanto riguarda le posizioni lavorative assegnabili, seppur ad oggi non attuata, sussiste la regola, di cui all'art. 5 comma 1 della l. n. 68/1999, secondo la quale con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri dovrebbero essere individuate le mansioni che, in relazione all'attività svolta dai singoli enti ed amministrazioni pubbliche, non consentono l'occupazione di lavoratori disabili o la consentono in misura ridotta da definirsi[83].

Venendo poi alle modalità di accesso privilegiato dei disabili all'impiego pubblico, esse sono sostanzialmente tre: le quote di riserva e le preferenze nei concorsi; la chiamata numerica con assunzione previa verifica d'idoneità, eventualmente a seguito di selezione pubblica ai sensi dell'art. 16 della l. n. 56/1987[84]; la chiamata nominativa nell'ambito delle apposite convenzioni.

---

nicazione del motivo, ma può essere contestato dal lavoratore in sede giudiziale allegando fatti idonei a dimostrare l'illiceità del motivo stesso. Più di recente, ma comunque con riferimento a fatti sottoposti all'antecedente legge, Cass. 14 ottobre 2009 n. 21784, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, 232.

[81] Come detto il d.p.r. n. 487/1994 è dichiarato applicabile dall'art. 70 comma 13 del d.lgs. n. 165/2001, seppur con i limiti previsti in tale comma.

[82] Cass. 2 agosto 2010 n. 17970 cit.

[83] L'art. 16 fa inoltre salva la regola, di cui all'art. 3 comma 4, per la quale, per i servizi di polizia e della protezione civile, il collocamento dei disabili è previsto nei soli servizi amministrativi (da interpretarsi in senso restrittivo, secondo l'interpello n. 19/2013 del Ministero del lavoro; ma comunque comprendente servizi di trasporto per le emergenze ed urgenze 118, secondo l'interpello n. 20/2012). Per il personale non contrattualizzato sussistono comunque ulteriori regole nella legislazione speciale di settore: vedi in particolare il d.p.r. 25 ottobre 1981 n. 738, «Utilizzazione del personale delle forze di polizia invalido per causa di servizio», in *Gazz. uff.* 14 dicembre 1981 n. 342. Per un quadro delle novità che la legge del 1999 apportò con riguardo al novero dei datori coinvolti nel collocamento speciale delle persone disabili, vedi NOGLER, *Quote di riserva, soglie occupazionali e relativi criteri di computo*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 236 ss.

[84] L'art. 16 della l. n. 56/1987 viene richiamato dall'art. 23 del regolamento n. 487/1994, a sua volta richiamato dall'art. 70 comma 13 del d.lgs. n. 165/2001.

Per quanto riguarda la prima delle modalità appena elencate, le relative regole sono interamente peculiari dell'impiego pubblico, dato che il concorso è la modalità d'accesso prescritta anche per i normodotati dall'art. 97 comma terzo Cost. (che dal prossimo anno 2014 diventerà il comma quarto[85]). L'art. 7 comma 2 della l. n. 68/1999 dispone che le amministrazioni pubbliche possono stabilire una riserva di posti per i disabili nell'ambito dei concorsi, purché tale riserva sia nei limiti della quota d'obbligo e non superi il cinquanta percento dei posti messi a concorso[86]. Se sono dichiarati idonei non vincitori[87], nel limite dei posti riservati i candidati titolari della riserva sopravanzano quelli normodotati piazzatisi nelle posizioni che altrimenti sarebbero le ultime utili[88]. Possono beneficiarne coloro che, se non alla data del concorso, perlomeno alla data d'assunzione siano iscritti nella lista di cui all'art. 8 comma 2 della legge[89]. Questa dovrebbe essere la modalità generale ed ordinaria d'accesso[90].

La riserva di posti invece non può essere stabilita per le procedure selettive di progressione di carriera. La Corte costituzionale ha infatti stabilito che, nella ponderazione dei principi in gioco, quello del merito e quello solidaristico, la Costituzione «consente

---

[85] La l. costituzionale n. 1/2012 ha infatti preposto nell'art. 97 Cost. un comma, secondo cui «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

[86] L'art. 7 della stessa l. n. 68/1999 contiene inoltre un terzo comma specificamente rivolto alla Banca d'Italia, secondo il quale tale ente procede «alle assunzioni di cui alla presente legge mediante pubblica selezione, effettuata anche su base nazionale», comma che come è stato osservato si deve alla particolare natura di questo ente: PASSALACQUA, *Modalità di assunzioni obbligatorie e obblighi dei datori nel settore pubblico e nel settore privato*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 321.

[87] Coloro che hanno titolo alla riserva, ma si sono utilmente collocati per proprio merito non vengono computati: vedi già Cons. Stato, ad. plen., 1 luglio 1993 n. 7, in *Foro it*., 1994, III, 89.

[88] Cfr. l'art. 5 del regolamento sui concorsi contenuto nel d.p.r. 9 maggio 1994 n. 487.

[89] Cfr. l'interpello n. 50/2011 del Ministero del lavoro; il punto è comunque controverso in giurisprudenza. Vedi anche PERRINO, *I disabili e l'accesso al lavoro*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 281.

[90] Cfr. l'art. 7 comma 9 del regolamento d'attuazione emanato con d.p.r. 10 ottobre 2000 n. 333 cit.

la prevalenza del secondo sul primo per quanto attiene all'accesso al lavoro, ma non prevede altrettanto per la progressione in carriera dei disabili già occupati». Sicché, secondo la Consulta, la legge ordinaria che, oltre a favorire l'accesso dei disabili al lavoro, ne agevoli la carriera, produce una «irragionevole compressione» dei principi dell'eguaglianza e del merito, a danno dell'efficienza e del buon andamento della pubblica amministrazione[91]. È interessante segnalare che l'incostituzionalità della riserva per disabili nelle progressioni di carriera è stata dichiarata rispetto all'art. 38 Cost.[92], intendendone il comma 3 nel senso che precluda trattamenti di favore ulteriori rispetto a quelli relativi «all'educazione e all'avviamento professionale» qualora ciò comprima i valori di cui agli artt. 3 e 97 Cost. A supporto della propria conclusione, la Consulta si è richiamata a plurime fonti internazionali che per i disabili garantiscono condizioni di favore nell'accesso al lavoro ma non anche in altri aspetti[93]. È pur vero, comunque, che l'art. 5 della direttiva 2000/78/CE menziona, tra le possibili «soluzioni ragionevoli», l'obbligo datoriale di assumere i «provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili […anche] di avere una promozione».

Rispetto al settore privato, comunque, nell'impiego pubblico v'è una possibilità maggiore di aspirare a posizioni di carriera elevate. Il dipendente pubblico disabile mantiene infatti la possibilità

[91] Corte cost. 11 maggio 2006 n. 190, in *Mass. giur. lav*., 2006, 782, con nota di BOGHETICH, *Riparto di giurisdizione nelle procedure concorsuali dei dipendenti pubblici: i dirigenti scolastici*, riguardante nella specie il reclutamento dei dirigenti scolastici. A tale sentenza è allineata Corte cost., ord. 5 aprile 2007 n. 120, in *Giur. cost.*, 2007, 1166.

[92] In senso adesivo, CORBO, *Le riserve dei posti a favore dei disabili si applicano solo nel momento dell'accesso al lavoro e non anche in quello della progressione di carriera*, in *Lav. pubb. amm*., 2007, 244.

[93] Secondo la Consulta, nella stessa direzione «sono orientati i principali atti dell'organizzazione delle Nazioni unite (regole standard sulle pari opportunità dei disabili del 20 dicembre 1993, risoluzione n. 48 del 1996 dell'assemblea generale, regola n. 7) e dell'Unione europea (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, artt. 21 e 26), che dispongono il divieto di discriminazioni nell'accesso all'impiego». Alla luce della forza espressiva delle dichiarazioni, pur generiche, contenute nelle più recenti fonti internazionali, invero, tale approccio della Consulta potrebbe apparire datato; cfr. NAVILLI, *I lavoratori disabili e il collocamento mirato* cit., 279 ss.

di partecipare in maniera privilegiata alla porzione di progressioni di carriera che deve necessariamente avvenire tramite concorso pubblico. L'art. 52 comma 1 *ter* del d.lgs. n. 165/2001, introdotto dal comma 1 dell'art. 62 del d.lgs. n. 150/2009, stabilisce infatti che le progressioni fra diverse aree funzionali d'inquadramento «avvengono tramite concorso pubblico», ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti «comunque non superiore al 50 per cento di quelli» banditi. Ancora, l'art. 16 della l. n. 68/1999 non solo precisa che i disabili possono partecipare a tutti i concorsi per il pubblico impiego presso qualsiasi amministrazione pubblica, ma anche, unitamente all'art. 20 della l. n. 104/1992, che a tal fine i bandi di concorso debbono prevedere speciali modalità di svolgimento delle prove di esame per consentire ai soggetti suddetti di «concorrere in effettive condizioni di parità» con gli altri aspiranti. L'art. 16 prescrive, inoltre, che i disabili che abbiano conseguito l'idoneità nei concorsi pubblici possono essere assunti, ai fini dell'adempimento delle quote obbligatorie stabilite dall'art. 3 della stessa legge del 1999, anche se non versino in stato di disoccupazione e oltre il limite dei posti ad essi riservati nel concorso.

Tra le modalità d'accesso dei disabili al lavoro pubblico, si rinviene, in secondo luogo, la richiesta numerica di avviamento degli iscritti alle liste provinciali. In base all'art. 9 comma 5 del regolamento n. 333/2000 d'attuazione della legge del 1999[94], i criteri che concorrono alla formazione delle graduatorie, da compilarsi sulla base dei dati di fatto al 31 dicembre di ogni anno[95], sono il carico familiare, l'anzianità d'iscrizione e il grado di invalidità, come dettagliati nella tabella allegata al d.p.r. n. 487/1994[96], quale sostitui-

[94] D.p.r. 10 ottobre 2000 n. 333 cit.

[95] In risposta ad un quesito di un ente pubblico, l'interpello n. 23/2009 del Ministero del lavoro ha stabilito che, ai fini della determinazione del punteggio della graduatoria formulata ai sensi del d.p.r. n. 246/1997, debba tenersi conto della posizione del lavoratore ricoperta e «congelata» al 31 dicembre dell'anno precedente, e non al momento in cui il soggetto partecipa alla specifica occasione di lavoro.

[96] D.p.r. 9 maggio 1994 n. 487, «Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei

ta dal d.p.r. n. 246/1997[97]. Le regioni comunque possono individuare ulteriori elementi di valutazione, su proposta del comitato tecnico di cui al comma 2 del medesimo articolo.

Dato che l'art. 7 comma 2 della legge del 1999 richiama una serie di norme in parte superate (compreso l'abrogato d.lgs. n. 29/1993), è necessario fare riferimento al d.lgs. n. 165/2001. L'art. 35 comma 2 di quest'ultimo provvedimento regola la tematica in esame, stabilendo che le assunzioni obbligatorie, da parte delle amministrazioni pubbliche, aziende ed enti pubblici dei soggetti di cui alla l. n. 68/1999, «avvengono per chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della vigente normativa, previa verifica della compatibilità della invalidità con le mansioni da svolgere»[98]. Tale verifica non ha carattere di valutazione comparativa[99]: ciascun candidato viene valutato come idoneo o meno secondo l'ordine di lista, passandosi al successivo in caso di esito negativo per il precedente.

La richiesta numerica è la modalità utilizzata per le posizioni lavorative inquadrate al livello inferiore, quando è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo[100]. Quando invece per la coper-

concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi», in *Gazz. uff*. 9 agosto 1994 n. 185 s.o.

[97] D.p.r. 18 giugno 1997 n. 246, «Regolamento recante modificazioni al capo IV del d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487, in materia di assunzioni obbligatorie presso gli enti pubblici», in *Gazz. uff*. 30 luglio 1997 n. 176.

[98] Lo stesso comma 2 stabilisce anche che per il coniuge superstite e per i figli del personale delle Forze armate, delle Forze dell'ordine, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e del personale della Polizia municipale deceduto nell'espletamento del servizio, nonché delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata, tali assunzioni avvengono per chiamata diretta nominativa.

[99] Cfr. l'art. 32 comma 4 del regolamento per le assunzioni nel pubblico impiego contenuto nel d.p.r. n. 487/1994, secondo il quale le prove non comportano valutazione comparativa e sono preordinate ad accertare l'idoneità a svolgere le mansioni del profilo nel quale avviene l'assunzione (articolo richiamato dall'art. 70 comma 13 del d.lgs. n. 165/2001).

[100] Trattasi dell'adempimento dell'obbligo scolastico con conseguimento del diploma di istruzione secondaria di primo grado; il caso in cui sia sufficiente la licenza elementare, fatto salvo anche dall'art. 23 comma 2 del regolamento sull'assunzione dei dipendenti pubblici contenuto nel d.p.r. n. 487/1994, non può quasi più porsi nella pratica, poiché era riferito all'eventualità in cui tale licenza fosse stata conseguita prima della l. n. 1859/1962: S. PALLADINI, *Sistema di collocamento, assunzioni dei disabili e categorie protette*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche* cit., 520.

tura della posizione, pur bassa, sia richiesto qualche requisito o competenza ulteriore, si effettua una selezione comparativa, tra un numero di persone aspiranti multiplo rispetto ai posti da ricoprire, scelte secondo la graduatoria provinciale tra coloro che hanno un profilo compatibile con la richiesta numerica formulata dalla singola amministrazione.

Come modalità d'accesso dei disabili nell'impiego pubblico, in terzo luogo, possono essere utilizzate convenzioni *ex* art. 11 della l. n. 68/1999, anche in base ad un'espressa indicazione contenuta nell'art. 39 del d.lgs. n. 165/2001. Con tale modalità, applicata in particolare per i disabili psichici, è ammessa la chiamata nominativa[101] per una significativa quota di posti, da coprirsi con un iniziale tirocinio di durata non superiore a due anni. Per la chiamata nominativa è prevista la soglia massima del quaranta percento in favore di coloro che hanno una capacità lavorativa non inferiore al sessantasette percento o invalidità ascritta dalla prima alla quarta categoria del testo unico delle pensioni di guerra, di cui al d.p.r. n. 915/1978, o invalidi del lavoro, o lavoratori disabili con handicap intellettivo psichico, indipendentemente dalle percentuali di invalidità[102].

---

[101] Vedi l'art. 4 commi 4 e 5 del regolamento d'attuazione emanato con d.p.r. 10 ottobre 2000 n. 333. Esprime perplessità in proposito, con riguardo alla compatibilità della discrezionalità dell'ente chiamante con il principio d'imparzialità, ROSANO, *Effetti e tutele della disabilità psichica nella l. n. 68/1999* cit., 404.

[102] Vedi l'art. 6 del provvedimento della Conferenza unificata 16 novembre 2006 n. 992 di «Intesa in materia di diritto al lavoro dei disabili in attuazione dell'articolo 11 della l. 12 marzo 1999, n. 68 e dell'articolo 39 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Intesa, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della l. 5 giugno 2003, n. 131», in *Gazz. uff.* 7 dicembre 2006 n. 285. In mancanza di provvedimenti statali, tale intesa è l'attuale punto di riferimento normativo in proposito; vedi D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei)* cit., 817 ss. Sulla disciplina delle convenzioni vedi anche CORBO *Le convenzioni per il diritto al lavoro dei disabili: natura, struttura, funzione e strumenti di tutela,* in *Arg. dir. lav*., 2009, 380; LIMENA*, Il collocamento mirato dei soggetti disabili* cit., 260 ss.; TURSI, *Le nuove convenzioni per l'inserimento lavorativo dei disabili e dei soggetti svantaggiati tramite cooperative sociali, due anni dopo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 2006, 71 ss.; COSTANTINI, *Efficienza ed efficacia delle convenzioni per l'inserimento lavorativo dei disabili*, in BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale* cit., 182 ss. Per le regioni a statuto speciale, merita ricordare Corte cost. 30 marzo 2001 n. 84, in *Foro it*., 2001, I, 2426, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 20 della l. n. 68/1999, nella parte in cui prevedeva, per le province autonome di Trento e di Bolzano, l'obbligo di conformarsi, nell'ambito delle ri-

Nel complesso, come si desume dalla quantità di provvedimenti attuativi, non può certo affermarsi che, sul piano normativo, le autorità abbiano trascurato il collocamento obbligatorio.

Sorvolando in questa sede sulle questioni di rilievo limitato al collocamento presso datori privati[103], l'impressione complessiva anzi è quella di un eccesso di normazione di dettaglio o, meglio, di un eccesso di pluralità delle fonti[104]. La competenza normativa regionale in materia comporta un certo sgretolamento territoriale della disciplina, il quale ostacola la conoscibilità delle regole e, quindi, delle opportunità. La differenziazione normativa su base regionale inoltre impedisce la formazione di orientamenti giurisprudenziali univoci che possano fungere da affidabile riferimento nazionale.

La recente condanna europea rivolta all'Italia per insufficiente attuazione della tutela antidiscriminatoria dei disabili prescritta dalla direttiva 2000/78/CE si è appuntata anche su questo aspetto. La Corte di Lussemburgo[105] ha lamentato infatti non solo l'assenza di un obbligo datoriale generalizzato di adottare «provvedimenti efficaci e pratici», in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti

spettive competenze, alle norme di esecuzione, aventi carattere generale, emanate con regolamento statale, sentita la conferenza unificata, ai fini dell'attuazione della legge stessa.

[103] Come appare confermare l'acceso dibattito d'inizio 2013 sulla bozza del decreto c.d. esoneri proposta dal governo, per quanto riguarda il collocamento presso datori privati, la l. n. 68/1999 appare «da qualche tempo sotto tiro» di un legislatore sensibile agli effetti della crisi economica sull'andamento delle imprese: così LA MACCHIA, *Il collocamento (quasi) obbligatorio* cit., 703; cfr. anche CALAFÀ, *Art. 24*, in NOGLER, Marino MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Utet, Torino, 2012, 177 ss.; BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, 780 ss.; BELLAVISTA, *Il protocollo* welfare *e il diritto al lavoro dei disabili*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 256 ss.; ROSANO, *La disabilità tra progettualità europea e legislazione nazionale*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività,* welfare*, 2.: dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet, Torino, 2009, 281 ss.

[104] Già prima delle novellazioni alla legge del 1999 intervenute nell'ultimo biennio, sottolineava la complessità del quadro disciplinare AVIO, *Disabilità e avviamento al lavoro,* in *Lav. dir.*, 2008, 501.

[105] Corte giust. Ue 4 luglio 2013 C-312/2011, Commissione europea c. Repubblica italiana, cit.

dell'occupazione e delle condizioni di lavoro (questione a cui come detto il legislatore interno ha già offerto una prima risposta[106]). Ha lamentato anche la frammentazione del quadro normativo, sanzionando l'Italia senza nemmeno prendere in diretta considerazione le singole leggi regionali per ciascuno dei profili di inadempimento ipotizzati dalla Commissione europea.

Più che di ulteriore proliferazione normativa, dunque, sembra esservi necessità di semplificazione disciplinare ed attuativa nel futuro prossimo.

Al proposito si deve confidare che le tecnologie potranno soccorrere anche in questo ambito, tramite la creazione di una unica banca dati nazionale di tutte le occasioni di lavoro per disabili presso tutte le amministrazioni pubbliche. Una tale raccolta di dati potrebbe essere una sezione della più generale banca dati telematica di tutti i bandi di concorso ed avvisi di selezioni pubbliche che, in spregio anche agli artt. 51 e 97 della Carta costituzionale, è attesa ormai da troppo tempo[107].

A differenza che nel settore privato, ove l'aspetto fondamentale consiste nel mirato ed esatto incontro tra domanda e offerta[108], nell'inserimento lavorativo dei disabili alle dipendenze delle ammi-

---

[106] Vedi l'art. 3 comma 3 *bis* del d.lgs. n. 216/2003, introdotto dalla l. n. 99/2013 su cui *supra* cap. I, § 3.

[107] Finalmente l'art. 48 comma 6 della l. n. 183/2010, introducendo il comma 1 *bis* dell'art. 15 del d.lgs. n. 276/2003, aveva imposto a tutte le amministrazioni di trasmettere tempestivamente i dati dei propri bandi ed avvisi alla Borsa lavoro. Il decreto attuativo (d.m. 13 ottobre 2011 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, «Offerte lavoro pubblico su clic lavoro», in *Gazz. uff.* 2 gennaio 2012 n. 1) ha apprezzabilmente incluso in questi obblighi le società private in mano pubblica, ma è stato formulato in maniera tale da necessitare un'attuazione ulteriore, mancante allo stato. Nuovo slancio a questi progetti giunge da ultimo tramite la convergenza di banche dati delle politiche attive e passive del lavoro prefigurata dall'art. 8 del d.l. n. 76/2013.

[108] È di certo interessante la prospettiva *de iure condendo*, ipotizzata in dottrina da D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei)* cit., 837, secondo cui potrebbe essere preferibile favorire l'inserimento lavorativo dei disabili non più tramite quote obbligatorie bensì solo con incentivi economici pubblici (finanziati tramite il passaggio ad un sistema di quote obbligatorie del sistema di vantaggio oggi esistente per i lavoratori disoccupati). Tale proposta non sembra comunque congeniale allo specifico ambito del lavoro pubblico, dato che in genere le amministrazioni non hanno la riluttanza nell'offrire le dovute occasioni lavorative ai disabili talora mostrata dai datori privati.

nistrazioni pubbliche resta preponderante il rilievo dell'imparzialità nella distribuzione delle occasioni di lavoro[109]. Le occasioni di lavoro pubblico non possono che essere assai ambite, essendo in un qual modo inevitabile, ed anzi ragionevole, che i lavoratori pubblici disabili siano sottoposti ad una pressione produttiva tendenzialmente inferiore a quanto avviene nel settore privato.

Fermo restando l'imperativo secondo cui l'applicazione della normativa di favore deve essere riservata ai soggetti in condizioni di salute effettivamente sfavorite, per il pubblico impiego la questione cruciale pare dunque ravvisabile nella trasparenza delle procedure selettive. La massimizzazione della partecipazione peraltro non può che favorire il reperimento dei candidati più idonei per ciascuna posizione lavorativa.

[109] Nel vigore dell'antecedente disciplina, sottolineava l'importanza di ridurre la discrezionalità delle autorità pubbliche nel reclutamento dei disabili M.G. GAROFALO, *Intervento*, in ROMEO (a cura di), *Le assunzioni presso la pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1989, 23.

CAPITOLO III

L'INIDONEITÀ PSICOFISICA TEMPORANEA: LA MALATTIA E IL SUO CONTROLLO

SOMMARIO: 1. La rinnovata disciplina della malattia del dipendente pubblico. – 2. La certificazione medica telematica dell'infermità. – 3. L'ampliata reperibilità domiciliare. – 4. L'apparato sanzionatorio rafforzato a protezione dell'interesse pubblico. – 5. I disincentivi economici all'astensione dal lavoro.

1. *La rinnovata disciplina della malattia del dipendente pubblico*

Dopo le riforme degli anni '90, come si è detto anche lo stato di malattia, quale causa di fisiologica sospensione della prestazione lavorativa[1], è sottoposto alla regola di cui all'art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, secondo cui nel pubblico impiego vale la disciplina stabilita per i dipendenti da datori privati, salve le apposite

[1] Sulla connotazione della malattia come causa di sospensione della prestazione lavorativa non eccezionale bensì ordinaria, seppur eventuale, nell'ambito del programma contrattuale, vedi DEL PUNTA, *La sospensione della prestazione di lavoro*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009, t. I, 815 ss.; ICHINO, *Il contratto di lavoro. Sospensione del lavoro* cit., 49 ss., ove ulteriori riferimenti; in una tale prospettiva, vedi già CINELLI, *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1984, 204 ss.; più in generale, sui principi che governano la sinallagmaticità del contratto di lavoro, vedi anche L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, Napoli, 1991, in particolare 202 ss., e TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, in particolare 257 ss.

norme per i dipendenti pubblici[2]. In base al meccanismo legale di disapplicazione della previgente normativa pubblicistica[3] previsto dal d.lgs. n. 29/1993[4], anche la disciplina della malattia è dunque stata rimessa al codice civile, alle leggi speciali ed all'autonomia collettiva.

Il rinvio alla disciplina lavoristica applicabile ai dipendenti privati implica l'esclusione parimenti del pubblico impiego dalle regole civilistiche che gli artt. 1256 e 1464 c.c. stabiliscono per la so-

[2] Poiché la presente trattazione riguarda l'impiego pubblico privatizzato, per i pubblici dipendenti tutt'ora in regime di diritto amministrativo ci si limita a rinviare alle pertinenti trattazioni (es. i cinque volumi a cura di F. CARINCI, TENORE, *Il pubblico impiego non privatizzato*, Giuffrè, Milano, 2007-2010), con l'avvertenza che l'apposita disciplina pubblicistica della malattia è stata parzialmente superata dalla normativa che verrà qui considerata, la quale è per alcuni aspetti espressamente estesa anche a(d alcune di) queste categorie particolari: vedi l'art. 16 comma 10 del d.l. n. 98/2011, convertito con l. n. 111/2011, nonché l'art. 7 del d.l. n. 179/2012. Inoltre, taluna normativa attinente a particolari patologie o trattamenti sanitari (es. tubercolosi, sieropositività da hiv, tossicodipendenza, alcoldipendenza, cure idro-termali, interruzione volontaria della gravidanza, ecc.) era applicabile, in tutto o in parte, al pubblico impiego anche prima della privatizzazione degli anni '90; sicché, nei pregressi termini, resta applicabile anche al pubblico impiego non privatizzato. Per un recente quadro di questa normativa, si rinvia a VIANELLO, *La sospensione della prestazione di lavoro e la tutela della salute* cit., 1176 ss., e CISTARO, CUI, *La malattia del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2012, 4-8.

[3] La previgente disciplina pubblicistica della malattia è identificabile in particolare negli istituti dell'aspettativa e del congedo di cui al t.u. n. 3/1957. Sul passaggio dal regime pubblicistico a quello negoziale, a seguito della prima tornata contrattuale, vedi ampiamente, DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto (malattia e infortuni, maternità, servizio militare, aspettative)*, in F. CARINCI (diretto da), *I contratti collettivi di comparto. Commentario*, Giuffrè, Milano, t. I, 1997, 334 ss.

[4] Per la ricostruzione della vicenda normativa di cui all'art. 72 comma 1 del d.lgs. n. 29/1993 ed all'art. 69 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001, cfr. da ultimo CERBONE, *Dirigenza pubblica e autonomia territoriale*, Giappichelli, Torino, 2011, 58-64; nonché TALAMO, *Il d.lgs. n. 165/2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un testo unico «meramente compilativo»*, in *Lav. pubb. amm.*, 2001, supplemento al fasc. 2, 20 ss.; F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro* cit., 80; GRAGNOLI, *Il nuovo Ccnl sanità: è valido l'art. 43, terzo comma, relativo al recupero in via transitoria alla disciplina pattizia delle norme legali, regolamentari e contrattuali previgenti?*, in *Lav. pubb. amm*., 1999, 447 ss.; MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in AA.VV., *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti* cit., 110 ss.; SPEZIALE, *L'abrogazione della legge da parte del contratto collettivo*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* cit., t. I, 123 ss.

pravvenuta impossibilità, temporanea o parziale, della prestazione[5]. Si è peraltro riferito che pare preferibile considerare la malattia come fattore non d'impossibilità bensì d'inesigibilità[6] della prestazione lavorativa, dotato di radicamento costituzionale (in particolare gli artt. 2, 32 e 38 Cost.).

Con riguardo all'individuazione della nozione rilevante di malattia, non emergono specificità inerenti al pubblico impiego.

Come si suole dire, ai fini lavoristici essa è più ristretta ed, al contempo, più lata della nozione data dalla scienza medica. Da un lato, restano irrilevanti le infermità che non comportano inidoneità al lavoro, e più precisamente al proprio lavoro: al pari del più generale concetto d'inidoneità psicofisica, il concetto lavoristico di malattia è relazionale, ossia è il risultato dell'interazione tra una certa patologia ed una certa posizione lavorativa. Dall'altro lato, viceversa rilevano occorrenze, finalizzate alla cura della salute della persona, le quali, pur non essendo infermità né quindi inidoneità psicofisiche, seguono le medesime regole; sono infatti sottoposte alla disciplina delle assenze per malattia anche le esigenze d'allontanarsi dal lavoro per effettuare visite mediche, accertamenti diagnostici e terapie[7]. Talune regole lavoristiche sulla malattia possono essere applicate, inoltre, a condizioni d'inidoneità al proprio lavoro a proposito delle quali potrebbe risultare non univoca la classificazione come malattie secondo la scienza medica, nonché a

[5] L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro* cit., in particolare 268 e 349. Sul complesso rapporto tra disciplina codicistica comune e disciplina del giustificato motivo di licenziamento, vedi anche CESTER, *La sopravvenuta inidoneità del lavoratore fra itinerari giurisprudenziali e innovazioni normative*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Giuffrè, Milano, 2004, t. 1, 565-571, e PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro* cit., in particolare 223-231.

[6] ICHINO, *Il contratto di lavoro. Sospensione del lavoro* cit., 54 ss.; ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto* cit., 491 ss.; vedi anche CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento: tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità* cit., 97 ss. Analogamente già SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, 238-252. Parlano d'impossibilità in senso relativo LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro* cit., 243 ss.; PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro* cit., 158; DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 42.

[7] Cfr. l'art. 55 *septies* comma 5 *ter* del d.lgs. n. 165/2001, che per tali ipotesi ammette la certificazione di medici non pubblici né convenzionati; cfr. anche le circolari del Dipartimento della Funzione pubblica n. 8/2008 e n. 7/2009.

condizioni pacificamente fisiologiche, potendo la sospensione dal lavoro per inidoneità derivare dalla particolarità delle caratteristiche psicofisiche necessarie alle mansioni.

Per quanto riguarda i diritti spettanti al lavoratore malato, anche per il pubblico impiego il riferimento normativo preliminare resta l'art. 2110 c.c. L'applicazione in tale settore del secondo e del terzo comma di questo articolo non solleva particolari questioni. Devono dunque essere tenuti in considerazione gli orientamenti giurisprudenziali consolidati relativamente al settore privato, sia per quanto riguarda il recesso datoriale all'esito del periodo di comporto[8] (restando ormai da un trentennio esclusa la configurabilità di un motivo oggettivo di licenziamento per eccessiva morbilità prima dell'esito del comporto[9]), sia per quanto riguarda la computabilità delle assenze per malattia ai vari fini: trattamento di fine rapporto, maturazione degli scatti d'anzianità e dei presupposti d'anzianità per le progressioni di carriera, maturazione delle ferie, durata del preavviso di recesso, durata del periodo di comporto commisurato all'anzianità, ecc. I periodi di assenza per malattia non possono rilevare, invece, qualora la legge o la contrattazione collettiva si riferisca, per particolari effetti, alla durata della esperienza professionale concretamente acquisita.

Tratti peculiari invece assume l'applicazione al pubblico impiego del primo comma dell'art. 2110 c.c., secondo cui in caso di malattia, se la legge non stabilisce altre forme di previdenza o assistenza, è dovuta al lavoratore la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, o dalla contrattazione collettiva, oppure dagli usi o secondo equità. La normativa speciale sull'indennità di malattia non ha portata generale, bensì assegna tale copertura economica ad individuate categorie di lavoratori[10]. Incombe negli altri casi sul datore l'onere d'offrire una

---

[8] Su cui vedi DEL PUNTA, *La sospensione della prestazione di lavoro*, in *I contratti di lavoro* cit., 845 ss. e 854 ss., e ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto* cit., 533 e ss., ove ampi riferimenti.

[9] Cfr. il noto intervento delle Sezioni unite che compose il dibattito in tema di eccessiva morbilità: Cass. 29 marzo 1980 n. 2072, in *Giur. it*, 1980, I, 1428.

[10] Vedi il d.lgs.lgt. 19 aprile 1946 n. 213. Cfr. ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto* cit., 540 ss.; VIANELLO, *La sospensione della prestazione di lavoro e la tutela della salute* cit., 1148 ss.; SANTUCCI, *Le cause sospensive della prestazio-*

copertura in accordo con la contrattazione collettiva. Il pubblico impiego è uno degli ambiti soggettivi non coperti dall'indennità di malattia, in quanto antecedentemente regolato da speciale disciplina pubblicistica. Sicché, all'atto della privatizzazione del pubblico impiego, è intervenuta l'autonomia collettiva per stabilire i termini in cui il dipendente pubblico malato beneficia di un trattamento economico a carico dell'amministrazione.

A tale assetto, in tempi recenti si è sovrapposta una legislazione al limitato scopo di ridurre i tassi d'assenza dal lavoro nel settore pubblico. Offrendo indicazioni parzialmente innovative tanto sul ruolo dei controlli datoriali quanto su quello della disincentivazione tramite la leva economica, il legislatore è intervenuto rafforzando i tratti di specialità della disciplina relativa al lavoro pubblico. Questa nuova regolamentazione si rinviene, in particolare, in due sedi normative: l'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001 e l'art. 71 del d.l. n. 112/2008[11].

L'art. 55 *septies* è stato introdotto nel d.lgs. n. 165/2001 dall'art. 69 del d.lgs. n. 150/2009. I primi quattro commi, resi poi applicabili anche ai dipendenti di datori privati in base all'art. 25 della l. n. 183/2010, si occupano della provenienza dei certificati medici giustificativi dell'assenza dal lavoro e delle modalità di certificazione telematica della malattia. Il successivo comma 5, riscrit-

ne di lavoro, Utet, Torino, 1993, 72 ss.; DONDI, *L'indennità di malattia dopo la riforma* cit., 32. L'individuazione delle categorie di lavoratori a cui la legge assegna il trattamento indennitario di malattia non è sussidiaria bensì imperativa, perlomeno da qualche anno: cfr. l'art. 20 comma 1 *bis* del d.l. n. 112/2008, comma introdotto dall'art. 18 comma 16 lett. *a* del d.l. n. 98/2011 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 111/2011. Sulle complesse vicende normative dell'esonero datoriale dal contributo di malattia qualora sia prevista una prestazione di malattia nella contrattazione collettiva, che hanno anche portato a tre recenti pronunciamenti della Corte costituzionale, vedi l'esplicativa sintesi offerta dalla circolare Inps n. 122/2011. Su tale giurisprudenza costituzionale, vedi M. MARINELLI, *La Corte costituzionale e la legge di interpretazione autentica sulla contribuzione per la malattia*, nota a Corte cost. 12 febbraio 2010 n. 48, in *Lav. giur.*, 2010, 547, e CANAVESI, *Solidarietà e contribuzione di malattia nel sistema previdenziale secondo la Corte costituzionale*, nota a Corte cost. 4 marzo 2008 n. 47, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 809; nonché vedi la successiva Corte cost. 9 maggio 2013 n. 82, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato l'illegittimità dell'irripetibilità dei contributi inutilmente versati in un antecedente periodo di regime transitorio.

[11] Decreto convertito con l. n. 133/2008.

to dall'art. 16 comma 9 del d.l. n. 98/2011[12], si occupa del grado di discrezionalità dei datori di lavoro pubblici nella scelta di domandare la visita domiciliare di controllo. La medesima novella del 2011 ha inoltre aggiunto due ulteriori commi: il comma 5 *bis*, sulle fasce orarie di reperibilità domiciliare dei dipendenti pubblici, e il comma 5 *ter*, sulla modalità di giustificazione dell'assenza dal lavoro dei dipendenti pubblici e privati dovuta a visite mediche o terapie. Il comma 6 riguarda le competenze in materia di controllo delle assenze per malattia, e il relativo apparato sanzionatorio, facenti capo ai dirigenti pubblici.

Anche l'altra sede normativa riguardante le assenze per malattia nel pubblico impiego, cioè l'art. 71 del d.l. n. 112/2008, ha subìto successive modifiche: prima da parte del d.l. n. 78/2009[13], poi del d.lgs. n. 150/2009. Nell'attuale tenore testuale, i commi 1 e 1 *bis* di tale articolo stabiliscono decurtazioni retributive disincentivanti le assenze per malattia. I commi 2 e 3 contenevano una disciplina delle visite mediche di controllo domiciliare che è stata sostituita da quella introdotta dal predetto art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001. Il comma 4 dell'art. 71 concerne il computo delle assenze dal lavoro per permessi retribuiti[14]. Il comma 5 è stato abro-

[12] Decreto convertito con l. n. 111/2011.

[13] Decreto convertito con l. n. 102/2009.

[14] L'art. 71 comma 4 del d.l. n. 112/2008 stabilisce che la contrattazione collettiva o le specifiche normative di settore, «fermi restando i limiti massimi delle assenze per permesso retribuito previsti dalla normativa vigente, definiscono i termini e le modalità di fruizione delle stesse, con l'obbligo di stabilire una quantificazione esclusivamente ad ore delle tipologie di permesso retribuito, per le quali la legge, i regolamenti, i contratti collettivi o gli accordi sindacali prevedano una fruizione alternativa in ore o in giorni. Nel caso di fruizione dell'intera giornata lavorativa, l'incidenza dell'assenza sul monte ore a disposizione del dipendente, per ciascuna tipologia, viene computata con riferimento all'orario di lavoro che il medesimo avrebbe dovuto osservare nella giornata di assenza». La disposizione mira evidentemente a rendere facilmente computabili le giornate d'assenza per permesso, senza che sia possibile recuperare con una giornata lavorativa breve una giornata d'assenza nella quale il dipendente avrebbe dovuto osservare un orario di lavoro lungo: GRAGNOLI, *Novità in tema di rapporto di lavoro pubblico fra controllo della spesa e auspicato miglioramento dell'efficienza*, in D. GAROFALO, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008*, Ipsoa, Milano, 2009, 195 ss.; cfr. anche BABUDRI, *Assenze per malattia e per permesso retribuito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2008, 571.

gato dall'art. 17 comma 23 del d.l. n. 78/2009, in quanto, riguardando il computo dei vari tipi di assenze dal lavoro nella ripartizione dei premi incentivanti, è stato superato dall'organica disciplina della valutazione introdotta dalla l. delega n. 15/2009 e dal relativo d.lgs. n. 150/2009[15]. I commi 5 *bis* e 5 *ter* dell'art. 71 riguardano il costo delle visite fiscali. Il comma 6 stabilisce l'inderogabilità dell'intero articolo da parte della contrattazione collettiva.

Già dal cennato quadro, si evince che, nell'attuale impostazione normativa, il ruolo del controllo datoriale sulle assenze ha assunto nell'impiego pubblico valenza crescente e, per certi versi, trainante nei confronti del lavoro privato. Tale impressione trae conferma dall'analisi che segue, ove emerge come centrale il rilievo dell'effettività della condizione psicofisica del dipendente pubblico, tanto da influenzare la disciplina delle prerogative datoriali in proposito.

2. *La certificazione medica telematica dell'infermità*

Secondo la ricostruzione più condivisa, nell'emettere il certificato il medico formula un giudizio duplice: clinico, sull'esistenza della patologia, e medico-legale circa l'incompatibilità tra le mansioni e la patologia medesima, con conseguente prognosi sulla durata dell'astensione dal lavoro[16].

---

[15] Su cui cfr. GRAGNOLI, *I principi generali in tema di premi per il merito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 93 ss.; SANTUCCI, MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 279 ss.; OCCHINO, *Misurazione e valutazione della* performance *nel sistema delle responsabilità*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 203 ss.; PUTATURO DONATI, *Merito e premialità nella riforma del lavoro pubblico*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 570 ss. L'attuazione della disciplina della valutazione è stata condizionata, come noto, dal blocco della parte economica dei rinnovi contrattuali. Per un approfondimento, si rinvia da ultimo ai contributi in TALAMO (a cura di), *Misura delle prestazioni e riforma della Pubblica Amministrazione*, in *Lav. pubb. amm.*, 2013, 15 ss.

[16] ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto* cit., 494; DONDI, *L'indennità di malattia dopo la riforma* cit., 41 ss.; PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di*

Tale ricostruzione pare asseverata dal dato testuale: anche dopo la novellazione dello scorso decennio[17], l'art. 2 comma 1 del d.l. n. 663/1979[18] richiede il certificato sull'inizio e sulla durata presunta di ciascuna «infermità comportante incapacità lavorativa». Negli stessi termini si esprime l'art. 42 della l. n. 183/2010. Perlomeno in via di principio, quindi, la nozione lavoristica di malattia, come causa di sospensione della prestazione, varia in funzione dell'ambiente lavorativo e delle mansioni del dipendente. Tale valutazione del medico deve tenere conto dell'interferenza della malattia con lo svolgimento delle mansioni, pure in termini di possibile nocività per i colleghi, gli impianti, i prodotti e la collettività nel suo complesso (si pensi ad esempio all'evenienza di patologie contagiose, il cui rischio di propagazione può derivare anche da un portatore sano[19]). La valutazione sulla sussistenza dell'incapacità lavorativa deve tenere conto, inoltre, dell'interferenza delle mansioni, e in generale dell'ambiente lavorativo, con la convalescenza e la cura.

Nel caso in cui l'eventuale dissidio tra lavoratore e datore sulla sussistenza dell'incapacità lavorativa per malattia giunga davanti al giudice, quest'ultimo può comunque sindacare le valutazioni tecniche espresse nelle pregresse risultanze mediche[20], motivando l'eventuale suo dissenso per il tramite di ctu o di altre risultanze obiettive (ad es.: incoerenza della durata della prognosi con la dia-

---

lavoro cit., 363; DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 38 ss.; SANTUCCI, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro* cit., 6 ss.; VIANELLO, *La sospensione della prestazione di lavoro e la tutela della salute* cit., 1084.

[17] Cfr. l'art. 1 comma 149 della l. n. 311/2004.

[18] Decreto convertito con l. n. 33/1980.

[19] Vedi ad es. TOPO, *Minorità psicofisiche e lavoro: handicap, sieropositività, tossicodipendenza*, in CAPPELLETTI, GAETA (a cura di), *Diritto del lavoro, alterità. Figure della diversità e modelli culturali*, Esi, Napoli, 1998, 252; PICCININNO, *Le prestazioni economiche*, in *La tutela della salute*, vol. V, in PERSIANI, F. P. ROSSI (diretto da), *Trattato di previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1990, 476; DONDI, *L'indennità di malattia dopo la riforma* cit., 45.

[20] Vedi, ad es., LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro* cit., 250; DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 158. Il datore può contestare in giudizio l'inidoneità psicofisica al lavoro del dipendente senza aver attivato la visita domiciliare di controllo: es. Cass. 27 dicembre 1997 n. 13056, in *Not. giur. lav.*, 1998, 303.

gnosi e le terapie prescritte ed effettivamente praticate[21], immotivato ritardo tra inizio della malattia e certificazione, comportamenti del lavoratore incompatibili con la patologia certificata[22], ecc.). Sarebbe infatti contrario all'art. 24 Cost. condizionare il riconoscimento di un diritto a momenti decisori sottratti alla dialettica processuale[23].

Altro discorso è domandarsi, *de iure condendo*, se sia ipotizzabile l'introduzione[24] di un meccanismo legale che permetta al datore di provocare un accertamento medico tempestivo, nel contraddittorio, sì da poter essere attendibile, nei casi di malattia su cui il datore stesso sollevi dubbi in giudizio. Una tale ipotesi fu avanzata già in passato[25] e sarebbe in linea con taluna recente normativa fi-

[21] Cfr. ICHINO, *Il controllo non sanitario sulla malattia del lavoratore*, in *Dir. giust.*, 2003, 24, 103.

[22] Per un quadro in proposito vedi VIANELLO, *La sospensione della prestazione di lavoro e la tutela della salute* cit., 284 ss., ove è trattata anche la configurabilità di un obbligo del lavoratore di curarsi; al proposito si tenga comunque presente che alcuni contratti di comparto sanzionano disciplinarmente in maniera espressa lo svolgimento d'attività che ritardino il recupero psicofisico durante lo stato di malattia o di infortunio.

[23] Si tratta di opinione generalmente condivisa: es. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori* cit., 186.

[24] Si tratterebbe quasi di una re-introduzione poiché, antecedentemente alla riforma degli anni '90, nel pubblico impiego vigeva l'art. 68 del t.u. n. 3/1957, in base al quale l'aspettativa per infermità era «disposta, d'ufficio o a domanda, quando sia accertata, in base al giudizio di un medico scelto dall'amministrazione, l'esistenza di una malattia che impedisca temporaneamente la regolare prestazione del servizio. Alle visite per tale accertamento assiste un medico di fiducia dell'impiegato, se questi ne fa domanda e si assume la spesa relativa». Più in dettaglio, il regolamento di esecuzione, d.p.r. 3 maggio 1957 n. 686, all'art. 32 stabiliva che l'amministrazione datrice facesse sottoporre il dipendente ad una visita da parte di un medico indicato dall'amministrazione stessa, con possibilità del lavoratore di farsi assistere da un medico di fiducia. In caso di divergenze di giudizio medico veniva formulato dettagliato verbale. La disposizione addirittura stabiliva inoltre che le spese potessero essere poste a carico del lavoratore qualora la visita avesse esito negativo. Cfr. ARENA, *Modificazioni ed estinzione del rapporto: aspettativa; comando e distacco; dimissioni; collocamento a riposo; dispensa; decadenza* cit., 30 ss.

[25] PERA, *Eccessiva morbilità ed accertamenti sanitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, 308 ss. Più recentemente, vedi PIZZOFERRATO, *Assenteismo e rimedi*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2008, fasc. 12, inserto cit., 59, e GRAGNOLI, *Assenteismo e rimedi*, Colloqui giuridici sul lavoro cit., 41, il quale suggerisce di rendere onerosa la procedura per il datore solo qualora l'esito della verifica medica sia di conferma. Cfr. anche LAMBERTUCCI, *Assenteismo e rimedi*,

nalizzata a coniugare economia processuale ed efficienza negli accertamenti sanitari[26]. Nel caso della malattia del lavoratore, la tempestività di un attendibile riscontro della situazione fattuale si giustificherebbe non solo in termini di riduzione della controproducente alea per le parti e conseguente economia processuale (evitando eventuali reazioni disciplinari ingiustificate e il connesso contenzioso), ma anche a causa della intrinseca natura temporanea della malattia. Salvo il caso in cui evidenze diagnostiche strumentali permangano disponibili, modesta utilità finiscono sovente per avere le consulenze tecniche d'ufficio ordinate a distanza di lungo tempo dal decorso della patologia.

Per il suo carattere d'imparzialità[27], al certificato medico proveniente dalle autorità sanitarie deputate ai controlli domiciliari i giudici tendono comunque a riconoscere particolare credito, soprattutto nei non frequenti casi di riduzione della prognosi che era stata stabilita in origine dal medico curante.

Colloqui giuridici sul lavoro cit., 45, che propone anche la possibilità per il datore di scegliere dalle liste pubbliche il medico da incaricare per la visita fiscale, secondo la lettura che una parte della dottrina aveva inizialmente dato della normativa di inizio anni '80: vedi SANTONI, *Sulla legittimità dei controlli delle assenze per malattia dei lavoratori* cit., 84.

[26] Cfr. il nuovo art. 445 *bis* c.p.c., che per le controversie in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità, disciplinati dalla l. n. 222/1984, dal 2012 ha reso obbligatorio l'accertamento tecnico preventivo quale condizione di procedibilità (articolo aggiunto dal numero 1 della lett. *b* del comma 1 dell'art. 38 del d.l. n. 98/2011 convertito con l. n. 111/2011), su cui cfr. ampiamente LAURO, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio* ex *art. 445 bis c.p.c.*, in *Inf. prev.*, 2012, 446 ss., e CAPURSO, MADONIA, *L'accertamento tecnico preventivo nel processo previdenziale (art. 445 bis, c.p.c.)*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 323 ss. In tale disciplina, il preponderante intento d'economia processuale viene perseguito dal legislatore tramite un meccanismo che obbliga ad anticipare l'accertamento sanitario che è nell'interesse dell'aspirante beneficiario delle prestazioni richiedere. Nel caso della malattia del lavoratore, invece, la parte attrice non è la persona che domanda la tutela legale della salute, ma la parte (datoriale) che è tenuta a concederla, sicché il fattore determinante non sarebbe tanto la obbligatorietà della preventiva fase d'accertamento sanitario, quanto la sua funzionalità ed economicità.

[27] Come sottolineato da MAZZOTTA, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1983, 22, si tratta comunque di un'imparzialità "zoppa"; analogamente DONDI, *L'indennità di malattia dopo la riforma* cit., 110, rileva che, seppure per il lavoro pubblico gli enti previdenziali e assistenziali non siano tenuti a corrispondere l'indennità di malattia, alle strutture sanitarie spetta l'erogazione delle prestazioni pubbliche di cura.

Come accennato, l'art. 25 della l. n. 183/2010 ha esteso al settore privato alcune regole antecedentemente riferite al solo pubblico impiego[28]. Seppur dunque tali regole siano divenute d'applicazione generale, risulta opportuno darne conto, data la loro novità.

La l. n. 183/2010 non ha individuato quali regole siano applicabili ai dipendenti di datori privati, stabilendo semplicemente che ad essi sono estese quelle contenute nell'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001 per quanto concerne «il rilascio e la trasmissione della attestazione di malattia». È sicuramente estesa al settore privato la regola che impone che le assenze per malattia che si protraggano per più di dieci giorni (anche qualora tale durata sia raggiunta con un certificato che prolunga l'assenza[29]), e comunque le assenze successive al secondo evento di malattia nell'anno solare, debbono essere giustificate esclusivamente mediante certificazione medica rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il servizio sanitario nazionale[30] o un sostituto[31]

[28] Cfr. anche la circolare congiunta del Ministero del lavoro e del Dipartimento della Funzione pubblica n. 4 del 18 marzo 2011. Su detto art. 25 della l. n. 183/2010 vedi LIMA, *La certificazione della malattia*, in D. GAROFALO, M. MISCIONE (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010. Commentario alla legge 4 novembre 2010 n. 183*, Ipsoa, Milano, 2011, 621 ss.; FIATA, *Le novità in tema di certificazione della malattia*, in *Giur. it*., 2011, 2687 ss.; IMBERTI, *Art. 25 (Certificati di malattia)*, in NOGLER, Marino MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro* cit., 184 ss.; C. GAROFALO, *L'invio telematico dei certificati di malattia*, in D. GAROFALO, M. MISCIONE (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010. Commentario* cit., 631 ss.

[29] Seppur relativa all'antecedente norma contenuta nell'art. 71 del d.l. n. 112/2008, in questo senso cfr. la circolare n. 7/2008 dell'Ufficio personale delle pubbliche amministrazioni del Dipartimento della Funzione pubblica. Cfr. anche LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, in TIRABOSCHI, VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico: commento alla Legge 4 marzo 2009, n. 15, e al Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150,* Giuffrè, Milano, 2010, 519.

[30] Con una diversa formulazione, tale regola era stata originariamente collocata nell'art. 71 comma 2 del d.l. n. 112/2008. Già le circolari nn. 7 e 8 del 2008 dell'Ufficio personale pubbliche amministrazioni del Dipartimento della Funzione pubblica si erano espresse in maniera estensiva, nel senso che dovevano ritenersi abilitati tutti i medici collegati al servizio sanitario pubblico. Pur ispirata a buon senso, tale interpretazione era incompatibile con il tenore letterale della disposizione, che appariva irragionevolmente riferirsi soltanto ad ogni «struttura sanitaria pubblica»: in tali termini si era espresso da subito GRAGNOLI, *Novità in tema di rapporto di lavoro pubblico* cit., 190. Dubbi sulla portata della locuzione aveva espresso anche RUSSO, *Il pubblico impiego nel d.l. n. 112/2008*, in MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività:*

(prescrizione che con l'art. 7 del d.l. n. 179/2012[32] è stata estesa ad una parte del personale pubblico non contrattualizzato[33]).

Qualche dubbio solleva l'espressione anno «solare», entro il quale si calcola il numero di assenze. Come è stato osservato[34], l'anno che si computa dall'inizio di gennaio alla fine di dicembre è quello legale, altrimenti detto anno civile. Non sembra però che il legislatore possa essersi riferito alla letterale nozione di anno solare come lasso di tempo intercorrente tra due successivi passaggi del sole allo zenit[35]. Sicché, per dare un senso all'aggettivo, l'espressione dovrebbe essere intesa come riferita all'annualità mobile, cioè computabile come successiva all'inizio della malattia e/o antecedente alla sua fine. Questa è l'interpretazione data all'analoga espressione contenuta in taluni contratti collettivi[36]. Ciò com-

commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e al decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133, Giappichelli, Torino, 2008, 463. Opportunamente dunque il d.l. n. 78/2009 aveva introdotto la correzione secondo la quale anche i medici convenzionati con il servizio sanitario nazionale erano parimenti abilitati. Sicché dovevano ritenersi inclusi anche i medici di famiglia, le guardie mediche, i medici degli ospedali ed ambulatori non pubblici purché convenzionati. Tale dettato dell'art. 71 è stato ora trasferito nel comma 1 dell'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001, come detto poi modificato dal d.l. n. 98/2011.

[31] A norma dell'art. 23 comma 2 del d.p.r. 28 luglio 2000 n. 270 «Regolamento di esecuzione dell'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale», in *Gazz. uff.* 2 ottobre 2000 n. 230 s.o., il medico sostituto «assume direttamente e formalmente, all'atto dell'incarico di sostituzione da parte del medico sostituito, le responsabilità professionali inerenti tutte le attività previste dal presente Accordo». Pertanto si considera equiparato a tutti gli effetti al medico convenzionato per il periodo della sostituzione. Appare comunque opportuno che tale circostanza sia documentabile (dichiarazione di sostituzione alla ASL, fattura per sostituzione riportante le date…) e che la qualifica di «sostituto del dr. …» sia riportata nello spazio libero del certificato *on line*.

[32] Decreto convertito con l. n. 221/2012.

[33] Resta escluso il personale delle forze armate e dei corpi armati dello Stato e del corpo nazionale dei vigili del fuoco. Detta estensione dunque riguarda i magistrati ordinari, amministrativi e contabili; gli avvocati e procuratori dello Stato; il personale della carriera diplomatica, della carriera prefettizia e della carriera dirigenziale penitenziaria; il personale della Banca d'Italia e delle c.d. autorità amministrative indipendenti; i professori ed i ricercatori universitari.

[34] GRAGNOLI, *Novità in tema di rapporto di lavoro pubblico* cit., 191.

[35] Condivisibilmente, IMBERTI, *Art. 25 (Certificati di malattia)* cit., 189.

[36] Con riferimento al Ccnl del settore terziario-commercio, cfr. Trib. Treviso 21 maggio 2010 e Trib. Vicenza 7 aprile 2010, entrambe in *Riv. giur. lav. Veneto*, 2011, fasc. 1, 38. Cfr. anche Cass. 13 settembre 2002 n. 13396, in *Not. giur. lav.*, 2003, 57.

porta l'onerosa conseguenza che per ogni episodio morboso diviene necessario verificare se ve ne siano già stati altri due nei 365 giorni precedenti. Sicché, per ragioni di semplicità, talune amministrazioni stanno invece assumendosi il rischio di preferire il più semplice computo decorrente dall'inizio di gennaio dell'anno in cui la malattia interviene[37]. Si tratta di una scelta condivisibile, ove si consideri anche che quest'ultimo è il senso dell'espressione anno «solare» che appare fatto proprio da altre disposizioni di legge[38].

Con il comma 5 *ter* dell'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001 è stata introdotta la precisazione che, nel caso in cui l'assenza per malattia abbia luogo per l'espletamento di visite, terapie, prestazioni specialistiche od esami diagnostici, l'assenza è giustificata mediante la presentazione di attestazione rilasciata dal medico o dalla struttura «anche privati» che hanno svolto la prestazione. Trattandosi non di un parere clinico bensì dell'asseverazione di un fatto, circoscritto a singole giornate e comunque verificabile come vero o falso, per tale casistica la legge ha accantonato ogni diffidenza nei confronti delle attestazioni provenienti da medici privati non convenzionati.

Con tale comma 5 *ter* si ha inoltre positiva conferma che la nozione lavoristica di malattia comprenda anche le assenze dovute a visite e terapie, come del resto già presupponevano la prassi e la giurisprudenza[39]. Seppure sia riferito alle assenze «per malattia», non sembra che detto comma intenda rimettere gli accertamenti medici puramente preventivi (distinzione peraltro ben poco netta nella pratica) alla sola disciplina dei permessi[40], escludendoli dalla

[37] Tra i primi interpreti, in questo senso propende BETTINI, *Il quadro normativo della disciplina delle sanzioni disciplinari nel pubblico impiego*, in *Lav. prev. oggi*, 2011, 299.

[38] Cfr., ad esempio, l'art. 61 comma 2 del d.lgs. n. 276/2003, come modificato dalla l. n. 183/2010, con riguardo al lavoro occasionale; l'art. 70 comma 1 del decreto medesimo, con riguardo alla disciplina del lavoro accessorio, modificata dalla l. n. 92/2012. Peraltro anche nella legislazione in altri ambiti è invalso l'uso dell'espressione anno solare intesa come anno civile (es. legislazione creditizia).

[39] Indicazioni in questo senso, ad es., nella motivazione di Corte cost. 18 dicembre 1987 n. 559, in *Corriere giur*., 1988, 159, con nota di TOSI, *La Corte costituzionale alimenta il dibattito sulle cure termali*.

[40] Non si dubita che i permessi possano essere usufruiti per ragioni di salute,

tutela della malattia[41]. Per giustificare l'assenza non è infatti richiesta una doppia certificazione, sia della sussistenza della malattia, sia dello svolgimento della visita medica o della terapia. Detta attestazione comunque dovrà indicare non solo la data, ma anche l'orario dell'impegno che ha imposto l'assenza dal lavoro.

Nel caso di malattia intervenuta all'estero, v'è distinzione tra paesi appartenenti all'Unione europea[42], ed altri paesi, alcuni dei quali comunque hanno siglato accordi in materia. Nel primo caso il certificato è direttamente valido (cfr. gli artt. 5[43] e 27[44] del regola-

---

nel rispetto delle rispettive discipline di settore (per quanto riguarda il comparto regioni e autonomie locali, ad esempio, vedi il recente orientamento applicativo ral1435 dell'Aran, che ammette la sottoposizione a visita specialistica tramite utilizzo dei permessi previsti dall'art. 19 comma 2 del Ccnl del 6 luglio 1995).

[41] Nel senso che gli accertamenti medici preventivi debbano restare esclusi dalla tutela della malattia, vedi ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto* cit., 495, e VIANELLO, *La sospensione della prestazione di lavoro e la tutela della salute* cit., 1086.

[42] Agli Stati membri sono equiparati Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera, appartenenti all'EFTA, *European Free Trade Association*.

[43] Può farsi riferimento alle regole stabilite nel regolamento CE n. 987/2009, recante le modalità di applicazione del regolamento CE n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, il cui art. 5 stabilisce che i documenti rilasciati dall'istituzione di uno Stato membro che attestano la situazione di una persona ai fini dell'applicazione di questa normativa europea, nonché le certificazioni su cui si è basato il rilascio dei documenti, «sono accettati dalle istituzioni degli altri Stati membri fintantoché essi non siano ritirati o dichiarati non validi dallo Stato membro in cui sono stati rilasciati». In caso di dubbio sulla validità del documento o sull'esattezza dei fatti su cui si basano le indicazioni che vi figurano, l'istituzione dello Stato membro che riceve il documento chiede all'istituzione emittente i chiarimenti necessari e, se del caso, il ritiro del documento. L'istituzione emittente riesamina i motivi che hanno determinato l'emissione del documento e, se necessario, procede al suo ritiro. In caso di dubbio sulle informazioni fornite dalla persona interessata, sulla validità del documento o sulle certificazioni o sull'esattezza dei fatti su cui si basano le indicazioni che vi figurano, l'istituzione del luogo di dimora o di residenza procede, qualora le sia possibile, su richiesta dell'istituzione competente, alle verifiche necessarie di dette informazioni o detto documento. Per un quadro in materia di cooperazione sanitaria transfrontaliera, vedi DI FEDERICO, *Protezione della salute e cittadinanza europea nella direttiva 2011/24/UE sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti*, in L.S. ROSSI, BOTTARI (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, 45 ss.

[44] Per quanto più precisamente riguarda le «prestazioni in denaro relative all'incapacità al lavoro in caso di dimora o di residenza in uno Stato membro diverso dallo Stato membro competente», l'art. 27 del regolamento CE n. 987/2009 stabilisce un'apposita procedura ivi dichiarata applicabile «*mutatis mutandis* qua-

mento CE n. 987/2009). Nel secondo caso, il certificato redatto da un medico o da una struttura sanitaria esteri deve essere spedito all'amministrazione italiana[45], anche per il tramite dell'ambasciata o consolato italiano territorialmente competente, che potrà inviare, se richiesto, un proprio medico fiduciario per una visita di controllo; tale certificazione deve essere legalizzata dall'autorità consolare, la quale cioè attesti che il documento è valido ai fini certificativi secondo le disposizioni locali, con integrale traduzione in italiano se trattasi di lingue non europee[46].

In tali casi il lavoratore deve, nei limiti consentiti dalle sue condizioni di salute, adottare nei confronti del datore le accortezze dovute secondo buona fede, con particolare riguardo alla puntuale indicazione del proprio temporaneo domicilio fuori dall'Italia[47]. Il

lora la persona assicurata dimori in uno Stato membro diverso dallo Stato membro competente», la quale indica gli obblighi del lavoratore e delle autorità dei due diversi Stati membri.

[45] In mancanza di norme legali o contrattuali speciali per il pubblico impiego, buona fede e correttezza impongono di fare riferimento all'art. 3 del d.l. n. 317/1987, convertito con l. n. 398/1987.

[46] Non è quindi sufficiente la mera attestazione di conformità all'originale o di autenticità della firma del traduttore autorizzato priva di legalizzazione: INPDAP Direzione centrale risorse umane (a cura di), *Le assenze per malattia*, supplemento de *Il giornale Inpdap*, 2010, n. 16, 5. Per questi profili pratici, cfr. anche *Malattia all'estero: certificazioni e termini di invio*, in BONATI, DE FUSCO (a cura di), *Malattia nel rapporto di lavoro*, DossierLavoro n. 1/2010 di *Guida lav.*, 27-29.

[47] Cfr. Cass. 9 ottobre 1998 n. 10036, in *Foro it. on line*, secondo cui l'art. 1334 c.c. sulla efficacia degli atti unilaterali è applicabile a tutte le dichiarazioni recettizie dirette ad una determinata persona e quindi anche alla comunicazione del lavoratore dipendente assente per malattia diretta a render noto al datore il cambiamento del suo recapito, al fine di rendere possibili i controlli sulla giustificatezza dell'assenza. Nella specie, un impiegato di banca assente dal lavoro per una denunciata sindrome depressiva ansiosa, recatosi in una località brasiliana per asserito consiglio del suo neuropsichiatra, aveva comunicato un cambiamento di albergo con telegramma non pervenuto alla datrice di lavoro, la quale gli aveva comminato la sanzione della destituzione addebitandogli di avere reso impossibile la visita di controllo. Il giudice di merito, con sentenza confermata dalla Suprema Corte, aveva rigettato l'impugnativa del licenziamento, ritenendo da un lato il lavoratore oggettivamente inadempiente all'obbligo di comunicazione del recapito, e, dall'altro, che l'elemento dell'avvenuta spedizione della comunicazione nelle circostanze concrete non era idonea ad escludere sufficientemente la gravità del comportamento sul piano soggettivo, dato che la spedizione da uno Stato molto lontano e considerazioni sulla affidabilità del mezzo prescelto avrebbero richiesto quanto meno una telefonata di verifica al datore, e che alla compromissione del rapporto fiduciario concorrevano precedenti specifici.

prolungamento della permanenza all'estero dovrà essere coerente con il tipo e la gravità della patologia addotta, valutazione da effettuarsi anche sulla base di ogni ulteriore informazione che il dipendente vorrà offrire (es. residenza all'estero di congiunti di supporto, ecc.).

Tra le innovazioni degli anni recenti, non poche sono conseguenza dell'evoluzione tecnologica. A seguito del rinvio all'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001 da parte dell'art. 25 della l. n. 183/2010, anche l'informatizzazione delle certificazioni d'infermità[48] è ora egualmente estesa ai dipendenti privati e pubblici (in chiusura della XVI legislatura, tale disciplina è stata estesa anche ad una parte del personale pubblico non contrattualizzato[49]). Anche per i dipendenti pubblici, è stato fin da subito competente il sistema telematico dell'Inps[50], ente che peraltro ha inglobato l'Inpdap a seguito del d.l. n. 201/2011[51]. Per la gestione da parte

[48] Cfr. in particolare il d.m. 18 aprile 2012 del Ministero della salute di concerto con quelli del lavoro e dell'economia, in *Gazz. uff.* 4 giugno 2012 n. 128, che modifica il decreto interministeriale 26 febbraio 2010 dei Ministeri della salute e del lavoro, di definizione delle modalità tecniche per la predisposizione e l'invio telematico dei dati delle certificazioni di malattia al sistema di accoglienza centrale predisposto dal Ministero dell'economia e delle finanze, in *Gazz. uff.* 19 marzo 2010 n. 65; il d.m. 2 febbraio 2009 del Ministero dell'economia e delle finanze di «Attuazione dell'articolo 50, comma 5 *bis* della legge 24 novembre 2003, n. 326, concernente il collegamento telematico in rete dei medici prescrittori del Servizio sanitario nazionale», in *Gazz. uff.* 10 marzo 2009 n. 57; nonché il d.p.c.m. 26 marzo 2008 di «Attuazione dell'articolo 1, comma 810, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, in materia di regole tecniche e trasmissione dati di natura sanitaria, nell'ambito del Sistema pubblico di connettività», in *Gazz. uff.* 28 maggio 2008 n. 124. Cfr. anche la circolare Inps n. 117 del 9 settembre 2011, la circolare Inps n. 164 del 28 dicembre 2010, la circolare Inps n. 119 del 7 settembre 2010, la circolare Inps n. 60 del 16 aprile 2010, le circolari del Dipartimento della Funzione pubblica n. 1 del 23 febbraio 2011, n. 2 del 28 settembre 2010, n. 1 dell'11 marzo 2010. Si segnala inoltre che l'art. 7 comma 3 del d.l. n. 179/2012, come convertito, ha esteso la certificazione telematica anche alla fruizione delle tutele per la genitorialità, sostituendo il comma 3 dell'articolo 47 del t.u. n. 151/2001.

[49] Resta escluso, poco comprensibilmente, il personale delle forze armate e dei corpi armati dello Stato e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco: cfr. l'art. 7 del d.l. n. 179/2012, convertito con l. n. 221/2012.

[50] Cfr. la nota informativa Inpdap n. 1 del 9 agosto 2010.

[51] Decreto convertito con l. n. 214/2011.

dell'Inps dei dati personali relativi alle certificazioni di malattia, sono state emanate apposite indicazioni[52].

Il datore di lavoro viene a conoscenza (non dell'intera certificazione bensì) soltanto dell'attestazione di malattia[53], recante la prognosi ma non la diagnosi della patologia comportante l'assenza dal lavoro. Nel caso insorga contenzioso in proposito, viene meno il diritto del lavoratore alla riservatezza sulla diagnosi, in quanto per regola generale prevale il diritto di agire e difendersi in giudizio[54].

Rispetto alla riservatezza della diagnosi, fanno eccezione le ipotesi in cui la disciplina di legge o di contratto stabilisce un trattamento più favorevole, come ad esempio i casi di mancato compu-

[52] Cfr. in particolare le circolari Inps 12 settembre 2008 n. 87 e 6 marzo 2007 n. 50.

[53] Questa regola di riservatezza fu stabilita dall'art. 2 comma 2 del d.l. n. 663/1979 convertito con l. n. 33/1980 e ripetutamente modificato, nonché dall'art. 6 comma 3 del d.m. 15 luglio 1986 «Disciplina delle visite mediche di controllo dei lavoratori da parte dell'Istituto nazionale della previdenza sociale, ai sensi dell'art. 5, comma 12 e seguenti, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463», raccogliendo il consenso soltanto di una parte della dottrina (per una critica coeva vedi ad es. MAZZOTTA, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro* cit., 17-18). Tale regola è stata costantemente ribadita nella normativa: vedi ad es. l'art. 7 del d.p.c.m. 26 marzo 2008 di «Attuazione dell'articolo 1, comma 810, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, in materia di regole tecniche e trasmissione dati di natura sanitaria» cit. Per un'applicazione con riguardo all'indicazione della diagnosi nei certificati di malattia del personale del Corpo di polizia penitenziaria, vedi il provvedimento di divieto del 30 ottobre 2008 n. 1569552 del Garante della *privacy* nei confronti del Ministero della giustizia-Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria. Secondo alcune opinioni, tale regola che preclude al datore di conoscere la diagnosi meriterebbe un qualche ripensamento: vedi DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 117; ICHINO, *Malattia del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, 1990, 5; PISANI, *Assenteismo e rimedi*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2008, fasc. 12, inserto cit., 55; possibilista in tal senso anche ZOLI, *Assenteismo e rimedi*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2008, fasc. 12, inserto cit., 74. Il punto è delicato: nella larga parte delle circostanze, l'interesse del lavoratore alla riservatezza potrebbe non essere preponderante, ma per talune patologie e situazioni è invece cruciale. Sicché ogni eventuale rivisitazione di tale regola da parte del legislatore dovrebbe essere cauta; ossia dovrebbe escludersi una generalizzata e immediata conoscenza datoriale della diagnosi formulata dal curante di fiducia del dipendente, potendo però immaginarsi, come accennato *supra*, un meccanismo legale che permetta al datore di conoscere e far ponderare tale diagnosi senza necessità d'instaurare contenzioso.

[54] Vedi l'art. 24 comma 1 lett. *f* e art. 26 comma 4 lett. *c*, nonché art. 92, del d.lgs. n. 196/2003.

to ai fini del comporto o di mancata decurtazione retributiva per terapie particolari nel caso di patologie gravi, nonché i benefici per portatori di handicap e i loro familiari[55], ecc. In tali casi, la presentazione all'amministrazione in forma cartacea della certificazione completa della diagnosi è configurabile come un onere per il lavoratore, al fine di ottenere il trattamento speciale[56]. L'assenza dal lavoro è invece giustificata già con l'attestazione di malattia. Per le situazioni che esonerano dal rispetto delle fasce orarie, invece, il sistema telematico comprende l'apposita casella per la generica indicazione di sussistenza dei presupposti per queste «agevolazioni normative»[57].

Il nuovo sistema telematico comporta vantaggi importanti, consentendo il contenimento dei costi nella gestione documentale e l'incremento d'efficacia nella vigilanza su eventuali anomalie statistiche dei tassi d'assenza dei singoli lavoratori[58], nonché del comportamento di ciascun medico.

Il nuovo sistema comporta un miglioramento anche in termini di chiarezza della certificazione; il protocollo informatico obbliga infatti il medico a distinguere la casistica: nuova certificazione, rettifica (ammessa solo entro il periodo di prognosi), continuazione di certificato, annullamento (ammesso solo entro il giorno successivo all'emissione del certificato), ecc. Vengono inoltre superati i problemi di completezza e intelligibilità della certificazione (mancanza di data o degli estremi d'identificazione del medico, abrasioni, cor-

[55] Per le situazioni di handicap *ex* art. 3 della l. n. 104/1992, l'art. 39 della l. n. 488/1998 ammette l'autocertificazione da parte della persona portatrice di handicap. Sulla disciplina delle aspettative, congedi e permessi in favore dei disabili e i loro familiari, dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 119/2011, vedi la circolare n. 1/2012 del Dipartimento della Funzione pubblica.

[56] La circolare del Dipartimento della Funzione pubblica 28 settembre 2010 n. 2 stabilisce che in tali ipotesi speciali il medico rilasci in forma cartacea una copia del certificato completa della diagnosi da presentare all'amministrazione.

[57] Cfr. il citato d.m. 18 aprile 2012 del Ministero della salute.

[58] Per i dati distinti per comparto, aggiornati mensilmente, cfr., oltre che il sito ufficiale del Dipartimento della Funzione pubblica, i siti www.perlapa.gov.it e www.spt.mef.gov.it predisposti per la gestione unificata di alcuni degli adempimenti lavoristici a carico delle amministrazioni pubbliche. Sugli obblighi delle amministrazioni di pubblicazione *on line* dei tassi di presenza dei dipendenti, vedi le circolari n. 3/2009 e n. 5/2009 del Dipartimento della Funzione pubblica, nonché da ultimo l'art. 16 comma 3 del d.lgs. n. 33/2013.

rezioni che dovrebbero essere siglate da parte del medico, comprensione della grafia, ecc.). Resta fermo che la prognosi deve risultare espressamente: nel particolare caso di dimissioni dal ricovero ospedaliero c.d. protette, cioè con indicazione di successiva visita di controllo programmata, il lavoratore potrebbe anche aver recuperato la propria capacità al lavoro, sicché l'eventuale incapacità lavorativa deve essere documentata con certificazione rilasciata dall'ospedale o dal medico curante[59].

Il sistema comporta vantaggi anche per i lavoratori, in quanto la disponibilità delle certificazioni sul sito *web* dell'Inps facilita al dipendente il monitoraggio delle proprie assenze, anche in relazione all'eventuale approssimarsi del raggiungimento del limite di comporto[60]. L'Inps mette telematicamente a disposizione anche delle amministrazioni le attestazioni di malattia, rendendone superflua la spedizione al datore da parte del lavoratore imposta dalla contrattazione collettiva e dall'art. 2 comma 2 del d.l. n. 663/1979, come modificato dal comma 149 dell'art. 1 della l. n. 311/2004[61].

L'obbligo del lavoratore di recapitare l'attestazione di malattia o della sua prosecuzione al datore entro il termine legale di due giorni, prorogato se la scadenza cade in giorno festivo, permane nei casi in cui il medico segnali al lavoratore un malfunzio-

[59] Il citato d.m. 18 aprile 2012 del Ministero della salute prevede la prossima implementazione di un apposito regime delle certificazioni telematiche di inizio dei ricoveri ospedalieri, per i quali sarà possibile creare un'attestazione di malattia, con data finale definibile in occasione delle successive dimissioni, sede nella quale sarà necessario specificare la durata dell'eventuale infermità per convalescenza.

[60] Vi sono quattro maniere per il lavoratore di consultare la propria documentazione: sul sito *web* dell'Inps tramite numero del certificato o credenziali d'accesso, oppure ricevendola per posta elettronica certificata o semplice: cfr. l'allegato al citato d.m. 18 aprile 2012 del Ministero della salute.

[61] Cfr. le circolari Inps n. 119 del 7 settembre 2010 e n. 60 del 16 aprile 2010. Per quanto riguarda i datori di lavoro privati, invece, il recapito telematico delle attestazioni di malattia dei propri dipendenti da parte dell'Inps avviene solo su richiesta facoltativa del datore stesso, in base al vigente testo dell'art. 2 comma 2 del d.l. n. 663/1979, sicché potrebbe ritenersi che i lavoratori non siano esonerati dalla spedizione del certificato con raccomandata: cfr. IMBERTI, *Art. 25 (Certificati di malattia)* cit., 194. I lavoratori hanno comunque l'obbligo di segnalare il numero di protocollo del proprio certificato medico al datore privato che lo richieda.

namento degli apparati informatici, nonché nei casi in cui il nuovo sistema non sia ancora a regime, come ad esempio nelle strutture ospedaliere[62].

Salvo che nel caso di malattia in ferie, trattasi non di un mero onere probatorio che il lavoratore rispetta nel proprio interesse alla più convincente dimostrazione della malattia, qualora contestata; si tratta invece di un vero e proprio obbligo che la legge stabilisce nell'interesse della controparte datoriale[63]. Merita ricordare che la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 del d.l. n. 663/1979, nel testo sostituito dall'art. 15 della l. n. 155/1981, nella parte in cui non consente al lavoratore di addurre e provare l'esistenza di un giustificato motivo del ritardato invio del certificato medico[64]. Seppure quest'ultimo debba essere prodotto in originale all'amministrazione d'appartenenza, il suo anticipo via fax o email può considerarsi valido ai fini del rispetto del termine.

Resta fermo l'obbligo del lavoratore, esplicitato anche dalla contrattazione collettiva, d'informare tempestivamente il datore della propria infermità, compreso il suo prolungamento, e dell'indirizzo di reperibilità, qualora diverso dal domicilio noto al datore (temporanea dimora, ricovero in struttura sanitaria, ecc.). Il sistema di certificazione telematica consente al medico d'inserire nell'attestazione di malattia l'indicazione del domicilio temporaneo, la cui correttezza e completezza è dovere del lavoratore verificare[65]. Di tale informazione il datore deve tenere conto, anche ai fini della gestione dei procedimenti disciplinari[66].

---

[62] Negli ospedali il sistema telematico dovrebbe entrare a regime nel marzo 2014, secondo quanto stabilisce il citato d.m. 18 aprile 2012 del Ministero della salute.

[63] DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 127-137.

[64] Corte cost. 29 dicembre 1988 n. 1143, in *Mass. giur. lav.*, 1988, 796. La giurisprudenza tende a valutare con una certa comprensione per il lavoratore la sussistenza del giustificato motivo della mancata spedizione: recentemente, vedi Cass. 12 luglio 2012 n. 271, in *Lav. giur.*, 2013, 271, con nota di MUGGIA, *Licenziamento per ritardata comunicazione della malattia e ricorso in Cassazione per violazione della contrattazione collettiva*.

[65] Così, condivisibilmente, la circolare Inps n. 117 del 9 settembre 2011, ove si precisa che a tale fine il medico è tenuto, se richiesto dal lavoratore, a rilasciare, al momento della visita, copia cartacea del certificato e dell'attestato di malattia

3. *L'ampliata reperibilità domiciliare*

Come ribadisce la contrattazione collettiva, i dipendenti assenti dal lavoro per malattia, ancorché autorizzati dal curante ad uscire dalla propria abitazione, sono tenuti a permanere in taluni orari presso l'abitazione stessa per l'eventuale controllo, consistente in una visita medica[67].

La disciplina dei controlli domiciliari delle assenze per malattia è stabilita dall'art. 5 del d.l. n. 463/1983[68] ed è espressamente estesa al pubblico impiego tramite il comma 15 di tale articolo. Anche dopo la privatizzazione degli anni '90, dunque, continua ad applicarsi al lavoro pubblico la relativa regolamentazione attuativa, emanata ai sensi del comma 13 dell'art. 5 predetto: in particolare[69],

telematici, come chiarito dalla circolare congiunta del Ministero del lavoro e del Dipartimento della Funzione pubblica n. 4 del 18 marzo 2011.

[66] Per un caso in cui il lavoratore in malattia aveva indicato un domicilio temporaneo al quale l'amministrazione aveva difficoltà a recapitare una comunicazione disciplinare, vedi il provvedimento del Garante della *privacy* 3 febbraio 2009 n. 1597590 intitolato «Lavoro pubblico e reperibilità del dipendente assente per malattia», ove si conferma la facoltà del datore pubblico di trasmettere i dati personali del lavoratore in malattia ai fini della notifica tramite altre amministrazioni (la locale stazione dei Carabinieri, nella specie). Che il datore sia obbligato a tenere conto delle comunicazioni di domicilio temporaneo del lavoratore è confermato dal novellato art. 7 comma 4 della l. n. 604/1966, in base al quale l'invito alla conciliazione presso la Dpl si considera validamente effettuato quando è recapitato al domicilio del lavoratore indicato nel contratto di lavoro o ad altro domicilio formalmente comunicato dal lavoratore al datore, oltre che tramite consegna al lavoratore che ne sottoscrive copia per ricevuta. Similmente dispone l'art. 4 comma 20 della l. n. 92/2012 per la comunicazione contenente l'invito alla convalida delle dimissioni.

[67] L'art. 5 comma 10 del d.l. n. 463/1983 prefigura la possibilità di «accertamenti preliminari al controllo stesso anche mediante personale non medico», potenzialmente utili soprattutto nei momenti di più diffusa morbilità, ma a tale precetto non risulta sia stata data attuazione. Come è stato notato, l'assenza in occasione di tali accertamenti non sembra poter comportare conseguenze negative, poiché la sanzione di legge è limitata al caso di assenza alla «visita di controllo»: DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 221.

[68] Decreto convertito con l. n. 638/1983.

[69] Vedi anche il d.m. del Ministero della sanità 25 febbraio 1984 e il d.m. del Ministero della sanità 8 gennaio 1985. Sui compensi dei medici incaricati, vedi il d.m. del Ministero del lavoro 8 maggio 2008.

il d.m. 15 luglio 1986[70], il d.m. 18 aprile 1996[71] e il d.m. 12 ottobre 2000[72]. La Consulta peraltro ha ribadito che in proposito prevale per gli aspetti lavoristici la competenza normativa statale[73], seppure soprattutto per il pubblico impiego gli apparati amministrativi deputati al controllo sanitario domiciliare siano regionali[74].

Da tempo è assodato che la richiesta datoriale crei un obbligo per il soggetto pubblico di espletare la visita, senza potere discrezionale alcuno[75]. L'art. 3 del d.m. del 1986 impone che la visita domiciliare venga svolta nella stessa giornata, se la richiesta datoriale è effettuata nelle ore antimeridiane; altrimenti non oltre la giornata seguente, dunque con impossibilità di controllo per le assenze di un solo giorno da un turno lavorativo pomeridiano, qualo-

[70] D.m. 15 luglio 1986 «Disciplina delle visite mediche di controllo dei lavoratori da parte dell'Istituto nazionale della previdenza sociale, ai sensi dell'art. 5, comma 12 e seguenti, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, nella legge 11 novembre 1983, n. 638», in *Gazz. uff.* 24 luglio 1986 n. 170.

[71] D.m. 18 aprile 1996 «Integrazioni e modificazioni al decreto ministeriale 15 luglio 1986 concernente le visite mediche di controllo dei lavoratori da parte dei medici iscritti nelle liste speciali dell'INPS», in *Gazz. uff.* 29 aprile 1996 n. 99.

[72] D.m. 12 ottobre 2000 «Integrazioni e modifiche al d.m. 18 aprile 1996 concernente la disciplina delle visite mediche di controllo dei lavoratori da parte dell'Istituto nazionale della previdenza sociale, ai sensi dell'art. 5, comma 12 e seguenti, del d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, nella l. 11 novembre 1983, n. 638», in *Gazz. uff.* 8 novembre 2000 n. 261.

[73] Corte cost. 29 aprile 2010 n. 151, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 113, con nota di BENEDETTI, *Lavoro privato, lavoro pubblico e «ordinamento civile»: quali spazi per le regioni?*; cfr. anche il commento di ALTIMARI, *Disciplina del personale regionale e competenza in materia di ordinamento civile: si consolida l'orientamento della Consulta*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 364. *Amplius* sul modello di disciplina risultante a seguito della riforma del 2009, certamente non privo di profili problematici, vedi G. RICCI, *L'applicazione della riforma Brunetta nel sistema delle autonomie* cit., 507, 509 ss.

[74] Alle regioni è assegnata la generale competenza amministrativa in materia di sanità, come ben noto; e più specificamente l'art. 2 (comma 3, che dopo la novellazione del 2004 è divenuto il) comma 4 del d.l. n. 663/1979 stabilisce che «le eventuali visite di controllo sullo stato di infermità del lavoratore, ai sensi dell'articolo 5 della legge 20 maggio 1970, n. 300, o su richiesta dell'Istituto nazionale della previdenza sociale o della struttura sanitaria pubblica da esso indicata, sono effettuate dai medici dei servizi sanitari indicati dalle regioni». Anche l'art. 5 comma 10 del d.l. n. 463/1983 ribadisce la competenza regionale, ma il comma 12 ammette la possibilità dell'Inps di creare proprie liste di medici appositamente convenzionati.

[75] Es. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 177.

ra preannunciate con poco anticipo. Le strutture sanitarie stanno attualmente informatizzando i procedimenti di gestione delle richieste datoriali di visite domiciliari e, nel futuro prossimo, potranno essere attivati sistemi telematici regionali a tal fine[76]. Secondo detto decreto ministeriale, l'esito della visita dovrebbe essere comunicato al datore nelle successive ventiquattro ore, seppure nella prassi talora si attenda l'esito della visita ambulatoriale successiva all'eventuale mancato reperimento domiciliare.

Con i recenti interventi normativi, la riduzione dei tassi d'assenza per malattia nel pubblico impiego è stata perseguita imponendo l'aumento dei controlli domiciliari, facilitati da un contestuale allargamento delle fasce orarie di obbligatoria reperibilità. Salvo il caso in cui l'assenza si verifica nelle «giornate precedenti o successive a quelle non lavorative» per il singolo dipendente[77] (comprese quindi quelle adiacenti alle ferie[78]), è stato eliminato l'obbligo per le amministrazioni di disporre sempre la visita medica domiciliare, rimasto in vigore per qualche tempo[79]. Dopo le modifiche stabilite dall'art. 16 del d.l. n. 98/2011[80], il comma 5 dell'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001 prescrive che le pubbliche amministrazioni dispongono la visita medica domiciliare nei confronti dei dipendenti assenti per malattia «valutando la condotta complessiva del dipendente e gli oneri connessi all'effettuazione della visita, tenendo conto dell'esigenza di contrastare e prevenire

[76] Per quanto riguarda l'Inps, invece, l'informatizzazione della gestione delle visite mediche di controllo è ormai completata: vedi il messaggio n. 4344/2012.

[77] Cfr. anche la circolare del Dipartimento della Funzione pubblica n. 10 del 1 agosto 2011.

[78] In tale senso depone il parere 21 novembre 2011 del Dipartimento della Funzione pubblica, ove si specifica che ai fini della obbligatorietà della richiesta di visita domiciliare di controllo debbono intendersi comprese le assenze consecutive anche a giornate "soggettivamente" non lavorative, ove la prestazione sia distribuiva su turni (es. personale di Polizia).

[79] Allo scopo di contenere i costi e di non sovraccaricare gli apparati sanitari di controllo, le indicazioni ministeriali suggerivano d'interpretare con una qualche elasticità l'obbligo di disporre sempre la visita medica domiciliare, che era stato introdotto con l'art. 71 comma 3 del d.l. n. 112/2008: cfr. la circolare n. 1/2009 del Dipartimento della Funzione pubblica.

[80] Con il comma 10 del suo art. 16, lo stesso d.l. n. 98/2011 ha inoltre esteso l'applicabilità di queste regole sui controlli pure al personale pubblico non privatizzato.

l'assenteismo». In effetti l'obbligatorietà del controllo domiciliare per ogni assenza era perlomeno antieconomica.

Il parziale automatismo residuo, per le giornate adiacenti ai giorni festivi, ha l'evidente funzione di scoraggiare le assenze finalizzate ad un illegittimo allontanamento da casa, nonché ad evitare che possano esservi dipendenti nei confronti dei quali per ragioni indebite non viene mai disposto alcun controllo domiciliare. Da detto automatismo comunque può anche risultare un miglioramento del clima dell'ambiente lavorativo[81], in quanto parzialmente solleva il dirigente (o comunque il responsabile della struttura alla quale il dipendente assente è assegnato) da una scelta che potrebbe talora essere vissuta non positivamente dal dipendente stesso, a ragione o a torto.

Da quest'ultimo punto di vista, l'automatismo della visita medica domiciliare nelle giornate adiacenti a quelle non lavorative sembrerebbe implicare, in un qual modo, una logica non dissimile a quella dei «sistemi di selezione automatica» necessari alle visite personali ai fini della tutela del patrimonio aziendale ai sensi dell'art. 6 St. lav. V'è però l'importante differenza che, nel caso delle visite fiscali adiacenti a giornate festive, la parte datoriale è vincolata non solo sul "chi" controllare ma anche sul "se" controllare. Sicché la logica adottata da questa recente normativa piuttosto sembra quella identificata[82] come una delle linee portanti del d.lgs. n. 150/2009, ossia liberare il dirigente pubblico da eventuali interessi o pressioni indebiti sottraendogli margini decisionali, tramite l'introduzione di vincoli legali dettagliati all'esercizio dei poteri datoriali.

In aggiunta alle visite fiscali disposte automaticamente, dovrebbero non mancare quelle disposte dai dirigenti (pure senza at-

[81] Propende invece nel senso che l'intensificazione dei controlli possa peggiorare il clima lavorativo MALZANI, *I controlli sulla malattia tra tutela della salute e lotta all'assenteismo*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 524; parimenti esprime dubbi sull'impostazione legislativa NICOLOSI, *Malattia e retribuzione di risultato nell'area VI: dirigenti e professionisti dell'Inps*, in *Dir. merc. lav.*, 2012, 91.

[82] B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità* cit., 6 ss.

tendere la comunicazione della malattia[83], qualora non tempestiva rispetto all'orario di lavoro previsto, anche perché altrimenti per le assenze di più breve durata la possibilità di controllo rischierebbe di essere vanificata[84]). Tra le variabili su cui essi sono, o perlomeno dovrebbero essere, valutati è sovente incluso il grado di successo nella riduzione delle assenze per malattia del personale assegnato. Il comma 6 dell'art. 55 *septies* richiama al proposito l'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 sulla responsabilità dirigenziale ed il mancato raggiungimento degli obiettivi, nonché l'art. 55-*sexies* comma 3 del medesimo decreto legislativo, articolo riguardante la responsabilità per mancato esercizio dell'azione disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici inadempienti.

Nella valutazione del dirigente assume rilievo anche il costo. Per il pubblico impiego, i commi 5 *bis* e 5 *ter* dell'art. 55 *septies* addossavano alle regioni gli oneri finanziari derivanti dalle visite domiciliari di controllo. Tali commi però sono stati dichiarati illegittimi dalla Corte costituzionale nel 2010[85], con la conseguenza che le aziende sanitarie sono legittimate ad addebitare detti oneri finanziari anche ai datori pubblici[86]. Restano salve le norme specia-

[83] Es. Cass. 1 marzo 2004 n. 4163, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 827, con nota di BARRACO, *Assenza del lavoratore, mancata comunicazione della malattia e richiesta della visita di controllo in via cautelare.* Si tratta di orientamento risalente a un oltre trentennio fa: in questo senso, in dottrina, vedi già MAZZOTTA, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro* cit., 6.

[84] VALLEBONA, *Infermità e idoneità dei lavoratori (accertamenti sulla)*, in *Noviss. dig. it.*, app. IV, Utet, Torino, 1983, 195.

[85] Corte cost. 10 giugno 2010 n. 207, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 399, con nota di NAVILLI, *Gli accertamenti medico-legali sui dipendenti assenti per malattia: tra competenza legislativa esclusiva o concorrente e autonomia finanziaria regionale*, e in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, 681, con nota di D'ARCANGELO, *Accertamenti medico-legali sui dipendenti pubblici, competenza legislativa concorrente delle Regioni e onere finanziario a carico delle amministrazioni*. Tale normativa non è, infatti, ascrivibile ad alcun titolo di competenza legislativa esclusiva dello Stato e, trattandosi di normativa di dettaglio in materia di «tutela della salute», si pone in contrasto con l'art. 117 terzo comma della Costituzione. Sui livelli essenziali delle prestazioni all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione, vedi ALES, *Diritti di cittadinanza sociale e «livello essenziale di prestazione» nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull'«uguaglianza solidale»*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, 349 ss.

[86] Per i conseguenti stanziamenti d'urgenza, vedi l'art. 17 comma 5 del d.l. n. 98/2011.

li: un'apposita previsione è stata introdotta per i costi delle visite fiscali al personale scolastico[87], rispetto al quale si era manifestata una particolare problematicità[88].

Per quanto riguarda la reperibilità domiciliare in caso di malattia, per il pubblico impiego ormai da qualche anno non valgono più le tradizionali fasce dalle ore 10 alle 12 e dalle ore 17 alle 19, stabilite dalla contrattazione collettiva sulla base dell'art. 4 del citato d.m. 15 luglio 1986.

Il legislatore è intervenuto quattro volte, in rapida sequenza. In un primo momento, l'art. 71 comma 3 seconda parte del d.l. n. 112/2008, come convertito[89], aveva stabilito per i dipendenti pubblici le fasce dalle ore 8.00 alle 13.00 e dalle ore 14.00 alle 20.00. Tale dilatazione, probabilmente eccessiva[90], delle fasce orarie è stata eliminata dall'art. 17 comma 23 del d.l. n. 78/2009, venendo così temporaneamente meno la differenza in proposito tra lavoro pubblico e privato.

---

[87] Cfr. l'art. 5 *bis* del d.l. n. 198/2011, introdotto dall'art. 14 comma 27 del d.l. n. 95/2012, che stabilisce che a decorrere dall'esercizio finanziario 2012, la quota di pertinenza del Ministero dell'istruzione degli stanziamenti di cui al medesimo articolo «è destinata al rimborso forfetario alle regioni delle spese sostenute per gli accertamenti medico-legali sul personale scolastico ed educativo assente dal servizio per malattia effettuati dalle aziende sanitarie locali»; entro il novembre di ciascun anno, il Ministero dell'istruzione deve ripartire detto fondo tra le regioni, in proporzione all'organico. Dal 2012, le istituzioni scolastiche ed educative statali non sono così tenute a corrispondere alcuna somma per detti accertamenti medico-legali.

[88] Cfr. Cass. civ., sez. trib., 28 maggio 2008 n. 13992, in *Ragiusan*, 2009, fasc. 301, 124.

[89] Decreto convertito con l. n. 133/2008.

[90] Critici in proposito M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro dopo il d.l. 112 del 2008*, in *Lav. giur.*, 2008, 977; CASILLO, *La malattia del dipendente pubblico,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 393 ss.; GRAGNOLI, *Novità in tema di rapporto di lavoro pubblico* cit., 193; POSO, *Le certificazioni e le prestazioni sanitarie*, in CINELLI, FERRARO, *Lavoro, competitività,* welfare*, 2.: dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, vol. II, Utet, Torino, 2009, 309; BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 105/2010, 30. Da parte di un minoritario orientamento, invece, l'estensione delle fasce ad 11 ore al giorno era ritenuta apprezzabile: cfr. ad esempio ANGIELLO, BUBBICO, *Assenteismo e rimedi*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2008, fasc. 12, inserto cit., 8.

Nel trasferire la disciplina in discorso dal d.l. n. 112/2008 al t.u. del pubblico impiego di cui al d.lgs. n. 165/2001, il d.lgs. n. 150/2009 è poi intervenuto attribuendo al Ministro per la pubblica amministrazione il potere di determinare le fasce orarie con proprio decreto. Tale attribuzione è rimasta anche nel testo dell'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001 successivo alle modifiche introdotte dal d.l. n. 98/2011, il cui art. 16 comma 10 ha inoltre precisato che queste regole valgono anche per il personale pubblico non contrattualizzato.

Attualmente, dunque, le fasce orarie di reperibilità domiciliare dei dipendenti pubblici in malattia sono stabilite dal d.m. n. 206 del 18 dicembre 2009[91]. Le fasce ivi stabilite ammontano a sette ore, distribuite dalle ore 9.00 alle 13.00 e dalle 15.00 alle 18.00. Il decreto ministeriale ribadisce che la reperibilità vincola «anche nei giorni non lavorativi e festivi», come già l'art. 5 comma 10 del d.l. n. 463/1983 aveva stabilito. Come indicava già l'art. 74 del d.lgs. n. 150/2009[92], questa disciplina vale in tutta Italia, senza che le regioni, nemmeno quelle a statuto speciale, possano introdurre deroghe: trattasi infatti di materia di competenza legislativa esclusiva statale, come confermato dalla Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittima una legge regionale che aveva stabilito fasce orarie diverse[93].

---

[91] In *Gazz. uff.* n. 15 del 20 gennaio 2010.

[92] L'art. 74 comma 1 del d.lgs. n. 150/2009 elenca l'art. 69 del d.lgs. n. 150/2009 (articolo che ha introdotto l'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001) tra le disposizioni che «rientrano nella potestà legislativa esclusiva esercitata dallo Stato, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere *l)* ed *m)*, della Costituzione»; vedi SALOMONE, *Ambito di applicazione del decreto. Disposizioni per Regioni, autonomie locali, amministrazioni del ssn ed altre amministrazioni*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 32 ss.; DENTICI, *Il pubblico impiego tra Stato, regioni ed enti locali. Ambito di applicazione*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 52 ss.; TROJSI, *La riforma del lavoro pubblico del 2009: riflessi sull'impiego regionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu* cit., vol. III, 1654 ss.; G. RICCI, *L'applicazione della riforma Brunetta nel sistema delle autonomie* cit., 521.

[93] Seppur riferita all'antecedente assetto normativo, nel quale l'art. 71 del d.l. n. 112/2008 fissava direttamente le fasce orarie di reperibilità, tale pronuncia può ritenersi tutt'ora rilevante; si tratta di Corte cost. 29 aprile 2010 n. 151 cit., che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 2, commi 1, 2 e 3, della l. della Regione Valle d'Aosta 2 febbraio 2009 n. 5. Il comma 1, che disciplina il

La descritta disciplina rappresenta una soluzione intermedia tra quanto era prescritto nel 2008 per i dipendenti pubblici (undici ore al giorno) e quanto stabilito antecedentemente per la generalità dei lavoratori (quattro ore al giorno). Salvo ritenere, poco convincentemente, che non sia ammissibile alcuna differenziazione in proposito tra lavoro privato e pubblico, tale assetto pare immune da eventuali critiche di costituzionalità[94]. Pare ragionevole che il contratto di lavoro, se normalmente implica trascorrere la giornata lavorativa occupati nelle proprie mansioni, possa comportare du-

potere dell'amministrazione pubblica di procedere a controlli sullo stato di malattia dei propri dipendenti, e il comma 2, che definisce le fasce orarie di reperibilità, strumentali alla concreta attuazione ed efficacia di quei controlli, regolano un'espressione particolare del più generale potere di controllo che l'ordinamento riconosce in capo al datore. La fonte di tale potere è il contratto di lavoro laddove si tende a garantire l'interesse della parte datoriale ad una corretta esecuzione degli obblighi del prestatore di lavoro. Trattandosi di uno dei poteri principali che l'ordinamento attribuisce ad una delle parti di un rapporto contrattuale (quello di lavoro subordinato), la relativa disciplina deve essere uniforme sul territorio nazionale e imporsi anche alle regioni a statuto speciale, essendo norme concernenti istituti del rapporto di pubblico impiego contrattualizzato e dunque riconducibili alla materia «ordinamento civile» che l'art. 117 comma 2 lett. *l* Cost., riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Per talune particolari amministrazioni, comunque, può rendersi necessario un atto d'adeguamento: così per la Banca d'Italia, su cui vedi Cass., sez. un., ord. 24 settembre 2010 n. 20161, in *De agostini professionale on line*.

[94] Parla di assetto non irragionevole anche il relativo parere del Consiglio di Stato reso nell'Adunanza della Sezione consultiva per gli atti normativi del 26 novembre-10 dicembre 2009 n. 7186, in www.giustizia-amministrativa.it. In ogni caso, pare opportuno segnalare la non pertinenza di richiami all'art. 13 della Costituzione italiana. In senso proprio, la protezione costituzionale della libertà personale non riguarda i vincoli civilistici nascenti dagli effetti legali di un rapporto inter-privato come quello di lavoro: cfr. Corte cost. 5 febbraio 1975 n. 23, in *Riv. dir. lav.*, 1975, II, 45, con nota adesiva di DONDI, *Accertamenti sanitari e problemi di costituzionalità*, sulla legittimità dell'art. 5 St. lav., e G. AMATO, *Art. 13*, in AA.VV., *Rapporti civili. Artt. 13-20*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1973, 51. Quand'anche violando le fasce orarie, al dipendente non è impedito uscire di casa. Quella che può eventualmente porsi è, piuttosto, una questione di dignità delle persone, di effettiva tutela del diritto alla salute e di razionalità dell'organizzazione di una pubblica funzione: in sintesi una questione di contemperamento tra valori primari, per il quale la Carta costituzionale non offre prescrizioni dettagliate. Vedi anche BALDUCCI, *Commento all'art. 5*, in GIUGNI (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979, 35, e SANTONI, *Sulla legittimità dei controlli delle assenze per malattia dei lavoratori* cit., 84; diversamente vedi ROMAGNOLI, *Commento all'art. 5* cit., 28 ss.

rante la malattia l'onere di rimanere a casa propria per un tempo analogo potendo svolgere qualunque attività che non pregiudichi la guarigione[95]. Tale onere è funzionale alla possibilità di controlli circa l'efficacia impeditiva della malattia rispetto allo svolgimento delle mansioni dedotte in contratto su richiesta del datore, ossia del creditore della prestazione lavorativa.

La seconda parte dell'art. 55 *septies* comma 5 *bis* del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce inoltre che il dipendente, qualora «debba allontanarsi dall'indirizzo comunicato durante le fasce di reperibilità per effettuare visite mediche, prestazioni o accertamenti specialistici o per altri giustificati motivi, che devono essere, a richiesta, documentati, è tenuto a darne preventiva comunicazione» all'amministrazione[96].

Tale regola, presente già nella contrattazione[97], pare finalizzata ad evitare che il datore richieda la visita domiciliare inutilmente. Permette inoltre di distinguere tra le assenze episodiche dettate da ragioni contingenti ed il mancato rispetto delle fasce orarie per il quale si confidi, all'occorrenza, sull'artata creazione *ex post* di una giustificazione dell'allontanamento dall'abitazione. Sicché la mancata previa comunicazione deve ritenersi violazione disciplinare, quand'anche per l'allontanamento dal domicilio sussistesse giustificazione. Possono ipotizzarsi particolari casi d'urgenza (es. motivi di salute) che legittimano l'allontanamento senza comunicazione previa o contestuale, ma si tratta di casi viepiù residuali alla luce del fatto che gli strumenti di comunicazione telefonica mobile sono ormai generalmente diffusi.

Nello stabilire le fasce orarie, il citato d.m. n. 206/2009 stabilisce alcune esenzioni. Poco coerente rispetto all'intento di disincentivare eventuali abusi pare la regola, stabilita dall'art. 2 comma 2 del decreto ministeriale, secondo cui sono esclusi «dall'obbligo di rispettare le fasce di reperibilità» i dipendenti nei confronti dei

[95] Seppur con riferimento alle più ridotte fasce orarie di quattro ore, così ICHINO, *Il contratto di lavoro. Sospensione del lavoro* cit., 94.

[96] Si segnala che, in base all'art. 16 comma 10 del d.l. n. 98/2011, pure questo comma è applicabile anche al personale pubblico non privatizzato.

[97] Cfr. ad es. l'art. 21 del Ccnl 6 luglio 1995 del comparto regioni e autonomie locali.

quali sia «stata già effettuata la visita fiscale per il periodo di prognosi indicato nel certificato». Tale esonero è una novità, limitata all'impiego pubblico. Infatti dall'art. 2 del citato d.m. 15 luglio 1986, che vieta una seconda visita domiciliare nella stessa giornata, si deduceva che un'ulteriore visita fosse possibile in giornata diversa, ferma restando la risarcibilità della condotta mobbizzante del datore tramite persecutoria richiesta di visite di controllo[98], ipotesi comunque remota, soprattutto nell'ambito del lavoro pubblico.

L'incongruità dell'esonero dalle fasce orarie nel periodo di prognosi successivo alla prima visita domiciliare emerge soprattutto nel caso di malattie che iniziano in giorno contiguo ad uno non lavorativo: dato che la seconda parte del comma 5 dell'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che in tali casi il controllo debba essere «in ogni caso richiesto sin dal primo giorno», l'esonero dalle fasce orarie, pure nel caso di prognosi di lunga durata risulta decorrere sempre già dal secondo giorno d'assenza (oppure dal terzo giorno, qualora la richiesta datoriale di visita di controllo sia stata formulata nel pomeriggio e dunque la visita si sia svolta il giorno successivo).

Con un tale esonero dalle fasce orarie, inoltre, si ostacola la (pur problematica[99]) possibilità per le amministrazioni di far ri-

[98] Cass. 19 gennaio 1999 n. 475, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 270, con nota di RONDO, secondo la quale è risarcibile il danno derivato al dipendente da un comportamento illegittimo e persecutorio del datore, consistito nella richiesta, a più riprese, all'Inps dell'effettuazione di visite mediche domiciliari di controllo dello stato di malattia del lavoratore, attestato dal certificato del medico curante, nonostante la malattia fosse stata già accertata dai controlli precedenti; nella specie il Supremo Collegio ha confermato la sentenza d'appello secondo la quale il comportamento del datore aveva causato un aggravamento della malattia del lavoratore tale da portare ad una invalidità permanente con riduzione della capacità di lavoro, riformandola, tuttavia, per quanto attiene alla determinazione del risarcimento del danno morale e di quello patrimoniale derivante dalla ridotta capacità di lavoro. Invece, per l'affermazione che le reiterate richieste di visite fiscali non comportino di per sé molestia bensì esercizio di un diritto del datore, vedi Cass. 30 settembre 2009 n. 23133, in *De agostini professionale on line*.

[99] In giurisprudenza si rinvengono precedenti che, negando meccanica prevalenza al successivo certificato medico che abbia ridotto la durata della prognosi, dichiarano illegittimo il licenziamento del lavoratore che non si sia attenuto a tale riduzione: cfr. Cass. 1 settembre 1987 n. 7167, in *Corriere giur.*, 1987, 1075, con nota di GUAGLIANONE. Alla luce di ciò, sarebbe utile un chiarimento del legislatore, che ad esempio assegni prevalenza al certificato del medico di controllo, o che

scontrare l'eventuale anticipo nel recupero psico-fisico rispetto alla durata della prognosi inizialmente stabilita[100], che è questione non secondaria nel caso d'assenze lunghe. Dato che lo scopo della norma (non è esonerare il lavoratore infermo dalle fasce orarie, bensì) è rafforzare i controlli, comunque, è da ritenere che il fatto che per ragioni organizzative la visita non venga domandata o non venga effettuata nei primi giorni non esoneri il lavoratore dalle fasce orarie prima dell'effettivo espletamento della visita. Oltretutto, poiché il comma 5 impone che il controllo domiciliare sia «in ogni caso richiesto» (non necessariamente espletato) sin dal primo giorno, può ritenersi possibile per il datore pubblico richiedere alle competenti strutture sanitarie di espletare il controllo anche a giorni di distanza dall'istanza, qualora sussistano ragioni per ritenere che tale mirata richiesta renda il controllo più utile.

Le fasce orarie, inoltre, hanno non solo la funzione di rendere possibile la visita medica domiciliare, ma anche quella di disincentivare le assenze per asserite malattie dettate invece dall'intento di svolgere attività, soprattutto lavorative, per conto proprio o altrui fuori casa.

Questa seconda funzione è forse la più rilevante, perlomeno sul piano pratico, dato che la visita domiciliare non si svolge con l'ausilio di strumenti diagnostici sofisticati e che, comunque, esistono infermità (es. cefalea) che possono non essere suscettibili di

perlomeno indichi espressamente le cautele che in buona fede il lavoratore dovrebbe adottare nel caso di riduzione della prognosi da parte del medico di controllo (*in primis* comunicare al datore la persistenza della propria indisponibilità al lavoro).

[100] La giurisprudenza maggioritaria ritiene prevalente il successivo certificato medico che riduca la durata della prognosi: da ultimo vedi Cass. 7 maggio 2013 n. 10552, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 1194, con nota di CASIELLO, che ha ritenuto legittimo il licenziamento per assenza ingiustificata dal lavoro nei giorni per i quali la prognosi era stata ridotta (vicenda invero particolare, nella quale la rilevanza disciplinare del comportamento del lavoratore era dovuta anche al fatto che il primo certificato non era stato tempestivamente trasmesso al datore). Come è stato notato, comunque, tale prevalenza non è un automatismo vincolante per il giudice, bensì deriva da una maggiore attendibilità del più recente certificato, soprattutto qualora emesso da medico imparziale: DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 161. Non mancano tuttavia opinioni diverse: per una panoramica vedi MANGIACAVALLI, *Sull'efficacia probatoria del certificato del medico di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 371 ss.

riscontro diagnostico. È inevitabile che per parecchie patologie uno dei principali indici di riscontro dell'incapacità lavorativa siano le sensazioni del paziente (nel caso di diagnosi c.d. riferita, peraltro, il certificato medico può limitarsi ad un'attestazione di quanto dichiara il lavoratore stesso, poiché la modulistica comprende il campo «dichiara di essere ammalato dal…» per la retrodatazione dell'infermità, non oltre il giorno antecedente[101]; salvo espressa indicazione diversa, la durata della prognosi si computa dall'inizio della malattia e non dalla successiva certificazione). Sicché, il contenimento delle possibilità di utilizzo abusivo dell'istituto della sospensione della prestazione lavorativa per malattia può ben annoverarsi tra i ragionevoli scopi della normativa stessa.

Orbene, rispetto a tutto ciò forse non è coerente la predetta preclusione generale della possibilità di una seconda visita domiciliare non preavvisata, anche perché le amministrazioni pubbliche non hanno sempre propensione a perseguire i possibili comportamenti inadempienti, e tantomeno a procurarsene riscontri oggettivi tramite testimonianze o altri approfondimenti[102]. Di fatto, nel pub-

[101] Tale prassi è pacificamente ammessa: vedi ad es. l'orientamento Aran ral516 del 5 giugno 2011. A parte questa speciale prassi, la non giustificabilità dell'assenza dal lavoro tramite una certificazione posteriore all'assenza stessa è pacifica: es. Cass. 7 maggio 2013 n. 10552 cit. Si segnala inoltre Corte app. Roma 16 gennaio 2004, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 601, con nota di COVI, *Quando il medico certifica soltanto la dichiarazione del lavoratore circa lo stato di malattia*, che ha ritenuto che non costituisce prova idonea della sussistenza dell'infermità che giustifica l'astensione dal lavoro un certificato nel quale il medico curante si limita ad attestare che il lavoratore dichiara di soffrire o di aver sofferto di un determinato disturbo.

[102] Le investigazioni sono possibili anche da parte dei datori pubblici: vedi anche l'orientamento applicativo Aran ral557. L'orientamento che ammette investigazioni datoriali su fatti attinenti alle obbligazioni lavorative è consolidato da decenni: cfr. la giurisprudenza richiamata criticamente da ROMAGNOLI, *Commento all'art. 5* cit., 31; recentemente vedi ad es. Cass. 21 marzo 2011 n. 6375, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 728, con nota di DI FRANCESCO; Cass. 3 dicembre 2002 n. 17128, in *Not. giur. lav.*, 2003, 223; Cass. 13 aprile 1999 n. 3647, in *Foro it. on line*, e Cass. 3 maggio 2001 n. 6236, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 345, con nota adesiva di BARTALOTTA, *Malattie «diplomatiche» e poteri di controllo del datore di lavoro*, e in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, 55, con nota adesiva di VALENTE, *Accertamento della malattia e tutela della riservatezza: sui limiti del potere datoriale di utilizzare investigatori privati per contrastare il fenomeno dell'assenteismo abusivo*. Nello stesso senso il Garante per la protezione dei dati personali: *Newsletter*, 14 gennaio 2001 n. 8, in www.garanteprivacy.it. In argomento vedi la autorizza-

blico impiego la visita domiciliare è l'unico mezzo d'emersione anche per le situazioni d'abuso più vistose.

Seppure il decreto ministeriale del 2009 non lo stabilisca espressamente, è fuori di dubbio che l'esonero valga solo qualora la prima visita si sia regolarmente svolta ed abbia confermato la prognosi formulata dal curante. È infatti tutt'ora in vigore la disciplina sull'apparato sanzionatorio differenziato tra primo e secondo allontanamento ingiustificato dall'abitazione[103]. Come conferma la formulazione dello stesso art. 2, inoltre, il prolungamento dell'astensione con un nuovo certificato rende possibile una nuova visita domiciliare, anche perché la visita è, o dovrebbe essere, finalizzata pure a verificare la congruità tra la prescritta durata dell'astensione e lo stato patologico riscontrato.

In ogni caso, l'esonero prefigurato dall'art. 55 *septies* comma 5 *bis* del d.lgs. n. 165/2001, di cui il citato d.m. n. 206/2009 è attuazione, risulta riguardare solo «il regime delle esenzioni dalla reperibilità» nelle fasce orarie ivi stabilite. Soprattutto nel caso in cui emergano fatti che portino a dubitare della permanente infermità, deve ritenersi che resti possibile, su domanda del datore o d'ufficio, effettuare una visita medica di controllo, previa convocazione o appuntamento con il lavoratore. Sulla base dell'art. 2 (comma 3, che dopo la novellazione del 2004 è divenuto il) comma 4 del d.l. n. 663/1979, le visite di controllo erano possibili anche prima dell'introduzione della disciplina legale delle fasce orarie di reperibilità[104].

L'art. 2 comma 1 del citato d.m. n. 206/2009 introduce anche altre eccezioni all'obbligatorio rispetto delle fasce orarie di reperibilità domiciliare (e, allo scopo d'evitare visite domiciliari inutili, il sistema di certificazione telematica permette al medico d'aggiungere un'indicazione apposita[105]). Tali ulteriori ipotesi d'esonero so-

---

zione generale del Garante della *privacy* n. 6/2012 al trattamento dei dati sensibili da parte degli investigatori privati, in *Gazz. uff.* 4 gennaio 2013 n. 3.

[103] Su cui vedi *infra* nel § seguente.

[104] Cfr. DONDI, *L'indennità di malattia dopo la riforma* cit., 105 ss.

[105] Il citato d.m. 18 aprile 2012 del Ministero della salute stabilisce nelle certificazioni telematiche l'apposito campo di compilazione «agevolazioni normative» per la segnalazione di: patologie gravi che richiedono terapie salvavita; malattie

no quattro: *a.* patologie gravi che richiedono terapie salvavita; *b.* infortuni sul lavoro; *c.* malattie per le quali è stata riconosciuta la causa di servizio; *d.* stati patologici sottesi o connessi alla situazione d'invalidità riconosciuta.

Essendo previste in un decreto ministeriale riguardante solo i dipendenti pubblici, tali eccezioni non si estendono ai dipendenti da datori privati. Anche per questo aspetto, dunque, è stata introdotta una divaricazione di regole per lavoratori pubblici e privati, la quale, pur non illegittima sul piano della disparità di trattamento, pare criticabile in quanto sfavorisce la conoscibilità e la chiarezza delle regole stesse.

Per quanto riguarda l'ipotesi di cui alla lett. *a*, l'esonero dal rispetto delle fasce orarie non può essere riferito alle terapie salvavita che implicano la necessità di recarsi fuori dal proprio domicilio, poiché in tal caso la norma sarebbe inutile: l'esonero già sussisteva per tutti i lavoratori, anche per le terapie non salvavita. Riferendosi il decreto ministeriale ad ogni assenza «etiologicamente riconducibile» a patologie gravi che richiedono terapie salvavita, l'esonero dalle fasce orarie sembra riguardare anche i momenti in cui non si svolge la terapia (e, probabilmente, anche le ipotesi in cui la terapia salvavita non venga seguita dal paziente, ad esempio qualora comportante effetti collaterali mal tollerati), fermo restando che deve trattarsi di giornate d'infermità comportante incapacità lavorativa.

Il tenore del decreto ministeriale non sembra dunque limitare l'esonero dalle fasce orarie alle giornate in cui vengono effettuate terapie salvavita ed a quelle successive nelle quali si protraggano i relativi effetti d'infermità. L'estrema serietà delle situazioni di salute di cui alla lett. *a*, unitamente al fatto che la sussistenza di patologie gravi che mettono a rischio la vita non è suscettibile d'eventuale simulazione da parte dei lavoratori, giustifica l'ampiezza della disciplina di favore. Deve comunque ritenersi necessaria una certificazione medica che attesti la patologia e indichi la terapia e la durata della prognosi[106].

---

per le quali è stata riconosciuta la causa di servizio; stati patologici sottesi o connessi alla situazione d'invalidità riconosciuta.

[106] La serie di provvedimenti che possono essere richiamati per un'ufficiale elencazione di queste patologie è ampia (elencazione comunque non tassativa, ma

Altra ipotesi d'esonero dalle fasce orarie è quella relativa agli «stati patologici sottesi o connessi alla situazione d'invalidità riconosciuta», stabilita dalla lett. *d* del medesimo art. 2 comma 1 del citato d.m. n. 206/2009. Tale formulazione comprende una gamma di situazioni assai ampia: la sussistenza di un'invalidità riconosciuta non nega il fatto che i disturbi sottesi o connessi possano essere di tipo ed entità assai diversificati. Per taluni disturbi (eventuali e transitori, perlomeno sul piano della fase acuta, altrimenti si tratterebbe di sopravvenuta inidoneità psicofisica permanente) sarebbe forse da non escludere una qualche utilità di visite mediche di controllo: appare allora centrale il ruolo di filtro dei medici curanti.

Il nesso con il rapporto lavorativo è senza dubbio la ragione dell'estensione della regola di favore alle ipotesi di cui alle lettere *b* e *c* dell'art. 2 del d.m. n. 206/2009. Invero, pare discutibile il completo esonero dal rispetto delle fasce orarie nel caso d'infortunio sul lavoro. Tale esonero peraltro crea una poco spiegabile differenza di trattamento rispetto ai dipendenti privati, per i quali *a contrario* sembra così confermata la possibilità di visite fiscali per infortunio[107], seppure di fatto non siano diffuse. La norma ministe-

al contempo non implicante esonero automatico dalle fasce orarie, restando necessaria l'asseverazione in concreto da parte del medico certificante della sussistenza del presupposto di gravità richiesto per l'esonero). Punti di riferimento possono essere: il d.m. del Ministero della sanità n. 329 del 28 maggio 1999, regolamento d'individuazione delle malattie croniche e invalidanti ai sensi dell'art. 5 comma 1 lett. *a* del d.lgs. n. 124/1998, in *Gazz. uff.* 25 settembre 1999 n. 226 s.o., e il susseguente d.m. del Ministero della sanità 21 maggio 2001 n. 296, in *Gazz. uff.* 19 luglio 2001 n. 166; nonché il d.m. del Ministero della sanità n. 279 del 18 maggio 2001, regolamento d'istituzione della rete nazionale delle malattie rare e di esenzione dalla partecipazione al costo delle relative prestazioni sanitarie, ai sensi dell'art. 5 comma 1 lett. *b* del medesimo decreto legislativo, in *Gazz. uff.* 12 luglio 2001 n. 160 s.o., e il d.m. 1 febbraio 1991, del Ministero della sanità, di rideterminazione delle forme morbose che danno diritto all'esenzione dalla spesa sanitaria, in *Gazz. uff.* 7 febbraio 1991 n. 32. Cfr. anche la circolare 13 dicembre 2001, n. 13 del Ministero della salute, relativa alle malattie croniche e rare, in *Gazz. uff.* 21 febbraio 2002 n. 44.

[107] La rara giurisprudenza in proposito propende nel senso che l'assenza per infortunio non comporti vincolo di fasce orarie: es. Cass. 30 gennaio 2002 n. 1247, in *Riv. it. dir. lav*., 2002, II, 428, con nota dissenziente di ICHINO, *Il datore ha il diritto di controllare, ma il lavoratore ha il diritto di sottrarsi*, secondo la quale le norme relative alle fasce orarie di reperibilità che il lavoratore deve osservare ai fini del controllo del suo stato di malattia in caso di assenza dal lavoro (di cui all'art. 5, 14° comma, d.l. n. 463/1983) riguardano soltanto gli accertamenti

riale d'esonero non richiama le malattie professionali, ma è noto che anche in questi casi l'Inail nella prassi prediliga comunque le visite ambulatoriali su appuntamento.

In sede di decretazione attuativa, la scelta ministeriale è dunque stata nel senso di un'attenuazione dell'impostazione manifestata a livello di decretazione legislativa. Una qualche problematicità non si può escludere con riguardo alla sottrazione all'amministrazione della possibilità, stabilita dall'art. 5 St. lav., di far controllare (la permanenza del)le infermità da parte dei competenti servizi ispettivi pubblici[108], anche alla luce del fatto che, come noto, le as-

relativi allo «stato di malattia» (così il comma 10 della citata disposizione) e non anche quelli sullo stato di inidoneità psicofisica conseguente ad infortuni sul lavoro, non potendo la disposizione stessa non interpretarsi restrittivamente, data la sua incidenza sul diritto del lavoratore, quale cittadino, alla libertà di movimento sul territorio dello stato, prevista dall'art. 16 Cost. Né, prosegue la Corte, tale contenuto precettivo pone la disposizione considerata in contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost. atteso che l'esigenza di collaborazione del lavoratore per rendere possibile il controllo della condizione di infermità che comporta l'impossibilità della prestazione lavorativa si pone nelle due ipotesi considerate in modo rispettivamente diverso e che il datore può sempre richiedere il controllo della condizione di infermità conseguente ad un infortunio sul lavoro, sia in base all'art. 5 l. n. 300/1970, sia in base alla contrattazione collettiva che eventualmente lo consenta in maniera espressa; su tale linea DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 193. Tuttavia, per le medesime ragioni rilevanti per i casi di malattia ordinaria, parrebbe preferibile ritenere che i dipendenti da datori di lavoro privati siano tenuti al rispetto delle fasce orarie anche in caso di infortunio o malattia professionale: vedi condivisibilmente VIANELLO, *La sospensione della prestazione di lavoro e la tutela della salute* cit., 1118 ss., seppure tali visite fiscali siano di fatto non diffuse. La recente prassi Inail non sembra astrattamente escluderle: cfr. la circolare Inail n. 25 del 13 maggio 2013 «Visite mediche di revisione e altri accertamenti medico-legali nei confronti di assicurati residenti all'estero. Aggiornamento delle modalità operative».

[108] Sul presupposto, controvertibile (cfr. nota precedente), che le fasce orarie per il caso di malattia non siano in generale applicabili in caso di infortunio, taluna giurisprudenza ha affermato che l'obbligo di reperibilità del lavoratore assente per infortunio sul lavoro può essere legittimamente regolato dal contratto collettivo (non essendo precluso dalla riserva di legge sulla libertà personale e del domicilio, atteso che detta tutela attiene alla natura invasiva dell'accertamento nei confronti del singolo, che è estranea alla reperibilità, la quale riguarda il comportamento del lavoratore volto a rendere possibile l'esercizio del diritto del datore al controllo dell'infermità, che discende dall'art. 5, 2° comma, l. n. 300/1970). Secondo tale punto di vista la previsione collettiva delle fasce orarie costituisce pertanto una prescrizione a favore del lavoratore, al quale, in assenza di un orario, potrebbe essere richiesto l'immediato adempimento dell'obbligo di reperibilità, che corrisponde al diritto di controllo del datore e deriva anche dal più generale

senze per infortunio non comportano i disincentivi economico-normativi previsti per le assenze per semplice malattia.

Quanto sopra può affermarsi anche per l'ipotesi di esonero di cui alla lett. *c*, tenendo però presente che essa ora è limitata al personale del comparto sicurezza, difesa, vigili del fuoco e soccorso pubblico[109]. Per gli altri dipendenti pubblici, infatti, l'art. 6 del d.l. n. 201/2011[110] ha eliminato gli istituti dell'accertamento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio, del rimborso delle spese di degenza per causa di servizio, dell'equo indennizzo e della pensione privilegiata.

Per gli infortuni sul lavoro resta applicabile la tutela di diritto comune, che l'Inail gestisce non come ente assicuratore ma su mandato delle amministrazioni pubbliche, in quanto il relativo meccanismo di finanziamento non è per premi di contribuzione bensì per conto, ossia con rimborso da parte di ciascun ente delle indennità corrisposte dall'Inail ai dipendenti[111]. Ne consegue che

---

obbligo di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio: così Cass. 9 novembre 2002 n. 15773, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2002, II, 85, con nota di G. GAMBACCIANI, *È legittima la clausola del contratto collettivo che estende l'obbligo di reperibilità all'infortunio sul lavoro*. Però *contra* vedi Cass. 2 giugno 1998 n. 5414, in *Riv. it. dir. lav*., 1999, II, 341, con nota dissenziente di ALBI, *Sulle fasce di reperibilità in caso di infortunio sul lavoro*, secondo cui le norme relative alle fasce orarie di reperibilità che il lavoratore deve osservare ai fini del controllo del suo stato di malattia, in caso di assenza dal lavoro, di cui all'art. 5, 14° comma, d.l. n. 463/1983, riguardano gli accertamenti relativi a malattie ordinarie e non anche quelli sullo stato di inidoneità psicofisica conseguente ad infortunio sul lavoro e, data la riserva di legge in materia di accertamenti sanitari (art. 14 Cost.), non possono essere applicate al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, mentre è correlativamente affetta da nullità, rilevabile d'ufficio, la clausola del contratto collettivo che estende l'obbligo del rispetto delle fasce orarie alle infermità dipendenti da infortunio sul lavoro (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto illegittima la sanzione disciplinare irrogata per il mancato rispetto delle fasce orarie, dichiarando d'ufficio la nullità della clausola contrattuale invocata dal datore).

[109] Tale personale è soggetto ad una disciplina speciale, su cui vedi A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2011, 345.

[110] Convertito con l. n. 214/2011.

[111] Cfr. l'art. 127 del d.p.r. n. 1124/1965 e il d.m. 10 ottobre 1985 attuativo emanato dal Ministero del tesoro di «Regolamentazione della "gestione per conto dello Stato" della assicurazione contro gli infortuni dei dipendenti statali attuata dall'INAIL», in *Gazz. uff.* 25 febbraio 1986 n. 46; cfr. anche A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali* cit., 339-344.

titolato all'azione di rivalsa *ex* art. 1916 c.c. nei confronti dell'eventuale terzo danneggiante è direttamente il datore pubblico, come nel caso di malattia o infortunio extra-lavorativi. Per mettere l'amministrazione in condizione d'esercitare tale azione in giudizio, la contrattazione collettiva impone al dipendente di comunicare le circostanze utili. Per l'ipotesi che sia il dipendente stesso ad agire contro il terzo danneggiante, la contrattazione impone che il risarcimento per mancato guadagno debba essere versato all'amministrazione datrice fino a concorrenza dell'ammontare degli emolumenti percepiti per il periodo d'assenza dal lavoro[112]. Allo scopo d'agevolare l'esperibilità delle azioni surrogatorie e di rivalsa, l'art. 42 della l. n. 183/2010 ha ora previsto che, nei casi d'assenza per malattia derivante da responsabilità di terzi (es. sinistri stradali), il medico sia tenuto a darne segnalazione nei certificati telematici di malattia[113], nei quali è previsto l'apposito campo di compilazione[114].

4. *L'apparato sanzionatorio rafforzato a protezione dell'interesse pubblico*

Con l'apparato normativo sul controllo domiciliare, negli anni '80 furono introdotte le relative disposizioni sanzionatorie. Nel trentennio trascorso, si è formata una giurisprudenza imponente, riferibile in maniera pressoché indistinta al lavoro privato e pubblico, perlomeno dopo il passaggio di giurisdizione di fine anni '90.

[112] Cfr. ad es. l'art. 21 comma 14 del Ccnl 6 luglio 1995 del comparto regioni e autonomie locali: «Nel caso in cui l'infermità sia causata da colpa di un terzo, il risarcimento del danno da mancato guadagno da parte del terzo responsabile è versato dal dipendente all'amministrazione fino a concorrenza di quanto dalla stessa erogato durante il periodo di assenza ai sensi del comma 7, lettere "a", "b" e "c", compresi gli oneri riflessi inerenti. La presente disposizione non pregiudica l'esercizio, da parte dell'Amministrazione, di eventuali azioni dirette nei confronti del terzo responsabile». Analogamente, vedi l'art. 23 del Ccnl 16 maggio 2001 dei segretari comunali e provinciali.

[113] Su questo articolo di legge, cfr. ERBOLI, *Comunicazioni delle imprese di assicurazione all'Inps*, in NOGLER, Marino MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro* cit., 411 ss.

[114] Cfr. l'allegato al citato d.m. 18 aprile 2012 del Ministero della salute.

L'avvento, nell'ultimo quinquennio, della normativa speciale per l'impiego pubblico impone, nell'attesa dei primi orientamenti giurisprudenziali, di vagliare la prassi applicativa pregressa alla luce dei nuovi profili di specialità. Come sopra illustrato, trattasi di aspetti soprattutto di dettaglio, i quali però non solo possono fare la differenza nei concreti casi, ma paiono anche espressione di un approccio legislativo differenziato.

Con riguardo all'impiego pubblico, è così emersa la funzionalità di queste sanzioni alla tutela dell'interesse pubblico. Talune delle sanzioni già in passato comminabili, ad esempio per la violazione delle fasce orarie di reperibilità, sono non prive di rilievo pubblicistico, perlomeno nei casi in cui il trattamento di malattia è in carico all'Inps. Nondimeno, con le disposizioni speciali sopravvenute per il pubblico impiego, l'apparato sanzionatorio risulta funzionale ad un interesse pubblico che non è quello genericamente riconducibile al corretto uso delle risorse finanziarie della collettività, bensì è un interesse direttamente connesso al potere d'organizzazione delle prestazioni lavorative proprio del datore pubblico.

Il buon andamento delle amministrazioni viene perseguito dal legislatore tramite la speciale disciplina privatistica del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici. Ciò pare confermato dalle sopravvenute disposizioni che impongono la divulgazione dei tassi di assenza e di presenza in servizio del personale pubblico, ora confluite nel d.lgs. n. 33/2013 di riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni: dati che l'art. 16 comma 3 impone di pubblicare trimestralmente, distinti per ufficio dirigenziale.

La rafforzata possibilità di sanzioni, così come la pressione da parte della società civile resa possibile dalla trasparenza, concorrono al buon andamento delle amministrazioni, per il quale un maggiore tasso di presenza è inteso come precondizione: non solo in termini di pura e semplice disponibilità delle risorse umane in capo al dirigente, ma anche in termini di impulso motivazionale per i dipendenti scaturente dall'equa differenziazione di trattamento nei confronti delle condotte connotate da disvalore, debitamente sanzionate.

Nel pubblico impiego, l'importanza delle sanzioni in proposito è già stata ponderata, a monte, dal legislatore, il quale attribuisce alle stesse una valenza che travalica non solo il singolo rapporto contrattuale di lavoro, ma anche il singolo contesto lavorativo, tanto che l'effettività di tale normativa è stata elevata a elemento necessario di valutazione del lavoro dei dirigenti[115]. Si tratta non solo di un rafforzamento della funzione general-preventiva, ma anche di un allargamento dell'ambito soggettivo al quale tale funzione è rivolta. La ultroneità, rispetto alla singola amministrazione[116], degli interessi perseguiti con l'esercizio dei poteri del datore pubblico, in particolare quello disciplinare, trova precisi riscontri, come l'introdotto obbligo di proseguire il procedimento disciplinare anche in caso di dimissioni[117].

L'impostazione della riforma del 2009 che era stata preannunciata in talune sedi politiche rischiava di risultare quasi una neo-autoritaria ripubblicizzazione della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Alla luce del testo definitivo, però, un tale rischio è parso disinnescato. È pur vero, peraltro, che una dimensione general-preventiva è connaturale alla funzione di ogni potere disciplinare datoriale[118]. In ogni caso, a distanza ormai di un quadriennio, l'esperienza applicativa non sembra stia confermando detto rischio d'eccesso d'autorità vincolata.

---

[115] Cfr. l'art. 55 *septies* comma 6 del d.lgs. n. 165/2001.

[116] MAINARDI, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito* cit., 2720.

[117] L'art. 55 *bis* comma 9 del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che in caso di dimissioni del dipendente, se per l'infrazione commessa è prevista la sanzione del licenziamento o se comunque è stata disposta la sospensione cautelare dal servizio, il procedimento disciplinare ha egualmente corso e le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro. Come segnala DE MARCO, *Il licenziamento nel lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2011, 46, la ragione di tale previsione è rinvenibile negli effetti preclusivi della sanzione disciplinare rispetto all'eventualità di una riassunzione o di un conferimento di incarico; CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare* cit. segnalano inoltre che in tal modo le dimissioni del medico non precludono l'effetto della radiazione dall'albo previsto dal periodo finale dell'art 55 *quinquies* comma 3 del d.lgs. n. 165/2001, per il caso di certificazioni attestanti dati clinici non direttamente constatati.

[118] Per tutti, MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2002, 27 ss.

Salvo che per la circoscritta casistica puntualmente individuata dal legislatore come disciplinarmente rilevante, il margine decisionale della dirigenza resta ampio, dovendosi al contempo tenere conto delle indicazioni legislative in favore, ad esempio, del «benessere organizzativo» nelle amministrazioni[119].

L'aspetto peculiare è, piuttosto, che, nel pubblico impiego ed in particolare per le infrazioni qui in discussione, il legislatore ha assunto un ruolo di regolatore non solo dei limiti che il potere incontra per il rispetto della persona, ma anche di quelli che tale potere incontra, in senso opposto, per la tutela del buon andamento (ma anche dell'imparzialità) delle amministrazioni. Coerente a ciò è il rilievo, maggiore rispetto al settore privato, della fonte unilaterale imperativa: non solo per quanto genericamente attiene agli aspetti procedimentali dell'apparato sanzionatorio, ma anche con specifico riguardo all'individuazione delle infrazioni pertinenti e delle relative sanzioni[120], financo stabilendo apposite fattispecie di rilievo penale[121].

Le nuove disposizioni convivono con le previgenti in un quadro disperso in plurime sedi normative.

---

[119] Al «benessere» di coloro che lavorano nelle p.a. si riferisce ad esempio l'art. 7 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001, come sostituito dall'art. 21 comma 1 lett. *b* della l. n. 183/2010, che ha modificato anche gli artt. 1 e 57 del medesimo decreto del 2001, per la cui attuazione vedi la direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri 4 marzo 2011 recante linee guida sulle modalità di funzionamento dei «*Comitati Unici di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni*», in *Gazz. uff.* 11 giugno 2011 n. 134. Seppur antecedente a tale direttiva, per le contraddizioni disseminate nel testo di tali norme vedi LASSANDARI, *Misure in materia di pari opportunità* cit., 558 ss.

[120] La maggiore determinatezza e conoscibilità delle fattispecie disciplinari ora definite direttamente dalla legge è apprezzata da una parte minoritaria delle opinioni, es. FERLUGA, *Profili di innovazione nella disciplina delle sanzioni disciplinari*, in FERLUGA (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico: merito e responsabilità garantiranno produttività ed efficienza?* Atti del Convegno, Messina, 12-13 febbraio 2010, Giuffrè, Milano, 2012, 106.

[121] Sulle innovazioni relative al rapporto con le vicende penali, si rinvia a MAINARDI, LIMA, *Il procedimento disciplinare e i rapporti con il procedimento penale*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 494 ss.

L'art. 5 comma 14 del d.l. n. 463/1983[122] già ammetteva che il lavoratore privato o pubblico potesse addurre un «giustificato motivo» di temporaneo allontanamento dall'abitazione durante le fasce orarie. La seconda parte del comma 5 *bis* dell'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001 ha ora esplicitato che possono sussistere «altri giustificati motivi», oltre a visite mediche e terapie, che legittimano l'allontanamento, come già si riconosceva tanto in giurisprudenza quanto in dottrina[123].

Come detto, lo stesso comma stabilisce che l'allontanamento debba essere previamente comunicato e la sua ragione debba essere, a richiesta, documentata. Ciò sdrammatizza ma non elimina le questioni relative al vaglio delle giustificazioni ammissibili, poiché la previa comunicazione al datore non può rendere legittima qualunque ragione d'allontanamento dal domicilio. La ragione deve essere non solo comunicata ma anche idonea a giustificare l'allontanamento.

Il citato d.m. n. 206/2009 sulle fasce orarie dei dipendenti pubblici non offre indicazioni in proposito. Anche con riguardo al pubblico impiego, dunque, la giurisprudenza può continuare a vagliare, alla luce dei principi di buona fede e correttezza, ogni genere di giustificazione dell'allontanamento dall'abitazione durante le fasce orarie.

Fermo restando che si tratta di un concetto più ampio di quelli di forza maggiore e caso fortuito, secondo la giurisprudenza la scelta di non rispettare le fasce orarie è legittima solo qualora avvenga allo scopo d'attendere ad importanti incombenze non differibili e non espletabili al di fuori di esse[124]. Tale scrutinio è doveroso anche quando si tratti di esigenze sanitarie[125].

---

[122] Decreto convertito con l. n. 638/1983.

[123] Cfr. ampiamente DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 228 ss.

[124] Per una rassegna della casistica, vedi VIANELLO, *La sospensione della prestazione di lavoro e la tutela della salute* cit., 1176 ss., nonché SPOLVERATO, MARCHESAN, *Controllo sul lavoro e* privacy, II inserto, in *Dir. prat. lav.*, 2009, fasc. 14, VIII ss.

[125] Cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. III, 21 aprile 2009 n. 633, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2009, 1096 (m): il mancato reperimento del lavoratore in malattia in occasione della prescritta visita di controllo può escludere la sanzione della decadenza dal diritto al trattamento economico di malattia a condizione che il lavora-

Nel diverso caso in cui il ritorno al domicilio entro i prescritti orari divenga impossibile per ragioni sopravvenute, non si può che valutare tutte le circostanze del caso concreto, secondo i canoni della diligenza e della buona fede[126]. Dovrà tenersi conto non tanto della ragione dell'allontanamento, quanto di quella del mancato rientro, con particolare riferimento alla sua prevedibilità.

In caso d'assenza alla visita domiciliare, il dipendente ha l'obbligo di presentarsi all'appuntamento di controllo presso l'Inps o, soprattutto per i pubblici dipendenti, l'azienda sanitaria, secondo le indicazioni di cui all'avviso *ex* art. 10 del d.m. 18 aprile 1996[127], che il medico lascia ad un familiare o nella buchetta postale. Presentarsi a tale visita non elimina di per sé la responsabilità del lavoratore per l'assenza alla visita domiciliare: questa però è la prima sede ove è possibile offrire le proprie giustificazioni dell'assenza, da allegare in forma scritta al verbale redatto dal medico, con l'eventuale documentazione utile. Salvo il caso che sia stata ripresa l'attività lavorativa o le condizioni di salute lo impediscano, oppure vi sia altra ragione obiettiva[128], l'inadempimento ingiustificato dell'obbligo di presentarsi a tale visita costituisce un'aggravante dell'ingiustificato mancato rispetto delle fasce orarie, oppure è fonte di autonoma responsabilità quand'anche il mancato rispetto delle fasce orarie fosse giustificato.

In proposito comunque va esclusa, quand'anche si tratti di rifiuto, ogni applicabilità delle sanzioni previste per la mancata sottoposizione a visite mediche previste a fini lavorativi differenti. Deve quindi escludersi la facoltà del datore pubblico di «risolvere il

---

tore fornisca la prova di situazioni tali da comportare adempimenti non effettuabili in ore diverse da quelle comprese nelle fasce orarie di reperibilità ovvero che dimostri di non essersi potuto recare dal medico in orario diverso. Analogamente, Cons. Stato, sez. VI, 24 aprile 2009 n. 2538, *ivi*, 1062 (m).

[126] Ad es. vedi Cass. 9 marzo 2010 n. 5718, in *Lav. prev. oggi*, 2010, 875, relativa ad un lavoratore che era rimasto fermato da un blocco stradale rientrando al proprio domicilio dopo aver fatto visita alla propria madre, priva di altri parenti e ricoverata in un centro specialistico a seguito di un delicato intervento chirurgico.

[127] D.m. 18 aprile 1996 «Integrazioni e modificazioni al decreto ministeriale 15 luglio 1986 concernente le visite mediche di controllo dei lavoratori» cit.

[128] Cfr. ad es. Cass. 28 gennaio 2008 n. 1809, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2008, II, 13.

rapporto di lavoro nel caso di reiterato rifiuto, da parte del dipendente, di sottoporsi alla visita di idoneità», stabilita nel 2009 con l'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001; tale norma è infatti riferita alle visite mediche richieste ai fini dell'accertamento della permanenza dei requisiti psicofisici necessari alla prosecuzione del rapporto lavorativo. Vanno parimenti escluse le sanzioni, addirittura penali, che l'art. 59 del t.u. n. 81/2008 prevede per la violazione dell'obbligo di cui all'art. 20 comma 2 lett. *i*, cioè di sottoporsi ai controlli sanitari «previsti dal presente decreto legislativo o comunque disposti dal medico competente».

Il lavoratore, qualora intenda contestare l'assenza dal domicilio ad un indicato orario o il rifiuto di sottoporsi alla visita verbalizzato dal medico incaricato, può farlo attraverso la proposizione di querela di falso. In alternativa, il lavoratore può addurre circostanze ulteriori, non rientranti nella verbalizzazione del medico, che possono giustificare la mancata espletazione della visita medica. La giurisprudenza però scruta con opportuno rigore le giustificazioni discendenti, ad esempio, dall'asserita impossibilità di udire o rispondere al campanello, per suo malfunzionamento o per ragioni di salute[129].

Nel caso in cui la visita si sia invece svolta, il giudizio medico espresso nella certificazione in sede di visita domiciliare di controllo può essere contestato, in quanto appunto giudizio, senza querela di falso[130]. Prima di essere definitivo, peraltro, l'esito medico che

[129] Cfr. ad es. Corte app. Ancona 12 luglio 2006, in *Dir. lav. Marche*, 2007, 66. Secondo la circolare Inps 8 gennaio 2001 n. 4 nella ricerca del nominativo e dell'indirizzo del lavoratore forniti dall'Istituto il medico «deve usare la normale diligenza (consultando, ad es. le cassette della posta, l'elenco telefonico – telefonando, se possibile, al numero ivi indicato o riportato sul referto – la polizia municipale, ecc.), annotando, in caso di mancato reperimento, gli elementi indicativi della ricerca effettuata. Nel caso di ricerca dell'indirizzo con esito positivo deve riportare quello nuovo sul referto […]. L'assenza del lavoratore è accertata solo dopo aver suonato ripetutamente senza aver ottenuto risposta all'indirizzo indicato dall'Inps; in tal caso ne va fatta annotazione sul referto barrando la casella corrispondente e lasciando, possibilmente ad un familiare, o al portiere dello stabile o altrimenti nella cassetta delle lettere o sotto la porta, l'invito» (art. 6 dell'allegato 4 sui «Criteri per lo svolgimento del servizio»). Vedi anche lo *standard* del «*modus operandi*» allegato al messaggio Inps n. 024841 del 5 luglio 2005.

[130] Es., Cass. 13 febbraio 1990 n. 1044, in *Not. giur. lav.*, 1990, 228; DEL

veda discorde il lavoratore deve essere confermato dal sovraordinato organo presso l'autorità sanitaria di zona ai sensi dell'art. 6 del d.m. 15 luglio 1986[131]. In base all'art. 10 del d.m. 12 ottobre 2000[132], qualora il dipendente non accetti l'esito della visita domiciliare, il medico è tenuto ad informarlo che deve eccepire il dissenso seduta stante, ai fini della sua annotazione nel referto.

I recenti interventi legislativi riferiti all'impiego pubblico hanno lasciato intatta la determinazione delle sanzioni per il caso di violazione delle fasce orarie. Resta dunque applicabile la previgente normativa, primaria e secondaria, di diritto comune.

L'art. 5 comma 14 del d.l. n. 463/1983 stabilisce che il dipendente pubblico o privato, qualora risulti assente alla visita di controllo «senza giustificato motivo», decade dal diritto a «qualsiasi trattamento economico per l'intero periodo sino a dieci giorni» decorrenti dal giorno iniziale della malattia[133]. Per espressa previsione del predetto comma 14, la sanzione della perdita del trattamento economico non può riguardare i giorni di ricovero ospedaliero né quelli già accertati da precedente visita di controllo. In tali casi la prassi esclude l'applicazione della sanzione economica a giornate antecedenti a precedente visita domiciliare o ricovero, in quanto tali eventi sono ritenuti una prova dell'esistenza della malattia a quella data. Tale prassi presuppone una poco convincente[134] equiparazione tra allontanamento ingiustificato dall'abitazione ed inesi-

---

PUNTA, *Il controllo della malattia*, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 37, inserto, VII, ove ulteriori riferimenti.

[131] D.m. 15 luglio 1986 «Disciplina delle visite mediche di controllo dei lavoratori» cit.

[132] D.m. 12 ottobre 2000 «Integrazioni e modifiche al d.m. 18 aprile 1996 concernente la disciplina delle visite mediche di controllo dei lavoratori» cit.; cfr. anche la relativa circolare Inps 8 gennaio 2001 n. 4, in particolare l'allegato 4 sui «Criteri per lo svolgimento del servizio».

[133] Cfr. la circolare Inps 8 agosto 1984 n. 134421. Come è stato notato, la legge non precisa se la decorrenza della sanzione sia *ex tunc* dall'inizio della malattia oppure *ex nunc* dal giorno dell'assenza alla visita domiciliare, ma, se la sanzione riguarda il trattamento economico di malattia, la sua decurtazione dovrebbe avere la medesima decorrenza del trattamento stesso: DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 222.

[134] Gli argomenti per escludere la ricostruzione delle conseguenze dell'assenza come mancanza di prova della malattia sono plurimi: vedi *amplius* DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 206-211.

stenza o comunque mancata prova della patologia[135]. Viceversa la sanzione può ritenersi riferita al comportamento inadempiente d'allontanamento; dato che tale sanzione è proporzionale ai pregressi giorni d'assenza, pur entro il massimo di dieci, parrebbe una sorta di presunzione legale d'allontanamento ingiustificato anche nei giorni non controllati.

Secondo l'Inps[136], peraltro, la successiva sottoposizione con esito positivo al controllo ambulatoriale previsto dall'art. 5 del d.m. 15 luglio 1986, pur non eliminando la sanzione per la mancata visita domiciliare (cioè la perdita del trattamento economico per i giorni antecedenti), determina il ripristino del diritto del lavoratore a percepire il trattamento economico dal giorno del predetto controllo ambulatoriale. Ciò significa in pratica che, salvo il caso in cui la mancata visita domiciliare abbia coinciso con il decimo giorno d'assenza, anche per le malattie di maggiore durata la sanzione equivale a (tendenzialmente ben) meno del trattamento economico relativo a dieci giorni. Nei casi in cui la mancata visita di controllo domiciliare sia stata disposta nel primo giorno d'assenza dal lavoro e la conseguente visita ambulatoriale si svolga già nel giorno successivo (eventualità assai frequente, tranne il caso in cui la mancata visita domiciliare si sia verificata un venerdì, con conseguente sanzione minima equivalente a tre giorni di trattamento economico), il mancato rispetto delle fasce orarie comporta dunque perdita del trattamento economico di una singola giornata, e solamente nell'ipotesi in cui l'inadempienza emerga.

Tale assetto della disciplina sembra rendere poco dissuasiva la sanzione, perlomeno nei casi in cui l'inadempienza sia determinata

---

[135] Si è coerentemente ritenuto che tali giornate non concorrano all'esaurimento del comporto: vedi l'orientamento m174 del 25 settembre 2011 dell'Aran.

[136] Circolare Inps n. 166 del 16 luglio 1988. Cfr. anche Cass. 4 dicembre 1991 n. 13052, in *Orient. giur. lav.*, 1992, 222, secondo cui la sanzione colpisce il comportamento del lavoratore che ha reso impossibile il necessario controllo da parte degli organi istituzionalmente preposti, indipendentemente dalla sussistenza o meno dello stato di malattia, e non presuppone per l'applicazione che l'assenza si estenda anche alla successiva visita ambulatoriale, comunque limitandosi la decadenza dal suddetto trattamento al periodo in cui è stato reso impossibile il controllo.

dall'intento di svolgere altra attività lavorativa, remunerata o comunque arrecante un'utilità economica all'interessato.

Detto art. 5 comma 14 del d.l. n. 463/1983 stabiliva come sanzione anche la decadenza da metà del trattamento economico per il periodo di prognosi ulteriore rispetto ai primi dieci giorni. Il comma però è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui non prevede l'assenza anche ad una seconda visita medica di controllo prima di tale decadenza[137]. Sicché questa ulteriore sanzione economica opera solo nel caso d'assenza ingiustificata anche ad una seconda visita consecutiva di controllo nell'ambito di un medesimo periodo di prognosi. È da intendere che la sottoposizione alla visita ambulatoriale dopo la prima assenza non azzeri il computo delle assenze nell'ambito dello stesso periodo di malattia, altrimenti questa seconda sanzione resterebbe applicabile solo nei remoti casi in cui il lavoratore si disinteressi non solo delle fasce orarie ma anche dell'avviso d'assenza recapitato al suo domicilio. Prima d'applicare la sanzione al cinquanta percento del trattamento giornaliero debbono essere completati i dieci giorni di sanzione al cento percento. Anche questa parziale decurtazione si arresta dal giorno di sottoposizione con esito positivo a visita domiciliare o ambulatoriale, anche ad iniziativa del lavoratore.

L'assenza ingiustificata anche ad una terza visita di controllo, sempre all'interno di un medesimo periodo di prognosi, comporta l'interruzione del trattamento economico di malattia dalla data in cui è stata riscontrata questa ulteriore assenza. Tale interruzione può considerarsi conseguenza dell'inesistenza delle condizioni per la conferma dello stato di malattia[138]. Anche in questo caso la sanzione si arresta dal giorno di sottoposizione con esito positivo a visita ambulatoriale o domiciliare.

Le sanzioni per ingiustificato allontanamento dall'abitazione che abbia impedito la seconda o terza visita domiciliare trovano

[137] Corte cost. 26 gennaio 1988 n. 78, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, 305, con nota di DEL PUNTA, *Note sull'incostituzionalità della normativa sulle «fasce orarie» di reperibilità*. Per un quadro sul trattamento di malattia, cfr. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale* cit., 311 ss.; CINELLI, *Diritto della previdenza sociale* cit., 441 ss.

[138] Così espressamente la circolare Inps n. 65 del 31 marzo 1989.

applicazione solo nel caso di controlli intervenuti nel medesimo periodo di prognosi e, quindi, con riferimento al medesimo episodio morboso (non ai successivi, quand'anche siano ricadute del primo). L'assenza ad un'ulteriore visita, nell'ambito del medesimo periodo di prognosi, disposta dopo il ripristino del trattamento a seguito di controllo ambulatoriale, comporta direttamente la penalizzazione retributiva prevista per la seconda assenza[139].

Pur trattandosi d'opzione disarmonica rispetto al complessivo assetto tradizionale delle fonti lavoristiche[140], sembra preferibile ritenere che le sanzioni economiche previste dall'art. 5 del d.l. n. 463/1983 siano inderogabili dalla contrattazione collettiva, anche ove, come nel pubblico impiego, la sanzione attiene non ad una prestazione dell'ente previdenziale pubblico, bensì ad un emolumento retributivo.

È vero che manca un'espressa indicazione di legge in tal senso[141]; pare però non privo di significato che il legislatore sia voluto intervenire in un ambito che era già coperto da contrattazione collettiva. Soprattutto, lo scopo della perentoria formulazione legale di perseguire gli abusi delle tutele previste per la malattia non sembra solo quello di permettere maggiore efficienza produttiva, ma, in un certo qual modo, anche quello di tenere differenziate le vicende individuali d'abuso rispetto alle condizioni di effettiva debolezza personale che la malattia crea, in linea con la specifica attenzione che la Carta costituzionale dedica alla tutela rispetto a tale evento. In quest'ottica, la differenziazione legale non mira solo all'equità delle singole situazioni, ma anche alla prevenzione del "logoramento sociale" che può derivare dall'abuso dell'istituto: logoramento che di fatto non sarebbe altro che una possibile premessa per l'affermazione di una tendenza all'appiattente compressione delle tutele in questione, tanto più in una fase di crisi economica.

---

[139] Cfr. ancora la circolare Inps n. 65 del 31 marzo 1989.

[140] Per tutti, vedi DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, *passim*; per i più recenti sviluppi, vedi DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, relazione alle giornate di studio Aidlass «La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro», Bologna 16-17 maggio 2013, 4 ss.

[141] Sottolinea questo aspetto DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 234.

In ogni caso, per quanto riguarda il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, l'inderogabilità discende dall'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001, il cui comma 1, come sostituito dall'art. 68 del d.lgs. n. 150/2009, stabilisce che le disposizioni dell'articolo stesso «e di quelli seguenti, fino all'articolo 55 *octies*, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile»[142]. Se l'intero art. 55 *septies* sul controllo della malattia è inderogabile, pare doversi dedurre che sia altrettanto inderogabile la disciplina degli anni '80 sulla quale tale articolo s'innesta. Alla contrattazione resta la possibilità di concorrere a delineare, seppur in maniera non vincolante per il giudice, la nozione e la casistica di giustificato motivo d'assenza dall'abitazione, anche ai fini dell'esonero dalla sanzione economica.

L'inosservanza delle descritte disposizioni sulla reperibilità domiciliare comporta l'apertura di un procedimento disciplinare[143], seppure le sanzioni previste nei codici disciplinari risultino lievi. In genere è prestabilito il rimprovero o la multa per un massimo di quattro ore di retribuzione. La sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di dieci giorni è prevista per i casi di recidiva. Nei contratti di comparto la sanzione disciplinare è prevista come aggiuntiva rispetto alla penalizzazione economica[144]. La prima ha una funzione dissuasiva, rispetto alla reiterazione, che la sanzione meramente economica non ha, soprattutto qualora l'allontanamento indebito dall'abitazione sia finalizzato ad altra attività lavorativa.

Trattandosi di un illecito disciplinare formalmente riscontrato (con il rapporto del medico fiscale), l'inerzia del dirigente o funzionario competente comporta la responsabilità che l'art. 55 *sexies* terzo comma del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce per mancato esercizio o decadenza dell'azione disciplinare. L'esistenza di un dato formale che certifica la materiale sussistenza del fatto d'infrazione

[142] Sulla discutibile tecnica del richiamo a queste due norme codicistiche, vedi FERRANTE, *I poteri datoriali rivisitati* cit., 62 ss., e SIOTTO, *L'inderogabilità nel lavoro pubblico dopo la riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 488-489.

[143] Es. Cass. 11 febbraio 2008 n. 3226, in *Lav. giur.*, 2008, 1154, con nota di ROLLA; Cons. Stato, sez. VI, 24 aprile 2009 n. 2538, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2009, 1062.

[144] In senso conforme vedi l'orientamento Aran ral566 del 5 giugno 2011.

sembrerebbe rendere questo uno dei (pochi) casi in cui l'introdotta obbligatorietà dell'iniziativa disciplinare ha pregnanza effettiva. Ferma restando una, invero remota, responsabilità per «valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate» ai sensi del medesimo comma, l'amministrazione comunque non è vincolata all'eventuale valutazione di ingiustificatezza formulata dall'autorità sanitaria, ma può ponderare autonomamente, sulla base della buona fede e dei correnti canoni giurisprudenziali in proposito.

Restano ferme le più gravi sanzioni disciplinari applicabili qualora sia contestabile non il mancato rispetto delle fasce orarie, bensì un più grave illecito. Tali casi però sono praticamente limitati all'infrequente ipotesi in cui emerga oggettivo riscontro dello svolgimento d'altra attività lavorativa in proprio o alle dipendenze di terzi. Per quanto riguarda il pubblico impiego, l'esistenza della disciplina su incompatibilità e cumulo di impieghi e incarichi, di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, mette l'amministrazione tendenzialmente a conoscenza degli impegni lavorativi aggiuntivi che il proprio dipendente assume. Nondimeno, ciò non elimina le questioni nascenti dallo svolgimento d'attività lavorativa in malattia, dato che sovente sono informali o non direttamente redditizie le attività a cui mira il dipendente pubblico che, per interesse patrimoniale, intenda abusare delle tutele a cui dà diritto la malattia[145]. Nemmeno per queste ipotesi, comunque, i codici disciplinari stabiliscono sanzioni dissuasive, dato che il licenziamento con preavviso risulta limitato al caso d'infrabiennale recidiva grave o plurima.

[145] Per il particolare caso della collaborazione non retribuita all'impresa di un familiare, vedi da ultimo Cass. 26 novembre 2012 n. 20857, in *De agostini professionale on line*, che, anche sulla base del tenore del contratto collettivo del comparto regioni e autonomie, ha confermato la legittimità di un licenziamento. Una parte della giurisprudenza, comunque, valuta molto meno rigorosamente tali ipotesi: da ultimo vedi Cass. 14 settembre 2012 n. 15476, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1278, con nota di G. RICCIO, *Lo svolgimento di attività extralavorativa durante il periodo di malattia: tra obbligo di fedeltà e buona fede* in executivis. Maggiore rigore giurisprudenziale si riscontra qualora l'attività lavorativa sia a beneficio di terzi estranei: vedi ad es. Cass. 26 settembre 2012 n. 16375, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1281; tale constatazione è diffusa, es. RENZI, *Le ipotesi tipiche di sospensione*, in CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento* cit., 1667 ss., ove un'ampia rassegna della casistica.

Alcune formulazioni della contrattazione di comparto invece sanzionano lo svolgimento d'attività che ritardino il recupero psicofisico durante l'assenza per malattia o infortunio, circostanza peraltro di problematico asseveramento. I limiti di legittimità di siffatte clausole comunque sono controversi[146], alla luce dei principi costituzionali di libertà ed autodeterminazione della persona, non solo nelle scelte di cura ma anche in quelle relative al proprio tempo libero ed alla vita privata. Tali clausole collettive dunque paiono poco utili, se non dannose. Rappresentano non più che un generico monito, che non sembra poter fungere da obiettiva scriminante tra condotte lecite o meno del lavoratore in malattia. Sembrano, anzi, prestarsi al fine, comodo ma distorto, di supportare dichiarazioni d'illegittimità di comportamenti del lavoratore dovute ad un inespresso convincimento che l'attività in questione (non pregiudichi la guarigione ma) confermi l'inesistenza dell'asserita malattia: senza però alcun contraddittorio sul punto né alcun supporto d'evidenze mediche.

Debbono invece ritenersi superate le sanzioni, «inaccettabilmente benevole»[147], che la contrattazione collettiva prevedeva per i casi d'assenza ingiustificata, le quali giungevano al licenziamento solo ove venisse superato un numero significativo di giorni, consecutivi o entro un definito arco di tempo (tendenzialmente dieci o quindici giorni nel biennio). L'art. 55 *quater* del d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 69 del d.lgs. n. 150/2009, prevede infatti che ora «si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento» nel caso, tra gli altri, di assenza «priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio» o comunque per «più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni», nonché in caso di «mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato» dall'amministrazione.

[146] Vedi ampiamente DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 556 ss.

[147] V. LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: un "mito" che non conosce crisi*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore* cit., 73.

Poiché la giurisprudenza costituzionale esclude l'ammissibilità di automatismi sanzionatori in materia disciplinare[148], l'amministrazione non può comunque esimersi dal motivare la sanzione in termini di proporzionalità[149] e deve ritenersi che essa possa anche dipartirsi dall'esito sanzionatorio prefigurato dalla legge, per circostanziate ragioni del caso concreto.

Sono ora disciplinate specificamente dalla legge pure le ipotesi di falsità in materia di certificazioni. Anche sotto questo specifico aspetto la riforma del 2009 ha teso alla "unilateralizzazione" della regolazione del potere disciplinare del datore pubblico.

L'art. 55 *quater* comma 1 lett. *a* prevede tra le infrazioni disciplinari che comportano la sanzione del licenziamento senza preavviso la giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica «falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia»[150]. Questo tipo di illecito viene accomunato dalla norma alla «falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente», per la quale esiste consolidata giurisprudenza penale con riferimento al delitto di truffa aggravata[151].

---

[148] L'illegittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori in materia disciplinare è richiamata da MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 471, il quale esemplifica menzionando Corte cost. 14 ottobre 1988 n. 971, in tema di destituzione automatica a seguito di condanna penale irrevocabile, in *Regioni*, 1989, 1808, con nota di SCIULLO, *Destituzione di diritto e Corte costituzionale: a ciascuno – anche al legislatore – le sue responsabilità*, e in *Riv. it. dir. lav*., 1989, II, 671, con nota di GRAGNOLI, *La Corte costituzionale elimina la destituzione di diritto nel pubblico impiego*.

[149] Vedi anche BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico* cit., 411, e SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare* cit., 485.

[150] Sulla nuova normativa disciplinare vedi CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 569-572; MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici* cit., 462 ss.; RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 480 ss.

[151] Es. Cass. pen., sez. II, 4 luglio 2012 n. 25781, in *Foro it*., 2003, II, 63, con breve nota di G. RICCI.

Per detto illecito, inoltre, l'art. 55 *quinquies* prevede un'apposita fattispecie penale, a carico anche del medico, comportante la reclusione da uno a cinque anni e la multa da 400 a 1.600 euro: pena assai più grave di quanto prevede l'art. 480 c.p. per il reato di falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certificati[152]. L'obbligo di stabilire una pena almeno equivalente alla truffa aggravata era stabilito nell'art. 7 comma 2 della l. delega n. 15/2009 per la presentazione di certificati medici «non veritieri», ma il legislatore delegato avrebbe probabilmente potuto (e dovuto) distinguere le diverse condotte; tuttavia ciò non è avvenuto. Nondimeno per tale fattispecie va adottata un'interpretazione restrittiva, non riferita alla valutazione medica, per sua natura opinabile, bensì riferita ai casi di falso materiale o ideologico sulle circostanze estrinseche, con particolare riguardo all'eventualità che l'attestazione medica venga rilasciata senza aver effettuato alcuna visita[153]. Anche per quest'ultimo caso, comunque, qualche dubbio d'eccessivo rigore sanzionatorio può essere sollevato, per i casi di sintomatolo-

[152] L'art. 480 c.p. stabilisce che il pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente in certificati o autorizzazioni amministrative, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni. Affermando la sproporzione della pena stabilita dall'art. 55 *quinquies*, ROMEI, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici* cit., 1635, ricorda che è pressoché la stessa pena che il Codice penale stabilisce per l'omicidio colposo. Ritiene eccessiva l'entità di tale pena anche VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 134.

[153] Cfr. la circolare n. 5/2010 del Dipartimento della Funzione pubblica. Sussiste rara giurisprudenza in proposito, che propende per la configurabilità in tali casi del reato di cui all'art. 480 c.p.: da ultimo Cass. pen., sez. V, 2 febbraio 2012 n. 18687, in *Foro it.*, 2012, II, 405, che ha confermato la condanna d'appello per un caso di prolungamento della prognosi a seguito di descrizione della sintomatologia della paziente tramite telefono. In sede civile, vedi Cass., sez. III, 9 marzo 2012 n. 3705, in *Ragiusan*, 2012, fasc. 335, 146, secondo cui costituisce violazione di un dovere deontologico la condotta del medico che rilasci un'attestazione relativa alle dichiarazioni del paziente in ordine al proprio stato di salute nei giorni precedenti, al fine di giustificare l'assenza dal lavoro: tale attestazione, pur essendo priva di contenuto certificativo, si presta ad ingenerare il dubbio che l'assenza sia giustificata da una malattia accertata, in quanto proviene da un medico ed è redatta sul modulario previsto per la certificazione di malattia rispetto all'assenza dal lavoro; sicché è una violazione del dovere del sanitario, imposto dal codice deontologico e dalla disciplina delle convenzioni tra Ssn e medici di famiglia, di procedere con scrupolo e diligenza nella redazione dei certificati.

gie croniche certificate dal medico personale che già conosca il quadro clinico del paziente. Il comma 3 dell'art. 55 *quinquies* stabilisce che la sentenza definitiva di condanna o applicazione della pena per questo delitto comporta, per il medico, la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo ed altresì, se dipendente di una struttura sanitaria pubblica o se convenzionato con il servizio sanitario nazionale, il licenziamento per giusta causa o la decadenza dalla convenzione. Il comma 2 dell'art. 55 *quinquies* stabilisce inoltre che il lavoratore (non anche il medico, perlomeno letteralmente[154]) è obbligato, ferme la responsabilità penale e disciplinare e le relative sanzioni, a risarcire il danno patrimoniale, pari al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei periodi per i quali sia accertata l'indebita assenza dal lavoro, nonché il danno all'immagine[155] subiti dall'amministrazione.

Con l'art. 10 comma 3 del d.l. n. 78/2010[156], le menzionate sanzioni di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 55 *quinquies* sono state estese agli «esercenti una professione sanitaria che intenzionalmente attestano falsamente uno stato di malattia o di handicap», cui consegua il pagamento di trattamenti economici di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità successivamente revocati «per accertata insussistenza dei prescritti requisiti sanitari» ai sensi dell'art. 5 comma 5 del d.p.r. n. 698/1994[157], con obbliga-

[154] Il punto è disputabile. Propende nel senso che la norma intenda così escludere questa responsabilità del medico, Massimiliano NAPOLI, *False attestazioni o certificazioni: le conseguenze per il lavoratore e per il medico*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 523; in senso analogo SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare* cit., 486.

[155] Sul danno erariale all'immagine della p.a., merita ricordare la recente Corte cost. 15 dicembre 2010 n. 355, in *Foro it*., 2011, I, 664, con nota di COSTANTINO, che ha dichiarato infondate, in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 25, 54, 77, 81, 97, 103 e 113 Cost., le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 17, comma 30 *ter*, secondo e terzo periodo, d.l. n. 78/2009, modificato dall'art. 1 comma 1 lett. *c* n. 1 del d.l. n. 103/2009, nella parte in cui prevede che l'azione per il risarcimento del danno erariale all'immagine delle pubbliche amministrazioni può essere esercitata soltanto quando sia intervenuta sentenza penale irrevocabile di condanna per i delitti previsti nel capo I del titolo II del libro II c.p., e la prescrizione è sospesa fino alla conclusione del procedimento penale.

[156] Decreto convertito con l. n. 122/2010.

[157] D.p.r. 21 settembre 1994 n. 698, regolamento recante «norme sul riordinamento dei procedimenti in materia di riconoscimento delle minorazioni civili e

toria segnalazione alla Corte dei conti. Ferme la responsabilità penale e disciplinare e le relative sanzioni, il medico è obbligato a risarcire il danno patrimoniale, pari ai trattamenti economici erogati indebitamente ed al danno all'immagine subiti dall'amministrazione. Merita segnalare che né la lettera né il contesto di tale disposizione limitano la sua applicazione all'impiego pubblico (qui non sono però menzionati i trattamenti di malattia).

Un apparato sanzionatorio specifico è stato introdotto anche per quanto riguarda l'informatizzazione delle certificazioni mediche concernenti le assenze dal lavoro per malattia.

Il comma 4 dell'art. 55 *septies* del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che l'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica «costituisce illecito disciplinare e, in caso di reiterazione, comporta l'applicazione della sanzione del licenziamento ovvero, per i medici in rapporto convenzionale con le aziende sanitarie locali, della decadenza dalla Convenzione, in modo inderogabile dai contratti o accordi collettivi». Il rigore di tale disposizione è stato temperato dall'art. 13 comma 3 *bis* del d.l. n. 179/2012[158], che ha aggiunto al predetto comma 4 la precisazione secondo cui l'illecito disciplinare sussiste solo ove vi sia anche l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, nonché la precisazione secondo cui le sanzioni sono applicate secondo criteri di gradualità e proporzionalità, secondo le previsioni degli accordi e dei contratti collettivi di riferimento. Quest'ultima indicazione induce ad escludere la sanzione massima nel caso di reiterazione meramente colposa. Detto ritocco normativo consolida l'impostazione ermeneutica già proposta dal Dipartimento della Funzione pubblica[159].

Seppure non sia precisato, tale comma 4 appare riferito non ai singoli lavoratori assenti per malattia, ma solo ai medici, sia perché gli «obblighi di trasmissione per via telematica» incombono sui medici, sia perché lo scopo della norma non sembra quello di aggravare imperativamente le sanzioni per assenza ingiustificata, bensì solo quello di attuare il sistema telematico di certificazione

sulla concessione dei benefici economici», in *Gazz. uff.* 22 dicembre 1994 n. 298.

[158] Decreto convertito con l. n. 221/2012.

[159] Cfr. la circolare del Dipartimento della Funzione pubblica n. 1 dell'11 marzo 2010.

medica. Pare trattarsi di una sanzione introdotta allo scopo d'ottenere collaborazione anche da parte dei medici meno ben disposti rispetto alle nuove tecnologie e, così, ridurre al minimo gli ostacoli che potevano prevedersi per la fase di transizione dal sistema cartaceo a quello telematico.

Nel complesso, dunque, l'apparato sanzionatorio risulta alquanto rafforzato rispetto al passato. Per talune fattispecie parrebbe anzi opportuna la previsione di una maggiore possibilità di graduazione in sede applicativa. Le disposizioni speciali per il pubblico impiego paiono il risultato soprattutto della sfiducia che la c.d. terza riforma ha dimostrato nei confronti dell'autonomia collettiva, non del tutto ingiustificata alla luce della cennata debolezza in proposito dei codici disciplinari. Nel caso del controllo della malattia, comunque, la sfiducia nell'autonomia collettiva non ha comportato tanto una sottolineatura delle prerogative dirigenziali, quanto la creazione di automatismi, che dimostrano una scarsa fiducia anche nei confronti della categoria dirigenziale.

Come detto, il potere normativo tende così ad ergersi a garante diretto del buon funzionamento dell'amministrazione, conferendo alle disposizioni in materia una connotazione che, ferma restando la natura privatistica dei relativi atti di gestione (controllo e sanzione) dei rapporti lavorativi, conferma l'intrinseca diversità dell'interesse sotteso a tale normativa. Ciò pare potersi affermare anche per la porzione di normativa che già era vigente in proposito, la quale, pur comune anche al lavoro privato, finisce ora per assumere nel settore pubblico i connotati peculiari che il legislatore ha impresso al sistema disciplinare regolato dagli artt. 54 e seguenti del d.lgs. n. 165/2001.

5. *I disincentivi economici all'astensione dal lavoro*

Allo scopo di contenere i tassi d'assenza, per il settore privato si è talora dibattuto sull'opportunità di un ripensamento dell'assetto contrattual-collettivo del trattamento economico di malattia, nel

senso d'introdurre un periodo iniziale di carenza effettiva[160], ritenendo taluni che le malattie brevi non pongano una vera esigenza di copertura economica di tipo previdenziale o retributivo[161]. Data l'evidente improbabilità di un intervento legislativo del genere, la spinta in questo senso da parte datoriale si è fatta crescente[162], non solo con riferimento alle note vicende sindacali nell'ambito dell'industria automobilistica[163].

Nel pubblico impiego, invece, tale tendenza non è rimasta compressa in una contrastata dialettica tra le parti sociali, ma ha ottenuto apposita regolazione tramite fonte primaria.

Oltre che un rafforzamento dei controlli, infatti, è stato introdotto per i dipendenti pubblici[164] (anche non contrattualizzati[165]) un disincentivo economico alle assenze per malattia, che incide sulla prima decade d'assenza, ferme restando le decurtazioni già previste dalla contrattazione collettiva (es. dopo il nono mese d'infermità). Invero, non si tratta di un disincentivo alle assenze

[160] PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro* cit., 377.

[161] ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989, 277 ss.

[162] Cfr. ad es. la disciplina contenuta nell'accordo (separato) 6 aprile 2011 per i dipendenti delle aziende del terziario.

[163] Sulle note vicende contrattual-collettive presso la Fiat, per quanto riguarda la disciplina delle assenze per malattia, vedi E. BALLETTI, *Assenteismo* cit., 209 ss., e D. GAROFALO, *Il contrasto all'assenteismo negli accordi* cit., 500 ss.

[164] Si segnala Trib. Milano 12 gennaio 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 506, con nota di BOATTI, *Le decurtazioni stipendiali per causa di malattia*, che ha stabilito che le ex ipab, trasformate in fondazioni di diritto privato ai sensi dell'art. 16, 1° comma, d.lgs. 4 maggio 2001 n. 207, in quanto soggette alla disciplina prevista dal diritto comune e dal contratto collettivo a esse applicabile, non debbono applicare l'art. 71 d.l. 25 giugno 2008 n. 112 in tema di trattamento economico di malattia, che è contenuto all'interno del capo dedicato al solo pubblico impiego.

[165] Il comma 1 dell'art. 71 del d.l. n. 112/2008 è espressamente riferito ai dipendenti pubblici di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, cioè solo a quelli privatizzati. Tale restrizione nell'ambito soggettivo d'applicazione è però successivamente contraddetta dall'introduzione, in sede di conversione, del comma 1 *bis* nello stesso articolo, comma poi modificato dall'art. 17 comma 23 del d.l. n. 78/2009. Nell'attuale tenore testuale il comma 1 *bis* dispone infatti che, solo per il personale «del comparto sicurezza e difesa» e quello del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, gli emolumenti «di carattere continuativo correlati allo specifico *status* e alle peculiari condizioni di impiego di tale personale sono equiparati al trattamento economico fondamentale», cioè tali emolumenti debbono non essere decurtati ai fini del trattamento di malattia.

indebite, ma a tutte le assenze per malattia, il quale dunque crea un diverso equilibrio tra interesse della generalità dei dipendenti a percepire un trattamento di malattia non inferiore alla retribuzione ordinaria ed interesse pubblico alla riduzione dei tassi d'assenza. È comunque evidente che tali interessi non solo si fronteggiano, ma anche s'intrecciano, se è vero che il miglioramento della qualità media del lavoro pubblico, tramite la dissuasione rispetto ai comportamenti opportunistici, può certo essere un fattore motivazionale per la generalità del personale.

L'art. 71 comma 1 del d.l. n. 112/2008 prescrive che nei primi dieci giorni di ciascuna assenza per malattia, di qualunque durata, «è corrisposto il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento accessorio»[166]. Lo stesso comma 1 prescrive che i conseguenti risparmi concorrono al miglioramento dei saldi di bilancio e non possono essere utilizzati per incrementare i fondi per la contrattazione integrativa. Come precisato dall'Inpdap[167], detto art. 71 non modifica la vigente disciplina in materia di copertura contributiva e valutazione a fini previdenziali.

La decurtazione retributiva si applica alle infermità di qualunque durata: per l'intera assenza non superiore a dieci giorni, non-

[166] Per un precedente, vedi l'art. 3 comma 39 della l. n. 537/1993: tale norma aveva riscritto l'art. 40 del t.u. n. 3/1957, escludendo alcuni emolumenti dalla retribuzione spettante per il primo giorno di congedo straordinario. Per la disapplicazione della norma, nei confronti dei funzionari appartenenti alla carriera diplomatica, vedi l'art. 23, d.p.r. 20 febbraio 2001 n. 114; nei confronti del personale non dirigenziale dell'Enea, degli enti pubblici non economici, delle università, delle regioni ed autonomie locali, delle istituzioni ed enti di ricerca, delle aziende autonome, della sanità, dei ministeri e nei confronti del personale dirigenziale della scuola, cfr. gli allegati A e B al d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165; nei confronti dei funzionari appartenenti alla carriera prefettizia, vedi l'art. 26, d.p.r. 23 maggio 2001 n. 316; nei confronti del personale delle Forze armate, vedi l'art. 13, d.p.r. 13 giugno 2002 n. 163; nei confronti del personale delle forze di polizia ad ordinamento civile e militare, vedi gli artt. 19 e 56, d.p.r. 18 giugno 2002 n. 164. Cfr., anche, gli artt. 16, comma 1, e 39, comma 1, d.p.r. 16 aprile 2009 n. 51 e l'art. 15, comma 1, d.p.r. 16 aprile 2009 n. 52.

[167] Circolare Inpdap 28 maggio 2009 n. 13.

ché per i primi dieci giorni dell'assenza di durata superiore[168]. L'eventuale prosecuzione, senza soluzione di continuità, di un iniziale periodo di malattia non può essere considerata una nuova assenza, e non comporta decurtazione economica ulteriore dopo il decimo giorno dall'inizio della malattia medesima. Per quanto riguarda il divisore della decurtazione, il Dipartimento della Funzione pubblica ha affermato che il relativo computo va effettuato in trentesimi, dal momento che le giornate di sabato e domenica collocate all'interno di un periodo d'assenza per malattia vengono anch'esse assoggettate alla decurtazione del trattamento economico accessorio[169].

In base alla disciplina collettiva, il trattamento economico accessorio variabile era già escluso dalla retribuzione spettante in caso di malattia inferiore a quindici giorni[170], tranne in caso di ricovero ospedaliero e successiva convalescenza. Quello al quale l'art. 71 comma 1 si riferisce è il trattamento economico accessorio erogato con carattere fisso e continuativo.

Per la qualificazione delle voci retributive, le amministrazioni devono far riferimento alle eventuali definizioni fornite dai contratti collettivi per ciascun comparto o area. In un primo momento, si sono riscontrate incertezze sull'individuazione delle voci retributive decurtabili[171]. Maggior chiarezza si è raggiunta da quando le

[168] In tale senso la citata circolare n. 8/2008 del Dipartimento della Funzione pubblica e la circolare Inps 9 Dicembre 2008 n. 109.

[169] Anche con riguardo a questo profilo, la soluzione è comunque diversificata in base al comparto. Sulla base di una espressa norma collettiva, per il comparto regioni ed autonomie locali l'Aran propende per la diversa regola della trattenuta per ventiseiesimi: cfr. l'orientamento applicativo Aran ral1324.

[170] Cfr. anche il messaggio n. 25 del 9 marzo 2009 del Ministero dell'economia, Dipartimento dell'amministrazione generale e del personale, avente ad oggetto «Implementazione della funzione "Posizioni di stato" per la segnalazione di assenze per malattia *ex* art. 71. d.l. n. 112/2008».

[171] Secondo la cit. circolare n. 7/2008 del Dipartimento della Funzione pubblica, rientrano tra le voci computabili ed erogabili anche in periodo di malattia il trattamento economico tabellare iniziale e di sviluppo economico, la tredicesima mensilità, la retribuzione individuale di anzianità, ove acquisita, gli eventuali assegni *ad personam* per il personale del comparto ministeri e analoghe voci per il personale dipendente da altri comparti; e «per il personale dell'area I si considerano lo stipendio tabellare, la retribuzione di posizione di parte fissa, la tredicesima mensilità, la retribuzione individuale di anzianità ove acquisita, eventuali assegni *ad personam* e analoghe voci per il personale dirigenziale appartenente ad

amministrazioni hanno diffuso orientamenti organici: in particolare il Ministero dell'economia ha pubblicato un elenco degli «assegni soggetti a riduzione in caso di assenza per malattia» suddivisi per comparto o area di contrattazione[172].

Il medesimo art. 71 comma 1 mantiene fermo il trattamento più favorevole eventualmente previsto dai contratti collettivi o dalle specifiche normative di settore per le assenze per malattia dovute ad infortunio sul lavoro o a causa di servizio[173], oppure a ricovero ospedaliero o a *day hospital*, nonché per le assenze relative a patologie gravi che richiedano terapie salvavita. La *ratio* della norma induce a ritenere che alle assenze per *day hospital* siano assimilabili quelle per *day surgery* e *day service* ambulatoriale e simili[174]; il discorso appare diverso qualora invece si tratti di accesso al pronto soccorso senza ricovero, poiché tale contatto con le strutture ospedaliere non avviene su richiesta del medico, ma per decisione del paziente (la quale potrebbe anzi venire distorta dalla previsione di un effetto stipendiale).

---

altre aree». Con la circolare n. 8 del 19 luglio 2010, il Dipartimento della Funzione pubblica ha escluso che la retribuzione di risultato dei dirigenti rientri tra le voci di decurtazione. Si segnala che la circolare Inpdap n. 20 del 21 ottobre 2010 assimila al trattamento dirigenziale accessorio, non decurtabile, il trattamento accessorio dei professionisti dell'ente. Ampiamente in proposito vedi NICOLOSI, *Malattia e retribuzione di risultato nell'area VI* cit., 91 ss. Qualche indicazione di portata generale è venuta anche dall'Aran (cfr. ad es. il parere n. 795-21C7 relativo al comparto regioni e autonomie locali).

[172] Il documento è disponibile sul sito ufficiale www.spt.mef.gov.it, seguendo il percorso "Stipendi" ed infine "Riduzioni del trattamento economico".

[173] Per quanto riguarda la causa di servizio, merita ricordare che, già prima della sua eliminazione da parte del d.l. n. 201/2011, l'art. 70 del d.l. n. 112/2008, come convertito dalla l. n. 133/2008, ha stabilito che a decorrere dall'inizio del 2009 nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche ai quali sia stata riconosciuta un'infermità dipendente da causa di servizio ed ascritta ad una delle categorie della tabella A annessa al testo unico di cui al d.p.r. 23 dicembre 1978 n. 915 e s.m.i., «è esclusa l'attribuzione di qualsiasi trattamento economico aggiuntivo previsto da norme di legge o pattizie» (ma, singolarmente, chi già ne beneficiava mantiene tale emolumento anche per il futuro: cfr. il parere n. 30520/2012 del Dipartimento della Funzione pubblica).

[174] INPDAP (a cura di), *Le assenze per malattia* cit., 10. Per quanto riguarda le assenze dovute a ricovero, il parere n. 53/2008 del Dipartimento della Funzione pubblica ha precisato che è fatta salva la più favorevole disciplina collettiva anche per quanto riguarda il periodo d'assenza *post* ricovero.

Salvo che per la circoscritta casistica appena enunciata, in base al comma 6 del medesimo art. 71 la disciplina legale di questa decurtazione retributiva è intangibile da parte della contrattazione. Il legislatore ha così inteso evitare che tale incentivo economico alla presenza in servizio sia eliminato dall'autonomia collettiva, come invece è avvenuto con riguardo agli iniziali giorni di carenza dell'indennità di malattia per alcune categorie dei dipendenti privati. Dichiarando l'illegittimità di una legge regionale che rinviava alla contrattazione collettiva, la Corte costituzionale ha avuto occasione di precisare che questa disciplina è di competenza legislativa esclusiva statale, afferente all'«ordinamento civile» ai sensi dell'art. 117 Cost.[175].

La Consulta[176] ha rigettato i dubbi di legittimità costituzionale sollevati su questa decurtazione retributiva da un tribunale del lavoro[177], che erano invece stati dichiarati infondati dalla giurisprudenza amministrativa laziale[178].

La Corte costituzionale ha escluso, in primo luogo, un contrasto con l'art. 3 Cost., in termini di parità di trattamento rispetto ai dipendenti privati: da un lato, il pubblico impiego non è paragonabile al lavoro privato, che in proposito è regolato da diversa disciplina lavoristica e previdenziale; dall'altro lato, comunque, lo stesso art. 2110 c.c. non impone durante la malattia la conservazione dell'intero trattamento economico, né a carico del sistema assicurativo dell'Inps, che anzi esclude ogni copertura per i primi tre giorni, né a carico dei datori di lavoro, che infatti sono talora onerati soltanto di una percentuale del trattamento retributivo abituale secondo le discipline collettive.

---

[175] Corte cost. 29 aprile 2010 n. 151 cit., punto 2.2 della motivazione. A conferma della tendenza centralistica della Consulta in materia di lavoro pubblico, vedi anche Corte cost. 12 novembre 2010 n. 324, in *Riv. it. dir. lav*., 2011, II, 1197, con nota di BOSCATI, *Ordinamento civile per incarichi dirigenziali ad esterni e per procedure di mobilità tra enti*.

[176] Corte cost. 10 maggio 2012 n. 120 cit.

[177] L'eccezione era stata sollevata da Trib. Livorno ord. 5 agosto 2011, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 459, con nota critica di DE MARINIS, *Il trattamento economico di malattia dei dipendenti pubblici* cit.

[178] Tar Lazio 3-24 aprile 2009 n. 4078, in *Lav. pubb. amm.*, 2009, 675, con nota di DI NARDO, *Le decurtazioni stipendiali per le assenze per malattia nel pubblico impiego dopo il d.l. n. 112/2008*.

La Consulta ha negato, in secondo luogo, un contrasto con l'art. 36 Cost.: senza escludere l'applicabilità dei principi costituzionali in materia retributiva al trattamento di malattia[179], la pronuncia ha precisato che la funzione alimentare di tale trattamento economico deve essere valutata con riferimento non alle singole voci decurtate, ma alla retribuzione complessiva, la quale deve essere considerata non giorno per giorno, ma «in un arco temporale di una qualche significativa ampiezza»[180].

La sentenza ha escluso, in terzo luogo, un contrasto con l'art. 38 Cost., affermando che il principio costituzionale di adeguatezza[181] non implica la conservazione dell'intero trattamento economico. In proposito pare interessante rilevare che la Corte sembra catalogare il trattamento retributivo di malattia tra le prestazioni di carattere previdenziale, non solo come obiettiva funzione ma anche come apparato erogante, ossia in un senso più pregnante rispetto a quanto tale carattere sia proprio delle prestazioni di malattia quando sono a carico dei datori privati. La Corte non solo non ha escluso un rilievo dell'art. 38 Cost. (nella motivazione infatti si parla di ulteriori esigenze di rango primario, come quella «particolarmente avvertita in materia previdenziale» di controllo della spesa pubblica); ma ha anche richiamato la necessità, peculiare del settore pubblico, che il potere discrezionale del legislatore persegua, tramite la «forza deterrente della penalizzazione economica», il valore del buon andamento *ex* art. 97 Cost. Dato che nel pubblico impie-

[179] In passato si è dubitato dell'applicabilità dell'art. 36 Cost. al trattamento economico di malattia: cfr. ad es. VACCARO, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Esi, Napoli, 1983, 195. Più in generale, per un approfondito quadro in merito all'applicabilità del principio di corrispettività al trattamento di malattia, vedi DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., in particolare 437 ss.

[180] Il punto è pacifico già da tempo risalente, cfr. ad es. Corte cost. 21 giugno 1966 n. 74, in www.cortecostituzionale.it, secondo la quale il rispetto del precetto di cui all'art. 36 Cost. «non può pertanto essere accertato con riferimento alla prestazione avvenuta in ogni singola giornata del rapporto di lavoro».

[181] Su tale principio RENGA, *Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, in *Lav. dir.,* 2005, 53 ss.; MENGONI, *I diritti sociali,* in *Arg. dir. lav.,* 1998, 2 ss.; COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, 258 ss.; FERRARO, *I diritti quesiti tra giurisprudenza e legiferazione,* in *Riv. it. dir. lav.,* 1995, I, 277 ss.; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali,* in *Dem. dir.,* 1995, 545 ss.; CINELLI, *L'«adeguatezza» della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*, in *Foro it.,* 1986, I, 1770 ss.

go il trattamento di malattia è finanziato tramite risorse tratte dai bilanci delle amministrazioni datrici, queste ultime sono, nella loro qualità di datori, strumento di *welfare* a carico della finanza pubblica. In tale maniera, peraltro, le singole amministrazioni hanno un interesse diretto alla riduzione dei tassi d'assenza, più di quanto accadrebbe se il trattamento di malattia o una parte di esso fosse a carico dell'Inps, ossia di un'amministrazione totalmente altra.

La menzionata sentenza costituzionale ha escluso, in quarto luogo, che la decurtazione retributiva per la prima decade di malattia contrasti con il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. L'entità della decurtazione, limitata al trattamento accessorio, e la sua durata, limitata ai primi dieci giorni, rendono «non sostenibile che […tale decurtazione] costringa il lavoratore ammalato, come opina il rimettente, a rimanere in servizio pur di non subirla, anche a costo di compromettere ulteriormente la salute». In ogni caso, prosegue la Corte, anche il diritto alla salute dev'essere contemperato con altre esigenze costituzionalmente tutelate, venendo nella specie in rilievo «il buon andamento della pubblica amministrazione, che la norma censurata si propone a ragion veduta di perseguire disincentivando l'assenteismo».

Tale decisione della Consulta era prevedibile[182] e, nonostante la motivazione a tratti sia perlomeno sbrigativa, pare nel complesso condivisibile[183]. Seppur implichi un contemperamento che in via di

[182] Come da più parti notato, con l'intensificarsi delle difficoltà finanziarie pubbliche, la Consulta ha teso sempre più verso un autocontenimento, anche con riguardo a scelte legislative assai delicate sul piano sociale: di recente cfr. ad es. Corte cost. 5 ottobre 2010 n. 316, in *Giur. it*., 2011, 877 (m), con nota di A. PESSI, *Perequazione automatica delle pensioni medio-alte e discrezionalità del legislatore: il difficile tema del bilanciamento tra istanze di solidarietà ed esigenze di contenimento della spesa pubblica nella giurisprudenza costituzionale*; amplius *vedi* PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in *Arg. dir. lav.,* 2006, 1041 ss.; R. PESSI, *Il dialogo tra giurisprudenza costituzionale e sistema ordinamentale*, in *Arg. dir. lav*., 2006, 1554; ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006, 267 ss.; già CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 116 ss.

[183] Esprime invece dubbi in termini di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost., con particolare riguardo alla proporzione tra disciplina e fine perseguito dal legislatore, MEZZACAPO, *La decurtazione stipendiale per i primi 10 giorni di assenza per*

principio è delicato poiché riguarda fondamentali valori di tutela della persona, pare un argomento solido quello relativo alla limitazione della decurtazione ad una quota della prima decade del trattamento economico in malattia.

A ben vedere, peraltro, l'introduzione per legge dei descritti disincentivi economici alle assenze per malattia sembra non priva di rilievo anche per quel che riguarda la stessa nozione lavoristica di malattia. Similmente a quanto già da tempo avviene per i dipendenti privati soggetti ai giorni d'iniziale carenza dell'indennità di malattia e per alcune categorie speciali di dipendenti pubblici[184], con questi disincentivi economici il legislatore e la Consulta confermano che, come la comune esperienza suggerisce, lo stato di malattia non sempre consiste in una condizione d'impossibilità di lavorare.

La valutazione sull'esistenza dell'infermità non è una secca alternativa binaria, di fronte alla quale il lavoratore resta oggetto passivo e ininfluente della decisione del medico, dato che la sintomatologia riferita e le impressioni previsionali del paziente possono influire perlomeno sulla durata della prognosi decisa dal medico. Salvi i casi di danno o rischio per sé o altre persone o cose, rivolgersi al medico è anzi un preliminare passaggio decisionale che resta in capo al dipendente, per patologie lievi o per le quali comun-

malattia del pubblico dipendente è costituzionalmente legittima…ma qualche dubbio resta, in *Arg. dir. lav*., 2012, 928 ss.; con riferimento alle argomentazioni della Consulta relative all'art. 32 Cost., esprime perplessità anche L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica* cit., 14-15. In precedenza, critici rispetto a questa norma erano stati NICOLOSI, *Malattia e retribuzione di risultato nell'area VI* cit., 91, e CASILLO, *Trattamento economico di malattia dei dipendenti pubblici e principi costituzionali*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, 561 ss. Viceversa ne aveva affermato la non irragionevolezza DE MARINIS, *Il trattamento economico di malattia dei dipendenti pubblici* cit., 459 ss.; in precedenza, aveva propeso per la compatibilità della disposizione rispetto agli artt. 32 e 36 Cost. B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 79/2008, 26.

[184] Cfr. ad esempio l'art. 3 della l. n. 27/1981, che esclude per i magistrati in malattia la corresponsione dell'indennità giudiziaria; vedi anche Corte cost. 14 luglio 2006 n. 287, in *Foro it*., 2007, I, 1353, secondo cui è infondata la questione di legittimità costituzionale del predetto art. 3 nella parte in cui esclude la corresponsione dell'indennità giudiziaria durante il periodo di congedo straordinario per malattia, in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost.

que lo svolgimento d'attività lavorativa sia ininfluente. La prestazione lavorativa è preclusa solo in una parte della gamma delle situazioni di malattia che legittimano la sospensione. Nelle situazioni restanti, la prestazione, pur non impossibile, è eccessivamente gravosa o difficoltosa. Per comprendere l'intera gamma si parla di inesigibilità. La decisione sul quando si sia di fronte a un'infermità che rende la prestazione lavorativa (più onerosa ma) non eccessivamente onerosa spetta al medico, però con la collaborazione del paziente, non di rado determinante.

In sintesi, a larga parte delle situazioni che comportano il diritto del lavoratore di sospendere la prestazione per malattia non corrisponde il diritto o tantomeno l'obbligo per il datore di rifiutare o di pretendere la prestazione[185]. Ebbene, come riconosciuto nella predetta sentenza della Consulta, proprio su tale margine di scelta del lavoratore il legislatore intende influire tramite i disincentivi economici, che altrimenti non troverebbero spiegazione.

La tutela della salute è un valore costituzionale primario; è anzi una pietra angolare del patto sociale. Anch'essa comunque deve, inevitabilmente, esser contemperata con altri valori costituzionali. Quando si tratti di prestazioni mediche o vincoli sanitari, la comprimibilità delle posizioni individuali è assai delicata e può esser tollerata soprattutto a beneficio d'importanti ragioni di salute collettiva[186], seppure le ragioni d'equilibrio di finanza pubblica e buon andamento amministrativo non possono essere escluse[187]. Quando

[185] Il punto è sottolineato da ICHINO, *Il contratto di lavoro. Sospensione del lavoro* cit., 54-56.

[186] Cfr. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in AA.VV., *Rapporti etico-sociali. Artt. 29-34*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione* cit., 167 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, più di recente cfr. ad es. la motivazione di Corte cost. 18 aprile 1996 n. 118, in *Foro it.*, 1996, I, 2326, con nota di PONZANELLI, «*Pochi, ma da sempre»: la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità*, sulla legittimità delle vaccinazioni obbligatorie. Qualche anno dopo la Consulta ha proseguito il ragionamento con riguardo alle vaccinazioni non obbligatorie ma incentivate dalle autorità: Corte cost. 16 ottobre 2000 n. 423, in *Foro it.*, 2001, I, 4, con nota di PONZANELLI.

[187] Vedi ROVAGNATI, *La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, relazione al convegno «I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza», Trapani 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it, 24 ss., ove ampi riferimenti. Sull'influenza delle ristrettezze

invece si tratta di prestazioni economiche collegate alla tutela della salute, il margine discrezionale del legislatore è un poco maggiore e trova limiti più sfumati, come il principio di sufficienza *ex* art. 36 Cost. e il principio d'adeguatezza di cui all'art. 38 Cost.

Rileva ovviamente anche il valore nei confronti del quale avviene tale contemperamento, poiché, rispetto al caso in cui si tratti di valutare fino a che punto il legislatore possa imporre un peso economico ai datori privati (art. 41 Cost.), la questione si pone su principi costituzionali diversi quando le tutele sono a carico del datore pubblico (art. 97 Cost.)[188], senza peraltro che da ciò possano meccanicamente dedursi conseguenze vincolanti per il potere discrezionale del legislatore. Da un lato, l'interesse alla qualità della spesa pubblica potrebbe talora ritenersi sopravanzare quello alla competitività delle imprese. Dall'altro lato, però, la lettura dei valori costituzionali permette di attendersi dalla capacità economico-finanziaria della collettività un'assunzione di responsabilità più marcata per la tutela delle persone.

---

di bilancio sull'organizzazione del sistema sanitario vedi anche DE MAIO, *Federalismo sanitario, crisi economica e perequazione*, in LIGUORI, A. ZOPPOLI (a cura di), *La sanità flessibile* cit., 118 ss., e BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: la sanità come paradigma*, in ROVERSI MONACO, BOTTARI (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012, 79 ss.

[188] Ad esempio vedi Corte cost. 18 luglio 1983 n. 212, in *Foro it*., 1983, I, 2972, che – nel dichiarare infondata una specifica ed oggi superata questione di legittimità riguardante la conservazione del posto di lavoro dei dipendenti pubblici in malattia – ha affermato che «la tutela, commessa allo Stato dal precetto costituzionale, del diritto alla salute, riconosciuto come diritto fondamentale dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, può, ove necessario, incontrare limiti oggettivi: non soltanto nella stessa organizzazione dei servizi sanitari (sentenza di questa Corte n. 175 del 1982), ma ben anche nella esigenza della concomitante tutela di altri interessi, del pari costituzionalmente protetti: quale, nella specie, l'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione, nella cui cerchia, come si è innanzi detto, rientra l'organizzazione delle scuole statali».

Capitolo IV

L'INIDONEITÀ PSICOFISICA DURATURA: IL LICENZIAMENTO PER RAGIONI DI SALUTE

SOMMARIO: 1. La disciplina comune del licenziamento per inidoneità psicofisica. – 2. (*Segue*) Le disposizioni contenute nella legge sul diritto al lavoro dei disabili. – 3. Il licenziamento per inidoneità psicofisica dei dipendenti pubblici. – 4. (*Segue*) La regolazione unilaterale introdotta nel 2011. – 5. Il distinto rilievo della condizione psicofisica nella riformata disciplina della tutela reale: profili sostanziali. – 6. (*Segue*) Profili formali e procedurali. – 7. (*Segue*) L'applicabilità della riforma nell'impiego pubblico.

1. *La disciplina comune del licenziamento per inidoneità psicofisica*

Le conseguenze più delicate dell'inidoneità psicofisica del dipendente attengono alla possibile estinzione del rapporto lavorativo. In proposito, la giurisprudenza è ormai orientata a non ravvisare spazio per l'applicazione della disciplina codicistica dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex* art. 1256 c.c.[1]. Analogo

[1] L'art. 1256 c.c. stabilisce come noto lo scioglimento dal vincolo obbligatorio, senza necessità di alcun atto di recesso, anche in caso d'impossibilità solo temporanea, qualora «in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla». Seppur si tratti d'orientamento recessivo, è rinvenibile qualche sporadica pronuncia propensa a non escludere la risoluzione automatica per sopravvenuta permanente impossibilità totale della prestazione lavorativa: es. Cass. 20 novembre 2002 n. 16375, in *Mass. giur. lav*., 2003, 466, con nota di PILEGGI, *Impossibilità sopravvenuta della*

discorso vale per l'art. 1463 c.c. Al di là di richiami talora affioranti in termini di principio[2], nemmeno si ritiene più applicabile in proposito l'art. 1464 c.c., relativo all'impossibilità sopravvenuta nei contratti a prestazioni corrispettive, il quale, per il caso d'impossibilità parziale, come noto prevede il diritto di recesso del creditore «qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale»[3].

Quest'ultimo precetto peraltro è espressivo di un principio del quale la disciplina lavoristica costituisce specificazione[4]. L'ordi-

---

prestazione ed estinzione del rapporto di lavoro. In ambito lavoristico, un espresso richiamo all'art. 1256 c.c. si rinviene nell'art. 41 del d.lgs. n. 276/2003, a proposito delle conseguenze dell'impedimento di entrambi i dipendenti nel lavoro ripartito; tale scelta da parte del legislatore delegato del 2003 risulta alquanto criticata in dottrina: ad esempio, PELLACANI, *Le tipologie di lavoro ad orario ridotto, modulato o flessibile: il lavoro intermittente, il lavoro ripartito e il lavoro a tempo parziale*, in PELLACANI (a cura di), *Commentario alla riforma del lavoro*, Ipsoa, Milano, II ed., 2006, 242; e VOZA, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (*part-time*, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 37/2005, 44; ne hanno sostenuto l'incostituzionalità ad es. DE SIMONE, *Lavoro ripartito*, in GRAGNOLI, PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 534-535; NAPPI, *I contratti di lavoro intermittente e ripartito*, in *Dir. merc. lav.*, 2004, 185; la norma comunque risulta priva d'applicazione pratica, a quanto consta, anche perché questa forma contrattuale non è diffusa.

[2] Es. Cass. 31 gennaio 2012 n. 1404, in *Lav. giur.*, 2012, 689, con nota di IARUSSI, *Licenziamento per malattia: l'art. 2110 c.c. prevale sulla disciplina dei licenziamenti e sulla risoluzione* ex *art. 1464 c.c.*

[3] Es. Cass. 19 dicembre 1998 n. 12719, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3063, con nota di OCCHINO. L'orientamento è prevalente anche in dottrina, pure con riguardo alla sopravvenuta inidoneità psicofisica: es. MANNACIO, *Malattia e inidoneità permanente alle mansioni*, in *Lav. giur.*, 1992, 1518.

[4] Sul complesso rapporto tra disciplina codicistica comune e disciplina del giustificato motivo di licenziamento, vedi, ampiamente, CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento: tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità* cit., 8 ss., e TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano, 1994, spec. 262 ss., nonché SCHIAVONE, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 169 ss.; CESTER, *La sopravvenuta inidoneità del lavoratore* cit., 565-571; PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro* cit., in particolare 223-231, e, in precedenza, BALANDI, *Il procedimento penale a carico del lavoratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 911 ss. Sull'orientamento incentrato sull'art. 1256 c.c., deve essere richiamato MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, vol. IV, Zanichelli, Bologna, 1953, 261, ora in CASTRONOVO, ALBANESE, NICOLUSSI (a cura di), *Luigi Mengoni. Scritti*, vol. II, *Obbligazioni e negozio*, Giuffrè, Milano, 2011, 105 ss.

namento infatti non impone al datore di restare vincolato *sine die* con un lavoratore che non è più in grado di svolgere l'oggetto della sua controprestazione[5]. Come conferma l'art. 4 comma 4 della l. n. 68/1999[6], tale impossibilità assume rilievo estintivo per il tramite di un atto di recesso.

Salva l'applicabilità del licenziamento per superamento del comporto di cui all'art. 2110 c.c., la disciplina rilevante è quella del licenziamento con preavviso per giustificato motivo oggettivo[7]. Quand'anche infatti l'idoneità fisica sia venuta meno per una ragione collegata alla volontà del prestatore, tale ragione appare ben lontana, nella catena causale, rispetto al rapporto di lavoro, sì da potersi certo escludere la configurabilità di una responsabilità disciplinare[8]. La predetta impostazione che riconduce l'inidoneità

[5] Il principio è pacifico: es. Cass. 13 febbraio 2003 n. 2152, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 154.

[6] NOGLER, *Inidoneità alla mansione specifica* cit., 77.

[7] Es. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 89. L'orientamento è oggi consolidato. Dopo la legge del 1966, comunque, vi fu un certo dibattito in proposito, poiché, se è vero che questa soluzione è ragionevole sul piano pratico, dal punto di vista letterale non era scontato ricondurre una ragione inerente alla persona del lavoratore alla formulazione del motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge medesima: LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro* cit., 306; veniva anzi segnalato il rischio di trasformare tale norma in una formula di chiusura illimitata e indefinita: es. TOSI, *Il dirigente d'azienda: tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1974, 193. Invece, per una particolarissima casistica in cui la giurisprudenza ha ritenuto applicabile il recesso per giusta causa, cfr., sul licenziamento dei piloti aerei, il cui rapporto è sottoposto ad una disciplina speciale, Cass. 29 marzo 2010 n. 7531, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 133, con nota di FERRARESI, *Inidoneità permanente al volo, impossibilità sopravvenuta della prestazione e giustificato motivo di licenziamento*, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 3 con nota di D'AIUTO, *Impossibilità sopravvenuta assoluta della prestazione nel settore della navigazione: risoluzione di diritto o recesso unilaterale?*. Sulla configurabilità della giusta causa di licenziamento per ragioni incolpevoli, vedi PEDRAZZOLI, *Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvenire di incompatibilità personali*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2011, 92, a proposito del particolare caso, inerente a questioni non d'idoneità fisica ma di concorrenza e conflitto d'interesse, deciso da Cass. 7 novembre 2000 n. 14466; *amplius* sulla problematica vedi TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa* cit., 234 ss.

[8] Come si ritiene da tempo risalente (es. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, 166), per intuitive ragioni equitative e di rispetto resta irrilevante la volontà del lavoratore che abbia tentato un gesto tragico come il suicidio, quand'anche non si voglia rinvenire la sussisten-

psicofisica alla seconda parte dell'art. 3 della l. n. 604/1966, già pacifica, è stata confermata dalla novellazione che la l. n. 92/2012 ha apportato all'art. 18 St. lav., il cui comma 7 ora menziona il licenziamento per «motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore».

Secondo l'interpretazione comunemente accreditata, il giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966 contiene l'implicita[9] regola del c.d. ripescaggio, vincolante anche dopo l'art. 30 della l. n. 183/2010[10]. In base a tale regola il datore, ferma restando la sua libertà organizzativa[11], deve offrire le idonee posizioni disponibili al lavoratore. Con un'espressione invero non priva di

za di un turbamento assimilabile alla malattia. Lo stesso vale per ogni altro gesto autolesionistico, salvo forse il caso in cui l'infermità sia stata procurata nell'intento inequivoco di sottrarsi agli obblighi lavorativi: PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro* cit., 111. Rispetto alla possibilità di effettuare una contestazione disciplinare, resta salvo, semmai, il particolare caso in cui il gesto autolesionistico si sia verificato nel luogo di lavoro comportando danni ingenti al datore e/o ai terzi; ma in tale evenienza non è in discussione la sopravvenuta inidoneità fisica.

[9] Sottolinea l'assenza di un espresso fondamento legale PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico,* in *Arg. dir. lav*., 2000, 34.

[10] M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice* cit., 9 ss. secondo cui l'obbligo di *repêchage* è un passaggio ineliminabile del controllo sulla sussistenza della causa del concreto atto di esercizio delle prerogative datoriali, consistente in una valutazione di legittimità e non di merito. Tale istituto di matrice giurisprudenziale è pressoché pacifico in dottrina: vedi ad es. ZOLI, I *licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 47-50. Per un'opinione che invece pone in dubbio l'esistenza di un obbligo di *repêchage*, vedi in particolare DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lav. dir*., 2007, 465, e in MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008, 37.

[11] Es. Cass. 23 aprile 2010 n. 9700, in *Arg. dir. lav*., 2011, 146, con nota di S.M. CORSO, *Inidoneità sopravvenuta del lavoratore e limiti di* repêchage *secondo una recente sentenza della cassazione*; Cass. 28 ottobre 2008 n. 25883, in *Foro it. on line*; vedi anche Cass. 7 gennaio 2005 n. 239, in *Not. giur. lav.*, 2005, 494, che, nella specie, ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimo il licenziamento dell'autista di un'azienda di autotrasporti divenuto incapace a svolgere tali mansioni, non esistendo più posti di bigliettaio o di fattorino disponibili; Cass. 24 gennaio 2005 n. 1373, *ivi*, 494, secondo cui l'obbligo di *repêchage* non può spingersi fino al punto di obbligare il datore a introdurre in azienda una autonoma figura lavorativa non prevista dal contratto collettivo.

margini d'incertezza[12], si suole affermare che il licenziamento può essere solo la *extrema ratio*[13].

Per quanto riguarda le ragioni oggettive di licenziamento derivanti dalle condizioni psicofisiche della persona del lavoratore, o comunque dall'interazione di tali condizioni con l'ambiente aziendale, una conferma positiva di tale obbligo datoriale emerge da plurime disposizioni. L'art. 15 comma 1 lett. *m* del t.u. n. 81/2008 annovera, tra le misure generali di tutela della salute e sicurezza, l'allontanamento del lavoratore dall'esposizione al rischio «per motivi sanitari inerenti la sua persona» e, «ove possibile», l'adibizione ad altra mansione[14]. In senso analogo s'esprimono l'art. 42 del medesimo t.u. del 2008 e l'art. 4 comma 4 della l. n. 68/1999.

Poco prima di quest'ultima legge, comunque, le Sezioni unite[15] avevano definitivamente superato il criticato[16] orientamento in ba-

---

[12] Cfr. NUZZO, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura, Napoli, 2012, 107 ss.

[13] MANCINI, *Commento all'art. 18*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1972, 259; BALLESTRERO, *I licenziamenti*, FrancoAngeli, Milano, 1975, 385; M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1980, 311. Sul piano dei pratici vincoli ricadenti sul datore a causa dei principi lavoristici della Carta costituzionale, le originali impostazioni dottrinali di tale orientamento risultano invero più pregnanti di quello poi accolto in giurisprudenza: cfr. PISANI, *Il* repêchage *nel licenziamento per motivi oggettivi: la «creazione» si espande al pari dell'incertezza*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 186 ss.

[14] In senso analogo vedi anche l'art. 229 comma 5, l'art. 242 comma 3 e l'art. 279 comma 2 del t.u. n. 81/2008, rispettivamente sui rischi di esposizione a radiazioni ottiche artificiali, sulla protezione da agenti cancerogeni e mutageni, e sull'esposizione ad agenti biologici.

[15] Cass. 7 agosto 1998 n. 7755, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 876, con nota di PAPALEONI, *Inidoneità sopravvenuta e* repêchage, sentenza che argomenta sulla base dell'obbligo di buona fede. Su questa svolta giurisprudenziale, vedi anche LUDOVICO, *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità* cit., 122-125. Per la ricostruzione dell'antecedente dissidio giurisprudenziale, vedi anche VENDITTO, LATINI, *La ricollocazione dei lavoratori divenuti inabili alle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia. Analisi e verifica dello stato applicativo delle disposizioni*, Istituto italiano di medicina sociale, Roma, 2005, 20-27.

[16] DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 353, nota 262; CAMPANELLA, *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 614 ss.; veementemente critico soprattutto MEUCCI, *Una opinabile inversione di valori: il diritto dell'impresa di adibire il lavoratore a mansioni diverse per esigenze produttive, non corrisposto per il lavora-*

se al quale l'obbligo di *repêchage* non si applicava nel caso di giustificato motivo oggettivo derivato dalla persona del lavoratore. Questo obbligo deve ritenersi esteso sostanzialmente ad ogni ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento[17].

La possibilità di recesso sussiste non solo in caso di sopravvenuta incapacità psicofisica a compiere le mansioni, ma anche in quello di dannosità di tutte le mansioni possibili presso il datore rispetto al particolare stato psicofisico, permanente o di durata indefinita, del lavoratore. In questo caso, anzi, il licenziamento tende a configurarsi come un obbligo per il datore, allo scopo di andare esente da responsabilità *ex* art. 2087 c.c.[18]; in tale senso depone anche la cennata prescrizione dell'art. 15 comma 1 lett. *m* del t.u. n. 81/2008. Nelle more dell'accertamento medico, il datore deve sospendere cautelativamente il lavoratore dalla prestazione[19]. Le conseguenze economiche di tale evenienza non sono stabilite dalla legge, sicché può ritenersi che la sospensione dovuta a decisione del datore o del medico competente non comprima il diritto alla retribuzione. Quando invece sussiste una certificazione di un medico terzo oppure del curante del lavoratore, le conseguenze economiche sono quelle proprie della malattia. Per il pubblico impiego il punto pare ora essere stato chiarito dal citato d.p.r. n. 171/2011, il cui art. 6 impone la corresponsione di un'indennità pari al trat-

---

tore nel caso di sopravvenuta menomazione dello stato di salute (nota a Cass. 8 gennaio 1983 n. 140), in *Giust. civ.*, 1983, I, 3040.

[17] Es. Cass. 14 ottobre 2010 n. 21203 e Cass. 13 ottobre 2009 n. 21710, entrambe in *De agostini professionale on line*. L'esclusione dall'obbligo di ripescaggio riguarda soltanto taluni particolari casi d'impossibilità sopravvenuta derivante da fatto gravemente imputabile al lavoratore, i quali però esulano da questioni inerenti all'inidoneità psicofisica: vedi ad es. Cass. 6 giugno 2005 n. 11753, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 35, con nota di GRAMICCIA (vicenda in cui la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, senza dare rilievo al comportamento dei lavoratori, aveva ritenuto illegittimo il licenziamento di due dipendenti della società aeroporti di Roma, ai quali era stato ritirato il tesserino di accesso all'area aeroportuale in seguito a denuncia in flagranza per tentato furto di bagagli, per non aver la società fornito la prova dell'impossibilità di un loro diverso utilizzo).

[18] Cass. 13 dicembre 2000 n. 15688, in *Giur. it.*, 2001, 1104, con nota di LEPRE, *Licenziamento per inidoneità psicofisica sopravvenuta e adempimento degli obblighi di sicurezza* ex *art. 2087 c.c.*

[19] LUDOVICO, *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 120-121.

tamento retributivo spettante in caso di assenza per malattia in base alla legge e ai contratti collettivi. Va tenuto presente altresì che, in base all'art. 41 comma 1 del t.u. n. 81/2008, la sorveglianza sanitaria deve essere effettuata anche «qualora il lavoratore ne faccia richiesta e la stessa sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi lavorativi», come potrà accadere anche qualora il lavoratore miri a sottrarsi a mansioni ritenute dannose e reputi che nell'organizzazione datoriale ve ne siano altre disponibili.

Sulla base dei principi desumibili da plurime disposizioni di legge[20], da tempo si ammette la liceità del patto individuale con cui il dipendente accetta lo spostamento su mansioni inferiori, ottenendo in cambio la salvaguardia del posto di lavoro[21]. Pur se nella pratica del settore privato qualche rischio d'abuso può sussistere ove si tratti di accordo al di fuori della supervisione collettiva, è indubitabile che la professionalità tutelata dall'art. 2103 c.c. non sia un valore prevalente rispetto alla salvaguardia del posto di lavoro. Come hanno stabilito le Sezioni unite, questo vale a maggior ragione in caso di sopravvenuta inidoneità a tutte le mansioni equivalenti disponibili presso la struttura datoriale[22], cioè rispetto ad un dipendente debole sul mercato del lavoro.

---

[20] In particolare vedi l'art. 4 comma 11 della l. n. 223/1991, che in materia di licenziamenti collettivi prevede che gli accordi sindacali nell'ambito delle procedure di licenziamento collettivo che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possono stabilire, «anche in deroga al secondo comma dell'articolo 2103 del codice civile», la loro assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte. Diversa, invece, appare la *ratio* di tutela, temporanea e con mantenimento della retribuzione, della salute delle lavoratrici in gravidanza, di cui all'art. 7 comma 5 del d.lgs. n. 151/2001.

[21] Cfr. Cass. 7 febbraio 2005 n. 2375, in *Mass. giur. lav*., 2005, 189; Cass. 10 ottobre 2005 n. 19686, in *Not. giur. lav*., 2006, 331; Trib. Torino 30 luglio 2008, in *Arg. dir. lav*., 2009, 1139, con nota di MURRONE, *Adibizione a mansioni inferiori, decorso del tempo e consenso del lavoratore*; Trib. Roma 1 aprile 2004, *ivi*, 2004, 463. Tra i primi in questo senso in dottrina, cfr. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 13*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti* cit., 254 (confermando l'opinione espressa nell'edizione del 1972, 190), e DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro* cit., 231; vedi anche BETTINI, *Il consenso del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2001, 96, e da ultimo BROLLO, VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e* jus variandi*. Mansioni qualifiche,* jus variandi, in MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione* cit., 559 ss.

[22] Cass. 7 agosto 1998 n. 7755 cit.

In ogni caso, sul punto il legislatore ha oggi eliminato ogni dubbio con l'art. 4 comma 4 della l. n. 68/1999, nonché con l'art. 42 comma 1 del t.u. sulla sicurezza n. 81/2008[23].

Tali disposizioni impongono infatti che il lavoratore divenuto inidoneo alle mansioni già assegnate sia adibito alle mansioni inferiori, adeguate alla sua situazione psicofisica, che siano disponibili, qualora non vi sia possibilità d'assegnarlo a mansioni equivalenti. Perlomeno dopo l'avvento di tali disposizioni, dunque, non si tratta di un patto di modifica dell'oggetto del contratto di lavoro, ma dell'adempimento di un obbligo che incombe sul datore in forza della legge[24].

Anche in mancanza di supervisione collettiva, il cennato rischio di indebite pressioni datoriali finalizzate ad ottenere un consenso alle mansioni inferiori risulta sdrammatizzato nei casi in cui la delicata valutazione sulla necessità, dovuta a ragioni di salute, di adibizione a mansioni diverse passa attraverso un accertamento sanitario[25], come peraltro sempre avviene nell'impiego pubblico.

Entrambi i menzionati commi impongono la conservazione del più favorevole «trattamento corrispondente alle mansioni di prove-

[23] L'art. 42 comma 1 del t.u. n. 81/2008, come sostituito dal d.lgs. correttivo n. 109/2009, stabilisce che il datore di lavoro «in relazione ai giudizi di cui all'articolo 41, comma 6, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza». Segnala la sovrapponibilità tra questo comma e l'art. 4 comma 4 della l. n. 68/1999 NOGLER, *Inidoneità alla mansione specifica* cit., 77, tranne per il fatto che la disposizione del 1999 non presuppone necessariamente una previa visita medica.

[24] NOGLER, *Inidoneità alla mansione specifica* cit., 73; FERRARO, *Tutela dei disabili e poteri imprenditoriali* cit., 338. Merita segnalare che l'idea che l'obbligo datoriale di *repêchage* nelle posizioni disponibili su mansioni inferiori sia esteso alle ipotesi di licenziamento per motivo oggettivo diverse dalla sopravvenuta inidoneità psicofisica va affermandosi in giurisprudenza: cfr. Cass. 13 agosto 2008 n. 21579, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 159, con nota di PISANI, *Il licenziamento impossibile: ora anche l'obbligo di modificare il contratto*; Cass. 12 luglio 2012 n. 11775, in *Guida lav.*, 2012, 36; Cass. 1 luglio 2011 n. 14517, *ivi*, 2011, 35, 58. Per un quadro vedi da ultimo PISANI, *Il* repêchage *nel licenziamento* cit., 186 ss.

[25] Un necessario nesso tra artt. 13 e 5 St. lav. è anzi stato da più parti prospettato in proposito: cfr. già R. PESSI, *Accertamento dell'idoneità psicofisica del lavoratore allo svolgimento delle mansioni contrattuali e legittimità del patto modificativo* in peius *delle stesse*, in *Dir. lav.*, 1978, II, 12.

nienza». Sembrerebbe così imporsi sul datore un onere in via permanente, ossia il mantenimento del trattamento retributivo corrispondente a mansioni di maggiore valore rispetto a quelle che il lavoratore esercita dopo il mutamento del suo stato di salute[26]. In tal senso era l'originaria formulazione del t.u. del 2008[27]. Di un tale obbligo vi sono precedenti in talune discipline settoriali, avvalorati dalla Consulta[28]. Una siffatta opzione legislativa sarebbe alquanto significativa sia sul piano concreto, trattandosi di un costo non *una tantum* bensì a tempo indeterminato, sia sul piano di principio, trattandosi di una sorta di prestazione con una componente "quasi assistenziale" da intendersi a carico del datore ai sensi dell'art. 23 Cost.[29].

Alla luce della precisa norma sopravvenuta per il pubblico impiego con l'art. 7 del citato d.p.r. n. 171/2011, tuttavia, pare oggi doversi interpretare le predette disposizioni come una semplice applicazione del divieto di riforma in peggio del livello retributivo in-

[26] In questo senso, pur sinteticamente, MALANDRINI, *Obbligo di* repêchage *dei lavoratori in esubero*, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 21.

[27] Prima del d.lgs. correttivo n. 106/2009, l'art. 42 del t.u. n. 81/2008 conteneva un comma 2, che stabiliva che il lavoratore adibito a mansioni inferiori conservava «la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originaria». Seppur di per sé non determinante, la correzione pare un indice della volontà del legislatore di rendere temporanea la conservazione del migliore trattamento economico, in quanto non più accompagnata espressamente dal mantenimento della precedente qualifica.

[28] Per il settore del trasporto pubblico locale, ad esempio, vedi l'art. 37 della l. n. 889/1971 e l'art. 3 della l. n. 270/1988, su cui la Consulta si è pronunciata in più occasioni, con sentenze che presuppongono la piena legittimità del mantenimento del livello retributivo senza successivo assorbimento: Corte cost. 18 febbraio 1991 n. 60, in *Giur. cost.*, 1991, 430; Corte cost. 8 aprile 1993 n. 153, in *Giur. cost.*, 1993, 1166; vedi CAMPANELLA, *Sull'applicabilità al lavoratore invalido della speciale procedura di esonero per inidoneità degli autoferrotramvieri*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 438, ove ulteriori riferimenti.

[29] In dottrina le opinioni si distinguono, semplificando, tra coloro che propendono per l'esistenza di un divieto costituzionale di oneri assistenziali a carico del datore di lavoro, es. ICHINO, *Il contratto di lavoro. Fonti e principi* cit., 123; e coloro che propendono per dare maggiore rilievo ai valori costituzionali di tutela della persona nel rapporto lavorativo, es. FERRARO, *Tutela dei disabili e poteri imprenditoriali* cit., 341, e NOGLER, *Inidoneità alla mansione specifica* cit., 73. Come si è detto, a questa seconda opinione le fonti, anche sopranazionali, hanno recentemente offerto plurimi supporti testuali, nel senso del superamento del rigido principio d'intangibilità delle scelte imprenditoriali del datore.

dividualmente raggiunto[30], sì da garantire al lavoratore la conservazione del trattamento economico tramite un emolumento riassorbibile dai successivi incrementi contrattuali. Pare difficile ritenere che il legislatore abbia introdotto una regola che impone sui datori privati un onere economico assai maggiore di quello posto sui datori pubblici. Peraltro non sarebbe facilmente spiegabile un permanente differenziale economico rispetto agli altri lavoratori che svolgono le mansioni meno retribuite (differenziale che inoltre finirebbe per esporre, di fatto, l'interessato al rischio di risultare tra i primi ad essere licenziato in caso d'esuberi).

Il precetto più caratterizzante, in ogni caso, è il diritto al mutamento di mansioni. Esso va oggi letto alla luce di due specifici impegni sopranazionali recentemente sopravvenuti.

In primo luogo, come già evidenziato la Convenzione Onu del 2006 sui diritti delle persone con disabilità[31] include nella definizione di discriminazione fondata sulla disabilità «il rifiuto di un accomodamento ragionevole», che consiste nelle «modifiche e [ne]gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità» un'effettiva integrazione socio-lavorativa (nella stessa l. n. 68/1999 è stato recentemente inserito un richiamo a tale strumento, seppur con riguardo a specifica questione[32]).

---

[30] In questo senso si può rinvenire qualche indicazione, pur non decisiva trattandosi di questioni diverse, nella giurisprudenza che, argomentando anche sul principio di parità di trattamento, tende ad assegnare portata espansiva alla riassorbibilità: da ultimo vedi Cass 16 aprile 2012 n. 5959, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 397, con nota di BRUN, *Il riassorbimento nei successivi aumenti della retribuzione tabellare dell'assegno* ad personam *concesso a seguito del passaggio diretto tra amministrazioni diverse*. Per quanto riguarda i passaggi nell'ambito di amministrazioni statali, il riassorbimento era contemplato già dall'art. 202 del t.u. n. 3/1957 (su cui recentemente vedi il parere del Consiglio di Stato, Ad. gen., 6 maggio 2011 n. 1721, in www.giustizia-amministrativa.it, che conferma la non estensibilità del divieto di riforma in peggio ai soggetti provenienti dalle autorità amministrative indipendenti, nella specie, in caso di vittoria di un concorso per ricercatore universitario).

[31] Convenzione adottata il 13 dicembre 2006 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, sulla quale vedi *supra* cap. I, § 3.

[32] L'art. 5 comma 9 del d.l. n. 179/2012 ha, infatti, modificato l'art. 4 comma 3 della l. n. 68/1999 inserendo un espresso richiamo alla Convenzione Onu,

In secondo luogo, l'obbligo di «soluzioni ragionevoli» per i disabili è contemplato dall'art. 5 della direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE. Come detto, una recente pronuncia europea[33] impone d'intendere tale obbligo come incombente su tutti i singoli datori, anche in mancanza di compensazioni economiche pubbliche. La gamma delle possibili soluzioni ragionevolmente imponibili è ampia e, allo stato, indeterminata: un'altra recente pronuncia europea ha stabilito che il dipendente possa pretendere, ad esempio, la trasformazione a tempo parziale di posizioni lavorative a tempo pieno, qualora il giudice nazionale ritenga che tale soluzione non comporti un onere economico «sproporzionato»[34].

Sul datore, e in ultima istanza sul giudice, grava quindi una ponderazione in merito all'adattamento dell'organizzazione produttiva da ritenersi non sproporzionato e necessario per rendere disponibili mansioni compatibili con la nuova condizione psicofisica del lavoratore. Come si è detto, salvo che per particolari profili[35] la disciplina positiva non precisa però quali adattamenti possano essere imposti al datore, né offre parametri di quantificazione del relativo onere economico massimo. Se il lavoratore diviene fisicamente inidoneo ad ogni possibile mansione, invece, il licenziamento non può che essere ammesso, restando ovviamente salve le eventuali responsabilità nel caso si tratti d'infortunio o malattia di cui il datore ha colpa.

---

ed in particolare all'espressione accomodamenti ragionevoli, per quanto riguarda i lavoratori disabili «occupati a domicilio o con modalità di tele-lavoro, ai quali l'imprenditore affida una quantità di lavoro» con conseguente possibilità di computo nella quota di riserva obbligatoria.

[33] Corte giust. Ue 4 luglio 2013 C-312/2011, Commissione europea c. Repubblica italiana, cit.

[34] Corte giust. Ue 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11 cit., e Corte giust. Ce 11 luglio 2006 C-13/05 cit.

[35] L'art. 4 comma 4 della l. n. 4/2004, «Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici», stabilisce che tutti i datori pongono a disposizione del dipendente la strumentazione informatica e la tecnologia assistiva «adeguata alla specifica disabilità, anche in caso di telelavoro, in relazione alle mansioni effettivamente svolte». Lo stesso comma prosegue richiamando la disciplina degli incentivi economici pubblici di cui alla l. n. 68/1999 e, dopo le modifiche intervenute nel 2012, rinvia all'Agenzia per l'Italia Digitale la definizione delle specifiche tecniche delle suddette postazioni nel rispetto della normativa internazionale.

Sul piano processuale, l'obbligo di *repêchage* si traduce in un'inclusione nell'onere probatorio a carico del datore, in caso d'impugnazione del licenziamento, della dimostrazione anche dell'inesistenza di posizioni lavorative inferiori disponibili adatte allo stato di salute del lavoratore[36].

La certificazione medica, nel descrivere la capacità psicofisica residua e i suoi potenziali impieghi nell'ambiente lavorativo, permette al datore di valutare (con l'ausilio del medico competente e del responsabile del servizio prevenzione e protezione, nonché delle rappresentanze sindacali per la sicurezza) se nel proprio organigramma sia rinvenibile una confacente posizione lavorativa.

Trattandosi di una valutazione datoriale che mal si presta a scrutinio giudiziale[37], detto onere probatorio si ritiene assolto tramite coerenti evidenze presuntive, ad esempio l'esibizione della dotazione organica e del libro unico datoriale che dà conto del personale assunto, con riguardo particolare al periodo successivo al licenziamento che venga impugnato[38]. Molto dipende dal grado di specificità della professionalità del lavoratore, poiché la maggiore possibilità di spostamento su mansioni diverse propria dei lavoratori meno qualificati implica un più ampio raggio dell'onere probatorio datoriale, perlomeno nel caso di organizzazioni di grandi dimensioni. Per queste ultime, il grado di discrezionalità decisionale in capo al giudice è in ogni caso elevato[39]. Ben più penetrante

---

[36] Cass. 3 maggio 2005 n. 9122, Cass. 22 agosto 2003 n. 12362 e Cass. 5 marzo 2003 n. 3245, tutte in *Foro it. on line*. La recente giurisprudenza tende sempre più ad allargare l'ambito d'applicazione dell'obbligo di ripescaggio anche a posizioni lavorative che implicano una professionalità eterogenea rispetto a quelle di provenienza: es. Cass. 18 aprile 2011 n. 8832, *ivi*, secondo cui, nel rapporto di lavoro del personale marittimo navigante, la sopravvenuta inidoneità fisica alla navigazione impone la verifica dell'esistenza nell'impresa di mansioni disponibili, anche inferiori, che non implichino navigazione.

[37] DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici* cit., 37; ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav*., 2002, I, 494 ss.

[38] Da ultimo vedi Cass. 9 luglio 2013 n. 16979, in *De agostini professionale on line*, e Cass. 26 aprile 2012 n. 6501, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 552 (m), con nota di SERRANO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per sopravvenuta inidoneità fisica*.

[39] Si veda ad esempio Cass. 18 dicembre 2012 n. 23330, in *Foro it*., 2013, I, 467, con nota di PERRINO, caso deciso in favore di un medico, affetto da una sin-

l'onere probatorio datoriale diventa qualora il dipendente segnali l'esistenza di precise posizioni professionali disponibili o adattabili nell'organigramma aziendale, quand'anche su sedi diverse[40].

Per quanto riguarda l'accertamento medico dell'idoneità fisica del lavoratore, l'art. 5 comma 3 St. lav. (secondo cui il datore può provvedere tramite gli enti ed istituti pubblici specializzati) deve essere oggi coordinato con la disciplina della sorveglianza sanitaria contenuta nell'art. 41 del t.u. n. 81/2008.

Quest'ultimo articolo predefinisce i quattro possibili esiti dell'accertamento sanitario (preassuntivo[41], preliminare, periodico, su richiesta, ecc.) alla mansione specifica, da redigere in forma

---

tomatologia ansiosa, licenziato dall'azienda ospedaliera (la quale aveva rimarcato la mancanza assoluta d'utilità di una prestazione di un radiologo che non poteva più esercitare da solo la propria attività di refertazione e non poteva svolgere turni di reperibilità), senza però prendere posizione sulla possibilità di un utilizzo alternativo, in ordine al quale aveva solo argomentato che era sin troppo ovvio che il ricorrente, con le indicate limitazioni, non potesse «essere utilizzato al meglio della sua capacità specifica, per la quale è stato assunto, in altro diverso e incomprensibile ruolo lavorativo di qualsiasi tipo e natura».

[40] Cass. 19 agosto 2009 n. 18387 e Cass. 2 luglio 2009 n. 15500, entrambe in *Foro it. on line*; Cass. 5 agosto 2000 n. 10339, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 1208, con nota di FIGURATI. Cfr. Cass. 19 febbraio 2008 n. 4068, in *Foro it. on line*: nel caso di specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, a fronte del licenziamento del lavoratore preposto alla gestione della filiale della società in Genova, ha accertato, come tempestivamente dedotto dal lavoratore, che il datore aveva provveduto ad assumere altro dipendente nella sede di Milano con la stessa qualifica del licenziato subito dopo il licenziamento e che altra assunzione, sempre per lo svolgimento delle medesime mansioni, era stata disposta nel periodo in cui la società aveva già programmato la chiusura della sede genovese. Segnala l'importanza del ruolo propositivo del lavoratore ai fini della precisazione del concreto contenuto dell'onere probatorio datoriale in materia di non reinseribilità del disabile GARILLI, *Limiti al potere del datore di lavoro nell'assegnazione delle mansioni* cit., 286. Cfr. comunque anche NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 650-651, che, preferendo un'interpretazione costituzionalmente orientata delle regole probatorie, s'esprime contro l'assegnazione in capo al lavoratore di oneri d'allegazione o prova decisivi in materia di ripescaggio.

[41] Il divieto di visite mediche pre-assuntive di cui all'art. 41 comma 3 è stato abrogato dal decreto correttivo del 2009; ora sono consentite, per mansioni sottoposte a sorveglianza sanitaria, dai commi 2 e 2 *bis* del medesimo articolo: MALIZIA, *Orientamenti giurisprudenziali sul potere/dovere di controllo del datore* cit., 1087. Sulla versione originaria del decreto, vedi BELLINI, *Idoneità fisica al servizio e alla mansione dei dipendenti secondo il Tu sulla sicurezza del lavoro*, in *Azienditalia Il Personale*, 2008, 424 ss.

scritta con consegna di copia anche al lavoratore. Il giudizio del medico competente può essere di: *a*. idoneità; *b*. idoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni (ad es. l'uso di dispositivi di protezione individuale specifici); *c*. inidoneità temporanea, con precisazione del limite temporale; *d.* inidoneità permanente. Nei confronti dei dipendenti sottoposti a sorveglianza sanitaria, il datore ha oggi un'ampia possibilità di dar corso ad accertamenti sanitari.

Questi ultimi sono finalizzati al controllo non sulla malattia, ma sull'inidoneità temporanea o permanente. Questi due scopi comunque sono largamente sovrapposti, tranne per quanto concerne, da un lato, le condizioni psicofisiche non patologiche che però risultino incompatibili con le mansioni o l'ambiente lavorativo (es. non sufficiente statura o forza fisica) e, dall'altro, le ragioni di salute che danno luogo all'applicazione della disciplina della sospensione di cui all'art. 2110 c.c. senza che la condizione psicofisica sia di per sé incompatibile con la prestazione lavorativa (es. le visite mediche).

Sicché la differenza pare essere tra controllo della malattia come causa d'assenza dal lavoro e controllo dell'idoneità del lavoratore che non è assente: se il dipendente esibisce un proprio certificato medico per giustificare l'assenza, salvo contestazione datoriale del certificato non sembra potersi dar corso al controllo datoriale d'idoneità alla mansione, tranne che con riguardo a fattori di salute non influenzati dallo stato di malattia (e comunque nei limiti in cui il lavoratore abbia possibilità di movimento e nel rispetto delle fasce orarie di reperibilità). Sarebbe contrario a buona fede valutare l'idoneità durante una fase patologica acuta o comunque una ingravescenza della cui permanenza si possa dubitare.

In caso d'assenza per malattia, qualora sia certa fin da subito l'impossibilità di riprendere l'attività lavorativa per irreversibilità dell'inidoneità, l'attesa del decorso del periodo di comporto non è un obbligo del datore, secondo l'opinione maggioritaria[42], in quan-

[42] NOGLER, *Art. 42*, in ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, vol. I di MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro* cit., 480; già NOGLER, *Inidoneità alla mansione specifica* cit., 77; *amplius* CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento: tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità* cit., 215 ss.

to la *ratio* del periodo di comporto sarebbe quella di verificare la possibilità del ritorno al lavoro[43]. Qualora viceversa s'argomenti sul dato letterale della mancata distinzione codicistica tra le due ipotesi, può ritenersi che questo istituto sia espressione di un implicito contenuto assicurativo del rapporto, sicché anche la malattia irreversibile darebbe diritto al decorso dell'intero periodo di comporto[44].

Questa seconda prospettiva pare preferibile, in quanto coniuga un maggiore contenuto di tutela ad un intento di ricostruzione unitaria delle cause di recesso per ragioni di salute, evitando così disparità di trattamento tra lavoratori in analoga condizione di debolezza. È vero che l'art. 4 comma 4 della l. n. 68/1999 identifica nella non impiegabilità da parte del datore causata da inidoneità permanente un potenziale «giustificato motivo», che peraltro nella nuova formulazione dell'art. 18 comma 7 St. lav. viene distinto e quasi contrapposto al superamento del periodo di comporto come motivo di licenziamento; ma proprio tale comma 7 sanziona il recesso intimato in violazione dell'art. 2110 c.c., senza escludere dalla tutela reale i casi di intimazione del licenziamento per una pur sussistente inidoneità irreversibile. Se anche quest'ultima condizione psicofisica dà diritto ad attendere l'esito del comporto, essa resta invocabile dal datore come autonoma causa di licenziamento nei casi in cui il dipendente non si assenti dal lavoro (cioè offra la propria prestazione) senza aver esaurito il comporto.

Di fatto comunque, salvo il caso di sinistri che abbiano un effetto traumatico inequivocamente definitivo, nella larga parte dei

In giurisprudenza vedi ad es. Cass. 31 gennaio 2012 n. 1404 cit.; Cass. 2 luglio 2009 n. 15500 e Cass. 30 marzo 2009 n. 7701, entrambe in *Foro it. on line*; Cass. 6 novembre 1996 n. 9684, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 614 ss.

[43] Se il datore attende comunque la fine del comporto, la contestazione giudiziale del licenziamento intimato anche per inidoneità deve attaccare entrambi i profili motivazionali: es. Cass. 20 gennaio 2011 n. 1250, in *Foro it. on line*. Se la motivazione del licenziamento ha invece richiamato solo il comporto, non può ammettersene un mutamento che invochi una sopravvenuta inidoneità psicofisica, come sostenuto in giurisprudenza: Cass. 18 febbraio 1997 n. 1458, in *Foro it. on line*.

[44] Così ICHINO, *Malattia del lavoratore* cit., 3. In questo senso è una parte minoritaria della giurisprudenza: es. Cass. 27 giugno 2003 n. 10272, in *Foro it. on line*.

casi il lavoratore potrà godere del trattamento economico di malattia entro il limite del comporto, dato che l'irreversibilità dell'inidoneità può essere asseverata solo dopo un certo lasso di tempo. Lunga e imprevedibile durata dell'inidoneità psicofisica sopravvenuta, infatti, non significa definitività della stessa.

La commissione medica, nell'effettuare il controllo *ex* art. 5 comma 3 St. lav., può dichiarare la definitività dell'inidoneità solo in presenza di univoche risultanze di fatto in questo senso. Salvi i casi di definitività evidente, per andare esenti da responsabilità e non precludere opportunità al lavoratore, gli organi medici tendono sovente a non sbilanciarsi sul futuro decorso, limitandosi a certificare lo stato patologico attuale, con diagnosi d'inidoneità temporanea e prescrizione di una visita ulteriore a distanza di un lasso di tempo. L'indefinita durata dell'inidoneità psicofisica comporta l'applicazione della disciplina della sospensione per malattia, per quanto riguarda sia il trattamento economico, sia il limite di durata del comporto. A quest'ultimo proposito, va tenuto presente che l'inidoneità che implica il decorso del comporto è quella certificata dal medico curante del dipendente o dall'apposito servizio pubblico di controllo, ma non anche quella ravvisata dal medico competente di fiducia del datore[45].

Neppure l'accertamento della patologia come permanente da parte della commissione medica pubblica mette al riparo il datore dalla dichiarazione d'illegittimità del licenziamento[46], che può conseguire ad un insperato recupero di salute del lavoratore, come per certe patologie può avvenire. L'inatteso miglioramento di salute dimostra *ex post* che l'inidoneità psicofisica non era permanente,

[45] Cfr. Trib. Firenze 20 gennaio 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 259, con nota di SERAFINI, *Inidoneità temporanea alla mansione: come qualificare l'assenza dal servizio in attesa degli accertamenti circa la residua capacità lavorativa*, secondo cui in caso di temporanea inidoneità alla mansione (di cameriera a piani, nella specie) accertata dal medico competente, il corrispondente periodo di sospensione dal lavoro con diritto alla retribuzione non può essere unilateralmente computato dal datore a malattia, in assenza di certificazione medica, e non può pertanto essere computato ai fini del periodo di comporto.

[46] Es. Cass. 25 luglio 2011 n. 16195 e Cass. 8 febbraio 2008 n. 3095, entrambe in *Foro it. on line*, che richiamano i principi costituzionali in materia di tutela processuale dei diritti; TORTINI, *A quali condizioni è licenziabile il lavoratore se sopravviene una inidoneità psicofisica*, in *Lav. giur.*, 2008, 938.

semmai di durata indeterminata, cioè si trattava di una malattia: qualora non fosse stato osservato il periodo di comporto ed il recupero di salute sia giunto prima di quella che sarebbe stata la scadenza del comporto stesso, il licenziamento risulta dunque illegittimo per violazione dell'art. 2110 c.c. Né sembra potersi tenere conto della perfetta buona fede del datore nel considerare la definitività dell'inidoneità sopravvenuta del lavoratore, pur accertata medicalmente ma poi venuta meno. La disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo rende irrilevante la fondatezza dell'elemento soggettivo del datore. Il giudice non può che valutare la legittimità del licenziamento tramite l'apprezzamento di tutti i fatti, compresa la guarigione, pur sopravvenuta al recesso stesso[47], fermo restando il suo potere di determinare nel minimo di legge l'indennità risarcitoria[48].

La Consulta[49] anzi, argomentando sulla base del rischio datoriale d'impresa, ritenne costituzionalmente legittima la previsione

[47] Secondo Cass. 27 agosto 1993 n. 9067, in *Lav. giur.*, 1993, 25, con nota di CHIELLO, *Il licenziamento per inidoneità permanente alle mansioni,* per questa causale di licenziamento è appunto necessario l'effettivo accertamento di un fatto che permetta di discostarsi dall'ambito di applicazione dell'art. 2110 c.c. (si tratta comunque di un *obiter dictum*, poiché nel caso di specie l'accertamento dell'azienda sanitaria di inidoneità fisica non si sbilanciava nel senso della permanenza della patologia, bensì semplicemente non specificava una durata prevedibile).

[48] Vedi Cass. 21 settembre 1998 n. 9464, in *Guida dir.*, 1998, 43, 55, con nota di IVELLA, relativa al caso in cui il lavoratore era stato licenziato per incapacità fisica all'esercizio delle mansioni e il giudice di merito, rilevata, in base agli accertamenti espletati, la non sussistenza di tale incapacità, pur dichiarando l'illegittimità del licenziamento, aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno, osservando che il datore era stato determinato al licenziamento da plurime certificazioni mediche provenienti da servizi specialistici di strutture pubbliche che lo avevano indotto in un errore inevitabile; la Suprema Corte ha annullato la sentenza impugnata solo per l'esclusione anche del risarcimento nella misura minima.

[49] Corte cost. 23 dicembre 1998 n. 420, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 137, con nota di RONDO, secondo la quale tale questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della l. n. 300/1970 non è fondata, con riferimento all'art. 3 Cost., per due ragioni. In primo luogo, quanto all'imposizione di danno minimo pari a cinque mensilità di retribuzione, il legislatore ha operato un non irragionevole bilanciamento complessivo per il fatto di aver simmetricamente riconosciuto al datore l'esercizio della facoltà di recesso, idonea ad incidere unilateralmente ed immediatamente nella sfera degli interessi del lavoratore. La predeterminazione di un risarcimento minimo, spettante in ogni caso, risponde ad una prescrizione legale

di cinque mensilità come entità minima dell'indennità *ex* art. 18 St. lav. nei casi d'illegittimità del licenziamento dovuta a sconfessione giudiziale dell'accertamento medico *ex* art. 5 St. lav., quindi senza alcuna colpa del datore.

Ad ogni modo, la novellata formulazione dell'art. 18 comma 7 St. lav. non pone più tale questione, essendo stato eliminato il minimale di cinque mensilità d'indennità risarcitoria. Per i casi di sconfessione giudiziale dell'attestazione di inidoneità formulata dai servizi sanitari, si pone semmai l'interrogativo sui criteri di quantificazione dell'indennità risarcitoria. Prima della novella del 2012, infatti, la giurisprudenza di legittimità riteneva che dovesse essere limitata al previgente minimo di cinque mensilità[50], inteso come previsione eccezionale rispetto al principio di cui all'art. 1218 c.c., secondo cui il debitore non è tenuto al risarcimento del danno nel caso in cui fornisca la prova che l'inadempimento consegue ad impossibilità della prestazione a lui non imputabile.

A differenza di quanto vale per l'aggravamento delle condizioni di coloro che siano stati assunti obbligatoriamente[51], non vige una regola generale che imponga al datore d'ottenere una previa attestazione medica d'incompatibilità alle mansioni per poter intimare il licenziamento per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità psicofisica[52] (della legittimità costituzionale di tale differente trattamento normativo si potrebbe forse dubitare, poiché non si

---

che, per essere configurata in una misura realistica, costituisce legittimo esercizio di discrezionalità politica da parte del legislatore. In secondo luogo, il datore che licenzia agisce a suo rischio, che rientra nel principio del "rischio d'impresa", secondo una scelta del legislatore rivolta a tutela del soggetto più debole. Analogamente, già Corte cost. 3 luglio 1975 n. 178, in www.cortecostituzionale.it.

[50] Così da ultimo Cass. 13 marzo 2013 n. 6340, in *De agostini professionale on line*.

[51] Vedi *infra* nel § seguente.

[52] Sul punto la giurisprudenza è compatta; in dottrina, vedi ad es. RIVERSO, *Vizi e virtù della legge sul collocamento dei disabili*, in *Lav. giur.*, 2008, 230; CARO, *Rilievi in materia di inidoneità fisica allo svolgimento delle mansioni sopravvenuta in corso di rapporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 819. L'assenza di accertamenti medici antecedenti ad un licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica può comunque essere elemento sintomatico dell'insussistenza dell'inidoneità che non si sia appalesata come inequivoca: Trib. Ravenna 29 ottobre 2007, con nota di TORTINI, *A quali condizioni è licenziabile il lavoratore se sopravviene una inidoneità psicofisica* cit., 938.

rinviene motivo che giustifichi una minore protezione legale quando l'inidoneità psicofisica si sia verificata, piuttosto che solo aggravata, dopo l'inizio del rapporto lavorativo[53]).

Dopo la modifica degli artt. 2 e 7 della l. n. 604/1966 da parte della l. n. 92/2012, comunque, il licenziamento deve essere sempre accompagnato dalla specificazione scritta del motivo[54] e, se si tratta di motivo oggettivo, deve essere esperita la previa procedura conciliativa da parte dei datori di maggiore dimensione. Salvo che nei casi in cui non residui alcuna capacità di lavoro nemmeno generica, le recenti innovazioni legislative incoraggiano assai il previo accertamento medico ai fini del licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica[55], che è un indice di buona fede datoriale che rende più probabile la conferma del recesso in caso di contestazione giudiziale.

Da un punto di vista astratto, questo tema sembra quasi sfiorare quello, assai delicato, della configurabilità del licenziamento per scarso rendimento[56], viepiù controvertibile per quanto riguarda il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche[57]. Qualora però si collochi, come nel pubblico impiego è stato indicato dalla riforma del 2009[58], il licenziamento per scarso rendimento tra i

[53] In tali termini, vedi la lunga motivazione di Trib. Ravenna 30 novembre 2011, in *Riv. crit. dir. lav*., 2012, 566, con nota di SERAFINI, *La tutela del posto di lavoro in caso di sopravvenuta inidoneità* cit.

[54] Cfr. GRAGNOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina in tema di licenziamenti* cit., 124, che sottolinea l'importanza di quest'innovazione.

[55] TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, 150.

[56] Si rinvia in proposito a PANTANO, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore* cit., ove ampi riferimenti.

[57] Prima della riforma del 2009, cfr. SALOMONE, *Scarso rendimento e lavoro pubblico: perché no?,* in *Lav. pubb. amm.*, 2008, 37 ss.

[58] L'art. 55 *quater* comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce infatti che il licenziamento «in sede disciplinare è disposto, altresì, nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale l'amministrazione di appartenenza formula, ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, una valutazione di insufficiente rendimento e questo è dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento» di cui all'art. 54.

motivi soggettivi di licenziamento, con conseguente applicazione delle garanzie previste per la contestazione degli illeciti disciplinari[59], la distinzione è netta. Nel confronto con gli obblighi procedurali stabiliti per il licenziamento disciplinare, risulta semmai enfatizzata l'incongruità dell'attuale assetto generale, che permette al datore di licenziare per sopravvenuta inidoneità psicofisica senza previo accertamento medico.

Nell'ambito del lavoro pubblico, comunque, l'ipotesi di licenziamento per scarso rendimento nella pratica non risulta porsi, a quanto consta. Tantomeno si pone l'ipotesi di licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica non formalmente accertata: non solo poiché la prudenza e l'imparzialità richieste al dirigente pubblico impediscono di procedere al licenziamento sulla base di personali impressioni sull'idoneità psicofisica del dipendente, ma anche perché, come si dirà, l'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001 postula una «procedura da adottare per la verifica dell'idoneità al servizio». Come confermato dal regolamento attuativo n. 171/2011, tale *iter* procedurale deve contemplare un accertamento medico conforme, quale indefettibile presupposto del licenziamento motivato da inidoneità psicofisica.

Poiché, come si è detto, plurime fonti interne ed europee inseriscono l'handicap tra i criteri di discriminazione vietati[60], gli atti

---

[59] Cfr. PEDRAZZOLI, *Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvenire di incompatibilità personali* cit., 89; PANTANO, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore* cit., 154. La prospettazione dello scarso rendimento come motivo soggettivo, invero, potrebbe non escludere una sua configurazione alternativa come motivo oggettivo, ove ne sussistano i presupposti, in termini di dimostrazione dell'assenza di apprezzabile utilità della prestazione resa e dell'indisponibilità di posizioni lavorative alternative nelle quali il lavoratore possa offrire una prestazione utile, come è stato argomentato: vedi MARAZZA, *Lavoro e rendimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 567 ss., nonché le contrapposte note a Cass. 5 marzo 2003 n. 3250, di ICHINO, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 694, e di CAVALLARO, *Un caso interessante per la riflessione sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento: due opinioni*, *ivi*, 690.

[60] Per un quadro analitico, si rinvia a LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele* cit., 143 ss. Sul complesso rapporto tra giustificato motivo e divieto di discriminazioni, vedi anche M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato* cit., 212 ss.

datoriali esorbitanti le regole sopra delineate tendono a configurarsi come discriminazioni, con applicabilità del relativo apparato di tutela, anche processuale[61].

In proposito non è di per sé preclusivo il fatto che la condizione di salute del lavoratore sia riconducibile ad una situazione di malattia. È vero che le tutele che l'ordinamento garantisce alle situazioni di handicap non possono di per sé essere estese alla malattia in senso lavoristico, così come viceversa le tutele proprie della malattia non sono di per sé estensibili all'handicap. Come insegna la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, esiste però una sovrapposizione tra i due concetti, nel senso che deve ritenersi un handicap la «infermità comportante incapacità lavorativa» che implichi anche una significativa difficoltà d'inserimento professionale, di durata anche solo indefinita ma prevedibilmente lunga[62], con applicazione delle tutele giuridiche previste per entrambi questi istituti. Sulla scia di tale giurisprudenza europea, stanno intervenendo le prime applicazioni giurisprudenziali del divieto di licenziamento discriminatorio per malattia[63].

2. *(*Segue*) Le disposizioni contenute nella legge sul diritto al lavoro dei disabili*

Si è detto che la l. n. 68/1999 è intitolata non al collocamento obbligatorio ma, più in generale, al «diritto al lavoro dei disabili». Il legislatore ha così inteso sottolineare la novità d'approccio rispetto all'antecedente legge del 1968[64]: l'inserimento lavorativo

[61] Per un caso di licenziamento riguardante un'asserita (ma non riconosciuta) discriminazione per disabilità, vedi nella rara giurisprudenza, Trib. Roma ord. 14 novembre 2008, in *Lav. giur.*, 2009, 269, con nota di PASQUALETTO, *La dubbia natura cautelare del procedimento per repressione delle discriminazioni sul lavoro*.

[62] Cfr. Corte giust. Ue 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, in http://eur-lex.europa.eu.

[63] Cfr. Trib. Milano 11 febbraio 2013, in ADAPT, *Licenziamenti: un anno dopo la Riforma Fornero*, 2013, boll. speciale n. 21.

[64] BELLAVISTA, *Assunzione obbligatoria*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1997, vol. I, 161, cui si rinvia per un quadro critico del previgente assetto. Al tempo, la giurisprudenza adottava un'interpretazione rigidamente burocratica della legge sul

dovrebbe essere non solo mirato, ma anche duraturo[65]. A tale scopo, sono incluse alcune disposizioni sull'eventualità che la disabilità ostacoli la prosecuzione di un rapporto lavorativo già in essere. È necessario interrogarsi sul raccordo tra tali disposizioni ed il sopra descritto quadro normativo comune.

Le disposizioni cui riferirsi sono l'art. 1 comma 7 e il menzionato art. 4 comma 4, le cui formulazioni risultano però poco chiare.

La prima impone di garantire la conservazione del posto di lavoro a coloro che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, siano incorsi in una disabilità pari o superiore al 33 percento[66] per infortunio sul lavoro o malattia professionale. La seconda delle due disposizioni, lunga e involuta, stabilisce che i lavoratori che divengono «inabili» (*rectius* inidonei) allo svolgimento delle proprie mansioni «in conseguenza di infortunio o malattia non possono essere computati nella quota di riserva di cui all'articolo 3 se hanno subìto una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 percento o, comunque, se sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro». Per tali dipendenti, l'infortunio o la malattia «non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori. Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno

---

collocamento obbligatorio, al punto di ritenere «irrilevante, al di fuori della diversità tra […] categorie, ogni scarto concernente attitudini professionali ed esigenze aziendali»: vedi Cass. 27 giugno 1997 n. 5749, in *Giust. civ.*, 1997, I, 3057, caso nel quale la Cassazione confermò la sentenza di secondo grado che addirittura aveva individuato tramite ctu le mansioni e l'orario lavorativo che il datore avrebbe dovuto assegnare; vedi *ivi* anche l'afferente annotazione critica di ZOLI, *Avviamento dell'invalido e individuazione delle mansioni disponibili: il giudice si sostituisce al datore di lavoro*.

[65] Questa novità d'approccio legislativo fu subito sottolineata con favore da tutti i commentatori: es. SANDULLI, *Il lavoro dei disabili nel sistema di* Welfare State, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 19; TULLINI, *Il diritto al lavoro dei disabili: dall'assunzione obbligatoria al collocamento mirato* cit., 333 ss.; per un confronto tra il previgente assetto e quello sopravvenuto nel 1999, si rinvia a LIMENA, *L'accesso al lavoro dei disabili*, Cedam, Padova, 2004, 49 ss.

[66] Così espressamente il Ministero del lavoro con la circolare n. 41 del 26 giugno 2000.

diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza». Lo stesso art. 4 comma 4 prosegue disponendo che, qualora per i predetti lavoratori non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori, gli stessi vengono avviati dagli uffici competenti di cui all'art. 6 comma 1 presso altro datore, in attività compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento nella graduatoria di cui all'art. 8 della legge.

Il coordinamento tra le due disposizioni non è agevole[67]. Non sembra comunque possibile assegnare all'art. 1 comma 7 una portata assolutizzante[68], tale da obbligare il datore a conservare a tempo indefinito il posto di lavoro a tutti coloro che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito una disabilità per infortunio sul lavoro o malattia professionale[69]. Il datore deve utilizzare il recesso solo come *extrema ratio*, ma non gli è precluso licenziare il lavoratore divenuto inidoneo pur a causa di una disabilità di origine professionale[70]. Sarebbe incostituzionale imporre la conservazione di un rapporto lavorativo che, non potendo più avere la propria funzione di scambio, finirebbe per avere natura solo assistenziale[71].

---

[67] Sulle ragioni della problematica formulazione legislativa, vedi l'approfondimento dei lavori parlamentari in VENDITTO, LATINI, *La ricollocazione dei lavoratori divenuti inabili alle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia* cit., 58-67.

[68] GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento* cit., 294 ss., che fa seguito a ID., *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 344-350, nonché a precedenti scritti; VALLEBONA, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 480; BELLOMO, *Art. 1*, in G. SANTORO PASSARELLI, LAMBERTUCCI (a cura di), *Norme per il diritto al lavoro dei disabili* cit., 1361; dubita della legittimità costituzionale di detta norma di legge MARETTI, *La sopravvenuta inidoneità del lavoratore alla mansione*, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 532.

[69] In questo senso taluni dei primi commentatori: PASQUALETTO, *La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili. Prime osservazioni*, in *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1999, n. 22, 102; DE CRISTOFARO, *Tendenze legislative in tema di mutamento* in pejus *delle mansioni nell'interesse del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1999, 343, in nota.

[70] Da ultimo vedi espressamente in questo senso Trib. Taranto 16 gennaio 2013, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 14.

[71] Es. GARILLI, *Limiti al potere del datore di lavoro nell'assegnazione delle mansioni* cit., 287.

A ben vedere, l'art. 1 comma 7 parla non d'inidoneità ma di disabilità. Sicché una soluzione lineare potrebbe essere quella di svalutare la portata del comma riferendolo ai casi in cui la sopravvenuta disabilità non abbia comportato inidoneità alle mansioni assegnate[72]. Seppur rendendo il comma pressoché superfluo, in tal modo si rimedierebbe all'imprecisa formula del legislatore. Analogamente, si è ritenuto che l'art. 1 comma 7 sia una semplice enunciazione di principio, la cui attuazione risiede nell'art. 4 comma 4[73].

Il regolamento d'attuazione n. 333/2000 propone una soluzione diversa[74], che muove dal presupposto che l'art. 1 comma 7 della legge sia riferito ai casi in cui l'inidoneità sia sopravvenuta per ragioni professionali. Secondo l'art. 3 comma 4 di detto regolamento, il comma 7 serve a rendere applicabile anche a tali casi la stessa disciplina delle sopravvenute inidoneità non per ragioni di lavoro stabilita dall'art. 4 comma 4, con però la cennata peculiarità: i lavoratori interessati vengono computati nella quota d'obbligo qualora il grado d'invalidità sia superiore al 33 percento, in linea con la percentuale prevista in via generale per questa categoria dall'art. 1 comma 1 lett. *b* della legge (a differenza sia della percentuale del 45 percento stabilita in via generale dall'art. 1 comma 1 lett. *a*, sia di quella del 60 percento stabilita dall'art. 4 comma 4).

In tal modo potrebbe forse spiegarsi il fatto che la nuova disciplina speciale del licenziamento dei dipendenti pubblici faccia «salva la disciplina di maggior favore della legge n. 68 del 1999 per i lavoratori che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità»: così stabilisce l'art. 9 comma 5 del regolamento n. 171/2011, d'attuazione dell'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001[75].

---

[72] NOGLER, *Inidoneità alla mansione specifica* cit., 76.

[73] Così, tra altri, GARILLI, *Limiti al potere del datore di lavoro nell'assegnazione delle mansioni* cit., 288.

[74] D.p.r. 10 ottobre 2000 n. 333 cit.; in tal senso S. PALLADINI, *Sistema di collocamento, assunzioni dei disabili e categorie protette* cit., 528.

[75] Dato che il computo al superamento della soglia del 33 percento non risulta essere una disciplina di particolare maggior favore, ci si può interrogare su quali altri margini di favore questa disciplina implichi per i disabili per ragioni professionali rispetto a quella sopravvenuta per l'impiego pubblico: forse gli estensori

In ogni caso, la disposizione a cui fare riferimento è l'art. 4 comma 4[76], menzionata anche dal novellato art. 18 St. lav. Come meglio si dirà, una delle neo-introdotte forme di tutela reale contro i licenziamenti illegittimi riguarda l'eventualità che il giudice «accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica» del lavoratore.

L'art. 4 comma 4 della legge del 1999 ha un triplice contenuto precettivo, rivolto ad ambiti soggettivi diversi. In primo luogo, permette di computare in quota di riserva coloro che, assunti come normodotati, superano il 60 percento d'invalidità per ragioni di salute d'origine non professionale, con ciò in pratica innalzando la soglia rispetto a quella del 45 percento stabilita dall'art. 1 comma 1 lett. *a*[77]. In secondo luogo, vieta di computare in quota di riserva

intendevano riferirsi all'immediato avvio obbligatorio senza nemmeno inserimento in graduatoria, in base all'ultima parte dell'art. 4 comma 4; questa è però una regola applicabile pure a coloro che sono divenuti disabili per ragioni non lavorative. In una diversa prospettiva, certo controvertibile anche perché non strettamente aderente al dato letterale, si potrebbe forse ritenere che nell'art. 1 comma 7 il legislatore intendesse riferirsi agli infortuni lavorativi ed alle malattie professionali di cui il datore ha responsabilità. In tal modo si potrebbe giustificare «la conservazione del posto di lavoro» come una sorta di parziale risarcimento in forma specifica per responsabilità contrattuale datoriale: anche in caso di adibizione a mansioni inferiori, il trattamento economico resterebbe permanentemente quello corrispondente all'inquadramento precedente, senza alcun riassorbimento (restando certamente possibile il licenziamento nel caso in cui non sussista alcuna possibilità d'occupazione in azienda, ferme le responsabilità risarcitorie del datore).

[76] La circolare n. 2/2010 del Ministero del lavoro afferma che tale comma non sarebbe applicabile al pubblico impiego, dato che, per il principio d'imparzialità dell'accesso agli impieghi pubblici, non potrebbe essere applicata alle pubbliche amministrazioni la procedura privilegiata di avviamento prefigurata dalla parte finale del comma. È però vero che, come appena accennato, il regolamento n. 171/2011 per il pubblico impiego richiama la disciplina di cui all'art. 1 comma 7 e, quindi, indirettamente quella di cui all'art. 4 comma 4. Del resto, non sembrerebbe rinvenibile alcun motivo per cui il legislatore dovrebbe permettere ai datori pubblici di computare in quota d'obbligo i lavoratori divenuti disabili per colpa delle amministrazioni, né alcun motivo per escludere i lavoratori divenuti inidonei per ragioni non lavorative dal diritto alle possibili mansioni compatibili. Già in precedenza aveva espresso perplessità rispetto alla soluzione proposta dalla circolare RIVELLINI, *Collocamento obbligatorio nel lavoro pubblico*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, 803.

[77] L'incongruente previsione di una soglia più alta di quella richiesta per

coloro che superano la soglia d'invalidità a causa di un inadempimento datoriale[78]. In terzo luogo, regolamenta l'adibizione a mansioni diverse come obbligo datoriale. Per evitare poco giustificabili differenziazioni che non risultano espresse dal comma[79], tale obbligo va inteso come applicabile a tutti i lavoratori, senza distinzione in base alla ragione della sopravvenuta inidoneità. In quanto riferito all'ipotesi di «infortunio o malattia», non aggettivati, il comma va ritenuto esteso non solo ai casi d'infortunio o malattia professionali dei quali il datore sia incolpevole, ma anche ai casi in cui il sinistro o la malattia non abbia origine professionale. Tutti i lavoratori inidonei hanno diritto all'adibizione a mansioni diverse, anche inferiori qualora non siano disponibili mansioni equivalenti compatibili.

Per quest'ultimo caso, l'art. 4 comma 4 prescrive la «conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza». Il comma non precisa se il migliore trattamento sia riassorbibile o meno. Come detto, il fatto che la riassorbibilità sia stabilita nella sopravvenuta disciplina speciale del pubblico impiego[80] lascia forse intendere che anche la normativa del settore privato vada letta meramente nel senso del divieto di riforma in peggio del livello retributivo in godimento al momento del reinquadramento a livello inferiore.

Il novellato art. 18 St. lav. menziona un altro precetto della l. n. 68/1999: l'art. 10 comma 3, che riguarda un diverso caso d'in-

---

l'ammissione al collocamento obbligatorio era stata subito criticata da MASSI, *La riforma del collocamento obbligatorio*, in *Dir. prat. lav.*, 1999, inserto n. 17, VI, il quale segnalava la probabilità di risoluzioni consensuali dei rapporti seguite da immediate iscrizioni di questi lavoratori disabili nelle liste, per successivi avviamenti al lavoro presso il medesimo datore sulla base di richieste nominative.

[78] Cfr. anche l'art. 3 comma 2 del regolamento d'attuazione emanato con d.p.r. 10 ottobre 2000 n. 333; nonché la risposta del Ministero del lavoro ad interpello 24 maggio 2010 n. 17, ove si precisa che il presupposto va inteso come assenza di una sentenza passata in giudicato che abbia accertato una responsabilità datoriale della sopravvenuta condizione psicofisica: al proposito pare sufficiente una dichiarazione sostitutiva sottoscritta dal datore interessato. Sono comunque evidenti i limiti pratici della norma, discendenti dalla lunga tempistica necessaria a pervenire all'accertamento giudiziale della responsabilità datoriale per la menomazione: nelle more del processo il datore responsabile dell'infortunio potrebbe addirittura computare il neo-disabile.

[79] NOGLER, *Inidoneità alla mansione specifica* cit., 76.

[80] Cfr. l'art. 7 del regolamento n. 171/2011 cit.

terferenza tra salute e rapporto lavorativo già in essere: il licenziamento per inidoneità psicofisica del lavoratore assunto nella quota obbligatoria. Questa evenienza è disciplinata in maniera derogatoria rispetto a quanto vale nei casi in cui il lavoratore sia stato assunto come normodotato.

Sia nel caso d'aggravamento delle condizioni di salute, sia in quello di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro che coinvolgono il disabile, quest'ultimo può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni affidategli rispetto allo stato di salute. La stessa richiesta può essere effettuata dal datore; nei casi di sorveglianza sanitaria ai sensi dell'art. 41 del t.u. sulla sicurezza, la visita periodica è anzi obbligatoria. La disposizione vieta che il lavoratore assunto in quota obbligatoria sia licenziato per sopravvenuta inidoneità psicofisica senza un previo accertamento medico.

Quest'ultimo è effettuato dalla commissione di cui all'art. 4 della l. n. 104/1992[81], integrata a norma dell'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'art. 1 comma 4 della l. n. 68/1999 (il già menzionato d.p.c.m. d'attuazione 13 gennaio 2000), la quale esprime la propria valutazione sentito l'organismo di cui all'art. 6 comma 3 del d.lgs. n. 469/1997[82]. Il periodo di dilazione necessaria per il compimento dell'accertamento non costituisce causa di sospensione del rapporto di lavoro. Qualora siano in corso delle procedure di avviamento obbligatorio da parte dei Servizi competenti, queste vengono sospese in attesa dell'esito dell'accertamento sanitario[83]. Qualora si riscontri un'inidoneità psicofisica non accer-

[81] V.M. MARINELLI, *L'accertamento delle condizioni di disabilità*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 166 ss.

[82] Si tratta di una competenza assolutamente prevalente rispetto a quella più generale degli organi di cui all'art. 5 St. lav., il cui mancato rispetto comporta illegittimità del licenziamento: Cass. 12 settembre 2012 n. 15269, in *Foro it. on line*; da ultimo, dichiara illegittimo il licenziamento dell'assunto come disabile la cui situazione di salute si era aggravata, in quanto l'accertamento medico era stato svolto solo da parte del medico competente aziendale Trib. Novara 10 giugno 2013, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 23.

[83] Cfr. l'interpello n. 40/2008 del Ministero del lavoro. Detta sospensione, evidentemente, sarà solo parziale se il numero dei lavoratori per i quali venga richiesta la visita di controllo risulti inferiore a quello degli avviamenti in corso. Per evitare la reiterazione di richieste di visita a scopo dilatorio, può essere imputata al datore la permanente scopertura della quota di riserva, qualora reiterati accertamenti medici diano esito negativo.

tata come definitiva, il disabile ha diritto alla sospensione «non retribuita» del rapporto di lavoro, durante la quale egli può essere impiegato in tirocinio formativo. Verosimilmente comunque sussisteranno i presupposti per godere del trattamento di malattia, presentando la relativa certificazione[84], ma in tal caso potrà esservi licenziamento qualora l'assenza si protragga oltre il comporto.

Secondo l'art. 10 comma 3, il rapporto di lavoro potrà essere risolto nel caso in cui, «anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro», la commissione medica accerti la definitiva impossibilità di mantenere il disabile occupato all'interno dell'organizzazione datoriale.

Nonostante l'imprecisa formulazione, deve ritenersi che la commissione medica si limiti a redigere il certificato che descrive (analiticamente) la capacità lavorativa residua del lavoratore: è poi il datore a dover valutare la disponibilità di compatibili posizioni lavorative in azienda, nonché l'adattabilità delle strutture e dell'organizzazione del lavoro[85]. Un preliminare punto fermo è dato dalla doverosità d'eliminare le barriere architettoniche, la cui presenza può comportare violazione sia dell'art. 63 del t.u. n. 81/2008[86] sia del divieto di discriminazione[87].

---

[84] L'incongruità dell'imporre a carico del disabile assunto in quota di riserva i costi della riorganizzazione datoriale viene segnalata da AVIO, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline* cit., 172. Abbinare la possibilità della copertura economica (retributiva o indennitaria) di malattia all'applicazione del comporto pare una soluzione che contempera i contrapposti interessi delle parti, evitando che la speciale tutela offerta dalla legge sul diritto al lavoro dei disabili possa risultare deteriore rispetto alla disciplina applicabile alla generalità dei lavoratori.

[85] CESTER, *La sopravvenuta inidoneità del lavoratore* cit., 580, nota 42.

[86] L'art. 63 del t.u. sulla sicurezza stabilisce infatti che i luoghi di lavoro successivi al 1° gennaio 1993 «devono essere strutturati tenendo conto, se del caso, dei lavoratori disabili», con particolare riguardo a «le porte, le vie di circolazione, gli ascensori e le relative pulsantiere, le scale e gli accessi alle medesime, le docce, i gabinetti ed i posti di lavoro utilizzati da lavoratori disabili». Nei luoghi di lavoro antecedenti a tale data comunque devono essere adottate misure idonee a consentire la mobilità e l'utilizzazione dei servizi sanitari e di igiene personale. Ove vincoli urbanistici o architettonici ostino a tali adempimenti, il datore, previa consultazione del rls e previa autorizzazione dell'organo di vigilanza territorialmente competente, adotta le misure alternative che garantiscono un livello di sicurezza equivalente. Cfr. anche la l. n. 13/1989 «Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati».

Come detto, comunque, le fonti sopranazionali a tutela delle persone disabili impongono di intendere in senso più pregnante il contenuto precettivo dell'espressione «possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro» dell'art. 10 comma 3. Devono quindi essere sottoposti ad una rinnovata riflessione i prevalenti orientamenti giurisprudenziali interni che, in materia di gestione delle inidoneità sopravvenute, faticano ad entrare nel merito delle scelte organizzative datoriali[88].

Una parte della giurisprudenza, comunque, appare pronta a trarre le conseguenze del nuovo quadro positivo: al di là dei formali riconoscimenti della libertà organizzativa datoriale, da qualche tempo si rinvengono pronunce, anche di legittimità, tendenti a gravare il datore, soprattutto se di maggiori dimensioni o pubblico[89], di oneri probatori che presuppongono un penetrante obbligo di adattamento dell'organizzazione datoriale[90].

Ciò vale soprattutto qualora il licenziamento per sopravvenuta inidoneità riguardi un lavoratore in quota d'obbligo, perlomeno qualora il licenziamento renda il datore inadempiente rispetto alle quote stabilite dalla l. n. 68/1999. Secondo una parte della giuri-

[87] Nella rara giurisprudenza, vedi Trib. Avezzano 26 marzo 2013, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 23, che ha ritenuto discriminatoria la permanenza, nell'ufficio a cui era assegnato un centralinista paraplegico in carrozzella, di scrivanie e sedie di dimensioni tali da rendere necessario aiuto per spostarli allo scopo di raggiungere una delle postazioni di lavoro. Per un approfondimento degli strumenti rimediali rispetto alle discriminazioni, vedi LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele* cit., 312 ss., dovendosi comunque tenere presente anche il sopravvenuto d.lgs. n. 150/2011, soprattutto gli artt. 28 e 35.

[88] Vedi, nella non frequente giurisprudenza in proposito, Trib. Ferrara 22 ottobre 2008 n. 219, in *Riv. it. dir. lav*., 2009, II, 652, con nota di TOMIOLA, *L'obbligo di cooperazione del datore di lavoro nel caso di aggravamento dello stato di salute del lavoratore disabile*, secondo cui il datore non è tenuto a introdurre posizioni di telelavoro qualora il suo organigramma non le preveda, pronuncia rispetto alla quale esprime perplessità GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento* cit., 306-307.

[89] Cfr. ad es. Cass. 18 dicembre 2012 n. 23330, in *Foro it*., 2013, I, 467.

[90] Vedi l'ampia motivazione di Trib. Ravenna 30 novembre 2011 cit., secondo cui nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dovuto alla sopravvenuta inidoneità del lavoratore, il lavoratore ha diritto a essere ricollocato in altra posizione di lavoro adattabile alle sue condizioni, anche con ragionevoli costi a carico dell'impresa, e l'onere della prova a carico del datore si estende sino all'impossibilità della ricollocazione del lavoratore anche a seguito di ragionevoli modifiche organizzative.

sprudenza, in tal caso il datore è sottoposto ad un vero e proprio obbligo di adibire il lavoratore computabile in quota (avviato obbligatoriamente o già in servizio) alle mansioni compatibili con la sua condizione psicofisica sussistenti nell'organizzazione produttiva, anche qualora già occupate da altro lavoratore: in tal caso, si configura come un obbligo datoriale il trasferimento dell'altro lavoratore su mansioni equivalenti che costui, al contrario del lavoratore disabile, sia in grado di svolgere[91].

3. *Il licenziamento per inidoneità psicofisica dei dipendenti pubblici*

A seguito delle riforme degli anni '90, i sindacati hanno avuto sùbito consapevolezza che il venir meno della regolamentazione pubblicista[92] implicava un'espansione d'efficacia sia dei sopra descritti orientamenti in materia d'inidoneità permanente, sia dell'art. 2110 c.c. con conseguente rinvio all'autonomia collettiva.

Sin dalla prima tornata[93], i contratti di comparto hanno regolato le implicazioni lavoristiche della malattia, in maniera tendenzialmente uniforme tra essi[94].

---

[91] Vedi Cass. 13 novembre 2009 n. 24091, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 269, (m), con nota di TESSAROLI, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 617, con nota di MURATORIO, che ha cassato la pronuncia di merito nella parte in cui aveva omesso di valutare se il lavoratore assunto con mansioni di confezionamento di tessuto fosse idoneo a svolgere le mansioni di uno dei sei posti dell'ufficio amministrativo datoriale, pur tutti già occupati: la S.C. ha sottolineato come le quote d'obbligo siano percentuali sul numero degli occupati e non sul numero di posizioni lavorative libere, sicché spetta al datore tenerne conto organizzando la propria attività; resta fermo che tale redistribuzione di mansioni non può imporre al datore promozioni: es. Cass. 23 febbraio 1995 n. 2036, in *Foro it*., 1995, I, 1149.

[92] Oltre agli istituti dell'aspettativa e del congedo, per le problematiche durature rilevava la dispensa dal servizio: per un quadro sistematico vedi ARENA, *Modificazioni ed estinzione del rapporto: aspettativa; comando e distacco; dimissioni; collocamento a riposo; dispensa; decadenza* cit., 361 ss.; vedi sinteticamente VIRGA, *Il pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 1991, 359, nonché DE MARCO, *Il licenziamento nel lavoro pubblico* cit., 208 ss. *Amplius*, seppur risalente, MINIERI, *Atti e fatti estintivi del rapporto di impiego pubblico* cit., 195 ss., e AMENDOLA, *Dispensa e decadenza (Impiego pubblico)*, in *Enc. dir.,* vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, 150 ss.

[93] Per un approfondimento vedi VISCOMI, *La disciplina del rapporto indivi-*

In particolare, gli accordi collettivi prescrivono l'obbligo dei datori pubblici di mantenere l'intero trattamento retributivo per i primi nove mesi del periodo di comporto, il novanta percento del trattamento dal decimo al dodicesimo mese, il cinquanta percento del trattamento dal tredicesimo al diciottesimo mese (diciotto mesi era la durata già prevista dalla previgente normativa pubblicistica, unilaterale[95] e contrattata[96]).

L'arco esterno di calcolo per sommatoria di questi diciotto mesi di durata massima delle assenze per malattia è tre anni, a ritroso dall'ultimo evento morboso. Più precisamente, le formulazioni collettive sembrano implicare un calcolo a ritroso di tre anni dall'inizio della malattia[97], sicché l'arco esterno (di calcolo dell'eventuale superamento del limite massimo di diciotto mesi d'assenza) dovrebbe essere inteso come comprendente non solo tale triennio ma anche la durata dell'ultima malattia[98]. L'eventualità che il rapporto lavorativo a tempo indeterminato sia stato instaura-

duale di lavoro, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratti collettivi a confronto: impiego pubblico, industria, servizi*, FrancoAngeli, Milano, 1996, 86 ss.

[94] Con riguardo all'istituto della sospensione per malattia ed in generale alle questioni di salute, non sembra essere emersa una particolare esigenza di diversificare la disciplina negoziale tra i diversi comparti, nemmeno nelle successive tornate contrattuali. Prendendo atto della generale tendenza all'uniformità tra le fonti collettive, pur moltiplicatesi, il legislatore ha stabilito la riduzione del numero dei comparti, con l'art. 54 del d.lgs. n. 150/2009, di modifica dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001. In proposito si rinvia a F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta* cit., LVI; ZOLI, *La struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in *Lav. pubb. amm*., 2011, 861 ss.; VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 42 ss.; ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 290 ss.; CARABELLI, *La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 101/2010, 12; D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica: Comitati di settore e Aran*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 373 ss.

[95] Cfr. l'art. 68 comma 3 del t.u. n. 3/1957.

[96] Cfr. ad es. l'art. 18 comma 2 del d.p.r. n. 347/1983 recante «Norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo del 29 aprile 1983 per il personale dipendente dagli enti locali», in attuazione della l. quadro n. 93/1983.

[97] Cfr. ad es. l'art. 21 del Ccnl 6 luglio 1995 del comparto regioni e autonomie locali.

[98] TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Cedam, Padova, 2002, 238.

to da poco non sembra implicare alcuna proporzionale riduzione delle predette soglie temporali stabilite dalla contrattazione collettiva[99].

Nella contrattazione è inoltre prevista la facoltà d'ulteriore conservazione del posto di lavoro per un periodo di diciotto mesi continuativi d'aspettativa non retribuita, qualora il dipendente ne faccia richiesta[100]. Quest'ultima va formulata prima del licenziamento[101], ma non sembra dover pervenire antecedentemente alla scadenza dei primi diciotto mesi di conservazione[102], salvo sia così previsto nella contrattazione[103]. Le discipline di comparto prevedono che l'amministrazione, prima di concedere detta aspettativa non retribuita, debba disporre gli accertamenti sanitari per stabilire la sussistenza d'eventuali cause di permanente inidoneità fisica a svolgere qualsiasi proficuo lavoro. Il punto trova oggi riscontro nell'art. 3 del d.p.r. n. 171/2011, il regolamento d'attuazione dell'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001 (di cui si dirà nelle pagine seguenti).

Durante i periodi di malattia, che non interrompono la maturazione dell'anzianità di servizio, il datore è tenuto al versamento dei relativi contributi previdenziali calcolati sull'intera retribuzione. Nell'ipotesi di retribuzione percepita in misura ridotta dopo il nono mese d'assenza, la contribuzione previdenziale è determinata sull'intero trattamento economico, con proporzionale rivalsa della quota a carico del lavoratore dipendente. In assenza di retribuzione dopo il diciottesimo mese, la contribuzione è calcolata sulla retri-

[99] Sull'assenza di alcuna base testuale che giustifichi il riproporzionamento delle soglie temporali del comporto per i neo-assunti, vedi l'orientamento applicativo Aran ral1086.

[100] In passato, clausole analoghe erano frequenti anche nella contrattazione del settore privato: vedi SANTUCCI, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro* cit., 71.

[101] Esiste qualche precedente in giurisprudenza, seppur non riguardante l'impiego pubblico: es. Trib. Ravenna, 9 ottobre 2003, in *Lav. giur.*, 2004, 372.

[102] TATARELLI, *La malattia* cit., 239.

[103] La richiesta deve esse formulata prima della scadenza dei diciotto mesi secondo, ad es., l'art. 23 del Ccnl 16 maggio 2001 dei segretari comunali e provinciali.

buzione c.d. virtuale, a cui il dipendente avrebbe avuto diritto se fosse stato in servizio attivo, senza diritto di rivalsa[104].

In attuazione della relativa giurisprudenza costituzionale[105], i contratti regolano inoltre gli effetti della malattia intervenuta durante le ferie, per lo più nel senso che esse siano interrotte qualora la prognosi sia di durata superiore a tre giorni o vi sia stato ricovero ospedaliero.

In base alle discipline di comparto, fanno eccezione le assenze dovute a terapie salvavita per patologie gravi, certificate come tali (ad esempio emodialisi, chemioterapia, emotrasfusione, rianimazione, radioterapia, trattamento riabilitativo per soggetti affetti da aids). Entro stabiliti limiti, queste assenze sono escluse dal computo del periodo di comporto e danno diritto alla retribuzione non decurtata. Tali discipline di favore sono state fatte salve dalla disposizione, di cui all'art. 71 del d.l. n. 112/2008, che ha introdotto le decurtazioni retributive disincentivanti le assenze per malattia[106].

La contrattazione collettiva, soprattutto quella della seconda tornata, si occupa inoltre delle ricadute causate nel rapporto lavorativo dalle inidoneità permanenti parziali, solitamente stabilendo una procedimentalizzazione o altre limitazioni ai poteri datoriali, soprattutto imponendo l'adibizione a mansioni diverse, anche inferiori, ove necessario alla conservazione del posto. Per quanto riguarda le amministrazioni statali o comunque nazionali, tali clausole collettive sono però state superate.

In tale contesto, infatti, è intervenuta la riforma del 2009, secondo la già menzionata linea di riduzione del novero delle tematiche oggetto della disciplina collettiva. Pur in assenza di un criterio

---

[104] Cfr. il quesito Inpdap 10 dicembre 2007. Sugli aspetti previdenziali relativi alla contribuzione figurativa, vedi anche la circolare Inpdap n. 9 del 14 febbraio 1997.

[105] Corte cost. 30 dicembre 1987 n. 616, in *Foro it.*, 1988, I, 2153, con nota di MAZZOTTA, *Malattia, cure termali e vecchi merletti*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2109 c.c. nella parte in cui non prevede che la malattia insorta durante il periodo feriale ne sospenda il decorso. Per un quadro, RINALDI, *Malattia e certificati medici*, in BELLOCCHI (a cura di), *La nuova previdenza sociale: profili pratico-operativi della riforma Fornero* cit., 905 ss.

[106] Vedi *supra* cap. III, § 5.

direttivo specifico nella legge delega[107], il d.lgs. n. 150/2009 ha introdotto una nuova disciplina, sostanziale e soprattutto procedurale, del recesso dell'amministrazione pubblica nei confronti del dipendente che venga colpito da una duratura inidoneità psicofisica al servizio: quella di cui all'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001.

Tale articolo, inserito nel titolo IV sul «Rapporto di lavoro» del d.lgs. n. 165/2001, conferma il principio, già pacifico anche per quanto riguarda il pubblico impiego[108], secondo il quale nel caso di permanente (non necessariamente sopravvenuta[109]) inidoneità psicofisica al servizio, l'amministrazione «può risolvere il rapporto» di lavoro.

Per il resto, l'articolo si limita a rinviare ad un regolamento governativo, di cui stabilisce alcuni criteri direttivi. In primo luogo, la procedura da rispettare per la verifica dell'idoneità al servizio deve potersi attivare anche ad iniziativa dell'amministrazione. Non si tratta di una novità, poiché il principio *ex* art. 5 St. lav. secondo cui il datore può attivarsi, anche di propria iniziativa senza che sia stato dichiarato uno stato d'infermità, per far controllare l'idoneità fisica del lavoratore, era pacifico anche nel pubblico impiego[110]. In secondo luogo, deve essere disciplinata, per i casi di pericolo per l'incolumità del dipendente interessato nonché per la sicurezza degli altri dipendenti e degli utenti, la possibilità per l'amministrazione d'adottare provvedimenti di sospensione cautelare, non necessariamente retribuita, nelle more dell'effettuazione della visita d'idoneità, compreso il caso di mancata presentazione del dipendente alla visita. In terzo luogo, l'amministrazione deve poter li-

[107] A tale proposito, esprime perplessità sull'iniziativa del legislatore delegato LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare* cit., 523.

[108] Es. Corte cost. ord. 10 febbraio 2006 n. 56, in *Giur. cost*., 2006, 505, con nota di VALLEBONA.

[109] Non v'è riferimento ai casi in cui l'inidoneità fisica o psichica sia sopravvenuta: il regolamento n. 171/2011 è dunque applicabile anche quando essa sia antecedente all'assunzione, evenienza che, perlomeno per i problemi di salute minori, è meno remota da quando l'art. 42 del d.l. n. 69/2013 ha eliminato il generale obbligo di certificazione medica ai fini dell'assunzione nel pubblico impiego (vedi *supra*, cap. II, § 1).

[110] Cfr. ad es. il parere n. 203 del 21 febbraio 2005 dell'Ufficio P.P.A. del Dipartimento della Funzione pubblica.

cenziare il dipendente che rifiuti reiteratamente di sottoporsi alla visita medica[111].

Le indicazioni offerte dal legislatore non sono innovative. L'impressione complessiva è che l'intervento normativo abbia inteso soprattutto richiamare l'attenzione dei dirigenti pubblici su tali regole, anche in connessione con la disciplina della valutazione del personale introdotta dallo stesso d.lgs. n. 150/2009. Alla luce della rubrica «Disposizioni relative al procedimento disciplinare» dell'art. 69 del d.lgs. n. 150/2009 (che ha inserito l'art. 55 *octies* in questione), si ha conferma che il legislatore del 2009 sia poco interessato ai profili di tutela del dipendente.

L'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001 infatti non impone espressamente l'obbligo di ricollocazione del dipendente sulle mansioni equivalenti disponibili presso la stessa amministrazione e non regolamenta la mobilità presso altre amministrazioni ove siano disponibili mansioni compatibili con lo stato fisico del dipendente. Nemmeno prende posizione rispetto all'eventuale possibilità di adibire il lavoratore a mansioni inferiori, con o senza riduzione del trattamento retributivo. Seppure si tratti di aspetti cruciali, il legislatore ha rinviato la scelta alla fonte regolamentare. L'art. 55 *octies* perde inoltre occasione di chiarire se e quali norme antecedenti siano da ritenere abrogate, questione che può essere resa più complicata dal fatto che l'incompatibilità rispetto all'intricato apparato

[111] Il principio è pacifico in giurisprudenza: cfr. ad es. Cass. 27 aprile 1996 n. 3915, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 575, secondo cui l'assenza ingiustificata alla visita medica di controllo del lavoratore in malattia rileva, oltre che ai fini dell'applicazione dell'art. 5 d.l. n. 463/1983, anche sotto il profilo della violazione dell'obbligo di sottoporsi al controllo, sanzionabile, in relazione alla gravità del caso, anche con il licenziamento; il recesso datoriale non presuppone necessariamente l'esistenza di una specifica previsione di tale mancanza nel codice disciplinare applicabile, atteso che la predisposizione di una normativa secondaria è richiesta solo per l'esercizio del potere disciplinare con l'adozione di misure conservative. Rigore maggiore è ravvisabile nella giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2001 n. 1160, in *Giust. amm.*, 2001, 392, secondo cui l'assenza arbitraria dal servizio che legittima la decadenza può emergere anche dalle reiterate assenze alla visita collegiale medica disposta per accertare l'idoneità lavorativa del dipendente; la mancata presentazione alla visita medica, infatti, non costituisce una mera violazione dei doveri d'ufficio, sanzionabile diversamente, ma denota una inequivocabile volontà di abbandonare il servizio, direttamente riconducibile alla previsione di cui all'art. 127 lett. *c* del t.u. n. 3/1957.

normativo antecedente finisce per verificarsi rispetto al più dettagliato regolamento attuativo.

Si tratta comunque di un articolo non privo di conseguenze, poiché con il rinvio ad un regolamento attuativo rende unilaterale la disciplina di una tematica prima lasciata alla contrattazione collettiva.

4. *(*Segue*) La regolazione unilaterale introdotta nel 2011*

La disciplina attuativa dell'art. 55 *octies* non si è fatta attendere molto. Con il d.p.r. 27 luglio 2011 n. 171 è stato emanato il regolamento «in materia di risoluzione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche dello Stato e degli enti pubblici nazionali in caso di permanente inidoneità psicofisica»[112]. Vengono regolati la procedura, gli effetti e il trattamento giuridico ed economico relativi all'accertamento delle inidoneità psicofisiche permanenti dei dipendenti, anche con qualifica dirigenziale, delle amministrazioni dello Stato, comprese quelle ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, degli enti di ricerca e delle università, delle agenzie statali di cui al d.lgs. n. 300/1999.

L'art. 74 comma 1 del d.lgs. n. 150/2009 elenca l'art. 69 del decreto medesimo (articolo che ha introdotto l'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001) tra le disposizioni che «rientrano nella potestà legislativa esclusiva esercitata dallo Stato, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere *l)* ed *m)*» della Costituzione[113].

Lo stesso art. 55 *octies* tuttavia richiama la generalità delle amministrazioni di cui all'art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001[114]

---

[112] In *Gazz. uff.* 20 ottobre 2011 n. 245. Cfr. anche la relativa circolare Inps n. 33 dell'8 marzo 2012.

[113] Cfr. SALOMONE, *Ambito di applicazione del decreto. Disposizioni per Regioni, autonomie locali, amministrazioni del ssn* cit., 32 ss.; DENTICI, *Il pubblico impiego tra Stato, regioni ed enti locali. Ambito di applicazione*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 52 ss.; TROJSI, *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 98 ss.; G. RICCI, *L'applicazione della riforma Brunetta nel sistema delle autonomie* cit., 521-522.

[114] L'art. 1 comma 2 del regolamento n. 171/2011 esclude dal campo d'applicazione del provvedimento il personale di cui all'art. 3 del d.lgs. n.

solo per quanto riguarda il principio per cui, nel caso di permanente inidoneità psicofisica del dipendente, l'amministrazione può risolvere il rapporto lavorativo. Le altre regole sono stabilite dall'art. 55 *octies* come criteri direttivi del regolamento governativo in questione, limitato al personale delle amministrazioni statali o comunque nazionali; l'emanazione del provvedimento è prefigurata espressamente ai sensi dell'art. 17 comma 1 lett. *b* della l. n. 400/1988 (regolamenti per «l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale»).

Con una scelta forse sin troppo prudente, il legislatore del 2009 ha lasciato in proposito spazio alla potestà auto-organizzativa delle autonomie territoriali, nel cui ambito opera soprattutto la normativa delle regioni, competenti anche in materia di sanità. La genericità del principio stabilito dall'art. 55 *octies* implica che nelle amministrazioni non statali né nazionali resta efficace l'antecedente disciplina, in particolare quella collettiva (alcune amministrazioni, soprattutto nel comparto sanità, hanno inoltre adottato regolamenti interni che disciplinano gli aspetti procedurali ed organizzativi, solitamente senza sovrapporsi alle sintetiche clausole collettive).

Le disposizioni finali del regolamento n. 171/2011 fanno salva la disciplina delle situazioni in cui sia accertato lo stato di alcolismo cronico e di tossicodipendenza[115], nonché di «gravi patologie» del dipendente. Per quanto riguarda le dipendenze, devono senza dubbio ritenersi salve anche le misure di controllo nei confronti dei lavoratori a cui sono affidate mansioni che comportano particolari rischi[116], anche perché il regolamento tiene fermo tutto «quanto disposto dal» t.u. n. 81/2008[117].

165/2001, per il quale rimane ferma la disciplina prevista dai rispettivi ordinamenti pubblicistici.

[115] Vedi l'art. 124, come ritoccato dal d.lgs. n. 66/2010, del d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 «Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza». In proposito si rinvia a VIANELLO, *La sospensione della prestazione di lavoro e la tutela della salute* cit., 1189-1193.

[116] Vedi l'art. 15 della l. n. 125/2001, «Legge quadro in materia di alcol e di problemi alcolcorrelati» ed il provvedimento della Conferenza permanente Stato-

Per quanto riguarda le gravi patologie, nonostante un'infelice specificazione che vorrebbe limitare allo «stato terminale» la salvezza delle regole speciali, pare preferibile ritenere tutt'ora vigente l'intera casistica delle malattie già oggetto di regolazione apposita. Qualche patologia è distintamente considerata nella legislazione[118], seppur solitamente non con riguardo alla conservazione del rapporto, tematica propria della contrattazione. Dato che il regolamento salva genericamente la «disciplina di maggior favore» di queste speciali situazioni patologiche, restano vigenti anche le regole stabilite a livello collettivo, alquanto importanti appunto con riguardo al miglior trattamento economico durante l'assenza dal lavoro e talora al diverso computo del comporto.

In generale, invece, il regolamento del 2011 è prevalente rispetto alla contrattazione collettiva. L'art. 55 comma 1 dello stesso d.lgs. n. 165/2001, come novellato nel 2009, stabilisce infatti che le disposizioni dell'articolo medesimo «e di quelli seguenti, fino all'articolo 55 *octies*, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2». La lettera dell'art. 55 *octies*, riferita alla «permanente inidoneità psicofisica al servizio», potrebbe a prima vista limitare il campo di applicazione alle ipotesi d'inidoneità a

---

regioni 16 marzo 2006 n. 2540 cit.; nonché, per le tossicodipendenze, l'art. 125 del d.p.r. n. 309/1990 e in particolare il provvedimento della Conferenza unificata 18 settembre 2008 n. 178 cit.; vedi BARRACO, SITZIA, *La tutela della* privacy cit., 177 ss.

[117] Prima del nuovo regolamento d.p.r. n. 171/2011, data la generalità dell'ambito d'applicazione del t.u. sulla sicurezza, l'art. 42 comma 1 del d.lgs. n. 81/2008 era stato ritenuto applicabile anche alle amministrazioni pubbliche, senza che nella più secca formulazione dell'art. 55-*octies* del d.lgs. n. 165/2001 (sopravvenuto nel 2009) potesse rinvenirsi una deroga: in questo senso MONDA, *La sorveglianza sanitaria*, in L. ZOPPOLI, PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la sicurezza. Commentario*, Ipsoa, Milano, II ed., 2010, 346-348.

[118] Ad es., per quanto concerne il diritto dei malati oncologici alla trasformazione del rapporto lavorativo a tempo parziale e viceversa, vedi l'art. 12 *bis* del d.lgs. n. 61/2000, come modificato dalla l. n. 247/2007. Con riguardo alla disciplina relativa all'aids contenuta nella l. n. 135/1990, per un sintetico quadro si rinvia a FURLAN, ALOVISIO, *Rapporto di lavoro e infezione da hiv*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, 101 ss.

qualunque mansione, nel qual caso i contratti collettivi che intervenissero sulla regolamentazione della sopravvenuta inidoneità alle mansioni assegnate non vi si porrebbero in contrasto. Tale impostazione non sarebbe però in linea con gli intenti del legislatore delegato e, comunque, pare preclusa dal regolamento stesso, tra le cui disposizioni finali si stabilisce che esso è applicabile «in via automatica, ai sensi dell'articolo 2, comma 3 *bis*, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001», articolo che parimenti prescrive la nullità con sostituzione automatica[119].

Il regolamento n. 171/2011, composto da una decina di articoli, intende rappresentare una disciplina organica. L'art. 2 definisce l'inidoneità psicofisica permanente assoluta come «lo stato di colui che a causa di infermità o difetto fisico o mentale si trovi nell'assoluta e permanente impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa». Tale formulazione riprende quella che l'art. 2 comma 1 della l. n. 222/1984 utilizza per definire il presupposto della pensione ordinaria di inabilità; analogamente si esprime l'art. 2 comma 12 della l. n. 335/1995.

Lo stesso art. 2 del regolamento definisce inidoneità relativa «lo stato di colui che a causa di infermità o difetto fisico o mentale si trovi nell'impossibilità permanente allo svolgimento di alcune o di tutte le mansioni dell'area, categoria o qualifica di inquadramento». Riprendendo una terminologia utilizzata nell'antecedente disciplina pubblicistica, il regolamento dunque denomina inidoneità «relativa» alle mansioni ciò che nel t.u. n. 81/2008 è la idoneità «parziale». La differenza di lessico non sembra comportare un differente significato: la sottolineatura che il t.u. sulla sicurezza (spec. gli artt. 41-42) effettua rispetto alla capacità lavorativa residua, piuttosto che sulla sua menomazione, è espressione di una sensibilità più moderna e rispettosa della persona[120], ma appare trattarsi

[119] Più precisamente, l'art. 2 comma 3 *bis* prescrive che «nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile». Sulla discutibilità sul piano tecnico del richiamo delle due disposizioni codicistiche cui si è già accennato vedi ampiamente FERRANTE, *I poteri datoriali rivisitati* cit., 2013, 62 ss.

[120] PERRONE, ROSINA, POLINO, *Dalle 'abilità residue' alla 'idoneità': evoluzione normativa e concettuale* cit., 737.

di un giudizio medico del tutto analogo. Nonostante la definizione stabilita nel regolamento risulti riferita soltanto alle mansioni «dell'area, categoria o qualifica di inquadramento», non dovrebbe esservi dubbio che anche l'accertamento medico nel pubblico impiego debba censire l'intera capacità lavorativa residua e i relativi limiti, in funzione dell'eventuale ricollocamento del lavoratore in altra area o amministrazione o comparto, qualora si riveli necessario.

Parimenti, la secca formulazione dell'art. 55 *octies* non può permettere di rinvenire alcuno scostamento rispetto agli obblighi d'impiego della capacità lavorativa imposti dal t.u. sulla sicurezza e dalla legge sul diritto al lavoro dei disabili. Come si dirà, anzi, il regolamento attuativo n. 171/2011 contiene qualche elemento di maggiore, o comunque più puntuale, apertura verso l'inclusione socio-lavorativa dei dipendenti parzialmente inidonei.

Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, la disciplina speciale sopravvenuta per il lavoro pubblico offre indicazioni dettagliate.

L'iniziativa d'avvio della procedura per l'accertamento dell'inidoneità psicofisica permanente spetta sia al dipendente sia all'amministrazione datrice, la quale può essere sollecitata dalla diversa amministrazione presso cui l'interessato presta servizio. Ove si tratti di lavoratori sottoposti a sorveglianza sanitaria, potrà sovente essere il medico competente a ravvisare i presupposti d'avvio della procedura, fermo restando che al regolamento in esame sono sottoposti tutti i dipendenti, anche quelli non soggetti a sorveglianza sanitaria.

Per i lavoratori che invece sono sottoposti a quest'ultima, va tenuto presente che, in base all'art. 41 comma 2 lett. *e-ter* del t.u. n. 81/2008, in ogni caso d'assenza per motivi di salute di durata superiore a sessanta giorni continuativi è obbligatoria una visita medica prima del rientro al lavoro finalizzata a verificare l'idoneità alla mansione[121]. L'inidoneità a tale visita non implica automatico avvio della procedura d'accertamento ai sensi del regolamento n. 171/2011: qualora sussistano altre mansioni disponibili, l'amministrazione potrebbe effettuare una redistribuzione di mansioni senza

[121] Cfr. D'ORSI, *La sorveglianza sanitaria*, in TIRABOSCHI, FANTINI, *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo*, Giuffrè, Milano, 2009, 690 ss.; MONDA, *La sorveglianza sanitaria* cit., 346 ss.

incremento di costi. Per giustificare provvedimenti datoriali onerosi, ad esempio l'apertura di una selezione di reclutamento, potrebbe risultare necessaria una formale constatazione di inidoneità relativa, cioè «allo svolgimento di alcune o di tutte le mansioni dell'area, categoria o qualifica di inquadramento» ai sensi del regolamento.

L'avvio d'ufficio della procedura si verifica, in primo luogo, nel caso d'assenza del dipendente per malattia, qualora venga «superato il primo periodo di conservazione del posto previsto nei contratti collettivi di riferimento».

La fonte regolamentare presuppone le discipline collettive del comporto che, come detto, prevedono in maniera omogenea una durata di diciotto mesi, raddoppiabili senza però copertura economica. Sarebbe forse stato preferibile che il regolamento avesse esplicitato una durata uniforme, utile ad evitare eventuali disparità che un'evoluzione differenziata delle discipline di comparto potrebbe creare: su questo delicato aspetto non sembrano rinvenibili esigenze effettive di differenziazione. L'art. 3 del regolamento n. 171/2011 stabilisce l'accertamento sanitario come presupposto per la concessione dell'eventuale ulteriore periodo d'assenza per malattia. Da ciò si trae argomento nel senso che l'inidoneità psicofisica temporanea alle mansioni sia riconducibile alla nozione di malattia, con applicazione della relativa disciplina[122]. In taluni regolamenti locali quest'assimilazione è anzi sancita espressamente[123].

Il carattere imperativo del regolamento rende superate le clausole collettive, contenute soprattutto nella contrattazione della prima tornata, in base alle quali questo accertamento sanitario sul lavoratore assente poteva sembrare effettuabile solo su sua richie-

[122] In senso conforme è l'orientamento Aran ral517 del 5 giugno 2011.

[123] Cfr. ad es. il regolamento sugli accertamenti della idoneità/inidoneità psico-fisica del personale della Asl di Cagliari, allegato alla Deliberazione n. 1576 del 19 novembre 2012, in particolare l'art. 6: «Nell'eventualità che il lavoratore venga giudicato inidoneo temporaneamente a svolgere qualsiasi prestazione lavorativa, tale accertamento, verrà considerato equipollente a quello risultante da un certificato di malattia e, conseguentemente, l'assenza dal servizio verrà disciplinata alla stessa stregua».

sta[124]: l'accertamento medico è presupposto per la prosecuzione del rapporto e l'istanza di prosecuzione implica consenso all'accertamento stesso.

Nell'imporre l'accertamento sull'idoneità psicofisica nel caso d'assenza ulteriore al «primo periodo di conservazione del posto previsto nei contratti collettivi di riferimento», il regolamento preclude all'amministrazione la facoltà di concedere l'ulteriore prosecuzione del rapporto lavorativo qualora l'attuale condizione psicofisica già univocamente implichi l'impossibilità di un recupero ai fini lavorativi. Secondo la fonte regolamentare, dunque, un'ulteriore attesa, pur non retribuita, non fa parte del «contenuto assicurativo»[125] del rapporto di lavoro pubblico.

Da tale assetto normativo pare doversi dedurre, inoltre, che la possibilità di licenziamento intimato all'esito del comporto, senza cioè accertamento sull'idoneità psicofisica, sia limitata all'eventualità in cui si sia giunti allo spirare del secondo periodo di assenza dal lavoro, ossia quello non coperto da retribuzione. Dato che alla fruizione di questo secondo periodo si perviene qualora l'accertamento sanitario all'esito del primo periodo di conservazione abbia dato un responso che non escluda la possibilità di un recupero psicofisico, l'eventualità di licenziamento all'esito del comporto pare limitata, in sintesi, ai casi in cui i medici non abbiano escluso un futuro reinserimento lavorativo ma siano frattanto trascorsi trentasei mesi. L'attesa di un tale arco di tempo tende inoltre a stemperare le questioni di tempestività del recesso all'esito del comporto[126] (non può comunque escludersi un'eventuale incidenza

[124] Cfr. ad es l'art. 21 del Ccnl 6 luglio 1995 del comparto regioni e autonomie locali.

[125] Ci si riferisce alla nozione di contenuto assicurativo del rapporto di lavoro espressa, sulla base della letteratura economica, da ICHINO, *Il contratto di lavoro. Sospensione del lavoro* cit., in particolare 438 ss.

[126] Secondo gli orientamenti elaborati con riguardo al lavoro nel settore privato, qualora il datore attenda un non trascurabile tempo ulteriore al superamento del comporto, potrebbe porsi in dubbio la tempestività del licenziamento, anche a causa dell'affidamento ingenerato nel lavoratore. Non trattandosi di questione disciplinare, non è necessario rispettare una vera e propria immediatezza. Si è inoltre ritenuto che solo a partire dal rientro in servizio del lavoratore l'eventuale prolungata inerzia datoriale nel recedere dal rapporto può essere oggettivamente sintomatica della volontà di rinuncia al potere di licenziamento, in quanto il datore

discriminatoria della scelta datoriale di far valere il superamento del comporto, qualora si ritenga che l'amministrazione abbia discrezionalità in proposito[127]).

In paragone alla durata dei periodi di comporto stabiliti nella contrattazione collettiva del settore privato, trentasei mesi è un pe-

di lavoro ha facoltà d'attendere tale rientro per sperimentare in concreto se residuino o meno margini di riutilizzo del dipendente all'interno dell'eventualmente mutato assetto organizzativo dell'azienda: Cass. 25 novembre 2011 n. 24899, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, II, 676, con nota di TIMELLINI, *Il difficile equilibrio tra* spatium deliberandi *e tempestività della comunicazione del licenziamento del lavoratore per superamento del periodo di comporto.* La valutazione del grado d'acquiescenza del comportamento datoriale nel caso concreto è essenziale: ad es. la concessione al lavoratore di un congedo parentale, dopo il superamento del periodo di comporto, è stata ritenuta incompatibile con la volontà di recedere dal rapporto da Cass. 23 gennaio 2008 n. 1438, in *Foro it*., 2009, I, 501, con nota di CARBONE, *Superamento del periodo di comporto e riflessi sul rapporto di lavoro: problematiche ed orientamenti giurisprudenziali*. Con riguardo a un licenziamento avvenuto sei mesi dopo il superamento del comporto, nonché due mesi dopo il rientro al lavoro a seguito del quale erano anche state concesse ferie, ha deciso analogamente Cass. 29 luglio 1999 n. 8235, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 62, con nota di BANO, *Lo* spatium deliberandi *nel recesso per superamento del periodo di comporto*. In un caso invece in cui il datore aveva richiesto un accertamento sanitario sull'idoneità psicofisica del lavoratore rientrato in servizio dopo il superamento del periodo di comporto, la Cassazione ha negato l'acquiescenza al superamento del comporto sulla base dell'osservazione che la verifica sanitaria poteva essere diretta anche al riscontro di eventuali comportamenti disciplinarmente rilevanti in termini di veridicità della malattia e quindi non poteva avere alcun univoco valore di rinunzia alla facoltà di recedere: Cass. 8 maggio 2003 n. 7047, in *Foro it. on line*. Per un quadro vedi MAIO, *Sulla "tempestività" del recesso per superamento del comporto*, in *Arg. dir. lav*., 2001, 303 ss.; più di recente G. RICCIO, *Principio di «tempestività» e ruolo del «tempo» nella giurisprudenza in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Dir. rel. ind*., 2009, 1073 ss. e, in precedenza, *amplius*, DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 374 ss.

[127] La configurabilità di una qualche discriminazione può ipotizzarsi nel caso si dimostri che il datore solitamente usi non intimare licenziamenti all'esito del comporto: in tale evenienza potrebbe essere chiamato a spiegare la ragione per la quale nel singolo caso abbia deciso diversamente. In ciò può ravvisarsi una declinazione della prospettiva che non esclude l'incidenza discriminatoria di una pur sussistente giustificazione del licenziamento, su cui vedi BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio* cit., 846. Tale configurabilità, comunque, pare in concreto remota, perlomeno nel pubblico impiego: alla luce della normativa speciale che si considera nel presente capitolo, infatti, pare preferibile ritenere che il licenziamento all'esito del lungo periodo di comporto stabilito dalla contrattazione assuma un carattere di doverosità, nell'interesse pubblico tanto all'efficienza quanto, soprattutto, all'imparzialità.

riodo alquanto lungo[128], ma non irragionevole. La prolungata conservazione del rapporto non retribuita, già stabilita dalla contrattazione ed ora avallata dal regolamento, può ritenersi correlata al fatto che le amministrazioni pubbliche hanno una capacità di tolleranza dell'assenza dei loro dipendenti che è maggiore rispetto ai datori privati. Questi ultimi, soprattutto se di piccole dimensioni, subiscono maggiormente le difficoltà derivanti dall'incertezza del rientro al lavoro del dipendente pur non retribuito. Inoltre, l'impegno anche economico, tanto dei dipendenti quanto delle amministrazioni, connesso all'esistenza del filtro iniziale del concorso per l'accesso al pubblico impiego, giustifica un margine di tempo ampio prima di porre nel nulla gli effetti del concorso stesso[129].

Le altre due ipotesi d'avvio d'ufficio dell'accertamento sanitario sono le ravvisate condizioni fisiche, oppure psichiche, che facciano «presumere l'esistenza» dell'inidoneità permanente.

Per quanto riguarda le problematiche psichiche, il regolamento appare prudente, in quanto precisa che debbano essersi verificati «disturbi del comportamento gravi, evidenti e ripetuti, che fanno fondatamente» presumere l'inidoneità. Di tale decisione del datore pubblico deve essere data comunicazione «immediata e contestuale» al dipendente interessato. Tali ipotesi concedono discrezionalità all'amministrazione; l'avvio della procedura d'accertamento pare comunque doveroso perlomeno qualora un'inidoneità psicofisica comporti un danno all'utenza o comunque una ridotta funzionalità

[128] Fu subito constatata la maggiore protezione, sia in termini di durata sia di trattamento economico, stabilita dalla contrattazione del pubblico impiego: ESPOSITO, GAETA, *La disciplina del rapporto di lavoro nei contratti del pubblico impiego e dell'industria privata*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratti collettivi a confronto: impiego pubblico, industria, servizi* cit., 128, salvo che per pochi settori, come il credito e le ferrovie, che allora erano state da poco trasformate in spa: vedi NATULLO, *Il contratto per i dipendenti delle Ferrovie dello Stato e i contratti per il settore pubblico*, *ivi*, 183, e rispettivamente V. LUCIANI, *Il contratto per i dipendenti delle Ferrovie dello Stato e i contratti per il settore pubblico*, *ivi*, 255. Nello stesso senso, più recentemente e con riguardo al personale dirigente, MAINARDI, *L'estinzione del rapporto di lavoro* cit., 285.

[129] L'osservazione è diffusa: es. BELLUMAT, *Sul controverso "diritto" alla riammissione in servizio del dipendente nella pubblica amministrazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 460.

dei servizi. Ci si può anzi domandare se sia in proposito applicabile il nuovo art. 54 *bis* del d.lgs. n. 165/2001[130].

L'art. 3 comma 3 del regolamento elenca per prima l'ipotesi in cui l'amministrazione attende l'esito del comporto. Seppur non manchino argomenti contrari[131], potrebbe arguirsi che le ipotesi successive valgono quando il lavoratore non è assente per malattia[132]. Dal quadro delle ipotesi d'avvio d'ufficio della procedura d'accertamento sanitario potrebbe così risultare che, da un lato, qualora il dipendente sia assente per malattia l'amministrazione attende il decorso almeno dei primi diciotto mesi di comporto e che, dall'altro lato, l'amministrazione deve procedere nei confronti del dipendente che invece offre la prestazione senza esserne psicofisicamente in grado. Quest'ultimo caso può essere quello dei disturbi psichici[133], oppure quello dell'inidoneità psicofisica del lavoratore che rientra al lavoro in quanto è in procinto di esaurire il comporto.

[130] Introdotto dalla l. n. 190/2012 c.d. anticorruzione, l'art. 54 *bis* del d.lgs. n. 165/2001 nasce per offrire alcune protezioni al dipendente pubblico rispetto alle ritorsioni derivanti dalla denuncia di condotte di ben maggiore gravità. Nondimeno, il generico riferimento legislativo alle «condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro» sembra permettere d'includere anche le segnalazioni riferite all'indebita tolleranza di situazioni in cui, ad esempio, le mansioni più gravose o meno gradite ricadano su taluni dipendenti a causa del fatto che altri le rifiutino per asserite inidoneità psicofisiche, le quali però non siano formalmente constatate. La rispondenza della condizione psicofisica dei dipendenti nota ai vertici amministrativi a quella reale è infatti presupposto per la corretta gestione delle dotazioni organiche e delle assegnazioni di mansioni e di sedi lavorative. Per un primo commento sull'art. 54 *bis*, vedi BURATTI, Whistleblowing*: una sfida anche per la Pubblica amministrazione*, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 19, 2 ss., nonché, criticamente, S.M. CORSO, *Segnalazione di illeciti da dipendente pubblico: tutela debole*, in *Dir. prat. lav*., 2013, 713 ss.

[131] Il medesimo art. 3 comma 3 del regolamento premette che la possibilità d'avvio della procedura sussiste «in qualsiasi momento successivo al superamento del periodo di prova»; ciò comunque potrebbe non significare che ciascuna causale di avvio d'ufficio valga in qualunque momento.

[132] Secondo l'orientamento Aran m65 del 18 giugno 2011 l'amministrazione deve interrompere il rapporto senza attendere la fine del comporto quando viene a conoscenza della permanenza della inidoneità, ma l'esito sostanziale coincide con quanto qui proposto, dato che tale orientamento lascia all'esclusiva iniziativa del dipendente la decisione di effettuare l'accertamento medico ed esibire il conseguente certificato. Nello stesso senso l'orientamento Aran san155 del 24 settembre 2011.

[133] Nel caso di disturbi psichici, il contemperamento delle esigenze è assai arduo, ma la giurisprudenza di merito mostra sovente propensione a privilegiare

Tramite l'imposizione di un previo accertamento medico non espletabile durante l'assenza per malattia, nel pubblico impiego dunque l'assetto risulterebbe diverso rispetto a quello del settore privato. In quest'ultimo ambito, come detto, secondo l'orientamento maggioritario il datore non è tenuto infatti ad attendere la fine del comporto qualora la sopravvenuta inidoneità psicofisica s'appalesi come permanente (orientamento che peraltro merita una riflessione alla luce del fatto che, come detto, il tenore del nuovo art. 18 comma 7 St. lav. non pare escludere dalla sanzione reintegratoria il licenziamento per inidoneità permanente intimato durante il comporto).

Il regolamento del 2011 avrebbe forse potuto introdurre un qualche distinguo in base al soggetto che assume l'iniziativa. L'amministrazione rileva una disfunzione solo quando la problematica psicofisica è di una certa consistenza. Qualora invece sia il dipendente a prendere l'iniziativa, l'intento è far constatare un'inidoneità parziale per ambire ad un mutamento di condizione lavorativa altrimenti precluso o comunque ottenibile con maggiore difficoltà (spostamento su altre mansioni, eventualmente conseguendo un trasferimento ad altra sede o ufficio ove si svolgono mansioni diverse; possibilità di declinare alcuni compiti o turnazioni; ecc.). È comunque vero che immaginare un qualche meccanismo disincentivante l'iniziativa del lavoratore sarebbe alquanto delicato per questa tematica. Pare allora preferibile, piuttosto, che l'equilibrio sia raggiunto sul piano generale della negoziazione collettiva dei trattamenti economici, ossia remunerando con opportuna differenziazione le posizioni lavorative più gravose o comunque meno gradite.

---

le esigenze d'inserimento socio-lavorativo: vedi ad es. la vicenda decisa da Cass 23 febbraio 2012 n. 2720, in *Foro it. on line*, relativa a una dipendente licenziata per grave danneggiamento dei beni aziendali sancito in sede penale ma avvenuto in difetto di autocontrollo per stato depressivo accertato da consulenza medico-legale: in tal caso il giudice di merito ha ritenuto (non solo che la fiducia datoriale non fosse stata lesa in maniera tale da integrare una giusta causa di licenziamento, ma anche) che non fosse ravvisabile inidoneità psicofisica in quanto lo stato depressivo era solo transitorio, decisione cassata per la parte in cui non era stato adeguatamente considerato il rischio di recidiva della malattia psichica pur transitoria, ai fini della verifica della compatibilità di tale rischio con le mansioni assegnate o altre disponibili.

Bisogna ritenere che la domanda di visita medica, perlomeno qualora non sollecitata dal dipendente, debba contenere la descrizione della situazione fisica o degli episodi comportamentali da cui si presume l'inidoneità. Sul punto è più preciso il d.p.r. 29 ottobre 2001 n. 461, riguardante il riconoscimento della dipendenza delle infermità da causa di servizio, il cui art. 18 comunque ne estende la portata agli accertamenti d'inidoneità non dovuta a causa di servizio. L'art. 15 di questo provvedimento prescrive che, nel caso sia necessaria una verifica delle condizioni d'idoneità al servizio, l'amministrazione sottopone il dipendente pubblico a visita della commissione competente, «con invio di una relazione recante tutti gli elementi informativi disponibili». La segnalazione avviene possibilmente per via telematica (altrimenti in plico chiuso) e comunque nel rispetto dei principi di pertinenza, non eccedenza e indispensabilità dei dati trattati[134].

La procedura di questo genere che sia già stata avviata viene portata a termine anche in caso di dimissioni del dipendente[135], in quanto l'esito dell'accertamento sanitario può[136] avere riflessi pure al di fuori del rapporto di lavoro, in particolare sul piano previdenziale. Seppur incoerente con i principi che sorreggono il pubblico impiego privatizzato[137], tale prassi risulta basata su un'indicazione

[134] Vedi gli artt. 11 comma 1 lett. *d* e 22 comma 3 del t.u. sulla *privacy* n. 196/2003, richiamati dall'art. 3 del regolamento in esame.

[135] Cfr. Cons. Stato, sez. II, 6 dicembre 2011 n. 461, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, I, 852; Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2009 n. 1879, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 643 (m); Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2002 n. 1897, in *Cons. Stato*, 2002, I, 752; vedi anche Cons. Stato, sez. VI, 22 agosto 2000 n. 4534, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1887 (m).

[136] Salvo il caso di inidoneità assoluta, a qualunque attività lavorativa, l'interferenza tra i due versanti non è automatica, dato anche che la valutazione medica lavoristica e quella previdenziale non sono completamente sovrapponibili: CONSOLAZIO, FOIS, *Idoneità alla mansione specifica e invalidità pensionabile: convergenze e divergenze* cit., 581.

[137] Vedi da ultimo Cass. 5 marzo 2013 n. 5413, in *De agostini professionale on line*, sulla non necessità di un atto d'accettazione delle dimissioni da parte del datore pubblico (ai fini dell'interruzione del procedimento disciplinare; si tenga però presente il sopravvenuto art. 55 *bis* comma 9 del d.lgs. n. 165/2001, in base al quale come detto le dimissioni del dipendente non comportano tale interruzione).

positiva contenuta nella disciplina previdenziale speciale per l'impiego pubblico contenuta nel d.m. n. 187/1997[138].

In tema merita inoltre ricordare che l'art. 6 del d.l. n. 201/2011 ha eliminato gli istituti dell'accertamento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio, dell'equo indennizzo e della pensione privilegiata (tranne che per il personale dei settori della sicurezza, difesa, vigili del fuoco e soccorso pubblico)[139].

Qualora la situazione fisica o gli episodi di disturbo del comportamento generino un pericolo per la sicurezza del dipendente o di altre persone, viene disposta la sospensione cautelare. Salvo sussistano situazioni d'urgenza «da motivare esplicitamente», la sospensione deve essere previamente comunicata all'interessato, che, entro i successivi cinque giorni, può presentare memorie e documenti che l'amministrazione è tenuta a valutare. Salva l'eventuale urgenza, l'efficacia della sospensione pare dunque dilazionata del lasso di tempo che il dipendente ha a disposizione per interloquire formalmente. Se vi sono i presupposti per la sospensione cautelare, comunque, sussiste verosimilmente anche urgenza, salvo l'interessato sia assente, ad esempio, per ferie o malattia.

L'atto di sospensione perde efficacia qualora l'accertamento medico non riscontri alcuna inidoneità psicofisica in grado di costituire pericolo per l'interessato o altri. Il regolamento non chiarisce se si tratti di una valutazione di competenza esclusiva del medico, come l'avverbio «automaticamente» sembra intendere, oppure, come pare preferibile, di una valutazione che effettua il dirigente,

---

[138] D.m. 8 maggio 1997 n. 187 del Ministero del tesoro, «Regolamento recante modalità applicative delle disposizioni contenute all'articolo 2, comma 12, della l. 8 agosto 1995, n. 335, concernenti l'attribuzione della pensione di inabilità ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche» cit. (in particolare l'art. 4).

[139] A proposito dell'ambito d'applicazione soggettivo e del regime transitorio di questa abolizione, vedi la nota del Dipartimento della Funzione pubblica n. 32934 del 6 agosto 2012. Cfr. anche FERRARI, *Soppressione della causa di servizio, dell'equo indennizzo e della pensione privilegiata*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2012, 1681. Seppure qualche anno fa la Consulta abbia rigettato i dubbi d'irragionevolezza di tale trattamento privilegiato dei dipendenti pubblici rispetto a quelli privati (Corte cost. 30 ottobre 1997 n. 321, in *Foro it*., 1998, I, 308), questa armonizzazione con la disciplina del lavoro privato può vedersi con favore, anche alla luce delle notevoli problematicità interpretative insite nella disciplina di detto istituto, sulle quali vedi VISCOMI, *La causa di servizio oggi: spunti per una riflessione*, in *Lav. pubb. amm*., 2009, 243 ss.

alla luce non solo dell'esito dell'accertamento medico ma anche del contesto lavorativo in cui il dipendente è inserito (confrontandosi con il rspp e il rls).

La durata iniziale massima della sospensione cautelare è 180 giorni e può essere prorogata solo in presenza di «giustificati motivi». Il dipendente sospeso cautelarmente percepisce un'indennità pari al trattamento spettante in caso d'assenza per malattia. Qualora però l'accertamento medico si concluda nel senso della piena idoneità, l'amministrazione deve corrispondere la differenza trattenuta rispetto alla retribuzione piena.

Il regolamento non chiarisce se con ciò sia da escludere l'eventuale maggior danno patito dal lavoratore. Sembra improbabile che si configuri un danno patrimoniale, poiché il trattamento economico della malattia pare tendenzialmente idoneo a prevenire le conseguenze dannose ulteriori più comuni (es. il mancato pagamento delle rate del mutuo). Più delicata è la configurabilità di un eventuale danno non patrimoniale, che, perlomeno per un'ipotizzata inidoneità psichica, non è da escludere, ad esempio per danno all'immagine oppure per *mobbing*, qualora la decisione del dirigente d'avviare il procedimento d'accertamento sanitario con sospensione cautelare s'inserisca in un contesto persecutorio.

Il regolamento n. 171/2011 affida gli accertamenti sanitari agli organi medici competenti in base agli artt. 6, 9 e 15 del d.p.r. n. 461/2001 sulla causa di servizio[140]; in proposito non rileva la cennata eliminazione di questo istituto[141]. Detti organi medici, che possono avvalersi del servizio sanitario nazionale per specifici esa-

[140] In proposito cfr. anche il d.m. del Ministero dell'economia e delle finanze 12 febbraio 2004 sui «Criteri organizzativi per l'assegnazione delle domande agli organismi di accertamento sanitario di cui all'art. 9 del d.p.r. 29 ottobre 2001, n. 461, ed approvazione dei modelli di verbale utilizzabili, anche per le trasmissioni in via telematica, con le specificazioni sulle tipologie di accertamenti sanitari eseguiti e sulle modalità di svolgimento dei lavori», in *Gazz. uff.* 23 febbraio 2004 n. 44, nonché la relativa circolare Inpdap 11 giugno 2004 n. 37. Da tenere presente che l'art. 15 comma 2 è stato recentemente modificato dalla lett. *d* del comma 2 dell'art. 1114 del d.p.r. n. 90/2010, come rettificato con comunicato 29 settembre 2010, pubblicato in *Gazz. uff.* 29 settembre 2010 n. 228.

[141] Cfr. anche la nota del Dipartimento della Funzione pubblica n. 32934 del 6 agosto 2012.

mi o accertamenti, sono identificabili in una pluralità di soggetti pubblici, disciplinati da una legislazione alquanto caotica[142].

Si tratta, in primo luogo, della commissione medica di verifica di cui all'articolo 2 *bis* comma 2 del d.lgs. n. 157/1997. Questi organi sono stati trasferiti dal Ministero dell'economia all'Inps (art. 10 del d.l. n. 203/2005 e successive modifiche[143]) e riorganizzati su base regionale (art. 7 comma 25 del d.l. n. 78/2010[144]). Secondo l'art. 15 del d.p.r. n. 461/2001 stesso, le commissioni mediche di verifica hanno appunto una diretta competenza ai fini «dell'accertamento delle condizioni di idoneità al servizio»[145]. Trattasi, in secondo luogo, della commissione medica presso le aziende sanitarie ai sensi dell'art. 1 della l. n. 295/1990, ove si stabilisce che la persona interessata può farsi assistere, in sede di accertamento sanitario, dal proprio medico di fiducia. A quest'ultima disposizione rinvia l'art. 4 della l. n. 104/1992, che è a sua volta richiamato sia dagli artt. 1 comma 4 e 10 comma 3

[142] Sussistono peraltro discipline speciali, ad esempio per il personale degli enti locali, della sanità, nonché i militari e le forze di polizia (vedi la circolare Inpdap 11 giugno 2004 n. 37 e la circolare del Ministero dell'economia e delle finanze n. 426 del 26 aprile 2004). Per i militari e le forze di polizia sono competenti le commissioni mediche ospedaliere. Queste ultime sono competenti anche per i dipendenti civili del Ministero della difesa e di quello dell'interno; ma se tale organo non è presente sul territorio la competenza passa alle commissioni mediche di verifica: cfr. la circolare Inpdap 11 giugno 2004 n. 37. In base alla determinazione del Ministero della difesa 3 dicembre 2008 «Accertamenti sanitari nei confronti del personale militare e civile in servizio all'estero» in *Gazz. uff.* 16 dicembre 2008 n. 293, per il personale militare e civile del Ministero della difesa in servizio all'estero, è competente la commissione medica ospedaliera interforze del Dipartimento militare di medicina legale di Roma.

[143] In attuazione vedi il d.p.c.m. 30 marzo 2007, in *Gazz. uff.* 26 maggio 2007 n. 121.

[144] Decreto convertito con l. n. 122/2010. Tale comma di legge prevede la soppressione delle commissioni mediche di verifica, ad eccezione di quelle presenti nei capoluoghi di regione e nelle province a speciale autonomia, che subentrano nelle competenze delle commissioni soppresse disponendo altresì che le medesime commissioni, con protocolli di intesa, da stipularsi tra il Ministero dell'economia e delle finanze e le regioni, possano avvalersi a titolo gratuito delle Asl territorialmente competenti ovvero, previo accordo con il Ministero della difesa, delle strutture sanitarie del predetto Ministero operanti sul territorio. Vedi il relativo d.m. del Ministero dell'economia 23 dicembre 2010, in *Gazz. uff.* 23 febbraio 2011 n. 44.

[145] Cfr. in questo senso già l'ultimo periodo dell'art. 2 comma 2 della l. n. 335/1995.

della l. n. 68/1999, sia dall'art. 1 del relativo d.p.c.m. d'attuazione 13 gennaio 2000. Per la precisa distribuzione delle competenze, comunque, vi è un rinvio alle discipline organizzative regionali da parte dell'art. 6 comma 1 del d.l. n. 4/2006, come modificato dall'art. 3 della l. n. 107/2010[146].

Qualora il dipendente non si presenti senza giustificato motivo alla visita medica, il datore pubblico può disporre una sospensione cautelare e comunque provvede per un nuovo accertamento. Per il caso d'ulteriore mancata presentazione ingiustificata, è prevista la sanzione del licenziamento con preavviso. Invero, il regolamento del 2011 parla di «rifiuto ingiustificato di sottoporsi alla visita reiterato per due volte», sicché potrebbe essere argomentato che la sanzione disciplinare estintiva sia prevista solo dopo la terza visita mancata. L'utilizzo del termine «rifiuto» impone inoltre che l'amministrazione non si limiti a prendere atto della mancata giustificazione del dipendente che non si sia presentato alla visita, ma si attivi domandando le ragioni dell'assenza. Già a seguito della prima assenza alla visita medica, comunque, il dipendente non percepisce la retribuzione, bensì un'indennità corrispondente al trattamento previsto dal contratto collettivo nazionale in caso di sospensione cautelare in corso di procedimento penale.

Seppure non sia precisato, l'esito dell'accertamento medico deve essere comunicato al dipendente interessato senza dilazione e, comunque, almeno contestualmente alla comunicazione all'amministrazione datrice. L'art. 5 comma 5 del regolamento riconosce il diritto del dipendente di ottenere «in qualunque stato del procedimento» accesso agli atti (non solo le risultanze mediche, ma anche, ad esempio, le comunicazioni tra l'amministrazione di temporaneo servizio e quella titolare del rapporto lavorativo). Deve inoltre ritenersi che il fatto che l'accertamento medico avvenga a fini lavorativi non escluda l'applicazione della normativa in materia di consen-

[146] Altri organismi possono essere coinvolti, in particolare la commissione contemplata nel titolo V del libro I del codice dell'ordinamento militare di cui al d.lgs. n. 66/2010. Per i giudizi di seconda istanza, sussistono organi collegiali di controllo, anche nell'ambito della sanità militare.

so informato in ambito medico[147] e sulla gestione delle cartelle cliniche[148].

Quanto alle conseguenze dell'accertamento medico, se risulta un'inidoneità permanente «assoluta», cioè a qualunque lavoro, l'amministrazione è tenuta a licenziare il dipendente entro 30 giorni dal ricevimento del verbale medico. Si tratta dello stesso termine già stabilito dal citato art. 15 del d.p.r. n. 461/2001.

Si può porre qualche dubbio sulla tempistica del licenziamento qualora il lavoratore sia assente per malattia. Si è detto che l'orientamento tradizionale esclude il diritto alla decorrenza del comporto quando tale periodo non possa essere utile a verificare l'eventuale possibilità di rientro al lavoro. La giurisprudenza in proposito non è comunque unanime[149]. Tale questione, beninteso, si pone qualora si sia pervenuti all'accertamento medico sull'idoneità per ragioni diverse dall'esaurimento del comporto, ossia per evenienze che facciano presumere un'inidoneità psichica o fisica.

L'art. 8 del regolamento afferma che l'amministrazione corrisponde l'indennità sostituiva del preavviso «se dovuta». Quest'ultima precisazione non pare chiara, dato che secondo i canoni generali il licenziamento per giustificato motivo oggettivo implica sempre il preavviso, come ribadito nella contrattazione di comparto[150]. Per darvi un senso, dovrebbe forse dedursi che, quando il recesso per accertata inidoneità psicofisica avvenga dopo l'esaurimento dei periodi di comporto coperti da piena o parziale

---

[147] Cfr. R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2007, 309 ss.

[148] Si rinvia a SARTORETTI, *La cartella clinica tra diritto all'informazione e diritto alla* privacy, in FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in RODOTÀ, ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 580 ss.; vedi anche GLIATTA, *Il diritto alla* privacy *in ambito medico: trattamento dei dati sensibili e fascicolo sanitario elettronico*, in *Resp. civ.*, 2010, 682 ss.

[149] Es. Cass. 27 giugno 2003 n. 10272 cit. Peraltro, come detto, secondo il nuovo art. 18 comma 7 St. lav. il licenziamento intimato durante il comporto, quand'anche per inidoneità permanente, sembra ora sanzionato (non con una temporanea inefficacia, ma) con una reintegrazione.

[150] Cfr. ad es. l'art. 21 del Ccnl 6 luglio 1995 del comparto regioni e autonomie locali e l'art. 23 del Ccnl 16 maggio 2001 dei segretari comunali e provinciali.

retribuzione, il preavviso debba ritenersi non retribuito, con conseguente non spettanza di un'indennità economica sostitutiva. Orbene, si tratterebbe di un trattamento non in linea con l'assetto tradizionale stabilito dall'art. 2110 c.c., il cui secondo comma rinvia all'art. 2118 c.c., cioè al licenziamento con preavviso (retribuito)[151]. È comunque vero che un paragone con il settore privato potrebbe risultare improprio, dato che in quell'ambito la durata del periodo di comporto stabilita dalla contrattazione collettiva è sovente inferiore, soprattutto per i dipendenti senza elevata anzianità. In alternativa, potrebbe forse ritenersi che i casi in cui non spetta il preavviso siano quelli in cui il verbale medico attesti la reiterata mancata presentazione alla visita, intendendosi così posto uno speciale termine al procedimento disciplinare (soluzione però assai problematica, dati i diversi termini di cui all'art. 55 *bis* del d.lgs. n. 165/2001).

La formulazione dell'art. 9 del regolamento n. 171/2011, inoltre, impone di domandarsi quale sia l'impatto del regolamento stesso sulla disciplina della conservazione del posto in caso d'infortunio lavorativo o malattia professionale. Il comma 5 di tale articolo stabilisce che resta «salva la disciplina di maggior favore della legge n. 68 del 1999 per i lavoratori che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità»; come si è già accennato, non è chiaro a quale disciplina contenuta nella legge sul lavoro dei disabili il comma si riferisca.

In ogni caso, non deve ritenersi che *a contrario* la restante disciplina infortunistica non sia fatta parimenti salva dal comma 5. Verrebbero altrimenti meno le discipline di comparto che prevedono, per il caso d'infortunio o malattia professionale, una regolazione differenziata, in base alla quale l'amministrazione corrisponde l'intero trattamento retributivo fino a «completa guarigione clinica»[152] o comunque per un periodo più lungo dei diciotto mesi pre-

[151] Seppur con riguardo a comparto non sottoposto al regolamento in esame, nel senso che il preavviso sia dovuto anche nel caso di licenziamento per superamento degli ulteriori diciotto mesi, vedi da ultimo l'orientamento Aran ral1107 dell'8 febbraio 2012.

[152] Così ad es. l'art. 22 del Ccnl 16 maggio 1995 del comparto ministeri.

visti per la malattia ordinaria[153]. È preferibile ritenere che tali discipline contrattuali invece convivano con il nuovo regolamento. Pare dunque doversi escludere che l'art. 3 del regolamento, ove impone l'accertamento sull'idoneità psicofisica al superamento del primo periodo di conservazione del posto previsto nei contratti collettivi per «assenza del dipendente per malattia», sia riferito anche ai problemi di salute cagionati dagli infortuni sul lavoro ed alle malattie professionali.

Qualora invece risulti un'inidoneità permanente «relativa», ossia riferita soltanto ad alcune mansioni, in base al regolamento s'impone una serie graduata di soluzioni ipotizzabili.

In primo luogo, l'amministrazione deve porre in essere «ogni tentativo di recupero» al lavoro nell'ambito della propria struttura organizzativa, in mansioni equivalenti, anche di altro profilo professionale, valutando l'adeguatezza dell'assegnazione in riferimento anche ai titoli posseduti. Tale incisiva formulazione riprende la contrattazione collettiva[154], che a sua volta riecheggia le disposizioni dell'antecedente assetto pubblicistico[155].

In subordine, deve essere tentato un «percorso di riqualificazione», ove possibile. Anche tale previsione riprende alcune pregresse clausole collettive. Nel pubblico impiego dunque è garantito espressamente un diritto ad una riqualificazione idonea a formare il dipendente allo svolgimento di compiti, compatibili con il suo stato fisico, che egli non sappia assolvere. Trattasi di una previsione di non poco conto, soprattutto in paragone agli orientamenti giurisprudenziali prevalenti con riguardo al settore privato, perlomeno fino al recente passato. Come si è detto, sta comunque facendosi strada una diversa lettura[156], costituzionalmente orientata

[153] Ad es. l'art. 24 del Ccnl 1 settembre 1995 del comparto sanità prevede la conservazione del rapporto e della retribuzione per 36 mesi.

[154] Vedi ad es. l'art. 3 del Ccnl 16 maggio 2001 integrativo del Ccnl del personale del comparto ministeri sottoscritto in data 16 febbraio 1999 e l'art. 33 del Ccnl 24 maggio 2000 comparto Aziende e amministrazioni autonome dello Stato.

[155] Cfr. l'art. 29 comma 1 del d.p.r. n. 266/1987, «Norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo del 26 marzo 1987 concernente il comparto del personale dipendente dai Ministeri», in *Gazz. uff.* 11 luglio 1987 n. 160 s.o.

[156] Seppur relativa a questione diversa, vedi ad esempio Cass. 14 novembre 2011 n. 23807, in *Arg. dir. lav*., 2012, 1019, con nota di BONACCI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di riqualificazione* cit., che ha confer-

in adeguamento alle regole contenute nella Convenzione Onu del 2006 sui diritti delle persone con disabilità ed all'art. 5 della direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE. Anche per detta disposizione regolamentare si ripropone la problematicità insita nella genericità dell'obbligo datoriale di ragionevoli accomodamenti sul lavoro a favore delle persone disabili (per ridurre possibili difficoltà applicative, sarebbe stato forse possibile stabilire una soglia minima, in termini di risorse e/o di durata della riqualificazione).

In secondo luogo, la disciplina regolamentare ammette la possibilità di assegnare l'interessato a una posizione lavorativa con mansioni inferiori, da intendersi come obbligo dell'amministrazione di porre in essere «ogni tentativo di recupero», come detto.

Anche in quest'eventualità deve in subordine essere garantita la possibilità di una riqualificazione professionale. Nel caso d'adibizione a mansioni inferiori, v'è diritto al mantenimento del trattamento economico fisso e continuativo corrispondente all'area ed alla fascia economica di provenienza, tramite l'assegnazione di un importo *ad personam*, che però è dichiarato riassorbibile con ogni successivo miglioramento economico. Si tratta di un aspetto delicato non solo per il lavoratore interessato, ma anche per il dirigente responsabile, a rischio di danno erariale[157]. Questa previsio-

mato la sentenza di merito che aveva imposto al datore l'onere di «un breve percorso di qualificazione» per permettere alla lavoratrice madre di bimbo minore di tre anni di rifiutare il lavoro notturno, come suo diritto ai sensi dell'art. 11 comma 2 del d.lgs. n. 66/2003, senza però essere licenziata per motivo oggettivo. L'assegnazione in capo al datore di un qualche onere di riqualificazione per evitare il licenziamento trova risalente appoggio in dottrina, es. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, Milano, 1982, 89; NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro* cit., 315; nonché SCARPELLI, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 1994, fasc. 2, 55-56; vedi anche GRAGNOLI, *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, 106.

[157] La percezione, soprattutto se in buona fede, di emolumenti indebiti in quanto non corrispondenti alle mansioni effettivamente esercitate, potrebbe non essere rimediabile tramite ripetizione, perlomeno in punto di fatto, ad es. per decesso o anche pensionamento del lavoratore anteriormente all'emersione dell'accertamento ispettivo da parte della Corte dei conti. Sul crescente ruolo della Corte dei conti in materia di controllo contabile e di legalità nella gestione del pubblico impiego, anche a causa del non sempre soddisfacente funzionamento dei controlli interni, vedi PIZZOFERRATO, *Danno erariale, organizzazione del lavoro*

ne del riassorbimento, contenuta nell'art. 7 comma 4 del regolamento del 2011, diverge da talune più generose clausole collettive che hanno antecedenti nella disciplina pubblicistica previgente[158].

Seppure in generale la materia del trattamento economico sia riservata alla contrattazione collettiva ai sensi degli artt. 24 e 45 del d.lgs. n. 165/2001, il sopravvenuto regolamento sembra prevalente, in quanto basato su una norma speciale e successiva[159]. L'art. 55 *octies* del decreto legislativo medesimo demanda infatti al regolamento la definizione degli «effetti sul trattamento giuridico ed economico della sospensione [cautelare…] nonché il contenuto e gli effetti dei provvedimenti definitivi adottati dall'amministrazione in seguito all'effettuazione della visita di idoneità»[160]. La questione pare un poco sdrammatizzarsi, in via di fatto, alla luce della considerazione che le posizioni lavorative meno esigenti dal punto di vista fisico solitamente non sono meno retribuite. Una disciplina speciale, inspiegabilmente deteriore, è stata introdotta per il personale insegnante dall'art. 19 commi 12 ss. del d.l. n. 98/2011[161].

---

pubblico e ruolo della Corte dei conti, in CASTIGLIONE, PIZZOFERRATO (a cura di), *La responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro*, atti del convegno 16 gennaio 2009 presso l'Università di Bologna, Cedam, Padova, 2009, 132 ss.

[158] Cfr. ad es. l'art. 29 comma 2 del d.p.r. n. 266/1987, recante «Norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo del 26 marzo 1987 concernente il comparto del personale dipendente dai Ministeri» cit. Analogamente vedi l'art. 11 del d.p.r. n. 347/1983 per quanto riguarda gli enti locali.

[159] Come accennato, restano invece efficaci le più favorevoli clausole della contrattazione collettiva applicabile alle amministrazioni non soggette al regolamento n. 171/2011: vedi ad es. l'art. 21 del Ccnl 6 luglio 1995 del comparto regioni e autonomie locali, secondo cui «Dal momento del nuovo inquadramento, il dipendente seguirà la dinamica retributiva della nuova qualifica senza nessun riassorbimento del trattamento in godimento».

[160] Il mantenimento, anche in caso di spostamento su mansioni inferiori, del livello retributivo già raggiunto è previsto sia nell'art. 41 del t.u. n. 81/2008 sia nell'art. 4 comma 4 della l. n. 68/1999, senza indicazioni sulla riassorbibilità. Come detto, per evitare disparità tra dipendenti pubblici e privati, nonché in generale tra dipendenti che svolgono le stesse mansioni, tali disposizioni forse debbono essere lette nel senso della riassorbibilità anche nel settore privato.

[161] Si tratta di una vicenda singolare, che merita una sintetica illustrazione. Sovrapponendosi alla generica disciplina contenuta nell'art. 3 comma 127 della l. n. 244/2007 (che era espressamente fatta salva dall'art. 7 comma 9 del regolamento n. 171/2011 in esame), l'art 19 commi 12 ss. del d.l. n. 98/2011, converti-

to con l. n. 111/2011, stabilisce che il personale docente dichiarato, dalla commissione medica operante presso le aziende sanitarie locali, permanentemente inidoneo alla propria funzione per motivi di salute, ma idoneo ad altri compiti, su istanza di parte, da presentarsi all'Ufficio scolastico regionale entro 30 giorni dalla data di dichiarazione di inidoneità, assume, con determina del Direttore generale dell'Ufficio scolastico regionale competente, la qualifica di assistente amministrativo o tecnico (in sede di prima applicazione, per il personale collocato fuori ruolo ed utilizzato in altre mansioni, i 30 giorni sono decorsi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione). Il personale viene reimmesso in ruolo su posto vacante e disponibile, con priorità nella provincia di appartenenza e tenendo conto delle sedi indicate dal richiedente, «sulla base di criteri stabiliti con successivo decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca e mantiene il maggior trattamento stipendiale mediante assegno personale riassorbibile con i successivi miglioramenti economici a qualsiasi titolo conseguiti». Le immissioni nei ruoli del personale amministrativo e tecnico sono comunque effettuate nell'ambito del piano di assunzioni previsto dalla normativa vigente in materia. Il personale che non presenti l'istanza ivi prevista o la cui istanza non sia stata accolta per carenza di posti disponibili, «è soggetto a mobilità intercompartimentale, transitando obbligatoriamente nei ruoli del personale amministrativo delle Amministrazioni dello Stato, delle Agenzie, degli enti pubblici non economici e delle università con il mantenimento dell'anzianità maturata, nonché dell'eventuale maggior trattamento stipendiale mediante assegno personale pensionabile riassorbibile con i successivi miglioramenti economici a qualsiasi titolo conseguiti». Tale mobilità si realizza compatibilmente con le facoltà assunzionali previste dalla legislazione vigente per gli enti destinatari del personale interessato ed avviene all'interno della regione della scuola in cui attualmente il personale è assegnato, ovvero in altra regione, nell'ambito dei posti disponibili. Con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, nonché il Ministro dell'economia e delle finanze sono individuate le pubbliche amministrazioni destinatarie del personale, le procedure da utilizzare per l'attuazione della mobilità intercompartimentale, nonché le qualifiche e i profili professionali da attribuire al medesimo personale. Il Ministero dell'istruzione ha conseguentemente adottato il d.m. 12 settembre 2011 «Immissione in ruolo nei profili professionali di assistente amministrativo e di assistente tecnico del personale docente dichiarato permanentemente inidoneo, per motivi di salute, all'espletamento della funzione docente, ma idoneo ad altri compiti», in *Gazz. uff.* 17 dicembre 2011 n. 293. Nella primavera 2012 era stata predisposta una bozza di decreto interministeriale di reinquadramento, a quanto consta non ancora sottoscritto, poiché a seguito dell'opposizione dei sindacati la questione è approdata in sede parlamentare, ove però non è stata finora reperita una copertura finanziaria alternativa (in base ai dati del Ministero la questione investe 3.565 docenti permanentemente inidonei, 800 docenti temporaneamente inidonei e 900 docenti titolari delle classi di concorso C999 e C555, con risparmi di spesa pari a euro 114,31 milioni nel 2013, 110,09 milioni nel 2014, 105,86 milioni nel 2015, 101,63 milioni nel 2016 e 97,41 milioni a decorrere dal 2017: cifre che addirittura furono già inserite nei saldi di finanza pubblica). Tuttavia, a ben vedere, tale disciplina introduce un trattamento deteriore per gli insegnanti divenuti psicofisicamente inidonei, poiché

Alle descritte opzioni finalizzate al mantenimento in servizio del lavoratore non è d'ostacolo il fatto che nella dotazione organica non sia disponibile un posto corrispondente ad un profilo di professionalità adeguata. In tal caso il dipendente ha diritto di essere inserito in soprannumero e l'amministrazione deve rendere indisponibili, sino a successivo riassorbimento, un numero di posizioni equivalente in termini di costo finanziario. Quando invece l'intera dotazione organica dell'ente sia occupata, non sembrerebbe possibile il soprannumero[162].

Allo scopo di reperire una collocazione confacente, l'interessato può attivarsi per ottenere un passaggio a domanda presso altra amministrazione[163]. Tale opzione potrebbe inoltre essere una maniera di non subire un sotto-inquadramento altrove evitabile. Qualora nell'amministrazione non vi siano posizioni lavorative compatibili, l'amministrazione datrice promuove una consultazione tra le amministrazioni del medesimo territorio provinciale ed eventual-

---

l'adibizione a mansioni c.d. ata è stabilita senza una previa verifica della disponibilità di posizioni professionali equivalenti compatibili, con una disparità di trattamento vistosa, in termini di mantenimento della professionalità e comunque dei livelli di trattamento economico.

[162] In tal caso secondo l'art. 7 comma 8 del d.p.r. n. 171/2011 l'amministrazione dovrebbe avviare la procedura di consultazione di mobilità e, se non emerge la disponibilità di posizioni lavorative adeguate, «si applica l'art. 33» del d.lgs. n. 165/2001 sul collocamento in disponibilità del personale eccedente. In tal modo, l'inidoneità psicofisica relativa (i.e. parziale) potrebbe dar luogo ad un licenziamento per motivo oggettivo secondo la disciplina delle eccedenze di personale nel pubblico impiego. La scarsa applicazione dell'istituto rassicura sull'improbabilità di una tale evenienza a carico di lavoratori parzialmente inidonei. Non pare comunque facile comprendere la ragione del differente trattamento normativo tra le due ipotesi: stabilire che non può essere congelata in soprannumero una posizione lavorativa qualora la dotazione dell'ente sia piena, nonostante quel dipendente fosse già nell'organico di quello stesso ente, pare equivalente a stabilire che la sopravvenuta inidoneità psicofisica parziale rende non più tollerabile un'eccedenza che già sussisteva.

[163] Cfr. l'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001, il cui comma 2 *sexies* contempla anche la possibilità di assegnazioni temporanee di durata fino a tre anni. Sulla disciplina contenuta in quest'articolo, più volte modificata, vedi ESPOSITO, SANTAGATA, *La mobilità del personale tra "autonomia negoziale" ed "evidenza pubblica",* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 342, e da ultimo, RICCOBONO, *Le misure di riorganizzazione del personale alle dipendenze della p.a. Tra obiettivi di efficienza ed esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica*, in *Temi lavoro*, 2012, vol. 4, n. 1, 2 ss.

mente regionale. Se non emergono posizioni disponibili entro 90 giorni, si applica la disciplina della mobilità, con possibile collocamento in disponibilità di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 165/2001[164].

In sostanza, le difficoltà di ricollocazione del dipendente pubblico per riduzione della capacità lavorativa vengono trattate declinando l'eventualità del licenziamento come *extrema ratio* secondo la consolidata prospettiva che considera, a questi fini, le diverse amministrazioni pubbliche come una sorta di unico grande datore di lavoro[165]. Una tale prospettiva non è contemplata nella normativa applicabile al lavoro nelle imprese di gruppo[166].

Non risulta ipotizzabile, invece, un diritto all'adibizione a mansioni superiori con relativo reinquadramento, nemmeno qualora tale opzione eviterebbe il licenziamento[167]: né l'art. 55 *octies* né il regolamento considerano tale ipotesi, che anzi pare esclusa dal rigore con cui l'art. 52 circoscrive i possibili casi d'adibizione a mansioni superiori nel pubblico impiego[168].

---

[164] Sulla disciplina delle eccedenze di personale pubblico, contenuta non solo nell'art. 33 del d.lgs. n. 165/2001, vedi RICCOBONO, *Le misure di riorganizzazione del personale alle dipendenze della p.a.* cit., 11 ss.

[165] Tale approccio del legislatore è rilevato già da MAINARDI, M. MISCIONE, *La mobilità*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. 29/1993 alla finanziaria 1995. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1995, t. I, 591; cui *adde* MANNA, *La mobilità nel pubblico impiego: ammortizzatore sociale e strumento di razionalizzazione nelle risorse umane*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 311.

[166] Pur non riguardante una questione d'inidoneità psicofisica, merita segnalare il particolare caso di Cass. 8 agosto 2011 n. 17086, in *Mass. giur. lav*., 2012, 479, con nota di FRANZA, che ha confermato la sentenza di merito che, dalla circostanza che il datore di lavoro abbia prospettato ai sindacati la possibilità di reintegrare il dipendente in azienda, ponendolo temporaneamente a disposizione della capogruppo, aveva dedotto la dimostrazione che il datore, per i collegamenti con altre aziende facenti parte del suo stesso gruppo, fosse nella condizione di poter diversamente collocare il lavoratore, sia pure con lo strumento del distacco temporaneo presso altra azienda.

[167] Un diritto alle mansioni superiori pareva prefigurato nell'originario tenore dell'art. 42 del t.u. n. 81/2008, anteriore alla riscrittura con il d.lgs. correttivo n. 106/2009, seppure in dottrina v'è chi dubita che potesse configurarsi un tale obbligo: GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento* cit., 296 in nota 11, secondo il quale, quindi, tale disposizione doveva essere intesa nel senso che disciplinava gli effetti di una adibizione a mansioni superiori asseverata dal datore.

[168] MALZANI, *Inidoneità psicofisica e conservazione del posto di lavoro*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 552.

Si è già detto che, anche per quanto riguarda il pubblico impiego, è pacifico che le certificazioni mediche non siano vincolanti in sede giudiziale, poiché sarebbe contrario all'art. 24 Cost. condizionare il riconoscimento di un diritto a momenti decisionali sottratti alla dialettica processuale. Ciò vale non solo per le certificazioni di malattia, ma anche per quelle relative alle inidoneità permanenti[169], che comunque hanno una significativa attendibilità in quanto provenienti da organismi medici collegiali pubblici dotati di competenza specifica.

Qualora, invece, non si tratti di divergente valutazione medico-legale del ctu sull'idoneità alle mansioni o in generale al lavoro, ma si verifichi un recupero di condizione psicofisica successivo al licenziamento, potrebbe essere sollevata una questione al cui proposito è rinvenibile qualche indicazione nella giurisprudenza costituzionale, pur con riguardo al pubblico impiego ad ordinamento pubblicistico. Mentre stava avviandosi la riforma degli anni '90, infatti, la Consulta dichiarò incostituzionale l'art. 132 comma 1 del t.u. n. 3/1957, nella parte in cui non comprendeva la dispensa dal servizio per motivi di salute tra le fattispecie di cessazione del rapporto di pubblico impiego per le quali era possibile la riammissione in servizio[170].

Il regolamento n. 171/2011, attuativo dell'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001 non contempla una tale reversibilità delle conseguenze lavoristiche della sopravvenuta inidoneità psicofisica (e ci si può anzi interrogare sul possibile superamento delle clausole collettive che in taluni comparti la contemplano[171]). Per quanto ri-

[169] Es. Cass. 25 luglio 2011 n. 16195 cit. e Cass. 8 febbraio 2008 n. 3095 cit.

[170] Corte cost. 26 gennaio 1994 n. 3, in *Foro it*., 1995, I, 780, che, comunque, ha dichiarato questa incostituzionalità anche sulla base di un'irragionevolezza della mancata estensione al recupero psicofisico della speciale disciplina della riammissione in servizio, vigente allora ma oggi superata. Sulla medesima linea vedi Corte cost. 13 novembre 2009 n. 294, in *Foro it*., 2010, I, 32.

[171] Cfr. ad es. per il comparto Ministeri l'art. 15 del contratto integrativo del 16 maggio 2001, su cui, con riferimento a Trib. Ravenna 14 febbraio 2007, vedi GRECO, *Riammissione in servizio e divieto di* reformatio in peius *del trattamento retributivo, nel passaggio da un'amministrazione ad un'altra, nel lavoro pubblico privatizzato*, in *Arg. dir. lav*., 2008, 208 ss. Cfr. anche: art. 32, Ccnl Agenzie fiscali, 28 maggio 2004; art. 15, contratto integrativo comparto ministeri del 16 maggio 2001; art. 26, Ccnl regioni e autonomie locali del 14 settembre 2000, come

guarda l'inidoneità, verosimilmente assoluta, che abbia comportato un licenziamento, il problema potrebbe porsi, perlomeno, qualora tale recesso datoriale sia intervenuto prima del decorso dell'intero periodo di comporto, comprensivo cioè degli ulteriori diciotto mesi d'assenza non retribuita. Va osservato, però, che la Consulta stessa si è espressa nel senso che, seppur previsto anche in plurime norme speciali[172], l'istituto della riammissione in servizio non ha carattere generale ed, anzi, il legislatore gode in proposito di ampia discrezionalità[173]. L'avvenuta privatizzazione del pubblico impiego pare implicare un'assimilazione della disciplina di questa casistica tra lavoro pubblico privatizzato e lavoro privato[174]: ambito, quest'ul-

integrato dall'art. 17 del Ccnl 5 ottobre 2001; art. 24 contratto integrativo per il comparto della sanità del 20 settembre 2001. Anche ove la contrattazione collettiva abbia introdotto una tale facoltà e la si ritenga tutt'ora applicabile, l'esito dell'istanza non è certo scontato, anche perché la precondizione di una disponibile scopertura d'organico può essere preclusa dalle ricorrenti norme che impongono tagli alle dotazioni organiche delle amministrazioni. Si tenga inoltre conto che, se la contrattazione parla di riassunzione, non è scontata la conservazione degli effetti dell'anzianità maturata; se invece l'anzianità pregressa deve essere conservata, v'è la concreta possibilità che l'amministrazione prediliga nuove assunzioni, in quanto meno costose, con una scelta difficilmente sindacabile dall'aspirante. Sulla problematicità del sindacato dell'esercizio dei poteri datoriali, vedi ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore: dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988, 325 ss.; dopo la prima fase di privatizzazione dell'impiego pubblico, vedi ZOLI, *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: privato e pubblico a confronto*, in *Dir. pubb.*, 1997, 405 ss.; più di recente CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104* cit., 338 ss.

[172] Vedi ad es. l'art. 59 del d.p.r. 20 dicembre 1979 n. 761, per il personale delle unità sanitarie locali e art. 60 del d.p.r. 24 aprile 1982 n. 335, per il personale della Polizia di Stato.

[173] Cfr. Corte cost. 25 novembre 2005 n. 430, in *Giur. it.*, 2006, 5, riferita al personale delle forze armate e Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 10, in *Giur. cost.*, 2002, 60, riferita al personale della magistratura. Nel pubblico impiego non contrattualizzato peraltro la riammissione può essere domandata ma non è un diritto.

[174] Cfr. ad es. Cass. 18 febbraio 2005 n. 3360, in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, 204, la quale esclude che l'istituto della riammissione sia tra «le materie di cui ai numeri da 1 a 7 dell'art. 2, comma 1, lett. *c*, l. 23 ottobre 1992 n. 421, conservate al diritto pubblico a norma dell'art. 68, comma 1, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 e, poi, dell'art. 69, comma 1, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165». Sussistono talune norme speciali, in particolare l'art. 3 comma 12 della l. n. 537/1993 («Le disposizioni di cui all'art. 132 del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, si applicano anche al personale degli enti locali di cui al comma 11»), della cui permanente

timo, ove non sussiste un diritto alla riassunzione o alla reintegrazione in caso di recupero psicofisico dopo un licenziamento avvenuto all'esito del periodo di comporto o per inidoneità psicofisica sopravvenuta.

Nel complesso, comunque, l'assimilazione al settore privato resta parziale, parendo confermate le impressioni già emergenti dall'analisi della disciplina speciale della malattia.

Anche con riguardo alle implicazioni dell'inidoneità psicofisica duratura, l'attuale tendenza legislativa sembra presupporre un'irriducibile differenza di contesto e, conseguentemente, di disciplina. Nel lavoro pubblico, tende oggi a prevalere la disciplina unilaterale, la quale comprime non solo lo spazio d'intervento della contrattazione collettiva, ma anche il margine d'apprezzamento discrezionale del dirigente nel trarre le conseguenze delle sopravvenute inidoneità psicofisiche dei lavoratori. A garanzia dell'imparzialità ed al contempo dell'efficiente gestione delle risorse umane vengono poste non tanto le prerogative manageriali, quanto le regole giuridiche.

Queste ultime, ad ogni modo, non possono che lasciare ampio margine d'adattamento operativo alle sfaccettate situazioni concrete. Sicché il regolamento attuativo è potuto intervenire compensando la sinteticità dell'art. 55 *octies*, con una disciplina in linea tanto con la pregressa regolazione collettiva, quanto con gli stimoli che dalle fonti sopranazionali provengono in favore dell'integrazione socio-lavorativa delle persone con disabilità.

5. *Il distinto rilievo della condizione psicofisica nella riformata disciplina della tutela reale: profili sostanziali*

È finora emerso che già da tempo le nozioni di idoneità ed inidoneità psicofisica del lavoratore non sono meramente dogmatiche

---

vigenza ci si può tuttavia interrogare, anche alla luce delle diverse formulazioni dell'art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 susseguitesi. Vedi GRECO, *Riammissione in servizio e divieto di* reformatio in peius *del trattamento retributivo* cit., 208, e BELLUMAT, *Sul controverso "diritto" alla riammissione in servizio del dipendente nella pubblica amministrazione* cit., 460, ove ulteriori riferimenti.

bensì normative (secondo una nota distinzione[175]), in quanto utilizzate dal legislatore, in plurimi contesti disciplinari. Nondimeno, tali nozioni potranno ora essere oggetto di rinnovata attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, poiché la l. n. 92/2012 le ha poste sotto i riflettori che, viepiù oggi, sono orientati su una delle norme lavoristiche più note: l'art. 18 St. lav.

A seguito della novella, infatti, tale articolo menziona l'ipotesi in cui il giudice accerti il «difetto di giustificazione» del licenziamento «intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore». Il rinnovato art. 18 St. lav. menziona inoltre l'ipotesi che il licenziamento sia stato «intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile». Queste due ipotesi d'illegittimità del licenziamento relative a questioni di salute sono accomunate nella conseguenza sanzionatoria, che lo stesso articolo individua nella reintegrazione, unita ad una sanzione indennitaria attenuata rispetto a quella previgente.

Senza modificare direttamente (perlomeno in apparenza) le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo e oggettivo[176], la l. n. 92/2012 ha riformato la disciplina dei licenziamenti incidendo soprattutto sull'apparato sanzionatorio. Come noto, la sanzione reintegratoria previgente è stata sostituita con quattro regimi diversi, ciascuno con un suo ambito d'applicazione ivi individuato. La riforma ha differenziato le conseguenze sanzionatorie, graduandole in base ad una scala di decrescente gravità del tipo d'illegittimità del licenziamento. Dato che solo due dei quattro regimi sanzionatori comprendono la reintegrazione, mentre gli altri due hanno carattere solo indennitario, è stata riscritta anche la rubrica dell'articolo: ora non menziona più la reintegrazione ma, ge-

[175] SCHLESINGER, *Categorie dogmatiche e normative in tema di* non profit organizations, in PONZANELLI (a cura di), *Gli Enti "non profit" in Italia: associazioni, fondazioni, volontariato, trust, fondi pensione*, Cedam, Padova, 1994, 277 ss.

[176] Sulla ragionevolezza dell'alternativa prospettiva *de iure condendo* d'incidere, piuttosto, sul filtro legale riguardante le ragioni giustificatrici del licenziamento, vedi B. CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 140/2012, 5 ss.

nericamente, la «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo».

La sanzione maggiore è riservata alle violazioni connotate da un disvalore più marcato; poi vi sono i casi riguardanti l'infondatezza delle ragioni soggettive e di quelle oggettive; infine vi sono i vizi formali e procedurali. Questa scala non pone l'infondatezza delle ragioni oggettive su un gradino di gravità inferiore rispetto all'infondatezza delle ragioni soggettive: entrambe sono collocate contemporaneamente sugli stessi due gradini (seppure in proporzioni rispettivamente diverse), poiché sia le ragioni oggettive sia quelle soggettive sono state scisse dalla riforma in due componenti, a cui corrispondono due sanzioni di differente entità.

Così non è, invece, per le illegittimità inerenti alla condizione psicofisica del lavoratore, a proposito delle quali l'errore datoriale non è mai "scusabile", nemmeno parzialmente, comportando sempre la reintegra. Come accennato, comunque, tale preminenza a livello di principio non ha evitato una riduzione dell'entità della sanzione che era vigente in precedenza.

L'art. 18 St. lav. medesimo precisa che, tra più tutele applicabili, prevale quella più favorevole al lavoratore: se, ad esempio, sussiste un vizio di forma e uno di fondamento sostanziale del licenziamento, si applica la sanzione per questo secondo vizio, che come si dirà è maggiore. L'articolo stabilisce inoltre che il tema della controversia non è vincolato alla ragione di licenziamento addotta dal datore: il giudice, qualora accerti sulla base della domanda del lavoratore che dietro il licenziamento si cela una ragione discriminatoria o disciplinare[177], deve applicare le relative tutele previste dall'articolo medesimo.

Può ritenersi apprezzabile il superamento legislativo della «ottusità della sanzione massima in tutti i casi»[178], seppure sia noto che molte delle distorsioni applicative del previgente regime deri-

[177] Sulla particolare problematicità tecnica dell'ipotesi di licenziamento disciplinare celato, e le interferenze con quella di licenziamento ritorsivo, vedi MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori,* in *Arg. dir. lav.,* 2012, 629.

[178] PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione: la «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, dattiloscritto, 2013, 50.

vassero dal diverso problema della lunghezza dei processi. Detto superamento avrebbe comunque potuto limitarsi ad escludere la reintegrazione per le violazioni meramente formali. Estendere l'esclusione della sanzione reintegratoria a taluni casi di infondatezza del motivo di licenziamento costituisce una significativa soluzione di continuità in termini valoriali. Come noto le opinioni di politica del diritto in proposito sono eterogenee, in base soprattutto al diverso grado d'importanza assegnato alla funzione strumentale dei limiti legali al licenziamento rispetto all'effettività delle altre tutele lavoristiche in costanza di rapporto. In ogni caso, i commentatori sono pressoché unanimi nel ritenere insoddisfacente il nuovo sistema quadripartito, in quanto troppo frastagliato e problematico[179].

In primo luogo, vi sono le illegittimità più gravi, che restano colpite nella maniera più onerosa, indicata nei nuovi commi 1-3 dell'art. 18, pressoché[180] corrispondente alla sanzione previgente; ossia la reintegrazione nel posto di lavoro, sostituibile entro trenta giorni, a scelta del dipendente, con un'indennità di ulteriori quindici mensilità retributive non assoggettate a contribuzione, oltre al pagamento delle mensilità retributive e della copertura previdenziale arretrate. Si tratta delle ipotesi di nullità del licenziamento indicate nell'art. 18 comma 1, segnatamente: discriminatorietà[181], ai

[179] Vedi ad es. L. ZOPPOLI, Flex/insecurity*: la riforma Fornero (L. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 134, che enumera quasi una ventina di combinazioni classificatorie, circa la metà delle quali introdotte dalla riforma del 2012.

[180] Cfr. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori* cit., 617-619, sulle possibili implicazioni dei margini differenziali della nuova formulazione rispetto all'assetto previgente, riguardanti soprattutto la retribuzione di riferimento per il risarcimento, l'*aliunde perceptum* e l'indennità sostitutiva di quindici mensilità; su quest'ultimo aspetto vedi VARVA, *Riforma del mercato del lavoro e indennità sostitutiva della reintegrazione,* in *Lav. giur*., 2013, 333 ss.

[181] Sulle opzioni interpretative che si prospettano nell'evoluzione dello strumentario antidiscriminatorio, vedi F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 172/2013, 30-37, e ampiamente BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. dir. lav*., 2013, 834 ss., e BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. giur. lav*., 2013, I, 148 ss., anche per una critica alla tesi «del licenziamento discriminatorio perché ingiustificato», proposta da M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e* flexicurity *"all'italiana"*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 2012, 555.

sensi dell'art. 3 della l. n. 108/1990; concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al d.lgs. n. 198/2006; violazione dei divieti di licenziamento di cui all'art. 54 commi 1, 6, 7 e 9, del t.u. della genitorialità di cui al d.lgs. n. 151/2001; inefficacia del licenziamento poiché intimato in forma orale; illegittimità riconducibili ad «altri casi di nullità previsti dalla legge» o dovute a «un motivo illecito determinante» ed esclusivo[182] ai sensi dell'art. 1345 c.c.

Per quel che qui rileva, la configurabilità di quest'ultima ipotesi non può escludersi per i licenziamenti determinati da una malattia. La relativa casistica comunque pare alquanto circoscritta, oltre che tendenzialmente di difficile prova, finendo sostanzialmente per esser quella del licenziamento ritorsivo per fruizione di tutele riservate all'eventualità di malattia del lavoratore (non escluse le tutele previdenziali: si immagini, ad esempio, una reazione datoriale all'indicazione, anche solo informale, da parte del dipendente dell'eziologia professionale di una patologia). La malattia infatti potrebbe essere utilmente lamentata come motivo illecito di licenziamento quando essa non abbia conseguenze tali da risultare un handicap lavorativo nel senso già precisato (altrimenti il licenziamento è discriminatorio, sanzionato egualmente e senza la dimostrazione dell'elemento soggettivo datoriale[183]) e al contempo il periodo di comporto non sia stato superato (altrimenti il licenziamento è legittimo in base all'art. 2110 c.c., sempre che ovviamente sia in tal modo motivato).

In secondo luogo, vi sono le illegittimità punite, in base all'art. 18 comma 4 St. lav., con sanzione parimenti reintegratoria, ma meno onerosa, in quanto la misura dell'indennità risarcitoria per le retribuzioni arretrate non può essere superiore a dodici mensilità.

---

[182] L'opinione maggioritaria ritiene che, seppure il novellato articolo non lo stabilisca espressamente, il requisito dell'esclusività del motivo illecito permanga: es. ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 667; F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 546. Diversamente, BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio* cit., 838.

[183] Sulla distinzione tra effetto discriminatorio ed intento ritorsivo nei licenziamenti, vedi da ultimo BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio* cit., 844.

Dall'ammontare di questa indennità va peraltro dedotto non solo quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative (c.d. *aliunde perceptum*), ma anche quanto il datore dimostri che il licenziato «avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione» (c.d. *aliunde percipiendum*). Il comma 4 precisa inoltre che la copertura previdenziale pregressa è a carico del datore senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, precisazione da cui pare deducibile che invece, nelle predette ipotesi più gravi di cui al comma 1, il datore soggiaccia anche a tale esborso[184].

Le ipotesi sanzionate così sono cinque: ve ne sono due d'illegittimità del licenziamento disciplinare[185]; una d'illegittimità del licenziamento per motivo oggettivo[186]; nonché le due già menzionate, che interessano in questa sede, riguardanti questioni di salute del lavoratore: l'ingiustificatezza del licenziamento intimato per inidoneità psicofisica e la violazione dell'irrecedibilità garantita dall'art. 2110 comma 2 c.c.

È importante notare che quest'ultima comprende non solo il licenziamento intimato durante il periodo di comporto di malattia per un giustificato motivo estraneo ad essa, ma anche il licenziamento erroneamente intimato per superamento del periodo di comporto. L'art. 18 comma 7 St. lav. contiene infatti un generico

[184] Sui profili contributivi, vedi ad es. ROMEO, *Oltre l'art. 18 Statuto. Effetti contributivi e (il) licenziamento illegittimo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 249 ss.

[185] Tra le ipotesi sanzionate ai sensi dell'art. 18 comma 4 St. lav., infatti, vi sono quelle del licenziamento disciplinare illegittimo nelle quali non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore, per «insussistenza del fatto contestato»; ovvero perché «il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili», dovendosi comunque tenere fermo il canone della proporzionalità stabilito dall'art. 2106 c.c. La permanente vincolatività del canone della proporzionalità nell'individuazione della sanzione disciplinare appare opinione prevalente, basata anche sul fatto che la stessa contrattazione collettiva vi è sottoposta; cfr. ad es. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo,* in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 163; F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18* cit., 45.

[186] Come noto sono sottoposte a questo regime sanzionatorio le ipotesi in cui il giudice accerti la «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo».

riferimento al licenziamento «intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile».

I casi d'erroneo computo del comporto non sono rari quanto si potrebbe d'acchito supporre, dato che riguardano non solo l'eventualità di materiale errore matematico del datore, ma anche quella d'erronea interpretazione delle modalità contrattual-collettive di computo[187]; nonché comprendono l'eventualità d'erroneo inquadramento giuridico di giornate d'assenza invece non computabili come malattia[188], anche in relazione al contemperamento tra diritto al godimento delle ferie ed esigenze datoriali, soprattutto qualora a ridosso della fine del comporto[189]. Vi sono inoltre i casi di malattia non computabile in quanto cagionata dal datore[190].

---

[187] Cfr. la vicenda decisa da Cass. 10 gennaio 2008 n. 278, in *Foro it*., 2009, I, 886, con nota di CARBONE, *Il computo del periodo di comporto: problematiche ed orientamenti giurisprudenziali,* riguardante l'interpretazione della clausola collettiva sul comporto (art. 32 del Ccnl per i lavoratori addetti al settore elettrico del 24 luglio 2001), a proposito della quale si controverteva, tra l'altro, della irrilevanza degli intervalli fra malattie inferiori a trenta giorni ai fini del superamento del c.d. comporto secco.

[188] Da ultimo per un caso d'erroneo computo nel comporto di malattia di giornate d'infortunio, vedi Cass. 12 giugno 2013 n. 14756, in *De agostini professionale on line*. Nel senso della non computabilità delle giornate di malattia sanzionate per assenza ingiustificata alla visita fiscale domiciliare, vedi l'orientamento Aran m174 del 25 settembre 2011. La casistica più frequente d'erroneo computo di giornate d'assenza non considerabili come malattia ai fini del comporto riguarda la configurazione contrattual-collettiva di ciascun tipo d'assenza. La S.C. ha avuto occasione di confermare l'annullabilità del licenziamento anche nel particolare caso in cui il datore, incolpevolmente, aveva computato come malattia un periodo d'assenza dovuto invece ad infortunio *in itinere* che il lavoratore aveva omesso di comunicare al datore: in tale caso Cass. 6 settembre 2005 n. 17780, in *Foro it. on line*, si è limitata a cassare con rinvio la sentenza di merito nella parte in cui, non avendo tenuto conto dell'incolpevolezza del datore e della colpa del lavoratore, aveva liquidato un'indennità risarcitoria superiore al minimo delle cinque mensilità, ritenuto invece un ammontare rientrante nel rischio d'impresa datoriale.

[189] Da ultimo, vedi Cass. 7 giugno 2013 n. 14471, in *De agostini professionale on line*, che richiama l'importanza di verificare la buona fede datoriale nel rifiuto di concedere le ferie al lavoratore all'esito del comporto. Analogamente, Cass. 3 marzo 2009 n. 5078, in *Riv. crit. dir. lav*., 2009, 502 (m), con nota di CAFIERO; cfr. anche Cass. 19 luglio 2002 n. 10622, in *Foro it. on line*, che ha motivato ritenendo che gravi sul datore l'onere di provare l'avvenuto contemperamento delle contrapposte esigenze delle due parti contrattuali. La giurisprudenza è comunque compatta nel ritenere necessaria la richiesta di ferie da parte del lavoratore (senza che rilevino neppure le sue condizioni di confusione mentale causata

In tutti questi casi, non è in discussione l'efficacia di una ragione giustificatrice paralizzata dal temporaneo stato di malattia, ma si è di fronte ad un licenziamento di cui manca la fattuale ragione giustificatrice[191]. Sicché già in precedenza tali casi venivano sanzionati con la reintegra[192], ferma restando la possibile reiterazione del licenziamento dopo l'effettivo superamento del comporto[193].

---

dalla malattia: Cass. 27 febbraio 2003 n. 3028, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 805, con nota di ROSSI).

[190] Il principio è pacifico: vedi ad es. Cass. 19 gennaio 2002 n. 572, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 855, con nota di ALBI (vicenda riguardante una sindrome ansiosa aggravata dall'attività di riscossione coattiva di tributi con annessi accessi domiciliari e pignoramenti, senza risposta datoriale alle richieste del lavoratore di mutamento di mansioni e di riavvicinamento geografico alla famiglia); Cass. 7 aprile 2003 n. 5413 cit. (che però in concreto conferma la sentenza di merito che aveva ritenuto non provata l'adibizione del dipendente a lavorazioni morbigene).

[191] Il fatto che il lavoratore non sarebbe comunque rientrato al lavoro entro l'effettivo termine di comporto è irrilevante, essendo evidentemente da escludere la possibilità di convertire questo licenziamento erroneo in un mero pre-annuncio di licenziamento per eventuale superamento del comporto in futuro, anche perché le giornate di assenza successive al licenziamento pur annullabile non possono certo essere computate come malattia.

[192] Oltre alla giurisprudenza richiamata nelle note immediatamente precedenti, vedi ad es. già Cass. 21 settembre 1991 n. 9869, in *Foro it. Rep.*, 1991, *Lavoro (rapporto)* [3890], n. 1595.

[193] Per non precludere al datore la possibilità di far valere il superamento del comporto che si sia poi verificato effettivamente, si può ritenere che l'illegittimità del primo licenziamento non renda inefficace il secondo, che produce il suo effetto risolutivo del rapporto mai interrotto: Corte app. L'Aquila 4 aprile 2002, in *Giur. lav.*, 2001, fasc. 3, 138, con nota di DI LELLO, *Superamento del periodo di comporto e reiterazione del licenziamento* (non mancano comunque argomenti contrari, dato che potrebbe ritenersi che il licenziamento annullabile produca comunque i propri effetti finché non annullato, anche alla luce della disciplina della revoca del licenziamento ora prevista dall'art. 18 comma 10 St. lav.). Nel ripetere il licenziamento dopo la decisione giudiziale sfavorevole al datore sull'impugnazione del primo licenziamento (se si ammette che non sussista difetto di tempestività), lo scopo datoriale è ottenere l'effetto solutorio precedentemente non raggiunto. Nel ripetere il recesso prima dell'impugnazione o comunque della sentenza relativa al primo licenziamento, invece, lo scopo datoriale è anche prevenire le conseguenze economiche dell'esito giudiziale a lui sfavorevole. Ciò vale sicuramente per quanto riguarda il decorrere delle conseguenze retributive della *mora credendi* che poi risulterebbero nell'ambito della tutela reale *ex* art. 18 St. lav. (conseguenze ora comunque contenute nel limite delle dodici mensilità, nei casi sottoposti all'art. 18 comma 4 St. lav.). Trattandosi di un nuovo e distinto atto unilaterale di recesso con effetto *ex nunc*, restano ferme le conseguenze sanzionatorie eventualmente già prodottesi, con particolare riferimento all'indennità minima di cinque mensilità e a quella sostitutiva di quindici mensilità, nell'ambito

Per quel che qui rileva, in sintesi, la riscrittura dell'art. 18 St. lav., indicando il medesimo regime sanzionatorio, ha ridotto la gravità del licenziamento ingiustificatamente intimato per inidoneità psicofisica e del licenziamento intimato per erroneo computo del comporto, ma ha reso più grave il licenziamento intimato durante la malattia per motivo estraneo ad essa. Ha infatti, da un lato, eliminato l'ammontare minimo di cinque mensilità ed aggiunto il tetto massimo di dodici mensilità al risarcimento che accompagna, oggi come prima, la reintegrazione del lavoratore ingiustificatamente licenziato per inidoneità psicofisica e per erroneo computo del comporto. Dall'altro lato, imponendo questa stessa sanzione reintegratoria con indennità limitata, ha invece aggravato le conseguenze che gli interpreti facevano derivare dalla violazione del periodo di comporto motivata da ragioni diverse dalla malattia.

Infatti, salvo i casi di giusta causa[194] (che permettono di licenziare anche durante il comporto, ai quali vanno oggi aggiunti, pur con effetti diversi, i casi di malattia insorta dopo l'apertura del procedimento disciplinare di cui all'art. 7 St. lav. o dopo l'apertura della procedura conciliativa introdotta nell'art. 7 della l. n. 604/1966[195]), il licenziamento intimato durante il periodo di comporto di malattia per un giustificato motivo estraneo ad essa era ritenuto valido con efficacia meramente differita alla fine dell'assenza o del comporto stesso[196]. Da tale orientamento non si era discostata la Consulta[197].

---

di applicazione della tutela reale *ex* art. 18 St. lav. Sulla spettanza dell'indennità sostitutiva (quand'anche optata tempestivamente) possono invece nutrirsi dubbi, salvo che il secondo licenziamento sia successivo alla decisione giudiziale sul primo. In proposito, dopo la riforma, vedi VARVA, *Riforma del mercato del lavoro e indennità sostitutiva della reintegrazione* cit., 333 ss.

[194] Il licenziamento per cessazione dell'attività datoriale è invece posticipato al rientro in servizio o alla fine del comporto, secondo l'opinione prevalente: es. Cass. 26 luglio 2005 n. 15643, in *Foro it. on line*. Per qualche argomento di diverso segno vedi ICHINO, *Il contratto di lavoro. Sospensione del lavoro* cit., 74. Cfr. anche VACCARO, *La sospensione del rapporto di lavoro* cit., 98 ss., secondo cui la prevista cessazione non è motivo di licenziamento mentre lo è la materiale disgregazione del complesso produttivo, momento dal quale può decorrere il preavviso anche nei confronti del lavoratore assente per malattia.

[195] Vedi *infra* nel § seguente.

[196] Es. Cass. 4 luglio 2001 n. 9037, in *Not. giur. lav.*, 2001, 766, che richiama il principio della conservazione degli atti giuridici di cui all'art. 1367 c.c.

Orbene, seppur possa dubitarsi che l'effetto fosse voluto dai suoi estensori, l'intervento legislativo del 2012 ha invece stabilito (per i datori sottoposti all'art. 18 St. lav.) che questa violazione del comporto implichi non la mera inefficacia temporanea, bensì l'invalidità del licenziamento, come in tempi risalenti qualche pronuncia rimasta isolata aveva ritenuto di poter dedurre dal carattere imperativo dell'art. 2110 comma 2 c.c.[198]. Questa novità merita una sottolineatura, anche perché risulta trascurata nella prima letteratura (né, ad oggi, risultano precedenti in giurisprudenza). Dato che la temporanea inefficacia non poteva dirsi una vera e propria sanzione, si tratta, più che dell'aggravamento, dell'introduzione di una sanzione, che punisce un licenziamento pur dotato di una valida giustificazione.

In terzo luogo, vi sono le illegittimità punite ora con una sanzione non reintegratoria, ma solo risarcitoria. Si tratta delle «altre ipotesi» di cui ai commi 5 e 7. Risulta assai problematica la distinzione tra le illegittimità che comportano il diritto alla sanzione reintegratoria accompagnata dalla indennità economica limitata a massimo dodici mensilità, da un lato, e le illegittimità che comportano la sanzione meramente economica compresa tra le dodici e le ventiquattro mensilità, dall'altro lato. Tale problematicità si pone

L'orientamento è pressoché unanime da decenni in giurisprudenza, cfr. per tutti DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 364-370, ed è ampiamente maggioritario in dottrina, parimenti da tempo risalente, vedi già RIVA SANSEVERINO, *Artt. 2060-2134. Della impresa*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1969, 557, e MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie: il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962, 281-286 (seppur nel diverso contesto normativo di allora).

[197] Cfr. Corte cost. 8 febbraio 1991 n. 61, in *Riv. it. dir. lav*., 1991, II, 724, con nota di MATTAROLO, *Sulla nullità del licenziamento della lavoratrice madre*.

[198] Cfr. Cass. 12 febbraio 1981 n. 875, in *Foro it*., 1982, I, 1392, oltre a qualche sentenza di merito richiamata da DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., 368 in nota 302. In dottrina, vedi in questo senso VACCARO, *La sospensione del rapporto di lavoro* cit., 116; nonché LAVAGNINI, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1961, 122 ss., seppur nel diverso contesto legale anteriore alla disciplina sui licenziamenti del 1966.

con riguardo sia al licenziamento disciplinare[199], sia a quello per motivo oggettivo[200].

[199] Per quanto riguarda il licenziamento disciplinare, il principale problema ermeneutico attiene all'individuazione del «fatto contestato» la cui insussistenza è dirimente: come conferma la prima giurisprudenza (Trib. Ravenna 18 marzo 2013, in *Lav. giur*., 2013, 567, e Trib. Bologna ord. 15 ottobre 2012, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1133, con nota di TURSI, *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*; in *Mass. giur. lav.*, 2012, 954, con nota di VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: una distinzione elementare indigesta*; e in *Lav. giur.*, 2012, 1190, con nota di CONGEDUTI, *Prime (dis)applicazioni della Riforma Fornero*; cfr. anche FERRARESI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *Dir. rel. ind*., 2013, 344; per una raccolta della giurisprudenza intervenuta, vedi ADAPT, *Licenziamenti: un anno dopo la Riforma Fornero*, 2013, boll. speciale n. 21), si fa preferire l'idea che debba aversi riguardo al fatto inteso come inadempimento non solo nella sua componente materiale, ma anche in quella dell'elemento soggettivo del lavoratore; nonché che debba tenersi conto di tutte le circostanze idonee a caratterizzare concretamente l'entità del fatto stesso. Pur nella diversità delle argomentazioni, in tal senso, che concede il più ampio margine decisionale al giudicante, vedi F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore e il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012),* in *Arg. dir. lav.,* 2012, in particolare 775 ss. e ID., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare,* in *Arg. dir. lav.,* 2012, 1112 ss.; MAZZOTTA, *I nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 159/2012, 16; PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav.:* ratio *ed aporie dei concetti normativi,* in *Arg. dir. lav.,* 2012, 794 ss.; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.,* 2012, I, 553; TURSI, *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?* cit., 1141; M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2012, II, 1058; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav*., 2013, 233. Seppur con varietà d'argomentazioni, risultano invece propendere verso l'idea che la valutazione dovrebbe limitarsi alla sussistenza del fatto materiale MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2012, I, 437; ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori* (relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" Pescara, 11 maggio 2012), in www.pietroichino.it, 12; TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.,* in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge 134/2012)* cit., 54; PISANI, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori,* in *Mass. giur. lav.,* 2012, 744; MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori* cit., 623; DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura,* in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1067; VIDIRI, *La rifor-*

Tali questioni stanno impegnando giudici e studiosi, ma non rilevano in questa sede, dato che il primo periodo del nuovo art. 18 comma 7 stabilisce, sia per l'ingiustificato licenziamento intimato per inidoneità psicofisica, sia per il licenziamento in violazione dell'art. 2110 c.c., la reintegrazione accompagnata dalla predetta indennità economica di massimo dodici mensilità, senza indicare sanzioni meramente monetarie in alternativa.

Seppur quindi sia qui superfluo approfondire il significato della formula legale della «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» di cui al secondo periodo del comma 7, può comunque segnalarsi che, se si consolidasse la (controvertibile) idea che tra le ipotesi d'illegittimità meramente risarcitorie vi sia quella di violazione dell'obbligo di ripescaggio[201], il legislatore risulterebbe voler sanzionare più pe-

ma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo, in *Riv. it. dir. lav.,* 2012, I, 637 ss.; PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato,* in *Arg. dir. lav.,* 2013, 6 ss.

[200] Per quanto riguarda il licenziamento per motivo oggettivo, la problematicità attiene alla dirimente distinzione dei casi di «manifesta insussistenza» del fatto addotto dal datore, nonché all'ambigua formula legislativa contenuta nel comma 7 secondo cui ove il giudice riscontri tale manifesta insussistenza «può» applicare la predetta sanzione reintegratoria, da cui potrebbe arguirsi che la sanzione reintegratoria potrebbe comunque essere non concessa. Il rilievo secondo cui la riforma ha notevolmente ampliato il margine decisionale del giudice è comunemente formulato già dai primi commentatori: es. GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 65; ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 160/2012, 21.

[201] Trib. Roma 8 agosto 2013, r.g. n. 14367/2013, in www.dplmodena.it; Trib. Milano 5-20 novembre 2012, in *Lav. giur*., 2013, 581, con nota di ZANETTO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di* repêchage *dopo la riforma Fornero*, decisione relativa alla cessazione di un appalto; in precedenza, tale lettura era stata prospettata ipoteticamente da MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori* cit., 629. Nella l. n. 92/2012 si è ritenuto d'intravedere un implicito invito ad un qualche ridimensionamento dell'istituto giurisprudenziale del ripescaggio: TURSI, *Il nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori: una riforma da metabolizzare culturalmente, prima che da interpretare*, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 21, 2. La ricerca di soluzioni alternative al licenziamento è prefigurata nel tentativo di conciliazione di cui al novellato art. 7 comma 6 della l. n. 604/1966, sì da lasciare intendere che sia rimessa alla trattativa delle parti, con eventuale rilevanza ai fini della quantificazione dell'indennità risarcito-

santemente, con la reintegra, tale violazione quando correlata ad una questione di sopravvenuta inidoneità psicofisica. Quando il difetto di ripescaggio riguarda questioni di salute del lavoratore, infatti, è fuori di dubbio che il passo falso datoriale non sia (nemmeno parzialmente) "scusabile" e comporti il diritto alla reintegrazione.

Per quanto riguarda i licenziamenti per inidoneità psicofisica, un'eliminazione della tutela reale per i casi di violazione del ripescaggio sarebbe stata poco coerente con il più volte richiamato obbligo di accomodamenti o soluzioni ragionevoli che la Convenzione Onu del 2006 e la direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE impongono a favore dei disabili (previsioni come detto rafforzate dal nuovissimo comma 3 *bis* dell'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003[202]). Il ripescaggio, inteso nel pregnante senso che implica eventuali adattamenti organizzativi, è una delle soluzioni ragionevoli più tipiche. Al contempo, il rifiuto di soluzioni ragionevoli è discriminazione per handicap. Sicché il rifiuto del ripescaggio e dei connessi adattamenti organizzativi pare configurare una discriminazione per handicap.

Ci si deve dunque interrogare su quali siano i licenziamenti discriminatori per handicap, ai quali si applica la tutela reale con l'indennità risarcitoria piena di cui all'art. 18 commi 1-3 St. lav. Non pare facile rinvenire una chiara distinzione tra questi ultimi e

---

ria: F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18* cit., 50, il quale comunque sottolinea che sia poco proficuo tentare di ricostruire la volontà del legislatore interpretando un testo che è frutto di compromessi affannosi. È stato inoltre diffusamente notato che il novellato art. 18 St. lav. sembra distinguere ipotesi di ingiustificatezza del licenziamento per motivo oggettivo parzialmente "scusabili", tra cui potrebbe essere inserito il caso di non adeguato ripescaggio. La dottrina in proposito pare divisa: vedi l'ampio ventaglio d'opinioni in VALLEBONA (a cura di), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2012, fasc. 12, inserto. Propendono per sanzionare con la tutela reale la violazione del ripescaggio, ad es., PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav.* cit., 800; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia* cit., 563-564; L. ZOPPOLI, Flex/insecurity*: la riforma Fornero* cit., 138. In effetti, escludere il ripescaggio dalle ipotesi d'illegittimità reintegratorie potrebbe finire per permettere al datore di sottrarsi al rischio di reintegra accompagnando il licenziamento con una qualche riorganizzazione o ridistribuzione di mansioni.

[202] Comma inserito dall'art. 9 comma 4 *ter* del d.l. n. 76/2013, a sua volta aggiunto dalla l. di conversione n. 99/2013; vedi *supra*, cap. I, § 3.

quelli illegittimi per mera infondatezza dell'inidoneità psicofisica *ex* comma 7. Nelle situazioni che danno luogo a licenziamenti per asserita inidoneità psicofisica, sussiste quasi sempre un handicap, seppur non certificato come tale. Come indica la Corte di Lussemburgo[203], la cui opinione in proposito pare condivisibile, l'elemento rilevante ai fini della sottoposizione alla tutela antidiscriminatoria prevista per l'handicap è che il problema di salute comporti una significativa e duratura, pur non necessariamente permanente, limitazione alla piena partecipazione alla vita professionale su base di eguaglianza.

Dato che il primo periodo del comma 7 richiama la legge sui disabili, non sembra possibile ritenere che i licenziamenti sanzionati ai sensi di tale norma per infondatezza dell'inidoneità psicofisica addotta siano soltanto quelli dovuti a una caratteristica fisica che non sia un handicap (es. statura o prestanza fisica non adeguate ad attività particolari). Né viceversa sembra convincente ritenere che il licenziamento discriminatorio per handicap sia stato assorbito quasi interamente in detto comma 7, che prevede un regime sanzionatorio meno forte di quello che i commi 1-3 applicano in generale ai licenziamenti discriminatori: pare riduttivo limitare l'applicazione della tutela reale piena ai casi in cui il datore abbia licenziato adducendo un motivo, diverso dall'inidoneità psicofisica, l'infondatezza del quale abbia lasciato spazio alla possibilità del lavoratore di provare[204] una discriminazione per handicap. In ogni caso, la problematicità della questione[205] non si appalesa partico-

[203] Vedi spec. Corte giust. Ue 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11 cit. A proposito di questa linea evolutiva della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, vedi comunque le osservazioni di BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità* cit., 97, propensa a ritenere che un'interpretazione meno restrittiva della nozione di disabilità sarebbe più coerente con il quadro normativo antidiscriminatorio europeo.

[204] Sul fatto che, anche dopo la novella del 2012, il licenziamento discriminatorio *ex* art. 18 St. lav. possa essere ravvisabile solo qualora il datore non sia stato in grado di provare in giudizio la giusta causa o il giustificato motivo con cui ha motivato il licenziamento, vedi F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18* cit., 34.

[205] Nelle aule di tribunale la distinzione potrebbe, forse, finire per essere elaborata in termini di particolare gravità del comportamento datoriale, desunto dalla vistosità dell'insussistenza delle rigidità organizzative addotte. Ravvisando una discriminazione sanzionata *ex* commi 1-3 nei casi più gravi ed una illegittimità *ex* comma 7 negli altri, un tale approccio porterebbe ad esiti pratici equi, seppur

larmente acuta, alla luce del fatto che anche ai sensi del comma 7 spetta la reintegrazione, seppur con risarcimento limitato.

Ci si deve inoltre interrogare sugli effetti del mancato rispetto della quota di riserva causato dal licenziamento per inidoneità sopravvenuta del lavoratore che era stato assunto tramite collocamento obbligatorio. Secondo l'art. 10 comma 4 della l. n. 68/1999, il licenziamento collettivo *ex* l. n. 223/1991 e il licenziamento «per giustificato motivo oggettivo» sono «annullabili» se, nel momento della cessazione del rapporto[206], il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota di riserva prevista dall'art. 3 della l. n. 68/1999 medesima (sicché il numero di recessi indirizzabili a disabili è maggiore nel caso in cui il datore prima superasse abbondantemente le quote obbligatorie). Dopo la riscrittura dell'art. 18 comma 7 St. lav., pare indubitabile la riconducibilità al «motivo oggettivo» dei licenziamenti per sopravvenuta inidoneità psicofisica[207]. Per rispetto del predetto art. 10 comma 4, il datore, qualora abbia un organico al limite della quota di riserva, deve avviare una nuova assunzione tramite collocamento obbligatorio entro dieci giorni dal licenziamento del disabile divenuto inidoneo[208] e completarla entro il termine dell'intimato preavviso. In mancanza, la sanzione applicabile parrebbe la reintegrazione con indennità attenuata, per coerenza con l'idea cui s'è attenuto il legislatore nel mantenere soggette a reintegrazione le illegittimità dei licenziamenti causate da ragioni connesse alla salute[209]. Del resto,

---

tramite una distinzione poco nitida. Qualora però un tale approccio scivolasse verso l'attribuzione di rilievo all'elemento soggettivo datoriale, si porrebbero problemi tecnici di compatibilità rispetto al quadro della disciplina antidiscriminatoria, su cui vedi LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele* cit., *passim*.

[206] Diversamente MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 68, che propende per dare rilievo al momento del recesso.

[207] L'indubbia esclusione dei licenziamenti disciplinari da tale vincolo è confermata da ultimo da Cass. 20 settembre 2012 n. 15873, in *Foro it. on line*.

[208] Così l'art. 10 comma 5 della l. n. 68/1999.

[209] Si può segnalare che l'applicazione a tali casi di una sanzione reintegratoria potrebbe forse risultare problematica, sul piano delle ricadute applicative, qualora il datore si sia rimesso pur tardivamente in regola assumendo altro disabile, che potrebbe così perdere il posto, perlomeno ove fosse stato assunto espressamente in sostituzione e sia stato chiamato in litisconsorzio. Ad ogni modo, una

se non s'intende degradare questa illegittimità a livello delle violazioni meramente formali, un qualche adattamento interpretativo è comunque necessario, dato che essa non pare rientrare né tra gli «altri casi di nullità previsti dalla legge», né tra le «altre ipotesi» nelle quali non ricorrono gli estremi del giustificato motivo (ci si potrebbe, forse, interrogare sulla configurabilità di una discriminazione).

La specialità delle ragioni inerenti alla salute del dipendente induce invece a dubitare dell'estensibilità analogica del regime necessariamente reintegratorio alle altre ipotesi di licenziamento per ragioni oggettive inerenti alla persona del lavoratore (es. custodia in carcere)[210]. Esse paiono quindi soggette al regime che contempla tra le alternative sanzionatorie la mera monetizzazione prevista per le «altre ipotesi» in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo, salvo si ritenga in concreto rinvenibile un motivo illecito.

6. *(*Segue*) Profili formali e procedurali*

I tre regimi sanzionatori visti finora colpiscono violazioni di tipo sostanziale. Oltre a queste ultime, vi sono le illegittimità punite con una sanzione solo indennitaria, ma d'importo inferiore a quella di cui all'art. 18 comma 5 St. lav. Si tratta delle illegittimità che il comma 6 sanziona con la corresponsione di un'indennità tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità retributive, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore, con onere di specifica motivazione del giudice al riguardo.

---

tale problematicità si riduce ai rari casi in cui il licenziato non opti per l'indennità sostitutiva della reintegrazione.

[210] Propone l'analogia SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 165/2012, 41; *contra* CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav*., 2012, 575, e NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 2012, 680, il quale, nel criticare l'inadeguata attenzione prestata dal legislatore del 2012 per i licenziamenti per impossibilità e inesigibilità sopravvenute, propone *de iure condendo* una tale equiparazione delle ragioni oggettive inerenti alla persona del lavoratore, traendo spunto dall'ordinamento tedesco.

Questa sanzione si applica nel caso di licenziamento illegittimo per violazione della procedura disciplinare di cui all'art. 7 della stessa l. n. 300/1970. Nonché si applica per la violazione del requisito della motivazione di cui all'art. 2 comma 2 della l. n. 604/1966, comma che la stessa l. n. 92/2012 ha modificato imponendo ora che la comunicazione scritta del licenziamento debba contenere anche i relativi motivi (che dunque sono indicati non più solo su eventuale richiesta successiva); in proposito è stata subito segnalata la disparità rispetto alla maggiore tutela garantita ai licenziamenti da datori non sottoposti all'art. 18 St. lav., che l'art. 2 comma 3 della l. n. 604/1966 dichiara inefficaci, con conseguenze economiche ben maggiori[211].

A proposito di questa sanzione indennitaria limitata a dodici mensilità, il punto più importante da rilevare è la sua inapplicabilità nei casi di motivazione mancante, nonché nei casi di violazione del procedimento disciplinare tale da contrastare con i «principi di civiltà giuridica» ripetutamente proclamati in proposito dalla Consulta[212]. Qualora infatti si seguisse il tenore letterale del nuovo art. 18 St. lav., il datore sembrerebbe disporre della possibilità di sottrarsi alle sanzioni maggiori semplicemente omettendo di esplicitare la ragione oggettiva o disciplinare del licenziamento. Non è tuttavia ammissibile che una violazione formale impedisca di verificare la carenza di giusta causa e di giustificato motivo del licenziamento.

Secondo una lettura correttiva la cui affermazione può prevedersi probabile[213], è necessario ritenere che il vizio di motivazione

---

[211] Lo aveva subito rilevato VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, 44.

[212] La nota Corte cost. 25 luglio 1989 n. 427 (in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, 277, con commento di PISANI) ha fatto discendere da «principi di civiltà giuridica ed innegabili esigenze di assicurazione della parità di trattamento» la necessità del rispetto, in caso di licenziamento disciplinare, dell'art. 7 commi 2 e 3 anche nell'area del recesso legalmente libero (riferita al caso delle imprese con meno di sedici dipendenti, prima della l. n. 108/1990). La Consulta stessa ha poi esteso il principio ivi affermato anche ad altre categorie di dipendenti licenziabili *ad nutum*, come i domestici (Corte cost. 26 maggio 1995 n. 193, in *Riv. crit. dir. lav*., 1995, 831, con nota di DEL PUNTA), il personale nautico (Corte cost. 23 luglio 1991 n. 364, in *Foro it*., 1991, I, 2609) e quello portuale (Corte cost. 1 giugno 1995 n. 220, in *Giur. it*., 1996, I, 44).

[213] Cfr. F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18* cit., 22-25. In dottrina l'opinione è ormai comunemente condivisa.

sanzionato con la sola indennità di massimo dodici mensilità consista nella carenza di specificità di una motivazione che comunque sussiste, nel senso che permette di circoscrivere il tema dell'eventuale verifica giudiziale di un fatto disciplinare o organizzativo. Altrimenti, è da ritenere che si sia di fronte alla insussistenza del «fatto contestato» disciplinarmente (comma 4)[214] o del «fatto posto a base» del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (comma 7), con conseguente applicazione della reintegrazione con indennità limitata.

Per quel che qui rileva, la sanzione meramente indennitaria di cui al comma 6 dovrebbe valere anche per i casi in cui il comporto sia stato superato senza però che la comunicazione del licenziamento permetta di ricostruirne il computo. Dato che oggi la specificazione scritta dei motivi accompagna sempre il licenziamento, non può più darsi il caso in cui il datore sia ammesso a indicare direttamente in giudizio il conteggiato superamento del comporto. Il grado di specificità richiesto nella comunicazione scritta di licenziamento è maggiore nel caso di comporto per sommatoria[215], ma comunque non è preteso un dettaglio paragonabile a quello necessario per le contestazioni disciplinari[216]. Resta comunque escluso che la motivazione che richiami il comporto possa ritenersi includere un motivo oggettivo per inidoneità psicofisica[217].

Ci si può domandare che ricadute giurisprudenziali potrà avere il fatto che il nuovo sistema telematico dell'Inps di gestione delle assenze per malattia consente la consultazione al lavoratore. Tutta-

[214] Sottolinea questa conclusione, tra altri, ROMEI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1079.

[215] Cfr. ad es. Cass. 10 dicembre 2012 n. 22392, in *Foro it. on line*, e Cass. 13 luglio 2010 n. 16421, in *Not. giur. lav*., 2010, 590.

[216] Cfr. Cass. 25 novembre 2010 n. 23920, in *Foro it. on line*, secondo il datore non ha l'onere di indicare le singole giornate di assenza, potendosi ritenere sufficienti indicazioni più complessive come la determinazione del numero totale delle assenze verificatesi in un determinato periodo, fermo restando l'onere, nell'eventuale sede giudiziaria, di allegare e provare, compiutamente, i fatti costitutivi del potere esercitato.

[217] Sicché, qualora il licenziamento sia stato intimato per superamento del comporto, il principio di immutabilità della motivazione preclude al datore di addurre un'inidoneità psicofisica solo in giudizio Cass. 18 febbraio 1997 n. 1458 cit.

via, a parte che i lavoratori non sono tenuti a (saper) consultare detto sistema telematico, questa consultazione può non essere chiarificatrice, a causa dell'eterogenea gamma di regole collettive di computo del comporto. Senza poter escludersi eventuali sviluppi futuri sul piano legislativo o contrattual-collettivo, allo stato la possibilità tecnica d'automonitoraggio delle assenze appare in proposito irrilevante.

La sanzione meramente indennitaria di cui al comma 6 dovrebbe inoltre valere nei casi in cui il datore non abbia dato adeguatamente conto per iscritto delle ragioni che rendono la parziale inidoneità psicofisica incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa. Nonché dovrebbe valere nei casi di violazione d'adempimenti preliminari al licenziamento stabiliti dalla contrattazione o da altra fonte non primaria[218]; quest'ultimo punto pare tuttavia controvertibile, in quanto ripropone i già accennati interrogativi sul valore talora sostanziale degli adempimenti procedurali: si pensi alle clausole collettive che impongono al datore di preavvisare il lavoratore dell'imminenza della scadenza del comporto (colmando quella che, alla luce della condizione di debolezza del lavoratore a lungo malato, può quasi considerarsi una lacuna legislativa[219]). Dubbi possono porsi anche per taluni adempimenti solo eventuali ma non certo trascurabili: per restare in tema, si pensi alle clausole collettive che impongono al datore di rispondere al la-

[218] Si ricordi che, per il pubblico impiego statale, il regolamento di cui al d.p.r. n. 171/2011 attuativo dell'art. 55 *octies* del d.lgs. n. 165/2001 impone che il lavoratore, qualora richieda in vista del superamento dei primi diciotto mesi del comporto contrattuale l'ulteriore periodo di diciotto mesi di assenza non retribuita, sia sottoposto ad un accertamento medico che attesti una qualche capacità lavorativa residua. Orbene, qualora il licenziamento intervenisse senza che tale accertamento medico sia stato svolto, se si ritenga che esso sia un mero adempimento procedurale la sanzione sembrerebbe, stando al novellato art. 18 St. lav., quella meramente indennitaria di massimo dodici mensilità, senza che possa richiamarsi la giurisprudenza costituzionale sul principio del contraddittorio, che riguarda i licenziamenti disciplinari. A ben vedere, comunque, tale adempimento appare di natura anche sostanziale (e peraltro in questo particolare caso potrebbe anche ravvisarsi una violazione dell'art. 2110 comma 2 c.c., considerando comporto anche l'ulteriore periodo di aspettativa non retribuita).

[219] Secondo Cass. 22 aprile 2008 n. 10352, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 787, con nota di CONTI, non esiste un dovere del datore di avvertire il lavoratore, assente per lungo tempo, che il periodo di conservazione del posto sta per scadere.

voratore che domandi l'indicazione esatta delle assenze maturate e/o di quelle residue prima di raggiungere il comporto.

Questi inadempimenti datoriali non rientrano tra le violazioni menzionate dall'art. 18 comma 6 St. lav.; sicché potrebbe ritenersi che essi diano luogo ad una tutela reale di diritto comune; oppure, più probabilmente, in base alla regola giurisprudenziale del parallelismo delle tutele, comportino, trattandosi di questioni di salute, la reintegrazione con indennità attenuata ai sensi dell'art. 18 comma 4. Quest'ultima deve ritenersi la soluzione corretta perlomeno con riguardo al mancato esperimento dei preliminari accertamenti medico-legali imposti dall'art. 10 comma 3 della l. n. 68/1999, dato che questo comma è richiamato dall'art. 18 comma 7 St. lav.

Per quanto concerne la carente esplicitazione scritta della motivazione, essa pare improbabile qualora il licenziamento per sopravvenuta inidoneità sia avvenuto a fronte di risultanze documentali di tipo medico, perlomeno se provenienti dall'organismo sanitario pubblico, piuttosto che dal medico competente datoriale (che non può considerarsi soggetto imparziale, seppur professionalmente responsabilizzato[220]).

La carenza di motivazione è invece meno improbabile qualora il datore abbia deciso di licenziare per sopravvenuta inidoneità psicofisica senza un previo accertamento medico, come nel settore privato è tutt'ora possibile, nelle circostanze in cui non sia applicabile la speciale disciplina dettata dalla l. n. 68/1999. Anche in tale caso, comunque, la configurabilità di un vizio motivazionale sarà poco frequente, qualora vi sia stato un esperimento effettivo della

[220] Va comunque notato che la responsabilità professionale del medico competente è utile per persuaderlo a respingere eventuali pressioni datoriali che creino situazioni di rischio per la salute dei lavoratori, delle quali egli risponde, ma non altrettanto rispetto ad eventuali pressioni datoriali finalizzate a sopravvalutare strumentalmente, a fini di licenziamento, le inidoneità psicofisiche nelle proprie attestazioni mediche. Sui profili di responsabilità di questa figura, vedi TULLINI, *La responsabilità civile del medico competente verso l'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 224 ss.; sul suo ampliato ruolo dopo il t.u. n. 81/2008, vedi E. BALLETTI, *Art. 25*, in ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, vol. I di MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro: commento al D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Zanichelli, Bologna, 2011, 251 ss., e BORTONE, *Artt. 38-41*, *ibidem*, 462 ss., nonché MESSINEO, SANNA, *La sorveglianza sanitaria*, in PERSIANI, LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro* cit., 288 ss.

nuova procedura conciliativa di cui all'art. 7 della l. n. 604/1966, la cui violazione è parimenti sanzionata con la medesima indennità indicata nell'art. 18 comma 6 St. lav.

Detta procedura preventiva è stata creata dalla stessa l. n. 92/2012, introducendo nell'art. 7 della l. n. 604/1996 l'obbligo dei datori di lavoro aventi i requisiti dimensionali di cui all'art. 18 St. lav. di esperire in sede amministrativa un tentativo di conciliazione prima dell'intimazione del licenziamento per «giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte» della stessa legge del 1966.

Questo adempimento preventivo è inutile qualora sussista incontestata documentazione medica che attesti un'inabilità al lavoro completa e, inoltre, risulta un poco ridondante rispetto alla procedura d'accertamento medico stabilita per il licenziamento del disabile[221] per aggravamento della condizione psicofisica o per significative variazioni dell'organizzazione del lavoro ai sensi dell'art. 10 comma 3 della l. n. 68/1999. Sicché potrebbe argomentarsene l'inapplicabilità ai licenziamenti per sopravvenuta inidoneità psicofisica, ritenendo tale motivo oggettivo distinto da quello di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966. Tuttavia, anche prescindendo dalla debolezza di quest'ultimo argomento letterale, va ricordato che non tutti i licenziamenti per sopravvenuta inidoneità psicofisica debbono essere preceduti da un accertamento medico, dato che, nel caso di lavoratore assunto come normodotato, nel settore privato potrebbe non esservi alcun accertamento medico o interlocuzione preventivi con il lavoratore interessato. Pare quindi preferibile ritenere che la procedura conciliativa stabilita dall'art. 7 della l. n. 604/1966 debba applicarsi anche ai licenziamenti per inidoneità psicofisica[222], fermo restando che potrebbe certo essere utile un intervento legislativo che distinguesse opportunamente la casistica per la quale la conciliazione preventiva è superflua.

---

[221] TOPO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 885 ss.

[222] *Contra* Trib. Taranto 16 gennaio 2013, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 14, sulla base di argomenti letterali invero deboli: vedi la nota critica di F. MARINELLI, *L'anno zero della giurisprudenza di merito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento: le prime ordinanze* post *Riforma Fornero*, in *Dir. rel. ind.*, 2013 in corso di pubblicazione.

Per quanto riguarda invece l'applicabilità di questa procedura ai licenziamenti dovuti a superamento del periodo di comporto, il discorso è diverso. In proposito erano già intervenuti pronunciamenti contrastanti[223], ma a fugare ogni dubbio è sopraggiunto l'art. 7 comma 4 del d.l. n. 76/2013. Tale disposizione riscrive l'art. 7 comma 6 della l. n. 604/1966, stabilendo che la conciliazione preventiva in questione non trova applicazione nell'ipotesi, tra altre[224], di «licenziamento per superamento del periodo di comporto di cui all'articolo 2110» del Codice civile.

Quest'ultimo intervento del legislatore conferma la natura peculiare del licenziamento per superamento della durata del comporto. Secondo l'opinione da tempo consolidata, tale ragione di recesso, disciplinata separatamente fin dal Codice civile, è rimasta autonoma anche dopo l'introduzione del giustificato motivo oggettivo: senza, quindi, che la generale nozione di «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» introdotta dalla legge del 1966 abbia potuto superare l'art. 2110 comma 2 c.c.[225]. Sottolineando tale natura peculiare, qualche precedente della giurisprudenza di legittimità ha

[223] Trib. Milano ord. 22 marzo 2013, menzionata in *Licenziamento per malattia. Stesso Tribunale, interpretazione opposta*, in www.flaica.it, colonna pubblicata il 30 maggio 2013. Per l'inapplicabilità della conciliazione preventiva al licenziamento per superamento del comporto si era espresso anche il Ministero del lavoro, con circolare n. 3 del 16 gennaio 2013. *Contra* Trib. Milano ord. 5 marzo 2013, menzionata nella colonna predetta, nonché Trib. Milano ord. 27 marzo 2013, riferita da POZZOLI, *La giustizia va in "tilt" sui licenziamenti per malattia*, in www.ilsussidiario.net, colonna pubblicata il 18 aprile 2013.

[224] L'art. 7 comma 4 del d.l. n. 76/2013 esclude dall'applicazione della procedura conciliativa anche i licenziamenti e le interruzioni del rapporto di lavoro a tempo indeterminato di cui all'art. 2 comma 34 della l. n. 92/2012, cioè, in primo luogo, i licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; in secondo luogo, l'interruzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività e chiusura del cantiere.

[225] Nel senso invece che dopo l'esito del comporto il datore non sia libero di recedere ma debba provare il venir meno del proprio interesse a ricevere la prestazione lavorativa si erano espresse alcune opinioni: vedi in particolare la ricostruzione di M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro* cit., 383 ss.

addirittura escluso l'impugnazione di questo genere di licenziamento dalla decadenza di sessanta giorni, intesa come applicabile limitatamente alle ipotesi di licenziamento disciplinate dalla l. n. 604/1966[226].

Nel superamento del comporto è rinvenibile una sorta di giustificato motivo oggettivo distintamente individuato e disciplinato per legge[227], il quale non necessita di prova ulteriore rispetto all'allegazione del conteggio delle giornate d'assenza che esorbitano il numero massimo che il datore è tenuto a tollerare. Prima che l'assenza per malattia superi tale arco di tempo, il licenziamento è illegittimo senza che il datore sia ammesso a provare che essa crei inconvenienti produttivi o organizzativi insopportabili[228]. Dopo che l'assenza per malattia abbia superato tale arco di tempo, seppur non si verifichi uno scioglimento automatico del rapporto, il licenziamento è così legittimato di per sé: il superamento del comporto è condizione sufficiente di giustificazione del licenziamento, senza ulteriore onere datoriale di provare un motivo oggettivo né in termini di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a man-

[226] Cass. 28 gennaio 2010 n. 1861, in *De agostini professionale on line.*

[227] Il discorso è comunque complesso, ed è stato oggetto di approfondito dibattito soprattutto negli anni '70-'80, profilandosi diverse ricostruzioni. In analoga alternativa, ad esempio, la disciplina può essere letta come una specificazione delle regole codicistiche sull'impossibilità sopravvenuta, come proposto da MAZZOTTA, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro* cit., 29. Per un analitico quadro, vedi DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia* cit., spec. 279 ss., anche per l'approfondimento dell'evoluzione della giurisprudenza in proposito, con particolare riguardo al noto intervento delle Sezioni unite: Cass., sez. un., 29 marzo 1980 n. 2072 cit.; Cass., sez. un., 29 marzo 1980 n. 2073, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1526; Cass., sez. un., 29 marzo 1980 n. 2074, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 211.

[228] Cass. 6 settembre 2005 n. 17780 e Cass. 8 maggio 2003 n. 7047, entrambe in *Foro it. on line*; Cass. 7 aprile 2003 n. 5413, in *Not. giur. lav.*, 2003, 580; già Cass., sez. un., 29 marzo 1980 n. 2072 cit.; cfr. anche CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, e STAGLIANÒ, *Il licenziamento e la sospensione del rapporto: malattia, gravidanza e congedi parentali*, entrambi in BIANCHI D'URSO, DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della cassazione*, Giuffrè, Milano, 2006, 53 e rispettivamente 216 ss.

sioni diverse, «senza che ne risultino violati disposizioni o principi costituzionali»[229].

Nel contemperamento d'interessi predefinito per legge, il superamento del comporto dunque consegna al datore la scelta di licenziare, senza concreta dimostrazione che il licenziamento sia inevitabile. Sicché è condivisibile la sopravvenuta precisazione legislativa che esonera questa casistica dalla procedura conciliativa stabilita nel novellato art. 7 della l. n. 604/1966. Quest'ultima va esperita nei casi in cui il datore è onerato della concreta prova di un motivo oggettivo conforme al canone generale che pretende che il licenziamento sia la *extrema ratio*.

La nuova procedura conciliativa *ex* art. 7 della l. n. 604/1966, al pari delle regole procedurali stabilite dall'art. 7 St. lav., è richiamata dall'art. 1 comma 41 della l. n. 92/2012. Questo comma costituisce una novità importante, per quanto riguarda le possibili interferenze tra tali procedimenti e l'eventualità di malattia del lavoratore.

Detto comma 41 stabilisce che il licenziamento disciplinare e quello all'esito della nuova procedura conciliativa producono effetto «dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva». Con una problematica prescrizione[230], lo stesso comma fa «salvo, in ogni caso, l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico» n. 151/2001 di tutela della genitorialità e stabilisce che gli «effetti rimangono altresì sospesi in caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro. Il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato».

Non è facile comprendere l'esatta portata di questo comma 41. Esso chiaramente pone a carico del lavoratore il periodo di durata dei procedimenti in questione, ma non risolve inequivocamente le

[229] Cass. 28 gennaio 2010 n. 1861 cit.; la costituzionalità della descritta lettura dell'art. 2110 comma 2 c.c. è comunemente ritenuta pacifica.

[230] Ci si riferisce al fatto che, secondo la giurisprudenza costituzionale, il licenziamento durante la gravidanza è da ritenere (non temporaneamente inefficace ma) nullo, come ricorda CALCATERRA *Il preavviso di licenziamento*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 162/2012, 42, che tenta di dare senso alla norma distinguendo tra astensione obbligatoria e facoltativa.

pregresse problematiche nascenti dalla sopravvenienza di una (più o meno strategica) malattia successivamente alla contestazione disciplinare, né quelle analoghe insorgenti nel caso di malattia sopraggiunta dopo la comunicazione datoriale di avvio della procedura conciliativa per licenziamento per motivo oggettivo. A quest'ultimo proposito va tenuto presente anche che, in base al novellato art. 7 comma 9 della l. n. 604/1966, in caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare all'incontro, la procedura può essere sospesa per un massimo di quindici giorni.

In base all'orientamento pregresso[231], la malattia sospendeva la decorrenza del periodo di preavviso. L'art. 1 comma 41 menziona ora alcune ipotesi di sospensione della decorrenza del preavviso per ragioni inerenti alla persona del lavoratore, omettendo però la malattia (tranne quella professionale, assimilabile all'infortunio[232]). Fermo restando che oggi il preavviso ha dunque decorrenza anticipata, ci si deve domandare se l'omessa menzione della malattia da parte del legislatore significhi implicitamente che questa non sospenda più il preavviso (o, similmente, che il datore possa esonerare il lavoratore dalla prestazione durante il preavviso monetizzandolo con decorrenza dalla contestazione, evitando così l'effetto sospensivo della malattia che sia frattanto intervenuta). Per siffatta conseguenza sarebbe stata preferibile una esplicitazione legislativa; nondimeno, pare difficile dare altro senso al nuovo comma.

Seppur modificando sensibilmente il bilanciamento legislativo tra valori, che ora dunque pare ammettere l'efficacia risolutiva del licenziamento nei confronti del lavoratore malato, la lettura corretta parrebbe quella «antiabuso»[233]. Il lavoratore non può più prolungare la durata del rapporto esibendo attestazioni di malattie, "di comodo" o vere che siano.

---

[231] Es. Cass. 11 aprile 2005 n. 7369, in *Foro it. on line*, orientamento maggioritario da tempo, anche in dottrina: es. SANTUCCI, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro* cit., 65; già MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie: il recesso ordinario* cit., 305.

[232] PELLACANI, *Le modifiche alla l. 15 luglio 1966, n. 604*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro* cit., 229.

[233] VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012* cit., 64.

Qualora il preavviso contrattuale sia di breve durata, potrebbe terminare perfino durante la procedura disciplinare o conciliativa. Dato che però il licenziamento non è stato ancora intimato, il rapporto lavorativo non può certo risultare già interrotto. Analogamente, qualora il licenziamento venga intimato per giusta causa, l'effetto risolutivo non può essere effettivamente retroattivo, poiché frattanto il rapporto si è svolto (anche qualora vi sia stata sospensione cautelare, vi possono essere sempre conseguenze retributive). L'effetto retroattivo stabilito dall'art. 1 comma 41 non può riguardare l'estinzione del rapporto, ma solo la decorrenza del preavviso, non potendo immaginarsi una riduzione delle spettanze economiche maturate nel periodo decorso tra la contestazione e l'irrogazione oppure durante la procedura conciliativa presso la direzione territoriale del lavoro[234].

In sostanza, l'effetto della nuova disposizione sembra quello di ridurre la durata del preavviso di un numero di giorni equivalente alla durata del procedimento disciplinare e, soprattutto, di eliminare l'effetto sospensivo del preavviso antecedentemente riconosciuto alla malattia sopravvenuta.

La costituzionalità del comma 41 non è scontata, alla luce soprattutto del fatto che esso incide indistintamente anche sulla posizione dei lavoratori realmente malati. Il legislatore sembra anzi muovere dal presupposto che tale distinzione sia di fatto impraticabile. Orbene, un tale presupposto potrebbe essere ritenuto eccessivamente rinunciatario dalla Consulta, dati i beni giuridici in di-

[234] Non pare pertinente un richiamo all'art. 2126 c.c., poiché tale norma riguarda il mantenimento di rilievo giuridico del già avvenuto svolgimento di un rapporto invalido, mentre qui si tratta dell'intento legislativo volto a vanificare il già avvenuto svolgimento, tra la contestazione e l'irrogazione, di un rapporto lavorativo valido. Sull'ambito d'applicazione oggettivo dell'art. 2126 c.c. vedi CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro. Art. 2126*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. 68 ss.; alcuni degli argomenti discussi a proposito di tale norma codicistica comunque potrebbero risultare utili ad una spiegazione degli effetti del comma 41 in questione (la tesi della sanatoria, la tesi del contratto di fatto e del contratto recuperato mediante esecuzione, la tesi della irretroattività delle pronunzie di invalidità, ecc.), nella misura in cui il licenziamento retroattivamente risolutivo, che però non travolge tutti gli effetti maturati, possa ritenersi latamente assimilabile ad una dichiarazione d'invalidità.

scussione. È vero che si tratta di un contemperamento tra valori a proposito del quale nella Carta costituzionale non si rinvengono indicazioni puntuali, sicché il margine di discrezionalità legislativa è ampio. Nondimeno, è da tenere presente che la norma riguarda situazioni di delicatezza massima, in quanto involvono la tutela della persona del lavoratore malato ed, al contempo, in procinto di perdere la propria fonte di sostentamento economico (a seguito di un contrasto con il datore, nel caso di licenziamento disciplinare).

Ad ogni modo, anche ammettendo la costituzionalità della nuova disposizione, possono prevedersi numerosi problemi applicativi. Ci si dovrà domandare, ad esempio, come computare le conseguenze economiche dei rinnovi contrattuali intervenuti tra l'irrogazione e la contestazione[235].

[235] Ci si può domandare, inoltre, quali conseguenze abbia il recapito di una comunicazione di avvio della conciliazione in dtl o di una contestazione disciplinare durante una malattia, sempre che la procedura si concluda con l'intimazione di un licenziamento (in caso di procedimento disciplinare ciò potrebbe avvenire se il lavoratore decida di non chiedere l'audizione, e l'organo datoriale procedente non si coordini con quello che amministra le presenze del personale; può capitare che emerga durante o poco prima di un'assenza del lavoratore un'infrazione implicante giustificato motivo; in caso di giusta causa il problema non si pone).

A prima vista, sembrerebbe doversi dedurre che consegua la reintegrazione con indennità attenuata e senza il minimo di cinque mensilità, con facoltà d'optare per le quindici mensilità sostitutive. Nel caso di procedimento disciplinare il datore non potrebbe evitare il problema attendendo il rientro del lavoratore dalla malattia, se non per un breve tempo, altrimenti vi sarebbe un difetto d'immediatezza della contestazione disciplinare (in prospettiva, le clausole collettive che permettono d'attendere il rientro al lavoro del dipendente malato prima d'irrogare la sanzione disciplinare potrebbero essere ora riscritte, in modo da consentire d'aspettare il rientro per la contestazione).

Se quello appena ipotizzato è davvero l'esito del nuovo comma 41, la giurisprudenza potrebbe ora ragionevolmente temperare il consolidato orientamento per il quale l'irrecedibilità in pendenza del comporto di malattia opera di diritto a prescindere dalla conoscenza datoriale. Alle perplessità relative all'attribuzione del risarcimento minimo di cinque mensilità retributive a carico di datori soggettivamente incolpevoli dell'illegittimità del licenziamento, la giurisprudenza replicava richiamando il rischio d'impresa (ci si riferisce all'ipotesi di sconfessione giudiziale dell'accertamento sanitario *ex* art. 5 St. lav. dell'inidoneità psicofisica, cfr. Corte cost. 23 dicembre 1998 n. 420, in *Foro it.*, 1999, I, 3135, nonché ad es. Cass. 25 luglio 2011 n. 16195 cit. e Cass. 8 febbraio 2008 n. 3095 cit.; nonché ad ulteriore casistica particolare, ad es. all'ipotesi di computo datoriale come malattia, ai fini del comporto, di giornate che invece erano d'infortunio, tuttavia non denunciato al datore: Cass. 6 settembre 2005 n. 17780 cit.). Potrebbe altrimenti porsi un problema d'abuso, dato che il lavoratore può ammalarsi lo stesso giorno

7. *(*Segue*) L'applicabilità della riforma nell'impiego pubblico*

Tra le questioni ermeneutiche create dalla riforma nel 2012 dell'art. 18 St. lav., una delle più complicate è quella che attiene alla sua applicabilità o meno all'impiego pubblico. Essa è irrilevante per quanto riguarda gli esuberi di personale, dato che per il pubblico impiego sussiste una disciplina speciale (il c.d. collocamento in disponibilità[236], su cui peraltro non si riscontra contenzioso poiché la casistica è quasi assente). Come visto, la questione è invece importante per le illegittimità dei licenziamenti disciplinari e quelle connesse alla salute del lavoratore.

Sull'applicabilità della riforma dell'art. 18 St. lav. nel pubblico impiego si confrontano due tesi, la seconda delle quali deve però essere suddivisa in due varianti che portano a soluzioni diverse per i licenziamenti disciplinari.

In base alla prima tesi, la riforma non è applicabile nel pubblico impiego, ove dovrebbe essere tutt'ora vigente la tutela reale nella sua antecedente formulazione. Coesisterebbero cioè due diverse versioni applicative dell'art. 18 St. lav.: quella previgente non sarebbe stata interamente sostituita, bensì solo disapplicata per il settore privato, ora disciplinato dalla nuova versione dell'articolo medesimo.

In base alla seconda tesi, che come si dirà pare preferibile, le novità del 2012 sono invece applicabili anche al lavoro pubblico, con le conseguenze sopra illustrate per quanto riguarda il regime dei licenziamenti illegittimi connessi a ragioni di salute del lavoratore. Questa seconda tesi porta all'applicazione del nuovo regime,

---

in cui riceve la contestazione (la conseguente tendenza datoriale potrebbe essere quella di effettuare contestazioni disciplinari di persona in orario di lavoro, tenendo riservata ogni indagine preliminare). Se, però, si ritenga, come sopra prospettato, che il comma 41 non possa implicare una reale retrodatazione dell'effetto estintivo, ma soltanto una riduzione del periodo di preavviso, dovrebbe tutt'ora aversi riguardo alla data d'irrogazione: data alla quale, come detto, lo stato di malattia del lavoratore sembra oggi divenuto irrilevante per implicito disposto del comma 41 in questione. In ogni caso, non può che auspicarsi un intervento chiarificatore del legislatore.

[236] Cfr. l'art. 33 (e l'art. 34) del d.lgs. n. 165/2001, modificato da ultimo dall'art. 16 comma 1 della l. n. 183/2011. Sulla gestione delle eccedenze nell'impiego pubblico vedi anche l'art. 2 del d.l. n. 95/2012.

contemplante la possibilità di sanzione meramente risarcitoria, anche per quanto riguarda i licenziamenti disciplinari, salvo si ritenga che nel pubblico impiego questi rientrino negli «altri casi di nullità previsti dalla legge» sottoposti dal nuovo art. 18 comma 1 St. lav. alla tutela reale piena.

A sostegno della prima tesi, ossia della inapplicabilità al pubblico impiego della riforma, vengono segnalate plurime indicazioni testuali e sistematiche[237].

L'art. 1 comma 7 della stessa l. n. 92/2012 stabilisce infatti che le disposizioni «della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» di cui all'art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001. Seppur formulato in maniera criptica[238], tale precetto potrebbe indurre

---

[237] Cfr. F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore* cit., 36 ss.; BELLAVISTA, *La storia infinita della riforma del lavoro pubblico*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 591; ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto d'impiego pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 2012, 713, che ribadisce sinteticamente la posizione in ROMEO, *Le nuove regole del diritto del lavoro tra incertezze e destrutturazione: privato e pubblico a confronto*, in *Lav. giur.*, 2013, 552; V. LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: un "mito" che non conosce crisi*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore* cit., 64 ss.; VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012* cit., 55; PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012* cit., 58; SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, 844; da ultimo, GERARDO, A. MUTARELLI, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, in *Lav. pubb. amm.*, 2013, in corso di pubblicazione, 13 del dattiloscritto (che però propendono per estendere al pubblico impiego il nuovo rito speciale per i licenziamenti); M. MISCIONE, *Il licenziamento e il rito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni dopo la legge 92 del 2012*, in *Giur. it.*, in corso di pubblicazione.

[238] Parla di formulazione che tende ad esiti «ben oltre il limitare dell'assurdo» F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18* cit., 30, che intravede un intento di rinviare al potere giudiziario il problema politico-sindacale dell'estensione al pubblico impiego. Anche a prescindere dalla questione del pubblico impiego, fin dai primi commenti le opinioni sulla formulazione del nuovo art. 18 sono state unanimemente critiche: es. vedi, sin dal titolo del contributo, F.

a ritenere che l'impiego pubblico privatizzato[239] sia stato escluso dalla novella del 2012, nell'attesa di una riforma apposita. Infatti il successivo comma 8 stabilisce che «Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche». Tale lettura conservatrice potrebbe trovare conferma in una successiva disposizione, che interviene in materia di lavoro pubblico «nelle more dell'attuazione dell'articolo 1, comma 8, della legge 28 giugno 2012, n. 92»[240].

L'esclusione del pubblico impiego da talune regole della l. n. 92/2012 è stata peraltro sancita nella maggioritaria prassi amministrativa (es. la nuova disciplina delle dimissioni[241]; quella di sostegno alla genitorialità[242] e quella sullo speciale regime presuntivo dell'onere della prova in materia di lavoro tramite partita Iva[243]).

CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo* cit., 529 ss.

[239] Si segnala che per quanto riguarda il lavoro pubblico non privatizzato, lo stesso art. 1 comma 8 della l. n. 92/2012 stabilisce che «Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo» n. 165/2001.

[240] Si tratta dell'art. 1 comma 400 della l. di stabilità n. 228/2012, il cui rilievo in proposito è stato segnalato da BELLAVISTA, *La storia infinita della riforma del lavoro pubblico* cit., 591. L'argomento comunque non pare decisivo, poiché coloro che propendono per l'estensione della l. n. 92/2012 al pubblico impiego possono replicare con gli stessi ragionamenti utilizzati rispetto all'art. 1 comma 8 medesimo, cioè che non v'è incompatibilità tra il fatto che il ministro «individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione» con il fatto che, frattanto, la legge in tutto o in parte sia efficace così com'è, anche nel pubblico impiego.

[241] Con la risposta all'interpello n. 35 del 22 novembre 2012, il Ministero del lavoro afferma l'inapplicabilità nel pubblico impiego della nuova disciplina delle dimissioni di cui all'art. 4 commi 16-22 della l. n. 92/2012.

[242] Con nota 20 febbraio 2013, il Dipartimento della Funzione pubblica ha escluso l'applicazione dell'art. 4 comma 24 della l. n. 92/2012 nel pubblico impiego.

[243] Cfr. il parere del Dipartimento della Funzione pubblica n. 38226 del 25 settembre 2012, che comunque argomenta anche in base al fatto che la sede normativa in cui il legislatore ha inserito la nuova disciplina sulle partite iva (cioè d.lgs. n. 276/2003) non è applicabile alle pp.aa.

Per quanto riguarda la riforma dell'art. 18 St. lav., l'esclusione del lavoro pubblico sembrerebbe confermata dall'intesa tra il Ministro per la pubblica amministrazione ed i sindacati del pubblico impiego, che parla di «garanzie di stabilità in caso di licenziamento illegittimo», che fu sottoscritta mentre la riforma era in discussione[244]. Si sarebbe dunque di fronte ad un'opzione di politica legislativa analoga a quella assunta dieci anni fa tramite la pur problematica inapplicabilità del d.lgs. n. 276/2003 al pubblico impiego[245].

Tra gli argomenti contrari all'estensione al lavoro pubblico del nuovo art. 18 St. lav., inoltre, v'è il fatto che la sua formulazione sembra presupporre un'applicazione limitata al lavoro privato, in quanto il novellato comma 6 richiama la disciplina del licenziamento disciplinare nel lavoro privato stabilita dall'art. 7 St. lav., ma non quella stabilita per il licenziamento disciplinare negli artt. 55, 55 *bis* e 55 *quater* del d.lgs. n. 165/2001. Al proposito, un problema analogo si pone per quanto riguarda la nuova norma che prescrive la retrodatazione, alla data della contestazione, degli effetti del licenziamento disciplinare «intimato all'esito del procedimento disciplinare di cui all'articolo 7» St. lav. (l'art. 1 comma 41 cit. della l. n. 92/2012 di cui si è detto).

A favore della seconda tesi, che estende la riforma al pubblico impiego, gli argomenti non sono meno consistenti[246].

---

[244] Protocollo d'intesa 11 maggio 2012 tra Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, regioni, province, comuni e sindacati, in www.funzionepubblica.gov.it.

[245] Pur con diversità di toni, si espressero criticamente su tale «significativo quanto irrazionale episodio di distonia normativa» MAINARDI, *D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Lav. pubb. amm.*, 2003, 1070 (ove può leggersi l'espressione citata); F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, Cedam, 2005, 470; GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 246-250; L. ZOPPOLI, *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf* versus *Grendel, atto II)*, in FERRARO (a cura di), *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Giuffrè, Milano, 2004, 280; BORGOGELLI, *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, in *Lav. dir.*, 2004, 72, ai quali si rinvia a proposito degli interrogativi ermeneutici sollevati dall'art. 6 della l. delega n. 30/2003 e dall'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 276/2003.

[246] Cfr. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche ammini-*

Si fa innanzitutto notare come la l. n. 92/2012 tocchi numerosi istituti, oltre alla tutela reale, per i quali è difficile dubitare dell'applicazione al lavoro pubblico. Pare in effetti incongruo che su questioni comuni al lavoro pubblico e privato, come il computo del personale disabile, viga oggi una disciplina diversa per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni[247]. Perlomeno gli istituti che erano applicabili al lavoro pubblico già antecedentemente dovrebbero dunque continuare ad essere applicati in tale ambito come ora novellati. Oltretutto, si rinvengono nella l. n. 92/2012 taluni precetti che escludono il pubblico impiego da singole innovazioni normative (art. 2 comma 2, per quanto riguarda l'Aspi; art. 2 comma 29 lett. *d*, per quanto riguarda il contributo addizionale dell'1,4 percento sul lavoro a termine): esclusioni che sarebbero superflue se l'intera legge fosse inapplicabile al pubblico impiego.

In tale ottica, i summenzionati criptici commi 7 e 8 dell'art. 1 potrebbero servire, semmai, ad escludere l'applicazione al pubblico impiego (non delle novellazioni ma solo) degli istituti neointrodotti dalla l. n. 92/2012.

Viene inoltre richiamato sia il generale rinvio alla disciplina del lavoro privato da parte dell'art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, sia il puntuale rinvio espresso dall'art. 51 del medesimo decreto legislativo. Il comma 2 di quest'ultimo articolo infatti stabilisce che la l. n. 300/1970, «e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti» (chi esclude l'applicazione della novella del 2012 al lavoro pubblico, invece, ritiene il rinvio solo parzialmente recettizio, cioè limitato alle sole «successive modificazioni ed integrazio-

strazioni, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro* cit., 29; G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* cit., 227 (che propende però per escludere il pubblico impiego dal nuovo rito speciale); CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18* cit., 2 ss.; RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, testo scritto presentato in occasione dell'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema, a Roma in data 29 ottobre 2012, in www.magistraturademocratica.it, 2 ss.; DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 420.

[247] CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18* cit., 7.

ni» intervenute nello Statuto dei lavoratori prima del d.lgs. n. 165/2001 medesimo[248]).

Come variante di questa seconda tesi che vede la l. n. 92/2012 estesa al pubblico impiego, è stato fatto notare che il novellato tenore testuale dell'art. 18 St. lav. può essere invece letto nel senso che preveda anche per il licenziamento nel pubblico impiego una disciplina nuova, ma parzialmente diversa rispetto al settore privato. In quest'ottica, il richiamo che l'art. 18 comma 7 effettua alla regolamentazione solo del potere disciplinare del settore privato, trascurando quella del pubblico impiego, comporterebbe che la violazione della regolamentazione del potere disciplinare nel lavoro pubblico resti sanzionata diversamente. Trattandosi di contrarietà a norme imperative, espressamente dichiarate tali dall'art. 2 comma 2 e dall'art. 55 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001, sarebbe da rinvenirsi una nullità del licenziamento, da sanzionarsi, stante l'inapplicabilità dell'apparato sanzionatorio stabilito dall'art. 18 comma 7, con la piena tutela reale stabilita dai commi 1-3 del medesimo articolo. Quest'ultima è infatti la sanzione che il comma 1 dispone non solo per i licenziamenti c.d. "odiosi" (divieti di discriminazione, tutela della maternità, ecc.), ma anche per gli «altri casi di nullità previsti dalla legge»[249].

Questa prospettazione sarebbe una maniera per conciliare l'estensione al lavoro pubblico della l. n. 92/2012 con due intenti non trascurabili: in primo luogo, quello d'evitare una divaricazione tra pubblico e privato della disciplina processuale dell'impugnazione del licenziamento[250], che sarebbe ai limiti della ragionevolez-

[248] ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto d'impiego pubblico* cit., 720.

[249] In tal senso, BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 170/2013, e in *Lav. pubb. amm*., 2012, 1003 ss., cui si rinvia per gli ulteriori argomenti in questo senso (nonché per la possibile applicazione della tutela di diritto comune, in ipotetica alternativa alla nullità ai sensi dell'art. 18 commi 1-3 St. lav.); cui *adde* DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *Lav. pubb. amm*., 2013, in corso di pubblicazione, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 178/2013, 9.

[250] Sul rito speciale introdotto dall'art. 1 commi 48 e seguenti della l. n. 92/2012 si sta confrontando la primissima giurisprudenza e, per quanto riguarda la sua applicabilità al pubblico impiego, l'orientamento favorevole pare emergere

za anche sul piano della costituzionalità; in secondo luogo, quello di mantenere una compatibilità con la giurisprudenza della Consulta che ha sottolineato come la stabilità reale dei posti di lavoro pubblici, perlomeno quelli dirigenziali[251], sia funzionale non solo all'interesse individuale del lavoratore ma anche a quello pubblico a che all'interno delle amministrazioni sussista adeguata forza di resistenza rispetto ad eventuali iniziative indebite dei vertici.

In un contesto normativo tanto incerto, particolare attenzione deve prestarsi alla giurisprudenza. Tra i primissimi pronunciamenti, risulta prevalere l'idea che il nuovo art. 18 St. lav. valga anche per il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in maniera indistinta rispetto al lavoro alle dipendenze delle imprese di maggiori dimensioni[252]. Anche per il licenziamento disciplinare

prevalente. Per la giurisprudenza, vedi i riferimenti *supra* nel presente §. In dottrina, propendono per l'applicabilità del rito stabilito dall'art. 1 commi 48-67 della l. n. 92/2012, CURZIO, *Il nuovo procedimento in materia di licenziamenti*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92* cit., 8; GERARDO, A. MUTARELLI, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero* cit., 13 del dattiloscritto; RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero* cit., 2. In generale, gli interrogativi ermeneutici sollevati dal nuovo rito sono numerosi: ad es., sull'inclusione o meno della domanda di tutela obbligatoria *ex* art. 8 l. n. 604/1966 nel nuovo rito speciale, vedi la divergente giurisprudenza romana commentata da VALLEBONA, *La domanda* ex *art. 8 legge n. 604/1966 è compresa nel rito speciale per i licenziamenti*, in *Mass. giur. lav*., 2013, 436; sulla possibilità che lo stesso giudice persona fisica possa definire anche la fase eventuale d'opposizione, vedi Trib. Piacenza 12 novembre 2012, in *Arg. dir. lav*., 2012, 334, con nota di D. COMANDÈ, *Il procedimento giudiziario specifico per il licenziamento nella riforma Fornero: un ginepraio da casa di cura*; per un quadro vedi DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo rito: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, in *Foro it*., 2013, V, 101 ss.

[251] Corte cost. 24 ottobre 2008 n. 351, in *Dir. lav. merc.*, 2009, 11, con commento di A. ZOPPOLI, *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione dopo la sentenza della consulta n. 351 del 2008*.

[252] Trib. Perugia 9 novembre 2012, confermata in sede collegiale da Trib. Perugia 15 gennaio 2013, entrambe in *Lav. pubb. amm*., 2012, 1117; Trib. Santa Maria Capua Vetere 2 aprile 2013, in *Lexitalia*, 2013, 4, www.lexitalia.it, con breve nota di CASESA, *Applicabilità della disciplina dei licenziamenti della riforma Fornero anche ai dipendenti pubblici*; Trib. Bari 14 gennaio 2013, in *Riv. it. dir. lav*., 2013, II, 410, con nota adesiva di DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*; Trib. Ancona 31 gennaio 2013, in ADAPT, *Licenziamenti: un anno dopo la Riforma Fornero*, 2013, boll. speciale n. 21; a favore dell'applicabilità al pubblico impiego della riforma è menzionato un provvedimento del Trib. Terni da FERRARESI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavo-*

nel pubblico impiego, dunque, risulterà cruciale giungere a qualche punto fermo sull'interpretazione delle problematiche espressioni tramite cui il comma 4 indica i casi d'illegittimità che comportano tuttora il diritto alla reintegrazione (ossia le ipotesi in cui si «accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili»).

Per quanto qui rileva, l'affermarsi di questo orientamento giurisprudenziale implica, come detto, che tutte le tre ipotesi di licenziamento illegittimo connesse a ragioni di salute del dipendente comportano il diritto alla reintegrazione con l'indennità risarcitoria attenuata ai sensi dell'art. 18 comma 7 St. lav. Per tali ipotesi d'illegittimità, come visto, il mutamento di regime consiste, per quanto riguarda i licenziamenti ingiustificatamente intimati per inidoneità psicofisica e quelli motivati erroneamente per superamento del comporto, soprattutto nell'introduzione del tetto massimo di dodici mensilità d'indennità risarcitoria per le retribuzioni perse; mentre, per quanto riguarda i licenziamenti dovuti a motivo di per sé fondato ma intimati in violazione dell'irrecedibilità stabilita durante il comporto di malattia, il mutamento di regime è ben più considerevole, dato che nel previgente assetto non erano colpiti da reintegrazione ma solo da inefficacia temporanea.

Può pronosticarsi, comunque, che, per quanto riguarda il pubblico impiego, sarà trascurabile l'effetto deflattivo atteso dal fatto che la durata del processo ulteriore a circa undici mesi (corrispondenti al tetto di dodici mensilità retributive d'indennità risarcitoria) è ora a carico non del datore ma del lavoratore.

A differenza che nel settore privato, ove il dipendente licenziato non nutre solitamente interesse a rientrare in azienda, ma mira alla massimizzazione del risultato economico della controversia, nel pubblico impiego il lavoratore aspira sovente alla reintegrazione effettiva. Sicché, nonostante la durata del processo ora non in-

ratori dopo la riforma Fornero cit., 351, nota 58. In senso contrario due inediti provvedimenti dei Trib. Roma e Monza sono segnalati da CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18*, 3, in nota 7.

crementi l'indennità risarcitoria oltre un certo limite, la nuova legge non sembra ridurre molto la propensione a rifiutare soluzioni transattive offerte dal datore pubblico. Oltretutto, le responsabilità, anche amministrativo-contabili, coinvolte nella gestione del contenzioso implicano una certa difficoltà delle amministrazioni stesse a pervenire a soluzioni transattive. Con riguardo al contenzioso del lavoro pubblico, la modifica dell'art. 18 St. lav. non sembra avvantaggiare il sistema giudiziario in termini deflattivi, bensì soltanto le amministrazioni datrici in termini di riduzione dei risarcimenti derivanti dai licenziamenti illegittimi.

Le implicazioni più significative della riscrittura dell'art. 18 St. lav., comunque, vanno rinvenute con riguardo non alle infrequenti illegittimità connesse a questioni di salute qui in discorso, bensì alle illegittimità dei licenziamenti disciplinari.

Può comprendersi per quali ragioni i giudici stiano, almeno per ora, preferendo ritenere applicabile la riforma anche all'impiego pubblico, in maniera uniforme al privato. A parte il fatto che, perlomeno al cospetto dell'opinione pubblica, evitare l'applicazione al pubblico impiego di una disciplina più favorevole può già apparire un esito positivo in termini di equità, va rimarcato che il nuovo art. 18 St. lav. consente al giudicante un ben più ampio margine discrezionale, in merito alla valutazione della gravità dell'infrazione disciplinare ai fini della (non) concessione della reintegra.

Soprattutto, il nuovo assetto riduce alla sola indennità risarcitoria fino a dodici mensilità le conseguenze delle illegittimità (ritenute meramente) procedurali o formali, sollevando il giudice dal dover ordinare la reintegrazione nei casi in cui, al di là delle violazioni, essa appaia iniqua e inopportuna, come nei non rari casi in cui l'amministrazione datrice non sia riuscita a districarsi nella gestione del procedimento disciplinare relativo ad infrazioni conclamate, ad esempio accertate in sede penale.

Nel pubblico impiego, anzi, larga parte della casistica di licenziamento disciplinare riguarda fatti di rilievo penale, o comunque di gravità notevole. Il rischio di rispondere personalmente dei danni sul piano amministrativo contabile induce i responsabili del personale pubblico ad atteggiamenti prudenti nella gestione dei procedimenti disciplinari.

Sicché risulta condivisibile la scelta d'applicare in maniera omogenea a tale ambito la riforma dell'art. 18 St. lav., lasciando così al giudice un margine decisionale per non concedere la reintegrazione (l'applicazione del nuovo art. 18 St. lav. anzi incrina il pregresso equilibrio tra parti contrattuali nell'ambito del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni in misura minore rispetto al lavoro nelle imprese private).

Ciò però può affermarsi ad una condizione, ossia che il sistema delle responsabilità amministrativo-contabili[253] permanga quale adeguato deterrente rispetto all'uso distorto del potere disciplinare del datore pubblico. Qualora invece tale sistema finisse per essere seriamente indebolito dagli, ormai ricorrenti, tentativi legislativi di depotenziamento[254], l'applicazione del nuovo art. 18 St. lav. potrebbe talora amplificare eventuali carenze d'imparzialità delle amministrazioni.

In ogni caso, la stessa esistenza di apposite disposizioni (commi 7-8 cit.) per l'impiego pubblico e, più ancora, la loro voluta[255] criptici tà sono un'ulteriore conferma della peculiare considerazione legislativa del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

---

[253] Si rinvia, da ultimo, a D'ANTINO, LUPINACCI, *Responsabilità patrimoniale e contabile dei dipendenti pubblici*, Aracne, Roma, 2013, 82 ss., nonché *amplius* TENORE, *La responsabilità amministrativo contabile. Profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2013, 103 ss.; vedi anche PIZZOFERRATO, *Danno erariale, organizzazione del lavoro pubblico e ruolo della Corte dei conti* cit., 128 ss.

[254] Vedi in particolare l'art. 17 comma 30 *ter* del d.l. n. 78/2009, convertito nella l. n. 102/2009 (comma c.d. "lodo Bernardo"), relativo ai presupposti d'avvio dell'indagine della Procura della Corte dei conti, su cui cfr. CHIARENZA, EVANGELISTA, *Il giudizio di responsabilità*, in TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti* cit., 405-419.

[255] M. MISCIONE, *Il licenziamento e il rito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni dopo la legge 92 del 2012* cit., 3 ss. del dattiloscritto.

CAPITOLO V

L'INIDONEITÀ PSICOFISICA PRESUNTA: IL COLLOCAMENTO A RIPOSO PER ETÀ

SOMMARIO: 1. Invecchiamento attivo e contenimento della spesa previdenziale nella rinnovata disciplina del collocamento a riposo per età. – 2. L'impiego pubblico e le nuove soglie anagrafiche dei 70 anni e dei 66 anni. – 3. L'innalzamento del limite anagrafico della tutela *ex* art. 18 St. lav. determinato dalla riforma pensionistica. – 4. Ulteriori indicazioni normative contrarie alla permanente vigenza del limite massimo di 65 anni; in particolare, la disciplina transitoria e il rilievo giuridico dell'aspettativa di vita. – 5. Una conferma emergente dal pregresso intreccio normativo.

1. *Invecchiamento attivo e contenimento della spesa previdenziale nella rinnovata disciplina del collocamento a riposo per età*

Nel richiamare un'esplicita indicazione da parte della giurisprudenza costituzionale, si è detto[1] che l'istituto del collocamento a riposo può essere inteso come una sorta di presunzione legale di sopravvenuta inidoneità psicofisica al lavoro causata dalla senescenza, pur tenendosi presente il carattere problematico di tale configurazione dovuto soprattutto alla funzione che esso riveste nelle politiche di programmazione del personale. Per meglio apprezzare le implicazioni delle opzioni ermeneutiche della rinnovata disciplina di questo istituto, pare utile premettere un sintetico quadro del-

[1] Cap. I, § 4.

le variabili, soprattutto demografiche, sulle quali tale disciplina incide, nonché qualche cenno alle connesse politiche pubbliche.

Tali variabili infatti paiono non indifferenti in sede d'interpretazione della disciplina che, come detto, riguarda non i requisiti anagrafico-contributivi necessari ad ottenere il diritto al trattamento pensionistico, bensì la soglia anagrafica raggiunta la quale il lavoratore pubblico è tenuto ad andare in pensione. Più precisamente, è la soglia raggiunta la quale il dipendente pubblico perde il posto di lavoro; sicché con ogni probabilità egli avrà presentato domanda di pensione, come solitamente suggerito nelle comunicazioni di collocamento a riposo.

In origine, il provvedimento dell'amministrazione consisteva davvero in un «collocamento a riposo», nel senso che con un unico atto amministrativo veniva estinto il rapporto lavorativo e, al contempo, veniva assegnata la pensione[2]. Per l'impiego pubblico privatizzato, una tale logica autoritativa è stata dismessa. Al contempo, l'istituto del collocamento a riposo ha perso la sua funzione previdenziale diretta, da quando le competenze sulle pensioni dei dipendenti pubblici sono state sottratte alle singole amministrazioni per essere concentrate sull'Inpdap[3], oggi accorpato all'Inps. Non è però stata abbandonata l'imperativa denominazione originaria che menziona il «riposo» e, soprattutto, permane la connessione sostanziale con la materia pensionistica, tanto che questa disciplina si rinviene non nel d.lgs. n. 165/2001 bensì nella normativa previdenziale, nonostante si tratti di una causa d'estinzione del rapporto lavorativo.

Muovendo dall'elaborazione statistico-demografica predisposta in vista dell'«anno europeo dell'invecchiamento attivo» appena tra-

[2] Nel contesto antecedente alla privatizzazione dell'impiego pubblico, vedi ARENA, *Modificazioni ed estinzione del rapporto: aspettativa; comando e distacco; dimissioni; collocamento a riposo; dispensa; decadenza* cit., 231 ss., e seppur risalenti, MINIERI, *Atti e fatti estintivi del rapporto di impiego pubblico* cit., 245 ss., e TERRANOVA, *Collocamento a riposo* cit., 444 ss.

[3] Cfr. CAZZOLA, *Il «polo» previdenziale pubblico: la gestione separata degli statali nell'Inpdap* cit., 215 ss.; GULLÌ, *Riordino e soppressione di enti pubblici di previdenza e assistenza* cit., 413 ss.; PUGLIESE, *La gestione autonoma per i trattamenti pensionistici dei dipendenti dello Stato* cit., 261 ss.

scorso[4], le istituzioni europee si sono incaricate di rilanciare un avvertimento sui sempre più rapidi mutamenti del contesto socio-economico continentale[5]. Il livello della speranza di vita raggiunto negli ultimi decenni simboleggia uno dei più grandi successi del sistema di sicurezza sociale e, in generale, del modello di stato sociale costruito sui valori della Carta repubblicana. Ciò non toglie che il marcato incremento della speranza di vita, di oltre un anno ogni decennio in media in Europa, abbia un'incidenza profonda su numerosi aspetti della vita sociale: per offrire un'efficace quantificazione esemplificativa, tale incremento comporta di fatto che, per ogni giorno, ciascuna persona guadagna oltre due ore di esistenza[6].

Tale incremento della speranza di vita si combina con gli effetti dell'andamento demografico. È noto che stia giungendo all'età della pensione la generazione dei c.d. *baby boomers* del secondo dopoguerra. Ciò sta creando un mutamento del tasso di dipendenza, cioè del rapporto tra pensionati e lavoratori attivi. Tale mutamento è destinato a consolidarsi nel lungo periodo, anche perché gli attuali tassi di fertilità restano bassi, soprattutto in Italia. Come punto di riferimento dei ragionamenti in materia può prendersi un dato di lungo periodo che è tanto positivo quanto sfidante: nel prossimo mezzo secolo l'attuale numero di cittadini d'età superiore a 65 anni, ossia dell'età che fino alla riforma pensionistica del 2011 era l'età del trattamento pensionistico di vecchiaia, è destinato a raddoppiare. Nel solo decennio prossimo le persone in tale fascia d'età

[4] L'anno europeo dell'invecchiamento attivo è stato il 2012, in vista del quale è stata predisposta un'importante mole di ricerca: vedi ad es. EUROSTAT, *Active ageing and solidarity between generations. A statistical portrait of the European Union*, statistical books, Bruxelles, 2012, 16 ss. Per una sintesi, vedi EUROPEAN COMMISSION, *Demography, active ageing and pensions*, Social Europe guide, vol. 3, Bruxelles, 2012, 61 ss.

[5] Vedi in particolare COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco. Un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili*, COM(2012) 55 final, in http://eur-lex.europa.eu.

[6] Per un'efficace panoramica delle implicazioni socio-economiche delle variabili demografiche qui accennate, si rinvia a MAGNUS, *The age of aging: how demographics are changing the global economy and our world* cit., *passim*., nonché i contributi nel fascicolo monografico di MARCALETTI, ZANFRINI (a cura di), *L'invecchiamento delle forze di lavoro. Lo stato del dibattito in Europa*, in *Sociologia lav*., 2012, fasc. 1, 3 ss., spec. MARCALETTI, *Paradigmi e approcci nella gestione dell'invecchiamento delle forze di lavoro: un riesame critico*, 34 ss.

aumenteranno del venti percento. Nel ventennio appena trascorso, gli ultrasessantacinquenni sono già aumentati del cinquanta percento[7].

L'effetto combinato dell'incremento della speranza di vita e dell'onda demografica viene amplificato dall'attuale crisi economica[8]. La debole crescita del prodotto lordo, ed anzi la recessione in taluni Stati tra cui l'Italia, sta comportando bassa occupazione e *deficit* di bilancio, con aumentati costi del debito pubblico. I sistemi pensionistici subiscono i riflessi negativi della riduzione del gettito contributivo legato al calo dell'occupazione. Ove si tratta di regimi pensionistici a capitalizzazione, si verifica una riduzione del valore degli attivi complessivi e dei rendimenti dei montanti individuali, che implica una diminuzione certa delle prestazioni future che deve essere riparata fin dall'oggi. Ove si tratta di regimi pensionistici a ripartizione, che come noto rappresentano il primo e principale pilastro previdenziale in molti paesi europei, le conseguenze sugli equilibri di bilancio, e quindi sulle prestazioni, sono tangibili già nel breve termine. Il cennato quadro implica inoltre una restrizione delle possibilità d'imposizione fiscale e, quindi, d'intervento compensativo degli Stati.

Nel panorama comparato, l'Italia parte peraltro da una situazione di maggiore peso dei costi pensionistici (al contrario di altri ambiti del *welfare*). Tra i membri dell'Unione europea, ha la più alta spesa pensionistica, in termini di percentuale sul prodotto in-

[7] Il tasso di dipendenza degli ultrasessantacinquenni è infatti aumentato dal 22,4 percento del 1992 al 31,6 percento del 2012: EUROSTAT, *release* 13/49 del 26 marzo 2013, 3. Si tratta di variabili tenute in considerazione anche nel dibattito lavoristico: vedi ad es. BLANPAIN, *Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all'età: una società per tutte le età*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 943 ss., nonché gli altri contributi del medesimo fascicolo monografico, *ivi*, 2005, n. 4.

[8] Seppur la complessità di tale tematica economica trascenda questa sede, tra le variabili rilevanti merita almeno un cenno anche la produttività: sottolinea RIVERSO, *Non è un paese per vecchi*, in *Questione giust.*, 2011, 3-4, 139 ss., che l'effetto "culle vuote" potrebbe essere parzialmente compensato tramite politiche d'incremento della produttività del lavoro. In tema di produttività e relazioni collettive, vedi da ultimo BARBIERI, *Un accordo senza respiro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 275 ss., ove ulteriori riferimenti alle diverse posizioni nel relativo dibattito.

terno lordo: oltre il 15 percento[9]. Tale dato è dovuto anche al fatto che in Italia il 27,8 percento dei pensionati ha meno di 65 anni[10].

Nello scenario europeo dei prossimi decenni, già secondo le regolamentazioni nazionali vigenti è attesa una diffusa riduzione dei tassi di sostituzione teorici medi tra importo del trattamento pensionistico e quello dell'ultima retribuzione percepita[11]. I tassi di sostituzione reali subiranno una contrazione ancora maggiore, a causa della sempre più diffusa discontinuità dei percorsi individuali d'occupazione[12]. Allo scopo di compensare il futuro raddoppio degli ultrasessantacinquenni, di certo non è sostenibile l'idea di dimezzare gli importi dei trattamenti pensionistici, come parimenti non è sostenibile quella di raddoppiare le aliquote contributive; nemmeno è possibile combinare tali soluzioni per un equivalente esito.

---

[9] Oltre al libro bianco europeo citato, vedi MINISTERO DEL LAVORO, *Gli andamenti finanziari del sistema pensionistico obbligatorio*, Nucleo di valutazione della spesa previdenziale, Roma, 2012, 10 ss., nonché INPS, *Rapporto annuale 2011*, Roma, 2012, 172, tavola 4.4.

[10] Cfr. ISTAT-INPS, *Trattamenti pensionistici e beneficiari. Anno 2011*, Roma, 2013, 4, in www.istat.it.

[11] EUROPEAN COMMISSION, *Pension Adequacy in the European Union 2010-2050*, Report prepared jointly by the Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion of the European Commission and the Social Protection Committee, Bruxelles, 2012, 97 ss. Più in dettaglio, sul sistema italiano vedi RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Le tendenze di medio-lungo periodo del sistema pensionistico e socio-sanitario 2013,* rapporto n. 14, 2013, 158 ss.

[12] Il problema è ormai noto (cfr. da ultimo RAITANO, *I primi anni di carriera: lavoro atipico, povero e a bassa accumulazione contributiva. L'evidenza di un* panel *di lavoratori italiani,* in *Riv. pol. soc.,* 2012, n. 2: *I lavoratori poveri. Caratteristiche, politiche, riflessi previdenziali*, 98 ss.), nonché discusso anche in ambito giuslavoristico, soprattutto a seguito della legislazione del decennio scorso: cfr. R. PESSI, *Tutele previdenziali ed assicurative nello scenario dei nuovi modelli negoziali,* in *Riv. dir. sic. soc.,* 2006, 40 ss.; BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoratore discontinuo*, Giappichelli, Torino, 2005; CINELLI, *«Nuovi lavori» e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 225 ss.; RENGA, *Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori* cit., 53 ss.; PERSIANI, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro,* in *Prev. ass. pubb. priv.,* 2004, 999 ss.; TREU, *Le politiche del* welfare*: le innovazioni necessarie*, in *Prev. ass. pubb. priv.*, 2004, 19 ss.; LAGALA, *Un* welfare *compassionevole per i lavoratori precari?,* in *Riv. giur. lav.,* 2004, I, 363 ss.; SANDULLI, *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori atipici nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Lav. dir.,* 2003, 410 ss.

Pare necessario, dunque, incidere in positivo sul numero dei lavoratori attivi ed in negativo sul numero di pensionati (oltre che, in un'ottica più generale che esula da questa sede, porre in essere politiche di rilancio del lavoro e della crescita). Come noto, detti effetti numerici possono essere ottenuti combinando adeguate politiche della natalità e dell'immigrazione, oltre che della sanità[13], l'incremento dei tassi di occupazione e di attività, soprattutto femminile, l'innalzamento dei requisiti anagrafico-contributivi necessari all'ottenimento dei trattamenti pensionistici, nonché il rafforzamento dei meccanismi incentivanti la prosecuzione dell'attività lavorativa dopo aver conseguito un diritto a pensione. L'introduzione di meccanismi di flessibilizzazione facoltativa d'uscita dalla vita lavorativa trova consenso tra le parti sociali e nell'opinione dei singoli. Per quel che qui rileva, può anzi segnalarsi che, tra le opinioni individuali dei cittadini dei paesi europei, Italia compresa, prevale l'idea che non debba esservi un limite legale massimo d'età lavorativa raggiunto il quale sia imposto il pensionamento[14].

Su tali direttrici, dunque, sono orientate le indicazioni delle istituzioni europee, alquanto impegnate nell'elaborazione delle politiche pubbliche in materia pensionistica, nonostante la competenza normativa permanga a livello nazionale[15]. Le conclusioni del Libro

[13] EUROPEAN COMMISSION, *Long-term care in ageing societies*, SWD(2013) 41 final, 5 ss.

[14] EUROPEAN COMMISSION, *Active ageing*, Special Eurobarometer survey 378, Bruxelles, 2012, 80-82. Analogamente, EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Sustainable work and the ageing workforce*, Dublin, 2012, 56 ss.

[15] Le politiche europee sulle prospettive evolutive dei sistemi pensionistici consistono in fonti di *soft law*, la cui incidenza è comunque penetrante, tramite i meccanismi di coordinamento aperto gestiti, in materia, soprattutto dal *Working Group on Ageing Population and Sustainability* istituito presso il Comitato di politica economica del Consiglio Ecofin. Anche dopo il Trattato sul funzionamento dell'Ue, gli Stati membri hanno mantenuto le proprie prerogative in materia di regolazione dei sistemi pensionistici: la competenza delle istituzioni europee sulla «sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori» è infatti tra quelle che l'art. 153 del TfUe limita in maniera maggiore. Permane la necessità che le decisioni europee in proposito siano adottate all'unanimità, senza possibilità di utilizzare la cosiddetta "clausola passerella" per ottenere una decisione a maggioranza. Salvo che per le questioni relative al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale connesse alla libertà di circolazione delle persone e di prestazione di servizi, infatti, in

bianco del 2012 della Commissione[16] indicano, in primo luogo, l'allineamento dell'età pensionabile all'aumento della aspettativa statistica di vita, con contenimento dell'accesso al prepensionamento e ad ogni altro percorso di pensionamento anticipato; in secondo luogo, l'incentivazione del prolungamento della vita lavorativa, facilitando l'apprendimento per tutto l'arco della vita, adattando i posti di lavoro a una manodopera più differenziata, creando occasioni effettive di occupazione per gli anziani; in terzo luogo, l'equiparazione dell'età pensionabile del genere femminile a quello maschile; in quarto luogo, il sostegno all'incremento del risparmio previdenziale privato[17].

La tendenza all'innalzamento dei requisiti anagrafico-contributivi, che è ormai immanente al sistema pensionistico italiano a causa dei meccanismi legali automatici d'ancoraggio all'aspettativa statistica di vita, comporta un implicito recupero del nesso fra quiescenza ed età della sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore alle proprie mansioni, nel senso che le due soglie anagrafiche tenderanno mediamente a riavvicinarsi.

L'innalzamento dei requisiti implica, inoltre, un'interferenza maggiore tra inidoneità psicofisica al lavoro e pensione. Sarà cioè sempre meno rara l'interruzione dell'attività lavorativa prima del raggiungimento della pensione di vecchiaia, per sopravvenuta inidoneità psicofisica. L'innalzamento dei requisiti pensionistici di vecchiaia sottoporrà a crescente pressione gli istituti previdenziali deputati alla tutela del reddito in caso d'invalidità (tutela che in I-

materia pensionistica le fonti normative vincolanti di riferimento restano quelle interne ai singoli Stati; vedi B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT 81/2010, 5, in nota; sul rapporto tra fonti interne ed europee vedi ROCCELLA, *Diritto comunitario e diritto del lavoro*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro* cit., 292 ss.

[16] COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco. Un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili* cit., in particolare 9-15.

[17] Sul sostegno all'incremento del risparmio previdenziale privato s'appuntano le maggiori critiche di parte sindacale al Libro bianco della Commissione: cfr. EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION, *Libro bianco sulle pensioni: «Garantire le pensioni: non commettere errori sugli obiettivi o il finanziamento».* Position paper *della Ces*, Bruxelles, 2012, *passim*. Trattasi in effetti di un'opzione non tanto tecnica quanto politica, a proposito della quale peraltro non sono irrilevanti i differenziati contesti socio-valoriali dei singoli Stati membri.

talia pesa in misura contenuta[18]). Più in generale, le problematiche derivanti dal lavoro delle persone anziane saranno sempre più spesso all'ordine del giorno. In proposito, molte possono essere le iniziative del legislatore[19]. Dovrà porsi una sempre maggiore attenzione rispetto alla differente gravosità psicofisica che le diverse mansioni in ciascun settore implicano, a partire dalla differenziazione tra mestieri nell'innalzamento dei requisiti pensionistici[20].

Rispetto a diverse delle menzionate indicazioni europee, appare coerente la riforma pensionistica introdotta con l'art. 24 del d.l. n. 201/2011[21]. Detta riforma ha apportato novità di rilievo: l'estensione *pro rata* dal 2012 del sistema di calcolo contributivo

[18] La tutela del reddito in caso d'invalidità pesa in Italia per il 4,2 percento tra i trattamenti pensionistici. Da tale dato sono escluse le pensioni assistenziali di invalidità civile (il cui importo è il 5,8 percento della spesa pensionistica): vedi ISTAT-INPS, *Trattamenti pensionistici e beneficiari. Anno 2011* cit., tavola 1.

[19] Per un quadro, vedi EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Employment trends and policies for older workers in the recession*, Dublin, 2012, 11, nonché da ultimo EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Role of governments and social partners in keeping older workers in the labour market*, Dublin, 2013, 14 ss.

[20] Il punto è sottolineato soprattutto da parte sindacale: a livello europeo vedi recentemente EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION, *Libro bianco sulle pensioni: «Garantire le pensioni: non commettere errori sugli obiettivi o il finanziamento».* Position paper *della Ces* cit., punto 4. Detta attenzione del legislatore dovrà esplicarsi anche in termini d'incentivi allo spostamento dei lavoratori meno giovani verso le mansioni meno pesanti che siano disponibili presso il medesimo datore. Ciò comporta, perlomeno nelle strutture datoriali di maggiori dimensioni, importanti cambiamenti nella gestione delle carriere, come ormai dibattuto ampiamente: formazione per tutto l'arco della vita, flessibilità d'orario lavorativo e di mansioni su domanda del dipendente, aspettativa facoltativa dal lavoro, quiescenza graduale, ecc.; cfr. EUROPEAN CENTRE FOR THE DEVELOPMENT OF VOCATIONAL TRAINING CEDEFOP, *Working and ageing. The benefits of investing in an ageing workforce*, Salonicco, 2012, *passim* in particolare 56 ss. Nei tempi recenti, le iniziative di staffetta tra le generazioni sono state plurime, a livello territoriale, e la pratica non è sconosciuta nel panorama comparato: cfr. la sintesi di TADINI, *Esempi di pensionamento parziale in Europa*, in *La "staffetta intergenerazionale" tra discutibili modelli e dubbie prospettive*, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 14. Com'è stato segnalato (recentemente vedi BARBIERI, *Un accordo senza respiro*, cit., 280), comunque, tali pratiche rischiano sovente d'assumere un nefasto carattere corporativo, tramite l'assunzione dei figli dei dipendenti anziani; a fronte del principio costituzionale dell'accesso per concorso, tali iniziative possono trovare poco spazio nell'impiego pubblico.

[21] Decreto convertito con l. n. 214/2011.

della pensione anche ai lavoratori che la riforma del 1995 aveva lasciato nel sistema retributivo; l'innalzamento dei requisiti per la pensione di vecchiaia; la sostituzione delle pensioni di anzianità con quelle che lo stesso provvedimento denomina anticipate; il contenimento della spesa per la perequazione dei trattamenti; e numerose altre[22]. Tramite queste nuove regole, il legislatore intende ridurre la spesa previdenziale[23], modificando il previgente bilanciamento tra sostenibilità ed adeguatezza[24], non senza implicazioni in termini d'eguaglianza[25].

[22] Per un quadro di questa riforma, si rinvia a PANDOLFO, *Le pensioni post-riforma: il sistema pensionistico dopo il D.L. n. 201/2011*, Egea, Milano, 2012; SANDULLI, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011* cit., 6 ss., e CINELLI, *La riforma delle pensioni del «governo tecnico»* cit., 385 ss.

[23] Non s'intende entrare qui nel dibattito relativo all'effetto reale della riforma, se cioè contenga oppure riduca la spesa pensionistica (ragionamento che comunque dovrebbe essere affrontato partitamente per le diverse gestioni, essendo alquanto differente dalle medie generali la situazione ad es. della gestione ex-Inpdai e quella ex-Inpdap). Una base per la riflessione possono essere le proiezioni statistiche contenute in RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Le tendenze di medio-lungo periodo del sistema pensionistico e socio-sanitario 2013* cit., 45 ss.

[24] I margini di discrezionalità del legislatore nelle modifiche del pregresso bilanciamento tra sostenibilità e adeguatezza previdenziali sono oggetto di intenso dibattito: vedi PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale* cit., 1041 ss.; R. PESSI, *Il dialogo tra giurisprudenza costituzionale e sistema ordinamentale* cit., 1554; ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali* cit., 267 ss.

[25] Vedi le osservazioni di AVIO, *La vecchiaia della pensione?,* in *Lav. dir.*, 2013, 408 ss., e DI TROLIO, *La riforma delle pensioni in Italia (1992-2011): molto rigore e poca equità* cit., 250 ss. Almeno una menzione merita la discussa disciplina dei c.d. salvaguardati, da più parti ritenuta insoddisfacente. Per un quadro della normativa, vedi la circolare Inps n. 76/2013 (da ultimo vedi anche il d.m. del Ministero del lavoro 22 aprile 2013 «Modalità di attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 1, commi 231 e 233, della legge 24 dicembre 2012, n. 228. Estensione platea salvaguardati. Terzo contingente», in *Gazz. uff.* n. 123 del 28 maggio 2013; mentre si licenzia il presente volume sono in discussione in Parlamento ulteriori provvedimenti). In letteratura, per una sintesi di questa problematica, vedi, pur non aggiornato all'ultima normativa, RUSSONIELLO, STAIANO *La riforma delle pensioni e il decreto salvaguardati*, in BELLOCCHI (a cura di), *La nuova previdenza sociale: profili pratico-operativi della riforma Fornero* cit., 531 ss. I ripetuti interventi normativi nel successivo anno 2012, tramite il d.l. n. 95/2012 convertito con l. n. 135/2012 e tramite la l. di stabilità finanziaria n. 228/2012, hanno peraltro complicato il quadro, mitigando solo temporaneamente la pressione sociale in proposito. La ridotta copertura finanziaria concessa dal legislatore ha comportato la creazione di graduatorie in cui è stato inserito un note-

Tale riduzione di spesa è perseguita, anche (se non soprattutto) attraverso un innalzamento dell'età media effettiva dei pensionamenti[26]. Ciò implica un ovvio aumento dell'età media dei lavoratori. Salvo alcune distinzioni, in parte transitorie, la nuova normativa pensionistica è applicabile in maniera omogenea nei settori pubblico e privato. Nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, l'aumento dell'età media del personale in servizio si produce anche come conseguenza dei noti vincoli normativi al bilancio e, in particolare, per il contingentamento del *turn over*.

Con la circolare n. 2/2012[27], tuttavia, il Dipartimento della

---

vole numero di aspiranti pensionandi i quali, allo stato, non possono essere soddisfatti: una sorta di dilazione normativa foriera dell'effetto, sostanzialmente, di rinviare il nodo politico alla legislatura successiva. Il completamento frattanto dell'opera di censimento dei lavoratori interessati, comunque, ha creato le premesse per un possibile intervento legislativo rapido da parte del Parlamento neoeletto. Non sembrano condivisibili, comunque, nemmeno le critiche che muovono dalla necessaria salvaguardia piena e indistinta di tutti coloro che sono stati inclusi nelle liste ministeriali: trattandosi di situazioni individuali altamente differenziate sul piano dell'età e della capacità economico-reddituale (es. le liste includono piccoli numeri di figure dirigenziali esodate tramite incentivi economici aziendali cospicui, le quali ambiscono a trattamenti pensionistici elevati), sarebbe certamente auspicabile un utilizzo equo delle risorse pubbliche, nel rispetto di tutti i valori costituzionali in rilievo. Dovrebbe, forse, ipotizzarsi un mutamento di prospettiva. Invece di ragionare in termini di inclusione o esclusione da una salvaguardia piena, il legislatore avrebbe potuto (potrebbe) prediligere la diversa opzione di concedere un trattamento previdenziale ridotto entro una soglia massimale (es. quella stabilita per le integrazioni salariali), godibile come "ponte" fino al raggiungimento dei nuovi requisiti pensionistici, ma soltanto nei casi di effettivo bisogno riscontrato tramite prova dei mezzi (es. tramite applicazione degli indicatori Isee della situazione economica equivalente). In tal caso, peraltro, coloro che dispongono d'interessanti opportunità d'occupazione potrebbero preferire permanere nel mercato del lavoro.

[26] Secondo i dati Inps, nel primo semestre 2013 l'età media effettiva di pensionamento nel settore privato è stata 61,4 anni: un secco aumento di 1 anno rispetto al 2011. Nel pubblico impiego la media è poco più bassa: 60 anni e 8 mesi, con una minore differenza tra uomini e donne, ma una differenza maggiore tra settori: da un minimo di 54,8 anni per il personale di polizia a un massimo di quasi 71 anni per i magistrati: cfr. MARRO, *Pensioni: dopo la riforma Fornero uscita dal lavoro vicina a 61 anni e mezzo*, in www.corriere.it 28 luglio 2013.

[27] Circolare n. 2 dell'8 marzo 2012 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione pubblica, intitolata «d.l. n. 201 del 2011, convertito in legge n. 214 del 2011, cosiddetto "decreto salva Italia" Art. 24. Limiti massimi per la permanenza in servizio nelle pubbliche Amministrazioni». L'impostazione è seguita nel messaggio Inps n. 8381 del 15 maggio 2012. Per una prima lettura vedi DI BIASE, *Il pensionamento coatto e le nuove regole in materia*

Funzione pubblica è intervenuto offrendo una lettura riduttiva dell'impatto della riforma pensionistica sulle pubbliche amministrazioni. Nel pubblico impiego, infatti, secondo tale lettura l'innalzamento dell'età media dei pensionamenti sarebbe perseguito tramite l'aumento dei requisiti minimi per la pensione, ma non anche tramite la neo-introdotta facoltà di prosecuzione della vita lavorativa fino al ben superiore limite massimo di 70 anni, che dunque varrebbe solo nel settore privato. La circolare, inoltre, esclude il pubblico impiego dagli effetti, in termini di flessibilità del pensionamento come scelta individuale, dell'innalzamento del requisito per la pensione di vecchiaia a 66 anni. Secondo il Dipartimento della Funzione pubblica, l'età di collocamento a riposo d'ufficio dei dipendenti pubblici sarebbe tutt'ora 65 anni[28].

Sulle imprese, non abilitate a fare a meno dei dipendenti d'età più elevata[29] senza il loro consenso[30], viene così caricata una parte del costo della riforma pensionistica[31], in termini di maggiore one-

previdenziale nel pubblico impiego, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 560 ss.

[28] Secondo l'opinione istituzionale, tale soglia di 65 anni sarebbe non agganciata alla speranza statistica di vita, al contrario delle soglie di 66 e 70 anni, che, come meglio si dirà, sono infatti state innalzate di 3 mesi a decorrere dall'inizio del 2013.

[29] La prima giurisprudenza sta confermando ciò che comunque pareva chiaro già dal dato letterale: vedi Trib. Milano ord. 10 aprile 2013 n. 2403, in *Boll. Adapt*, 2013, n 15, che ha ordinato la reintegrazione in un caso di licenziamento da parte di datore privato, confermando l'applicazione della nuova normativa pensionistica anche nei confronti di coloro che ricadono fino al 2011 nel calcolo retributivo.

[30] Non sposta i termini del discorso il sopravvenuto art. 4 commi 1-7 *ter* della l. n. 92/2012, che permette, nei casi di eccedenza di personale, accordi tra datori con più di quindici dipendenti e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello aziendale che prevedano, al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori più anziani, che il datore si impegni a corrispondere ai lavoratori una prestazione di importo pari al trattamento di pensione che spetterebbe in base alle regole vigenti, nonché a corrispondere all'INPS la contribuzione fino al raggiungimento dei requisiti minimi per il pensionamento. Trattasi infatti di costi interamente a carico del datore, come sottolinea TIRABOSCHI, *Riforma Fornero delle pensioni e staffetta generazionale: quale coerenza, quale efficacia, quali vantaggi e per chi?*, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 18.

[31] A ciò si somma l'effetto dell'abolizione delle pensioni di anzianità, che taluni hanno criticato fin da subito, poiché ha fatto venire meno uno strumento di ammortizzazione sociale delle crisi imprenditoriali: *in primis* vedi GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, relazione tenuta al congresso Aidlass «Il diritto del lavoro al tempo della crisi», Pisa, 7-9 giugno

re retributivo dovuto agli automatismi legati all'anzianità, nonché di formazione professionale, se non anche di minore produttività. Per le pubbliche amministrazioni, invece, secondo la circolare il legislatore avrebbe ritenuto prevalente l'esigenza di contenere l'innalzamento dell'età media del personale in servizio, come noto già oggi alta[32].

La soluzione ermeneutica proposta dal Dipartimento della Funzione pubblica è in linea con gli auspici delle singole amministrazioni, per plurimi motivi. In primo luogo, si mantiene la possibilità per i vertici burocratici di perseguire gli obiettivi di ammodernamento organizzativo tramite personale più giovane, quindi con maggiore dinamicità e confidenza con le nuove tecnologie. In secondo luogo, si evita di destabilizzare la programmazione del personale e, soprattutto, si conserva la possibilità di soddisfare aspettative di carriera e di copertura di posizioni e di sedi dirigenziali (nuovi concorsi, scorrimento di graduatorie, collaborazioni, posizioni dirigenziali, ecc.). In terzo luogo, perlomeno se non si verifica uno slittamento verso l'alto dell'intera catena gerarchica sottostante a colui che viene collocato in pensione, l'amministrazione datrice ottiene un risparmio sulle retribuzioni, prezioso a causa dei cogenti vincoli finanziari eteronomi.

Come noto, però, è alquanto alto il tasso di sostituzione tra l'ultima retribuzione e il primo rateo pensionistico di cui godono i dipendenti pubblici che stanno raggiungendo il 65° compleanno dopo la riforma pensionistica *ex* art. 24 del d.l. n. 201/2011. Essendo nati negli anni successivi al 1946 (nel 1947, per i collocamenti a riposo nel 2012; nel 1948, per quelli nel 2013; ecc.), essi rientrano tendenzialmente tra coloro che avevano 18 anni di contribuzione a fine 1995. Quindi ottengono un trattamento pensionistico quasi equivalente alla loro ultima retribuzione, in quanto cal-

2012, 10 ss. Contro il prolungato mantenimento al lavoro degli anziani imposto alle imprese si è infatti sollevata forte perplessità da parte dei rispettivi organismi esponenziali.

[32] Es. FORUMPA, *Un'analisi comparata del pubblico impiego in Italia, Francia e Regno Unito*, Roma, 2013, 24 ss. L'età media del pubblico impiego italiano è tra le più alte tra i paesi Ocse.

colato pressoché interamente con il metodo retributivo[33]. Sicché tutte le promozioni e le assunzioni di personale che vengono effettuate per sostituire questi lavoratori (seppure parzialmente, dato che il *turn over* è contingentato per legge) creano un costo aggiuntivo per le casse pubbliche. Gli importi retributivi risparmiati dalle singole amministrazioni sono, dunque, superati dall'ammontare dei trattamenti pensionistici aggiuntivi a carico dell'ente previdenziale pubblico. In sintesi, nel loro complesso le casse pubbliche si trovano aggravate. Se la posizione lavorativa liberatasi viene addirittura ricoperta interamente, i costi correnti quasi raddoppiano (va rilevato che ad un raddoppio dei costi correnti corrisponde un aumento dei complessivi costi di lungo periodo che è inferiore al doppio, ma comunque significativo[34]).

È risaputo che il personale pubblico dei livelli di comparto è incline a domandare il pensionamento appena matura il diritto[35]. Nondimeno, dati i grandi numeri complessivi degli apparati pub-

[33] Sussiste peraltro il paradosso per cui il passaggio al sistema di calcolo contributivo *pro rata* dal 2012 addirittura favorisce coloro che avevano già maturato l'anzianità contributiva massima nel sistema di calcolo retributivo, in quanto ottengono una quota aggiuntiva di pensione.

[34] È meno di un raddoppio poiché sulla pensione non matura il tfr, né v'è contribuzione previdenziale; va tenuto presente, inoltre, che la dinamica perequativa delle pensioni può mediamente risultare inferiore agli aumenti retributivi ottenuti tramite i periodici rinnovi contrattual-collettivi.

[35] L'eventuale propensione a proseguire il servizio sarà tendenzialmente dovuta a ragioni personali di tipo non economico, ma è certo incoraggiata da fattori economici: il maggiore importo della retribuzione rispetto alla pensione, anche per la maturazione del tfr; la dinamica stipendiale dovuta ai rinnovi contrattuali periodici, maggiore rispetto alla perequazione pensionistica (salvo blocchi stipendiali, o eventualmente pure in tale caso, allo scopo di permanere in servizio fino allo sbocco); il maggiore importo della posticipata pensione (anche per coloro che nel sistema retributivo avevano maturato l'anzianità massima, dato che ora è stato esteso a tutti il calcolo contributivo, foriero comunque di una quota di pensione ulteriore rispetto a quella derivante dall'anzianità maturata nel regime di calcolo retributivo), dovuto anche all'applicazione dei coefficienti di trasformazione più favorevoli che sono previsti per le età più elevate. A quest'ultimo proposito, è stato osservato da DEL FATTORE, *Relazione 8 ottobre 2012*, in www.cgil.it, che un rafforzamento marcato dei meccanismi legali che premiano economicamente la propensione individuale alla prosecuzione della vita lavorativa rischi di tradursi in redistribuzione inversa, a causa non solo della diversa gravosità psicofisica dei mestieri, ma anche della diversità su base censitaria dei livelli di salute emergenti nella ricerca demografica.

blici italiani, la soluzione ermeneutica definita dalla predetta circolare n. 2/2012 avrà incidenza sul bilancio della gestione previdenziale ex-Inpdap, che già è deficitaria[36]. Oltretutto, la maggiore propensione a rimanere in servizio si riscontra fra i dirigenti, ossia coloro che hanno diritto ai trattamenti più onerosi per le casse previdenziali.

La lettura proposta dal Dipartimento della Funzione pubblica, dunque, non è immune da controindicazioni di sistema, tanto più rimarchevoli in una fase di ristrettezze economiche. Appare destituita di fondamento non solo l'idea che il pensionamento forzoso generi un risparmio di spesa pubblica, ma anche l'idea che esso sia funzionale all'occupazione giovanile[37]. Dato che il pensionamento

[36] Secondo la relazione 26 febbraio 2013 d'approvazione del bilancio Comitato di indirizzo e vigilanza dell'Inps, la gestione ex-Inpdap prevede per il 2013 un disavanzo economico d'esercizio di 7.615 milioni di euro. Sicché è stata formalmente espressa preoccupazione da parte del Presidente dell'Inps con lettera pubblica del 22 marzo 2013 ai ministri vigilanti dell'Economia e del Lavoro, segnalando che il patrimonio netto dell'Inps sarebbe sufficiente a sostenere una perdita solo «per non oltre tre esercizi». Orbene, rispetto al pensionamento "forzoso" in discorso, sarebbe una vistosa contraddizione se lo sbilancio della gestione previdenziale dei dipendenti pubblici venisse invocato per giustificare ulteriori interventi restrittivi in materia di requisiti pensionistici.

[37] A quanto consta, comunque, la letteratura economica non rinviene alcuna relazione inversa tra livelli di occupazione dei giovani e quelli dei meno giovani. È anzi vero che i paesi con più elevati tassi di occupazione tra i lavoratori anziani mostrano anche una più bassa disoccupazione giovanile: cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco. Un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili* cit., 10. L'argomento dell'occupazione giovanile come giustificazione del licenziamento a scopo di pensionamento forzoso è già da tempo criticato, in quanto basato sulla fallace idea che il numero di posti di lavoro sia predeterminato nell'economia: vedi ad es. FREDMAN, *The age of equality*, in FREDMAN, SPENCER (a cura di), *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives*, Hart publishing, Oxford, 2003, 46; VICKERS, MANFREDI, *Age equality and retirement: squaring the circle*, in *Industrial law journal*, 2013, 66. Recentemente parla di «premessa profondamente sbagliata e cioè sulla illusione che i giovani possano trovare lavoro solo a scapito dei lavoratori più anziani» TIRABOSCHI, *Riforma Fornero delle pensioni e staffetta generazionale* cit., 2. Come è stato detto, «nei dati la sostituibilità tra lavoratori giovani e anziani proprio non esiste»: BOERI, GALASSO, *Per una vera staffetta tra generazioni*, 2013, in www.lavoce.info. Nondimeno, tale argomento affiora talora nella giurisprudenza ordinaria, in quanto utilizzato anche dalla Consulta, seppure in un'epoca nella quale era minore la sensibilità per le questioni di compatibilità finanziaria: cfr. Corte cost. 27 luglio 1989 n. 461 cit., che rigettò la questione di legittimità della norma che imponeva l'obbligatorio collocamento a riposo dei dipendenti civili dello Stato al sessantacinquesimo anno di età, preclu-

aumenta gli esborsi pubblici complessivi, restano minori risorse a disposizione della collettività, anche per finalità sociali[38].

dendo, in via generale, il trattenimento in servizio del personale ultrasessantacinquenne che non avesse maturato l'anzianità minima di servizio utile a pensione. Come noto, però, questa pronuncia è stata superata: cfr. Corte cost. 18 giugno 1991 n. 282, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1089. Cfr. anche Corte giust. Ue 5 luglio 2012 C-141/2011, in *Foro it*., 2012, IV, 439, che riconosce discrezionalità al legislatore interno circa la possibilità che all'età pensionabile di 67 anni il rapporto lavorativo possa essere risolto liberamente dal datore anche qualora il trattamento pensionistico risulti esiguo. Già in precedenza la Corte aveva dichiarato la possibile compatibilità con il divieto di discriminazione per età delle norme di legge che autorizzano i contratti collettivi a fissare ad una certa età lo scioglimento del rapporto (Corte giust. Ue 12 ottobre 2010 C-45/09, in *Riv. it dir. lav.*, 2011, II, 515) o a stabilire la pensionabilità come criterio di scelta nei licenziamenti collettivi (Corte giust. Ce 16 ottobre 2007 C-411/05, in *Foro it*., 2008, IV, 345).

[38] Solo per fare un esempio, sulla base della durata e dell'importo medi dei vari trattamenti di disoccupazione e dell'importo medio della pensione dei dipendenti pubblici che sceglierebbero di rimanere in servizio, ci si potrebbe domandare, per ogni opzione di prolungamento del servizio anche solo di un anno, quanti disoccupati potrebbero ottenere un sostegno. Quand'anche si ritenga che la creazione di posti pubblici sia una (efficiente?) maniera di finanziare il contrasto alla disoccupazione, il saldo è comunque pari, rispetto a destinare tali risorse ad altra forma di lotta alla disoccupazione.

Diverso discorso, invece, è quello che riguarda la liberazione di posti presso un singolo ente o nell'ambito di una categoria numericamente predefinita, allo scopo di distribuire in maniera equilibrata detti posti tra le diverse generazioni (questa però non è una scelta politica a costo zero; anzi offre una liberazione di posizioni lavorative che è solo *una tantum*, ma comporta un costo previdenziale aggiuntivo permanente); in proposito vedi Corte giust. Ue 18 novembre 2010 C-250/09 e C-268/09, in http://eur-lex.europa.eu, secondo cui l'art. 6 n. 1 della direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE dev'essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale (bulgara) che prevede il pensionamento d'ufficio dei professori universitari al compimento dei 68 anni e la possibilità che questi ultimi proseguano la loro attività oltre i 65 anni unicamente mediante contratti a tempo determinato conclusi per un periodo di un anno e rinnovabili al massimo due volte, fintantoché tale normativa persegua una finalità legittima connessa alla politica del mercato del lavoro, come appunto l'ottimale ripartizione dei posti di professore tra le generazioni, e consenta di conseguire tale finalità con mezzi appropriati e necessari, spettando al giudice nazionale verificare se tali condizioni siano soddisfatte. Seppur vada collocata nell'ambito delle peculiari vicende, anche costituzionali, che hanno recentemente caratterizzato l'Ungheria, vedi però Corte giust. Ue 6 novembre 2012 C-286/12, in *Riv. giur. lav*., 2013, II, 301, con nota di GUADAGNO, *Abbassamento dell'età pensionabile e motivi di giustificazione delle disparità di trattamento*, sull'illegittimità dell'abbassamento dell'età di collocamento a riposo dei giudici. In sostanza trattasi di opzioni eminentemente politi-

Se davvero la riforma *ex* art. 24 del d.l. n. 201/2011 dovesse essere letta nel senso proposto dalla circolare n. 2/2012 del Dipartimento della Funzione pubblica, ci si potrebbe interrogare sulla legittimità costituzionale di una tale divergenza tra la disciplina del lavoro pubblico e quella del privato, le quali viceversa sono sempre più accomunate pure sul piano previdenziale[39]. Nello stesso d.l. n. 201/2011, vi sono altre norme nel senso della convergenza di disciplina previdenziale tra lavoratori pubblici e privati: si pensi all'eliminazione dell'equo indennizzo e delle pensioni privilegiate (art. 6), oltre che alla concentrazione nell'Inps delle competenze del disciolto Inpdap (art. 21). Una siffatta divergenza tra impiego privato e pubblico, sull'età massima di permanenza facoltativa al lavoro, nemmeno è giustificabile da esigenze di copertura finanziaria, poiché come detto comporta anzi un carico aggiuntivo per le casse pubbliche.

Una tale differenza di trattamento, rispetto ai coetanei dipendenti dalle imprese[40], risulterebbe quasi una dichiarazione per legge che i dipendenti pubblici ultra-sessantacinquenni che preferirebbero

---

che, sulle quali i giudizi presso le alte corti finiscono per assumere caratterizzazioni episodiche.

La controtendenza, rispetto alle linee evolutive del sistema, dell'utilizzo dello strumento pensionistico a scopo di gestione delle eccedenze di personale pubblico e la sua antieconomicità sono comunque segnalate in dottrina: vedi ad es. BOZZAO, *Pensionabilità del dipendente pubblico anziano e disciplina del licenziamento* cit., 446. Seppur non con riguardo al settore pubblico, vedi anche BASENGHI, *Età e perdita dell'impiego: il quadro italiano*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 1014 ss.; AVIO, *I prepensionamenti: un istituto di tutela del reddito?*, in BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007, 202; FERRANTE, *Invecchiamento attivo e prolungamento della vita lavorativa*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu* cit., vol. III, 1188 ss.

[39] La differenza tra dipendenti pubbliche e private che attiene ai nuovi requisiti minimi per il pensionamento si spiega per il diverso percorso normativo conseguente alla nota sentenza della Corte di Lussemburgo che riguardò solo le lavoratrici pubbliche: vedi Corte giust. Ce 13 novembre 2008 C-46/2007, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 71, con nota di VALLEBONA, *Età pensionabile e differenze*, e in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 97, con nota di SANDULLI, *Età pensionabile e parità uomo donna per i pubblici dipendenti: la Corte di giustizia fra omissioni e rideno-minazioni*. Comunque si tratta di una differenza solo transitoria.

[40] L'attuale assetto legale della pensione di vecchiaia identifica nella soglia nei 70 anni il raggiungimento del momento di «presunzione di incapacità lavorativa» anche secondo AVIO, *La vecchiaia della pensione?* cit., 407. Sicché la contraddizione risiede nella disciplina riguardante i lavoratori pubblici.

restare in servizio (dunque i più motivati) non sarebbero mediamente in grado d'offrire una prestazione lavorativa utile. Ciò però sarebbe un'ammissione, tramite fonte legale, che la riforma pensionistica ponga a carico delle imprese il sostegno al reddito di pensionandi pressoché improduttivi.

Le ricadute dell'inevitabile prolungamento della vita attiva nei luoghi di lavoro, e i relativi rimedi, sono un tema cruciale dei prossimi decenni[41]: va escluso fin d'ora che tale tema possa essere eluso da parte del datore pubblico.

2. *L'impiego pubblico e le nuove soglie anagrafiche dei 70 anni e dei 66 anni*

Il secondo periodo del comma 4 dell'art. 24 della riforma pensionistica stabilisce che «Il proseguimento dell'attività lavorativa è incentivato, fermi restando i limiti ordinamentali dei rispettivi settori di appartenenza, dall'operare dei coefficienti di trasformazione calcolati fino all'età di settant'anni, fatti salvi gli adeguamenti alla speranza di vita, come previsti […]. Nei confronti dei lavoratori dipendenti, l'efficacia delle disposizioni di cui all'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni opera fino al conseguimento del predetto limite massimo di flessibilità». La circolare n. 2/2012 argomenta la dubitabile esclusione del pubblico impiego dalla facoltà di permanenza oltre i 65 anni facendo leva sull'inciso «fermi restando i limiti ordinamentali dei rispettivi settori di appartenenza», contenuto nel comma 4 appena menzionato.

Per considerare non applicabile al pubblico impiego la facoltà di prolungare il servizio fino a 70 anni, né quella di rimanere in servizio fino all'età di 66 anni, la circolare del Dipartimento della

[41] Oltre all'elaborazione proposta recentemente dalla Commissione europea con il cennato Libro bianco 2012 sulle pensioni, vedi, già all'indomani della riforma pensionistica di cui all'art. 24 del d.l. n. 201/2011, il sintetico quanto efficace intervento di MAZZAFERRO, MORCIANO, *Il fattore anziani al lavoro*, 2012, in www.lavoce.info, nonché MARCALETTI, *Paradigmi e approcci nella gestione dell'invecchiamento delle forze di lavoro* cit., 35 ss.

Funzione pubblica riesuma come vigenti due disposizioni che negli anni '70 fissavano a 65 anni il limite massimo di servizio.

Queste due vecchie disposizioni, l'art. 4 comma 1 del d.p.r. n. 1092/1973 e l'art. 12 della l. n. 70/1975, sarebbero richiamate implicitamente dall'art. 24 comma 4 del d.l. n. 201/2011. Per chiarezza, è utile riportare per intero l'argomento della circolare n. 2/2012: «la nuova disciplina riguarda i requisiti per l'accesso al trattamento; l'art. 24 non ha invece modificato il regime dei limiti d'età per la permanenza in servizio, la cui vigenza, anzi, è stata espressamente confermata (comma 4 dell'art. 24). Occorre pertanto chiarire che rimangono vincolanti per tutti i dipendenti i limiti fissati dalla normativa generale (compimento del 65° anno d'età in base all'art. 4 del d.p.r. n. 1092 del 1973 per i dipendenti dello Stato e all'art. 12 della legge n. 70 del 1975 per i dipendenti degli enti pubblici, limiti applicabili in via analogica anche alle altre categorie di dipendenti in mancanza di diversa indicazione normativa) e quelli stabiliti per particolari categorie (ad esempio, compimento del 70° anno d'età per i magistrati, gli avvocati e procuratori dello Stato ed i professori ordinari in base rispettivamente all'art. 5 del r.d.lgs. n. 511 del 1946, all'art. 34 del r.d. n. 1611 del 1933 e all'art. 19 del d.p.r. n. 382 del 1980)».

Nella circolare si deduce quindi che in base «ai principi generali, una volta raggiunto il limite di età ordinamentale l'Amministrazione prosegue il rapporto di lavoro o di impiego con il dipendente sino al conseguimento del requisito minimo per il diritto alla pensione (il principio della prosecuzione si desume dall'art. 6, comma 2 *bis*, del d.l. n. 248 del 2007, convertito in l. n. 31 del 2008, a proposito del reintegro sul posto di lavoro a seguito di licenziamento). Inoltre, per i dipendenti che hanno maturato il diritto a pensione (diversa da quella di vecchiaia), l'età ordinamentale costituisce il limite non superabile (se non per il trattenimento e per la finestra) in presenza del quale l'Amministrazione deve far cessare il rapporto di lavoro o di impiego. Discende da quanto detto che nel settore del lavoro pubblico non opera il principio d'incentivazione alla permanenza in servizio sino a 70 anni enunciato dal comma 4 dell'art. 24 citato».

Secondo la circolare, non meglio precisati principi generali giustificherebbero e imporrebbero il pensionamento subito dopo i 65 anni «al conseguimento del requisito minimo per il diritto alla pensione». Dato che la pensione di vecchiaia ora si consegue non prima di 66 anni, la circolare si riferisce alla pensione anticipata, che per i dipendenti pubblici ultra-sessantacinquenni va intesa così non solo come un diritto ma addirittura come un obbligo. Il legislatore cioè avrebbe utilizzato l'aggettivo «anticipata» in due diverse accezioni: nel settore privato, l'anticipo è rispetto al 66° compleanno (ed anzi in pratica al 70°, qualora si ritenga che la legge non richieda un atto del lavoratore che esprima la scelta del prolungamento oltre i 66 anni); invece, nel pubblico impiego l'anticipo, secondo la circolare, va inteso rispetto al 65° compleanno.

In codesta ottica, nel pubblico impiego la pensione di vecchiaia è solo residuale, poiché larga parte dei dipendenti pubblici deve essere collocata a riposo d'ufficio prima. Dai 65 anni, nel pubblico impiego si tratterebbe di pensionamento comunque obbligatorio, ma di due diversi generi: pensionamento anticipato, se prima dei 66 anni (nella larga maggioranza dei casi al compimento del 65° compleanno); oppure, pensionamento di vecchiaia, se a 66 anni (o ad una età maggiore, per il poco frequente caso di coloro che a 66 anni non raggiungono l'importo-soglia pensionistica minima o non hanno 20 anni di anzianità[42]).

Come detto, il Dipartimento della Funzione pubblica argomenta la dubitabile esclusione del pubblico impiego dalla facoltà di permanenza oltre i 65 anni facendo leva sull'inciso «fermi restando i limiti ordinamentali dei rispettivi settori di appartenenza», contenuto nel comma 4 dell'art. 24 del d.l. n. 201/2011. Senonché, detto inciso è collocato in un comma che introduce non un vincolo, bensì una facoltà, ed anzi è inserito nel periodo che introduce un incentivo a detta facoltà (la facoltà medesima è esplicitata dal suc-

[42] La circolare Inps 1° febbraio 2013 n. 16 precisa che, anche dopo la riforma del 2011, il requisito resta ridotto a 15 anni per coloro i quali, nel regime di calcolo retributivo o misto, erano stati esentati dall'innalzamento ai sensi dell'art. 2 comma 3 del d.lgs. n. 503/1992, compresi gli appartenenti alle forme di previdenza sostitutive ed esclusive del regime generale obbligatorio ivi inclusa la gestione ex-Inpdap.

cessivo periodo che riguarda il prolungamento della tutela reale contro i licenziamenti[43]). Sicché, tale inciso non sembra una norma vincolante, bensì ulteriormente permissiva, riferita ai limiti ordinamentali massimi superiori al 70° anno vigenti per taluni soggetti, in particolare il limite massimo di servizio di 75 anni previsto per i magistrati dall'art. 16 comma 1 *bis* del d.lgs. n. 503/1992, come modificato nel 2002[44]. La circolare n. 2/2012 del Dipartimento della Funzione pubblica invece esemplifica con riferimento al previgente limite speciale di 70 anni di magistrati, professori universitari[45], e altri; ma tale limite sarebbe comunque rimasto vigente, valendo ora per tutti.

Il predetto inciso nel secondo periodo del comma 4 dunque non si riferisce alla generalità del pubblico impiego. La riforma pensionistica di cui all'art. 24 del d.l. n. 201/2011 disciplina invece il pubblico impiego nel primo periodo dello stesso comma 4, che richiama le forme «esclusive e sostitutive della» assicurazione generale obbligatoria, anch'esse sottoposte ai nuovi «requisiti minimi previsti dai successivi commi». I dipendenti pubblici sono espressamente richiamati appunto nei successivi commi, che stabiliscono i nuovi limiti d'età per la pensione di vecchiaia dei dipendenti privati e pubblici.

In subordine, quand'anche si volesse ritenere il predetto inciso di legge sui limiti ordinamentali massimi riferibile anche ai limiti massimi di servizio inferiori al 70° anno, esso dovrebbe essere letto rispetto al comma in cui è inserito, che riguarda il prolungamento

[43] Su cui vedi *infra* nel § seguente.

[44] Per quanto riguarda, invece, i giudici onorari, la Consulta ha avuto recente occasione di confermare la legittimità costituzionale dell'età di cessazione dal servizio fissata a 72 anni per talune categorie (giudici onorari aggregati; viceprocuratori onorari), senza poter effettuare un paragone con altre categorie di giudici onorari, per i quali è fissata a 75 anni (giudici di pace; componenti delle commissioni tributarie) o non è fissata alcuna età massima (esperti che compongono le sezioni specializzate agrarie e il Tribunale di sorveglianza): Corte cost. 23 maggio 2013 n. 100, in www.cortecostituzionale.it.

[45] Sulle complesse vicende normative che hanno riguardato il collocamento a riposo dei docenti universitari, antecedentemente al d.l. n. 201/2011, vedi ampiamente PASSALACQUA, *I limiti di età per il pensionamento dei docenti universitari tra normativa generale e normativa speciale* cit., 92 ss., tenendo però conto della sopravvenuta Corte cost. 9 maggio 2013 n. 83 cit.

appunto fino al 70° anno. Tale inciso non dovrebbe essere inteso come eliminazione dell'effetto sui limiti ordinamentali causato dall'innalzamento a 66 anni della pensione di vecchiaia, poiché tale innalzamento è prescritto in altri commi (dal sesto al nono). Questi altri commi sono anzi il nucleo centrale della riforma *ex* art. 24 del d.l. n. 201/2011: se il legislatore avesse davvero voluto limitare la portata della riforma escludendo così il pubblico impiego, lo avrebbe stabilito chiaramente, come ha fatto per le forze di polizia e le altre categorie ritenute meritevoli di un trattamento differenziato (con una formulazione che comunque sottolinea l'esigenza di pervenire ad un'armonizzazione[46], il comma 18 dell'art. 24 prevede l'emanazione di un regolamento apposito per forze armate, polizia, vigili del fuoco, controllori di volo, e altri soggetti, che tenga «conto delle obiettive peculiarità ed esigenze dei settori di attività nonché dei rispettivi ordinamenti»; al tempo in cui si scrive, tale regolamento non è stato ancora approvato[47]).

La collocazione da parte del legislatore dell'inciso sulla salvezza dei limiti ordinamentali nel comma sulla soglia di 70 anni appare comportare che il suo effetto ricade sulla facoltà di prolungamento da 66 a 70 ivi prevista. Semmai, solo questa facoltà potrebbe intendersi preclusa ai dipendenti pubblici, i quali possono dunque scegliere di rimanere in servizio fino a 66 anni (se non fino a 70 anni, come si avrà modo di argomentare). In questa prospettiva, detto comma 4, ove stabilisce che anche nel pubblico impiego «la pensione di vecchiaia si può conseguire all'età in cui operano i requisiti minimi previsti dai successivi commi» (ossia 66-70 anni), va inteso nel senso non solo che a tali età la pensione è un diritto, ma

[46] Tant'è che anche per le forze dell'ordine valgono già, pure in mancanza della disciplina attuativa speciale loro applicabile, gli effetti degli incrementi statistici della speranza di vita: vedi il messaggio Inps 10 gennaio 2013 n. 545.

[47] La bozza di regolamento predisposta dal governo aumentava a 62 anni il requisito per la pensione di vecchiaia, ma risulta avversata dalle competenti commissioni parlamentari. Attualmente, l'età media effettiva di pensionamento del personale di polizia è 54,8 anni e quella dei militari è intorno ai 57 anni: cfr. i dati Inps del primo semestre 2013 riportati da MARRO, *Pensioni: dopo la riforma Fornero uscita dal lavoro vicina a 61 anni e mezzo*, in www.corriere.it 28 luglio 2013.

anche che sia un diritto attendere tali età per conseguirla, come non si dubita che sia per i dipendenti privati.

Nelle pagine che seguono, le due predette impostazioni ermeneutiche alternative a quella affermata dalla circolare n. 2/2012 del Dipartimento della Funzione pubblica verranno trattate congiuntamente. Tranne l'interpretazione del comma 4, infatti, gli argomenti testuali e sistematici a sostegno dell'idea che l'età massima di servizio nel pubblico impiego sia stata elevata a 70 anni sono argomenti per esclusione, i quali cioè tendono a negare che tale età massima sia tutt'ora 65 anni. Sicché, in subordine, restano proponibili a supporto dell'idea che l'età massima di servizio ora coincida con l'età di 66 anni necessaria alla pensione di vecchiaia.

Ove si accolga una delle due impostazioni ermeneutiche secondo le quali il limite massimo di servizio non è più 65 anni, ci si può domandare quali siano le possibili conseguenze pratiche dei pensionamenti che stanno avvenendo dall'inizio del 2012 sul presupposto della permanente vigenza del predetto limite massimo. Qualora il preavviso di collocamento a riposo fosse qualificabile come atto di recesso[48], la mancata impugnazione entro il termine di 60 giorni di cui all'art. 6 della l. n. 604/1966 comporterebbe decadenza (cfr. anche l'art. 32 comma 2 della l. n. 183/2010, secondo cui tale decadenza si applica a tutti i casi d'invalidità del licenziamento).

In realtà, il preavviso dell'amministrazione pare, piuttosto, un atto ricognitivo erroneo, privo di volontà solutoria[49]; sicché la que-

[48] In questo senso propendevano, all'indomani della privatizzazione, PILEGGI, *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro* cit., 264 ss., e DE MARINIS, *Intervento*, in PILEGGI (a cura di), *Età pensionabile ed estinzione del rapporto* cit., 97 ss., sulla base della prevalenza sulla difforme contrattazione collettiva della fonte di legge che assimila il pubblico impiego al privato anche per l'estinzione del rapporto.

[49] L'automaticità dell'effetto solutorio è prevalente in giurisprudenza: es. Cass. 17 giugno 2010 n. 14628 cit., che ha negato il risarcimento da licenziamento illegittimo per le mensilità successive al compimento dell'età di collocamento a riposo del lavoratore (all'opposto del settore privato: vedi ad es. Cass. 2 febbraio 2012 n. 1462, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 638, che ha cassato la sentenza che, senza una verifica dell'effettiva percezione della pensione, aveva negato la risarcibilità per i mesi successivi al compimento dell'età della pensione di vecchiaia di un lavoratore licenziato illegittimamente; vedi l'afferente nota di DE MARCO, *Età pensionabile e risarcimento del danno da licenziamento illegittimo*, anche per ul-

stione è più complessa: pare potersi ritenere che il rapporto si estingua comunque, per dimissioni derivanti dalla domanda di pensione, che la prassi impone di presentare sia all'ente previdenziale sia alla propria amministrazione[50]. In ogni caso, a decorrere dall'effettivo allontanamento dal lavoro, il rapporto dovrebbe ritenersi risolto per fatti concludenti, anche ove la contrattazione collettiva non identifica come autonoma causa di estinzione la mancata presentazione al lavoro per un predefinito lasso di tempo[51].

Una soluzione semplificatrice sul piano pratico potrebbe essere quella di ritenere necessaria una qualche manifestazione di volontà del dipendente di proseguire fino alle nuove soglie. Qualora si ammetta la prosecuzione del servizio fino a 70 anni, potrebbe ritenersi che la peculiarità dell'impiego pubblico richieda la presentazione di una istanza entro la nuova soglia di 66 anni della pensione di vecchiaia. Non si rinviene invece ragione per la quale i dipendenti pubblici dovrebbero esprimere una richiesta entro i 65 anni

teriori riferimenti sugli orientamenti relativi al lavoro alle dipendenze delle imprese). Sottrae il collocamento a riposo dal termine decadenziale d'impugnazione del licenziamento Cass. 28 aprile 2009 n. 9924. Ritiene superfluo il preavviso dell'amministrazione ai fini dell'efficacia solutoria del collocamento a riposo, Cass. 3 novembre 2008 n. 26377, entrambe in *Foro it. on line*.

[50] Né è scontata la possibilità di annullamento di tali dimissioni per errore, anche perché tale errore non è facilmente conoscibile dal datore (le amministrazioni confidano legittimamente nell'attendibilità della circolare n. 2/2012). Merita segnalare che (seppur come visto la questione sia problematica), con la risposta all'interpello n. 35 del 22 novembre 2012, il Ministero del lavoro afferma l'inapplicabilità nel pubblico impiego della nuova disciplina delle dimissioni di cui all'art. 4 commi 16-22 della l. n. 92/2012.

[51] Quanto alla contrattazione collettiva, essa ovviamente non può avere alcuna forza di resistenza rispetto alla riforma pensionistica. Deve ritenersi integrato dalla sopravvenuta legge il contratto collettivo che ribadisca il previgente limite massimo di 65 anni: vedi ad es. l'art. 29 del Ccnl 1 marzo 2002 per il personale dell'Area V della dirigenza scolastica. Meglio hanno fatto quei contratti collettivi che in proposito si limitano ad un rinvio generico alla normativa applicabile: cfr. ad es. gli artt. 38 e 39 del Ccnl 21 aprile 2006 per i dirigenti dell'Area I, secondo cui la cessazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, superato il periodo di prova, ha luogo anche «al compimento del limite massimo di età […previsto] dalle norme di legge applicabili nell'amministrazione», nonché «La cessazione del rapporto di lavoro per compimento del limite massimo di età avviene automaticamente al verificarsi della condizione prevista ed opera dal primo giorno del mese successivo. La cessazione del rapporto è comunque comunicata per iscritto dall'amministrazione».

(soglia oggi priva di rilievo), salvo semmai coloro per i quali il passaggio al nuovo regime normativo è solo una facoltà, in quanto avevano già maturato la pensione di anzianità prima della riforma di fine 2011[52].

3. *L'innalzamento del limite anagrafico della tutela* ex *art. 18 St. lav. determinato dalla riforma pensionistica*

Un importante effetto deriva dalla combinazione fra l'innalzamento a 66 anni del requisito anagrafico per la pensione di vecchiaia e l'art. 6 comma 2 *bis* del d.l. n. 248/2007. Di questo comma, la circolare del Dipartimento della Funzione pubblica offre una lettura che non sembra aderente al tenore letterale. Tale comma 2 *bis* stabilisce infatti che l'efficacia dell'art. 18 St. lav. «nei confronti del prestatore di lavoro nelle condizioni previste dall'articolo 4, comma 2, della legge 11 maggio 1990, n. 108, è comunque prorogata fino al momento della decorrenza del trattamento pensionistico di vecchiaia spettante al prestatore medesimo». Dato che le condizioni di cui all'art. 4 comma 2 della l. n. 108/1990 consistono nell'essere «in possesso dei requisiti pensionistici», il precetto si ricostruisce nel senso che la tutela contro i licenziamenti «è comunque prorogata fino al momento della decorrenza del trattamento pensionistico di vecchiaia» anche nei confronti del prestatore di lavoro «in possesso dei requisiti pensionistici» per gli altri trattamenti, ossia per la pensione anticipata.

In sintesi, il comma in questione del decreto-legge del 2007 richiamato dalla circolare non afferma che la tutela rispetto ai licenziamenti sia inapplicabile dopo i 65 anni, bensì che è applicabile fino all'età per la pensione di vecchiaia. Tale comma quindi non dimostra che i nuovi incentivi per restare fino a 70 anni siano inapplicabili al pubblico impiego. Anzi, alla luce del fatto che il nuovo limite di 66 anni è solo minimo e non più anche massimo, potrebbe ritenersi che proprio detto comma tuteli ora la stabilità del rapporto non solo fino a 66 anni ma fino all'attuale età massi-

[52] Sul rilievo del regime transitorio vedi *infra* nel § 4.

ma per la pensione di vecchiaia, cioè 70 anni (salvo ci si discosti dall'impostazione qui proposta, escludendo i dipendenti pubblici dalla facoltà di prosecuzione fino a quest'ultima età).

Oltretutto, detto art. 4 comma 2 della legge del 1990 afferma che sono «fatte salve le disposizioni dell'articolo 3 della presente legge», ossia il divieto di licenziamento discriminatorio: il recesso datoriale «determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e dell'articolo 15» St. lav. è nullo «indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'articolo 18» St. lav. Come noto, il d.lgs. n. 216/2003 ha ritoccato l'appena richiamato art. 15 St. lav., aggiungendo l'età tra i criteri di discriminazione vietati[53]. Sicché l'atto datoriale espulsivo che intenda avere effetto prima del 70° compleanno[54] del lavoratore per ragioni d'età pensionabile non solo risulta privo di fondamento, ma potrebbe anche essere ritenuto affetto da diretta discriminatorietà[55]. In proposito, alcuni recenti orientamenti della giurisprudenza europea sulla giustificabilità delle discriminazioni per età sono alquanto restrittivi[56].

[53] Cfr. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele* cit., 153 ss., e, antecedentemente ai ritocchi legislativi del 2008, riguardanti anche la giustificabilità delle discriminazioni per età (spec. art. 3 commi 4 *bis* e 4 *ter* del d.lgs. n. 216/2003, modificato dal d.l. n. 59/2008 come integrato dalla legge di conversione n. 101/2008), BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio* cit., 126 ss.

[54] Si ribadisce che questi ragionamenti possono essere parimenti riferiti all'altra alternativa ermeneutica qui enucleata, cioè il rilievo della soglia anagrafica dei 66 anni (non solo ai fini della pensione di vecchiaia ma appunto) anche del collocamento a riposo dall'impiego pubblico, nel senso già illustrato.

[55] Nella giurisprudenza europea il nesso tra età e idoneità psicofisica al lavoro è riconosciuto come giustificazione alle discriminazioni per età nel pubblico impiego con riguardo a particolari mansioni che documentatamente richiedono un'idoneità psicofisica particolare: cfr. Corte giust. Ue 12 gennaio 2010 C-229/08, in *Lav. giur.*, 2010, 395, con nota di SPINELLI, *Discriminazione per età e accesso al lavoro*, che ha ritenuto legittima l'imposizione di un'età massima per il reclutamento di particolari categorie di dipendenti pubblici (vigili del fuoco, nella specie).

[56] La differenza tra prolungamento fino a 70 anni della tutela contro i licenziamenti di dipendenti privati e solo fino a 65 anni per l'indistinta generalità dei dipendenti pubblici italiani potrebbe non essere coerente con i più rigorosi orientamenti della giurisprudenza comunitaria. Vedi ad es. Corte giust. Ue 12 gennaio 2010 C-341/08, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 956, con commento di CALAFÀ, *Le*

Trattandosi di un atto datoriale di preavviso di collocamento a riposo, motivato come tale, non si porrà alcun problema di onere della prova della discriminazione a carico del lavoratore.

Né può dubitarsi dell'applicazione dell'art. 18 St. lav. anche a favore dei dirigenti, menzionati dall'ultima parte dell'art. 3 della l. n. 108/1990. Peraltro i dirigenti pubblici ricevono questa tutela in base alle previsioni della contrattazione collettiva[57] e, comunque, all'orientamento adottato dalla Cassazione[58] e dalla Consulta[59].

---

discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio «emergente»), nonché Corte giust. Ue 13 settembre 2011 C-447/09, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 391, con nota di PAPA, *ivi*, 313, *L'illegittimità della clausola di «pensionamento coatto» nel caso Prigge c. Deutsche Lufthansa*, e in *Arg. dir. lav.*, 2012, 415, con nota di GUADAGNO, *Discriminazioni basate sull'età in ambito aeronautico e motivi di giustificazione del pensionamento automatico*, secondo cui l'art. 4 n. 1 della direttiva 2000/78/CE deve essere interpretato nel senso che «osta a che una clausola di un contratto collettivo, come quella di cui trattasi nella causa principale, fissi a 60 anni l'età limite a partire dalla quale i piloti sono considerati non più in possesso delle capacità fisiche per esercitare la loro attività lavorativa, mentre la normativa nazionale e quella internazionale fissano tale età a 65 anni. L'art. 6 n. 1 primo comma della direttiva 2000/78/CE deve essere interpretato nel senso che la sicurezza aerea non costituisce una finalità legittima ai sensi di tale disposizione». Vedi anche Corte giust. Ue 6 novembre 2012 C-286/12 cit. Per un quadro dei limiti in cui la normativa europea consente giustificate deroghe ai legislatori nazionali, vedi BALLESTRERO, *Pensionati recalcitranti e discriminazioni fondate sull'età*, in *Lav. dir.*, 2011, 142 ss., nonché GUARRIELLO, MINOLFI, *Da cenerentola a* leading case*: discriminazioni per età e Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, 103 ss.; ZUCARO, *La Corte di giustizia e il divieto di discriminazione in base all'età: il caso dei piloti Deutsche Lufthansa*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 1187; BORELLI, *La Corte di giustizia (ancora) alle prese con discriminazioni in ragione dell'età*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 935 ss.

[57] Vedi BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico* cit., 1014-1017.

[58] Cfr. da ultimo Cass. 29 luglio 2013 n. 18198, in *De agostini professionale on line*; Cass. 18 dicembre 2012 n. 23330, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 398, con nota di IARUSSI; Cass. 31 luglio 2012 n. 13710, in *Foro it. on line*. L'orientamento fu inaugurato da Cass. 1 febbraio 2007 n. 2233, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 686, con nota di BOSCATI, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile nel caso di illegittimo recesso dell'amministrazione*, e Cass. 20 febbraio 2007 n. 3929, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 481. Nello stesso senso, Trib. Verona 14 novembre 2007, in *Riv. impiego dirigenza pubblica*, 2008, fasc. 1, 67, e Trib. Perugia 30 dicembre 2010, in *Rass. giur. umbra*, 2011, 31.

[59] Corte cost. 24 ottobre 2008 n. 351 cit.; vedi MARCIANÒ, *Tutela reintegratoria e risarcitoria del dirigente pubblico, storia di una alternanza interpretativa e applicativa controversa*, in *Lav. pubb. amm.*, 2011, 71 ss.

Dato che la percentuale di donne nel pubblico impiego è assai più alta rispetto alla percentuale di donne occupate in generale nel mercato del lavoro italiano[60], l'interpretazione affermata dal Dipartimento della Funzione pubblica sembra comportare anche una discriminazione indiretta di genere, difficilmente giustificabile, alla luce della rigorosa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea[61]. Si tratterebbe infatti di una divergenza di disciplina sull'età di tutela contro i licenziamenti ingiustificati[62], peraltro con dirette ricadute sull'entità del trattamento pensionisti-

[60] Nelle tavole di presentazione del *Conto annuale* 2010, la periodica rilevazione censuaria dei dipendenti pubblici a cura della Ragioneria generale dello Stato (pubblicata su www.contoannuale.tesoro.it) si legge che «nell'arco del triennio la presenza femminile è aumentata in tutti i comparti restando stabilmente sopra il 55 percento degli occupati nel pubblico impiego». Come mostrano le stesse tavole, la percentuale è ancora più alta se si esclude l'esercito, le forze di polizia e gli altri settori del pubblico impiego che non rientrano tra le amministrazioni italiane *ex* art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 e che sono sottoposti a diversa disciplina pensionistica. Invece, nel mercato del lavoro italiano in generale le donne rappresentano soltanto il 40 percento degli occupati: cfr. la tavola 3 della scheda *Donne e Mercato del lavoro*, a cura del Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base di dati Istat, disponibile sul sito www.lavoro.gov.it.

[61] Con riferimento alla giustificabilità delle discriminazioni (dirette, però) di genere, la Corte di Lussemburgo ha affermato che deve ritenersi discriminatorio, per violazione dell'art. 3 n. 1 lett. *c* della direttiva n. 76/207/CEE, il licenziamento della lavoratrice intimato per il solo motivo che essa abbia raggiunto o superato l'età pensionabile ed abbia quindi diritto alla pensione di vecchiaia, atteso che quest'ultima, a norma della legislazione nazionale, matura in tempi diversi per gli uomini e per le donne, anche se l'estinzione del rapporto è giustificata dall'intento di uno Stato membro di promuovere l'inserimento professionale di soggetti più giovani: vedi Corte giust. Ue 18 novembre 2010 C-356/09, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 819, con nota di GIANNÌ, *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di età pensionabile e di età lavorativa nella giurisprudenza europea*, e *ibidem*, 2011, 511, con nota di F. OLIVELLI, *Ancora sulla parificazione dell'età pensionabile tra uomini e donne, secondo la Corte di giustizia*; nonché SCARPONI, *Discriminazione per età, ricambio generazionale, discriminazione di genere nei recenti orientamenti della Corte di giustizia Ue*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, 554 ss. Da ultimo, vedi Corte giust. Ue 11 aprile 2013 C-401/11, in http://eur-lex.europa.eu. Per un quadro, anche comparato, vedi RENGA, *Il principio di eguaglianza di genere nei sistemi pensionistici europei*, in *Lav. dir.*, 2012, 132 ss.

[62] Sulla rigorosità rispetto alle giustificazioni statuali delle discriminazioni per età per quanto riguarda le condizioni di licenziamento, vedi ad es. Corte giust. Ue, grande sezione, 19 gennaio 2010 C-555/07, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 958, con nota di CALAFÀ, e in *Mass. giur. lav.*, 2010, 435, con nota di GIUBBONI.

co[63]. Anche la Corte costituzionale è rigorosa in materia di discriminazioni di genere nella tutela contro i licenziamenti al raggiungimento dell'età pensionabile[64].

[63] Nel senso che il trattamento pensionistico Inpdap sia da intendersi sottoposto al rigido divieto comunitario di discriminazione retributiva di genere, vi è il noto precedente specifico di Corte giust. Ce 13 novembre 2008 C-46/2007 cit., che condannò la Repubblica italiana per discriminazione (diretta, però) derivante dalla differenziazione dell'età pensionabile facoltativa tra lavoratori pubblici e lavoratrici pubbliche: cfr. RAVELLI, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia (C-46/07)*, in CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio. Tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009, 142 ss., nonché GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, *ivi*, 44-48. Per un quadro, aggiornato alle prospettive di nuova normazione europea, vedi GOTTARDI, *"Vuoti" e "pieni": la retribuzione e la parità di trattamento nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Lav. dir.*, 2011, 616 ss.; più ampiamente, BONARDI, *Sistemi di* welfare *e principio di eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2012, 116-126. Appare utile offrire qualche dato generale: segnala ISTAT-INPS, *Trattamenti pensionistici e beneficiari. Anno 2011* cit., 4 ss., che le donne, seppure rappresentino la quota maggioritaria (il 52,9 percento), sono penalizzate rispetto agli uomini, i quali percepiscono il 56,1 percento dei redditi pensionistici; l'importo medio dei trattamenti percepiti dal genere femminile, infatti, è pari al 70 percento circa di quello degli uomini (13.228 euro rispetto a 19.022 euro, nel 2011). Ciò è evidentemente anche effetto delle discipline che in passato hanno concesso alle lavoratrici il pensionamento ad una età inferiore. Come si nota da parte dei sindacati, peraltro, il rafforzamento dei regimi previdenziali di secondo e terzo pilastro, comporterà un'ulteriore riduzione del reddito pensionistico delle donne, poiché in tali regimi il montante contributivo viene convertito in rendita tramite criteri di calcolo attuariali, che tengono conto delle differenze di genere nell'aspettativa statistica di vita: cfr. EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION, *Libro bianco sulle pensioni: «Garantire le pensioni: non commettere errori sugli obiettivi o il finanziamento».* Position paper *della Ces* cit., punto 22.

[64] Tra le pronunce della Consulta in proposito, cfr. recentemente Corte cost. 29 ottobre 2009 n. 275, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 898, con nota di VALLEBONA, *Incostituzionalità della nuova «opzione» per la prosecuzione del rapporto della donna pensionabile*, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 381, con nota di VILLA, *La Consulta torna a dichiarare l'illegittimità del diritto d'opzione richiesto alla lavoratrice per proseguire il rapporto di lavoro oltre l'età pensionabile*; si tratta di questione ripetutamente controversa: vedi già PILEGGI, *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro* cit., 157 ss. Sulla tendenza dell'ordinamento a parificare tra lavoratori e lavoratrici l'età di fruizione delle tutele lavoristiche e di sicurezza sociale, recentemente cfr. ad esempio Cass. 29 marzo 2012 n. 5085, in *Foro it. on line*, in materia d'età pensionabile come limite di fruizione dei benefici di cui alla l. n. 68/1999 sui disabili; soprattutto vedi la novellazione, da parte del d.lgs. n. 5/2010, dell'art. 30 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al d.lgs. n. 198/2006. Vedi NUNIN, *Età pensionabile delle lavoratrici (incidenza del tempo di*

In ogni caso, qualora un qualche previgente precetto prescrivesse la libertà di recesso come asserisce la circolare del Dipartimento della Funzione pubblica, dovrebbe intendersi abrogato dal sopravvenuto comma 4 dell'art. 24 del d.l. n. 201/2011, nel cui terzo periodo è stabilito che «Nei confronti dei lavoratori dipendenti, l'efficacia delle disposizioni di cui all'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni opera fino al conseguimento del predetto limite massimo di flessibilità». La stabilità del rapporto fino al 70° compleanno sarebbe stato un esito conseguente al rinvio operato dall'art. 6 comma 2 *bis* del d.l. n. 248/2007 alla l. n. 108/1990, la quale a sua volta rinvia allo Statuto dei lavoratori. Sicché il legislatore dell'ultima riforma pensionistica ha voluto evitare ogni incertezza con l'espresso precetto di cui al comma 4 (ove pure si precisa l'inclusione di questo limite anagrafico tra quelli agganciati alla dinamica dell'aspettativa statistica di vita, quindi innalzato dal 2013 a 70 anni e 3 mesi).

È interessante notare che il limite della protezione contro i licenziamenti corrisponde non più al possesso dei requisiti pensionistici, ma ad una soglia anagrafica, raggiunta la quale si può essere licenziati anche qualora non titolari di diritto alla pensione. Dato che si tratta di una soglia alquanto elevata, il risultato consiste comunque in una notevole estensione della platea dei protetti. Ora non sono liberamente licenziabili anche coloro che hanno raggiunto i (pur più elevati) requisiti pensionistici, ma hanno meno di 70 anni.

Nel voler escludere il pubblico impiego dall'applicazione dell'art. 18 St. lav. fino a 70 anni, la circolare n. 2/2012 pare compiere una forzatura del tenore testuale del comma 4. La circolare infatti interpreta detto comma come se l'inciso sulla salvezza dei «limiti ordinamentali dei rispettivi settori di appartenenza» fosse collocato in un periodo in cui invece detto inciso non è collocato: il terzo periodo, che viceversa ha un ambito di applicazione che appare comprendere il pubblico impiego («Nei confronti dei lavoratori dipendenti…»)[65]. Il predetto inciso è invece collocato nel di-

cura sull'), in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lessico giuslavoristico* cit., III, 94 ss., e ampiamente BONARDI, *Sistemi di* welfare *e principio di eguaglianza* cit., 106 ss.

[65] Semmai, un problema interpretativo potrebbe porsi per i rapporti sottoposti alla tutela meramente obbligatoria contro i licenziamenti. Tale problema inter-

stinto precetto di cui al secondo periodo del comma 4: periodo riguardante non la tutela contro i licenziamenti, bensì i coefficienti incentivanti la prosecuzione del servizio, dalla cui applicazione anzi il pubblico impiego non è escluso[66].

Al contrario, l'interpretazione qui proposta, ravvisando in tale inciso non un'esclusione dalla facoltà di prosecuzione del servizio bensì una norma ulteriormente permissiva che intende lasciare intatti i limiti massimi maggiori di 70 anni, è perfettamente compatibile con la scelta del legislatore di aver collocato il predetto inciso nel periodo sugli incentivi e non in quello sulla tutela rispetto ai licenziamenti. In questa prospettiva, l'inciso contenuto nel secondo periodo del comma 4 intende significare che, fermo restando che la tutela rispetto ai licenziamenti ora si applica a tutti fino a 70 anni, la previsione di coefficienti di trasformazione differenziati per età solo fino a 70 anni non pregiudica la permanente vigenza della facoltà di proseguire il servizio oltre tale età nei settori in cui ciò era già previsto.

---

pretativo si era già posto per l'art. 6 comma 2 *bis* del d.l. n. 248/2007: a proposito di questa norma, finalizzata ad evitare che la disciplina delle finestre permettesse l'efficacia del licenziamento libero anticipata rispetto alla decorrenza della pensione, vedi M. MISCIONE, *Licenziamento per requisiti pensionistici*, in *Dir. prat. lav.*, 2008, 1337.

[66] Cfr. il decreto 15 maggio 2012 del Ministero del lavoro, di «Revisione triennale dei coefficienti di trasformazione del montante contributivo», in *Gazz. uff.* n. 120 del 24 maggio 2012, che ha sostituito la tabella A dei coefficienti allegata alla l. n. 335/1995, sostituita già dall'art. 1 comma 14 della l. n. 247/2007, su cui vedi CIOCCA, *I coefficienti di trasformazione*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività,* welfare*: commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Giappichelli, Torino, 2008, 585 ss. In espressa attuazione proprio del comma 4 dell'art. 24 del d.l. n. 201/2011, nello stabilire la nuova tabella comprendente coefficienti differenziati per età fino a 70 anni, questo decreto ministeriale non distingue tra i lavoratori privati e pubblici (parimenti, la versione del 1995 e quella del 2007 della tabella ora sostituita erano applicate anche al pubblico impiego). Nella prospettiva del Dipartimento della Funzione pubblica, i nuovi coefficienti per età superiori a 65 anni sarebbero applicabili, oltre che ai lavoratori privati, a tre circoscritte categorie di dipendenti pubblici: quelli che ottengono il trattenimento discrezionale, quelli appartenenti alle categorie a cui si applicano speciali limiti massimi di servizio superiori a 65 anni e quelli tenuti a permanere in servizio oltre il 65° anno per mancanza dei requisiti contribuitivi a tale età.

4. *Ulteriori indicazioni normative contrarie alla permanente vigenza del limite massimo di 65 anni; in particolare, la disciplina transitoria e il rilievo giuridico dell'aspettativa di vita*

Con riguardo alla facoltà di proseguire l'attività lavorativa, la lettura della circolare n. 2/2012 del Dipartimento della Funzione pubblica solleva perplessità anche su una questione di diritto transitorio, il cui rilievo nel pubblico impiego è percepibile proprio qualora si accolga l'impostazione secondo cui l'età di collocamento a riposo d'ufficio non è più 65 anni. L'interrogativo è se la protezione contro i licenziamenti *ad nutum* persista fino a 70 anni (o perlomeno fino a 66 anni) anche a favore dei dipendenti ultrasessantacinquenni che avevano maturato il diritto alla pensione entro il 2011.

Secondo il Dipartimento della Funzione pubblica, avere maturato già nell'anno 2011 i requisiti contributivi o di quota per una pensione a domanda (ossia un diritto, pur non esercitato) renderebbe la posizione pensionistica anche di coloro che compiono 65 anni dopo il 2011 soggetta alla previgente soglia anagrafica fissa di 65 anni del trattamento di vecchiaia (soglia, peraltro oggi innalzata, che aveva già nel precedente sistema tutt'altro significato, poiché per i dipendenti pubblici non era un diritto bensì un tetto vincolante).

L'interpretazione del Dipartimento della Funzione pubblica non sembra rispondente alla finalità complessiva di questa riforma previdenziale, ossia elevare l'età media dei pensionamenti. Soprattutto, non sembra conforme al suo tenore letterale. Per le ragioni che verranno illustrate, pare preferibile ritenere che l'innalzamento a 70 anni (o perlomeno fino a 66 anni) dell'età di collocamento a riposo d'ufficio riguardi anche i lavoratori che mantengono il diritto alla pensione maturato sulla base della normativa previgente (diritto alla pensione implicante non un obbligo ma una facoltà di proseguire la vita lavorativa, dato che si tratta appunto di lavoratori che avevano maturato i requisiti pensionistici nel 2011).

In maniera indistinta tra lavoratori privati e pubblici, lo spartiacque cronologico stabilito dal comma 3 appare riferito alla distinzione tra lavoratori che conservano i diritti maturati sulla base

della normativa previgente, da un lato, e lavoratori ai quali sono richiesti i nuovi requisiti minimi: come conferma la prima giurisprudenza[67], la soglia massima di 70 anni stabilita dai periodi secondo e terzo del comma 4 sembra di applicazione generale, anche ai lavoratori più anziani. Se si ritiene che detta soglia massima di 70 anni valga anche nel pubblico impiego, il predetto interrogativo di diritto transitorio, sulla prosecuzione della protezione rispetto ai licenziamenti, si pone per i lavoratori pubblici come per quelli privati.

Essendo ragionevole evitare distinzioni sulla base del momento in cui l'anzianità è maturata, la protezione contro i licenziamenti anteriori al 70° anno deve essere considerata di applicazione generale (e tale soluzione è dunque assorbente rispetto a quella relativa alla soglia di 66 anni). Non sembra rinvenibile motivo per il quale oggi siano protetti fino a 70 anni solo i colleghi giovani, mentre potrebbero essere liberamente licenziati i lavoratori privati e pubblici che nel 2011 avevano già 65 anni o la quota d'età e contributi per andare in pensione.

---

[67] Trib. Torino 29 marzo 2013 (r.g. 11605/2012), in ADAPT, *Licenziamenti: un anno dopo la Riforma Fornero*, 2013, boll. speciale n. 21, ove si legge «Contrariamente a quanto sostenuto dalla società convenuta, la norma è applicabile anche ai lavoratori che – come il ricorrente – abbiano maturato i requisiti per il trattamento pensionistico di vecchiaia o di anzianità entro il 31.12.2011 e non solo a quelli che abbiano maturato i requisiti per la pensione dal 1° gennaio 2012». Secondo detto giudice, l'art. 24 comma 4 del d.l. n. 201/2001 non limita infatti la sua applicabilità a quest'ultima categoria di lavoratori, ma «prevede indistintamente l'applicabilità dell'art. 18 l. 300/70 per tutti i lavoratori che, pur avendo conseguito i requisiti minimi per la pensione di vecchiaia, scelgano di proseguire l'attività lavorativa fino al limite massimo dei 70 anni. […] Non si può neppure ritenere che il lavoratore abbia il dovere di comunicare preventivamente al datore di lavoro la sua intenzione di proseguire l'attività lavorativa dopo il conseguimento dei requisiti per la pensione di vecchiaia: la norma non prevede infatti alcun onere di comunicazione a carico del lavoratore e non appare d'altra parte applicabile la disposizione di cui all'art. 6 della legge 29.12.90 n. 407 che riguarda la diversa ipotesi del raggiungimento dell'anzianità contributiva massima e che è comunque incompatibile con la nuova normativa». In senso estensivo sembra propendere anche Trib. Milano ord. 10 aprile 2013 n. 2403 cit., in quanto l'applicazione anche ai lavoratori più anziani della facoltà di permanere fino al 70° anno «soddisfa pienamente gli obiettivi perseguiti con il decreto Salva Italia, ossia quelli di ridurre la spesa pensionistica e di assicurare frattanto introiti contributivi alla gestione».

Ove, invece, si ritenga che al pubblico impiego sia inapplicabile la soglia facoltativa di 70 anni, non può porsi nemmeno la relativa questione di diritto transitorio, che potrà però porsi per la soglia facoltativa di 66 anni. Se, viceversa, quanto qui argomentato non viene accolto nemmeno con riguardo alla soglia di 66 anni, come detto non si pone alcuna questione di diritto transitorio nel pubblico impiego, poiché in tale caso la soglia di 66 anni è rilevante solo per coloro che, non avendo maturato i requisiti pensionistici entro il 2011, sono tenuti a proseguire il lavoro (necessariamente e solo) fino alla maturazione dei nuovi requisiti per il tipo di pensione che per primo essi raggiungono[68].

A proposito di questa questione transitoria, cioè la possibilità o meno di valersi delle nuove soglie da parte di chi aveva già maturato i requisiti, la stessa riforma *ex* art. 24 del d.l. n. 201/2011 offre una espressa disciplina nel comma 20. La circolare n. 2/2012 trascura questo comma ove essa tratta dell'età del collocamento a riposo d'ufficio. Viceversa, detto comma risulta essere una nitida conferma che il limite di collocamento a riposo non è più 65 anni.

Infatti, il secondo periodo del comma 20, riferito proprio al pubblico impiego stabilisce: «Al fine di agevolare il processo di riduzione degli assetti organizzativi delle pubbliche amministrazioni, restano, inoltre, salvi i provvedimenti di collocamento a riposo per raggiungimento del limite di età già adottati, prima della data di entrata in vigore del presente decreto, nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, anche se aventi effetto successivamente al 1° gennaio 2012». Se i provvedimenti ivi menzionati restano salvi, l'effetto di questo comma sembra consistere nella implicita ma inequivoca caducazione dei provvedimenti di collocamento a riposo diversi da quelli dichiarati salvi.

Secondo il punto 5 della circolare, sarebbero implicitamente caducati dal comma 20 i provvedimenti di collocamento in pensione di dipendenti pubblici per ragioni diverse dall'età. La circolare esemplifica menzionando le accettazioni datoriali di preavvisate dimissioni per raggiungimento della previgente quota dopo il 2011

[68] Corte cost. 18 giugno 1991 n. 282 cit.

a beneficio di coloro che però non hanno i nuovi requisiti. Tuttavia, per tali ipotesi il comma appare superfluo, poiché si tratta di soggetti che, non avendo appunto maturato i previgenti requisiti entro il 2011, sono sottoposti alla nuova disciplina già in base alla generale regola del comma 3. Oltretutto, se il comma 20 fosse riferito a costoro, non si spiegherebbe il discrimine cronologico («già adottati, prima della data di entrata in vigore del presente decreto»), poiché siffatte accettazioni di dimissioni motivate con l'atteso diritto alla pensione non sono certo rimaste salve, a maggior ragione, nemmeno se accettate dopo la riforma[69]. Non si comprende dunque quale sarebbe così il contributo del comma 20 nel perseguimento della prescritta finalità di «agevolare il processo di riduzione degli assetti organizzativi delle pubbliche amministrazioni». È peraltro discutibile che gli atti di accettazione di dimissioni consistano in «provvedimenti di collocamento a riposo».

La circolare del Dipartimento della Funzione pubblica esemplifica, inoltre, richiamando le ipotesi di risoluzione del rapporto ai sensi del più volte modificato comma 11 dell'art. 72 del d.l. n. 112/2008, che dunque sarebbero state implicitamente caducate dal comma 20. È vero che anche queste ipotesi riguardano provvedimenti di collocamento a riposo per ragioni diverse dal limite d'età e, parimenti, è vero che pure questi provvedimenti sono stati caducati. Anche questa caducazione però non abbisognava del comma 20: la generale regola di cui al comma 3 della riforma *ex* art. 24 del d.l. n. 201/2011 sottopone ai nuovi requisiti coloro che non hanno maturato entro il 2011 i requisiti previgenti. Ed anche questa è una caducazione che colpisce, a maggior ragione, gli eventuali (erronei) atti datoriali di collocamento a riposo per raggiungimento dell'anzianità quarantennale emanati dopo la riforma. Infatti il primo periodo dello stesso comma 20 precisa che l'attuazione delle disposizioni di cui all'art. 72 del d.l. n. 112/2008 «con riferimento ai soggetti che maturano i requisiti per il pensionamento a decorre-

[69] L'amministrazione è anzi tenuta a respingere eventuali atti di dimissioni che siano motivate espressamente (ed erroneamente) dall'atteso raggiungimento dopo il 2011 della previgente pensione di anzianità. Se, invece, si tratta di dimissioni non accompagnate da motivazione, le questioni di quiescenza non rilevano, perlomeno direttamente.

re dal 1° gennaio 2012, tiene conto della rideterminazione dei requisiti di accesso al pensionamento come disciplinata dal presente articolo»[70].

Proseguendo con il ragionamento estensivo *a contrario* del Dipartimento della Funzione pubblica, si finirebbe per assurdo per ritenere che il comma faccia salvi nel pubblico impiego non meglio precisati provvedimenti… diversi da quelli di collocamento a riposo. In realtà, l'elemento caratterizzante della fattispecie disegnata dal comma 20 consiste nello speciale spartiacque cronologico, a cui il principio ermeneutico di conservazione delle norme impone di dare un significato. Il comma 20 è lineare nel riferirsi solo ai provvedimenti di collocamento a riposo per raggiungimento del limite d'età previgente, distinguendoli in due categorie tramite una specifica norma transitoria[71]. Infatti, secondo il generale spartiacque

[70] Le disposizioni del citato art. 72 alle quali il comma 20 della riforma si riferisce non possono essere quelle sull'esonero, poiché esso non trova più attuazione, in base al comma 14 lett. *e* della riforma stessa (sul regime transitorio vedi il parere n. 35430 del 3 settembre 2012 del Dipartimento della Funzione pubblica). Trattasi, dunque, del discrezionale trattenimento biennale in servizio (su cui vedi DI CARLUCCIO, *Il trattenimento in servizio dei dipendenti pubblici* cit., 235) e del parimenti discrezionale licenziamento dei dipendenti con anzianità quarantennale (su cui vedi BOZZAO, *Pensionabilità del dipendente pubblico anziano e disciplina del licenziamento* cit., 438 ss., e DI CARLUCCIO, *L'"esperimento" del pensionamento forzoso del dipendente pubblico con quarant'anni di anzianità* cit., 1137; nei confronti dei dipendenti eccedenti le ridotte dotazioni organiche, l'art. 2 comma 11 lett. *a* del d.l. n. 95/2012 prevede che questa facoltà possa essere esercitata senza ulteriore motivazione; ai sensi dell'art. 15 comma 1 *bis* del d.l. n. 98/2011 gli enti in dissesto possono esercitare questa facoltà di licenziamento anche nei confronti dei dipendenti che non hanno già raggiunto l'anzianità massima). Per quanto riguarda il trattenimento, la circolare n. 2/2012 afferma che la sua applicazione potrà decorrere dal 2013, poiché coloro che compiono 66 anni nel 2012 hanno compiuto i 65 nel 2011, sicché sono sottoposti necessariamente alla previgente normativa (se, invece, si ritiene applicabile anche al pubblico impiego il limite massimo facoltativo di 70, la questione è rinviata di 4 anni). Per quanto riguarda il licenziamento di coloro che raggiungono la massima anzianità (disciplina prorogata fino al 2014 dall'art. 1 comma 16 del d.l. n. 138/2011), la circolare n. 2/2012 precisa che il superamento del concetto normativo di massima anzianità contributiva rende l'istituto applicabile a coloro che non solo raggiungono la pensione anticipata ma anche hanno un'età che li sottrae ai disincentivi.

[71] In ogni caso, quand'anche, come afferma la circolare n. 2/2012, il comma 20 spieghi efficacia precettiva su provvedimenti di pensionamento per ragioni diverse dal limite massimo di età, ciò non toglie che detto comma abbia efficacia precettiva riferita anche a questo genere di provvedimenti.

cronologico di cui al comma 3 dell'art. 24 del d.l. n. 201/2011 (ossia aver compiuto i 65 anni entro il 2011), dovrebbero essere caducati i pensionamenti per raggiungimento del previgente limite di vecchiaia di tutte le persone che compiono il 65° anno dopo il 2011. Tuttavia, detto comma 20 interviene imponendo (e concedendo, a coloro che non hanno i requisiti per altra pensione) la salvaguardia di tali provvedimenti «anche se aventi effetto successivamente al 1° gennaio 2012», purché «già adottati, prima della data di entrata in vigore del presente decreto». Con ciò, il comma intende stabilire che dopo il d.l. n. 201/2011 non può più essere adottato (e, ove adottato, appunto non resta salvo) alcun provvedimento di collocamento in pensione a 65 anni che abbia effetto dal 2012.

In sintesi, i lavoratori pubblici che hanno compiuto 65 anni nel 2012 tenuti ad andare in pensione di vecchiaia secondo il previgente tetto d'età erano soltanto quelli che avevano ricevuto, già prima della riforma intervenuta nel dicembre 2011, il preavviso di collocamento a riposo per limite d'età: ossia i nati nei primi mesi dell'anno, nonché coloro che, essendo dipendenti da amministrazioni particolarmente previdenti, avevano ricevuto il preavviso con largo anticipo. Tale impostazione appare inoltre in grado di esprimere un effetto utile del comma 20 rispetto alla sua espressa finalità di riduzione degli organici, poiché per tali dipendenti il pensionamento è stato un obbligo, appunto in deroga all'innalzamento facoltativo del tetto a 66 anni che altrimenti li avrebbe riguardati.

Va notato che la platea dei soggetti destinatari dell'innalzamento a 66 anni è disegnata diversamente nei due commi, a seconda che ad esso ci si riferisca come obbligo oppure come facoltà. Nel comma 3, l'innalzamento è stabilito come obbligo («le pensioni di vecchiaia, di vecchiaia anticipata e di anzianità sono sostituite dalle seguenti prestazioni»), del quale sono destinatari soltanto i lavoratori che si collocano dopo lo spartiacque cronologico ivi stabilito, ossia quelli che non hanno maturato i previgenti requisiti entro il 2011. Nel comma 4, ove invece l'innalzamento a 66 anni è visto come facoltà («la pensione di vecchiaia si può conseguire all'età in cui operano i requisiti minimi previsti dai successivi commi»), la platea dei destinatari non è individuata tramite il di-

scrimine cronologico, bensì è universale: tutti «i lavoratori e le lavoratrici la cui pensione è liquidata a carico dell'Assicurazione Generale Obbligatoria (di seguito AGO) e delle forme esclusive e sostitutive della medesima, nonché della gestione separata».

Nell'art. 24 del d.l. n. 201/2011, inoltre, sono rinvenibili ulteriori indicazioni nel senso che lo spartiacque cronologico della riforma sia da intendere come obbligo alla permanenza in servizio per chi non aveva già raggiunto i previgenti requisiti, ma non come obbligo al pensionamento di chi li aveva raggiunti. Come detto, la circolare trascura quello che sembra il comma pertinente, anzi apposito: il comma 20. Essa fa riferimento, invece, ai commi 3 e 14, ma l'interpretazione di questi commi ivi affermata è controvertibile.

Detto comma 3, nell'affermare che il lavoratore che aveva maturato entro la fine del 2011 i requisiti per il «trattamento pensionistico di vecchiaia o di anzianità» (congiunzione disgiuntiva) «consegue il diritto alla prestazione pensionistica secondo tale normativa», appare riferirsi al tipo di trattamento per il quale il lavoratore medesimo aveva maturato i requisiti. Comunque, il predetto comma 3 parla (non di obbligo ma) di «diritto all'accesso e alla decorrenza» della pensione.

Lo stesso comma 3, anzi, prevede la facoltà per il lavoratore di domandare all'ente di appartenenza la certificazione del diritto alla pensione qualora abbia maturato «entro il 31 dicembre 2011 i requisiti di età e di anzianità contributiva, previsti dalla normativa vigente, prima della data di entrata in vigore» della riforma *ex* art. 24 del d.l. n. 201/2011. L'ente di appartenenza del lavoratore non è l'amministrazione datrice bensì l'ente previdenziale, secondo il punto 5 della circolare Inps n. 37/2012, la quale per le modalità di rilascio del predetto certificato rinvia alla circolare Inpdap n. 44/2005 riguardante l'art. 1 comma 3 della l. n. 243/2004. Ebbene, come sottolinea questa antecedente circolare, quella facoltà di ottenere la certificazione dei requisiti maturati era strumentale al fatto che «i lavoratori possono liberamente esercitare il diritto alla prestazione pensionistica in qualsiasi momento successivo alla data di maturazione dei requisiti, a prescindere da qualsiasi modifica della normativa previdenziale». Lo stesso senso dovrebbe dunque darsi all'equivalente previsione introdotta dall'ultima riforma pen-

sionistica. La nuova facoltà di chiedere la certificazione del diritto maturato alla pensione è strumentale al sereno esercizio della scelta di non domandare la pensione e rimanere in servizio. Non si rinviene ragione per la quale una riforma che mira ad innalzare l'età media dei pensionamenti dovrebbe, nel rassicurare[72] coloro che già avevano i requisiti di anzianità allo scopo di convincerli a rimanere in servizio il più possibile, al contempo obbligarli al vecchio tetto di 65 anni, mentre la stessa riforma ha innalzato il requisito minimo di vecchiaia a 66 anni (e anche oltre, per chi non raggiunge a 66 anni i requisiti contributivi o l'importo-soglia minima).

La circolare n. 2/2012 del Dipartimento della Funzione pubblica richiama anche il comma 14, secondo il quale le disposizioni in materia di requisiti di accesso e di regime delle decorrenze vigenti prima della data di entrata in vigore del decreto continuano ad applicarsi ad una serie di soggetti, tra cui quelli «che maturano i requisiti entro il 31 dicembre 2011» (mera ripetizione del comma 3), nonché i c.d. salvaguardati secondo la ormai ben nota casistica di legge[73]. Si trae però conferma che il comma 14 (e lo stesso vale per il comma 5, seppure contenga argomenti testuali di segno diverso) dell'art. 24 del d.l. n. 201/2011 stabilisce non un vincolo, ma una facoltà, anche dal fatto che per taluna casistica l'Inps[74] afferma che coloro che hanno maturato i requisiti entro fine 2011 possono optare per la nuova disciplina. Dunque, tale orientamento dell'Inps appare disarmonico rispetto alla citata circolare del Dipartimento della Funzione pubblica, che sostiene che «anche se sono ancora in servizio, tali dipendenti non sono soggetti, neppure su

[72] La norma conferisce al lavoratore una sicurezza «meramente psicologica», come sottolineano CINELLI, SANDULLI, *Riflessioni sul disegno di legge delega n. 2145 in materia previdenziale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, 509. Fermo restando il sindacato di legittimità costituzionale in termini di ragionevolezza, il diritto al pensionamento certificato in base a tale norma di legge non può infatti avere forza di resistenza rispetto ad una legge successiva: cfr. ampiamente OCCHINO, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino, 2004, cap. II, § 9. Come inoltre rileva la stessa Autrice, *La certificazione dei diritti pensionistici nella legge delega n. 243/2004*, in *Prev. ass. pubb. priv.*, 2004, 1218, tale norma non garantisce anche l'entità del trattamento pensionistico.

[73] Per un quadro analitico di questa disciplina, si rinvia alla circolare Inps n. 76/2013 cit.

[74] Cfr. la circolare Inps n. 35/2012, nel punto 7.1.

opzione, al nuovo regime sui requisiti di età e di anzianità contributiva, fermo restando che si applica anche a loro il regime contributivo *pro-rata* per le anzianità maturate a decorrere dal 1° gennaio 2012».

Il fatto stesso che dall'inizio del 2012 tutti i lavoratori sono stati sottoposti al sistema contributivo di calcolo pare un'ulteriore conferma che anche coloro che avevano già maturato i requisiti sono coinvolti dalle nuove regole, salvo che per gli aspetti espressamente esclusi dal legislatore per una scelta politica di salvaguardia delle aspettative che erano più vicine al compimento: dunque tramite la concessione di una facoltà.

All'interpretazione qui proposta non osta il fatto che il comma 3 e il comma 6 lett. *b* applichino l'innalzamento a 66 anni dell'età minima per la pensione di vecchiaia solo ai lavoratori rientranti «nei regimi misto e contributivo». Dato che il sistema di calcolo della pensione interamente retributivo non si applica più, in quanto tutti i nuovi pensionandi vedono sottoposta al sistema contributivo perlomeno la quota di pensione corrispondente alla anzianità maturata dall'inizio del 2012, è normale che il legislatore abbia escluso dall'innalzamento a 66 anni coloro che appartengono al regime di calcolo interamente retributivo, tutti già in pensione.

Non sembra infatti plausibile che il legislatore di questa riforma pensionistica abbia usato l'espressione «regime misto» nell'accezione antecedente alla riforma stessa, cioè escludendo dall'innalzamento a 66 anni coloro che, avendo 18 anni di contribuzione a fine 1995, hanno diritto al calcolo retributivo per tutte le anzianità anteriori al 2012. Per costoro vale il generale discrimine temporale del 31 dicembre 2011, nel senso che l'innalzamento è facoltativo se avevano già maturato il diritto alla pensione di anzianità, mentre è obbligatorio in caso contrario. Un argomento ulteriore deriva dalla prassi adottata dall'Inps, i cui provvedimenti di conferimento della pensione dal 2012 parlano di sistema «misto» anche con riguardo a coloro che avevano 18 anni di anzianità nel 1995. Comunque, quand'anche si intenda invece che il legislatore abbia usato l'espressione «regime misto» nell'accezione antecedente alla riforma, l'ambito d'applicazione dell'innalzamento facoltativo a 66 anni del requisito per la pensione di vecchiaia dei dipendenti pub-

blici che avevano maturato già nel 2011 i requisiti della pensione d'anzianità verrebbe semplicemente ristretto, restando comunque intatta la questione esaminata in queste pagine. Nei prossimi anni, anzi, saranno sempre più numerosi i dipendenti pubblici che compiranno il 65° anno di età senza poter vantare 18 anni di contribuzione a fine 1995.

I criteri direttivi dettati dal comma 1 dell'art. 24 del d.l. n. 201/2011 prescrivono l'armonizzazione delle discipline pensionistiche tra le differenti categorie di soggetti e tra le diverse gestioni previdenziali, nonché la «flessibilità nell'accesso ai trattamenti pensionistici anche attraverso incentivi alla prosecuzione della vita lavorativa». Pare incoerente che, accanto ai cosiddetti diritti quesiti, debbano ravvisarsi "obblighi quesiti" al pensionamento, in vistosa controtendenza rispetto ai noti intenti del legislatore storico ed alla *ratio* della riforma stessa.

L'interpretazione offerta dalla circolare n. 2/2012 del Dipartimento della Funzione pubblica pare poco convincente, inoltre, non solo alla luce del fatto che l'età necessaria alla pensione di vecchiaia è ora maggiore dell'asserito limite ordinamentale di 65 anni, ma anche considerando che quest'ultima è destinata ad aumentare ancora. I futuri aumenti (circa 1 anno ogni decennio) dovuti al prescritto ancoraggio dei requisiti all'incremento statistico della speranza di vita accresceranno assai il divario tra l'asserito limite ordinamentale massimo di 65 anni e l'età di 66 anni necessaria alla pensione di vecchiaia. Il decreto ministeriale d'attuazione dell'aggiornamento triennale[75] ha stabilito a decorrere dall'inizio del 2013 l'innalzamento di tre mesi, tra le altre, della soglia di 66 anni (la quale nel 2050 salirà a circa 69 anni e 9 mesi[76]). Oltretutto, il comma 9 prevede che l'età per la pensione di vecchiaia è aumentata comunque a 67 anni dal 2021, quand'anche le statistiche di vita nei prossimi anni mostreranno incrementi minori.

Il legislatore, se davvero avesse mantenuto in vigore il limite ordinamentale massimo di 65 anni del pubblico impiego, avrebbe

[75] D.m. 6 dicembre 2011 del Ministero dell'economia e delle finanze, in *Gazz. uff.* 13 dicembre 2011 n. 289.

[76] Cfr. la tabella a p. 87 del *dossier* parlamentare relativo al disegno di legge A.S. 3066 di conversione del decreto-legge.

incluso anch'esso tra le soglie d'età e di anzianità sottoposte al periodico aggiornamento sulla base delle statistiche sulla speranza di vita. Nel lungo elenco, *ex* art. 12 commi 12 *bis* e 12 *quater* del d.l. n. 78/2010, di provvedimenti normativi contenenti requisiti pensionistici che debbono essere periodicamente aggiornati, i due predetti provvedimenti degli anni '70[77] non risultano richiamati[78]. L'art. 24 del d.l. n. 201/2011 richiama ben nove volte il citato provvedimento del 2010 sugli aggiornamenti statistici, dedicandogli apposita attenzione tramite la manutenzione apportata con il comma 12 e la futura riduzione della periodicità da triennale a biennale con il comma 13. Dunque, il mancato richiamo dell'asserito limite ordinamentale massimo a 65 anni del pubblico impiego sembra non essere una svista. Avrebbe, però, ben poco senso che la riforma avesse mantenuto in vigore tale limite anagrafico massimo senza sottoporlo agli aggiornamenti statistici ai quali sottopone tutte le altre soglie anagrafiche. Se ne deduce, semplicemente, che il legislatore ha inteso eliminare il limite dei 65 anni.

L'estensione ai dipendenti pubblici della facoltà di prosecuzione fino a 70 anni è coerente anche con un'altra norma applicabile al pubblico impiego[79]. Nel definire i presupposti per la pensione di vecchiaia, il comma 7 dell'art. 24 del d.l. n. 201/2011 stabilisce che, per coloro i cui requisiti contributivi porterebbero ad una pensione d'importo inferiore a 1,5 volte l'importo dell'assegno sociale, la prosecuzione fino al 70° anno è addirittura imposta (anzi fino a 70 anni e 3 mesi, già dal 2013, in base al meccanismo legale di aggiornamento all'aspettativa di vita). Secondo la circolare del Dipartimento della Funzione pubblica, si tratta di una norma che crea

[77] Ci si riferisce alle due disposizioni, anteriori alla privatizzazione dell'impiego pubblico, sulle quali come detto si basa la circolare n. 2/2012 del Dipartimento della Funzione pubblica: l'art. 4 del d.p.r. n. 1092/1973 e l'art. 12 della l. n. 70/1975.

[78] La stessa circolare n. 2/2012, nonostante non ignori il decreto ministeriale 6 dicembre 2011 cit. che ha provveduto all'aggiornamento delle soglie di età e di anzianità sulla base delle rilevazioni Istat della speranza di vita, non applica tale aggiornamento all'asseritamente vigente limite massimo di servizio di 65 anni.

[79] L'applicabilità al pubblico impiego è confermata dalla nota n. 15888 del 4 aprile 2013 del Dipartimento della Funzione pubblica, Servizio studi e consulenza trattamento del personale, nonché dalla nota n. 13264/2013 del Dipartimento medesimo.

un'eccezione, senza smentire il divieto nel pubblico impiego di superare i 65 anni. Pare però un'eccezione ricostruita dalla circolare in maniera incoerentemente superflua. Salvo i discrezionali trattenimenti in servizio, già prima della riforma solo coloro che non avevano i requisiti per alcuna pensione erano abilitati a proseguire oltre i 65 anni, fino all'ottenimento del requisito minimo entro i 70 anni[80]. Dopo la riforma, essi resterebbero gli unici abilitati a proseguire, poiché la circolare eliminerebbe per il pubblico impiego gli effetti, in termini di flessibilità del pensionamento come scelta individuale, dell'innalzamento del previgente requisito per la pensione di vecchiaia, ora ottenibile solo 1 anno dopo il 65° compleanno (1 anno e 3 mesi dopo, dal 2013; almeno 2 anni dopo, dal 2021; ecc.). Ciò appare incoerente con la *ratio* dell'art. 24 del d.l. n. 201/2011, anche considerando che, come detto, il numero di costoro aumenta (a causa del predetto importo di soglia minima e dell'innalzamento dei requisiti richiesti per tutti i trattamenti pensionistici[81]). La prosecuzione del servizio degli ultrasessantacinquenni, dunque, risulta intesa dal legislatore non più come una rara eccezione, bensì come una eventualità ordinaria, anzi imposta in un numero crescente di casi[82]. È coerente ritenere, dunque, che una riforma finalizzata all'innalzamento dell'età media dei pensionamenti, tanto che accresce il numero di ultra-

[80] Cfr. Corte cost. 18 giugno 1991 n. 282 cit., nonché, per settori particolari dell'impiego pubblico, Corte cost. 12 ottobre 1990 n. 444, in *Giur. cost.*, 1990, 2647; Corte cost. 9 marzo 1992 n. 90, in *Foro it*., 1992, I, 2631; Corte cost. 6 marzo 2013 n. 33 cit.

[81] La riforma del 2011 ha comportato l'innalzamento dei requisiti richiesti per raggiungere la pensione sia tramite l'abolizione del previgente sistema delle quote, sia tramite l'elevazione a oltre 42/41 anni per uomini/donne dell'anzianità necessaria per ottenere la pensione a prescindere dall'età, requisito d'anzianità anch'esso crescente anche a causa della dinamica delle aspettative di vita, tanto che nel 2039 serviranno circa 45 anni di anzianità contributiva. Come noto, comunque, sono previste deroghe transitorie.

[82] Merita segnalare anche l'ulteriore importo-soglia stabilito dall'art. 24: in base al comma 11, i lavoratori la cui pensione è sottoposta interamente al calcolo contributivo sono abilitati al pensionamento anticipato a 63 anni con 20 anni di contribuzione effettiva, purché però la prima rata di pensione sia non inferiore a 2,8 volte l'importo mensile dell'assegno sociale. Esula da questa sede l'analisi degli effetti della previsione di tali importi minimi d'accesso alla pensione, restando comunque evidente il rischio che i requisiti anagrafici d'accesso finiscano per differenziarsi sulla base dell'importo del reddito da lavoro.

sessantacinquenni ai quali la prosecuzione del servizio fino a 70 anni è imposta, negli altri casi non impedisca la prosecuzione volontaria fino a tale età (o, in subordine, almeno fino a 66 anni).

La possibilità di permanenza in servizio ben oltre il sessantacinquesimo anno non rappresenta una novità. Ad esempio, secondo l'art. 1 *quater* del d.l. n. 136/2004, le amministrazioni avevano la facoltà di accogliere istanze di trattenimento in servizio fino ai 70 anni[83]. In precedenza, si ricordi l'art. 4 della l. n. 46/1958, nonché la l. n. 500/1951, che collocava a riposo «i presidi, i direttori e gli insegnanti degli istituti di istruzione secondaria di ogni ordine e grado, nonché i direttori e gli insegnanti degli istituti di istruzione artistica» al termine dell'anno scolastico di compimento del 70° anno d'età.

In ogni caso, l'aumento di 5 anni dell'età massima di permanenza in servizio dei dipendenti pubblici risulta molto inferiore all'aumento, circa doppio, della speranza statistica di vita registratosi in Italia da quando negli anni '70 il tetto fu confermato al 65° anno da parte delle norme richiamate dalla circolare del Dipartimento della Funzione pubblica. Il tetto d'età anzi era 65 anni già mezzo secolo fa (cfr. l'art. 1 della l. n. 46/1958) e merita ricordare che risale, addirittura, all'art. 1 del già citato r.d. n. 70/1895. Tali soglie si raggiungevano solo sopravvivendo parecchi anni oltre la durata media della vita dell'epoca; mentre oggi mediamente si raggiunge quasi due decenni prima di essa[84].

Pur ritenendo che si tratti di una complessa valutazione politica di spettanza del legislatore, già vent'anni fa, come detto, la stessa Corte costituzionale[85] aveva affermato che il «principio che fissa ai sessantacinque anni il limite massimo per il trattenimento in servizio a fini previdenziali dei dipendenti pubblici e privati […] si fonda sulla presunzione che, nell'età suddetta, si pervenga ad una diminuita disponibilità di energia incompatibile con la prosecuzio-

[83] In proposito vedi ZAMPINI, *Permanenza in servizio oltre il settantesimo anno di età e blocco delle assunzioni nel pubblico impiego*, in *Lav. pubb. amm.*, 2005, 646 ss.

[84] Per analoghe considerazioni, seppur riferite al pensionamento dei lavoratori privati, vedi AVIO, *Vecchiaia e lavoro. Tra solidarietà e corrispettività*, Ediesse, Roma, 2008, 8 ss. *passim*.

[85] Corte cost. 27 luglio 1989 n. 461 cit.

ne del rapporto (e si vorrebbe perciò ricollegato, nel settore pubblico, ad esigenze di buon andamento dell'amministrazione *ex* art. 97 Cost.); presunzione che peraltro è destinata ad essere vieppiù inficiata dai riflessi positivi del generale miglioramento delle condizioni di vita e di salute dei lavoratori sulla loro capacità di lavoro».

5. *Una conferma emergente dal pregresso intreccio normativo*

È stato qui argomentato finora come la riforma pensionistica di cui al d.l. n. 201/2011 abbia innalzato l'età massima di servizio nel pubblico impiego, intervenendo su tutte le previgenti soglie anagrafiche. Merita segnalare che sussistono ragioni per ritenere che le due vecchie disposizioni sulla base delle quali la circolare n. 2/2012 asserisce la permanente vigenza del limite massimo di servizio di 65 anni (art. 4 del d.p.r. n. 1092 del 1973 e art. 12 della legge n. 70 del 1975) fossero prive d'efficacia già prima della riforma pensionistica del 2011.

Le due disposizioni degli anni '70 richiamate dalla circolare appaiono superate dall'art. 5 del d.lgs. n. 503/1992. Il primo comma di questo articolo stabilì l'età della pensione di vecchiaia dei dipendenti pubblici tramite un rinvio alla disposizione del provvedimento medesimo la quale fissava l'età della pensione di vecchiaia dei dipendenti privati: 65 anni, a decorrere dall'anno 2000[86]. Nell'occasione, detto art. 5 mantenne fermi i limiti d'età per il collocamento a riposo d'ufficio, ma solo «se più elevati»[87].

[86] Merita ricordare che il nuovo sistema arrivò a regime in tale anno a seguito dell'accelerazione del periodo transitorio stabilita dalla l. n. 724/1994. Cfr. TREVISI, *Età per il pensionamento di vecchiaia*, in CINELLI, PERSIANI (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale: dalle leggi Amato* cit., 445 ss.

[87] L'art. 5 comma 1 del d.lgs. n. 503/1992 e s.m.i. è il seguente: «Età per il pensionamento di vecchiaia. 1. Per le forme di previdenza sostitutive ed esclusive dell'assicurazione generale obbligatoria trova applicazione quanto disposto dall'articolo 1, fermi restando, se più elevati, i limiti di età per il pensionamento di vecchiaia vigenti alla data del 31 dicembre 1992 e quelli per il collocamento a riposo d'ufficio per raggiunti limiti di età previsto dai singoli ordinamenti nel pubblico impiego». Il comma 2 del medesimo articolo prosegue stabilendo la salvezza dei limiti di età stabiliti dalle disposizioni vigenti al 31 dicembre 1992 per un lungo elenco di categorie: forze armate; iscritti al c.d. fondo volo; il personale viag-

Non fece in alcun modo salve le due disposizioni degli anni '70 richiamate ora dalla circolare. Fece salvi, invece, i limiti d'età previsti da altre discipline rivolte a speciali categorie di personale[88].

Per quanto qui interessa, dunque, l'effetto del d.lgs. n. 503/1992 fu quello di sostituirsi alla normativa degli anni '70 come fonte del limite massimo di servizio nel pubblico impiego a 65 anni. Ben prima dell'ultima riforma pensionistica, dunque, detto limite massimo di servizio aveva la sua fonte nella coincidenza prescritta dal d.lgs. n. 503/1992 con il requisito anagrafico per la pensione di vecchiaia, stabilito uniformemente per dipendenti privati e pubblici. Più precisamente, il d.lgs. n. 503/1992 espresse il principio secondo cui il limite ordinamentale massimo d'età di servizio del pubblico impiego non può essere inferiore all'età necessaria alla pensione di vecchiaia (come detto, i limiti ordinamentali erano fatti salvi dal legislatore «se più elevati»). Avrebbe ben poco senso fissare la pensione di vecchiaia a un'età maggiore dell'età di collocamento a riposo d'ufficio[89]. Le numerose riforme previdenziali dei successivi vent'anni hanno mantenuto, ed anzi rafforzato, l'assimilazione tra lavoratori privati e pubblici. Quand'anche la normativa d'innalzamento a 66 anni della pensione di vecchiaia non avesse richiamato i lavoratori pubblici, essa si sarebbe ripercossa anche su di essi, salvo espressa esclusione.

Sicché, pure qualora si ritenesse che l'espressa estensione fino a 70 anni della tutela contro i licenziamenti non sia applicabile al pubblico impiego, l'innalzamento a 66 anni del requisito anagrafi-

giante iscritto al fondo di previdenza per il personale addetto ai pubblici servizi di trasporto; alcuni iscritti al fondo pensione per i lavoratori marittimi o all'Enpals; i giocatori di calcio, gli allenatori di calcio e gli sportivi professionisti; ecc. Analogamente il comma 3 stabilisce per il personale delle forze di polizia ad ordinamento civile e del corpo nazionale dei vigili del fuoco.

[88] Detto provvedimento fece salve le regole speciali per forze armate e di polizia, sportivi professionisti, categorie artistiche e tecniche dello spettacolo, personale di volo e quello viaggiante, ecc., compresi i limiti d'età per i dipendenti dell'Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato, regolati da altro articolo dello stesso d.p.r. del 1973 che la circolare n. 2/2012 richiama.

[89] A ben vedere, anzi, seppur con l'onere della richiesta, il limite massimo già nel 1992 venne innalzato praticamente a 67 anni, poiché la facoltà di trattenimento biennale in servizio contestualmente introdotta era un vero e proprio diritto del lavoratore, fino alla successiva modifica che ha assegnato potere discrezionale all'amministrazione.

co minimo per la pensione di vecchiaia comporta comunque l'innalzamento a tale età anche del limite anagrafico di collocamento a riposo d'ufficio, poiché l'art. 5 del d.lgs. n. 503/1992 stabilisce (quanto già il buon senso suggerisce cioè) che l'età della pensione di vecchiaia non può essere più alta dell'età di collocamento a riposo d'ufficio. In sostanza, quand'anche la salvezza imposta dal comma 4 dell'art. 24 del d.l. n. 201/2011 dei «limiti ordinamentali dei rispettivi settori di appartenenza» riguardi anche i limiti massimi inferiori a 70 anni, compresi quelli inferiori a 66 anni, si deve ritenere che il limite massimo di servizio fatto salvo per il pubblico impiego sia corrispondente all'età di 66 anni contestualmente fissata per la pensione di vecchiaia dall'art. 24 medesimo.

L'espresso ancoraggio da parte del d.lgs. n. 503/1992 del limite anagrafico massimo di servizio alla soglia anagrafica di raggiungimento della pensione di vecchiaia risulta, peraltro, una coerente presa d'atto dell'illegittimità costituzionale dell'art. 4 comma 1 del d.p.r. n. 1092/1973 pronunciata l'anno precedente da Corte cost. n. 282/1991[90] appunto «nella parte in cui non consente al personale statale ivi considerato, che al raggiungimento del limite di età per il collocamento a riposo non abbia compiuto il numero di anni richiesto per ottenere il minimo della pensione, di rimanere in servizio su richiesta fino al conseguimento di tale anzianità minima, e comunque non oltre il settantesimo anno di età».

L'unificazione delle fonti della disciplina del lavoro pubblico a quelle del lavoro privato è una caratteristica ormai consolidata dell'ordinamento italiano, stabilita proprio a partire dalla nota l. delega n. 421/1992, sulla cui base fu emanato non solo il richiamato d.lgs. n. 503/1992, ma anche la decretazione del 1993 sulla privatizzazione del pubblico impiego. Proprio in questa decretazione, è rinvenibile una distinta ragione per ritenere superata la normativa degli anni '70 richiamata dalla circolare n. 2/2012 del Diparti-

[90] Corte cost. 18 giugno 1991 n. 282 cit. L'illustrata regola di coincidenza dell'età di collocamento a riposo d'ufficio con l'età di vecchiaia rende superflua la già richiamata interpretazione adeguatrice, anzi creatrice, a cui si è sentita costretta taluna giurisprudenza a causa del fatto che la privatizzazione del pubblico impiego ha reso inapplicabili le previgenti fonti di disciplina pubblicistica, solo apparentemente senza prevedere alcun limite massimo d'età: es. Cass. 2 marzo 2005 n. 4355 cit. e Cass. 3 novembre 2008 n. 26377 cit.

mento della Funzione pubblica. Si tratta del noto meccanismo disapplicativo di cui all'art. 72 del d.lgs. n. 29/1993[91].

Dalla sottoscrizione dei contratti collettivi della seconda tornata, dunque, le due norme degli anni '70 richiamate dalla circolare del Dipartimento della Funzione pubblica sono divenute prive d'efficacia, mentre dall'inizio del 2000 entrava in vigore l'età di 65 anni prescritta dal d.lgs. n. 503/1992. Una delle due norme, cioè l'art. 12 della l. n. 70/1975 sul limite di 65 anni per i dipendenti di enti pubblici, è anzi compresa negli elenchi di cui agli allegati A e B al d.lgs. n. 165/2001 della normativa disapplicata già dalla tornata contrattuale 1994-1997, per il personale delle istituzioni ed enti di ricerca e per il personale degli enti pubblici non economici.

Come confermano la prassi operativa e le successive norme che presuppongono l'esistenza di un limite massimo di servizio alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche[92], quest'ultimo non venne meno: semplicemente ha continuato a trovare la propria fonte nella prescritta coincidenza con il requisito anagrafico necessario

[91] In base all'art. 72 comma 1 del d.lgs. n. 29/1993 (come modificato dall'art. 36 del d.lgs. n. 546/1993), come noto «le norme generali e speciali del pubblico impiego, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto e non abrogate […] sono inapplicabili a seguito della stipulazione dei contratti collettivi disciplinati dal presente decreto in relazione ai soggetti e alle materie dagli stessi contemplati. Le disposizioni vigenti cessano in ogni caso di produrre effetti dal momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, del secondo contratto collettivo». Alcuni contratti collettivi hanno eliminato il rischio di equivoci, pur ingiustificati, prevedendo una clausola espressa di generale disapplicazione. Per la ricostruzione di questa vicenda normativa, cfr. da ultimo CERBONE, *Dirigenza pubblica e autonomia territoriale* cit., 58-64; nonché TALAMO, *Il d.lgs. n. 165/2001 fra tradizione e discontinuità* cit., 20 ss.; F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro* cit., 80; GRAGNOLI, *Il nuovo Ccnl sanità: è valido l'art. 43, terzo comma, relativo al recupero in via transitoria* cit., 447 ss.; in precedenza MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti* cit., 110 ss.; SPEZIALE, *L'abrogazione della legge da parte del contratto collettivo* cit., 125 ss.; BARBIERI, *Il periodo transitorio e le norme abrogate*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* cit., t. II, 1173 ss.

[92] Cfr. ad es. le ripetute modifiche alla disciplina del trattenimento in servizio di cui all'art. 16 dello stesso d.lgs. n. 503/1992, nonché plurime norme nello stesso d.lgs. n. 165/2001, come l'art. 19 comma 2, più volte modificato, che stabilisce che la durata dell'incarico dirigenziale può essere inferiore a tre anni, se coincide con il conseguimento del limite di età per il collocamento a riposo dell'interessato, e l'art. 29 comma 2, sul reclutamento dei dirigenti scolastici.

alla pensione di vecchiaia stabilito, uniformemente per i lavoratori pubblici e privati, dal d.lgs. n. 503/1992, peraltro in attuazione della medesima legge delega di privatizzazione del pubblico impiego. Non sembra dunque ammissibile che, ora che l'età per la pensione di vecchiaia è stata aumentata per lavoratori privati e pubblici ad almeno 66 anni, possa ritenersi che il limite massimo di servizio dei dipendenti pubblici diverga da tale età e sia rimasto fermo a 65 anni sulla base di una fonte pubblicistica antecedente alle predette riforme degli anni '90.

Concludendo, pare potersi affermare che l'impostazione portata avanti dal Dipartimento della funzione pubblica non sia condivisibile, poiché il legislatore del 2011 appare aver fatto proprie, anche per il pubblico impiego, le ragioni di sistema che da tempo sorreggono, nell'ambito di tutte le scienze sociali, il dibattito sull'idea di lavorare oltre i 65 anni[93].

Postilla al capitolo quinto. Quando il presente volume era in corso di pubblicazione, è stato approvato il d.l. 31 agosto 2013 n. 101, «Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni»[94], il cui art. 2 comma 5 merita una segnalazione. Tale comma stabilisce che «L'articolo 24, comma 4, secondo periodo, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214, si interpreta nel senso che per i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni il limite ordinamentale, previsto dai singoli settori di appartenenza per il collocamento a riposo d'ufficio e vigente alla data di entrata in vigore del decreto-legge stesso, non è modificato dall'elevazione dei requisiti anagrafici previsti per la pensione di vecchiaia e costituisce il limite non superabile, se non per il trattenimento in servizio o per consentire all'interessato di conseguire la prima decorrenza utile della pensio-

[93] Cfr. ad es., oltre un decennio fa, il fascicolo AA.VV. *Lavorare oltre i sessantacinque anni? Politiche dell'invecchiamento attivo in Italia e in Europa*, in *Assistenza soc.*, 2001, fasc. 1, 5 ss.

[94] In *Gazz. uff.* 31 agosto 2013 n. 204.

ne ove essa non sia immediata, al raggiungimento del quale l'amministrazione deve far cessare il rapporto di lavoro o di impiego se il lavoratore ha conseguito, a qualsiasi titolo, i requisiti per il diritto a pensione». Il disegno di legge di conversione di questo decreto-legge alla fine di settembre 2013 è ancora in discussione in Parlamento.

La nuova disposizione pare collegabile ad alcuni recenti sviluppi giurisprudenziali. Discostandosi dall'orientamento che nella prima giurisprudenza[95] sembrava prevalere, in quanto proposto dal Dipartimento della Funzione pubblica d'intesa con il Ministero del lavoro e con l'Inps[96], talune pronunce avevano recentemente affermato la contrarietà degli orientamenti ministeriali all'assetto legale. In particolare, un autorevole orientamento della giurisprudenza amministrativa aveva annullato il collocamento a riposo a 65 anni di un dirigente pubblico argomentando proprio sulla base della nuova soglia anagrafica di 66 anni stabilita per la pensione di vecchiaia dall'art. 24 del d.l. n. 201/2011. Tale prospettazione giurisprudenziale concedeva fattuale rilievo all'impostazione logico-sistematica qui proposta al riguardo[97].

[95] Tra le altre, Trib. Roma 7 giugno 2012, in *Mass. giur. lav*., 2012, 881.

[96] Cfr. l'interpretazione affermata nella già menzionata circolare n. 2/2012 del Dipartimento della funzione pubblica, confermata in innumerevoli orientamenti adottati dalla generalità delle amministrazioni pubbliche italiane.

[97] Tar Lazio, sez. I *quater*, 7 marzo 2013 n. 2446, reperibile sul sito ufficiale www.giustizia-amministrativa.it (segnalata da VENANZI, *Al lavoro nella Pa anche gli over 65. Per i giudici la riforma favorisce il prolungamento del rapporto di impiego*, in *Il sole 24 ore. Norme e tributi*, 25 giugno 2013, n. 172, 22). Nella parte motiva della pronuncia si legge: «in primo luogo, bisogna considerare che pensione di anzianità e pensione di vecchiaia, per quanto oggetto di numerosi interventi legislativi che nel corso del tempo ne hanno determinato un avvicinamento (perlomeno nella prospettiva unitaria della riforma del sistema pensionistico), restano pur tuttavia istituti distinti, ispirati a ragioni giustificatrici differenti (il raggiungimento di una certa età per la vecchiaia; il fatto di avere versato i contributi per un certo numero di anni, quanto alla anzianità). In linea di principio, perciò, non vi sono insuperabili motivi per ritenere che i "requisiti di accesso" regolati dal comma 14 dell'art. 24 sotto il profilo temporale debbano cadere insieme, e non possano viceversa valere disgiuntamente. Ed anzi, quest'ultima appare la conclusione più armonica rispetto alla perdurante distinzione tra tali figure giuridiche: per quanto il ricorrente abbia conseguito il diritto alla pensione di anzianità al 31 dicembre 2011, tuttavia il fatto di non avere, a tale data, raggiunto l'età pensionabile ai fini della vecchiaia gli rende ragionevolmente applicabile, a domanda, il nuovo regime. In secondo luogo, va tenuto in conto che l'accesso alla pensione di

Orbene, la disposizione interpretativa sopravvenuta con l'art. 2 comma 5 del d.l. 31 agosto 2013 n. 101 è indubbiamente una reazione governativa al predetto orientamento della giurisprudenza amministrativa[98], la cui fondatezza appare confermata, dato che è stato ritenuto necessario un intervento d'interpretazione autentica del legislatore.

Sarebbe stata altrimenti necessaria una ridefinizione dei documenti di programmazione del personale delle pubbliche amministrazioni italiane. In sede politica è così prevalso un interesse tutto interno agli apparati burocratici, pur a scapito tanto degli assetti finanziari del sistema previdenziale pubblico, quanto dei diritti dei singoli lavoratori interessati a permanere in servizio.

Per questi ultimi, perlomeno coloro che avevano già intentato un'azione giudiziaria in proposito, il nuovissimo intervento legislativo intende comportare un'ablazione di diritti. L'assenza di costituzionalizzazione del principio d'irretroattività delle leggi, diverse da quelle penali, permette al legislatore un ampio margine d'intervento tramite norme interpretative ad effetto retroattivo, fermo restando che non può trattarsi di scelte normative irragionevoli ai sensi dell'art. 3 Cost.[99]. Nondimeno, un problema potrebbe porsi con riguardo ai limiti che, tramite l'art. 117 comma 1 Cost., le fonti so-

---

anzianità, salva la normativa speciale che consente all'amministrazione di incentivarlo e comunque di disporlo a certe condizioni […], è in linea di principio esercizio di una facoltà, e non già di un obbligo del lavoratore. Per effetto dell'interpretazione accolta dalla p.a., viceversa, […] una condizione ad esercizio facoltativo determinerebbe l'obbligo del pensionamento. Ma, più che tale effetto incongruo, assume rilievo, in terzo luogo, la *ratio* dell'intervento legislativo, che è univocamente indirizzata ad elevare l'età pensionabile ai fini dell'accesso al trattamento di vecchiaia, ritardandolo anche nella prospettiva dell'equilibrio del sistema previdenziale. In quest'ottica, e salva la necessità di tutelare l'affidamento (cui, come si è visto, si ispira su altro piano la clausola di salvaguardia di cui al comma 3), va preferita l'interpretazione normativa che favorisca il prolungamento del rapporto di impiego, anziché quella opposta, che invece anticipi il pensionamento. In altri termini, non si vede la ragione per cui il legislatore debba limitare temporalmente l'applicabilità della più elevata età pensionabile, una volta che il lavoratore intenda avvalersene».

[98] La rilevanza generale della predetta sentenza del Tar Lazio è stata oggetto anche di una interrogazione parlamentare (n. 4-00536 dell'11 luglio 2013).

[99] Vedi ampiamente OCCHINO, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali* cit., 270 ss.

pranazionali impongono al potere legislativo nell'intervenire su controversie in corso nelle quali lo Stato stesso sia parte processuale.

I legislatori nazionali infatti non possono porre in essere operazioni volte ad aggirare l'art. 6 sul giusto processo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[100], che tutela la certezza del diritto, la tutela dell'affidamento e la parità delle armi processuali, oltre che il principio di separazione tra poteri legislativo e giudiziario. Ciò è stato sottolineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo anche con riguardo a vicende processuali italiane, proprio in ambito lavoristico[101]. Ci si riferisce, in particolare, al noto caso del personale c.d. ata, che ha suscitato ampio dibattito dottrinale[102]. In sintesi, salvo si ritenga che l'effetto retroattivo dell'art. 2 comma 5 del d.l. 31

[100] Cfr. GIORDANO, *Le garanzie dell'equo processo civile*, in AA.VV., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, Giuffrè, Milano, 2008, 64 ss.; RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Esi, Napoli, 2008, 162 ss.; COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Università degli studi di Perugia, 2010, 81 ss.; CHENAL, TAMIETTI, GAMBINI, *Art. 6*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, 173 ss.

[101] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo 7 giugno 2011, *Agrati e a. c. Italia*, in *Foro it*., 2013, IV, 9, con nota di PALMIERI, *Leggi retroattive: l'ardua mediazione tra l'interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*; in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 273 (m), con nota di ZAMPIERI, *La Corte Edu riforma la Corte costituzionale, confermando la superiorità della convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'indipendenza della magistratura dall'esecutivo*; cfr. anche i commenti di MASSA, *Il caso Agrati: Corte europea c. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, e di RUGGERI, *Il caso Agrati: ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani?* entrambi in *Quaderni Cost.*, 2011, 687 (per la conseguente pronuncia sulla quantificazione dell'equa soddisfazione risarcitoria, vedi Corte europea diritti dell'uomo 8 novembre 2012, in http://hudoc.echr.coe.int). Sulla medesima vicenda si veda anche la successiva Corte giust. Ce, grande sezione, 6 settembre 2011 C-108/10, in *Foro it.*, 2011, IV, 489; cfr. anche il commento di MASSA, *Dopo il caso Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, in *Quaderni cost*., 2011, 957.

[102] Vedi CESTER, *Il trasferimento del personale "ata" dagli enti locali allo Stato davanti alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, II, 124 ss.; MENGHINI, *I contrasti tra Corte EDU e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in *Riv. giur. lav*., 2012, II, 362 ss.; BRONZINI, *Le corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, in *Riv. giur. lav*., 2011, II, 491 ss.; VISCOMI, *Il trasferimento del «personale ata» dagli enti locali allo Stato: fine della storia*, in *Riv. it. dir. lav*., 2008, II, 23 ss.

agosto 2013 n. 101 sia necessitato da «*impérieux motifs d'intérêt général*» secondo la rigorosa accezione dettata dalla Corte[103], tale disposizione interpretativa pare non abilitata a ribaltare gli esiti del contenzioso pendente.

Più in generale, come si è avuto modo di illustrare, la questione risulta di rilevante importanza, per quanto concerne la maniera in cui si intende integrata la disciplina previdenziale con quella del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (anche con riguardo all'avvicendamento tra fonti di regolamentazione a seguito della privatizzazione dell'impiego pubblico), nonché per quanto attiene al concetto stesso di pensione di anzianità, o anticipata, come trattamento ad accesso (effettivamente) volontario.

[103] Oltre al caso *Agrati* cit., vedi ad es. le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 marzo 2006 n. 36813, *Scordino c. Italia*; 31 maggio 2011 n. 46286, *Maggio e a. c. Italia*; 2 febbraio 2010 n. 39730, *Javaugue c. Francia*; 10 giugno 2008 n. 50550, *Bortesi e a. c. Italia*, tutte sul sito ufficiale www.echr.coe.int.

ELENCO DELLE OPERE MENZIONATE

AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore. Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contratto collettivo, diritto di sciopero*, Giappichelli, Torino, 2013.

AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011.

AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* (Messina, 22-24 ottobre 2008), Inail, Roma-Milano, 2009.

AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008.

AA.VV., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, Giuffrè, Milano, 2008.

AA.VV., *Lavorare oltre i sessantacinque anni? Politiche dell'invecchiamento attivo in Italia e in Europa*, in *Assistenza soc.*, 2001, fasc. 1, 5.

AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999.

AA.VV., *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Atti delle giornate di studio organizzate a L'Aquila dall'Aidlass, 31 maggio-1° giugno 1996, Giuffrè, Milano, 1997.

AA.VV., *Rapporti etico-sociali. Artt. 29-34*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976.

AA.VV., *Principi fondamentali. Artt. 1-12*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975.

AA.VV., *Rapporti civili. Artt. 13-20*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1973.

AGI (a cura di), *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro: competizione* versus *garanzie?*, Giappichelli, Torino, 2013.

AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia* cit., 11.

ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 289.

ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 160/2012.

ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008.

ALBI, *Sulle fasce di reperibilità in caso di infortunio sul lavoro*, in *Riv. it. dir. lav*., 1999, II, 341.

ALES, *Il periodo di prova nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: parziale specialità della disciplina legale e specificità della disciplina contrattuale collettiva*, in *Riv. it. dir. lav*., 2009, II, 377.

ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2007.

ALES, *Diritti di cittadinanza sociale e «livello essenziale di prestazione» nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull'«uguaglianza solidale»*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, 349.

ALES, *Il servizio del "collocamento obbligatorio"*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili: commentario alla Legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, 287.

ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 1981.

ALTIMARI, *Disciplina del personale regionale e competenza in materia di ordinamento civile: si consolida l'orientamento della Consulta*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 364.

AMARANTO, *Problemi di giurisdizione relativi alle procedure concorsuali e alla successiva costituzione del rapporto*, in *Comuni d'Italia*, 2001, 1538.

AMATO F., *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, in *Lav. dir.*, 2003, 127.

AMATO G., *Art. 13*, in AA.VV., *Rapporti civili. Artt. 13-20*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione* cit., 51.

AMENDOLA, *Dispensa e decadenza (Impiego pubblico)*, in *Enc. dir.,* vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, 150.

AMORIELLO, *Francia: l'invecchiamento demografico e le politiche del lavoro,* in *Dir. rel. ind.*, 2008, 863.

ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006.

ANDREONI, *Inabilità,* in *Digesto comm*., vol. VII, Utet, Torino, 1992, 270.

ANGIELLO, BUBBICO, *Assenteismo e rimedi*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2008, fasc. 12, inserto, 8.

ANSELMI, IUGOLI, SACCO, *Nuove prospettive nel reinserimento lavorativo del disabile*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 325 (anche in *Riv. inf. mal. prof*., 2008, 511).

ARENA, *Modificazioni ed estinzione del rapporto: aspettativa; comando e distacco; dimissioni; collocamento a riposo; dispensa; decadenza; indennità di buonuscita*, vol. V di B. BALLETTI (diretto da), *Il rapporto di pubblico impiego nella legislazione e nella giurisprudenza*, Jovene, Napoli, 1988.

ARNARDÓTTIR, QUINN (a cura di), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff Publisher, 2009.

ASSENNATO, *Quando il collocamento sbaglia mira: sulla risarcibilità del danno da mancata assunzione di soggetti obbligatoriamente avviati*, in *Riv. giur. lav*., 2012, II, 488.

AVIO, *La vecchiaia della pensione?,* in *Lav. dir*., 2013, 403.

AVIO, *Della previdenza e dell'assistenza. Artt. 2114-2117*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012.

AVIO, *Disabilità e avviamento al lavoro,* in *Lav. dir*., 2008, 497.

AVIO, *Vecchiaia e lavoro. Tra solidarietà e corrispettività*, Ediesse, Roma, 2008.

AVIO, *I prepensionamenti: un istituto di tutela del reddito?*, in BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007, 199.

AVIO, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline,* in BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, Bologna, 2005, 155.

AVIO, *Collocamento degli invalidi psichici e Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav*., 1990, II, 269.

BABUDRI, *Assenze per malattia e per permesso retribuito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2008, 571.

BALANDI, *Principi e scelte normative della riforma previdenziale,* in *Lav. dir.,* 1996, 101.

BALANDI, *Il procedimento penale a carico del lavoratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 911.

BALDUCCI, *Commento all'art.* 5, in GIUGNI (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979, 33.

BALDUZZI, CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013.

BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: la sanità come paradigma*, in ROVERSI MONACO, BOTTARI (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012, 79.

BALDUZZI, SERVETTI, *La garanzia del diritto alla salute e la sua attuazione nel servizio sanitario nazionale*, in BALDUZZI, CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario* cit., 13.

BALLESTRERO, *Pensionati recalcitranti e discriminazioni fondate sull'età*, in *Lav. dir.*, 2011, 142.

BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, Bologna, 2005.

BALLESTRERO, *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, in BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale* cit., 9.

BALLESTRERO, *I licenziamenti*, FrancoAngeli, Milano, 1975.

BALLETTI E., *Art. 25*, in ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, vol. I di MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro: commento al D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Zanichelli, Bologna, 2011, 250.

BALLETTI E., *Assenteismo*, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Ipsoa, Milano, 2011, 209.

BALLETTI E., *Interpretazione e rilevanza delle norme lavoristiche contenenti clausole generali* ex *art. 30 l. n. 183/2010*, in *Giur. it.*, 2011, 2441.

BANO, *Lo* spatium deliberandi *nel recesso per superamento del periodo di comporto,* in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 62.

BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, 139.

BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007.

BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in EAD. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio* cit., 77.

BARBIERI, *Un accordo senza respiro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 273.

BARBIERI, *Corte costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*, in *Lav. pubb. amm.*, 1998, 140.

BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, Bari, 1997.

BARBIERI, *Il periodo transitorio e le norme abrogate*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, t. II, 1173.

BARRACO, *Assenza del lavoratore, mancata comunicazione della malattia e richiesta della visita di controllo in via cautelare* in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 827.

BARRACO, SITZIA, *La tutela della* privacy *nei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2012.

BARTALOTTA, *Malattie «diplomatiche» e poteri di controllo del datore di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 345.

BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012.

BASENGHI, *Età e perdita dell'impiego: il quadro italiano*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 1010.

BELL, WADDINGTON, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 373.

BELL, WADDINGTON, *The 1996 intergovernmental conference and the prospects of a non-discrimination Treaty article*, in *Ind. law. journ.*, 1996, 320.

BELLACE, *La legislazione sulle discriminazioni in base all'età negli Stati Uniti*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 987.

BELLAVISTA, *La storia infinita della riforma del lavoro pubblico*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo: D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135 (*spending review*)*, Cedam, Padova, 2013, 575.

BELLAVISTA, *Poteri del datore di lavoro pubblico*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al D.Lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato lavoro"*, Ipsoa, Milano, 2011, 151.

BELLAVISTA, *Esiste la tutela della* privacy *nel rapporto di lavoro?*, in TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2010, 171.

BELLAVISTA, *Il protocollo* welfare *e il diritto al lavoro dei disabili*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, Roma, 2009, 255.

BELLAVISTA, *Assunzione obbligatoria*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1997, vol. I, 158.

BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995.

BELLINI, *Idoneità fisica al servizio e alla mansione dei dipendenti secondo il Tu sulla sicurezza del lavoro*, in *Azienditalia Il Personale*, 2008, 424.

BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 830.

BELLOCCHI (a cura di), *La nuova previdenza sociale: profili pratico-operativi della riforma Fornero con gli indirizzi giurisprudenziali di riferimento*, Cedam, Padova, 2012.

BELLOMO, *Art. 1*, in G. SANTORO PASSARELLI, LAMBERTUCCI (a cura di), *Norme per il diritto al lavoro dei disabili (l. 12 marzo 1999, n. 68)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, 1353.

BELLUMAT, *Sul controverso "diritto" alla riammissione in servizio del dipendente nella pubblica amministrazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 459.

BENASSI, *Clausole generali e giudice del lavoro: l'art. 30, 1º comma, l. n. 183 del 2010*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 91.

BENEDETTELLI, *Profili di responsabilità amministrativa del medico dipendente nella prescrizione dei farmaci nella regione Marche,* in *Ragiusan*, 2011, fasc. 329, 306.

BENEDETTI, *Lavoro privato, lavoro pubblico e «ordinamento civile»: quali spazi per le regioni?*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 125.

BESSONE, ROPPO, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell'art. 32 della Costituzione ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1974, 767.

BETTINI, *Il quadro normativo della disciplina delle sanzioni disciplinari nel pubblico impiego*, in *Lav. prev. oggi*, 2011, 257.

BETTINI, *Il consenso del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2001.

BIANCHI D'URSO, DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della cassazione*, Giuffrè, Milano, 2006.

BIRKINSHAW, *Freedom of information: the law, the practice and the ideal*, Cambridge university press, Cambridge, 2010.

BISOM-RAPP, SARGEANT, *Diverging doctrine, converging outcomes: evaluating age discrimination law in the United Kingdom and the United States*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2013, vol. 44, 717.

BLANPAIN, *Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all'età: una società per tutte le età*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 943.

BOATTI, *Le decurtazioni stipendiali per causa di malattia*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 506.

BOERI, GALASSO, *Per una vera staffetta tra generazioni*, 2013, in www.lavoce.info/per-una-vera-staffetta-generazionale.

BOGHETICH, *Riparto di giurisdizione nelle procedure concorsuali dei dipendenti pubblici: i dirigenti scolastici*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 790.

BOLEGO, *Artt. 18-19*, in ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, vol. I di MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro* cit., 176.

BONACCI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di riqualificazione del lavoratore*, in *Arg. dir. lav*., 2012, 1019.

BONARDI, *Sistemi di* welfare *e principio di eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2012.

BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *Riv. giur. lav*., 2011, I, 779.

BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio* cit., 126.

BONARDI, *Durata massima legale del periodo di prova e sospensione per malattia del lavoratore: l'orientamento della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. lav*., 1997, II, 179.

BONATI, DE FUSCO (a cura di), *Malattia nel rapporto di lavoro*, Dossier-Lavoro n. 1/2010 di *Guida lav.*, 27.

BONURA, CARUSO G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 105/2010.

BORELLI, MAGRI (a cura di), *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni: L. 15/2009 e D.lgs. 150/2009,* Jovene, Napoli, 2011.

BORELLI, *La Corte di giustizia (ancora) alle prese con discriminazioni in ragione dell'età*, in *Riv. crit. dir. lav*., 2009, 934.

BORGHESI, *La giurisdizione nel pubblico impiego privatizzato*, Cedam, Padova, 2002.

BORGOGELLI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 655.

BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 399.

BORGOGELLI, *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, in *Lav. dir.*, 2004, 72.

BORTONE, *Artt. 38-41*, in ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, vol. I di MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro* cit., 462.

BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 170/2013, e in *Lav. pubb. amm*., 2012, 991.

BOSCATI, *Ordinamento civile per incarichi dirigenziali ad esterni e per procedure di mobilità tra enti*, in *Riv. it. dir. lav*., 2011, II, 1197.

BOSCATI, *Responsabilità dirigenziale, trattamento economico*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 191.

BOSCATI, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile nel caso di illegittimo recesso dell'amministrazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 686.

BOSCATI, *La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro*, in *Dir. rel. ind*., 2000, 407.

BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Giappichelli, Torino, 2011.

BOZZAO, *Pensionabilità del dipendente pubblico anziano e disciplina del licenziamento,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 443.

BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoratore discontinuo*, Giappichelli, Torino, 2005.

BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. dir*., 2007, 443.

BRIGUORI, *Invio dei certificati* on line *entro il 31 gennaio*, in *Guida pubb. impiego*, 2010, 10, 16.

BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, vol. VI, di PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012.

BROLLO, VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e* jus variandi*. Mansioni qualifiche,* jus variandi, in MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, t. 1, di PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 513.

BROLLO, DE LUCA TAMAJO, *La riforma dell'università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge 240/2010*, Giuffrè, Milano, 2011.

BRONZINI, *Le corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, in *Riv. giur. lav*., 2011, II, 491.

BRUN, *Il riassorbimento nei successivi aumenti della retribuzione tabellare dell'assegno* ad personam *concesso a seguito del passaggio diretto tra amministrazioni diverse*, in *Riv. it. dir. lav*., 2013, II, 397.

BRUNO, *Il datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in PERSIANI, LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2012, 157.

BUFFA, *La disciplina lavorativa e previdenziale per i diversamente abili*, Giuffrè, Milano, 2009.

BURATTI, Whistleblowing*: una sfida anche per la Pubblica amministrazione*, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 19.

BUSICO, TENORE, *La disciplina giuridica dei concorsi nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2006.

CALAFÀ, *Art. 24*, in NOGLER, Marino MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Utet, Torino, 2012, 176.

CALAFÀ, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, in *Lav. dir*., 2012, 257.

CALAFÀ, *Le discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio «emergente»*, in *Riv. it. dir. lav*., 2010, II, 956.

CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio. Tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009.

CALCATERRA *Il preavviso di licenziamento*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 162/2012.

CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento: tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.

CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in BIANCHI D'URSO, DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della cassazione* cit., 47.

CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro. Art. 2126*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013.

CAMPANELLA, *Sull'applicabilità al lavoratore invalido della speciale procedura di esonero per inidoneità degli autoferrotramvieri*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 438.

CAMPANELLA, *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 614.

CAMPEDELLI, *Invecchiamento tra capacità e disuguaglianze*, in *Questione giust.*, 2011, 3-4, 105.

CANAVESI, *Solidarietà e contribuzione di malattia nel sistema previdenziale secondo la Corte costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 809.

CANAVESI, *Il collocamento dei disabili nelle pubbliche amministrazioni. Il quadro normativo e gli orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. lav. Marche*, 2007, 247.

CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in RODOTÀ, ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011.

CAPPELLETTI, GAETA (a cura di), *Diritto del lavoro, alterità. Figure della diversità e modelli culturali*, Esi, Napoli, 1998.

CAPURSO, MADONIA, *L'accertamento tecnico preventivo nel processo previdenziale (art. 445 bis, c.p.c.)*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 323.

CARABELLI, *La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 101/2010.

CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia,* Cacucci, Bari, 2010.

CARBONE, *Il computo del periodo di comporto: problematiche ed orientamenti giurisprudenziali,* in *Foro it.*, 2009, I, 886.

CARBONE, *Superamento del periodo di comporto e riflessi sul rapporto di lavoro: problematiche ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2009, I, 501.

CARINCI F., *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore* cit., 25.

CARINCI F., *Dal sistema costituzionale al sistema sindacale: una crisi contagiosa*, relazione alle giornate di studio Aidlass «La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro», Bologna, 16-17 maggio 2013.

CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 172/2013.

CARINCI F., *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 529.

CARINCI F., *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore e il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012),* in *Arg. dir. lav.,* 2012, 773.

CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare,* in *Arg. dir. lav.,* 2012, 1112.

CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al D.Lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato lavoro"*, Ipsoa, Milano, 2011.

CARINCI F., *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., XIX.

CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Ipsoa, Milano, 2011.

CARINCI F., *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 80/2008.

CARINCI F., *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, Cedam, 2005, 470.

CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2005.

CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Utet, Torino, 2004.

CARINCI F., *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 55.

CARINCI F., D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000.

CARINCI M.T., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste*

dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1052.

CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e* flexicurity *"all'italiana"*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 527.

CARINCI M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 114/2011.

CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2005.

CARINCI M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003.

CARRIZOSA PRIETO, *La discriminazione fondata sulla malattia del lavoratore*, in *Lav. dir.*, 2013, 284.

CARUSO B., *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 140/2012.

CARUSO B., *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 268.

CARUSO B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT 81/2010.

CARUSO B., *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della* governance *nella p.a. italiane)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 104/2010.

CARUSO B., *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 79/2008, anche in *Lav. pubb. amm.*, 2008, 465.

CARUSO B., ZAPPALÀ, *La Riforma "continua" delle Pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la* governance*?*, in *Lav. pubb. amm.*, 2007, 1.

CARUSO B., SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000.

CASESA, *Applicabilità della disciplina dei licenziamenti della riforma Fornero anche ai dipendenti pubblici*, in *Lexitalia*, 2013, 4, www.lexitalia.it/p/13/tribsmcp_2013-04-02o.htm

CASILLO, *Trattamento economico di malattia dei dipendenti pubblici e principi costituzionali,* in *Dir. lav. merc.*, 2011, 561.

CASILLO, *La malattia del dipendente pubblico,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 377.

CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994.

CASTIGLIONE, PIZZOFERRATO (a cura di), *La responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro*, atti del convegno 16 gennaio 2009 presso l'Università di Bologna, Cedam, Padova, 2009.

CASTRONOVO, ALBANESE, NICOLUSSI (a cura di), *Luigi Mengoni. Scritti*, vol. II, *Obbligazioni e negozio*, Giuffrè, Milano, 2011.

CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 176/2013 (rielaborazione di *L'art. 18 St. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *Lav. pubb. amm.*, 2012, 1019).

CAVALLARO, *Un caso interessante per la riflessione sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento: due opinioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 690.

CAZZOLA, *Il «polo» previdenziale pubblico: la gestione separata degli statali nell'Inpdap*, in CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Giappichelli, Torino, 1996, 215.

CERBONE, *Dirigenza pubblica e autonomia territoriale*, Giappichelli, Torino, 2011.

CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013.

CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 547.

CESTER, *Il trasferimento del personale "ata" dagli enti locali allo Stato davanti alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 124.

CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, vol. II di F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2007.

CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2007.

CESTER, *La sopravvenuta inidoneità del lavoratore fra itinerari giurisprudenziali e innovazioni normative*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Giuffrè, Milano, 2004, t. 1, 565.

CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Giappichelli, Torino, 1996.

CESTER, *Il quadro giuridico: principi generali e linee di tendenza,* in CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico* cit., 13.

CHENAL, TAMIETTI, GAMBINI, *Art. 6*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* cit., 173.

CHIARENZA, EVANGELISTA, *Il giudizio di responsabilità*, in TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2013, 405.

CHIAROMONTE, *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 101.

CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013.

CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 559.

CIMAGLIA, COVATTA, *L'invalidità civile e la tutela della disabilità*, Giuffrè, Milano, 2009.

CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2013.

CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013.

CINELLI, *La riforma delle pensioni del «governo tecnico». Appunti sull'art. 24 l. n. 214 del 2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 385.

CINELLI, FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività,* welfare*, 2.: dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet, Torino, 2009

CINELLI, FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività,* welfare*: commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Giappichelli, Torino, 2008.

CINELLI, *«Nuovi lavori» e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 225.

CINELLI, SANDULLI, *Riflessioni sul disegno di legge delega n. 2145 in materia previdenziale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, 509.

CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili: commentario alla Legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, Torino, 2000.

CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 73.

CINELLI, PERSIANI (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale: dalle leggi Amato alla finanziaria 1995*, Giuffrè, Milano, 1995.

CINELLI, PERSIANI, *Prodromi, svolgimento e prospettive della riforma previdenziale,* in CINELLI, PERSIANI (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale* cit., 3.

CINELLI, *L'«adeguatezza» della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*, in *Foro it.,* 1986, I, 1770.

CINELLI, *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1984.

CIOCCA, *I coefficienti di trasformazione*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività,* welfare*: commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247* cit., 58.

CISTARO, CUI, *La malattia del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2012.

COLAPIETRO, *Diritto al lavoro dei disabili e costituzione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 617.

COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Cedam, Padova, 1996.

COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Università degli studi di Perugia, 2010, 81.

COMANDÈ D., *Il procedimento giudiziario specifico per il licenziamento nella riforma Fornero: un ginepraio da casa di cura*, in *Arg. dir. lav*., 2012, 334.

COMANDÈ D., *I vincoli «a cascata» della contrattazione integrativa*, in *Riv. giur. lav*., 2010, I, 603.

COMANDÉ G., NOCCO, PEIGNÉ, *Il fascicolo sanitario elettronico: uno studio multidisciplinare*, in *Riv. it. med. legale*, 2012, 105.

COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco. Un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili*, COM(2012) 55 final, in http://eur-lex.europa.eu.

CONGEDUTI, *Prime (dis)applicazioni della Riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 1190.

CONSOLAZIO, FOIS, *Idoneità alla mansione specifica e invalidità pensionabile: convergenze e divergenze a fronte di un comune obiettivo*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 581.

CORBO *Le convenzioni per il diritto al lavoro dei disabili: natura, struttura, funzione e strumenti di tutela,* in *Arg. dir. lav*., 2009, 380.

CORBO, *Le riserve dei posti a favore dei disabili si applicano solo nel momento dell'accesso al lavoro e non anche in quello della progressione di carriera*, in *Lav. pubb. amm*., 2007, 228.

CORPACI, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 467.

CORPACI, RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, commentario, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1047.

CORSO S.M., *Segnalazione di illeciti da dipendente pubblico: tutela debole*, in *Dir. prat. lav*., 2013, 713.

CORSO S.M., *Inidoneità sopravvenuta del lavoratore e limiti di* repêchage *secondo una recente sentenza della cassazione*, in *Arg. dir. lav*., 2011, 146.

CORTESE, MATARRESE, SCELFO, *Nuove prospettive nella valutazione delle capacità residue del disabile da lavoro: utilizzo della classificazione icf dell'Oms*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2011, 951.

CORTI, Active ageing *e autonomia collettiva. "Non è un paese per vecchi", ma dovrà diventarlo presto*, in *Lav. dir.*, 2013, 383.

CORVAJA, *La competenza concorrente tra Stato e Regioni*, in *Regioni*, 2011, 287.

COSMAI, *Dipendenti pubblici: nuovo codice di comportamento*, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 1439.

COSMAI, *Servizio oltre i limiti di età: nuove regole per la pubblica amministrazione*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 2788.

COSTANTINI, *Efficienza ed efficacia delle convenzioni per l'inserimento lavorativo dei disabili*, in BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale* cit., 179.

COVI, *Quando il medico certifica soltanto la dichiarazione del lavoratore circa lo stato di malattia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 601.

CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 569.

CURZIO, *Il nuovo procedimento in materia di licenziamenti*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92* cit., 8.

D'AIUTO, *Impossibilità sopravvenuta assoluta della prestazione nel settore della navigazione: risoluzione di diritto o recesso unilaterale?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 3.

D'ALESSIO, *La razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, t. I, 285.

D'ANTINO, LUPINACCI, *Responsabilità patrimoniale e contabile dei dipendenti pubblici*, Aracne, Roma, 2013.

D'ANTONA, *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in MARTINENGO, PERULLI (a cura di), *Struttura retributiva nel lavoro privato e riforma del pubblico impiego*, Cedam, Padova, 1998, 11, ora in B. CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere* cit., vol. IV, 221.

D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lav. dir.*, 1996, 237.

D'ARCANGELO, *Accertamenti medico-legali sui dipendenti pubblici, competenza legislativa concorrente delle Regioni e onere finanziario a carico delle amministrazioni*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, 681.

D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica: Comitati di settore e Aran*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 367.

D'ONGHIA, *L'accesso al lavoro pubblico: procedure di reclutamento e costituzione del rapporto lavorativo*, in CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico* cit., 155.

D'ORSI, *La sorveglianza sanitaria*, in TIRABOSCHI, FANTINI, *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo*, Giuffrè, Milano, 2009, 690.

D'ORTA, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. pubb. amm.*, 2011, 391.

D'ORTA, BOSCATI, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, 96.

DAL POZZO *et al.*, *Applicazione dell'icf nella valutazione della disabilità*, AA.VV., in *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 369.

DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo rito: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, in *Foro it.*, 2013, V, 101.

DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lav. dir.*, 2007, 465, e in MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008, 27.

DE ANTONIIS, *Inabilità ed invalidità*, in BELLOCCHI (a cura di), *La nuova previdenza sociale: profili pratico-operativi della riforma Fornero* cit., 583.

DE CRISTOFARO, *Tendenze legislative in tema di mutamento* in pejus *delle mansioni nell'interesse del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1999, 341.

DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, relazione alle giornate di studio Aidlass «La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro», Bologna 16-17 maggio 2013.

DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1049.

DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.

DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *Lav. pubb. amm.*, 2013, in corso di pubblicazione, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 178/2013.

DE MAIO, *Federalismo sanitario, crisi economica e perequazione*, in LIGUORI, A. ZOPPOLI (a cura di), *La sanità flessibile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 117.

DE MARCO, *Età pensionabile e risarcimento del danno da licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 638.
DE MARCO, *Il licenziamento nel lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2011.
DE MARINIS, *Il trattamento economico di malattia dei dipendenti pubblici verso il giudizio di costituzionalità*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 459.
DE MARINIS, *Intervento*, in PILEGGI (a cura di), *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro: atti del convegno di Roma, 16 novembre 1996*, Università degli studi di Roma Tor Vergata, Aracne, Roma, 1997, 97.
DE MATTEIS A., *Stress lavoro-correlato e malattie professionali*, atti del convegno *Stress e lavoro: correlazioni, attualità, problematiche e prospettive future*, Roma, 7-8 giugno 2011, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 35.
DE MATTEIS A., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2011.
DE MATTEIS R., *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2007.
DE SIMONE, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, in BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale* cit., 46.
DE SIMONE, *Lavoro ripartito*, in GRAGNOLI, PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 505.
DEL FATTORE, *Relazione 8 ottobre 2012*, in www.cgil.it.
DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 416.
DEL PUNTA, *La sospensione della prestazione di lavoro*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009, t. I, 815.
DEL PUNTA, *Il controllo della malattia*, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 37, inserto.
DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto (malattia e infortuni, maternità, servizio militare, aspettative)*, in F. CARINCI (diretto da), *I contratti collettivi di comparto. Commentario*, Giuffrè, Milano, t. I, 1997, 334.
DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1992.
DEL PUNTA, *Note sull'incostituzionalità della normativa sulle «fasce orarie» di reperibilità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, 314.
DENTICI, *Tutela e sicurezza del lavoro tra centro e periferia: la sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, 171.

DENTICI, *Il pubblico impiego tra Stato, regioni ed enti locali. Ambito di applicazione*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 50.

DI BIASE, *Il pensionamento coatto e le nuove regole in materia previdenziale nel pubblico impiego*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 560.

DI CARLUCCIO, *Il trattenimento in servizio dei dipendenti pubblici (e dei professori universitari in particolare): l'applicazione giurisprudenziale dopo il d.l. n. 112/2008*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 235.

DI CARLUCCIO, *L'"esperimento" del pensionamento forzoso del dipendente pubblico con quarant'anni di anzianità contributiva*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 1137.

DI FEDERICO, *Protezione della salute e cittadinanza europea nella direttiva 2011/24/UE sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti*, in L.S. ROSSI, BOTTARI (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, 45.

DI NARDO, *Le decurtazioni stipendiali per le assenze per malattia nel pubblico impiego dopo il d.l. n. 112/2008*, in *Lav. pubb. amm.*, 2009, 675.

DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, Milano, 2010.

DI STASI, *Il collocamento dei disabili nella pubblica amministrazione: gli aspetti problematici ed il ruolo del legislatore*, in *Dir. lav. Marche*, 2007, 272.

DI TROLIO, *La riforma delle pensioni in Italia (1992-2011): molto rigore e poca equità*, in *Dir. merc. lav.*, 2012, 237.

DONDI, *L'indennità di malattia dopo la riforma sanitaria*, Cedam, Padova, 1981.

DONDI, *Accertamenti sanitari e problemi di costituzionalità*, in *Riv. dir. lav.*, 1975, II, 45.

ERBOLI, *Comunicazioni delle imprese di assicurazione all'Inps*, in NOGLER, Marino MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro* cit., 411.

ERKKILA, *Government transparency: impact and unintended consequences*, New York, Palgrave Macmilla, 2012.

ESPOSITO, GAETA, *La disciplina del rapporto di lavoro nei contratti del pubblico impiego e dell'industria privata*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratti collettivi a confronto: impiego pubblico, industria, servizi*, FrancoAngeli, Milano, 1996, 111.

ESPOSITO, SANTAGATA, *La mobilità del personale tra "autonomia negoziale" ed "evidenza pubblica"*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 335.

EUROPEAN CENTRE FOR THE DEVELOPMENT OF VOCATIONAL TRAINING CEDEFOP, *Working and ageing. The benefits of investing in an ageing workforce*, Salonicco, 2012.

EUROPEAN COMMISSION, *Long-term care in ageing societies*, SWD(2013) 41 final.

EUROPEAN COMMISSION, *Active ageing*, Special Eurobarometer survey 378, Bruxelles, 2012.

EUROPEAN COMMISSION, *Demography, active ageing and pensions*, Social Europe guide, vol. 3, Bruxelles, 2012.

EUROPEAN COMMISSION, *Pension Adequacy in the European Union 2010-2050*, Report prepared jointly by the Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion of the European Commission and the Social Protection Committee, Bruxelles, 2012.

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Role of governments and social partners in keeping older workers in the labour market*, Dublin, 2013.

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Employment trends and policies for older workers in the recession*, Dublin, 2012.

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Sustainable work and the ageing workforce*, Dublin, 2012.

EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION, *Libro bianco sulle pensioni: «Garantire le pensioni: non commettere errori sugli obiettivi o il finanziamento».* Position paper *della Ces*, Bruxelles, 2012.

FANTINI, *Il medico competente e la sorveglianza sanitaria*, in RUSCIANO, NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Utet, Torino, 2007, 337.

FERAGNOLI, GABRIELLI, LUISI, *Studio sull'utilizzazione dell'Icf nella valutazione della disabilità da lavoro*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 359.

FERLUGA (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico: merito e responsabilità garantiranno produttività ed efficienza?* Atti del Convegno, Messina, 12-13 febbraio 2010, Giuffrè, Milano, 2012.

FERLUGA, *Profili di innovazione nella disciplina delle sanzioni disciplinari*, in FERLUGA (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico* cit., 103.

FERRANTE, *I poteri datoriali rivisitati*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 59.

FERRANTE, *Invecchiamento attivo e prolungamento della vita lavorativa*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu* cit., vol. III, 1187.

FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in RODOTÀ, ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in FERRARA (a cura di), *Salute e sanità* cit., 3.

FERRARESI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 338.

FERRARESI, *Inidoneità permanente al volo, impossibilità sopravvenuta della prestazione e giustificato motivo di licenziamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 133.

FERRARI, *Soppressione della causa di servizio, dell'equo indennizzo e della pensione privilegiata*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2012, 1681.

FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, 37.

FERRARO, *Tutela dei disabili e poteri imprenditoriali*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 335.

FERRARO (a cura di), *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Giuffrè, Milano, 2004.

FERRARO, *I diritti quesiti tra giurisprudenza e legiferazione,* in *Riv. it. dir. lav.,* 1995, I, 277.

FIATA, *Le novità in tema di certificazione della malattia*, in *Giur. it.*, 2011, 2687.

FILÌ, *L'avviamento al lavoro tra liberalizzazione e decentramento*, Ipsoa, Milano, 2002.

FINOCCHIARO G., Privacy *e protezione dei dati personali: disciplina e strumenti operativi*, Zanichelli, Bologna, 2012.

FIORILLO, *Il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2009, 1917.

FIORILLO, SCIMÈ, *Assenteismo e rimedi*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2008, fasc. 12, inserto cit., 32.

FLORENZA, TERRACIANO, VOLPE, *La riforma del pubblico impiego*, Il sole 24 ore, Milano, 1999.

FOGLIA L., *La posizione professionale del lavoratore nel sistema di protezione sociale*, Giappichelli, Torino, 2012.

FORUMPA, *Un'analisi comparata del pubblico impiego in Italia, Francia e Regno Unito*, Roma, 2013.

FRANZONI (diretto da), *Le responsabilità nei servizi sanitari: responsabilità civile, responsabilità penale, diritto processuale, amministrativo e del lavoro, profili medico-legali e comparatistici, analisi economica*, Zanichelli, Bologna, 2011.

FRATELLO, *Limiti all'obbligo di cooperazione del datore di lavoro in caso di sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore*, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, 447.

FREDMAN, SPENCER (a cura di), *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives*, Hart publishing, Oxford, 2003.

FREDMAN, *The age of equality*, in FREDMAN, SPENCER (a cura di), *Age as an Equality Issue* cit., 46.

FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, in PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad internet*, Esi, Napoli, 2011, 23.

FURLAN, ALOVISIO, *Rapporto di lavoro e infezione da hiv*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, 101.

GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli, 1986.

GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 231.

GAMBACCIANI G., *È legittima la clausola del contratto collettivo che estende l'obbligo di reperibilità all'infortunio sul lavoro*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2002, II, 85.

GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in BORELLI, MAGRI (a cura di), *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni* cit., 71.

GARILLI, *Il pubblico impiego e la «ricetta Brunetta»*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu* cit., vol. III, 1611.

GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della* performance *organizzativa della pubblica amministrazione*, in *Giur. it*., 2010, 2717.

GARILLI, *Limiti al potere del datore di lavoro nell'assegnazione delle mansioni*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 283.

GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 49/2007.

GARILLI, *Il riparto di giurisdizione tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro*, in *Lav. pubb. amm*., 2000, 715.

GAROFALO C., *L'invio telematico dei certificati di malattia*, in D. GAROFALO, M. MISCIONE (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010. Commentario alla legge 4 novembre 2010 n. 183*, Ipsoa, Milano, 2011, 631.

GAROFALO D., *Il contrasto all'assenteismo negli accordi Fiat di Pomigliano d'Arco e di Mirafiori*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 499.

GAROFALO D., MISCIONE M. (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010. Commentario alla legge 4 novembre 2010 n. 183*, Ipsoa, Milano, 2011.

GAROFALO D., *Disabili (lavoro dei)*, in *Digesto comm*., Utet, Torino, 2009, appendice, 759.

GAROFALO D., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008*, Ipsoa, Milano, 2009.

GAROFALO D., *Disabili e regioni*, Collana Adapt, Working Paper n. 53/2008, in www.fmb.unimore.it.

GAROFALO M.G., *Delegificazione e rilegificazione*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Ediesse, Roma, 2009, 13.

GAROFALO M.G., *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 1999, 499.

GAROFALO M.G., *Intervento*, in ROMEO (a cura di), *Le assunzioni presso la pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1989, 11.

GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. IX, t. II, Giappichelli, Torino, 1998, 168.

GENTILE G., *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* cit., 220.

GENTILE M. (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Ediesse, Roma, 2009.

GERARDO, MUTARELLI A., *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, in *Lav. pubb. amm.*, 2013, in corso di pubblicazione.

GHERA, *Collocamento e autonoma privata*, Jovene, Napoli, 1970.

GHEZZI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in AA.VV., *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti* cit., 91.

GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979.

GHEZZI, *Commento all'art. 9*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti* cit., 156.

GIANNÌ, *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di età pensionabile e di età lavorativa nella giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 819.

GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere dal Ministro per la funzione pubblica, Roma, 1979.

GIANNINI, *Impiego pubblico. Profili storici e teorici*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, 293.

GIAPPICHELLI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla nozione di handicap: un freno alla* vis expansiva *del diritto antidiscriminatorio?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 758.

GIORDANO, *Le garanzie dell'equo processo civile*, in AA.VV., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, Giuffrè, Milano, 2008, 64.

GIUBBONI, BORELLI, *Discriminazioni, molestie,* mobbing, in MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, t. 2, di PERSIA-

NI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 1819.

GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 289.

GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 344.

GIUGLIANO, *Art. 68*, in CORPACI, RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro* cit., 1451.

GIUGNI (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979.

GIUGNI *et al.*, *Rapporti economici. Artt. 35-40*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979.

GIUSTINI, *La classificazione icf nello sviluppo della riabilitazione e del reinserimento lavorativo delle persone con disabilità*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 355.

GLIATTA, *Il trattamento dei dati sensibili e la responsabilità per la tenuta del fascicolo elettronico*, in FRANZONI (diretto da), *Le responsabilità nei servizi sanitari* cit., 289.

GLIATTA, *Il diritto alla* privacy *in ambito medico: trattamento dei dati sensibili e fascicolo sanitario elettronico*, in *Resp. civ.*, 2010, 682.

GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzione e prospettive*, Cedam, Padova, 2013.

GOTTARDI, *"Vuoti" e "pieni": la retribuzione e la parità di trattamento nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Lav. dir.*, 2011, 616.

GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, in CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio. Tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009, 21.

GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 447.

GRAGNOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in AGI (a cura di), *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012* cit., 123.

GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, relazione tenuta al congresso Aidlass «Il diritto del lavoro al tempo della crisi», Pisa, 7-9 giugno 2012, dattiloscritto.

GRAGNOLI, *I principi generali in tema di premi per il merito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 93.

GRAGNOLI, *Novità in tema di rapporto di lavoro pubblico fra controllo della spesa e auspicato miglioramento dell'efficienza*, in D. GAROFALO, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008* cit., 195.

GRAGNOLI, *Assenteismo e rimedi*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2008, fasc. 12, inserto cit., 41.

GRAGNOLI, *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006.

GRAGNOLI, PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004.

GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione* cit., 246.

GRAGNOLI, *Il nuovo Ccnl sanità: è valido l'art. 43, terzo comma, relativo al recupero in via transitoria alla disciplina pattizia delle norme legali, regolamentari e contrattuali previgenti?*, in *Lav. pubb. amm.*, 1999, 447.

GRAGNOLI, *La Corte costituzionale elimina la destituzione di diritto nel pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, 671.

GRECO, *Riammissione in servizio e divieto di* reformatio in peius *del trattamento retributivo, nel passaggio da un'amministrazione ad un'altra, nel lavoro pubblico privatizzato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 208.

GUADAGNO, *Abbassamento dell'età pensionabile e motivi di giustificazione della disparità di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 301.

GUADAGNO, *Discriminazioni basate sull'età in ambito aeronautico e motivi di giustificazione del pensionamento automatico*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 418.

GUARRIELLO, MINOLFI, *Da cenerentola a* leading case*: discriminazioni per età e Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, 103.

GULLÌ, *Riordino e soppressione di enti pubblici di previdenza e assistenza*, in CINELLI, PERSIANI (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale: dalle leggi Amato* cit., 413.

HIRSCHMAN, *Exit, voice, and loyalty: responses to decline in firms, organizations, and states,* Harvard University Press, Cambridge, 1970.

IACONE, BUCCELLI, *L'invalidità civile*, Cedam, Padova, 2008.

IARIA, *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, in *Lav. pubb. amm.*, 1999, 288.

IARUSSI, *Licenziamento per malattia: l'art. 2110 c.c. prevale sulla disciplina dei licenziamenti e sulla risoluzione* ex *art. 1464 c.c.*, in *Lav. giur.*, 2012, 689.

ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori* (relazione al convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" Pescara, 11 maggio 2012), in www.pietroichino.it, 12.

ICHINO, Exit *e* voice *per rompere il circolo vizioso dell'irresponsabilità nelle amministrazioni pubbliche*, in *Iustitia*, 2007, 229.

ICHINO, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Mondatori, Milano, 2006.

ICHINO, *Il contratto di lavoro. Sospensione del lavoro, sciopero, riservatezza e segreto, potere disciplinare, cessazione del rapporto, conservazione e gestione dei diritti*, t. III, in SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003.

ICHINO, *Il controllo non sanitario sulla malattia del lavoratore*, in *Dir. giust.*, 2003, 24, 103.

ICHINO, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 694.

ICHINO, *Il datore ha il diritto di controllare, ma il lavoratore ha il diritto di sottrarsi*, in *Riv. it. dir. lav*., 2002, II, 428.

ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav*., 2002, I, 473.

ICHINO, *Il contratto di lavoro. Fonti e principi generali, autonomia individuale e collettiva, disciplina del mercato, tipi legali, decentramento produttivo, differenziazione dei trattamenti e inquadramento*, t. I, in SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000.

ICHINO, *Malattia del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, 1990.

ICHINO, *Diritto al lavoro e collocamento nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 1988, 1.

IMBERTI, *Art. 25 (Certificati di malattia)*, in NOGLER, Marino MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro* cit., 184.

INPDAP Direzione centrale risorse umane (a cura di), *Le assenze per malattia*, supplemento de *Il giornale Inpdap*, 2010, n. 16.

INPS, *Rapporto annuale 2011*, Roma, 2012.

ISTAT-INPS, *Trattamenti pensionistici e beneficiari. Anno 2011*, Roma, 2013, in www.istat.it.

IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive di «seconda generazione», in Giorn dir. lav. rel. ind*., 2003, 423.

JEAMMAUD, *Lavoro: le parole del diritto, i valori e le rappresentazioni*, in TULLINI, (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, Bologna, 2009, 49.

JORIO, *Diritto alla salute,* Giuffrè, Milano, 2006.

LA MACCHIA, *Il collocamento (quasi) obbligatorio delle persone disabili*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* cit., 702.

LA MACCHIA, *Contrattazione integrativa e buon andamento delle amministrazioni*, in *Riv. giur. lav*., 2010, I, 583.

LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, Roma, 2009.

LAGALA, *Un* welfare *compassionevole per i lavoratori precari?,* in *Riv. giur. lav.,* 2004, I, 363.

LAGALA, *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà: percorsi nel sistema pensionistico e degli ammortizzatori sociali*, Cacucci, Bari, 2001.

LAMBERTUCCI, *La disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro* cit., 483.

LAMBERTUCCI, *Art. 2*, in G. SANTORO PASSARELLI, LAMBERTUCCI (a cura di), *Norme per il diritto al lavoro dei disabili* cit., 1362.

LASSANDARI, *Misure in materia di pari opportunità*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 597.

LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2010.

LAURO, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio* ex *art. 445 bis c.p.c.*, in *Inf. prev*., 2012, 446.

LAVAGNINI, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1961.

LEPORE, *Organizzazione del lavoro ed integrità psico-fisica del lavoratore*, in MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione* cit., 1689.

LEPRE, *Licenziamento per inidoneità psicofisica sopravvenuta e adempimento degli obblighi di sicurezza* ex *art. 2087 c.c.*, in *Giur. it*., 2001, 1104.

LEROUGE, *Il rischio psico-sociale, un'analisi giuridica comparata tra il Nord e il Sud dell'Europa*, in *Lav. dir.*, 2012, 233.

LEYLAND, DONATI, GARDINI, *Freedom of information in the United Kingdom and Italy*, Clueb, Bologna, 2010.

LIGUORI, ZOPPOLI A. (a cura di), *La sanità flessibile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012.

LIMA, *La certificazione della malattia*, in D. GAROFALO, M. MISCIONE (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010. Commentario* cit., 621.

LIMENA, *Il collocamento mirato dei soggetti disabili*, in CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento* cit., 234.

LIMENA, *L'accesso al lavoro dei disabili*, Cedam, Padova, 2004.

LINARES, MORTARA, *Abilità, idoneità, capacità, validità: problematiche dell'inserimento, riammissione e reinserimento al lavoro*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 303.

LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche* cit., t. I, 177.

LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, Milano, 1982.

LODI, *P.a.: reiterazione del periodo di prova*, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 2260.

LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, in TIRABOSCHI, VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico: commento alla Legge 4 marzo 2009, n. 15, e al Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150,* Giuffrè, Milano, 2010, 477.

LOY, *La disabilità nelle fonti internazionali*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 33.

LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1993.

LUCIANI M., *Sui diritti sociali,* in *Dem. dir.,* 1995, 545.

LUCIANI V., *Il licenziamento del dipendente pubblico: un "mito" che non conosce crisi*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore* cit., 63.

LUCIANI V., *Il reclutamento del personale e l'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche* cit., 501.

LUCIANI V., *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Jovene, Napoli, 2002.

LUCIANI V., *Il contratto per i dipendenti delle Ferrovie dello Stato e i contratti per il settore pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratti collettivi a confronto: impiego pubblico, industria, servizi* cit., 244.

LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012.

LUDOVICO, *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 120.

MACDONALD, CRAIL, JONES, *The law of freedom of information*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività: commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e al decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133*, Giappichelli, Torino, 2008.

MAGNUS, *The age of aging: how demographics are changing the global economy and our world*, Wiley, United Kingdom, 2008.

MAINARDI, *Collegio di disciplina, codice etico e incompatibilità*, in BROLLO, DE LUCA TAMAJO, *La riforma dell'università tra legge e statuti.*

Analisi interdisciplinare della legge 240/2010, Giuffrè, Milano, 2011, 177.

MAINARDI, *Effetti "imitativi" sul settore pubblico privatizzato*, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori* cit., 263.

MAINARDI, *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 5.

MAINARDI, LIMA, *Il procedimento disciplinare e i rapporti con il procedimento penale*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 493.

MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 462.

MAINARDI, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. it.*, 2010, 2717.

MAINARDI, *Legge 15/2009 e decreti di attuazione: il rapporto fra fonte legislativa e contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, Torino, 2009, 5.

MAINARDI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni* cit., 286.

MAINARDI, *D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Lav. pubb. amm.*, 2003, 1070.

MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2002.

MAINARDI, M. MISCIONE, *La mobilità*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* cit., t. I, 571.

MAIO, *Sulla "tempestività" del recesso per superamento del comporto*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 303.

MALANDRINI, *Obbligo di* repêchage *dei lavoratori in esubero*, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 21.

MALIZIA, *Orientamenti giurisprudenziali sul potere/dovere di controllo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1071.

MALZANI, *I controlli sulla malattia tra tutela della salute e lotta all'assenteismo*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 524.

MALZANI, *Inidoneità psicofisica e conservazione del posto di lavoro*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 544.

MANCINI, *Commento all'art. 18*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1972, 259.

MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie: il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962.

MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957.

MANGIACAVALLI, *Sull'efficacia probatoria del certificato del medico di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 371.

MANNA, *La mobilità nel pubblico impiego: ammortizzatore sociale e strumento di razionalizzazione nelle risorse umane*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 311.

MANNACIO, *Requisiti fisici e diritto all'assunzione*, in *Lav. giur.*, 2012, 361.

MANNACIO, *Patto di prova e rapporto di lavoro privatizzato*, in *Lav. giur.*, 2010, 1207.

MANNACIO, *Malattia e inidoneità permanente alle mansioni*, in *Lav. giur.*, 1992, 1518.

MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, t. 2, di PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012.

MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori,* in *Arg. dir. lav.,* 2012, 612.

MARAZZA, *Contrattazione collettiva e riforma del pubblico impiego*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 379.

MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro: all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2005.

MARAZZA, *Lavoro e rendimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 539.

MARAZZA, *Malattia e capacità lavorative residue*, in *Dir. lav.*, 2000, II, 57.

MARCALETTI, ZANFRINI (a cura di), *L'invecchiamento delle forze di lavoro. Lo stato del dibattito in Europa*, in *Sociologia lav.*, 2012, fasc. 1, 3.

MARCALETTI, *Paradigmi e approcci nella gestione dell'invecchiamento delle forze di lavoro: un riesame critico*, in MARCALETTI, ZANFRINI (a cura di), *L'invecchiamento delle forze di lavoro* cit., 33.

MARCIANÒ, *Tutela reintegratoria e risarcitoria del dirigente pubblico, storia di una alternanza interpretativa e applicativa controversa*, in *Lav. pubb. amm.*, 2011, 71.

MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2012, I, 437.

MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 27.

MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in AA.VV., *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti* cit., 110.

MARETTI, *La sopravvenuta inidoneità del lavoratore alla mansione*, in *Mass. giur. lav*., 2005, 524.

MARINELLI F., *L'anno zero della giurisprudenza di merito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento: le prime ordinanze* post *Riforma Fornero*, in *Dir. rel. ind*., 2013, in corso di pubblicazione.

MARINELLI M., *La Corte costituzionale e la legge di interpretazione autentica sulla contribuzione per la malattia*, in *Lav. giur*., 2010, 547.

MARINELLI M., *L'idoneità dei sordomuti alle mansioni di assunzione tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. it. dir. lav*., 2002, II, 27.

MARINELLI V.M., *L'accertamento delle condizioni di disabilità*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 159.

MARSANO, *Il periodo di prova nel pubblico impiego privatizzato: obbligo per la p.a. di motivare il recesso e legittimità della motivazione* per relationem, in *Lav. pubb. amm*., 2007, 260.

MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, t. 1, di PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012.

MASSA, *Dopo il caso Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, in *Quaderni cost*., 2011, 957.

MASSA, *Il caso Agrati: Corte europea c. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, in *Quaderni Cost.*, 2011, 687.

MASSI, *Assunzione di personale disabile: computo ed esonero parziale*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 2309.

MASSI, *La riforma del collocamento obbligatorio*, in *Dir. prat. lav*., 1999, inserto n. 17.

MATTAROLO, *Sulla nullità del licenziamento della lavoratrice madre*, in *Riv. it. dir. lav*., 1991, II, 724.

MAZZAFERRO, MORCIANO, *Il fattore anziani al lavoro*, 2012, in www.lavoce.info.

MAZZOTTA, *I nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 159/2012.

MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008.

MAZZOTTA, *Malattia, cure termali e vecchi merletti*, in *Foro it.*, 1988, I, 2153.

MAZZOTTA, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 1983, 1.

MENEGATTI, *Sull'obbligo della pubblica amministrazione di indicare le mansioni e di motivare il recesso nel patto di prova*, in *Lav. pubb. amm*., 2001, 872.

MENGHINI, *I contrasti tra Corte EDU e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in *Riv. giur. lav*., 2012, II, 362.

MENGHINI, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, in SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1996.

MENGONI, GIUGNI, TREU, ROMAGNOLI, *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e pensiero, Milano, 1998.

MENGONI, *I diritti sociali,* in *Arg. dir. lav.,* 1998, 1.

MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, vol. IV, Zanichelli, Bologna, 1953, 261, ora in CASTRONOVO, ALBANESE, NICOLUSSI (a cura di), *Luigi Mengoni. Scritti* cit., 105.

MESITI, *Handicap, cecità e sordità*, Giuffrè, Milano, 2013.

MESITI, *L'invalidità civile*, Giuffrè, Milano, 2012.

MESSINEO, SANNA, *La sorveglianza sanitaria*, in PERSIANI, LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro* cit., 287.

MEUCCI, *Una opinabile inversione di valori: il diritto dell'impresa di adibire il lavoratore a mansioni diverse per esigenze produttive, non corrisposto per il lavoratore nel caso di sopravvenuta menomazione dello stato di salute*, in *Giust. civ*., 1983, I, 3040.

MEZZACAPO, *La decurtazione stipendiale per i primi 10 giorni di assenza per malattia del pubblico dipendente è costituzionalmente legittima…ma qualche dubbio resta*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 928.

MINERVA, *I limiti alla discrezionalità medica nella prescrizione dei farmaci a carico del ssn e la giurisdizione della Corte dei conti sui danni da iperprescrittività*, in *Riv. Corte conti*, 2004, fasc. 3, 196.

MINIERI, *Atti e fatti estintivi del rapporto di impiego pubblico*, Giuffrè, Milano, 1968.

MINISTERO DEL LAVORO, *Gli andamenti finanziari del sistema pensionistico obbligatorio*, Nucleo di valutazione della spesa previdenziale, Roma, 2012.

MISCIONE M., *Il licenziamento e il rito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni dopo la legge 92 del 2012*, in *Giur. it*., in corso di pubblicazione.

MISCIONE M., *Il diritto del lavoro dopo il d.l. 112 del 2008*, in *Lav. giur.*, 2008, 977.

MISCIONE M., *Licenziamento per requisiti pensionistici*, in *Dir. prat. lav.*, 2008, 1337.

MONDA, *La sorveglianza sanitaria*, in L. ZOPPOLI, PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la sicurezza. Commentario*, Ipsoa, Milano, II ed., 2010, 346.

MONTUSCHI, *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore. Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contratto collettivo, diritto di sciopero* cit., 50.

MONTUSCHI, *La Costituzione come fonte regolatrice del lavoro*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, vol. I, di PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010, 415.

MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, vol. I di MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro* cit., 1.

MONTUSCHI, *Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, 3.

MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1986.

MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma*, in AA.VV., *Rapporti etico-sociali. Artt. 29-34*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione* cit., 146.

MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967.

MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2013, 357.

MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.

MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, 1.

MUGGIA, *Licenziamento per ritardata comunicazione della malattia e ricorso in cassazione per violazione della contrattazione collettiva*, in *Lav. giur.*, 2013, 273.

MURRONE, *Adibizione a mansioni inferiori, decorso del tempo e consenso del lavoratore*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 1139.

NAPOLI M., GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo: D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135 (*spending review*)*, Cedam, Padova, 2013.

NAPOLI M., *La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della* performance, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 3.

NAPOLI M., OCCHINO, CORTI, *I servizi per l'impiego. Art. 2098*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010.

NAPOLI M., *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1980.

NAPOLI Massimiliano, *False attestazioni o certificazioni: le conseguenze per il lavoratore e per il medico*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 511.

NAPPI, *I contratti di lavoro intermittente e ripartito*, in *Dir. merc. lav.*, 2004, 183.

NATULLO, *Il contratto per i dipendenti delle Ferrovie dello Stato e i contratti per il settore pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratti collettivi a confronto: impiego pubblico, industria, servizi* cit., 161.

NAVILLI, *I lavoratori disabili e il collocamento mirato*, in BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro* cit., 275.

NAVILLI, *Gli accertamenti medico-legali sui dipendenti assenti per malattia: tra competenza legislativa esclusiva o concorrente e autonomia finanziaria regionale*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 399.

NAVILLI, *Il periodo di prova nel pubblico impiego privatizzato e l'obbligo di indicare per iscritto le mansioni da espletare*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 1763.

NICOLOSI, *Malattia e retribuzione di risultato nell'area VI: dirigenti e professionisti dell'Inps*, in *Dir. merc. lav.*, 2012, 89.

NICOSIA, *I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati?*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 323.

NIGER, *La sanità elettronica: il fascicolo sanitario elettronico e i referti* on-line, in www.astrid-online.it.

NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 661.

NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

NOGLER, MARINELLI Marino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Utet, Torino, 2012.

NOGLER, *Art. 42*, in ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, vol. I di MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro* cit., 472.

NOGLER, *Inidoneità alla mansione specifica*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, Bononia, Bologna, 2010, I, 69.

NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 593.

NOGLER, *Quote di riserva, soglie occupazionali e relativi criteri di computo*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 231.

NOVELLA, *Efficienza economica e discipline dei lavoratori svantaggiati*, in BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale* cit., 133.

NOVIELLO, SORDI, APICELLA, TENORE, *Le controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso dopo il testo unico sul pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2001, 41.

NUNIN, *La clausola di prova*, in CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento* cit., 357.

NUNIN, *Età pensionabile delle lavoratrici (incidenza del tempo di cura sull')*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, Bononia, Bologna, 2010, III, 93.

NUZZO, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura, Napoli, 2012.

OCCHINO, *Misurazione e valutazione della* performance *nel sistema delle responsabilità*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 202.

OCCHINO, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino, 2004.

OCCHINO, *La certificazione dei diritti pensionistici nella legge delega n. 243/2004*, in *Prev. ass. pubb. priv.*, 2004, 1218.

OCCHINO, *Art. 16*, in G. SANTORO PASSARELLI, LAMBERTUCCI (a cura di), *Norme per il diritto al lavoro dei disabili* cit., 1457.

OLIVELLI F., *Ancora sulla parificazione dell'età pensionabile tra uomini e donne, secondo la Corte di giustizia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 511.

ORLANDINI, DE MAITI, BAZZINI, *Definizione di una batteria di test per la valutazione delle capacità funzionali dell'infortunato sul lavoro*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 271.

OUCHI, *Il trattamento dei lavoratori in relazione all'età nell'ordinamento giapponese*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 997.

PACIOCCO, *Germania: l'invecchiamento demografico e le politiche del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 871.

PALLADINI S., *Il periodo di prova nel rapporto di lavoro pubblico: indicazione delle mansioni, verifica delle capacità professionali e recesso*, in *Lav. pubb. amm.*, 2007, 171.

PALLADINI S., *Sistema di collocamento, assunzioni dei disabili e categorie protette*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche* cit., 518.

PALMIERI, *Leggi retroattive: l'ardua mediazione tra l'interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in *Foro it.*, 2013, IV, 9.

PANDOLFO, *Le pensioni post-riforma: il sistema pensionistico dopo il D.L. n. 201/2011*, Egea, Milano, 2012.

PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1991.

PANTANO, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Cedam, Padova, 2012.

PAPA, *L'illegittimità della clausola di «pensionamento coatto» nel caso Prigge c. Deutsche Lufthansa*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 313.

PAPALEONI, *Inidoneità sopravvenuta e* repêchage, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 876.

PARIS, *Il ruolo delle regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del titolo quinto: ripartizione delle competenze e attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Regioni*, 2007, 983.

PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. pubb. amm.*, 2009, 553.

PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012* cit., 53.

PASQUALETTO, *Si consolida l'orientamento della Cassazione favorevole all'applicazione dell'art. 2932 c.c. in caso di illegittimo diniego di assunzione del disabile nel «nuovo» sistema del collocamento mirato*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 767.

PASQUALETTO, *La dubbia natura cautelare del procedimento per repressione delle discriminazioni sul lavoro*, in *Lav. giur.*, 2009, 269.

PASQUALETTO, *La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili. Prime osservazioni*, in *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1999, n. 22, 102.

PASQUARELLA, *La disciplina dello stress lavoro-correlato tra fonti europee e nazionali: limiti e criticità*, I Working Papers di Olympus, http//olympus.uniurb.it, 6/2012.

PASSALACQUA, *I limiti di età per il pensionamento dei docenti universitari tra normativa generale e normativa speciale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 92.

PASSALACQUA, *Modalità di assunzioni obbligatorie e obblighi dei datori nel settore pubblico e nel settore privato*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 317.

PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione: la «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, dattiloscritto, 2013.

PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2011.

PEDRAZZOLI, *Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvenire di incompatibilità personali*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni* cit., 89.

PEDRAZZOLI (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, Bononia, Bologna, 2010.

PEIGNÉ, *Il fascicolo sanitario elettronico, verso una «trasparenza sanitaria» della persona*, in *Riv. it. med. legale*, 2011, 1519.

PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012.

PELLACANI, *Le modifiche alla l. 15 luglio 1966, n. 604*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro* cit., 229.

PELLACANI (a cura di), *Commentario alla riforma del lavoro*, Ipsoa, Milano, II ed., 2006.

PELLACANI, *Le tipologie di lavoro ad orario ridotto, modulato o flessibile: il lavoro intermittente, il lavoro ripartito e il lavoro a tempo parziale*, in PELLACANI (a cura di), *Commentario alla riforma del lavoro* cit., 242.

PERA, *Eccessiva morbilità ed accertamenti sanitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, 308.

PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980.

PERLINGIERI, *Il diritto alla salute come diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020.

PERONE, *Stress e obbligo di sicurezza* ex *art. 2087 c.c.*, atti del convegno *Stress e lavoro: correlazioni, attualità, problematiche e prospettive future*, Roma, 7-8 giugno 2011, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 27.

PERONE, *Le fonti internazionali*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro* cit., 183.

PERRINO, *I disabili e l'accesso al lavoro*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 267.

PERRONE, ROSINA, POLINO, *Dalle 'abilità residue' alla 'idoneità': evoluzione normativa e concettuale*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 737.

PERSIANI, *Crisi economica e crisi del* welfare state, relazione alle giornate di studio Aidlass «La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro», Bologna 16-17 maggio 2013.

PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato,* in *Arg. dir. lav.,* 2013, 1.

PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2012.

PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, vol. I, di PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010.

PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, ristampa anastatica con saggio introduttivo, Padova, Cedam, 2010.

PERSIANI, *Cinquant'anni di un libro*, in PERSIANI, *Il sistema giuridico* cit., 1.

PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in *Arg. dir. lav.,* 2006, 1031.

PERSIANI, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro,* in *Prev. ass. pubb. priv.,* 2004, 995.

PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico,* in *Arg. dir. lav*., 2000, 3.

PERSIANI, LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2012.

PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav.:* ratio *ed aporie dei concetti normativi,* in *Arg. dir. lav.,* 2012, 794.

PERULLI (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, t. II di F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2007.

PERUZZI, *La prevenzione dei rischi psico-sociali nel diritto dell'Unione europea*, in *Lav. dir*., 2012, 201.

PESSI A., *Perequazione automatica delle pensioni medio-alte e discrezionalità del legislatore: il difficile tema del bilanciamento tra istanze di solidarietà ed esigenze di contenimento della spesa pubblica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it*., 2011, 877.

PESSI R., *Il dialogo tra giurisprudenza costituzionale e sistema ordinamentale*, in *Arg. dir. lav*., 2006, 1542.

PESSI R., *Tutele previdenziali ed assicurative nello scenario dei nuovi modelli negoziali,* in *Riv. dir. sic. soc.,* 2006, 39.

PESSI R., *Il "sistema" giuridico della previdenza sociale*, in *Arg. dir. lav.,* 1997, 65.

PESSI R. (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Cedam, Padova, 1995

PESSI R., *Il requisito previdenziale dell'età pensionabile nella transizione dal regime retributivo al regime contributivo,* in PILEGGI (a cura di), *Età pensionabile ed estinzione del rapporto* cit., 15.

PESSI R., *Accertamento dell'idoneità psicofisica del lavoratore allo svolgimento delle mansioni contrattuali e legittimità del patto modificativo* in peius *delle stesse*, in *Dir. lav*., 1978, II, 12.

PICCHI, *L'effettività dei diritti sociali: la via della partecipazione*, relazione al convegno «I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza», Trapani 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it.

PICCININI, *Il "principio del concorso" nel lavoro pubblico tra dimensione privatistica e valori costituzionali*, in AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008, II, 1258.

PICCININNO, *Le prestazioni economiche*, in *La tutela della salute*, vol. V, in PERSIANI, F. P. ROSSI (diretto da), *Trattato di previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1990, 476.

PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad internet*, Esi, Napoli, 2011.

PILEGGI, *Efficienza della pubblica amministrazione e diritto del lavoro*, Aracne, Roma, 2004.

PILEGGI (a cura di), *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro: atti del convegno di Roma, 16 novembre 1996*, Università degli studi di Roma Tor Vergata, Aracne, Roma, 1997.

PILEGGI, *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro*, Aracne, Roma, II ed., 1997.

PISANI, *Il* repêchage *nel licenziamento per motivi oggettivi: la «creazione» si espande al pari dell'incertezza*, in *Mass. giur. lav*., 2013, 186.

PISANI, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori,* in *Mass. giur. lav.,* 2012, 744.

PISANI, *Il licenziamento impossibile: ora anche l'obbligo di modificare il contratto*, in *Mass. giur. lav*., 2009, 159.

PISANI, *Assenteismo e rimedi*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2008, fasc. 12, inserto cit., 55.

PIZZOFERRATO, *Danno erariale, organizzazione del lavoro pubblico e ruolo della Corte dei conti*, in CASTIGLIONE, PIZZOFERRATO (a cura di), *La responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro* cit., 127.

PIZZOFERRATO, *Assenteismo e rimedi,* Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2008, fasc. 12, inserto cit., 55.

PIZZOFERRATO, *Sulla riforma della pubblica amministrazione*, in *Lav. pubb. amm*., 2008, 1041.

PONZANELLI, *«Pochi, ma da sempre»: la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità*, in *Foro it*., 1996, I, 2326.

PONZANELLI (a cura di), *Gli Enti "non profit" in Italia: associazioni, fondazioni, volontariato, trust, fondi pensione*, Cedam, Padova, 1994.

POSO, *Le certificazioni e le prestazioni sanitarie*, in CINELLI, FERRARO, *Lavoro, competitività,* welfare*, 2.: dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, vol. II, Utet, Torino, 2009, 309.

PROIA, *Il diritto all'integrità psicofisica*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro* cit., 847.

PUGLIESE, *La gestione autonoma per i trattamenti pensionistici dei dipendenti dello Stato*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale* cit., 261.

PUTATURO DONATI, *Merito e premialità nella riforma del lavoro pubblico*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 570.

RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Le tendenze di medio-lungo periodo del sistema pensionistico e socio-sanitario 2013,* rapporto n. 14, 2013.

RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Esi, Napoli, 2008, 162.

RAITANO, *I primi anni di carriera: lavoro atipico, povero e a bassa accumulazione contributiva. L'evidenza di un* panel *di lavoratori italiani,* in *Riv. pol. soc.,* 2012, n. 2: *I lavoratori poveri. Caratteristiche, politiche, riflessi previdenziali*, 97.

RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in M. NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 479.

RAVELLI, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia (C-46/07)*, in CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio* cit., 141.

RENGA, *Il principio di eguaglianza di genere nei sistemi pensionistici europei*, in *Lav. dir.*, 2012, 132.

RENGA, *Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, in *Lav. dir.,* 2005, 53.

RENZI, *Le ipotesi tipiche di sospensione*, in CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento* cit., 1605.

RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica. Interessi, tecniche regolative, tutele*, vol. I, Cacucci, Bari, 2011.

RICCI G., *L'applicazione della riforma Brunetta nel sistema delle autonomie locali. Un primo bilancio,* in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 507.

RICCI M., *Alcune osservazioni sulla legge «Brunetta»: quali prospettive di riforma?*, in *Jus*, 2012, 533.

RICCIO G., *Lo svolgimento di attività extralavorativa durante il periodo di malattia: tra obbligo di fedeltà e buona fede* in executivis, in *Arg. dir. lav*., 2012, 1284.

RICCIO G., *Principio di «tempestività» e ruolo del «tempo» nella giurisprudenza in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Dir. rel. ind*., 2009, 1073.

RICCOBONO, *Le misure di riorganizzazione del personale alle dipendenze della p.a. Tra obiettivi di efficienza ed esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica*, in *Temi lavoro*, 2012, vol. 4, n. 1, 2 ss.

RINALDI, *Malattia e certificati medici*, in BELLOCCHI (a cura di), *La nuova previdenza sociale: profili pratico-operativi della riforma Fornero* cit., 883.

RIVA SANSEVERINO, *Artt. 2060-2134. Della impresa*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1969.

RIVELLINI, *Collocamento disabili: esclusioni dalla base di computo*, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 721.

RIVELLINI, *Collocamento obbligatorio nel lavoro pubblico*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, 803.

RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, testo scritto presentato in occasione dell'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema, a Roma in data 29 ottobre 2012, in www.magistraturademocratica.it.

RIVERSO, *Non è un paese per vecchi*, in *Questione giust.*, 2011, 3-4, 125.

RIVERSO, *Vizi e virtù della legge sul collocamento dei disabili*, in *Lav. giur.*, 2008, 230.

ROCCELLA, *Diritto comunitario e diritto del lavoro*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro* cit., 272.

RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2013.

RODOTÀ, TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in RODOTÀ, ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

RODOTÀ, *Il nuovo* habeas corpus*: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in RODOTÀ, TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti* cit., 169.

ROMAGNOLI, *Commento all'art. 13*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti* cit., 217.

ROMAGNOLI, *Commento all'art. 5*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti* cit., 27.

ROMAGNOLI, *Art. 3, secondo comma*, in AA.VV., *Principi fondamentali. Artt. 1-12*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione* cit., 162.

ROMANO, *Il rapporto tra legge statale e legge regionale in tema di flessibilità nella sanità*, in LIGUORI, A. ZOPPOLI (a cura di), *La sanità flessibile* cit., 85.

ROMEI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1072.

ROMEI, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici e sulla responsabilità dirigenziale*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu* cit., 1627.

ROMEO, *Le nuove regole del diritto del lavoro tra incertezze e destrutturazione: privato e pubblico a confronto*, in *Lav. giur.*, 2013, 545.

ROMEO, *Oltre l'art. 18 Statuto. Effetti contributivi e (il) licenziamento illegittimo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 249.

ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto d'impiego pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 2012, 713.

ROMEO, *La tutela del lavoratore disabile discriminato,* in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 363.

ROMEO (a cura di), *Le assunzioni presso la pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1989.

ROSANO, *Effetti e tutele della disabilità psichica nella l. n. 68/1999*, in LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro* cit., 387.

ROSANO, *La disabilità tra progettualità europea e legislazione nazionale*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività,* welfare*, 2.* cit., 281.

ROSSI L.S., BOTTARI (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013.

ROSSI P.E., *La riforma finale del pensionamento pubblico*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2012, I, 31.

ROVAGNATI, *La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, relazione al convegno «I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza», Trapani 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it.

ROVERSI MONACO, BOTTARI (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012.

RUGGERI, *Il caso Agrati: ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani?*, in *Quaderni Cost.*, 2011, 687.

RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. pubb.*, 2008, 59.

RUSCIANO, NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Utet, Torino, 2007.

RUSCIANO, *Pubblico impiego e giudice ordinario: la costituzione "*iussu iudicis*" del rapporto di lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, 131.

RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in AA.VV., *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti* cit., 69.

RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978.

RUSSO, *Il pubblico impiego nel d.l. n. 112/2008*, in MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività: commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247* cit., 463.

RUSSONIELLO, STAIANO *La riforma delle pensioni e il decreto salvaguardati*, in BELLOCCHI (a cura di), *La nuova previdenza sociale: profili pratico-operativi della riforma Fornero* cit., 531.

SALATIN, BASTINI, ROSSANESE, *Luci ed ombre nell'applicazione dell'art.1 della legge 68/99: tutela globale o discriminazione?*, in AA.VV., *Atti del VII Convegno Nazionale di Medicina Legale Previdenziale* cit., 855.

SALOMONE, *Ambito di applicazione del decreto. Disposizioni per Regioni, autonomie locali, amministrazioni del ssn ed altre amministrazioni*, in

F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 27.

SALOMONE, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione individuale*, in *Giur. it*., 2010, 2720.

SALOMONE, *Scarso rendimento e lavoro pubblico: perché no?,* in *Lav. pubb. amm.*, 2008, 37.

SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale: esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale*, Padova, Cedam, 2005.

SALOMONE, *Sull'obbligo della pubblica amministrazione di motivare il recesso durante il periodo di prova*, in *Lav. pubb. amm*., 2000, 632.

SANDULLI, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 6.

SANDULLI, *Età pensionabile e parità uomo donna per i pubblici dipendenti: la Corte di giustizia fra omissioni e ridenominazioni*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 97.

SANDULLI, *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori atipici nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Lav. dir.,* 2003, 409.

SANDULLI, *Il lavoro dei disabili nel sistema di* Welfare State, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 17.

SANTONI, *Sulla legittimità dei controlli delle assenze per malattia dei lavoratori nella disciplina della l. 11 novembre 1983, n. 638*, in *Riv. it. dir. lav*., 1985, II, 79.

SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav*., 2013, 231.

SANTORO PASSARELLI G., *Lo stress lavoro-correlato: incertezze di significati e responsabilità del datore di lavoro*, atti del convegno *Stress e lavoro: correlazioni, attualità, problematiche e prospettive future*, Roma, 7-8 giugno 2011, in *Mass. giur. lav*., 2012, 33.

SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2009.

SANTORO PASSARELLI G., LAMBERTUCCI (a cura di), *Norme per il diritto al lavoro dei disabili (l. 12 marzo 1999, n. 68)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, 1351.

SANTUCCI, *Relazioni sindacali, prerogative manageriali e posizioni organizzative nelle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, 577.

SANTUCCI, MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 275.

SANTUCCI, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, Utet, Torino, 1993.

SARTORETTI, *La cartella clinica tra diritto all'informazione e diritto alla* privacy, in FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in RODOTÀ, ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 579.

SCARPELLI, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 1994, fasc. 2, 43.

SCARPONI, *Discriminazione per età, ricambio generazionale, discriminazione di genere nei recenti orientamenti della Corte di giustizia Ue*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, 554.

SCHIAVONE, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 153.

SCHLESINGER, *Categorie dogmatiche e normative in tema di* non profit organizations, in PONZANELLI (a cura di), *Gli Enti "non profit"* cit., 277.

SCHMIDT, COHEN, *The new digital age: reshaping the future of people, nations and business*, Knopf Publishing Group, New York, 2013.

SCIULLO, *Destituzione di diritto e Corte costituzionale: a ciascuno – anche al legislatore – le sue responsabilità*, in *Regioni*, 1989, 1808.

SCOGNAMIGLIO, *La Costituzione repubblicana*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro* cit., 113.

SERAFINI, *Inidoneità temporanea alla mansione: come qualificare l'assenza dal servizio in attesa degli accertamenti circa la residua capacità lavorativa*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 259.

SERAFINI, *La tutela del posto di lavoro in caso di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni: estensione dell'obbligo di* repêchage, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 566.

SERAFINI, *Trasferimento premio per il lavoratore sano: l'accordo del 28/01/10 per i lavoratori postali al vaglio dei giudici*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 807.

SERRA D., *Il periodo di prova nel pubblico impiego: l'obbligo di motivazione del recesso*, in *Lav. giur.*, 2011, 675.

SERRANO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per sopravvenuta inidoneità fisica*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 552.

SIOTTO, *L'inderogabilità nel lavoro pubblico dopo la riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 481.

SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967.

SORDI, *La qualificazione giuridica della mobilità volontaria tra amministrazioni pubbliche*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 369.

SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 165/2012.

SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.,* 2012, I, 553.

SPEZIALE, *L'abrogazione della legge da parte del contratto collettivo*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* cit., t. I, 123.

SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92* cit., 833.

SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, Bari, 2012.

SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 477.

SPINELLI, *Discriminazione per età e accesso al lavoro*, in *Lav. giur.*, 2010, 395.

SPOLVERATO, MARCHESAN, *Controllo sul lavoro e* privacy, inserto II, in *Dir. prat. lav.*, 2009, fasc. 14.

STAGLIANÒ, *Il licenziamento e la sospensione del rapporto: malattia, gravidanza e congedi parentali*, in BIANCHI D'URSO, DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della cassazione* cit., 215.

STRAZIUSO, *La carta sociale del Consiglio d'Europa e l'organo di controllo: il comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, versione riveduta e corretta dell'intervento al convegno «I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza», Trapani 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it.

SUPPIEJ, *Collocamento obbligatorio e Costituzione*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, t. II, 1295.

SURDI, *Assunzioni del personale disabile della scuola e graduatorie permanenti: quale tutela ai sensi della l. n. 68 del 1999,* in *Dir. lav. Marche*, 2007, 302.

TADINI, *Esempi di pensionamento parziale in Europa*, in *La "staffetta intergenerazionale" tra discutibili modelli e dubbie prospettive*, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 14.

TALAMO (a cura di), *Misura delle prestazioni e riforma della Pubblica Amministrazione*, in *Lav. pubb. amm*., 2013, 15.

TALAMO, *Il d.lgs. n. 165/2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un testo unico «meramente compilativo»*, in *Lav. pubb. amm*., 2001, supplemento al fasc. 2, 20.

TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro* cit., 16.

TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Cedam, Padova, 2002.

TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2013.

TENORE, *La responsabilità amministrativo contabile. Profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei conti* cit., 26.

TERRANOVA, *Collocamento a riposo*, in *Enc. dir.,* vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, 444.

TIMELLINI, *Legittima la decurtazione stipendiale in ipotesi di assenza per malattia del dipendente pubblico*, in *Riv. it. dir. lav*., 2013, II, 134.

TIMELLINI, *Il difficile equilibrio tra* spatium deliberandi *e tempestività della comunicazione del licenziamento del lavoratore per superamento del periodo di comporto*, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, II, 676.

TIRABOSCHI, *Riforma Fornero delle pensioni e staffetta generazionale: quale coerenza, quale efficacia, quali vantaggi e per chi?*, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 18.

TIRABOSCHI, VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico: commento alla Legge 4 marzo 2009, n. 15, e al Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150,* Giuffrè, Milano, 2010.

TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2008.

TOMIOLA, *L'obbligo di cooperazione del datore di lavoro nel caso di aggravamento dello stato di salute del lavoratore disabile*, in *Riv. it. dir. lav*., 2009, II, 652.

TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012* cit., 139.

TOPO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 884.

TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Cedam, Padova, 2008.

TOPO, *Minorità psicofisiche e lavoro: handicap, sieropositività, tossicodipendenza*, in CAPPELLETTI, GAETA (a cura di), *Diritto del lavoro, alterità* cit., 251.

TORTINI, *A quali condizioni è licenziabile il lavoratore se sopravviene una inidoneità psicofisica*, in *Lav. giur*., 2008, 938.

TOSI, *La Corte costituzionale alimenta il dibattito sulle cure termali*, in *Corriere giur*., 1988, 159.

TOSI, *Il dirigente d'azienda: tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1974.

TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.,* in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge 134/2012)* cit., 54.

TREU, *Le politiche del* welfare*: le innovazioni necessarie*, in *Prev. ass. pubb. priv.*, 2004, 1.
TREU, *Artt. 36-37*, in GIUGNI *et al.*, *Rapporti economici* cit., 72.
TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968.
TREVISI, *Età per il pensionamento di vecchiaia*, in CINELLI, PERSIANI (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale: dalle leggi Amato* cit., 445.
TRIOMPHE, *I paradossi dell'Europa sociale attraverso la regolazione dei rischi psico-sociali*, in *Lav. dir.*, 2012, 188.
TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2013.
TROJSI, *Il regime giuridico dell'impiego pubblico regionale: evoluzione normativa e assetto attuale*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore* cit., 95.
TROJSI, *La riforma del lavoro pubblico del 2009: riflessi sull'impiego regionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu* cit., 1653.
TROJSI, *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 83.
TROJSI, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 47.
TUCCI, *La discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 1.
TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo,* in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 147.
TULLINI, *Legge e legislazione lavoristica*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro* cit., 451.
TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2010.
TULLINI, (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, Bologna, 2009.
TULLINI, *La responsabilità civile del medico competente verso l'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 219.
TULLINI, *Uffici pubblici, organizzazioni* no profit *e collocamento dei disabili*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili* cit., 73.
TULLINI, *Il diritto al lavoro dei disabili: dall'assunzione obbligatoria al collocamento mirato*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, 332.
TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano, 1994.

TURSI, *Il nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori: una riforma da metabolizzare culturalmente, prima che da interpretare*, in *Boll. Adapt*, 2013, n. 21.

TURSI, *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1133.

TURSI, *Le nuove convenzioni per l'inserimento lavorativo dei disabili e dei soggetti svantaggiati tramite cooperative sociali, due anni dopo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 71.

VACCARO, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Esi, Napoli, 1984.

VALENTE, *Accertamento della malattia e tutela della riservatezza: sui limiti del potere datoriale di utilizzare investigatori privati per contrastare il fenomeno dell'assenteismo abusivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, 55.

VALLEBONA, *La domanda* ex *art. 8 legge n. 604/1966 è compresa nel rito speciale per i licenziamenti*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 436.

VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: una distinzione elementare indigesta*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 954.

VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012.

VALLEBONA (a cura di), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2012, fasc. 12, inserto.

VALLEBONA, *Vecchiaia e diritto tra amore e terrore*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 323, pubblicato anche in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro* cit., 608.

VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 132.

VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009.

VALLEBONA, *Età pensionabile e differenze*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 71.

VALLEBONA, *Incostituzionalità della nuova «opzione» per la prosecuzione del rapporto della donna pensionabile*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 898.

VALLEBONA, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 476.

VALLEBONA, *Infermità e idoneità dei lavoratori (accertamenti sulla)*, in *Noviss. dig. it.*, app. IV, Utet, Torino, 1983, 192.

VARESI, *Prova (patto di)*, in *Digesto comm.*, vol. XI, Utet, Torino, 1995, 423.

VARVA, *Riforma del mercato del lavoro e indennità sostitutiva della reintegrazione,* in *Lav. giur.*, 2013, 333.

VENANZI, *Al lavoro nella Pa anche gli over 65. Per i giudici la riforma favorisce il prolungamento del rapporto di impiego*, in *Il sole 24 ore. Norme e tributi*, 25 giugno 2013, n. 172, 22.

VENCHIARUTTI, *Condotta discriminatoria nei confronti di persona disabile per mancanza sui marciapiedi delle piattaforme di accesso ai mezzi di trasporto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 967.

VENCHIARUTTI, *I diritti delle persone disabili*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo* cit., 173.

VENDITTO, LATINI, *La ricollocazione dei lavoratori divenuti inabili alle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia. Analisi e verifica dello stato applicativo delle disposizioni*, Istituto italiano di medicina sociale, Roma, 2005.

VESHI, *Le sfide del futuro: i costi della vecchiaia e il* long term care, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 369.

VETRO, *Il «diritto alla salute»: la responsabilità professionale del medico, con particolare riguardo alla prescrizione dei farmaci, secondo la giurisprudenza della Corte dei conti*, in *Lexitalia*, 2011, 5, www.lexitalia.it/p/11/vetro_medici.htm.

VIANELLO, *La sospensione della prestazione di lavoro e la tutela della salute*, in MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione* cit., 1176.

VICKERS, MANFREDI, *Age equality and retirement: squaring the circle*, in *Industrial law journal*, 2013, 61.

VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2012, I, 637.

VILLA, *La Consulta torna a dichiarare l'illegittimità del diritto d'opzione richiesto alla lavoratrice per proseguire il rapporto di lavoro oltre l'età pensionabile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 381.

VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in AA.VV., *Rapporti etico-sociali. Artt. 29-34* cit., 167.

VIRGA, *Il pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 1991.

VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 53.

VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 41.

VISCOMI, *La causa di servizio oggi: spunti per una riflessione*, in *Lav. pubb. amm.*, 2009, 241.

VISCOMI, *Il trasferimento del «personale ata» dagli enti locali allo Stato: fine della storia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 23.

VISCOMI, *La disciplina del rapporto individuale di lavoro*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratti collettivi a confronto: impiego pubblico, industria, servizi* cit., 65.

VIZIOLI, *Malattia e handicap di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 221.

VOZA, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (*part-time*, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 37/2005.

WADDINGTON, *Breaking New Ground: the Implications of Ratification of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community*, in ARNARDÓTTIR, QUINN (a cura di), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities* cit., 111.

ZAMPIERI, *La Corte Edu riforma la Corte costituzionale, confermando la superiorità della convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'indipendenza della magistratura dall'esecutivo*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 273.

ZAMPINI, *Permanenza in servizio oltre il settantesimo anno di età e blocco delle assunzioni nel pubblico impiego*, in *Lav. pubb. amm*., 2005, 646.

ZANETTO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di* repêchage *dopo la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2013, 581.

ZAPPALÀ, *Le trasformazioni del lavoro pubblico nel prisma delle politiche di reclutamento. Il caso del «diritto all'assunzione»*, in *Lav. pubb. amm.*, 2000, 271.

ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, Torino, 2009.

ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto*, in PERULLI (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro* cit., 491.

ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *Riv. it. dir. lav*., 2013, II, 657.

ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, vol. I di MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro: commento al D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Zanichelli, Bologna, 2011.

ZOLI, *La struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 2011, 859.

ZOLI, *Assenteismo e rimedi*, Colloqui giuridici sul lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2008, fasc. 12, inserto cit., 74.

ZOLI, I *licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 47.

ZOLI, *Avviamento dell'invalido e individuazione delle mansioni disponibili: il giudice si sostituisce al datore di lavoro*, in *Giust. civ*., 1997, I, 3058.

ZOLI, *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: privato e pubblico a confronto*, in *Dir. pubb*., 1997, 369.

ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, 3.

ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore: dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988.

ZOPPOLI A., *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 127.

ZOPPOLI A., *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione dopo la sentenza della consulta n. 351 del 2008*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, 11.

ZOPPOLI L., *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 168/2013.

ZOPPOLI L., Flex/insecurity*: la riforma Fornero (L. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012.

ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la sicurezza. Commentario*, Ipsoa, Milano, II ed., 2010.

ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009.

ZOPPOLI L., *La riforma del lavoro pubblico: dalla "deregulation" alla "meritocrazia": quale continuità?,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica* cit., 1.

ZOPPOLI L., *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato?* cit., 23.

ZOPPOLI L., *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle Regioni e riforma costituzionale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche* cit., 54.

ZOPPOLI L., *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf* versus *Grendel, atto II)*, in FERRARO (a cura di), *Sviluppo e occupazione* cit., 280.

ZOPPOLI L., *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i «pezzi» di un difficile puzzle?*, in *Lav. pubb. amm.*, 2002, suppl. al n. 1, 149.

ZOPPOLI L. (a cura di), *Contratti collettivi a confronto: impiego pubblico, industria, servizi*, FrancoAngeli, Milano, 1996.

ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Esi, Napoli, 1991.

ZUCARO, *La Corte di giustizia e il divieto di discriminazione in base all'età: il caso dei piloti Deutsche Lufthansa*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 1187.

SOMMARIO

Introduzione V

Capitolo I
IDONEITÀ PSICOFISICA E LAVORO PUBBLICO

1. Rapporto lavorativo e condizione psicofisica della persona: premesse, distinzioni e precisazioni sul tema d'indagine 1
2. (*Segue*) L'idoneità al lavoro: una valutazione complessa 11
3. Integrazione lavorativa delle persone con ridotta capacità psicofisica e valori fondamentali; il divieto di discriminazione per handicap 22
4. Il collocamento a riposo per vecchiaia: una problematica presunzione legale di sopravvenuta inidoneità del lavoratore pubblico 42
5. La riemergente peculiarità del lavoro pubblico: poteri datoriali, fonti di disciplina e interessi tutelati 56

Capitolo II
L'IDONEITÀ PSICOFISICA INIZIALE: CONDIZIONE DI SALUTE E COSTITUZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO

1. L'abolizione dell'obbligo generale di certificazione medica preventiva 79
2. L'instaurazione del rapporto lavorativo 89
3. La valutazione d'idoneità durante il periodo di prova 94
4. Il collocamento obbligatorio dei disabili nelle amministrazioni 103

Capitolo III
L'INIDONEITÀ PSICOFISICA TEMPORANEA: LA MALATTIA E IL SUO CONTROLLO

1. La rinnovata disciplina della malattia del dipendente pubblico 117
2. La certificazione medica telematica dell'infermità 123
3. L'ampliata reperibilità domiciliare 137
4. L'apparato sanzionatorio rafforzato a protezione dell'interesse pubblico 154
5. I disincentivi economici all'astensione dal lavoro 172

Capitolo IV
L'INIDONEITÀ PSICOFISICA DURATURA: IL LICENZIAMENTO PER RAGIONI DI SALUTE

1. La disciplina comune del licenziamento per inidoneità psicofisica 183
2. (*Segue*) Le disposizioni contenute nella legge sul diritto al lavoro dei disabili 203
3. Il licenziamento per inidoneità psicofisica dei dipendenti pubblici 212
4. (*Segue*) La regolazione unilaterale introdotta nel 2011 218
5. Il distinto rilievo della condizione psicofisica nella riformata disciplina della tutela reale: profili sostanziali 244
6. (*Segue*) Profili formali e procedurali 259
7. (*Segue*) L'applicabilità della riforma nell'impiego pubblico 271

Capitolo V
L'INIDONEITÀ PSICOFISICA PRESUNTA: IL COLLOCAMENTO A RIPOSO PER ETÀ

1. Invecchiamento attivo e contenimento della spesa previdenziale nella rinnovata disciplina del collocamento a riposo per età 281
2. L'impiego pubblico e le nuove soglie anagrafiche dei 70 anni e dei 66 anni 297
3. L'innalzamento del limite anagrafico della tutela *ex* art. 18 St. lav. determinato dalla riforma pensionistica 304
4. Ulteriori indicazioni normative contrarie alla permanente vigenza del limite massimo di 65 anni; in particolare, la disciplina transitoria e il rilievo giuridico dell'aspettativa di vita 311
5. Una conferma emergente dal pregresso intreccio normativo 324

Elenco delle opere menzionate 333

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. Gustapane A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. Briguglio F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. Roversi-Monaco F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. Torre V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. Raffiotta E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. Caruso C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. Pedrini F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. Curi F., *Profili penali dello* stress *lavoro-correlato. L'*homo faber *nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. Casale D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2013
presso Editografica – Rastignano (BO)