



Raccolta sistematica degli orientamenti applicativi

Istituto contrattuale: **ASSENZE PER MALATTIA, INFORTUNI
SUL LAVORO E CAUSA DI SERVIZIO**

Comparto: **REGIONI E AUTONOMIE LOCALI**

Dicembre 2015

Indice

ASSENZE PER MALATTIA.....	2
1. Modalità di computo – Comporto	3
2. Il caso della TBC	11
3. Trattamento economico.....	12
4. Patologie gravi e terapie salvavita	26
5. Il periodo di 18 mesi di malattia non retribuita	33
6. Impiego in mansioni diverse anche della categoria inferiore.....	41
7. Conversione di malattia in altre assenze o di altre assenze in malattia	49
8. Risoluzione del rapporto.....	51
9. Malattia e procedimento disciplinare	58
10. Altri problemi applicativi	59
11. Cure termali.....	69
INFORTUNI SUL LAVORO E CAUSA DI SERVIZIO	73
1. Campo di applicazione e modalità di computo	74
2. Trattamento economico.....	79
3. Particolari problemi applicativi.....	82

ASSENZE PER MALATTIA

1. Modalità di computo – Comporto

1.1 Un dipendente è assente dal 15 giugno 2013 (ultimo evento morboso), con certificazione medica che copre dal lunedì al venerdì (con esclusione del sabato e della domenica non lavorativi) e con dichiarazione, in ogni certificato, che si tratta di inizio malattia. Ai fini del computo del periodo di comporto previsto dall'art.21 del CCNL del 6.7.1995, devono essere considerati solo i giorni coperti da certificato medico o anche i sabati e le domeniche?

Nel computo dei giorni di assenza per malattia devono essere considerati anche i giorni festivi o comunque non lavorati che ricadano comunque all'interno del periodo di malattia.

Tale indicazione è conforme all'orientamento assolutamente prevalente ed ormai consolidato in giurisprudenza per cui, in mancanza di una diversa previsione contrattuale, nel computo del periodo di malattia del dipendente devono essere conteggiati anche i giorni festivi che ricadano all'interno del periodo di malattia in virtù di una presunzione "*iuris tantum*" di continuità della stessa desumibile dalla circostanza che essi sono preceduti o seguiti da giorni di malattia, a prescindere dalla presentazione o meno della certificazione medica del lavoratore. (Cass. 1.6.1992 n. 6599; Cass. 4.3.1991 n. 2227; Cass. 26.2.1990 n. 1459; Cass. 22.2.1990 n. 1337).

Tuttavia si deve evidenziare che la stessa giurisprudenza (Cass.Civ., sez.lav., 18.10.2000, n.13816; Cass.Civ., sez.Lav., 14.12.1999, n.14065; App.Torino, 19.6.2000), con riferimento al periodo di comporto ammette che tale presunzione di continuità opera solo in mancanza di prova contraria che è onere del lavoratore stesso fornire.

Questa regola trova applicazione sia nel caso dell'assenza per malattia di durata tale da ricomprendere anche il sabato e la domenica e giustificata con un unico (il primo) certificato medico; sia nel caso in cui, dopo un'assenza per malattia giustificata da un primo certificato medico, nella giornata del lunedì, di ripresa del lavoro, il dipendente si assenti ulteriormente sempre per malattia, sulla base di un nuovo e diverso certificato medico.

Solo, nel caso in cui l'ultimo giorno di assenza, in base al certificato medico, cada di venerdì, ed il lunedì vi sia la regolare ripresa dell'attività lavorativa, il sabato e la domenica successivi, in presenza di un orario articolato su cinque giorni, non dovranno essere conteggiati.

Sono esclusi, invece dal computo i giorni festivi o non lavorativi successivi a quello indicato come finale nella prognosi medica e seguiti dal ritorno al lavoro del dipendente.

Ai fini di quanto sopra detto, quindi, quello che rileva è solo la circostanza che, dopo un periodo di assenza per malattia, nella giornata del lunedì il dipendente non riprenda servizio sempre per motivi di malattia, risultante dalla certificazione medica, anche se la nuova non abbia alcuna attinenza o continuità con quella precedente. In tale ambito, pertanto, non si pone alcuna necessità per il datore pubblico, per computare nel periodo di comporto anche il sabato e la domenica, di disporre di una certificazione recante anche la diagnosi della malattia che ha colpito il dipendente.

1.2 Ai fini della delimitazione del triennio di riferimento per il computo della malattia, il periodo di aspettativa per motivi personali fruito all'interno dello stesso ne riduce, in proporzione, la durata in quanto non utile per il calcolo, ai sensi dell'art.11, comma 2, del CCNL del 14.9.2000 Tale regola del riproporzionamento può essere estesa anche ad altre tipologie di "assenze" come, ad esempio, i congedi parentali o il congedo per l'assistenza a disabili gravi?

La regola del riproporzionamento dell'art.11, comma 2, del CCNL del 14.9.2000, richiamata, anche nell'orientamento applicativo 10.8, può trovare applicazione, ai fini del calcolo del periodo di malattia, solo in presenza di un periodo di aspettativa per motivi personali.

Infatti, essa trova il suo fondamento nelle previsioni dell'art.11, comma 2, del CCNL del 14.9.2000 che espressamente dispone:

2. I periodi di aspettativa di cui al comma 1 non vengono presi in considerazione ai fini della disciplina contrattuale per il calcolo del periodo di comporto del dipendente.

1.3 E' possibile chiarire come deve essere fatto il conteggio delle assenze per malattia al fine di determinare l'eventuale superamento del periodo di comporto e stabilire il trattamento economico dell'assenza?

Il sistema di computo delle assenze per malattia, ai fini dell'applicazione delle previsioni dell'art.21 del CCNL del 6.7.1995, sia con riferimento alla verifica del rispetto del periodo massimo di conservazione del posto che della

determinazione del trattamento economico da corrispondere al dipendente in occasione di ogni periodo morbosio, ha carattere dinamico.

Pertanto, man mano che trascorre il tempo e si passa da un anno all'altro, in base al meccanismo dello scorrimento annuale, in occasione di ogni ulteriore episodio morbosio, sarà necessario procedere alla sommatoria di tutte le assenze per malattia intervenute nei tre anni precedenti l'ultimo in atto.

Di volta in volta, in base alle risultanze derivanti dalla somma dei giorni di assenza dell'ultima malattia con quelli intervenute allo stesso titolo nei tre anni immediatamente precedenti la stessa, il datore di lavoro pubblico:

- a) verifica il rispetto del periodo massimo di conservazione del posto in caso di malattia del dipendente ai sensi dell'art.21, comma 1, del CCNL del 6.7.1995 (ed eventualmente ai sensi del comma 2) ;
- b) determina il trattamento economico da corrispondere allo stesso; infatti, sulla base dell'entità delle assenze risultanti dal computo effettuato in occasione dell'ultima malattia, il lavoratore si collocherà in una delle diverse articolazioni temporali previste all'interno del periodo massimo di 18 mesi e riceverà il trattamento economico previsto nella misura prevista dall'art.21, comma 7, del CCNL, per ciascuna di esse (100% della retribuzione per i primi 9 mesi di assenza; 90 % per i successivi 3 mesi; 50% della retribuzione per gli ulteriori 6 mesi).

Dato il carattere dinamico del sistema, la circostanza che in un dato momento il dipendente si trovi, sulla base delle assenze effettuate, nel periodo per il quale viene corrisposta una retribuzione pari al 90% della retribuzione, non vuol dire che necessariamente da quel momento le ulteriori assenze potranno essere remunerate solo in tale misura oppure in quella più bassa pari al 50% della retribuzione ma è sempre necessario, di volta in volta, procedere al calcolo di cui al punto b); pertanto, potrebbe accadere che, decorso un significativo arco temporale dalle precedenti assenze per malattia, scorrendo in avanti il triennio di riferimento (con la conseguente possibile esclusione dal computo dei precedenti periodi di assenza per malattia più remoti nel tempo), sommando l'ultimo periodo di malattia a quelli ricomprese nei tre anni immediatamente antecedenti allo stesso, il numero dei giorni risultanti da tale operazione consente di collocare di nuovo il dipendente nella prima fascia retributiva stabilita dall'art. 21, comma 7 (assenze retribuite al 100%); in proposito consigliamo di fare riferimento agli specifici esempi contenuti nella "Tabella A" allegata al CCNL integrativo sottoscritto il 13.5.1996.

1.4 Un dipendente assunto a tempo indeterminato ha già avuto diversi periodi di malattia al 30 settembre. Il periodo di comporto deve essere rapportato al periodo di lavoro effettuato o il

dipendente deve essere considerato in servizio da più di tre anni? Ai fini della determinazione del trattamento economico spettante, si devono considerare i primi 9 mesi al 100% o questi devono essere riproporzionati tenendo conto della data di assunzione?

Trattandosi di un dipendente con contratto di lavoro a tempo indeterminato, per le assenze per malattia, trova applicazione il generale sistema di computo previsto dall'art.21 del CCNL del 6.7.1995, sia con riferimento alla verifica del rispetto del periodo massimo di conservazione del posto che della determinazione del trattamento economico da corrispondere al dipendente in occasione di ogni periodo morbososo.

Poiché viene in considerazione un sistema di carattere dinamico, man mano che trascorre il tempo e si passa da un anno all'altro, in base al meccanismo dello scorrimento annuale, in occasione di ogni ulteriore episodio morbososo, sarà necessario procedere alla sommatoria di tutte le assenze per malattia intervenute nei tre anni precedenti l'ultimo in atto.

Essendo il dipendente stato assunto in data 1.4.2008, evidentemente, il calcolo a ritroso (il triennio) non potrà eccedere tale termine.

Pertanto, l'ente sommerà tutte le assenze per malattia, intervenute nell'arco temporale intercorrente dall'ultimo episodio morbososo e la suddetta data dell'1.4.2008.

In base alle risultanze derivanti dalla somma dei giorni di assenza dell'ultima malattia con quelli intervenute allo stesso titolo nel periodo temporale fino all'1.4.2008, il datore di lavoro pubblico:

- a) verifica sia il rispetto del periodo massimo di conservazione del posto in caso di malattia del dipendente ai sensi dell'art.21, comma 1, del CCNL del 6.7.1995 (ed eventualmente ai sensi del comma 2);
- b) determina il trattamento economico da corrispondere allo stesso; infatti, sulla base dell'entità delle assenze risultanti dal computo effettuato in occasione dell'ultima malattia, il lavoratore si collocherà in una delle diverse articolazioni temporali previste all'interno del periodo massimo di 18 mesi e riceverà il trattamento economico per essa previsto. Quindi, nel caso di specie, se all'interno dell'arco temporale di riferimento, sopra individuato, il dipendente non ha ancora superato il tetto delle 270 giornate di assenza per malattia, in occasione dell'ultimo episodio morbososo avrà diritto a percepire la retribuzione al 100%, ai sensi dell'art.21, comma 7, lett.a), del CCNL del 6.7.1995, fermo restando gli effetti applicativi dell'art.71 della Legge n.133/2008. Nessuna clausola contrattuale, infatti, consente il riproporzionamento ipotizzato.

1.5 Un dipendente al quale è stato concesso l'ulteriore periodo di assenza non retribuita di cui all'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995, è rientrato in servizio e, dopo aver lavorato per più di un anno, si è assentato nuovamente per malattia. Qual è il trattamento giuridico ed economico di tale ultima assenza? In particolare, per stabilire se è stato superato il periodo di comporto si deve tener conto anche delle assenze per malattia precedenti la ripresa del servizio, come sembra dedursi dalla vostra risposta 5.4 o si deve tener conto solo delle nuove assenze, come sembra dedursi dalla vostra risposta 5.5 ? Non c'è contraddizione tra queste due risposte?

Se il dipendente, dopo aver ottenuto la concessione dell'ulteriore periodo di assenza non retribuita di cui all'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995 e successive modificazioni, è rientrato in servizio in anticipo rispetto alla scadenza del previsto periodo di 18 mesi non retribuiti e, dopo aver lavorato per più di un anno, si assenta nuovamente per malattia, dovrà essere trattato come tutti gli altri dipendenti: l'ente dovrà calcolare a ritroso le assenze per malattia effettuate nel triennio precedente l'ultimo episodio morboso (senza che abbia alcuna rilevanza il fatto che in tale periodo siano comprese anche le assenze non retribuite di cui al richiamato art.21, comma 2) sia al fine di stabilire se il lavoratore abbia o meno superato il periodo di conservazione del posto (18 mesi nel triennio) sia al fine di stabilire il trattamento economico dell'assenza (art.21 citato, comma 7).

Tale ricostruzione sembra coerente con le indicazioni della giurisprudenza, secondo la quale "nel caso di comporto per sommatoria - dove, in base al computo a scorrimento, il periodo di comporto è mobile - deve considerarsi legittimo il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto anche quando il lavoratore, già ammesso a fruire di un periodo di aspettativa non retribuita, riprenda servizio per un certo periodo di tempo e si assenti poi per malattia, venendosi così a trovare di nuovo in una situazione di superamento del comporto" (Pretura Milano, 19 gennaio 1999).

Per completezza, precisiamo che questa soluzione (che è quella della risposta 5.4) è diversa da quella ipotizzata nella risposta 5.5 per i seguenti motivi:

- il caso ipotizzato nella risposta 5.5 presuppone che l'ente, dopo la scadenza del periodo di comporto, non abbia concesso l'ulteriore periodo di assenza non retribuita di cui all'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995 e non abbia neppure proceduto alla risoluzione del rapporto. Secondo la giurisprudenza, superato il periodo di comporto, se il datore di lavoro lascia "correre un considerevole lasso di tempo dopo il rientro del lavoratore dalla malattia senza intimargli il licenziamento, deve ritenersi che lo stesso abbia rinunciato per fatti concludenti alla facoltà di recesso e non possa, in relazione a quei periodi, far valere tale facoltà

per superamento del comporto al termine di un nuovo periodo di malattia." (Cassazione civile, sez. lav., 19 aprile 1985, n.2598). Più recentemente la giurisprudenza (Cassazione Civile 20722/2015) ha ribadito la necessità di procedere tempestivamente al licenziamento del dipendente in caso di superamento del periodo massimo di tutela del posto di lavoro, affermando che, in tale caso, la riammissione in servizio del lavoratore deve essere considerata come una implicita manifestazione di volontà datoriale di non volersi avvalere del potere recessivo. In tale sentenza, è stata infatti evidenziata la rilevanza del nesso di causalità tra il superamento del periodo di comporto e la risoluzione del rapporto di lavoro, ritenendo che il lasciar passare del tempo tra la riammissione in servizio del lavoratore e il licenziamento faccia venir meno, per quest'ultimo, la motivazione legata al superamento del periodo di conservazione del posto. In sostanza, è come se l'ente avesse azzerato le precedenti assenze per malattia del dipendente; ed è questo il motivo per cui, in tale particolare ipotesi, "...chiuso un periodo caratterizzato dal superamento del comporto, non seguito da licenziamento, se ne apre un altro di uguale entità, nel quale rientrano gli eventi morbosi verificatisi dopo la chiusura, senza effetti rescissori, del precedente periodo....." (Cass.4.12.1986, n.7201);

- il caso ipotizzato nella risposta 5.4, identico a quello segnalato nel quesito, presuppone, invece, che l'ente, scaduto il periodo di comporto, abbia concesso al dipendente il periodo di assenza non retribuita previsto dall'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995 e che il dipendente abbia ripreso regolarmente servizio prima della scadenza di tale ultimo periodo; in questo caso, il datore di lavoro non è rimasto inerte ma ha applicato una precisa clausola contrattuale; non è assolutamente possibile affermare che abbia inteso, per fatti concludenti, azzerare le precedenti assenze per malattia del lavoratore ed è per questo che troveranno applicazione le regole generali, come confermato anche dalla richiamata sentenza della Pretura di Milano.

1.6 Ai fini del calcolo del periodo del comporto (18 mesi) come deve essere correttamente quantificato in giorni il singolo mese?

Ai fini del computo del periodo di comporto, ai sensi dell'art.21, commi 1 e 2, del CCNL del 6.7.1995, si assume, convenzionalmente, che un mese corrisponde a 30 giorni.

Nella maggior parte dei casi, il medico certifica che il dipendente ha bisogno di un certo numero di giorni di riposo ed è quindi inevitabile, per stabilire il trattamento economico dell'assenza e calcolare l'eventuale superamento del

periodo di comporto, rapportare a giorni anche i 18 mesi di cui all'art.21, comma 1, del CCNL del 6.7.1995 ed i mesi di assenza di cui al comma 7 dello stesso articolo (assumendo, appunto, che un mese corrisponde, convenzionalmente a 30 giorni).

In altri termini, il dipendente ha diritto alla conservazione del posto per un periodo pari a 540 giorni (18 mesi per 30 giorni al mese), 270 dei quali retribuiti al 100% (9 mesi per 30 giorni al mese), 90 retribuiti al 90% e 180 retribuiti al 50%.

1.7 I periodi di assenza effettuati dal dipendente per sottoporsi ad un progetto di recupero ai sensi dell'art.21, comma 1, lettera a), del CCNL del 14.9.2000 devono essere computati nel periodo di comporto delle assenze per malattia?

Siamo del parere che i periodi di assenza effettuati dal dipendente per sottoporsi ad un progetto di recupero ai sensi dell'art.21, comma 1, lettera a), del CCNL del 14.9.2000, che ha sostituito l'art.25 del DPR n.333/90, non possano essere computati nel periodo di comporto delle assenze per malattia; si tratta, infatti, di una specifica misura di sostegno volta a favorire la riabilitazione e il recupero dei dipendenti che versino in particolari condizioni psicofisiche, diversa sia dagli altri benefici indicati nello stesso art.21, comma 1, sia dalle ordinarie assenze per malattia, nonostante il CCNL rinvii espressamente, per quanto riguarda il trattamento economico dell'assenza, all'art.21, comma 7, del CCNL del 6.7.1995.

1.8 La malattia inizia dal giorno del rilascio del certificato o dal giorno in cui il dipendente dichiara al medico di essersi ammalato?

Nel caso in cui il certificato medico attesti che il dipendente dichiara di essersi ammalato dal giorno immediatamente precedente il suo rilascio, il certificato copre, comunque, anche tale giorno di assenza. Per il calcolo della prognosi, il conteggio partirà non dalla data di rilascio del certificato ma da quella (precedente) attestata dal medico, dalla quale il dipendente ha dichiarato di essersi ammalato (in tal senso Pretore di Lecco sentenza del 30.4.1988). Esempio: dipendente che si assenta dal 20.4.1998; certificato rilasciato il 21.4.1998 con la precisazione "dichiara di essersi ammalato dal 20.4.98" e con tre giorni di prognosi; il periodo coperto dal certificato sarà dal 20 al 22.4.1998; la data di rientro al lavoro sarà il 23.4.1998.

1.9 I giorni di ricovero in day-hospital devono essere considerati assenze per malattia?

I giorni di ricovero ospedaliero e di day hospital devono essere conteggiati come assenze per malattia, salva l'eventuale applicazione, ove ne ricorrano tutti i presupposti, del beneficio di cui all'art.21, comma 7-bis, del CCNL del 6.7.1995 e successive modifiche.

1.10 Qual è il trattamento giuridico ed economico del dipendente dichiarato temporaneamente inidoneo a qualsiasi attività lavorativa a seguito di visita medica collegiale ? Deve essere considerato in malattia?

Siamo del parere che il dipendente dichiarato temporaneamente inidoneo a qualsiasi attività lavorativa, debba essere considerato assente per malattia ai sensi dell'art.21 del CCNL del 6.7.1995 e successive modifiche ed integrazioni. La giurisprudenza ha efficacemente chiarito, infatti, che, ai fini dell'applicazione dell'art.2110 del codice civile (norma presupposta ed attuata dal citato art.21, del CCNL del 6.7.1995), deve essere considerata malattia ogni alterazione patologica in atto di organi e delle loro funzioni (o anche dell'organismo considerato nel suo complesso) che per i sintomi con cui si manifesta e per le conseguenze che produce sull'organismo del lavoratore impedisce temporaneamente l'esecuzione della prestazione lavorativa dovuta in quanto risulta del tutto incompatibile con l'ulteriore svolgimento delle attività necessarie all'espletamento della prestazione stessa (Cass. 23.9.1987, n.7279; Cass. 30.7.1987 n.6632). Nel nostro caso, la visita medica collegiale ha accertato che le condizioni di salute del lavoratore sono tali da determinare la sua temporanea inidoneità a qualsiasi attività lavorativa (limitata ad un anno); è una situazione che rientra perfettamente, a nostro modo di vedere, nella sopra riportata nozione di malattia.

2. Il caso della TBC

2.1 Assenze per malattia dovute a TBC. Qual è la normativa di riferimento? Qual è il periodo di conservazione del posto ed il relativo trattamento economico?

La normativa di riferimento è costituita dall'art.9 della Legge 14.12.1970 n.1088, come modificato dall'art.10 della Legge 6.8.1975 n.419, in base al quale le amministrazioni sono tenute a conservare il posto ai lavoratori subordinati affetti da tubercolosi fino a sei mesi dopo la dimissione dal luogo di cura per avvenuta guarigione o stabilizzazione.

La Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, con sentenze n.5289 del 28.8.1986 e n.168 del 13.1.1988, ha chiarito che la finalità di tale disposizione è " ... quella di vincolare il mantenimento del posto di lavoro per tutta la durata in cui il lavoratore ammalato risulti bisognoso di cure nonché per ulteriori sei mesi ..." dopo il verificarsi della guarigione o della stabilizzazione della malattia. La stessa Corte di Cassazione ha inoltre precisato (Sez. Lavoro n.5289 cit. e n.2312 del 3.4.1986) che tale speciale regime di stabilità nel posto di lavoro si riferisce non soltanto alla ipotesi del lavoratore dimesso da un ospedale o da una casa di cura, ma anche da ogni altro luogo opportunamente attrezzato; pertanto, gode della suddetta speciale tutela anche il lavoratore sottoposto a terapia ambulatoriale o domiciliare.

Conseguentemente, il lavoratore affetto da TBC ha diritto alla conservazione del posto per tutto il periodo in cui è bisognoso di cure, anche oltre i termini previsti dagli artt.21 e 22 del CCNL e per ulteriori sei mesi dopo la guarigione o stabilizzazione della malattia. Quanto al trattamento economico, si applicano le previsioni degli artt.21, comma 7, e, nel caso in cui la malattia sia contratta per causa di servizio, 22, comma 2, del CCNL del 6.7.1995. I periodi che, in base a tali disposizioni, non sono retribuiti, non comportano riconoscimento di anzianità (v. art.9 Legge n.1088/70).

3. Trattamento economico

3.1 Quali sono le corrette modalità applicative della nuova disciplina in materia di trattamento economico delle assenze per malattia del personale contenute nell'art.71 del D.L. 25 giugno 2008 n.112. In particolare quali sono le voci retributive assoggettate a decurtazione nel caso di malattia fino a 10 giorni?

Nel merito del quesito formulato, si deve necessariamente evidenziare che la particolare problematica esposta attiene, nei suoi aspetti generali, all'interpretazione di specifiche disposizioni di legge (le modalità applicative dell'art.71 del D.L. 25 giugno 2008, n.112) e che, conseguentemente, essa esula dall'attività di assistenza della scrivente Agenzia, limitata, ai sensi dell'art.46, comma 1, del D.Lgs.n.165/2001, alla sola formulazione di orientamenti per la uniforme applicazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro.

Pertanto, specifiche indicazioni in questa materia dovranno essere richieste direttamente al Dipartimento della Funzione Pubblica, cui compete, istituzionalmente, la interpretazione delle norme di legge concernenti il rapporto di lavoro pubblico.

Per quanto di competenza dell'ARAN, si ritiene utile evidenziare quanto segue. Attualmente, sulla base delle indicazioni dell'art.45 del D.Lgs.n.165/2001 e delle vigenti disposizioni della contrattazione collettiva nazionale, attuative delle stesse, il "trattamento economico fondamentale" del personale del Comparto Regioni-Autonomie Locali si articola nelle seguenti voci retributive:

- a) lo stipendio tabellare (comprensivo della indennità integrativa speciale), differenziato in relazione alle singole categorie di inquadramento del sistema di classificazione professionale, destinato a remunerare in via ordinaria la prestazione del dipendente nell'ambito del rapporto sinallagmatico derivante dal contratto individuale di lavoro;
- b) la tredicesima mensilità, pienamente assimilabile per natura e funzione allo stipendio tabellare;
- c) la progressione economica orizzontale, che, rappresentando una forma di carriera esclusivamente retributiva del personale, si traduce in un incremento dello stipendio tabellare, attraverso il conseguimento da parte del dipendente, sulla base di criteri selettivi e meritocratici, di successive posizioni economiche stabilite all'interno di ciascuna categoria in cui si articola il sistema di classificazione;

- d) la retribuzione individuale di anzianità, per il solo personale che già ne fruisce, in quanto conseguente al congelamento ed alla definitiva scomparsa alla fine degli anni '80 delle classi e degli scatti di anzianità, che facevano parte integrante del trattamento fondamentale;
- e) gli eventuali assegni *ad personam* riconosciuti al personale, finalizzati a garantire il trattamento economico fondamentale già in godimento dello stesso nel momento dell'attribuzione di uno diverso e di importo più basso di tale trattamento economico, per effetto di un mutamento intervenuto nei contenuti del suo rapporto di lavoro.

Il trattamento economico accessorio è quello finalizzato, invece, a compensare la produttività e remunerare le prestazioni lavorative svolte in particolari condizioni di rischio o disagio o ancora specifiche modalità di esecuzione della stessa, anche sotto il profilo temporale.

Sostanzialmente, il trattamento economico accessorio ricomprende tutte le voci retributive comunque diverse da quelle sopra elencate relativamente alla nozione di trattamento economico fondamentale.

Per l'individuazione specifica delle singole voci del trattamento economico accessorio, anche sotto il profilo regolativo, occorre fare riferimento alle prescrizioni dell'art.17 del CCNL dell'1.4.1999 e delle altre clausole contrattuali che, in modo particolare, le hanno disciplinate.

Tali voci retributive, attualmente, sono:

- a) compensi incentivanti la produttività ed il miglioramento dei servizi, secondo la disciplina dell'art.17, comma 2, lett. a) del CCNL dell'1.4.1999 e dell'art.37 del CCNL del 22.1.2004;
- b) retribuzione di posizione e di risultato dei titolari di posizione organizzativa, secondo la disciplina degli artt.10 ed 11 del CCNL del 31.3.1999 e dell'art.10 del CCNL del 22.1.2004;
- c) indennità di turno, di reperibilità, di maneggio valori, di rischio, di disagio (art.22, art.23, art.36, art.37 del CCNL del 14.9.2000; art.17, comma 2, lett. e), del CCNL dell'1.4.1999);
- d) indennità per orario notturno, festivo e notturno - festivo, secondo la disciplina prevista dall'art.24 del CCNL del 14.9.2000;
- e) indennità per specifiche responsabilità ex art.17, comma 2, lett. f) ed i) del CCNL dell'1.4.1999;
- f) incentivi per le specifiche attività e prestazioni correlate alla utilizzazione delle risorse indicate nell'art.15, comma 1, lettera k), del CCNL dell'1.4.1999 (art.92, comma 5, del D.Lgs.n.163/2006, ecc.);

- g) indennità di L. 1.500.000 prevista per il personale della ex VIII q.f. dall'art. 37, comma 4, del CCNL del 6.7.1995 e dall'art.17, comma 3, del CCNL dell'1.4.1999;
- h) indennità del personale dell'area di vigilanza, sia per l'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 5 della Legge 7 marzo 1986 n.65 sia di carattere generale, ai sensi dell'art.37, comma 1, lett. b), primo e secondo periodo, del CCNL del 6.7.1995, con le integrazioni introdotte dall'art.16 del CCNL del 22.1.2004;
- i) indennità del personale educativo degli asili nido, del personale insegnante delle scuole materne ed elementari, dei docenti delle scuole degli enti locali, dei docenti di sostegno operanti nelle scuole statali, del personale docente dei centri di formazione professionale (art.37, comma 1, lett. c), d) ed e) del CCNL del 6.7.1995; artt.30, 31, 32, 32-bis, e 34 del CCNL del 14.9.2000);
- j) indennità di tempo potenziato, di cui all'art.37, comma 2, del CCNL del 6.7.1995;
- k) indennità di L.125.000 annue lorde di cui all'art.4 del CCNL del 16.7.1996 per il personale delle categorie A e B1;
- l) indennità di comparto, di cui all'art.33 del CCNL del 22.1.2004.

3.2 Qual è la corretta interpretazione della disciplina contrattuale prevista, in materia di decurtazione dei compensi per la produttività in caso di assenza del dipendente e, dunque anche in caso di malattia?

In relazione alla problematica posta si ritiene utile precisare quanto segue.

L'art.5 del CCNL del 31.7.2009, nel ribadire la vigente disciplina in materia di compensi per produttività, contenuta nell'art.37 del CCNL del personale non dirigente del Comparto del 22.1.2004, specifica le regole che presiedono alla decurtazione degli stessi in caso di assenza del dipendente, qualunque sia il titolo delle assenze, ivi comprese, quindi, quelle per malattia. In particolare, si afferma che l'assenza del dipendente, qualunque sia la sua motivazione, non produce di per sé una diretta, immediata e corrispondente decurtazione dei compensi per produttività, ma, a tal fine, occorre, invece, valutare, in un quadro più ampio ed in coerenza con la natura e le caratteristiche di tale componente del trattamento accessorio, la reale incidenza della stessa e cioè le conseguenze che ne sono derivate sotto il profilo della effettiva partecipazione, quantitativa e qualitativa, del dipendente stesso ai progetti e programmi di produttività, e, quindi, al raggiungimento degli obiettivi e dei risultati prefissati che giustificano l'erogazione del compenso.

In tal modo, le parti negoziali hanno riaffermato le indicazioni in materia di compensi per produttività ricavabili dalle previsioni dell'art. 37 del CCNL del 22.1.2004, secondo le quali i suddetti compensi, previsti dal contratto integrativo dell'ente, possono essere erogati solo in presenza di incrementi effettivi della produttività e di miglioramento quali-quantitativo dei servizi (intesi come risultato aggiuntivo apprezzabile rispetto al risultato atteso dalla normale prestazione lavorativa) e che tale erogazione è possibile solo a conclusione del processo di valutazione periodica (di esclusiva pertinenza del dirigente, nel rispetto del sistema di valutazione permanente) dei risultati e delle prestazioni del personale, in relazione al livello di conseguimento degli obiettivi come definiti negli strumenti di programmazione degli Enti e certificati dai servizi di controllo interno.

In presenza di tali previsioni, come già evidenziato nei propri orientamenti applicativi, l'ARAN ha sempre sostenuto che un sistema incentivante basato esclusivamente sui criteri del parametro economico di categoria e sulla presenza in servizio del personale o sulla sola presenza in servizio, si pone in evidente contrasto con le previsioni dell'art.37 del CCNL del 22.1.2004, traducendosi, inevitabilmente, in un meccanismo automatico di erogazione dei compensi di cui si tratta (indicazioni in tal senso sono contenute anche nella Relazione illustrativa alla Corte dei Conti per la certificazione degli oneri del CCNL del 22.1.2004 dove, relativamente al commento dell'art.37, si afferma, che: *"... i compensi per produttività non possono essere erogati in forma generalizzata (comma 4) sulla base di automatismi comunque denominati; questa prescrizione contrattuale esclude, in coerenza anche con numerose e recenti pronunce della magistratura contabile, la legittimità del pagamento della produttività, ad esempio, sulla base della sola presenza (o assenza) in servizio, ovvero sulla base della articolazione dell'orario (rientri pomeridiani) o ancora sulla base del parametro retributivo; ...elementi di automatismo non devono essere presi in considerazione neanche come elementi integrativi del giudizio valutativo espresso dal dirigente, che resta, pertanto, l'unico momento decisionale utile per la legittimazione dei compensi."*

Pertanto, proprio perché il citato art.37 del CCNL del 22.1.2004 consente l'erogazione dei compensi incentivanti la produttività solo in base ai risultati effettivamente conseguiti ed accertati, vietando ogni automatismo (anche quelli legati alla presenza), si può ritenere che tutti i lavoratori hanno comunque diritto di essere comunque valutati per l'attività di servizio svolta e per i risultati effettivamente conseguiti ed hanno diritto a percepire i compensi di produttività solo in misura corrispondente a tali attività e risultati, e non quindi in modo pieno ed automatico.

E' indubitabile, tuttavia, che i periodi di assenza, incidendo significativamente sull'apporto partecipativo al progetto o programma di produttività, secondo le regole sopra esposte, determinano la conseguente e necessaria riduzione del

compenso da corrispondere, fino ad annullarlo, quando i risultati conseguiti non siano apprezzabili.

La nuova disciplina contrattuale, in relazione alle previsioni dell'art.71 della Legge n.133/2008, in materia di decurtazione del trattamento economico accessorio del personale nel caso di malattia fino a 10 giorni, ed alle altre ivi contenute, si è posta quindi come una specificazione delle regole che presidono la materia, alla luce della particolare natura dei compensi per produttività e delle regole contrattuali che attualmente ne disciplinano l'erogazione.

Diversamente ritenendo, ammettendo cioè, ai fini sia della erogazione dei compensi incentivanti che delle eventuali trattenute o decurtazioni degli stessi, una soluzione incentrata sul mero computo dei giorni di presenza o di assenza, si sarebbe stravolto completamente il sistema, alterando la stessa natura dei compensi per produttività.

Infatti, si sarebbe finito, indirettamente, per ammettere la mensilizzazione di questi, legandoli paradossalmente al solo criterio della presenza in servizio, in contrasto con quelle regole contrattuali, sopra illustrate, che proprio per evitare i guasti del passato (evidenziati anche dalle pronunce della Corte dei Conti in materia), hanno espressamente fatto divieto alle Amministrazioni di adottare regole di erogazione basati sulla presenza in servizio o su altri automatismi comunque denominati.

In proposito, inoltre, sotto il profilo della coerenza della portata della clausola contrattuale con il quadro legale dell'art.71 della Legge n.133/2008, può essere utile richiamare anche alcune indicazioni contenute nel punto 2) della circolare n.7/2008 del Dipartimento della Funzione Pubblica, dove, relativamente all'applicazione della suddetta norma legislativa, si legge: *".... i lavoratori e le lavoratrici hanno titolo ad essere valutati per l'attività di servizio svolta e per i risultati effettivamente conseguiti ed hanno titolo a percepire i compensi di produttività, secondo le previsioni dei contratti integrativi vigenti presso le amministrazioni, solo in misura corrispondente alle attività effettivamente svolte ed ai risultati concretamente conseguiti dagli stessi....."*.

Anche prima dell'intervento dell'art.5 del CCNL del 31.7.2009, la scrivente Agenzia aveva fornito indicazioni in tal senso con riferimento alle ricadute dell'art.71 della Legge n.133/2008 sui compensi per produttività, proprio in considerazione della disciplina contenuta nell'art.37 del CCNL del 22.1.2004 e di quanto affermato dal Dipartimento della Funzione Pubblica nella citata circolare n.7/2008.

Nell'ambito delle indicazioni fornite, è stata sempre esclusa anche ogni forma di eventuale equiparazione delle diverse tipologie di assenza al servizio effettivo (anche se limitata ad alcune specifiche fattispecie), ai fini della valutazione del dipendente per l'erogazione dei compensi incentivanti.

Infatti, questa, non solo, sarebbe stata sicuramente e inevitabilmente arbitraria (in quanto tutte hanno una loro precisa e specifica motivazione, anche di carattere sociale), con il conseguente innescarsi di possibili forme di contenzioso, data la mancanza nel CCNL di specifiche previsioni idonee a supportare una eventuale scelta in tal senso della sede decentrata; ma anche in contrasto con quelle finalità selettive e meritocratiche degli istituti di cui si tratta, volti, come detto, a consentire la valorizzazione e il riconoscimento del merito e della professionalità dimostrati dal lavoratore nell'anno di riferimento.

Come sopra evidenziato, le prescrizioni dell'art.5 del CCNL del 31.7.2009 hanno una portata generale e trovano applicazione, ai fini della determinazione e delle erogazione dei compensi per produttività, in relazione a tutte le diverse ipotesi di assenza del personale, e non solo limitatamente a quelle per malattia. A tal fine, infatti, la clausola contrattuale dispone in modo generico: *"In caso di assenza....."*, riconducendo nel suo ambito, accanto a quelle per malattia, comunque tutte le diverse tipologie di assenze: congedi di maternità e parentali; permessi giornalieri, aspettative, ecc.

Pertanto, in presenza comunque di assenze del personale, qualunque sia il titolo delle stesse, gli enti, in sede locale, in applicazione delle discipline in materia di produttività, ai sensi dell'art.37 del CCNL del 22.1.2004, non possono prescindere dall'applicazione del criterio della valutazione dell'effettivo apporto partecipativo al raggiungimento degli obiettivi e dei risultati prefissati che giustificano l'erogazione del compenso.

La dichiarazione congiunta n.2 al medesimo CCNL del 31.7.2009 è stata predisposta al momento della sottoscrizione dell'ipotesi di accordo, in coerenza con la natura propria delle dichiarazioni congiunte, solo a precisare la portata applicativa del citato art.5 del medesimo CCNL, nei termini sopra riassunti.

Essa si giustificava in relazione alle prescrizioni dell'art.71, comma 5, della Legge n.133/2008, che si prestavano ad interpretazioni diverse, nel senso di consentire, comunque, l'erogazione in modo pieno dei compensi per produttività anche in presenza di assenze del personale riconducibili ad una delle tipologie ivi previste.'

Con la dichiarazione congiunta n.2, in sostanza, si afferma che, ai fini della sola erogazione dei compensi per produttività, debba sempre trovare applicazione il criterio della valutazione della effettiva partecipazione del lavoratore ai progetti o programmi di produttività anche nel caso di assenza del personale riconducibile ad una di quelle ivi espressamente richiamate, a titolo esemplificativo.

Tale indicazione, del resto, avrebbe potuto ricavarsi anche dalla formulazione del testo dell'art.5 del CCNL del 31.7.2009 che, in proposito, come sopra detto, per delimitare il suo ambito di applicazione, prevede : *"In caso di assenza"*.

In considerazione di quanto detto e tenuto conto del riferimento espresso della Dichiarazione alla sola corresponsione dei compensi per produttività, la stessa non poteva essere interpretata nel senso di essere finalizzata, comunque, a consentire una deroga alle previsioni dell'art.71, comma 5, della Legge n.133/2008.

In proposito si ricorda che, ai sensi dell'art.71, comma 6, della Legge n.133/2008, le prescrizioni del suddetto articolo, anche a seguito dell'abrogazione del comma 5, non potevano e non possono essere derogate da contratti o accordi collettivi.

In relazione a tale profilo, si fa presente, inoltre, che la stessa Dichiarazione congiunta, ha operato, ai fini della corretta applicazione delle previsioni dell'art.71 della Legge n.133/2009, un pieno rinvio alle indicazioni contenute nelle circolari e nelle note interpretative emanate in materia.

Anche in mancanza di espressa indicazione in tal senso, si fa riferimento, evidentemente, alle circolari (circ. nn. 7 e 8 del 2008; ecc.) ed ai diversi pareri predisposti, in relazione alle corrette modalità applicative dell'art.71 della Legge n.133/2008, dal Dipartimento della Funzione Pubblica e dal Ministero dell'Economia, per la loro istituzionale competenza in materia di interpretazione delle norme di legge concernenti il rapporto di lavoro pubblico.

L'intervenuta abrogazione dell'art.71, comma 5, della Legge n.133/2008, alla luce di quanto sopra detto, alleggerisce in qualche modo i contenuti della dichiarazione congiunta n.2, in quanto è venuta meno quella disciplina che si prestava ai dubbi interpretativi di cui si è detto in ordine alla erogazione dei compensi per produttività.

Tale abrogazione, tuttavia, non produce alcun effetto sulla portata applicativa dell'art.5 del CCNL del 31.7.2009, che ha stabilito il principio generale da seguire per la valutazione delle assenze del personale, ai fini della corresponsione dei compensi per produttività.

In relazione a tale art.5, la dichiarazione congiunta n.2 può continuare comunque a esplicitare una funzione chiarificatrice dei contenuti della clausola contrattuale.

Si esclude, invece, in modo assoluto, che la medesima dichiarazione congiunta n.2, in contrasto con le finalità sopra evidenziate, a seguito dell'abrogazione dell'art.71, comma 5, della Legge n.133/2008, possa essere interpretata (come pure risulta essere avvenuto in diverse sedi decentrate) come elemento giustificativo per autorizzare, comunque ed in modo pieno, l'erogazione dei compensi per produttività anche in presenza di assenze del personale, pure di una certa entità, riconducibili alle tipologie ivi previste.

Proprio, il rinvio espresso alle prescrizioni dell'art.5 del CCNL del 31.7.2009, contenuto nella dichiarazione congiunta n.2, vale a fugare ogni dubbio in materia.

3.3 Il computo della trattenuta giornaliera, da effettuare ai sensi dell'art.71 della Legge n.133/2008, per il caso di malattia fino a 10 giorni, deve essere effettuato in trentesimi, come indicato nel parere n.2 del 30.1.2009 del Dipartimento della Funzione Pubblica, o in ventiseiesimi?

Sono noti i contenuti del parere predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica, sulla base delle indicazioni in tal senso del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in ordine alla misura della trattenuta giornaliera da operare in caso di assenza per malattia del dipendente, ai sensi dell'art.71 della Legge n.133/2008.

Nel suddetto parere in materia si afferma che: "il relativo computo va effettuato in trentesimi dal momento che secondo il consolidato orientamento in materia di assenze dal servizio, le giornate di sabato e domenica intercorrenti tra due periodi di assenza per malattia vengono anch'esse considerate assenze per malattia e assoggettate alla decurtazione del trattamento economico accessorio".

In proposito peraltro, per quanto di competenza, sembra opportuno osservare che tale indicazione, evidentemente di carattere generale non è specificamente diretta al Comparto Regioni -Autonomie Locali, per il quale vige una specifica disciplina contrattuale collettiva.

Infatti, l'art.52, comma 4, del CCNL del CCNL del 14.9.2000, come sostituito dall'art.10 del CCNL del 9.5.2006, stabilisce che in tutti i casi in cui occorre retribuire una prestazione lavorativa o effettuare un recupero in relazione ad un periodo non lavorato, la cui durata risulti inferiore al mese, per la determinazione del valore economico della retribuzione giornaliera trova applicazione la regola del "divisore 26", ivi indicato. In base alla suddetta disciplina contrattuale, il numero esatto delle giornate da compensare (o da recuperare), rispetto al periodo considerato deve essere individuato escludendo, da tale periodo, solo tutte le domeniche che vi sono ricomprese.

Trattandosi di discipline (la regola della trattenuta per trentesimi e quella per ventiseiesimi) diverse nei presupposti e nelle caratteristiche specifiche, è evidente che le stesse non possono coesistere ed essere contemporaneamente applicate alla medesima fattispecie, senza determinare paradossi negli esiti.

Ai fini della corretta individuazione dell'unica disciplina effettivamente applicabile, non può non porsi l'accento sulla diversa natura e forza delle fonti di ciascuna delle due discipline.

La regola della trattenuta per trentesimi viene ricondotta ad una mera prassi applicativa, come tale consolidatasi nel tempo (pertanto, questa sicuramente può trovare applicazione in via esclusiva nei comparti del lavoro pubblico dove è stata ed è tuttora applicata).

La diversa regola della trattenuta per ventiseiesimi, invece, è espressamente affermata, per il Comparto Regioni-Autonomie Locali, in un preciso testo contrattuale, condiviso dalle parti negoziali per tutte le ipotesi in cui bisogna retribuire o trattenere una giornata di lavoro al personale.

In tale ambito, pertanto, alla luce dei principi generali in materia di gerarchia delle fonti, sembra doversi ritenere prevalente la disciplina contrattuale e quindi le previsioni dell'art.52, comma 4, del CCNL del 14.9.2000, come sostituito dall'art.10 del CCNL del 9.5.2006.

3.4 Le indennità del personale dell'Area della vigilanza, di cui all'art.37, comma 1, lett. b), primo e secondo periodo, del CCNL del 6.7.1995, con le integrazioni introdotte dall'art.16 del CCNL del 22.1.2004, sono assoggettabili a decurtazione per le assenze per malattia fino a 10 giorni, ai sensi dell'art.71 della Legge n.133/2008?

Sulle corrette modalità applicative della nuova disciplina in materia di trattamento economico delle assenze per malattia del personale contenute nell'art.71 della Legge 6 agosto 2008 n.133, in particolare sulle voci retributive assoggettabili a decurtazione nel caso di malattia fino a 10 giorni, sono già state fornite con l'orientamento applicativo 3.1 indicazioni sulle diverse voci retributive che, sulla base della loro natura e caratteristiche come definite dal CCNL, debbono considerarsi rispettivamente costituenti trattamento fondamentale ed accessorio del personale del Comparto Regioni-Autonomie Locali.

Nell'ambito del trattamento accessorio sono espressamente elencate anche le indennità del personale dell'area della vigilanza, sia per l'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 5, della Legge 7 marzo 1986 n. 65 sia di carattere generale, ai sensi dell'art.37, comma 1, lett. b), primo e secondo periodo, del CCNL del 6.7.1995, con le integrazioni introdotte dall'art.16 del CCNL del 22.1.2004. Il Ministero dell'Economia con parere del 24.11.2008, rispondendo ad una precisa sollecitazione in tal senso del Dipartimento della Funzione Pubblica, ha fatto proprie le indicazioni del citato orientamento applicativo 3.1, ritenendo che le

voci retributive da questo definite come trattamento accessorio siano quelle assoggettabili a decurtazione in caso di assenza per malattia fino a 10 giorni.

Tuttavia, trattandosi della definizione della portata applicativa di specifiche disposizioni di legge, ulteriori e maggiori indicazioni in materia potranno essere fornite direttamente dal citato Dipartimento della Funzione Pubblica, istituzionalmente competenti per l'interpretazione delle norme di legge concernenti il rapporto di lavoro pubblico.

3.5 In caso di assenza per malattia, devono essere riconosciute le indennità spettanti al personale dell'area di vigilanza ai sensi dell'art. 37, comma 1, lett. b) del CCNL del 6.7.1995, pari rispettivamente ad € 810,84 (£. 1.570.000) e ad € 480,30 (£. 930.000)?

Il CCNL del 6.7.1995, all'art. 21, comma 7, lett. e), ha previsto che per i primi nove mesi di assenza per malattia il dipendente ha diritto all'intera retribuzione fissa mensile, comprese le indennità pensionabili, comunque denominate. E' noto che, con l'entrata in vigore della Legge n.335/1995 tutti gli emolumenti corrisposti ai dipendenti sono divenuti pensionabili.

La portata della clausola contrattuale va dunque letta in una nuova chiave.

Pertanto, le uniche voci del trattamento accessorio che non devono essere corrisposte, tenuto conto della ratio della clausola contrattuale, sembrano essere solo quelle che non hanno carattere di fissità e che, per la loro intrinseca natura, sono legate esclusivamente alla effettiva prestazione e alla presenza in servizio (ad es. per lavoro straordinario; turnazioni; produttività collettiva ed individuale, etc.).

E' indubbio, invece, che le indennità in questione abbiano il richiesto carattere di fissità (essendo stabilite in un valore annuale pagate per 12 mensilità). A tal fine, richiamiamo l'attenzione sulla circostanza che espressamente l'art.49 del CCNL del 14.09.2000 include tali voci retributive tra quelle che, per la loro fissità e continuità, devono essere prese come base di calcolo per la liquidazione del trattamento di fine rapporto di lavoro.

3.6 E' assoggettabile a decurtazione, ai sensi dell'art.71 della Legge n.133/2008, l'indennità per specifiche responsabilità, di cui all'art.17, comma 2, lett.f), del CCNL dell'1.4.1999, come modificato dall'art.36 del CCNL del 22.1.2004 e, poi, dall'art.7 del CCNL del 9.5.2006?

Con l'orientamento applicativo 3.1 sono state fornite indicazioni sulle diverse voci retributive che, sulla base della loro natura e caratteristiche, come definite dal CCNL, debbono considerarsi rispettivamente costituenti trattamento fondamentale ed accessorio del personale del Comparto Regioni-Autonomie Locali. Nell'ambito del trattamento accessorio è inserita anche l'indennità per specifiche responsabilità, di cui all'art.17, comma 2, lett. f) del CCNL dell'1.4.1999, come modificato dall'art.36 del CCNL del 22.1.2004 e, poi, dall'art.7 del CCNL del 9.5.2006.

Il Ministero dell'Economia con parere del 24.11.2008, rispondendo ad una precisa sollecitazione in tal senso del Dipartimento della Funzione Pubblica, ha fatto proprie le indicazioni del citato orientamento applicativo 3.1, ritenendo che le voci retributive da questo definite come trattamento accessorio siano quelle assoggettabili a decurtazione in caso di assenza per malattia fino a 10 giorni.

Pertanto, anche per tale compenso trovano, comunque, applicazione le previsioni della Legge n.133/2008.

Sotto un profilo di carattere generale, non ostano alla decurtazione di tale compenso la natura e le caratteristiche dello stesso; infatti, è indubbio, che per effetto delle assenze, il lavoratore rende comunque una prestazione ridotta e, conseguentemente, diminuisce anche la quantità delle attività che giustificano l'erogazione del compenso. In sostanza, si ritiene che sussiste sempre uno stretto legame tra tempo di lavoro, attività lavorativa e quantificazione dell'emolumento ad essa connesso.

3.7 In caso di assenza per malattia inferiore a 15 giorni, deve essere corrisposta l'indennità di tempo potenziato di cui all'art.37, comma 2, del CCNL del 6.7.1995?

Siamo del parere che l'indennità di tempo potenziato di cui all'art.37, comma 2, del CCNL del 6.7.1995, spettante per 10 mesi, non possa essere corrisposta in caso di assenza per malattia inferiore a 15 giorni. La ragione di tale esclusione è identica a quella relativa all'indennità di L.120.000 lorde mensili prevista per il personale educativo degli asili nido: infatti, anche l'indennità di tempo potenziato è corrisposta per soli 10 mesi e non può dirsi fissa e continuativa, come confermato anche dall'art.49 del CCNL del 14.9.2000, che

non la ritiene utile ai fini del trattamento di fine rapporto, e dall'art.37, comma 2 del CCNL del 6.7.1995 che, quando erano pensionabili i soli emolumenti fissi e continuativi, aveva espressamente escluso che detta indennità fosse utile ai fini previdenziali e pensionistici.

3.8 Le diverse indennità previste per il personale educativo degli asili nido come devono essere corrisposte in caso di malattia?

Reputiamo che, in mancanza di regole espresse, ai fini della corresponsione delle indennità spettanti al personale educativo degli asili nido, in caso di assenza del beneficiario, occorre considerare sia le caratteristiche specifiche delle indennità sia la natura e le regole proprie di ciascuna tipologia di assenza che viene in considerazione.

Pertanto, con riferimento all'indennità professionale di cui all'art.37, comma 1, lett. c, del CCNL del 6.7.1995) avremo che:

in caso di malattia del dipendente, troverà applicazione l'art.21, comma 7, del CCNL del 6.7.1995 e quindi trattandosi di una indennità fissa e continuativa (a tale fine è sufficiente la considerazione che l'art.49 del CCNL del 14.9.2000 la inserisce tra le voci retributive da prendere a base per la liquidazione del trattamento di fine rapporto di lavoro), essa sarà corrisposta secondo la disciplina ivi prevista in relazione a ciascuna delle ipotesi considerate:

- per intero per i primi 9 mesi di assenza;
- al 90% per i successivi 3 mesi di assenza;
- al 50% per gli ulteriori 6 mesi.

Non viene corrisposta nell'ambito dell'ulteriore periodo di 18 mesi di assenza per malattia non retribuita, ai sensi dell'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995.

A diverse conclusioni dobbiamo arrivare con riferimento all'indennità di cui all'art.31, comma 7, del CCNL 24.9.2000, pari a 120.000 mensili lorde per 10 mensilità, dato che essa non presenta i requisiti di fissità e continuità propri di quella dell'art.37, comma 1, lett. c), del CCNL del 6.7.1995. Per tale caratteristica depone anche il contenuto del citato comma 7 che qualifica l'indennità come "trattamento economico accessorio", escludendo gli effetti sulla pensione, sul trattamento di fine rapporto e sugli altri istituti di carattere economico. Pertanto, essa:

- non sarà corrisposta in alcun caso nelle ipotesi di assenza per malattia;
- non sarà corrisposta neppure nell'ipotesi di congedo di maternità, data la mancanza del requisito della continuità e della fissità richiesto

espressamente dall'art.17, comma 4, ai fini della conservazione alla lavoratrice dei compensi accessori;

- conseguentemente, e a maggiore ragione, non sarà corrisposta nel caso di congedo parentale.

3.9 In caso di assenza per malattia, deve essere riconosciuta la indennità di comparto?

In relazione al caso particolare dell'indennità di comparto, anche se questa non è inserita nel citato art.49 del CCNL del 14.9.2000, la natura fissa e continuativa della stessa si ricava dalla circostanza che la disciplina contrattuale (art.33 del CCNL del 22.1.2004) riconosce espressamente a tale compenso carattere di generalità e natura fissa e ricorrente e ne prevede la corresponsione per dodici mensilità.

Inoltre, L'INPDAP, con circolare n.15 dell'1.4.2004, ha affermato che l'indennità di comparto è utile per il calcolo della quota A di pensione.

3.10 Devono essere corrisposti i premi incentivanti la produttività ai dipendenti in malattia?

L'art. 21, comma 7, del CCNL del 6.7.1995 disciplina il trattamento economico da corrispondere al personale in malattia, nelle diverse ipotesi di durata, in particolare prevedendo alla lett. a) che per i primi nove mesi di assenza per malattia il dipendente ha diritto all'intera retribuzione fissa mensile, comprese le indennità pensionabili, con esclusione di ogni altro compenso accessorio, comunque denominato. E' noto che con l'entrata in vigore della Legge n.335/1995 tutti gli emolumenti corrisposti ai dipendenti sono divenuti pensionabili. Pertanto, le uniche voci del trattamento accessorio che non devono essere corrisposte, tenuto conto della ratio della clausola contrattuale, sembrerebbero essere solo quelle che non sono fisse e che, per la loro intrinseca natura, sono legate esclusivamente alla effettiva prestazione o alla presenza in servizio (ad es. compenso per il lavoro straordinario e le varie indennità di turno, reperibilità, maneggio valori). Per ciò che attiene ai compensi accessori connessi ai programmi e ai progetti di produttività, poiché essi si inseriscono in un sistema di incentivazioni fondato sulla realizzazione degli obiettivi e sulla valutazione dell'apporto partecipativo individuale e collettivo del personale in relazione agli stessi, non può escludersi la partecipazione del dipendente alla corresponsione di tali emolumenti ove egli abbia comunque contribuito a tali programmi o progetti in relazione,

ovviamente, alla qualità e alla quantità di tale sua partecipazione, come valutata dal dirigente.

3.11 Un dipendente titolare di incarico di posizione organizzativa si ammala e, nel corso del periodo di malattia l'incarico ha termine e non viene rinnovato; ai fini del trattamento economico spettante per malattia rientra la retribuzione di posizione e di risultato?

Relativamente alla particolare fattispecie prospettata, l'avviso della scrivente Agenzia è nel senso che, se nel corso della malattia del dipendente viene meno l'incarico di posizione organizzativa di cui lo stesso era precedentemente titolare (senza rinnovo), con il conseguente venir meno di ogni possibilità di erogazione al lavoratore della retribuzione di posizione (e di quella di risultato), di tale voce retributiva, da quel momento non si potrà più tenere conto, ai fini della determinazione del trattamento economico di malattia spettante, sulla base delle previsioni, dell'art. 21, comma 7, del CCNL del 6.7.1995.

Manca, infatti, nella disciplina contrattuale una disposizione che preveda una garanzia nel senso della conservazione della voce retributiva di cui si tratta, ai fini del trattamento economico di malattia, anche dopo la scadenza dell'incarico di posizione organizzativa.

4. Patologie gravi e terapie salvavita

4.1 Quali sono i criteri per l'esatta applicazione dell'art.10 del CCNL del 14.9.2000 (terapie salvavita)?

Riteniamo utile evidenziare quanto segue:

1. la disciplina dell'art.10 del CCNL del 14.9.2000, in mancanza di espressa e diversa previsione contrattuale in proposito, trova applicazione solo a far data dal 15.9.2000, secondo la chiara indicazione contenuta nell'art.57 dello stesso CCNL. Pertanto è applicabile, se ricorrono le particolari patologie che richiedono terapie salvavita e altre assimilabili, alcune delle quali sono espressamente indicate nello stesso art.10, insorte a partire dal 15.9.2000;
2. nella disciplina dell'art.10, secondo la precisa formulazione del testo, rientrano solo i giorni di ricovero ospedaliero o di day-hospital necessari a sottoporsi a terapie salvavita o altre ad esse assimilabili. Quindi, non una qualunque patologia, ancorché grave e richiedente il ricovero ospedaliero, rientra nella previsione contrattuale, ma solo quelle che comportano la necessità per il lavoratore di sottoporsi a terapie salvavita, come esemplificate nel testo contrattuale, o ad altre ritenute tali o comunque assimilabili, sulla base di un espresso giudizio medico in tal senso. Proprio, perché trattasi di terapie salvavita, la clausola contrattuale estende il particolare beneficio da essa previsto anche ai giorni di assenza del lavoratore giustificate dalla necessità di sottoporsi alle stesse. Emerge, quindi, da tale ricostruzione che non possono essere ricondotti alla particolare disciplina dell'art.10 i periodi di assenza giustificati da ricovero ospedaliero e non giustificati da terapie salvavita né quelli di ulteriore assenza, anche se imputabili a convalescenza post-ospedaliera, ove manchi la particolare giustificazione della necessità di sottoporsi durante gli stessi a terapie salvavita. In questo ultimo caso le assenze devono essere debitamente certificate come avvenute a tale titolo dalla competente ASL o altra struttura convenzionata;
3. nel caso in cui la particolare patologia rientri nella previsione contrattuale, i giorni di ricovero ospedaliero e quelli di assenza dal lavoro dovuti esclusivamente alla necessità di sottoporsi alle più volte richiamate terapie salvavita, con l'esclusione quindi dei periodi di convalescenza, non sono considerati ai fini del computo del periodo massimo di conservazione del posto, secondo la disciplina dell'art.21 del

CCNL del 6.7.1995, e sono retribuiti in misura completa secondo le previsioni del comma 7, lett. a), del medesimo art.21;

4. ove non ricorra la particolare fattispecie prevista dall'art.10, per tutte le altre ipotesi di malattia del lavoratore continuerà a trovare applicazione solo la disciplina dell'art.21 del CCNL del 6.7.1995; si ritiene utile precisare che anche in caso di ricovero ospedaliero, ove il dipendente abbia superato già il periodo massimo retribuibile per intero (nove mesi), allo stesso deve essere corrisposto il solo trattamento economico previsto dalla lett. b) del comma 7, del citato articolo 21, in quanto il beneficio della corresponsione del 100% della retribuzione è previsto solo nel caso di ricovero ospedaliero che si colloca all'interno del periodo di cui alla lettera dello stesso comma 7;
5. nel caso di ulteriore malattia, che determini il superamento anche del periodo dei tre mesi retribuiti al 90%, il dipendente avrà diritto solo al 50% del trattamento economico; anche in questa ipotesi, l'eventuale ricovero ospedaliero intervenuto non attribuisce al dipendente il diritto a percepire il 100% della retribuzione;
6. in tutti i casi di cui ai precedenti numeri 4 e 5 i giorni di assenza per malattia devono essere computati anche ai fini della verifica del rispetto del periodo massimo di conservazione del posto di lavoro, ai sensi del comma 1 dell'art.21 del CCNL del 6.7.1995, salvo che non possa trovare applicazione anche la previsione del comma 2 del medesimo art.21.

4.2 Tra le gravi patologie previste dall'art.10 del CCNL del 14.9.2000 possono esserne individuate altre non espressamente indicate? Come devono essere documentate?

Rileviamo che il comma 7-bis, dell'art. 21, del CCNL del 6.7.1995, come integrato dall'art.10 del CCNL del 14.9.2000, nel prevedere una tutela speciale per le assenze dovute a terapie salvavita correlate a "gravi patologie", ha individuato alcune specifiche casistiche (emodialisi, chemioterapia, trattamento riabilitativo per soggetti affetti da AIDS) senza voler escludere altre fattispecie di analoga gravità; si tratta, quindi, di una clausola aperta che consente di ricomprendere nella portata applicativa del beneficio anche altre patologie gravi, purché queste, sulla base di uno specifico giudizio medico, richiedano terapie salvavita; conseguentemente, si esclude che la materia possa essere autonomamente regolamentata dall'ente, in quanto, a parte la mancanza nel CCNL di ogni rinvio alla sede locale, ogni previsione specifica finirebbe per essere inevitabilmente restrittiva.

E' evidente, pertanto, che per poter applicare correttamente e senza apprezzamenti arbitrari la disciplina contrattuale occorre aver ben presente la portata della stessa disciplina e disporre di una documentazione incontestabile.

Sotto il primo aspetto rileviamo che la clausola in esame non riguarda tutte le patologie gravi ma soltanto quelle che richiedono il ricorso a terapie salvavita; quindi i due requisiti devono coesistere e vanno valutati contestualmente. Per gli aspetti di documentazione dobbiamo necessariamente rimettere ogni valutazione di merito al medico curante o alla ASL competente o alla Struttura Convenzionata; segnaliamo, pertanto, la opportunità di suggerire al lavoratore interessato che intende avvalersi della disciplina contrattuale che stiamo esaminando, di produrre una adeguata e chiara certificazione medica da cui, appunto, risulti se l'assenza dal servizio sia dovuta ad una condizione morbosa assimilabile ad una patologia grave che ha richiesto o richiede la effettuazione di terapie salvavita.

Rileviamo, infine, che la clausola contrattuale innovativa è efficace dal 15.9.2000 e non ha decorrenza retroattiva.

4.3 Un dipendente è assente dal servizio ai sensi dell'art. 21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995 (aspettativa non retribuita per ulteriori 18 mesi); come devono essere retribuite eventuali assenze imputabili a gravi patologie o terapie salvavita che intervengano durante questo periodo?

Nella problematica in questione si ritiene che, venendo in considerazione una fattispecie di gravi patologie richiedenti terapie salvavita, anche se il dipendente stia fruendo già del periodo di 18 mesi di aspettativa non retribuita per malattia, non possa non trovare applicazione la disciplina prevista dall'art.21, comma 7, bis del CCNL del 6.7.1995.

Infatti, si tratta di una regolamentazione specifica e speciale in quanto:

- le assenze per gravi patologie che richiedono terapie salvavita sono escluse dal computo del periodo di comportamento; esse, quindi, non influiscono sulla determinazione del rispetto dei limiti temporali massimi di conservazione del posto in caso di malattia del dipendente (art.21, commi 1 e 2, del CCNL del 6.7.1995);
- per tali giornate il dipendente ha diritto a percepire l'intera retribuzione (art.21, comma 7-bis, del CCNL del 6.7.1995). Esse, quindi, non rientrano nel regime retributivo delle diverse fasce temporali in cui è articolato il periodo massimo di conservazione del posto ai fini della determinazione del trattamento economico spettante al dipendente. Pertanto, in presenza di giorni di assenza per malattia rientranti nella

particolare disciplina del citato art.21, comma 7-bis, del CCNL del 6.7.1995, il dipendente ha diritto a percepire sempre l'intera retribuzione prevista dall'art.21, comma 7, lett. a) del CCNL del 6.7.1995, qualunque sia il regime retributivo applicabile allo stesso, ai sensi dell'art.21, comma 7, in conseguenza delle altre assenze per malattia già effettuate. Ad esempio, anche se il dipendente, per le altre assenze per malattia effettuate, si trova nell'ipotesi prevista dall'art.21, comma 7, lett. c) (retribuzione al 50%) e fruisce di un'assenza per malattia riconducibile all'art.10 del CCNL del 14.9.2000 ha diritto ugualmente a beneficiare dell'intera retribuzione prevista dall'art.21, c. 7, lett. a). Ugualmente accade, quindi, anche nell'ipotesi estrema in cui il dipendente si trovi nell'ambito del periodo non retribuito di assenza per malattia previsto dall'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995.

4.4 La disciplina contrattuale prevede un limite per la quantificazione delle assenze imputabili alle patologie gravi o alle terapie salvavita?

Il CCNL non stabilisce alcun limite di durata per le terapie salvavita. Pertanto, tutte le assenze riconducibili alla previsione dell'art.21, comma 7bis del CCNL del 6.7.1995, nel testo modificato dall'art.10 del CCNL del 14.9.2000, devono essere escluse dal computo del cosiddetto periodo di comporta, anche quando le stesse, sommati insieme i rispettivi periodi che siano stati fruiti in maniera frazionata, si protraggano per "diversi mesi" .

4.5 L'ammontare della particolare indennità prevista dall'art. 17, comma 2, lett. i), del CCNL del 1.4.1999 deve essere decurtato anche per i giorni di assenza imputabili all'espletamento delle terapie salvavita? I compensi diretti ad incentivare la produttività, fermo restando il raggiungimento degli obiettivi assegnati e verificati dal sistema di valutazione, devono essere comunque decurtati in ragione delle predette assenze?

Come espressamente stabilito dall'art.17, comma 2, lett. i), del CCNL del 1.4.1999 introdotto dall'art.36 del CCNL del 22.1.2004, ai fini del riconoscimento dei compensi per specifiche responsabilità delle categorie ivi espressamente previste al personale interessato, è sempre necessario il preventivo intervento regolativo della contrattazione decentrata integrativa, non sussistendo diritti dei lavoratori alla percezione di indennità o compensi accessori, né criteri automatici di riconoscimento degli stessi.

Pertanto, sono le parti negoziali a livello decentrato, a dover stabilire i criteri e le condizioni (e non le persone) per la individuazione degli incarichi o delle attività cui possono essere correlati i compensi e per la quantificazione, nel rispetto dei contenuti e delle condizioni stabilite dalla disciplina del CCNL, del relativo ammontare (variabili sino ad un massimo di € 300 annui lordi) nonché la somma complessiva destinata al finanziamento di questa particolare tipologia di trattamento economico accessorio.

In quella stessa sede, le parti procedono, autonomamente, all'individuazione anche delle condizioni e delle modalità di erogazione del suddetto compenso, anche sotto il profilo della eventuale decurtazione in caso di assenza dal servizio, qualunque sia la tipologia della stessa, tenendo conto delle caratteristiche specifiche e delle finalità della stessa, dato che il CCNL non fornisce alcuna indicazione o prescrizione delle modalità di corresponsione.

In proposito, giova ricordare a monte che, per tutti i giorni di assenza connessi alle gravi patologie richiedenti terapia salvavita, in base al disposto del comma 7-bis dell'art.21 del 6.7.1995, il lavoratore ha diritto a percepire sempre l'intera retribuzione prevista dal comma 7, lett.a) del medesimo art.21.

Tale clausola contrattuale prevede che, per i primi nove mesi di assenza per malattia il dipendente, ha diritto all'intera retribuzione fissa mensile, comprese le indennità pensionabili, con esclusione di ogni altro compenso accessorio, comunque denominato.

E' noto che con l'entrata in vigore della Legge n. 335/1995 tutti gli emolumenti corrisposti ai dipendenti sono divenuti pensionabili.

Pertanto, questa particolare garanzia del trattamento economico, in caso di malattia, non si estende, direttamente ed automaticamente, a quelle voci del trattamento accessorio che non sono fisse e che, per la loro intrinseca natura, sono legate esclusivamente alla effettiva prestazione o alla presenza in servizio (ad es. compenso per il lavoro straordinario e le varie indennità di turno, reperibilità, maneggio valori).

L'indennità di cui si tratta, non presentando le caratteristiche di fissità e continuità richieste dalla disciplina contrattuale, come confermato dal fatto che essa non figura tra le voci della retribuzione considerate utili ai fini del trattamento di fine rapporto, ai sensi dell'art.49 del CCNL del 14.9.2000, non può considerarsi rientrante nella garanzia retributiva di cui si è detto.

Tali indicazioni relative alla portata applicativa delle previsioni dell'art.21, comma 7-bis e della garanzia retributiva ivi prevista per i casi di assenza per malattia del personale valgono, evidentemente, anche per i premi ed i compensi accessori connessi ai programmi e ai progetti di produttività.

In proposito, tuttavia, si deve evidenziare che, poiché essi si inseriscono in un sistema di incentivazioni fondato sulla realizzazione degli obiettivi e sulla

valutazione dell'apporto partecipativo individuale e collettivo del personale in relazione agli stessi, non può escludersi la partecipazione del dipendente alla corresponsione di tali emolumenti ove egli abbia comunque contribuito a tali programmi o progetti in relazione, ovviamente, alla qualità e alla quantità di tale sua partecipazione, come valutata dal dirigente.

In materia, è intervenuta anche la espressa disciplina dell'art.5 del CCNL del 31.7.2009.

Sotto il profilo contenutistico, come ampiamente evidenziato nella relazione illustrativa del CCNL del 31.7.2009 predisposta per la certificazione dei costi da parte della Corte dei Conti, tale norma contrattuale, nel ribadire la vigente disciplina in materia di compensi per produttività, contenuta nell'art.37 del CCNL del personale non dirigente del Comparto del 22.1.2004, specifica le regole che presiedono alla decurtazione degli stessi in caso di assenza del dipendente, qualunque sia il titolo delle assenze, ivi comprese, quindi, quelle per malattia e per maternità.

In particolare, si afferma che l'assenza del dipendente, qualunque sia la sua motivazione, non produce di per sé una diretta, immediata e corrispondente decurtazione dei compensi per produttività, ma, a tal fine, occorre, invece, valutare, in un quadro più ampio ed in coerenza con la natura e le caratteristiche di tale componente del trattamento accessorio, la reale incidenza della stessa e cioè le conseguenze che ne sono derivate sotto il profilo della effettiva partecipazione, quantitativa e qualitativa, del dipendente stesso ai progetti e programmi di produttività, e, quindi, al raggiungimento degli obiettivi e dei risultati prefissati che giustificano l'erogazione del compenso.

In tal modo, le parti negoziali hanno riaffermato quelle indicazioni in materia di compensi per produttività ricavabili dalle previsioni dell'art.37 del CCNL del 22.1.2004, secondo le quali i suddetti compensi, previsti dal contratto integrativo dell'ente, possono essere erogati solo in presenza di incrementi effettivi della produttività e di miglioramento quali - quantitativo dei servizi che tale erogazione è possibile solo a conclusione del processo di valutazione periodica dei risultati e delle prestazioni del personale, in relazione al livello di conseguimento degli obiettivi prefissati, come certificati dai servizi di controllo interno.

Come sopra evidenziato, le prescrizioni dell'art.5 del CCNL del 31.7.2009 hanno una portata generale e trovano applicazione, ai fini della determinazione e delle erogazione dei compensi per produttività, in relazione a tutte le diverse ipotesi di assenza del personale, e non solo limitatamente a quelle per malattia. A tal fine, infatti, la clausola contrattuale dispone in modo generico: "In caso di assenza", riconducendo nel suo ambito, accanto a quelle per malattia, comunque tutte le diverse tipologie di assenze: congedi di maternità e parentali, permessi giornalieri, aspettative, ecc.

Pertanto, in presenza comunque di assenze del personale, qualunque sia il titolo delle stesse, gli enti, in sede locale, in applicazione delle discipline in materia di produttività, ai sensi dell'art.37 del CCNL del 22.1.2004, non possono prescindere dall'applicazione del criterio della valutazione dell'effettivo apporto partecipativo al raggiungimento degli obiettivi e dei risultati prefissati che giustificano l'erogazione del compenso.

5. Il periodo di 18 mesi di malattia non retribuita

5.1 Alcune considerazioni sulla possibilità di concedere le ferie anche durante un periodo di assenza non retribuita ai sensi dell'art.21, comma 2, CCNL 6.7.1995.

Nella risposta 5.4 si precisa chiaramente che il periodo di assenza non retribuita di cui all'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995 non è frazionabile. Se è così, non è possibile ipotizzare, in tale periodo, la concessione di ferie, perché questo equivarrebbe ad ammetterne la frazionabilità.

Tra l'altro, la giurisprudenza ha chiarito che:

- "Non sussiste nell'ordinamento un principio generale di convertibilità delle cause di assenza dal lavoro..." - Cassazione civile, sez. lav., 4 giugno 1999, n.5528;
- "La richiesta del lavoratore in malattia di utilizzare un periodo di ferie per il prolungamento dell'assenza al fine di evitare il superamento del periodo di comportamento deve necessariamente precedere la scadenza del periodo di comportamento dato che al momento di detta scadenza il datore di lavoro acquisisce il diritto di recedere ai sensi dell'art.2110 c.c." - Corte appello Torino, 21 settembre 2001-. Quando il lavoratore fruisce dell'assenza non retribuita di cui all'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995 il periodo di comportamento propriamente detto (nel quale sussiste il diritto alla conservazione del posto) è stato già superato;
- "Il lavoratore assente per malattia non ha incondizionata facoltà di sostituire alla malattia la fruizione delle ferie, maturate e non godute, quale titolo della sua assenza, allo scopo di interrompere il decorso del periodo di comportamento, ma il datore di lavoro, di fronte ad una richiesta del lavoratore di conversione dell'assenza per malattie in ferie, e nell'esercitare il potere, conferitogli dalla legge (art. 2109, comma 2, c.c.), di stabilire la collocazione temporale delle ferie nell'ambito annuale armonizzando le esigenze dell'impresa con gli interessi del lavoratore, è tenuto ad una considerazione e ad una valutazione adeguate alla posizione del lavoratore in quanto esposto, appunto, alla perdita del posto di lavoro con la scadenza del comportamento; tuttavia, un tale obbligo del datore di lavoro non è ragionevolmente configurabile allorché il lavoratore abbia la possibilità di fruire e beneficiare di regolamentazioni legali o contrattuali che gli consentano di evitare la risoluzione del rapporto per superamento del periodo di comportamento ed in particolare

quando le parti sociali abbiano convenuto e previsto, a tal fine, il collocamento in aspettativa, pur non retribuita." (Cassazione civile, sez. lav., 9 aprile 2003, n.5521).

Quanto sopra sembra escludere, nel caso di specie, sia il diritto del dipendente alle ferie sia la stessa possibilità di accordargliele.

Tuttavia, se proprio si vuole ammettere la possibilità di accordare ferie durante il periodo di assenza non retribuita di cui all'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995, occorre prestare molta attenzione e considerare quanto segue:

- pur affermando l'infrazionabilità del periodo, l'Aran ha sempre ammesso la possibilità di un rientro in servizio del lavoratore prima della scadenza dei 18 mesi non retribuiti, previo accertamento delle sue condizioni di salute; in tal caso, se il dipendente, dopo aver ripreso servizio, si assenta nuovamente per malattia si effettua il conteggio delle assenze per malattia come per tutti gli altri lavoratori, computando tutte le assenze intervenute nei tre anni precedenti;
- tale ricostruzione sembra coerente con le indicazioni della giurisprudenza, secondo la quale "nel caso di comporta per sommatoria - dove, in base al computo a scorrimento, il periodo di comporta è mobile - deve considerarsi legittimo il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporta anche quando il lavoratore, già ammesso a fruire di un periodo di aspettativa non retribuita, riprenda servizio per un certo periodo di tempo e si assenti poi per malattia, venendosi così a trovare di nuovo in una situazione di superamento del comporta" (Pretura Milano, 19 gennaio 1999);
- pur trattandosi di un'ipotesi decisamente anomala (e da evitare perché pericolosa), si potrebbe ipotizzare lo stesso identico effetto in caso di concessione di ferie durante il periodo di assenza non retribuita di cui all'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995. Una diversa soluzione, e, in particolare, quella di ritenere che parta un nuovo periodo di comporta con azzeramento di tutte le assenze precedenti (è la soluzione ipotizzata dall'Aran nel diverso caso dell'ente che abbia rinunciato alla facoltà di recesso), si presterebbe a facili "raggiri" e sembra di eccessivo vantaggio per il dipendente che, attraverso una semplice ed apparentemente innocua richiesta di ferie, potrebbe azzerare d'un colpo tutta la malattia precedente. Tale ultima soluzione si potrebbe giustificare solo ammettendo che la concessione di ferie equivalga ad una vera e propria rinuncia al diritto di recesso per fatti concludenti. "Il carattere di tempestività del licenziamento intimato per superamento del periodo di comporta - il cui onere probatorio ricade sul datore di lavoro - non può consistere in un dato meramente cronologico ... ma va delibato caso per caso dal giudice del merito, con riferimento all'intero contesto delle circostanze significative, le quali assumono rilievo al fine del giudizio in

ordine all'assolvimento da parte del giudice di merito dell'obbligo di motivazione circa la tempestività del recesso. (Nella specie la S.C. ha cassato la pronuncia del giudice del merito ritenendo che la stessa non si sottraeva alla censura di contraddittorietà per aver affermato la tempestività del licenziamento per superamento del periodo di comporto, intimato al lavoratore dopo il rientro in servizio e la concessione delle ferie)- Cassazione civile, sez. lav., 29 luglio 1999, n.8235.

5.2 L'art. 21, comma 3, del CCNL del 6.7.1995 prevede che, su richiesta del dipendente, si possa procedere all'accertamento delle sue condizioni di salute al fine di concedere l'ulteriore periodo di assenza. Può l'ente attivare autonomamente l'accertamento?

L'art. 21, comma 3, del CCNL del 6.7.1995 prevede la verifica delle condizioni di salute solo a richiesta del dipendente, quando questi abbia 'esigenza di avvalersi dell'ulteriore periodo di 18 mesi di assenza non retribuita. E' da ritenere che, nell'ambito dei principi generali stabiliti anche dal codice civile, sulla esigenze di tutela delle prioritarie necessità organizzative che fanno carico alle responsabilità del datore di lavoro e avuto riguardo ai criteri di correttezza e buona fede che devono sempre contraddistinguere i rapporti negoziali, non possa essere esclusa un'autonoma iniziativa dell'ente in questa specifica e delicata materia.

Possono, infatti, presentarsi situazioni che, per loro natura, fanno emergere, utilizzando il normale buon senso e l'ordinaria capacità di giudizio dei soggetti responsabili secondo l'ordinamento vigente, fondate perplessità in ordine alla effettiva idoneità del lavoratore alle mansioni cui è addetto.

Nell'interesse, quindi, del buon andamento complessivo dei servizi, ma anche per un doveroso atteggiamento di tutela per l'incolumità psico-fisica del soggetto, l'ente in presenza di specifiche e significative informazioni, potrebbe attivare autonomamente il procedimento di accertamento sanitario.

Resta il problema di come possano essere ricavate "specifiche significative informazioni". A tal riguardo riteniamo possano concorrere notizie, documenti, comportamenti o indizi anche indiretti che un datore di lavoro sensibile, attento e responsabile avrà cura di esaminare e di apprezzare, al fine di ricavarne il convincimento sulla esigenza di un'iniziativa unilaterale.

5.3 L'ente può richiedere la visita medica prima del decorso dei 18 mesi?

La visita medica per il mutamento di mansioni o per l'accertamento delle inidoneità assoluta a qualsiasi proficuo lavoro non può essere chiesta dalla amministrazione prima del decorso dei 18 mesi perché il CCNL del 6.7.1995 ha dettato norme in favore del lavoratore. L'anticipazione può, invece, essere richiesta dal lavoratore.

Resta fermo quanto già chiarito nella risposta precedente 5.2

5.4 Il periodo di 18 mesi di assenza per malattia non retribuita previsto dall'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995 è frazionabile?

L'espressione utilizzata dall'art.21, comma 2, del CCNL " ... un ulteriore periodo di 18 mesi ..." non consente frazionamenti. Ciò non significa, però, che il lavoratore, in caso di guarigione intervenuta prima del diciottesimo mese, non possa riprendere servizio previo accertamento delle sue condizioni di salute. Nell'ipotesi in cui il dipendente, dopo aver ripreso servizio, si assenti nuovamente per malattia, torneranno ad applicarsi le regole generali previste dall'art.21 del CCNL, sia al fine di stabilire il superamento del periodo di comporta, sia al fine di stabilire il trattamento economico della nuova assenza (si rinvia, per l'applicazione, agli esempi illustrati nella tabella allegata al CCNL integrativo del 13.5.1996, pubblicato sulla G. U. del 6.6.1996).

5.5 Il certificato medico deve essere presentato anche nel caso di prosecuzione della malattia? Anche quando il lavoratore richiede di fruire dei 18 mesi di assenza non retribuita? Deve essere sempre concesso il periodo di assenza non retribuita? Cosa accade se il datore di lavoro non recede dal rapporto a seguito della scadenza del periodo di comporta?

Il certificato medico sicuramente deve essere presentato anche nel caso di prosecuzione della malattia.

La certificazione medica, infatti, assolve ad una duplice funzione, anche a tutela dell'interesse del lavoratore: comprovare lo stato di malattia e legittimare l'assenza del lavoratore ed al tempo stesso informare il datore di lavoro sulla causa dell'assenza e sulla durata della stessa, al fine dell'adozione delle conseguenti misure organizzative.

Pertanto, poiché l'art.21, comma 8, del CCNL del 6.7.1995, non distingue espressamente tra caso di inizio della malattia e prosecuzione della stessa con riferimento alla certificazione della malattia, non è vi è alcuna ragione giuridica o interpretativa per ritenere che nel secondo caso l'obbligo della certificazione non sussista. A tal fine bisogna considerare che la prosecuzione della malattia integra sempre un nuovo periodo di assenza che comincia nel momento stesso in cui cessa quello precedente, che già ha trovato la sua giustificazione nel certificato medico a suo tempo inviato al datore di lavoro, e che, quindi, non può non essere giustificata con un nuovo certificato. Inoltre, occorre ricordare che possono trovare applicazione anche nel caso della prosecuzione le previsioni in materia di controllo della malattia di cui all'art.21, comma 10, del CCNL del 6.7.1995.

Analoghe considerazioni valgono anche nel caso in cui il lavoratore richieda la fruizione di un ulteriore periodo di assenza non retribuito quando il limite massimo di conservazione del posto è stato ormai superato ed il datore di lavoro ha ormai riacquisito il diritto a recedere dal rapporto di lavoro, ai sensi dell'art.2110 del codice civile.

La certificazione medica di cui si è detto (e che occorre sempre in occasione di ogni malattia) è cosa diversa dall'accertamento delle condizioni di salute del lavoratore di cui all'art.21, comma 3, del CCNL del 6.7.1995. Infatti, il lavoratore nel momento in cui richiede il prolungamento dell'assenza per malattia per un ulteriore periodo di 18 mesi non retribuito (art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995), deve sicuramente inviare la certificazione medica della sussistenza della malattia che giustifica tale richiesta ed al tempo stesso deve, nel suo esclusivo interesse, richiedere all'ente di accertare, tramite la competente ASL, la sussistenza di eventuali cause di assoluta e permanente inidoneità fisica a svolgere qualunque proficuo lavoro. Tale ultimo accertamento è quindi prevalentemente rivolto alla verifica della sussistenza o meno di tali cause di assoluta e permanente inidoneità ad ogni proficuo lavoro e si pone su un piano diverso rispetto alla certificazione inviata per giustificare il prolungamento della malattia, anche sotto il profilo del soggetto abilitato al rilascio. Il "deve" e il riferimento al "suo esclusivo interesse" si giustificano agevolmente.

Infatti, conclusosi il periodo di comportamento stabilito dall'art.21, comma 1, del CCNL del 6.7.1995, viene meno il divieto di licenziamento del lavoratore per malattia ed il datore di lavoro pubblico può procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro, adducendo a giustificazione solo e soltanto la circostanza dell'avvenuto superamento del periodo massimo di conservazione del posto. Al fine di evitare la risoluzione del rapporto, superato il periodo massimo di conservazione del posto, previo accertamento delle condizioni di salute e su richiesta del lavoratore, l'ente può concedere al lavoratore la possibilità di assentarsi per un ulteriore periodo di 18 mesi, sia pure non retribuito.

Non sussiste per il lavoratore un diritto soggettivo alla concessione. Infatti, l'espressione utilizzata "può essere concesso" lascia chiaramente intendere che si è in presenza di un potere discrezionale dell'ente, che lo eserciterà tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti nella vicenda: quelli sicuramente preminenti dell'ente, connessi alle proprie esigenze organizzative e funzionali, e quello del lavoratore ammalato di essere agevolato ai fini di un suo eventuale recupero al lavoro. A tal fine acquista sicuro rilievo la valutazione delle possibilità di recupero del lavoratore derivante dall'accertamento previsto dal citato comma 3, dell'art.21 del CCNL del 6.7.1995.

Se, infatti, il lavoratore viene dichiarato assolutamente inidoneo a qualunque proficuo lavoro, l'ente non concede, evidentemente, l'ulteriore periodo di assenza non retribuita, in quanto non sussistendo più possibilità di recupero al lavoro del dipendente non ha alcuna utilità la prosecuzione del rapporto di lavoro. In tal caso, al lavoratore, proprio sulla base dell'accertamento effettuato, si applicheranno eventualmente le disposizioni di legge, anche di carattere previdenziale, vigenti tra cui anche quelle che in materia sono state introdotte dalla recente Legge n.68/1999. In mancanza di tale dichiarazione di assoluta inidoneità, l'esito dell'accertamento costituisce sicuramente un utile elemento di valutazione che l'ente dovrà considerare ai fini dell'eventuale concessione dell'aspettativa.

E' chiaro, allora, l'interesse del lavoratore a chiedere l'accertamento di cui si tratta. Ove manchi la richiesta del dipendente, esso non potrà essere disposto autonomamente dell'ente, in quanto la formulazione della clausola contrattuale non lo consente. Pertanto, l'ente valuterà la possibile concessione dell'ulteriore periodo di assenza non retribuito solo sulla base degli altri elementi di giudizio in suo possesso, tra cui anche la certificazione medica inviata dal dipendente (con particolare riferimento alla prognosi in essa contenuta), e, ove ritenga prevalenti i propri interessi organizzativi e funzionali, non concede l'aspettativa e procede alla risoluzione del rapporto di lavoro.

Per completezza informativa, dobbiamo richiamare l'attenzione sull'opportunità che le decisioni dell'ente, relativamente alla conservazione o meno del rapporto di lavoro (anche attraverso la concessione dell'ulteriore periodo di assenza non retribuito) siano adottate nel più breve tempo possibile, ove sia stato già superato il periodo massimo di conservazione del posto (si tratta dei 18 mesi previsti dall'art.21, comma 1, del CCNL del 6.7.1995).

Infatti, in tale ultimo caso, secondo la giurisprudenza ormai consolidatasi in materia, il licenziamento deve essere tempestivo nel senso che non deve intervenire dopo un intervallo di tempo eccessivamente lungo rispetto al momento del superamento del periodo massimo di conservazione del posto, durante il quale può anche accadere che il dipendente torni al lavoro. In tale ultima ipotesi, il comportamento del datore di lavoro, con il mancato esercizio della facoltà di recesso e la riammissione in servizio del dipendente, può

valere, nel quadro generale delle circostanze del caso, come rinuncia al diritto di risolvere il rapporto di lavoro. Tale rinuncia non è configurabile solo quando, nell'intervallo tra il superamento del periodo di conservazione ed il licenziamento, il lavoratore non abbia ripreso il lavoro oppure quando le assenze intermittenti siano continuate in modo tale da potersi ritenere che egli non abbia mai ripreso il lavoro (Cass.4.12.1989 n.3555).

La rinuncia espressa o tacita del datore di lavoro alla facoltà di recedere dal rapporto per avvenuto superamento del periodo massimo di conservazione del posto comporta rilevanti conseguenze. Infatti secondo la Corte di Cassazione (Cass.4.12.1986, n.7201): "...chiuso un periodo caratterizzato dal superamento del periodo, non seguito da licenziamento, se ne apre un altro di uguale entità, nel quale rientrano gli eventi morbosi verificatisi dopo la chiusura, senza effetti rescissori, del precedente periodo.....".

5.6 Il dipendente assente per malattia ha un vero e proprio diritto soggettivo all'ulteriore periodo di assenza previsto dall'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995? In caso negativo, quand'è che l'amministrazione può legittimamente rifiutarglielo?

Una volta concluso il periodo di comporta stabilito dall'art.21, comma 1, del CCNL del 6.7.1995, viene meno il divieto di licenziamento del lavoratore per malattia ed il datore di lavoro pubblico può procedere alla risoluzione del rapporto ai sensi dell'art.2110 del codice civile, adducendo a giustificazione soltanto la circostanza dell'avvenuto superamento del periodo massimo di conservazione del posto.

Tuttavia, ai sensi dell'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995, l'ente può concedere, al lavoratore che ne faccia richiesta, la possibilità di assentarsi per un ulteriore periodo non retribuito di 18 mesi.

Il lavoratore non ha un diritto soggettivo alla concessione di tale ulteriore periodo di assenza. Infatti, l'espressione "può essere concesso" lascia chiaramente intendere che si è in presenza di un potere discrezionale dell'ente, che lo eserciterà tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti nella vicenda: quelli connessi alle sue esigenze organizzative e funzionali e quello del lavoratore ammalato di essere agevolato ai fini di un suo eventuale recupero al lavoro.

A tal fine acquista sicuro rilievo la valutazione delle possibilità di recupero del lavoratore derivante dall'accertamento previsto dal comma 3, del citato art.21 del CCNL del 6.7.1995, che comunque non ha carattere vincolante per la decisione finale dell'ente; in altri termini, la concessione del periodo di assenza non retribuita prevista dall'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995 presuppone l'esistenza di una seppur minima possibilità di recuperare il

dipendente all'attività lavorativa, da accertare ai sensi dello stesso art.21, comma 3.

Per completezza informativa, dobbiamo richiamare l'attenzione sull'opportunità che le decisioni dell'ente, relativamente alla conservazione o meno del rapporto di lavoro (anche attraverso la concessione dell'ulteriore periodo di assenza non retribuito) siano adottate nel più breve tempo possibile, ove sia stato già superato il periodo massimo di conservazione del posto (si tratta dei 18 mesi previsti dall'art.21, comma 1, del CCNL del 6.7.1995) perché il ritardo può valere come rinuncia tacita al diritto di risolvere il rapporto di lavoro.

La rinuncia espressa o tacita del datore di lavoro alla facoltà di recedere dal rapporto per avvenuto superamento del periodo massimo di conservazione del posto comporta rilevanti conseguenze. Infatti secondo la Corte di Cassazione (Cass.4.12.1986, n.7201): ".....chiuso un periodo caratterizzato dal superamento del periodo, non seguito da licenziamento, se ne apre un altro di uguale entità, nel quale rientrano gli eventi morbosi verificatisi dopo la chiusura, senza effetti rescissori, del precedente periodo

6. Impiego in mansioni diverse anche della categoria inferiore

6.1 Qual è il trattamento economico da riconoscere ad un dipendente della categoria D inquadrato nella categoria C a seguito di accertamento di inidoneità fisica alle mansioni del profilo di appartenenza? Nel caso di rinnovi contrattuali dovrà seguire la dinamica salariale della categoria di provenienza (D) oppure quella di nuovo inquadramento? Le tariffe del salario accessorio (lavoro straordinario, turno, ecc.) devono essere quelle della categoria D o quelle della categoria C? Eventuali progressioni economiche dovranno essere calcolate ed applicate sulla categoria D oppure sulla categoria C?

Come già evidenziato negli orientamenti applicativi 6.6 e 6.5, per il caso di assegnazione del lavoratore (con il consenso dello stesso) a mansioni proprie di un profilo ascritta a categoria inferiore a quella di inquadramento, ai sensi dell'art.21, comma 4, del CCNL del 6.7.1995, come sostituito dall'art.10, comma 2, del CCNL del 14.9.2000, trova applicazione la disciplina dell'art.4, comma 4, della Legge n.68/1999.

Sulla base di tale regolamentazione sembra doversi escludere che al lavoratore debba essere riconosciuto solo un assegno *ad personam* di importo pari alla differenza tra la il precedente inquadramento nella categoria D e quello nuovo in profili della categoria C.

L'espressione utilizzata nel citato art. 4, comma 4, della Legge n.68/1999, secondo la quale "nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi (i lavoratori) hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza" sembrerebbe tendere a garantire al lavoratore una protezione ben più ampia e stabile di quella indicata dal precedente CCNL del 6.7.1995.

Il legislatore, infatti, non ha fatto alcun riferimento alla attribuzione, *una tantum*, di un assegno *ad personam*, per la conservazione del trattamento acquisito alla data del mutamento della posizione giuridica, ma ha affermato chiaramente il diritto alla conservazione "stabile" del più elevato trattamento correlato alla pregressa posizione.

In altri termini si avrebbe questa situazione: il lavoratore inabile viene riclassificato in mansioni "inferiori" ma conserva, anche per il futuro il diritto a percepire il trattamento economico delle mansioni dismesse.

Ciò comporterebbe la necessità di continuare a fare riferimento al trattamento economico della categoria D, nonostante la nuova collocazione nella categoria C (ai fini: degli incrementi stipendiali, degli istituti del trattamento economico accessorio, ecc.).

Ne dovrebbe conseguire anche, ad esempio, che, in caso di progressione economica orizzontale, il lavoratore riclassificato dovrebbe conseguire un miglioramento economico come se permanesse ancora la sua collocazione nella superiore categoria D.

Tuttavia, una tale opzione potrebbe risultare non compatibile con le vigenti disposizioni contrattuali in materia.

Infatti, la progressione economica nella categoria disciplinata dall'art.5 del CCNL del 31.3.1999 ha carattere selettivo e meritocratico e si fonda su una valutazione delle prestazioni e dei risultati conseguiti dal dipendente nello svolgimento dei compiti propri della categoria di inquadramento. Nel caso in esame, non solo il dipendente non è più formalmente inquadrato nella categoria D, ma non svolge neppure mansioni ascritte a tale categoria e quindi non può essere valutato in riferimento ad esse.

Inoltre, non sembra possibile neppure attribuire al lavoratore una posizione economica di sviluppo per effetto di progressione all'interno della categoria C, perché egli, pur essendo stato formalmente inquadrato in tale categoria e pur svolgendo le relative mansioni, conserva il trattamento economico della categoria (superiore) di provenienza (la D) e, quindi, dovrebbe semmai beneficiare della progressione in categoria C (che però, come già detto, non è possibile).

Per superare queste difficoltà, si dovrebbe poter sostenere che l'art.4, comma 4, della Legge n.68/1999, nella parte in cui prevede la conservazione del trattamento economico della categoria superiore, si riferisce indistintamente a tutte le sue possibili componenti, comprese quelle acquisibili a seguito di processi di valutazione delle prestazioni e dei risultati.

Si dovrebbe affermare, in altri termini, che la garanzia prevista dal citato art.4, comma 4 si applica a prescindere dalle "regole" che disciplinano le singole voci del trattamento economico.

Non spetta all'Aran, però, pronunciarsi su questioni interpretative di norme di legge, perché, ai sensi dell'art.46, comma 1, del D.Lgs.n.165/2001, l'attività di assistenza della stessa è limitata esclusivamente alla formulazione di orientamenti volti a garantire l'uniforme applicazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro.

In proposito, si deve anche evidenziare che, l'art.42 del D.Lgs.n.81/2008, come modificato ed integrato dall'art. 27 del D. Lgs n. 106/2009, ha ribadito, poi, le previsioni dell'art.4, comma 4, della legge n.68/1999, prevedendo: " 1. *Il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, 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".*

Poiché trattasi di una problematica indubbiamente rilevante ed attinente alla definizione della effettiva portata di specifiche disposizioni legislative, più specifiche informazioni potranno essere solo dal Dipartimento della Funzione Pubblica, istituzionalmente competente per l'interpretazione delle norme di legge concernenti il rapporto di lavoro pubblico.

6.2 Nel caso in cui alcune educatrici di asilo nido, a seguito di dichiarazione di inidoneità permanente alle proprie mansioni, richiedano ed ottengano la modifica del profilo posseduto, con acquisizione di un profilo amministrativo della medesima categoria e con conseguente svolgimento di attività presso altri uffici amministrativi dell'ente, alle stesse deve essere conservata l'indennità di cui all'art.37, comma 1, lett.c.) del CCNL del 6.7.1995? Tale indennità deve essere ulteriormente corrisposta ad una educatrice di asilo nido, trasferita per mobilità interna dall'asilo nido ad altro ufficio dell'ente, con conseguente modifica del profilo professionale?

L'indennità prevista dall'art.37, comma 1, lett.c), del CCNL del 6.7.1995 per il personale degli asili nido si collega a precisi contenuti della prestazione lavorativa al personale educativo degli asili nido: deve trattarsi di personale addetto esclusivamente e permanentemente all'attività educativa.

Tale disciplina trova conferma e ulteriore valenza nella qualificazione della suddetta indennità come "professionale", ai sensi dell'art.31, comma 7, del CCNL del 14.9.2000.

In tal modo si è sottolineato che essa è legata alle specifiche mansioni (le attività educative) che in generale caratterizzano il profilo professionale del personale educativo e per lo svolgimento delle quali questi viene assunto.

Pertanto, ordinariamente, tale compenso non può non essere erogato che al solo personale che, in possesso del profilo di educatore di asilo nido (ai sensi dell'Allegato A al CCNL del 31.3.1999), svolga, esclusivamente e permanentemente, attività educative.

Conseguentemente, si ritiene che, nel caso del dipendente che, a seguito di processi di mobilità interna di natura volontaria (richiesta cioè dal dipendente in relazione ad un proprio specifico interesse), non risulti più inquadrato nel profilo di educatore e non svolga più attività educativa, il trattamento economico, anche accessorio, da riconoscere al lavoratore sia esclusivamente quello collegato al nuovo profilo assegnato, con il conseguente venire meno dell'indennità di cui si tratta.

Ad analoghe conclusioni si deve pervenire anche nel caso in cui il lavoratore muti il profilo professionale per effetto di inquadramento in diversa categoria, conseguente a progressione di carriera (prima progressione verticale, ai sensi dell'art.4 del CCNL del 31.3.1999; oggi, concorso pubblico con riserva a favore del personale già in servizio, ai sensi dell'art.62. del D.Lgs.n.150/2009).

In tal caso allo stesso spetterà esclusivamente il trattamento economico accessorio connesso al nuovo profilo acquisito.

Infatti, per tale situazione, nessuna disposizione legale o contrattuale, dispone la garanzia della conservazione del trattamento economico accessorio (indennità, ecc.) in godimento nell'ambito del pregresso inquadramento.

Si ritiene, invece, sulla base delle vigenti fonti legislative della prassi giurisprudenziale consolidatasi in materia, che non possa essere negato il beneficio della conservazione del trattamento economico, in godimento nell'ambito del profilo originariamente attribuito, anche con riferimento ai compensi ed alle indennità specifiche del trattamento accessorio (come l'indennità dell'art.37, comma 1, lett.c), del CCNL del 6.7.1995 e successive modificazioni e integrazioni), in quei casi in cui questa specifica garanzia è espressamente prevista dalla legge o dal contratto collettivo nazionale di lavoro.

Una ipotesi, ad esempio, è quella di assegnazione unilaterale del dipendente ad altre mansioni equivalenti nell'ambito della categoria, ad iniziativa cioè del solo datore di lavoro nell'esercizio del suo ius variandi, ai sensi dell'art.52 del D.Lgs.n.165/2001, dell'art.2103 del codice civile e dell'art.3 del CCNL del 31.3.1999.

Altro caso è quello in cui l'assegnazione ad altre mansioni si ricolleggi alla sopravvenuta inidoneità per motivi di salute del lavoratore alle mansioni del profilo posseduto, ai sensi dell'art.21, comma 4, del CCNL del 6.7.1995 (nel rispetto delle previsioni ivi contenute in ordine ai necessari accertamenti sanitari), nel testo riformulato dall'art.10 del CCNL del 14.9.2000, e dell'art.4, comma 4, della Legge n.68/1999, che prevede la "... conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza".

L'art.42 del D.Lgs.n.81/2008, come modificato ed integrato dall'art. 27 del D.Lgs n. 106/2009, ha, poi, ulteriormente ribadito le previsioni dell'art.4, comma 4, della Legge n.68/1999, prevedendo: " 1. Il datore di lavoro, anche

in considerazione di quanto disposto dalla Legge 12 marzo 1999, n. 68, 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.".

Pertanto, nel caso di assegnazione della lavoratrice ad altro profilo, a seguito di dichiarazione di assoluta e permanente inidoneità allo svolgimento delle mansioni di educatrice di asilo nido, nell'ambito della garanzia retributiva di cui al citato art.4, comma 4, della Legge n.68/1999 , dovrebbe essere mantenuta anche l'indennità di cui all'art.37, comma 1, lett.c) del CCNL del 6.7.1995.

6.3 In caso di mutamento di profilo dovuto ad inidoneità fisica, il personale della polizia municipale conserva le indennità previste dall'art.37, comma 1, lett. b) del CCNL del 6.7.1995 e successive modifiche?

Siamo del parere che, in caso di mutamento del profilo professionale del personale della polizia municipale dovuto ad inidoneità fisica, i lavoratori abbiano diritto alla conservazione della sola indennità "professionale" prevista, per tutto il personale della vigilanza (indipendentemente dalle funzioni svolte), dall'art.37, comma 1, lettera b) secondo periodo, del CCNL del 6.7.1995 e successive modifiche ed integrazioni; gli stessi lavoratori non hanno diritto, invece, alla conservazione dell'indennità prevista dal citato art.37 per l'esercizio delle funzioni di cui alla Legge n.65/1986.

6.4 Un dipendente è stato a suo tempo riclassificato in qualifica inferiore per inidoneità fisica ai sensi dell'art.11 del DPR n.347/83, non essendo possibile, per mancanza di posti, utilizzarlo in altre mansioni ascrivibili alla sua qualifica di inquadramento. Lo stesso dipendente, a seguito di progressione verticale, è stato ora reinquadrato nella categoria corrispondente alla qualifica superiore originariamente posseduta. La differenza di retribuzione tra le due qualifiche, computata nel maturato per anzianità ai sensi dell'art.27, comma 2, del DPR n.347/83 si conserva o viene riassorbita?

Preliminarmente, è il caso di evidenziare che, in vigenza dell'art.11 del DPR n.347/83, il dipendente è stato riclassificato in qualifica inferiore perché, nonostante fosse inidoneo solo allo svolgimento delle mansioni del proprio

profilo professionale, non sussistevano, nella sua qualifica di inquadramento, altri posti disponibili (di diverso profilo professionale). In altri termini, il dipendente non era assolutamente idoneo allo svolgimento delle mansioni proprie della sua qualifica di provenienza e questo spiega come sia oggi possibile il suo reinquadramento nella categoria corrispondente a tale qualifica.

L'art.27, comma 2, del DPR n.347/83, prevedeva che "in caso di inquadramento a qualifica funzionale inferiore per idoneità fisica, in relazione a quanto previsto dal precedente art. 11, la differenza di retribuzione tra le due qualifiche sarà computata nel maturato per anzianità. Detta differenza sarà utilizzata a conguaglio nel caso di successivo passaggio a qualifica funzionale superiore."

Tale disposizione mirava, da un lato, a non penalizzare eccessivamente il dipendente che, per ragioni di salute, si trovasse costretto a subire un declassamento; dall'altro, si preoccupava di evitare che in caso di reinquadramento dello stesso dipendente nella qualifica di provenienza questi avesse un trattamento economico migliore rispetto agli altri dipendenti della stessa qualifica. In sostanza, la norma affermava il principio che in caso di reinquadramento nella qualifica di provenienza il dipendente aveva diritto a vedersi riconosciuto solo il trattamento economico previsto per tale qualifica, senza alcuna maggiorazione.

Sia l'art.11 sia l'art.27 del DPR n.347/83 non sono, però, più applicabili, in virtù dell'art. 69, comma 1, ultimo periodo, del D.Lgs.n.165/2001.

La materia è oggi disciplinata dall'art.21 del CCNL del 6.7.1995 e dall'art.4 della Legge n.68/99.

L'art. 21, comma 4, del CCNL del 6.7.1995 e successive modificazioni stabilisce che in caso di utilizzo del dipendente idoneo allo svolgimento delle mansioni proprie del profilo professionale rivestito in mansioni ascritte alla qualifica inferiore debba trovare applicazione l'art. 4, comma 4, della Legge n.68/99 secondo il quale il dipendente ha "...diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza".

In apparenza, nulla si prevede per l'ipotesi in cui il dipendente torni successivamente ad essere utilizzato in mansioni proprie della categoria di provenienza (superiore).

Tuttavia, riteniamo che il problema possa agevolmente essere risolto secondo i consueti canoni della ragionevolezza e della buona fede. La ratio di tali disposizioni, non diversamente da quelle del DPR n.347/83 sopra esaminate e non più applicabili, è, ancora una volta, quella di non penalizzare il dipendente che, per ragioni di salute, si trovi costretto a subire una dequalificazione professionale (eccezionalmente consentita in tale ipotesi); non a caso la Legge n.68/99 parla, genericamente, di conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza; sicuramente, si può confermare

che anche tale disciplina non ha lo scopo di preconstituire una incomprensibile posizione di vantaggio per il lavoratore nel caso egli sia successivamente riutilizzato nelle mansioni proprie della categoria di provenienza (superiore).

Pertanto, sembra ragionevole concludere che anche in base alle nuove disposizioni, come nell'ipotesi in cui fossero state ancora applicabili le disposizioni del DPR n.347/83, il lavoratore che torna ad essere utilizzato nelle mansioni proprie della categoria di provenienza (superiore) non ha diritto a particolari privilegi: egli percepirà il trattamento economico previsto per la categoria superiore dalla quale proveniva senza alcuna maggiorazione (comunque denominata).

Se così è, la soluzione è estremamente semplice: non importa che, nel frattempo, sia intervenuta la disapplicazione dell'art.27 del DPR n.347/83; come pure non ha alcuna rilevanza il fatto che il trattamento economico della qualifica superiore di provenienza sia stato conservato nella RIA; sia in base alle vecchie norme, sia in base alle nuove, il dipendente non potrebbe oggi percepire un trattamento complessivamente superiore a quello previsto per la "nuova categoria" di inquadramento (corrispondente alla qualifica superiore dalla quale proveniva).

6.5 In caso di applicazione dell'art.21, comma 4, del CCNL del 6.7.1995 (e successive modifiche) e di conseguente utilizzazione del dipendente in mansioni proprie di profilo professionale ascritto a categoria inferiore, come deve applicarsi la previsione dell'art. 4, comma 4, della Legge n.68/1999?

L'art.21, comma 4, del CCNL del 14.9.2000, nel testo riformulato dall'art.10 del CCNL del 14.9.2000, consente di utilizzare il dipendente in mansioni proprie di profilo professionale ascritto a categoria inferiore e stabilisce che in tal caso debba trovare applicazione l'art.4, comma 4, della Legge n.68/1999, che prevede la "... conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza".

Nel vostro caso, l'applicazione di tale disciplina comporta la possibilità di utilizzare la dipendente in mansioni proprie di profilo professionale ascritto alla categoria A ma le dovrà essere mantenuto l'intero trattamento economico della categoria di provenienza con la conservazione, quindi, anche delle regole che lo disciplinano nel tempo, sia per il trattamento fondamentale che accessorio.

Non è corretto, dunque, procedere all'attribuzione di un semplice assegno personale, come da voi ipotizzato.

Per quanto riguarda, infine, il quesito sull'applicabilità del beneficio previsto dall'art. 4, comma 4, della Legge n.68/1999 ai casi verificatisi prima della

sottoscrizione del CCNL del 14.9.2000, riteniamo che detto beneficio possa essere applicato a tutti i casi successivi all'entrata in vigore della Legge n.68/99, anche se antecedenti la stipulazione del CCNL 14.9.2000.

6.6 In caso di riclassificazione nella categoria inferiore per inidoneità fisica ai sensi dell'art.21, comma 4, del CCNL del 6.7.1995 e successive modifiche, qual' è il trattamento economico da corrispondere al dipendente? Si può attribuire un assegno personale?

Il trattamento economico del personale che per inidoneità fisica è stato riclassificato nella categoria inferiore è disciplinato dall'art.21, comma 4, del CCNL del 6.7.1995, nel testo riformulato dall'art.10, comma 2, del CCNL del 14.9.200; per tale fattispecie, pertanto, deve trovare applicazione la disciplina dell'art.4, comma 4, della Legge n. 68 del 1999, che prescrive la conservazione del trattamento economico della categoria di provenienza; nel caso in esame, pertanto, non sembra corretta la attribuzione di un semplice assegno personale; di conseguenza, poiché il lavoratore aveva diritto alla conservazione del trattamento economico della superiore categoria di provenienza, tale trattamento continua ad essere erogato anche in caso di nuova riclassificazione nella medesima categoria.

6.7 Nel caso in cui peggiorino ulteriormente le condizioni di salute di una dipendente già inquadrata nella categoria immediatamente inferiore a quella di provenienza in applicazione dell'art. 21, comma 4, del CCNL del 6.7.1995, è legittimo disporre d'ufficio un nuovo accertamento della sua idoneità al lavoro?

Nel caso in cui l'aggravamento delle condizioni di salute della dipendente risulti da una certificazione medica comunque giunta in possesso dell'amministrazione, riteniamo che l'accertamento della idoneità al lavoro sia legittimo.

7. Conversione di malattia in altre assenze o di altre assenze in malattia

7.1 Un dipendente chiede di fruire di un giorno di ferie in data 10 aprile. Il giorno 9 si assenta per malattia, presentando un certificato medico con una prognosi di due giorni (i giorni 9 e 10). In questa ipotesi, la domanda di ferie deve considerarsi implicitamente annullata oppure il giorno di ferie deve essere computato ugualmente?

L'avviso della scrivente Agenzia è nel senso che l'insorgere della malattia prima del godimento di un giorno di ferie, regolarmente richiesto ed autorizzato dal datore di lavoro pubblico, prevale comunque sull'altra tipologia di assenza.

Per effetto della malattia, quindi, a partire dal giorno indicato sul certificato medico e per la durata ivi indicata, il lavoratore si deve considerare solo in malattia.

L'imputazione della assenza a malattia determina, conseguentemente, la mancata fruizione del giorno di ferie, che potrà essere goduto successivamente, sempre previa formulazione di una nuova richiesta all'ente.

7.2 Se un lavoratore si ammala nel giorno della settimana preventivamente stabilito per il recupero compensativo della giornata di riposo settimanale a suo tempo non goduta, ai sensi dell'art.24, comma 1, del CCNL del 14.9.2000, lo stesso ha diritto ad un ulteriore spostamento della giornata di riposo da recuperare o questa viene assorbita, come normalmente accade per i riposi settimanali, dalla malattia?

Relativamente a tale particolare problematica, si ritiene utile fornire i seguenti elementi di valutazione:

1. la giornata di riposo settimanale è un diritto irrinunciabile dei lavoratori e corrisponde al settimo giorno della settimana lavorativa, di regola la domenica; tale diritto è rafforzato anche dal D.Lgs.n.66/2003;
2. pertanto, il lavoro ordinario settimanale può essere articolato al massimo su sei giorni lavorativi e non su sette, infatti il settimo giorno, deve essere necessariamente considerato come giornata di riposo settimanale;

3. ai lavoratori che, in via eccezionale, siano chiamati a prestare attività lavorativa nel giorno di riposo settimanale, deve essere applicata la disciplina dell'art.24, comma 1, del CCNL del 14.9.2000, senza possibilità di deroghe in sede locale;
4. pertanto, in applicazione della suddetta clausola contrattuale, il giorno che viene espressamente e formalmente individuato come destinato al riposo compensativo si viene ad identificare come il nuovo giorno del riposo settimanale del dipendente;
5. ciò comporta che il caso del lavoratore che si ammala mentre usufruisce di riposo compensativo è analogo a quello del lavoratore che si ammala di domenica; conseguentemente, lo stesso non recupera alcuna giornata di riposo;
6. nella disciplina contrattuale l'effetto interruttivo della malattia è riconosciuto solo al lavoratore che usufruisce delle ferie; ai fini dell'interruzione del godimento delle ferie, l'art.18, comma 14, del CCNL del 6.7.1995 richiede che intervenga una malattia di durata superiore a 3 giorni (quindi almeno 4) o che abbia comportato il ricovero ospedaliero e non si estende anche al caso del riposo settimanale o dell'equivalente recupero compensativo.

7.3 Un dipendente assente per malattia, alla fine del predetto periodo, deve necessariamente rientrare in servizio o può, senza che vi sia ripresa dell'attività lavorativa, fruire immediatamente delle ferie subito dopo il termine del periodo di malattia?

In relazione a tale problematica, si rileva che nessuna disposizione, legale o contrattuale, vieta in assoluto la fruizione delle ferie da parte del dipendente, dopo la fruizione di un periodo di assenza per malattia dello stesso.

Tuttavia, si deve ricordare che, in base all'art.2109 del codice civile e all'art.18 del CCNL del 6.7.1995, la fruizione delle ferie deve essere sempre preventivamente autorizzata dal competente dirigente, che deve valutare la compatibilità delle stesse con le prioritarie esigenze di servizio.

Pertanto, il dipendente dovrà sempre formulare in via preventiva una specifica richiesta in tal senso al dirigente e solo a seguito dell'intervenuta autorizzazione potrà assentarsi dal servizio a titolo ferie.

8. Risoluzione del rapporto

8.1 Al termine del periodo di comporta di cui all'art.21, comma 1, del CCNL del 6.7.1995 e dell'ulteriore periodo di assenza di 18 mesi non retribuito, l'ente, se procede alla risoluzione del rapporto di lavoro, è tenuto al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso? Come deve essere quantificata tale indennità?

L'indennità sostitutiva del preavviso deve essere corrisposta dall'ente in ogni caso di lecita risoluzione del rapporto di lavoro riconducibile alla malattia del lavoratore, così come previsto dall'art.13 del CCNL del 5.10.2001 (v. anche art.2110, comma 2, c.c. che rinvia espressamente al recesso con preavviso disciplinato dall'art.2118 dello stesso c.c.) e, quindi, anche nel caso prospettato.

Infatti, in base alla vigente disciplina contrattuale (art.21, comma 4bis del CCNL del 6.7.1995, introdotto dall'art.13 del CCNL del 5.10.2001), il datore di lavoro è legittimato a risolvere il rapporto di lavoro nel caso di superamento del periodo massimo di conservazione del posto oppure nel caso di dichiarazione dell'assoluta inidoneità del lavoratore a qualunque proficuo lavoro, intervenuta anche prima della scadenza del periodo massimo di conservazione del posto per malattia.

Appare evidente che, in questo secondo caso, la decisione dell'ente è sostanzialmente ed oggettivamente vincolata in quanto non potrebbe in alcun modo giustificarsi il mantenimento in servizio di un lavoratore, nonostante una certificazione medica che faccia divieto di adibire lo stesso a una qualunque attività lavorativa a causa della sua assoluta e permanente inidoneità psico-fisica.

In simili ipotesi, non essendo possibile il rispetto del periodo di preavviso lavorato, il CCNL prevede direttamente la corresponsione al dipendente della relativa indennità sostitutiva.

In tale ambito regolativo, essendo la dichiarazione di inidoneità permanente a qualsiasi proficuo lavoro il solo presupposto legittimante la risoluzione del rapporto di lavoro per malattia, non può assumere alcun rilievo stabilire chi ha richiesto l'accertamento delle condizioni di salute del lavoratore, che ha poi dato luogo alla dichiarazione.

L'ammontare dell'indennità sostitutiva del preavviso, che si traduce in un trattamento economico che viene corrisposto al dipendente "una tantum", deve

essere calcolato computando le voci espressamente indicate nell'art.12, comma 9, del CCNL del 9.5.2006.

8.2 Se il datore di lavoro rinuncia ad avvalersi della facoltà di recedere dal rapporto di lavoro dopo il superamento del periodo massimo di comporta, come deve essere effettuato il conteggio delle assenze per malattia intervenute dopo tale rinuncia?

Secondo la giurisprudenza ormai consolidatasi in materia, la rinuncia del datore di lavoro ad avvalersi della facoltà di recedere dal rapporto per avvenuto superamento del periodo massimo di conservazione del posto ha il seguente effetto: ".....chiuso un periodo caratterizzato dal superamento del comporta, non seguito da licenziamento, se ne apre un altro di uguale entità, nel quale rientrano gli eventi morbosi verificatisi dopo la chiusura....del precedente periodo....." (Cass.4.12.1986, n.7201).

8.3 E' possibile procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro del dipendente invalido al 100% che non abbia ancora superato il periodo di comporta e che sia stato dichiarato "rivedibile fra due anni"?

Siamo del parere che l'ente non possa ancora procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro; a tal fine è necessario che il lavoratore, dichiarato invalido al 100% ma rivedibile fra due anni, superi il periodo di comporta e non risulti comunque utilizzabile, a tale data, in mansioni equivalenti o, in mancanza, inferiori (art.4, comma 4, Legge n.68/1999) o che sia dichiarato permanentemente inidoneo a qualsiasi tipo di attività lavorativa.

Infatti, quando l'inidoneità al lavoro, anche se totale, è solo temporanea, devono applicarsi l'art.2110 del codice civile e l'art.21 del CCNL del 6.7.1995 e non esiste alcuna possibilità di risolvere il rapporto di lavoro prima del superamento del cosiddetto "periodo di comporta" (18 mesi di assenza per malattia, da calcolare secondo quanto previsto dall'art.21, comma 1, del CCNL del 6.7.1995; il CCNL prevede, inoltre, nei commi successivi dello stesso articolo, una serie di ulteriori tutele, prima fra tutte la concessione di un ulteriore periodo di assenza non retribuita di 18 mesi, che presuppongono una ragionevole possibilità di recupero per il lavoratore.

Le cose cambierebbero solo se l'inidoneità del vostro dipendente invalido, oltre ad essere totale, fosse anche dichiarata permanente; la giurisprudenza ha chiarito, infatti, che "la sopravvenuta inidoneità permanente del lavoratore ... trova la sua disciplina non nell'art.2110 del codice civile – che presuppone un

impedimento temporaneo... – bensì nella norma dell'art.1464 del codice civile ..." (Cassaz. n.8 del 1988); in simili ipotesi, "...il datore di lavoro può eccezionalmente recedere dal contratto prima del superamento del periodo di comporto ..." (Cassaz.n.1151 del 1988).

Su tali aspetti si vedano anche l'art.15, comma 3, del DPR n.461/2001 e la risposta 8.5.

8.4 L'art.13 del CCNL del 5.10.2001, modificando l'art.21 del CCNL del 6.7.1995, prevede che quando sia stata accertata una assoluta e permanente inidoneità al lavoro '.....l'ente può procedere alla risoluzione del rapporto corrispondendo al dipendente l'indennità sostitutive del preavviso'. Tale espressione deve essere intesa nel senso che sia la risoluzione del rapporto sia il pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso sono facoltative?

L'espressione "L'Ente può procedere alla risoluzione del rapporto, corrispondendo al dipendente l'indennità sostitutiva del preavviso", contenuta nell'art.13 del CCNL del 5.10.2001 (e che sostanzialmente ripete quella già contenuta nell'art.21, comma 4, del CCNL del 6.7.1995) non ha altro significato che quello di riconoscere al datore di lavoro pubblico il diritto di recedere dal rapporto di lavoro.

Pertanto, si tratta di una espressione che vale solo a legittimare la possibilità del datore di lavoro di risolvere il rapporto di lavoro nel caso di superamento del periodo massimo di conservazione del posto secondo le previsioni del comma 4, dell'art.21 del CCNL del 6.7.1995, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art.10, comma 2, del CCNL del 14.9.2000 oppure nel caso di dichiarazione dell'assoluta inidoneità del lavoratore a qualunque proficuo lavoro.

Appare evidente che in questo secondo caso, la decisione dell'ente è sostanzialmente ed oggettivamente vincolata in quanto non potrebbe in alcun modo giustificarsi il mantenimento in servizio di un lavoratore, nonostante una certificazione medica che vieti l'adibizione dello stesso a una qualunque attività lavorativa a causa della sua assoluta e permanente inidoneità psico-fisica.

Alla luce di quanto detto risulta chiaro che il "può" non si riferisce anche alla corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso che, invece, è sempre dovuta in ogni caso di risoluzione del rapporto di lavoro per causa di malattia e, quindi, anche nel caso in cui questa trova il suo fondamento nella dichiarazione di assoluta e permanente inabilità a qualsiasi proficuo lavoro, intervenuta prima della scadenza del periodo massimo di conservazione del posto per malattia. Si tratta di una clausola contrattuale che trova il suo

preciso fondamento nell'art.2110, comma 2, del codice civile che, ai fini della risoluzione del rapporto di lavoro richiama l'art.2118 dello stesso codice civile in materia di preavviso. Infatti, poiché nel caso di assenza per malattia, per definizione, non è possibile il rispetto del periodo di preavviso lavorato, il contratto prevede direttamente la corresponsione al dipendente dell'indennità sostitutiva del preavviso stesso.

8.5 Cosa deve fare l'ente in presenza di accertamento medico di inidoneità permanente allo svolgimento di ogni mansione ?

L'art.15, comma 3, del DPR n.461/2001 (applicabile anche quando non c'è causa di servizio – v. art.18, comma 2, stesso DPR) stabilisce che “in conformità all'accertamento sanitario di inidoneità assoluta a qualsiasi impiego e mansione, l'Amministrazione procede, entro trenta giorni dalla ricezione del verbale della Commissione, alla risoluzione del rapporto di lavoro e all'adozione degli atti necessari per la concessione di trattamenti pensionistici alle condizioni previste dalle vigenti disposizioni in materia, fatto salvo quanto previsto per il personale delle Forze armate e delle Forze di polizia, anche ad ordinamento civile”.

8.6 Al fine della risoluzione del rapporto di lavoro conseguente all'applicazione dell'art.21, commi 4 e 4 bis, del CCNL del 6.7.1995 e successive modifiche, è necessario attendere in ogni caso il superamento del periodo di comporta?

L'applicazione della previsione dell'art.21, comma 4 (nel testo modificato dall'art.10. comma 2, del CCNL 14.9.2000) e comma 4 bis (introdotto dall'art.13 del CCNL 5.10.2001), non presuppone necessariamente il superamento del periodo di comporta previsto dallo stesso art.21, commi 1 e 2, del CCNL del 6.7.1995.

Infatti, ove, come nel caso in esame, sia il lavoratore interessato a far valere preventivamente la sua assoluta e permanente incapacità allo svolgimento delle mansioni proprie del profilo di appartenenza, viene meno la ragione stessa della tutela della disciplina della malattia: conservare al lavoratore il posto per un certo periodo di tempo in modo da consentirgli la ripresa dell'attività lavorativa a seguito dell'intervenuta guarigione. Nel momento in cui tale possibilità di recupero al lavoro viene definitivamente esclusa dalla documentazione medica esibita dal dipendente, non ha alcuna giustificazione la necessità di attendere il superamento del periodo di comporta.

Del resto, lo stesso lavoratore non ha atteso tale momento per far valere la sua inidoneità alle mansioni del proprio profilo. Pertanto, nel momento in cui il lavoratore ha esibito la documentazione medica trova applicazione l'art.10, comma 2, del CCNL del 14.9.2000 in virtù del quale, ove possibile in relazione alla struttura organizzativa ed alle dotazioni organiche dell'ente, questo può utilizzare il lavoratore assolutamente e permanentemente inidoneo alle mansioni del proprio profilo in mansioni equivalenti, o, con il suo consenso anche in mansioni di profilo di categoria inferiore. Ove ciò non sia possibile (come nel vostro caso per mancanza di posti disponibili), ai sensi dell'art.21, comma 4-bis, introdotto dall'art.13 del CCNL del 5.10.2001, l'ente può procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro, corrispondendo all'interessato l'indennità sostitutiva del preavviso.

Per ciò che attiene alle altre soluzioni prospettate nella vostra nota facciamo presente che:

- a) la messa in disponibilità presuppone la cancellazione del posto di organico, sulla base della risultanza della programmazione triennale dei fabbisogni, di cui all'art. 39 della Legge n. 449/97;
- b) la pensione per inabilità, dipende esclusivamente da una specifica domanda dell'interessato; si tratta, quindi, di una misura che non può essere adottata dall'amministrazione.

8.7 Che differenza c'è, ai fini di un'eventuale risoluzione del rapporto di lavoro, tra inidoneità temporanea e inidoneità permanente alle mansioni ?

Se si tratta di inidoneità temporanea, la materia è disciplinata dall'art.2110 del codice civile e dall'art.21 del CCNL del 6.7.1995 e non esiste alcuna possibilità di risolvere il rapporto di lavoro prima del superamento del cosiddetto "periodo di comporto" (18 mesi di assenza per malattia, da calcolare secondo quanto previsto dall'art.21, comma 1, del CCNL del 6.7.1995; il CCNL prevede, inoltre, nei commi successivi dello stesso articolo, una serie di ulteriori tutele, che presuppongono una ragionevole possibilità di recupero per il lavoratore; si vedano su questi aspetti, le risposte già pubblicate sul nostro sito istituzionale).

Se, invece, si tratta di inidoneità permanente, le cose cambiano; la giurisprudenza ha chiarito, infatti, che "la sopravvenuta inidoneità permanente del lavoratore a svolgere le mansioni assegnategli trova la sua disciplina non nell'art.2110 del codice civile – che presuppone un impedimento temporaneo a svolgere l'attività dovuta – bensì nella norma dell'art.1464 del codice civile, il quale, regolando gli effetti dell'impossibilità parziale della prestazione nei contratti sinallagmatici, prevede la possibilità del recesso dell'altra parte ove

questa non abbia un interesse apprezzabile a ricevere un adempimento parziale ..." (Cassaz. n.8 del 1988).

Pertanto, nel caso in cui "...l'affezione morbosa del lavoratore sia irreversibile e risulti rigorosamente accertato che il lavoratore non sarà più in grado di riprendere la sua normale attività lavorativa il datore di lavoro può eccezionalmente recedere dal contratto prima del superamento del periodo di comporto ..." (Cass. n.1151 del 1988).

Naturalmente, nulla vieta di percorrere altre strade, compatibilmente con l'assetto organizzativo dell'ente (assegnazione di mansioni diverse ma equivalenti a quelle precedentemente svolte o, se l'unica alternativa è il licenziamento, assegnazione, con il consenso dell'interessato, di mansioni proprie di profilo di categoria inferiore compatibili con le condizioni di salute del dipendente).

E' fatta salva la doverosa applicazione della speciale disciplina prevista dal DPR n.461/2001).

8.8 Si può risolvere il rapporto di lavoro di un dipendente dichiarato inidoneo alle proprie mansioni, in mancanza di altri posti vacanti di altri profili?

Riteniamo opportuno richiamare la previsione dell'art.10, comma 2, del CCNL del 14.9.2000, che ha sostituito il comma 4, dell'art.21 del CCNL del 6.7.1995, e quella dell'art.13 del CCNL del 5.10.2001.

Il primo, infatti, stabilisce che se il lavoratore, in caso di malattia, è riconosciuto idoneo a proficuo lavoro ma non allo svolgimento delle mansioni proprie del profilo posseduto, l'ente, compatibilmente con la sua struttura organizzativa e a condizione che vi sia la necessaria disponibilità di posti in organico, può utilizzarlo sia in mansioni equivalenti sia anche, eccezionalmente e con il consenso dell'interessato, in mansioni proprie di profilo di categoria inferiore.

Il secondo (art.13 CCNL del 5.10.2001) precisa che, ove non sia possibile procedere in tal senso (quindi sia nel caso di mancanza di altri posti disponibili per profili della medesima categoria o di categoria inferiore sia nel caso di rifiuto dell'interessato all'assegnazione a categoria inferiore) oppure che il lavoratore sia dichiarato permanentemente inidoneo a qualsiasi proficuo lavoro, l'ente può procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro, corrispondendo all'interessato l'indennità sostitutiva del preavviso.

8.9 La risoluzione del rapporto per inidoneità fisica presuppone sempre e comunque il superamento del periodo di comporta ? Se il dipendente può permanentemente svolgere solo in modo parziale le mansioni del proprio profilo è corretto mantenerlo in servizio ?

Questa Agenzia ha già avuto modo di chiarire che l'applicazione della previsione dell'art. 21, commi 4 (nel testo modificato dall'art.10. comma 2, del CCNL 14.9.2000) e 4 bis (introdotto dall'art.13 del CCNL 5.10.2001), del CCNL del 6.7.1995 non presuppone necessariamente il superamento del periodo di comporta previsto dallo stesso art.21, commi 1 e 2.

Tuttavia l'ente ha l'obbligo di verificare, ai sensi dell'art. 10, comma 2 del CCNL del 14.9.2000, la possibilità di utilizzare il lavoratore inidoneo a svolgere le mansioni del proprio profilo in mansioni equivalenti, o, con il suo consenso, anche in mansioni di profilo di categoria inferiore.

Solo ove ciò non sia realmente possibile, oppure nel caso che il dipendente sia dichiarato permanentemente inidoneo a svolgere qualsiasi proficuo lavoro, l'ente può procedere alla risoluzione del rapporto, corrispondendo al dipendente l'indennità sostitutiva del preavviso ai sensi dell'art.21, comma 4-bis, introdotto dall'art.13 del CCNL del 5.10.2001.

Quanto al problema di stabilire se sia corretto mantenere in servizio un operatore addetto all'assistenza che può permanentemente svolgere solo in modo parziale le mansioni proprie di tale profilo, riteniamo utile rinviare alla sentenza n.8 del 1988 della Corte di Cassazione, secondo la quale "la sopravvenuta inidoneità permanente del lavoratore a svolgere le mansioni assegnategli trova la sua disciplina ...nell'art.1464 c.c. il quale regolando gli effetti dell'impossibilità parziale della prestazione ... prevede la possibilità del recesso dell'altra parte ove questa non abbia un interesse apprezzabile a ricevere un adempimento parziale...".

9. Malattia e procedimento disciplinare

9.1 E' possibile per il datore di lavoro pubblico applicare la sanzione della sospensione dal servizio e dalla retribuzione anche nel caso in cui il dipendente sia in malattia nel momento in cui gli deve essere eseguita la sanzione stessa, senza dovere attendere la cessazione dello stato morboso?

La questione, per la rilevanza rivestita, è stata sottoposta al Tavolo di coordinamento giuridico operante presso questa Agenzia che ritiene che si debba distinguere tra applicazione della sanzione (notifica al lavoratore della decisione disciplinare adottata nei suoi confronti) e materiale esecuzione della stessa.

La prima consente di verificare il rispetto dei termini contrattualmente stabiliti per la conclusione del procedimento disciplinare; la seconda dipende esclusivamente dalle decisioni del datore di lavoro, che può anche optare per una soluzione di esecuzione diluita nel tempo della sanzione della sospensione.

Pertanto:

- se il dipendente è in servizio e l'ente gli comunica i giorni di esecuzione della sanzione con decorrenza da una certa data, qualora a quella stessa data il dipendente stesso si assenti per il sopraggiungere di uno stato di malattia, questo, comunque, non dovrebbe esplicare alcun effetto in quanto, per il principio generale della prevenzione degli stati di sospensione dal lavoro, lo stesso già non avrebbe dovuto presentarsi in servizio;
- qualora, invece, il dipendente sia già assente per malattia al momento della comunicazione della decisione disciplinare adottata, per lo stesso principio della provenienza, l'ente attenderà il rientro in servizio per la comunicazione dei giorni di esecuzione della sospensione, con gli effetti di cui al punto precedente. Qualora, la sanzione da applicare sia il licenziamento, occorrerebbe tenere conto della giurisprudenza (per alcuni casi v. Trib. Bari 569 del 19.1.2000; Cass.n.6348 del 16.5.2000) secondo la quale l'irrogazione della sanzione del licenziamento durante il periodo di comportamento resta temporaneamente inefficace fino alla guarigione o alla scadenza del periodo. Il licenziamento per giusta causa, invece, potrebbe essere intimato anche durante il periodo di comportamento (Cass.20.10.2000, n.13903; Pret. Nola sez. Pomigliano D'Arco, 16.1.1996).

10. Altri problemi applicativi

10.1 In caso di assenza per malattia di un dipendente con rapporto di lavoro a tempo pieno, con retribuzione prima al 90% e successivamente al 50%, allo stesso devono essere proporzionalmente ridotte anche le ferie relative ai suddetti periodi?

Ai sensi dell'art.18, comma 15, del CCNL del 6.7.1995 "il periodo di ferie non è riducibile per assenze per malattia o infortunio, anche se tali assenze si siano protratte per l'intero anno solare".

10.2 Ai dipendenti che versano in particolari situazioni psico fisiche, il periodo di conservazione del posto previsto dall'art.21, comma 1, lett. a) del CCNL del 14.9.2000 va computato nel periodo di comperto delle assenze per malattia? Durante il periodo di conservazione del posto, maturano le ferie?

Nel merito dei quesiti formulati, si ritiene utile precisare quanto segue:

- l'art.21, comma 1, lett.a), del CCNL del 14.9.2000 detta una specifica misura di sostegno volta a favorire la riabilitazione e il recupero dei dipendenti che versino in particolari condizioni psicofisiche, diversa sia dagli altri benefici indicati nello stesso art.21, comma 1, sia dalle ordinarie assenze per malattia, nonostante il CCNL rinvii espressamente, per quanto riguarda il trattamento economico dell'assenza, all'art.21, comma 7, del CCNL del 6.7.1995. Tale rinvio ha solo la finalità di individuare il trattamento economico da corrispondere al dipendente durante il progetto di recupero. Proprio per effetto della diversità degli istituti di cui si è detto, si esclude anche che il periodo di conservazione del posto di cui al citato art.21, comma 1, lettera a), del CCNL del 14.9.2000, che ha sostituito l'art.25 del DPR 333/90, possa essere sommato o comunque computato nel periodo di comperto delle assenze per malattia;
- trattandosi di una tipologia di assenza specifica e diversa da quelle per malattia, non si ritiene possibile estendere alla stessa la disciplina dell'art.18, comma 15, del CCNL del 6.7.1995, secondo la quale il periodo di ferie non è riducibile per assenze per malattia o infortunio.

In considerazione di quanto detto ed in mancanza di altra ed espressa disciplina, legale o contrattuale, in tal senso si deve escludere che durante il periodo di conservazione del posto, di cui all'art.21 del CCNL del 14.9.2000, possano maturare giorni di ferie.

Infatti, dovrebbe trovare applicazione il principio generale, sancito anche dalla giurisprudenza lavoristica, per cui la maturazione delle ferie si collega al servizio effettivamente prestato, salvo i casi di maggior favore, come quello del trattamento di malattia, eventualmente stabiliti dalla contrattazione collettiva.

10.3 Le dimissioni volontarie date da un dipendente in malattia interrompono la stessa o decorrono dalla fine della malattia?

In precedenti orientamenti applicativi è stato già evidenziato che, nel caso di dimissioni, il decorso del periodo di preavviso, in presenza di uno stato di malattia, resta sospeso, con diritto del lavoratore al relativo trattamento economico, sino alla guarigione, dopo la quale riprende a computarsi, o se questa non si verifica, sino alla fine del periodo contrattuale di conservazione del posto per malattia.

In sostanza, il decorso del termine di preavviso è sospeso durante il periodo di malattia e subisce, di conseguenza, uno spostamento per un tempo corrispondente alla stessa malattia.

Tuttavia, nel caso in cui vi sia la volontà di entrambe le parti di risolvere tempestivamente il rapporto di lavoro (evitandosi gli effetti di cui al punto precedente) può trovare applicazione la previsione di cui all'art. 12, comma 5, del CCNL del 9.5.2006.

In virtù di tale disposizione, infatti, la parte che riceve la comunicazione di licenziamento o di dimissioni, con il necessario consenso alla parte che ha inviato la comunicazione medesima, ha la facoltà di risolvere il rapporto immediatamente o anche durante il periodo di preavviso; pertanto, quindi, le parti ben possono accordarsi nel senso di eliminare del tutto o ridurre in parte il periodo di preavviso.

10.4 Qual è il trattamento giuridico dell'assenza che intervenga durante l'orario di servizio di un giorno lavorativo, con successiva presentazione, per il medesimo giorno, della relativa certificazione medica? Può trovare applicazione, per analogia, la specifica previsione in materia contenuta nell'art.6, comma 7 - quinquies, del CCNL del 16.5.2001 relativo al personale del

Comparto dei Ministeri? Sussiste l'obbligo di operare la trattenuta prevista dall'art.71 del D.L. n. 112/2008?

La particolare fattispecie segnalata non è regolata in alcun modo nell'ambito della vigente disciplina contrattuale della malattia del lavoratore; pertanto, nella particolare ipotesi del lavoratore che sia colpito da malessere durante l'orario di servizio e che, conseguentemente, abbandoni la sede di lavoro, la relativa assenza, deve essere ricondotta alla generale disciplina della malattia, di cui all'art.21 del CCNL del 6.7.1995 e successive modificazioni ed integrazioni.

Pertanto, non è ipotizzabile, in mancanza di una esplicita ed espressa scelta contrattuale in tal senso, la soluzione di riconoscere al dipendente un riposo compensativo di entità pari a quella della prestazione lavorativa resa nella giornata in cui è insorta la malattia; questa, infatti, si traduce nel riconoscimento di un beneficio aggiuntivo al dipendente che, per quella giornata, non solo si vede riconosciuto il trattamento economico di malattia (che riguarda l'intera giornata), ma può beneficiare anche di un riposo ulteriore (con oneri indiretti aggiuntivi per l'amministrazione).

Va escluso anche che il dipendente debba recuperare le ore non lavorate nella giornata in cui si è sentito male. Quelle ore, infatti, sono sempre coperte dalla certificazione medica e sono utili ai fini dell'assolvimento del debito orario giornaliero.

L'effettivo problema, in questi casi, è quello di stabilire come debba essere calcolata la prognosi indicata nel certificato presentato dal dipendente. Al riguardo, la giurisprudenza distingue due ipotesi:

- a) certificato medico rilasciato al termine di una giornata lavorativa: la prognosi comprende anche il giorno del rilascio, nonostante risulti lavorato (Cassazione, 6.2.1988 n.1290); non si ritiene che abbia alcun rilievo, a tal fine, la circostanza che il giorno risulti lavorato per intero o solo in parte;
- b) certificato medico che attesti che la malattia ha avuto inizio nel giorno precedente quello del rilascio: la prognosi comprende anche il giorno precedente quello del rilascio (Pretura di Lecco, 30.4.1988); anche in questo caso, non rileva se il lavoratore ha prestato in tutto o in parte la sua attività lavorativa.

Sul punto della incidenza delle previsioni dell'art.71 della Legge n.112/2008, indicazioni potranno essere fornite dal Dipartimento della Funzione Pubblica, istituzionalmente competente per l'interpretazione delle norme di legge concernenti il rapporto di lavoro pubblico.

10.5 Nel caso in cui la certificazione medica attesti una malattia insorta nella medesima giornata in cui un dipendente abbia integralmente svolto la prestazione lavorativa, qual è il trattamento giuridico da riconoscere allo stesso?

Nella particolare fattispecie segnalata si ritiene utile precisare quanto segue:

- in ordine al valore della certificazione rilasciata dal medico competente in occasione di malattia insorta in una giornata nell'ambito della quale il lavoratore, al mattino, ha già reso, regolarmente ed integralmente, la propria prestazione lavorativa, si rinvia alle indicazioni ricavabili dalla sentenza della Cassazione civile, sez. lav., 6.2.1988, n.1290, secondo *"... salva una contraria ed espressa indicazione, la prognosi della malattia diagnosticata non può non comprendere il giorno di rilascio della certificazione, essendo in contrario irrilevante che nello stesso giorno il lavoratore abbia eseguito la normale prestazione lavorativa ..."*;
- poiché il CCNL del Comparto Regioni-Autonomie Locali, non contiene alcuna "contraria ed espressa indicazione" il certificato medico copre la mancata prestazione lavorativa (senza alcun recupero delle ore non lavorate) in quei casi in cui il dipendente abbia lavorato solo per una parte della ordinaria giornata lavorativa; in tale ipotesi, la prognosi si conta comunque dal giorno del rilascio, senza che il dipendente possa pretendere di recuperare a sua volta le ore lavorate;
- alla luce delle medesime indicazioni sopra riportate della Cassazione, nel caso concreto, invece, se il dipendente ha già reso effettivamente la propria prestazione lavorativa, essendo la malattia insorta e certificata successivamente, non vi è alcuna mancata prestazione lavorativa da coprire con il certificato medico; pertanto, non si comprende che cosa lo stesso debba recuperare, essendo stato in quel giorno regolarmente in servizio;
- infatti, non sembra possibile considerare il dipendente in malattia il giorno in cui lo stesso ha già terminato gli obblighi di lavoro nei confronti dell'amministrazione; si ritiene, pertanto, che in questa fattispecie, la data di emissione del certificato e la prognosi avranno decorrenza lo stesso giorno (sentenza della Cassazione n.1290 del 6.2.1988), ma il datore di lavoro pubblico considererà l'assenza del dipendente per malattia dal giorno effettivo di assenza dal servizio;
- proprio perché il dipendente ha reso regolarmente la propria prestazione lavorativa, e quindi, non vi è stata alcuna effettiva assenza per malattia nel giorno in questione, si ritiene anche che non vi siano i presupposti per l'applicazione delle previsioni dell'art.71 del D.L.n.112/2008.

10.6 Inabilità temporanea: è possibile accogliere la domanda di una dipendente che chieda di rientrare al lavoro in anticipo rispetto alla scadenza dell'ulteriore periodo di assenza concessole dalla commissione medica della ASL?

La dipendente interessata potrebbe anche rientrare in servizio prima della scadenza del periodo ulteriore di assenza che le è stato concesso dalla Commissione medica della ASL, ma, al fine di evitare ogni possibile responsabilità del datore di lavoro, alla luce delle previsioni dell'art.2110 e dell'art.2087 del codice civile, dell'art.21 del CCNL del 6.7.1995 e successive modificazioni ed integrazioni, della Legge n.626/1994 e dell'art.38 della Costituzione, è necessario che la lavoratrice presenti una specifica certificazione medica attestante la piena idoneità psico-fisica allo svolgimento delle mansioni proprie del profilo di appartenenza della stessa.

10.7 Un lavoratore in malattia può decidere autonomamente di rientrare in servizio prima della scadenza del termine previsto nelle certificazioni mediche?

Riteniamo che il dipendente potrebbe anche rientrare in servizio prima della scadenza del periodo di assenza risultante dalla certificazione medica ma, al fine di evitare ogni possibile responsabilità del datore di lavoro, alla luce delle previsioni dell'art.2110 e dell'art.2087 del codice civile, dell'art.21 del CCNL del 6.7.1995 e successive modificazioni ed integrazioni, della Legge n.626/1994 e successive modifiche ed integrazioni nonché dell'art.38 della Costituzione, è necessario che il lavoratore presenti una specifica certificazione medica attestante la piena idoneità psico-fisica allo svolgimento delle mansioni proprie del profilo di appartenenza dello stesso.

10.8 E' possibile cumulare l'aspettativa per malattia con quella per motivi di famiglia?

Come noto, nel precedente sistema l'aspettativa per malattia si cumulava con l'aspettativa per motivi di famiglia e nel quinquennio la somma delle relative assenze non poteva superare i due anni e mezzo. Nel nuovo sistema, l'assenza per malattia è costruita in modo del tutto autonomo, non è più un'aspettativa, ed il periodo preso a riferimento per il calcolo del cosiddetto periodo di comporto è di tre anni. Ciò significa che la regola sul cumulo delle aspettative, per malattia e per motivi di famiglia, non è più operante.

Ai fini della delimitazione del triennio di riferimento trova applicazione la nuova disciplina prevista dall'art 11, comma 2, del CCNL del 14.9.2000, secondo la

quale "i periodi di aspettativa non vengono presi in considerazione ai fini della disciplina contrattuale per il calcolo del periodo di comporto".

il periodi di aspettativa per motivi personali, pertanto, che siano fruiti all'interno del predetto triennio, ne riducono in proporzione la relativa durata in quanto non utili per il calcolo. Esempio: ultimo periodo morboso decorrente dall'1.6.2000; aspettativa per motivi personali fruita dall'1.1.1999 al 30.6.1999 (sei mesi); teorico triennio per il computo del periodo di comporto: dall'1.6.1997 al 1.6.2000; effettivo triennio per il computo del comporto, (detratti i sei mesi di aspettativa per motivi personali): dall'1.12.1996 al 1.6.2000.

10.9 Malattia o infortunio dovuti a negligenza o imperizia del dipendente. Gli spetta la tutela di cui all'art.21 del CCNL del 6.7.1995? Se l'ente è costretto ad assumere un'altra persona a t.d. si può rivalere sul primo dipendente?

L'art.21 del CCNL del 6.7.1995 non distingue tra malattia ed infortunio dovuto ad imperizia del dipendente ed altre malattie. Non è quindi corretto escludere le malattie o gli infortuni dovuti a negligenza o imperizia del dipendente dalla tutela prevista dallo stesso articolo 21. Né è pensabile rivalersi sul dipendente per averlo dovuto sostituire in occasione di una sospensione del rapporto disciplinata e tutelata nel CCNL.

10.10 L'aspettativa per motivi personali è interrotta dalla malattia che abbia dato luogo a ricovero ospedaliero?

Siamo del parere che la malattia insorta durante un periodo di aspettativa (non retribuita) per motivi personali ex art.11 del CCNL del 14.9.2000 non interrompa l'aspettativa medesima, anche se ha dato luogo a ricovero ospedaliero.

Infatti, tale evenienza non è prevista dal CCNL che consente, invece, di interrompere l'aspettativa con il rientro in servizio del dipendente (v. art.14 CCNL 14.9.2000).

A sostegno di tale tesi, si evidenzia che quando il CCNL ha voluto riconoscere alla malattia l'effetto di interrompere una assenza effettuata ad altro titolo lo ha fatto espressamente come nel caso dell'art.18, comma 14, del CCNL 6.7.1995.

10.11 In che modo si realizza la debita ed adeguata documentazione della malattia, ai fini dell'interruzione delle ferie? Quand'è che la malattia interrompe le ferie?

La debita ed adeguata documentazione della malattia, anche ai fini dell'interruzione delle ferie, si realizza attraverso le certificazioni mediche rilasciate nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge (art. 55 septies, comma 5, del D.Lgs.n.165 del 2001) Non c'è alcuna differenza rispetto alle "ordinarie" assenze per malattia.

Naturalmente, l'amministrazione deve essere tempestivamente informata dell'insorgenza della malattia e dell'indirizzo dove il dipendente può essere reperito e l'effetto interruttivo delle ferie si realizza solo in caso di prognosi superiore ai tre giorni o che abbia dato luogo a ricovero ospedaliero.

10.12 Al dipendente sottoposto a visita presso la Commissione Medico-Ospedaliera (C.M.O.) spetta il trattamento di trasferta?

Né la regolamentazione contrattuale né il DPR n.461/2001 "Regolamento per il riconoscimento della dipendenza delle infermità per causa di servizio, per la concessione della pensione privilegiata ordinaria e dell'equo indennizzo" stabiliscono l'obbligo dell'ente di corrispondere il trattamento di trasferta o altri rimborsi spese al dipendente sottoposto a visita presso la C.M.O. Pertanto, in assenza di precise indicazioni normative al riguardo, tendiamo ad escludere che egli ne abbia diritto.

10.13 La malattia della madre insorta durante la fruizione di un periodo di astensione facoltativa, ne provoca la relativa interruzione?

Siamo del parere che la malattia insorta durante la fruizione della astensione facoltativa per maternità, produca automaticamente la interruzione di quest'ultimo periodo.

Questa lettura interpretativa trova conferma sia nelle indicazioni già fornite in materia dall'ex Ministero degli affari sociali, sia dai comportamenti applicativi degli istituti previdenziali.

A sostegno di questa tesi si evidenzia che l'art.22, comma 6, del D.Lgs.n.151/2001 (espressamente richiamato, per il congedo parentale, dall'art. 34, comma 6, dello stesso decreto legislativo) prevede che "Le ferie e le assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice ad altro titolo non vanno godute contemporaneamente ai periodi di congedo di maternità".

10.14 Nel caso il dipendente che si ammali nel giorno di fruizione del riposo compensativo previsto dall'art.24, comma 1, del CCNL del 14.9.2000 ha diritto a recuperare la giornata del predetto riposo?

Premesso che la questione riguarda anche l'applicazione di norme di legge, sulle quali è necessario acquisire il parere di altri soggetti istituzionali, per quanto di nostra competenza, si ritiene utile fornire i seguenti elementi di valutazione:

- la giornata di riposo settimanale è un diritto irrinunciabile dei lavoratori e corrisponde al settimo giorno della settimana lavorativa, di regola la domenica; tale diritto è rafforzato anche dal D.Lgs.n.66/2003;
- pertanto, il lavoro ordinario settimanale, anche del personale turnista, può essere articolato al massimo su sei giorni lavorativi e non su sette, infatti il settimo giorno, deve essere necessariamente considerato come giornata di riposo settimanale;
- ai lavoratori che, in via eccezionale, siano chiamati a prestare attività lavorativa nel giorno di riposo settimanale, deve essere applicata la disciplina dell'art. 24, comma 1, del CCNL del 14.9.2000, senza possibilità di deroghe in sede locale;
- nella disciplina contrattuale l'effetto interruttivo della malattia è riconosciuto solo al lavoratore che usufruisce delle ferie; (ai fini dell'interruzione del godimento delle ferie, l'art. 18, comma 14, del CCNL del 6.7.1995 richiede che intervenga una malattia di durata superiore a 3 giorni (quindi almeno 4) o che abbia comportato il ricovero ospedaliero); il caso del lavoratore che usufruisce di riposo compensativo è analogo a quello del lavoratore che si ammala di domenica è proprio sfortunato, ma non recupera alcuna giornata di riposo.

10.15 E' legittima la trasformazione in ferie di un periodo di assenza per malattia?

Non esistendo alcuna regolamentazione espressa della materia, né di fonte legislativa né di fonte contrattuale, non può che farsi riferimento alle indicazioni di una giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass.6.6.1991, n.6431; Cass. 11.3.1995, n.2847; Cass. 28.1.1997 n.873; Cass. 19.11.1998, n.11691).

Queste possono così riassumersi:

- in caso di malattia il lavoratore ha la facoltà di sostituire alla malattia stessa la fruizione delle ferie, maturate e non godute, allo scopo di

sospendere il decorso del periodo di comporta, anche in mancanza di una ripresa dell'attività lavorativa, escludendosi una incompatibilità assoluta tra ferie e malattia;

- tale conversione è possibile anche se implica la rinuncia al diritto di fruire delle suddette ferie, secondo la destinazione cui queste sono preordinate, in quanto prevale la necessità di garantire una tutela prevalente all'interesse primario del dipendente a conservare il posto di lavoro;
- la richiesta del dipendente deve indicare il momento a decorrere dal quale si intende convertire le assenze per malattia in ferie;
- tale momento deve precedere la scadenza del periodo di comporta;
- spetta al datore di lavoro, nell'ambito del proprio potere di determinazione del periodo delle ferie, in presenza di una tale richiesta, dimostrare di aver assunto la relativa decisione, tenendo conto del rilevante e fondamentale interesse del lavoratore ad evitare, in tal modo, la perdita del posto per scadenza del periodo di comporta. In sostanza, il datore di lavoro è tenuto a prendere in considerazione la richiesta del lavoratore e ad aderirvi, a meno che non possa respingerla per la presenza di un giustificato motivo di rifiuto riconducibile a valide ragioni produttive ritenute prevalenti.

Tali indicazioni sono state confermate da altre e più recenti sentenze della medesima Corte di Cassazione (Cass.Civ. Sez.Lav. n.17538/2014; Cass.Civ. Sez.Lav.n.14441/2013).

Trattandosi di orientamenti giurisprudenziali che possono ritenersi ormai consolidati, si ritiene che degli stessi possano tenere conto anche le pubbliche amministrazioni, nell'ambito della propria autonomia decisionale, nella gestione delle assenze per malattie del personale dipendente.

Per completezza informativa ed ai fini di una corretta e completa valutazione della fattispecie, in vista della decisione di merito, si ritiene opportuno evidenziare anche un altro aspetto di sicuro rilievo.

Infatti, il giudice di legittimità (Cass.Civ. Sez.Lav. n.14490; Cass.Civ. Sez.Lav. n.14441/2013) ha altresì evidenziato che l'obbligo del datore di lavoro, di cui sopra si è detto alla lett.e), non è configurabile nel caso in cui il lavoratore possa comunque avvalersi di altre discipline o istituti, di fonte legislativa o negoziale) idonei ad evitare la risoluzione del rapporto di lavoro per superamento del periodo di comporta, come ad esempio, il collocamento in aspettativa ancorchè non retribuita.

Tanto si richiama, in quanto, come è noto, l'art.21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995 in materia di assenza per malattia, prevede che, concluso il periodo di comporta di cui al comma 1, del medesimo art.21, il dipendente potrebbe

comunque avvalersi dell'ulteriore periodo di conservazione del posto, non retribuito, ivi previsto.

Relativamente alla ulteriore problematica esposta, si ritiene che, ove sussistendone i presupposti, l'ente dia luogo alla conversione delle assenze per malattia in ferie, per la fase successiva alla fruizione di queste ultime, per il computo del triennio del periodo di comportamento, debbano trovare applicazione le regole generali. Pertanto, una volta esaurite le ferie, nel caso di ulteriore assenza per malattia nel primo giorno successivo, da questo, a ritroso si calcolerà quel triennio precedente l'ultimo evento morboso considerato dalla disciplina contrattuale ai fini della determinazione del periodo di comportamento, con la sommatoria di tutte le assenze per malattia intervenute in tale arco temporale.

In base alle risultanze di suddetta somma dei giorni di assenza dell'ultima malattia con quelli intervenuti allo stesso titolo nei tre anni precedenti la stessa, come è noto, il datore di lavoro pubblico:

a) verifica il rispetto del periodo massimo di conservazione del posto in caso di malattia del dipendente ai sensi dell'art. 21, comma 1, del CCNL del 6.7.1995 (ed eventualmente ai sensi del comma 2) ;

b) determina il trattamento economico da corrispondere allo stesso; infatti, sulla base dell'entità delle assenze risultanti dal computo effettuato in occasione dell'ultima malattia, il lavoratore si collocherà in una delle diverse articolazioni temporali previste all'interno del periodo massimo di 18 mesi e riceverà il trattamento economico previsto nella misura prevista dall'art.21, comma 7, del CCNL, per ciascuna di esse (100% della retribuzione per i primi 9 mesi di assenza; 90 % per i successivi 3 mesi; 50% della retribuzione per gli ulteriori 6 mesi).

11. Cure termali

11.1 Qual è la disciplina di riferimento in materia di cure termali?

Riteniamo necessario precisare in via preliminare che il quesito, poiché attiene a problematiche non direttamente riconducibili all'applicazione di clausole contrattuali, dovrebbe essere riproposto direttamente al Dipartimento della funzione pubblica, cui istituzionalmente competono poteri di indirizzo e coordinamento in materia di interpretazione di disposizioni legislative concernenti il rapporto di lavoro pubblico.

Tuttavia, nell'ambito di una proficua collaborazione con le amministrazioni rappresentate, può essere utile esporre ugualmente la nostra opinione in materia, anche se priva di valenza interpretativa "ufficiale", che può così riassumersi:

- a) la materia delle cure termali relativamente al lavoro pubblico, come quello privato, trova la sua regolamentazione fondamentale ancora nell'art.13 della Legge n.638/1983 che riconosce al dipendente la possibilità di fruire di un massimo di 15 giorni annui per cure termali;
- b) essendo venuto meno l'istituto del congedo straordinario i giorni di fruizione delle cure termali sono sempre imputati alle assenze per malattia e, conseguentemente, rientrano nel computo del periodo massimo di conservazione del posto di cui all'art.21 del CCNL del 6.7.1995; tale regola trova applicazione nei confronti di tutti i lavoratori e non solo nei confronti di quelli ai quali sia stata riconosciuta la causa di servizio;
- c) in proposito trova applicazione l'art.16 della Legge n.412/1991 secondo il quale "... le prestazioni idrotermali possono essere fruite dai lavoratori dipendenti pubblici e privati, anche al di fuori dei congedi ordinari e delle ferie annuali, esclusivamente per la terapia o la riabilitazione relative ad affezioni o stati patologici per la cui risoluzione sia giudicato determinante, anche in associazione con altri mezzi di cura, un tempestivo trattamento termale motivatamente prescritto da un medico specialista dell'unità sanitaria locale ovvero ... " ; occorre, inoltre, tenere presente che, in base all'art.13, comma 6, della Legge n.638/1983, i congedi straordinari, le aspettative per infermità ed i permessi per malattia, non possono essere concessi per cure elioterapiche, climatiche e psammoterapiche salvo che non si tratti di invalidi per causa di guerra, di servizio e del lavoro, ai ciechi, ai sordomuti agli invalidi civili superiori

ai due terzi. In tal senso, dispone anche la previsione dell'art.22 della Legge n.724/1994 che riconosce il diritto a fruire delle cure elioterapiche, climatiche e psammoterapiche al solo personale mutilato o invalido di guerra e per servizio.

11.2 Qual è il regime delle cure elioterapiche richieste dal dipendente invalido per causa di servizio? In particolare, devono essere effettuate in congedo straordinario? Si applica il limite massimo dei 15 giorni di assenza di cui all'art.13 della Legge n. 638/1983?

Relativamente alle problematiche poste, si ritiene utile precisare quanto segue:

- l'istituto del congedo straordinario è stato definitivamente superato fin dal CCNL del 6.7.1995 (art.47, comma 1, lettera -s-); analoga sorte è toccata anche all'istituto dell'aspettativa per infermità;
- ciò ha determinato che la fruizione delle cure termali (elioterapiche, climatiche e psammoterapiche) da parte di tutti i pubblici dipendenti, compresi i mutilati e gli invalidi di guerra e per servizio, soggiace ora alle medesime regole legislative previste per i lavoratori privati, sia per ciò che attiene alle patologie che danno titolo alle stesse sia per ciò che attiene alle specifiche procedure da seguire e le certificazioni da esibire;
- tale disciplina di riferimento, alla quale rinviamo per tutti gli aspetti di dettaglio, è rappresentata esclusivamente dalle seguenti fonti legislative e regolamentari: art.13, DL n.463/1983, convertito nella Legge n.638/1983, come modificato ed integrato dall'art.16, commi 4, 5 e 6, della Legge 30.12.1991, n.412; art. 4 Legge n.323/2000; DD.MM del 22.3.2001, del 15.12.1994 e del 12.8.1992;
- il principale elemento di novità, rispetto al precedente regime pubblicistico, è rappresentato dal fatto che i giorni di fruizione delle predette cure, nei limiti in cui è consentito effettuarle al di fuori delle ferie, devono essere necessariamente imputati alle assenze per malattia di cui agli artt.21 o, eventualmente, 22 del CCNL del 6.7.1995, in quanto riconducibili comunque allo stato di salute del dipendente. Naturalmente, sarà possibile fare riferimento all'art.22 del CCNL del 6.7.1995 solo per le cure espressamente prescritte in relazione all'infortunio o alla specifica malattia riconosciuta dipendente da causa di servizio;
- di norma, le cure termali devono essere effettuate nell'ambito del periodo feriale spettante a ciascun lavoratore. Anche l'art.16, comma 5, della Legge n.412/1991 ha confermato, indirettamente, tale regola generale, prevedendo le condizioni tassative che, eccezionalmente, consentono al

lavoratore di assentarsi per fruire delle cure termali anche al di fuori del periodo di ferie;

- per il lavoratore che, solo in presenza di dette condizioni, effettua le cure termali al di fuori delle ferie, l'assenza dal servizio, da imputare a malattia, non può mai superare i 15 giorni all'anno (art.13 Legge n.638/1983). Inoltre, al fine di evitare forme di abuso, l'art.13, comma 5, della legge n. 638/1983 stabilisce che tra i periodi di effettuazione delle cure e delle ferie deve inter-correre un periodo di almeno 15 giorni. Secondo la giurisprudenza, il limite dei 15 giorni vale anche per gli invalidi per causa di servizio (C.d.S., Sez. VI, sentenza n. 197 del 16.2.1995; TAR Liguria – Genova - sentenza n. 677 del 13.11.1990); inoltre, la previsione di un necessario intervallo di 15 giorni tra cure termali e ferie può non trovare applicazione quando la richiesta di fruizione delle prime intervenga successivamente al godimento delle ferie e le deroga può giustificarsi sulla base dei caratteri di indilazionabilità e imprevedibilità della terapia (Cass. 22 gennaio 1992, n.700). La giurisprudenza di merito (Pret. Taranto 16 ottobre 1990, n.459) ha ritenuto, infine, che se la necessità di sottoporsi a cure termali sorge quando mancano meno di 15 giorni rispetto alla fruizione delle ferie, queste devono essere posticipate; viene ipotizzato anche un differimento delle cure termali in relazione alla data di conclusione delle ferie, purché nel rispetto del limite massimo stabilito dalla legge in proposito e cioè 30 giorni dalla prescrizione medica;
- non possono essere fruite in periodo extra feriale, secondo le modalità descritte:
 - a) le cure meramente preventive, finalizzate ad impedire l'insorgenza di malattie nuove, dato che esse non sono in alcun modo previste dalla disciplina legale; in tale esclusione la Corte costituzionale con ordinanza n.459 del 16 ottobre 1990 ha escluso che possa ravvisarsi una lesione di principi costituzionali;
 - b) le cure elioterapiche, climatiche e psammoterapiche, in virtù dell'espressa previsione dell'art.13, comma 6, della Legge n.638/1983, salvo che le cure stesse non siano richieste dai seguenti lavoratori: invalidi civili con percentuale superiore ai due terzi, ciechi, invalidi per causa di guerra, di servizio e del lavoro. Restano fermi, naturalmente, anche per questi lavoratori, l'imputazione dell'assenza a malattia e le altre previsioni delle norme richiamate, compreso il limite dei 15 giorni; il punto è stato espressamente chiarito, già nel precedente regime pubblicistico, dalla citata sentenza del C.d.S Sez. VI n.197 del 16.2.1995 secondo la quale le assenze "... per cure idrotermali, elioterapiche, climatiche e psammoterapiche, non

possono superare il periodo quindici giorni l'anno anche nel caso che il richiedente sia invalido”;

- la fruizione delle cure termali deve, come detto, iniziare entro il termine massimo indicato dal medico specialista e comunque non oltre 30 giorni dalla data della prescrizione medica.

INFORTUNI SUL LAVORO E CAUSA DI SERVIZIO

1. Campo di applicazione e modalità di computo

1.1 E' attualmente applicabile la disciplina prevista, in materia di malattia dovuta a causa di servizio, dall'art.22 del CCNL del 6.7.1995?

Relativamente alla questione posta, occorre precisare che l'art.6 del D.L.n.201 del 6 dicembre 2011, convertito con modificazioni dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214, ha disposto, dalla data di entrata in vigore del decreto legge, l'abrogazione degli 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.

Tale disciplina non si applica ai procedimenti già in corso alla data di entrata in vigore del decreto legge nonché ai procedimenti per i quali, alla medesima data, non sia ancora scaduto il termine di presentazione della domanda nonché ai procedimenti instaurabili d'ufficio per eventi occorsi prima della predetta data.

Indicazioni sulle modalità di corretta applicazione del citato art.6 del D.L.n.201 del 6 dicembre 2011, con particolare riferimento al regime transitorio, sono state fornite dal Dipartimento della Funzione Pubblica con il parere del 6.8.2012, consultabile sul relativo sito istituzionale.

Le disposizioni contrattuali previste, in materia di malattia dovuta a causa di servizio, dall'art.22 del CCNL del 6.7.1995, pertanto, continuano a trovare applicazione :

- a) nei casi in cui la causa di servizio sia stata già riconosciuta al lavoratore in data antecedente all'entrata in vigore delle nuove disposizioni della Legge n.214 del 2011;
- b) nei casi in cui il riconoscimento della causa di servizio intervenga nelle ipotesi specifiche espressamente considerate nel richiamato parere n.32934 del Dipartimento della Funzione Pubblica;
- c) Nulla è innovato in materia di infortunio sul lavoro.

1.2 Nelle more del formale riconoscimento della causa di servizio, è possibile applicare alle assenze del lavoratore le previsioni dell'art.22 del CCNL del 6.7.1995?

La lettera dell'art.22 del CCNL del 6.7.1995 e successive modifiche non lasci alcuno spazio per interpretazioni "estensive".

Infatti, la clausola contrattuale stabilisce che il particolare trattamento da essa previsto si applicasse solo alla malattia "riconosciuta dipendente da causa di servizio".

Tale espressione non poteva che essere riferita solo alle assenze intervenute dopo il formale riconoscimento della "causa di servizio" della malattia che le aveva determinate.

Alle assenze precedenti si sarebbe applicato, invece, l'art.21 del CCNL del 6.7.1995 e successive modifiche.

Per la ulteriore applicazione della disciplina dell'art.22 del CCNL del 6.7.1995 si rinvia alle indicazioni riportate nel parere 1.1.

1.3 Qual è il trattamento economico dell'assenza dovuta ad infortunio sul lavoro? Al fine di determinare il superamento del c.d. periodo di comporto tali assenze si sommano a quelle per malattia?

L'art.22, comma 1, del CCNL del 6.7.1995 prevede che in caso di infortunio sul lavoro il dipendente abbia diritto alla conservazione del posto fino a guarigione clinica e comunque non oltre 36 mesi. Durante tale periodo (quindi per tutti i 36 mesi) al dipendente spetta la retribuzione di cui all'art.21, comma 7, lettera a), del medesimo CCNL. L'ulteriore periodo di assenza previsto dal comma 2, dell'art. 22, invece, non è retribuito.

Per la soluzione del secondo quesito, in assenza di espresse indicazioni del CCNL, si può trarre qualche utile indicazione dalla sentenza della Corte di Cassazione n.5501 del 12.10.1988, secondo la quale è possibile sommare le due tipologie di assenza, al fine di determinare il superamento del c.d. periodo di comporto, purché esista una indicazione in tal senso del CCNL. E' necessario, in sostanza, che il CCNL preveda un unico periodo di comporto, per la maturazione del quale rilevino sia le assenze per malattia che quelle per infortunio. Se ne desume che, in assenza di una simile previsione, le due tipologie di assenza non possono essere sommate tra di loro e, pertanto, ciascuna ha il "suo" periodo di comporto ed il "suo" regime giuridico ed economico. La dottrina (Del Punta : "La sospensione del rapporto di lavoro" in "Il Codice Civile Commentato" - Giuffrè -1992, pag.251) ritiene tale lettura

coerente con la previsione dell'art.2110 del Codice Civile che considera in modo autonomo, quindi come due eventi distinti, la malattia e l'infortunio, senza vietare, peraltro, ai CCNL di accomunarli a determinati fini. (In materia di infortuni sul lavoro si veda anche l'art.10 bis del CCNL del 14.9.2000).

1.4 Nel caso di infortunio sul lavoro o malattia dovuta a causa di servizio come devono essere conteggiati i periodi di assenza dal lavoro?

Il periodo di comporto per le assenze dovute a infortunio o a malattia riconosciuta dipendente da causa di servizio è da considerarsi unitariamente (36 mesi). Per lo stesso periodo al lavoratore è riconosciuto il diritto alla conservazione del posto e alla percezione del trattamento economico in misura intera e quindi non sussistono le condizioni per distinguere i primi 18 mesi dagli altri 18 successivi essendo unica la tutela fissata dal contratto.

1.5 In applicazione dell'art.22 del CCNL del 6.7.1995, in caso di malattia per causa di servizio, come deve essere correttamente calcolato il periodo di comporto?

L'art. 2, comma 1, del CCNL del 6.7.1995 prevede che, in caso di assenza dovuta ad infortunio sul lavoro o a malattia riconosciuta dipendente da causa di servizio, il dipendente ha diritto alla conservazione del posto fino alla guarigione clinica e, comunque, non oltre il periodo previsto dall'art.21, commi 1 e 2. In tale periodo al dipendente spetta l'intera retribuzione di cui all'art. 21, comma 7, lett. a), comprensiva del trattamento accessorio come determinato nella tabella n. 1 allegata al predetto CCNL. Pertanto, il periodo di comporto per le assenze dovute ad infortunio è un unico periodo di 36 mesi, durante il quale il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto e alla retribuzione in misura intera.

In base agli artt.21 e 22 del CCNL del 6.7.1995, non è possibile sommare le assenze dovute ad infortunio sul lavoro o a malattia dipendente da causa di servizio, a quelle dovute a malattia "ordinaria", al fine di verificare il rispetto del cosiddetto periodo di comporto e cioè del periodo massimo di conservazione del posto in caso di malattia del dipendente (si vedano in tal senso le indicazioni già fornite in materia con l'orientamento applicativo 1.3).

Trattandosi di diverse tipologie di assenza, esse sono assoggettate a regole diverse, con la previsione di uno specifico e differente periodo di comporto e di

un diverso regime giuridico ed economico delle assenze riconducibili all'una o all'altra tipologia.

In occasione di ogni assenza per malattia riconducibile a causa di servizio, quindi, l'Ente deve: fare il calcolo a ritroso del triennio di riferimento partendo dall'ultimo evento morboso; fare la sommatoria di tutti i giorni di assenza ai sensi dell'art.22 del CCNL del 6.7.1995, compresa quella in corso comunicata dal dipendente; verificare il rispetto del periodo di conservazione del posto previsto dall'art.21, commi 1 e 2, del CCNL del 6.7.1995.

Il particolare beneficio del trattamento economico per intero, sulla base dell'art.22 del CCNL del 6.7.1995, può essere riconosciuto solo in caso di assenza del dipendente riconducibile, con certezza, ad infortunio sul lavoro o a malattia riconosciuta dipendente da causa di servizio.

Per le assenze connesse a malattia "ordinaria", in materia di trattamento economico, troveranno applicazione le regole contenute nell'art.21, comma 7, del CCNL del 6.7.1995, che prevedono un sistema di progressiva riduzione della retribuzione del dipendente man mano che aumenta il numero delle assenze per malattia, nell'ambito del periodo massimo di conservazione del posto a tal fine previsto (18 mesi, ai sensi dell'art.21, comma 2); nella Tabella A allegata al CCNL del 13.5.1996 sono contenuti alcuni esempi pratici per l'applicazione dell'art.21 del CCNL del 6.7.1995, con riferimento sia al calcolo del periodo di comporto sia alla determinazione del trattamento economico da applicare al dipendente, man mano che cresce il numero dei giorni di assenza per malattia).

Ulteriore conseguenza della previsione di due distinti sistemi regolativi delle assenze per malattia, a seconda che si tratti di infortunio sul lavoro o malattia connessa a causa di servizio oppure di malattia ordinaria, è che la eventuale risoluzione del rapporto di lavoro può essere decisa dall'ente solo nel caso in cui si sia effettivamente determinato il superamento del periodo massimo di conservazione del posto stabilito in relazione a una delle due tipologie di assenza, secondo le previsioni degli artt.22 e 21, comma 2, del CCNL del 6.7.1995 (è da escludersi, infatti, una sommatoria delle diverse assenze comunque intervenute per verificare il superamento dei limiti di comporto stabiliti o dall'una o dall'altra clausola contrattuale), tenendo conto a tal fine, per ciascun computo, solo delle assenze effettivamente imputabili all'una o all'altra tipologia.

Ai fini dell'applicazione della disciplina dell'art.22 del CCNL del 6.7.1995, si possono computare solo le assenze per malattia riconducibili direttamente e specificamente alla causa di servizio o all'infortunio sul lavoro, sulla base delle formali certificazioni mediche rilasciate dalle competenti autorità sanitarie, come individuate dalla vigente legislazione.

La disciplina dell'art.22 del CCNL del 6.7.1995, sopra descritta, trova applicazione solo alle assenze effettuate dal dipendente a titolo di malattia derivante da causa di servizio successive al formale riconoscimento della "causa di servizio" della malattia che le ha determinate.

Si coglie l'occasione per ricordare che l'art.6 del D.L.n.201 del 6 dicembre 2011, convertito con modificazioni dalla Legge 22 dicembre 2011, n.214, ha disposto, dalla data di entrata in vigore del decreto legge, l'abrogazione degli 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. Tale disciplina non si applica ai procedimenti già in corso alla data di entrata in vigore del decreto legge nonché ai procedimenti per i quali, alla medesima data, non sia ancora scaduto il termine di presentazione della domanda nonché ai procedimenti instaurabili d'ufficio per eventi occorsi prima della predetta data. Indicazioni sulle modalità di corretta applicazione del citato art.6 del D.L.n.201 del 6 dicembre 2011, con particolare riferimento al regime transitorio, sono state fornite dal Dipartimento della Funzione Pubblica con il parere n.32934 del 6.8.2012, consultabile sul relativo sito istituzionale.

2. Trattamento economico

2.1 Nel caso in cui la procedura avviata dall'Ente per il riconoscimento di un infortunio sul lavoro di un dipendente presso l'Inail, si conclude con esito negativo, come deve essere considerata, sotto il profilo giuridico ed economico, l'assenza dal lavoro dello stesso già intervenuta per la durata indicata nel certificato medico a suo tempo presentato?

L'avviso della scrivente Agenzia è nel senso che la specifica e più favorevole disciplina dell'art.22 del CCNL del 6.7.1995 trovi applicazione, sulla base della formulazione della clausola contrattuale, solo nelle ipotesi in cui la effettiva sussistenza dell'infortunio sul lavoro sia stato formalmente ed espressamente riconosciuta dai competenti soggetti istituzionali o di malattia riconosciuta dipendente da causa di servizio.

Ove tale formale certificazione manchi, le assenze del dipendente, purché sempre debitamente certificate, potranno essere imputate al regime ordinario della malattia, di cui all'art.21 del CCNL del 6.7.1995, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano sia della verifica del rispetto del periodo massimo di conservazione del posto, sia della determinazione del trattamento economico spettante al lavoratore in malattia.

In caso di malattia "ordinaria", occorre, poi, ricordare anche che l'art.71 del D.L.n.112/2008, convertito nella Legge n.133/2008, ha stabilito che, con decorrenza dal 25.6.2008 (data di entrata in vigore del decreto legge), per i primi 10 giorni di assenza per malattia, si deve procedere alla riduzione del trattamento economico spettante al lavoratore secondo le previsioni contrattuali, attraverso la non corresponsione delle voci accessorie della retribuzione e con le eccezioni ivi espressamente stabilite.

2.2 Un dipendente, nel corso della propria attività lavorativa ha causato un incidente stradale guidando un automezzo comunale, assentandosi per molto tempo, continuando tuttavia a percepire lo stipendio per tutta la durata dell'assenza. L'Inail, a seguito della denuncia di infortunio da parte dell'Ente, ha rimborsato allo stesso un importo pari al 60% della retribuzione di competenza del lavoratore nel periodo di assenza, ai sensi del DPR n.1124/1965. Poiché l'art.21, comma 14, del CCNL del 6.7.1995

disciplina il solo caso della colpa di un terzo e non anche quello della colpa del dipendente che ha causato il sinistro, si chiede di sapere se l'Ente debba eventualmente procedere nei confronti del dipendente al recupero dell'importo pari alla differenza fra quanto corrispostogli a titolo di retribuzione e quanto rimborsato dall'Inail per il periodo di assenza per infortunio.

La disciplina dell'art.21, comma 14, del CCNL del 6.1.1995 trova applicazione solo ed esclusivamente nella specifica ipotesi in cui l'infermità del dipendente (malattia o infortunio non sul lavoro siano dovuti al fatto illecito di un terzo e, quindi, siano imputabili alla precisa responsabilità di questi); tale fattispecie non sembra ricorrere nel caso prospettato, dato che in questo il responsabile è lo stesso dipendente (che certo non può essere in alcun modo equiparato, sotto un punto di vista concettuale, al "terzo" preso in considerazione dalla clausola contrattuale).

La scrivente Agenzia ha già evidenziato nell'orientamento applicativo 10.9 che l'art. 21 del CCNL del 6.7.1995 non distingue tra malattia ed infortunio dovuto ad imperizia del dipendente ed altre malattie e che non è, quindi, corretto escludere le malattie o gli infortuni dovuti a negligenza o imperizia del dipendente dalla tutela prevista dallo stesso articolo 21.

Neppure in queste ipotesi è pensabile rivalersi sul dipendente per averlo dovuto sostituire in occasione di una sospensione del rapporto disciplinata e tutelata nel CCNL.

Tali indicazioni non possono non essere estese anche alla fattispecie in esame, concernente la specifica disciplina contrattuale in materia di infortunio sul lavoro e di malattie dovute a causa di servizio.

2.3 Qual è la decorrenza dell'integrazione economica derivante da invalidità per causa di servizio?

Riteniamo che la decorrenza per il riconoscimento dell'integrazione economica collegata al riconoscimento di un'invalidità come dipendente da causa di servizio debba decorrere dalla data della domanda presentata dal soggetto interessato per l'attribuzione del beneficio. Tale decorrenza può essere anche precedente alla stipula del CCNL del 14.9.2000, in quanto il beneficio in parola poteva essere legittimamente attribuito anche nel periodo precedente, secondo le indicazioni fornite dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato col parere n.742 del 1992, secondo le previsioni di legge allora vigenti.

2.4 Il dipendente assente per infortunio sul lavoro ha diritto a percepire, per tutta la durata dell'assenza, l'indennità di turno e l'indennità di reperibilità?

L'art.22, comma 1, del CCNL del 6.7.1995 stabilisce espressamente che in caso di assenza dovuta ad infortunio sul lavoro o a malattia riconosciuta dipendente da causa di servizio " al dipendente spetta l'intera retribuzione di cui all' art.21, comma 7, lettera a), comprensiva del trattamento accessorio come determinato nella tabella n. 1 allegata al presente contratto".

Pertanto, il dipendente ha diritto:

- all'intera retribuzione fissa mensile, comprese le indennità pensionabili;
- al trattamento economico accessorio come determinato nella tabella n.1 allegata al CCNL del 6.7.1995.

In sostanza, egli ha diritto allo stesso trattamento previsto dall'art.21, comma 7 lettera a) del CCNL del 6.7.1995 per le malattie superiori a 15 giorni: la differenza è che, in caso di infortunio (o malattia derivante da causa di servizio), tale trattamento spetta per 36 mesi e indipendentemente dalla durata della singola assenza (che può essere anche inferiore a 15 giorni).

Ciò premesso, questa Agenzia ha già chiarito, con riferimento all'art.21, comma 7, del CCNL del 6.7.1995 che con l'entrata in vigore della legge n.335/1995 tutti gli emolumenti corrisposti ai dipendenti sono divenuti pensionabili e che le uniche voci del trattamento accessorio che non devono essere corrisposte in caso di malattia, tenuto conto della ratio della clausola contrattuale, sembrerebbero essere solo quelle che non sono fisse e che, per la loro intrinseca natura, sono legate esclusivamente alla effettiva prestazione o alla presenza in servizio, come il compenso per il lavoro straordinario, le varie indennità di turno, reperibilità, maneggio valori.

Questi stessi principi sono applicabili anche in caso di infortunio sul lavoro o malattia derivante da causa di servizio e, pertanto, siamo del parere che il dipendente non abbia diritto né all'indennità di turno né all'indennità di reperibilità.

3. Particolari problemi applicativi

3.1 Può essere sostituita l'assenza per aspettativa per motivi personali, di cui all'art.11 del CCNL del 14.9.2000, già concessa ad un dipendente che ne aveva fatto richiesta, con la causale di infortunio sul lavoro verificatosi prima dell'inizio della stessa e che prosegue nelle giornate della aspettativa già riconosciute?

Nel merito del quesito formulato, l'avviso della scrivente Agenzia è nel senso che l'assenza per infortunio sul lavoro verificatosi prima dell'inizio della fruizione del periodo di aspettativa per motivi personali, regolarmente richiesto ed autorizzato dal datore di lavoro pubblico, prevale comunque sull'altra tipologia di assenza, data la particolare rilevanza che la disciplina legale e contrattuale attribuisce, anche sotto il profilo del trattamento economico, al particolare profilo della tutela della salute del lavoratore.

Per effetto, quindi, dell'infortunio sul lavoro, a partire dal primo giorno indicato sul certificato medico e per la durata ivi indicata, il lavoratore si deve considerare solo assente per infortunio sul lavoro, con conseguente applicazione delle previsioni, ove riconosciuto, della disciplina dell'art.22 del CCNL del 6.7.1995.

L'imputazione dei giorni di assenza a infortunio sul lavoro determina, conseguentemente, la necessaria mancata fruizione dei giorni di aspettativa per motivi personali coincidenti con gli stessi, secondo le previsioni dell'atto di concessione dell'ente.

Al termine dell'assenza per infortunio, si possono determinare diverse situazioni:

- a) i giorni di infortunio si sovrappongono completamente ai giorni di aspettativa concessi; in tale ipotesi, ove sussistano ancora le esigenze che giustificano l'aspettativa, il dipendente formulerà una nuova richiesta all'ente, indicando la nuova decorrenza e durata della stessa, nel rispetto delle previsioni dell'art.11 del CCNL del 14.9.2000;
- b) i giorni di infortunio non coprono tutti i giorni di aspettativa concessi; in questa ipotesi si ritiene che il dipendente, al termine dell'assenza per infortunio, possa avvalersi dei giorni di aspettativa ancora fruibili fino alla scadenza originariamente prevista nell'atto di concessione; ove ritenuto necessario e conforme al proprio interesse, il dipendente potrebbe eventualmente richiedere anche il prolungamento diretto (senza rientro in servizio) del periodo di aspettativa, in modo da tenere conto anche di

quei giorni che, pure concessi, sono stati invece imputati a infortunio sul lavoro. Resta ferma la necessaria valutazione della coerenza di tale prolungamento con le esigenze organizzative dell'ente.

3.2 In caso di infortunio sul lavoro, l'art.1, comma 7 della L.68/1999 comporta l'obbligo di conservare il posto al dipendente disabile anche oltre la naturale scadenza del contratto a termine?

Premettiamo, innanzitutto, che l'art.1, comma 7, della Legge n.68/1999, espressamente richiamato dall'art.10 bis del CCNL del 14.9.2000, non è applicabile in ogni caso di infortunio sul lavoro o malattia derivante da causa di servizio ma solo in caso di lavoratori che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano successivamente acquisito eventuali disabilità per infortunio sul lavoro o malattia professionale accertate ai sensi della predetta legge.

Osserviamo, in secondo luogo, che l'art.1, comma 7, della Legge n.68/1999 non prevede l'obbligo di conservare il posto in favore del dipendente con contratto a termine anche oltre la naturale scadenza del rapporto; se così non fosse, in casi estremi (disabilità permanente) si finirebbe, del tutto illogicamente e in contrasto con i principi generali in materia di accesso all'impiego, per trasformare il rapporto a termine in un rapporto a tempo indeterminato; oltretutto, quando il legislatore ha voluto prevedere che determinati istituti si applicassero nei confronti dei dipendenti con contratto a termine anche oltre la scadenza del rapporto lo ha fatto espressamente (v.art.24 D.Lgs.n.151/2001).

Pertanto, siamo dell'avviso che la disposizione citata, riferita ai contratti a termine, stia semplicemente a significare che il datore di lavoro non potrebbe in nessun caso procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro prima della scadenza del contratto.

3.3 In caso di infortunio dal lavoro di un dipendente inserito in una organizzazione del lavoro per turni, sulla base dell'art.22 del CCNL del 6.7.1995, allo stesso deve essere corrisposta anche l'indennità di turno per i giorni di assenza connessi all'infortunio?

Relativamente alla particolare problematica esposta, la scrivente Agenzia, nei propri orientamenti applicativi, ha già avuto modo di evidenziare che, in presenza di una organizzazione del lavoro per turni (nel rispetto di tutti i requisiti espressamente stabiliti a tal fine dall'art.22 del CCNL del 14.9.2000),

la relativa indennità può essere erogata al personale interessato solo se questo abbia effettivamente reso la propria prestazione lavorativa nell'ambito del turno assegnato.

Infatti, l'art.22, comma 6, del CCNL del 14.9.2000 chiaramente dispone che: "L'indennità di cui al comma 5 è corrisposta solo per i periodi di effettiva prestazione di servizio in turno".

Proprio la precisa formulazione della clausola contrattuale non consente l'erogazione della stessa in tutti i casi in cui sia mancata la effettiva prestazione del servizio in turno (quindi in tutte le ipotesi di assenza dal servizio qualunque sia la causa dell'assenza: ferie, malattia, infortunio sul lavoro, ecc.).