

Il rendimento scarso e la tutela del lavoratore invalido. Un processo più giusto per la salute e sicurezza dei lavoratori.

*Intervento di **Massimiliano Del Vecchio**, avvocato*

Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza ha un generale diritto e dovere di controllo sulla corretta ed effettiva gestione dei problemi di salute e sicurezza nella fabbrica.

Detto controllo, cui è sottesa la finalità primaria di prevenzione degli infortuni e malattie professionali, deve tenere conto non solo dei fattori di rischio comuni alla generalità dei lavoratori, ma anche di quelli specifici ed aggravati dei lavoratori già affetti da patologie preesistenti o determinate da causa di lavoro. È chiaro che il disegno di un ambiente di lavoro scevro da pericoli determini anche una migliore efficienza della produzione ed un concreto risparmio dei costi dell'impresa, sotto i profili risarcitori discendenti dall'accertato inadempimento alle regole di sicurezza e comunque della prevedibile imposizione di oneri, pesi, sino a giungere, anche di recente, ad ipotesi di "commissariamento" per ragioni di tutela ambientale, a tacere del concreto risparmio di spesa pubblica, laddove lo Stato è responsabile della assistenza sanitaria.

Si impone, dunque, la riorganizzazione del lavoro in termini di sicurezza e compatibilità ambientale e la ricognizione del diritto del datore di lavoro ad esercitare la sua azienda in termini di efficienza e produttività: a tale diritto si contrappone quello del lavoratore invalido e per ipotesi ammalatosi a causa di lavoro ad esperire la prestazione di lavoro di cui è capace senza essere valutato in termini di scarso rendimento.

Vi è da dire che la trasformazione della organizzazione del lavoro, se non eseguita con assoluta buona fede, lascerà la possibilità al datore di lavoro, che pure ha diritto di perseguire lo scopo della efficienza e produttività, di misurare il rendimento in modo oggettivo ed uguale per tutti, il che non è come può apparire, del tutto legittimo.

Tenteremo pertanto di ricercare una soluzione interpretativa del contenzioso ispirata dai principi del giusto processo, e, segnatamente di individuare i limiti del diritto del datore di lavoro di ricevere una prestazione esatta e di sanzionare il lavoratore negligente e del diritto del lavoratore con capacità lavorative ridotte per motivi di salute di offrire una prestazione inferiore ai parametri di riferimento della generalità dei lavoratori, in una organizzazione aziendale e produttiva adeguata.

Nella sentenza n. 3250 del 5/3/2003, resa per annullare il licenziamento di una cameriera che non poteva più – a cagione delle ernie di cui soffriva – pulire lo stesso numero di camere dei suoi colleghi di lavoro, la Corte di Cassazione ha ritenuto illegittimo il licenziamento in questione poiché il rendimento del lavoratore non può essere misurato in astratto, ma deve essere valutato in rapporto alle sue condizioni, dunque in modo più benevolo se il lavoratore è disabile.

Questo è l'ultimo precedente giurisprudenziale orientato nella tutela del lavoratore invalido nella fattispecie .

Sta di fatto che l'obbligazione del lavoratore non è una obbligazione di risultato, per cui il datore di lavoro non può pretendere che il lavoratore pulisca 30 stanze, se fa il cameriere, che il lavoratore, in adozione di improbabili sistemi ergonomici, avviti 30 bulloni nel tempo di 10 minuti, ma solo

pretendere che il lavoratore, qualunque lavoratore, renda diligentemente la sua prestazione.

La misura della diligenza è diversa laddove si qualifichi la prestazione dedotta in contratto come obbligazione di mezzi o obbligazione di risultato.

Se è, come è, una obbligazione di mezzi, a circoscrivere e delimitare l'adempimento o peggio l'inadempimento al contratto di lavoro, concorrono anche fattori esterni rispetto allo stesso rapporto individuale di lavoro, primo fra tutti l'organizzazione che può per ipotesi essere una organizzazione che non favorisce la cooperazione del datore di lavoro a riceversi l'obbligazione del lavoratore, può essere una organizzazione di mezzi che non si esplica secondo la buona fede nell'esecuzione del contratto: queste sono circostanze che diminuiscono la gravità dell'inadempimento del lavoratore - se sussiste inadempimento - e potrebbero, quindi, determinare la illegittimità del licenziamento irrogato al lavoratore "inidoneo" perché lavora di meno rispetto ad un lavoratore "capace", più efficiente e produttivo.

Concorrono anche circostanze soggettive del lavoratore a determinare il suo adempimento, cosicché in giurisprudenza si è valutato, ad esempio, che non fosse legittimo il licenziamento del lavoratore diabetico da una postazione che richiedeva particolare attenzione, proprio in considerazione della educazione del lavoratore disabile alla cura della patologia, cioè si è detto che il datore di lavoro poteva fare affidamento nelle capacità individuali di quel particolare lavoratore perché fosse ritenuta esplicabile in condizioni di sicurezza la prestazione di lavoro, di guisa che anche in questo caso il licenziamento non era giustificato, così come - a mio avviso - non può

considerarsi invalido e licenziabile un lavoratore che perde le gambe se lavora al centralino.

Ciò significa che la valutazione della invalidità non può che essere una valutazione soggettiva.

La giurisprudenza, tuttavia, negli ultimi assestamenti, non è giunta ad affermare il principio che possa essere imposto al datore di lavoro l'adattamento delle condizioni di lavoro e della stessa organizzazione del lavoro in rapporto alle condizioni individuali del lavoratore.

D'altra parte non si può pretendere da parte del datore di lavoro che l'organizzazione sia riferita alla generalità dei lavoratori.

Il Testo Unico delle norme antinfortunistiche, così come il sistema costruito dalla nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 7755 del 7/8/1998, ci consentirebbe di affermare, come evidenzieremo in seguito, che il lavoro deve essere adattato sulle capacità lavorative del singolo lavoratore.

Vi è una ulteriore condizione di pericolo per il lavoratore divenuto inidoneo che è quella di essere un inidoneo senza prescrizioni, perché la sua prestazione è più facilmente valutabile in termini di scarso rendimento.

Un lavoratore inidoneo che si ammala senza denunciare la sua patologia come malattia professionale, diventa un lavoratore invalido, per assunto, invalido per colpa del datore di lavoro o per colpa obiettiva del sistema di lavoro, quindi un lavoratore tecnopatico che però non ha la tutela approntata dalla contrattazione collettiva ed anche da certa giurisprudenza per escludere che possano essere valutati ai fini del compenso le assenze dovute alla patologia.

E' compito, quindi, di un sistema improntato alla cultura della sicurezza, cogliere questi momenti di difficoltà del lavoratore e consigliare la tempestiva denuncia della tecnopatia.

Nel momento in cui il lavoratore informa il datore di lavoro, insieme all'INAIL, di essere affetto da malattia professionale, lo obbliga e lo costituisce in mora contrattuale nell'adattare la sua organizzazione di lavoro a quelle che sono le sue condizioni soggettive, proteggendosi così per il tempo necessario alla guarigione o addirittura intervenendo per richiedere – vedremo appresso se sarà possibile configurare l'ipotesi – una modificazione definitiva dell'organizzazione di lavoro.

Prima di affrontare questo capo che richiede uno sforzo ermeneutico più approfondito, vorrei sgombrare il campo da una questione che mi sembra più facilmente risolvibile.

Il piano della colpa del datore di lavoro nella determinazione della patologia professionale e nel licenziamento per scarso rendimento è diverso, cioè può sussistere colpa nella determinazione della patologia e quindi una responsabilità che determina il risarcimento associata ad un licenziamento incolpevole, così come può esistere l'ipotesi di una malattia professionale cagionata per colpa del datore di lavoro il quale per buon peso licenzia illegittimamente il lavoratore, ma è bene cogliere subito questa differenziazione, perché sono diverse le tutele che possiamo apprestare.

I canoni dell'accertamento della responsabilità per la determinazione della malattia professionale sono quelli consueti: ci deve essere una violazione al generale obbligo, ex art.2087, o ad una norma di prescrizione specifica nel Testo Unico antinfortunistico.

Più complicato è verificare se sussiste la colpa nel licenziamento.

La misura è la buona fede nell'intimazione del licenziamento, quindi scindendo il piano delle responsabilità nella determinazione della patologia, se il datore di lavoro dimostra di avere eseguito tutte le ricerche possibili nell'ambito del repechage, che non intende discriminare il lavoratore e che non intende sottrarsi ai suoi doveri di cooperazione e solidarietà, lo può licenziare coniugando il diritto alla efficienza della produzione e paradossalmente il dovere di tutelare la salute dello stesso lavoratore .

Il dogma del diritto alla immutabilità dell'organizzazione del lavoro resiste da sempre ai tentativi processuali di erosione del principio sotto il profilo dell'art.3 della costituzione, della violazione del principio di uguaglianza e con la adozione delle tecniche processuali della normativa che contrasta la discriminazione sui luoghi di lavoro.

Io proporrei come campo di indagine quello dell'art.2 e dell'art.4 della Costituzione.

Una perplessità che mi è sorta da sempre è se non fosse possibile immaginare, a fronte dello ius di imperio del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2103 c.c, un corrispondente diritto del lavoratore al mutamento della sua posizione di lavoro: il lavoratore soggiace allo ius variandi del datore di lavoro per assecondare migliore produttività, comunque per ragioni che devono essere obiettivamente evidenziabili o riscontrabili anche con sindacato giudiziale. Non c'è nessuna norma che potrebbe contrastare questo diritto del datore di lavoro, giacchè esso corrisponde al libero esercizio dell'attività di impresa, l'art.41 della Costituzione, oltre che alle norme del Codice che governano il contratto di lavoro.

Non potrebbe però, il datore di lavoro, nonostante le larghe concessioni e deroghe previste dal jobs act, determinare in modo malizioso il depauperamento della professionalità: non può farlo se questo determina danno ingiusto, se leda immotivatamente il diritto alla progressione professionale, il diritto, quindi, fondato anche sull'art.2 della Costituzione, oltre che sull'art.35 e comunque il diritto al lavoro ai sensi dell'art.4.

Il lavoratore divenuto inidoneo ha diritto di offrire la sua prestazione in un modo diverso e chiedere, quindi, che il datore di lavoro intervenga per mutare la sua organizzazione?

L'impresa è – secondo una certa dottrina – una comunità intermedia tra lo Stato ed il cittadino, dove si svolge la personalità del cittadino ai sensi dell'art.2 della Costituzione, dove il diritto al lavoro fondato nell'art.4 si traduce anche nel doveroso rispetto dei principi di solidarietà a cui è improntata la nostra Costituzione.

Non è sufficiente, dunque, l'approntamento di un sistema di ammortizzatori sociali che garantisca il cittadino divenuto "inidoneo" dalla perdita del posto di lavoro: io credo che dei problemi che si verificano all'interno dell'impresa - che è una comunità intermedia tra Stato e cittadino dove si svolgono i suoi diritti fondamentali - ex art.2 - debba farsi carico innanzitutto il datore di lavoro.

Se questo può essere sostenuto allora dovremmo tentare una lettura delle norme meno restrittiva di quella adottata dalla giurisprudenza maggioritaria. Il decreto legislativo 81 del 2008 all'art.42, conservando i precetti acquisiti della legge 88 del '99 conferma anche che il lavoratore divenuto inidoneo al fine di non essere licenziato possa essere adibito a mansioni inferiori e

conferma anche che è garantito il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza.

Se è consentito, anzi è imposto che il datore di lavoro adibisca il lavoratore divenuto inidoneo a mansioni inferiori prima di licenziarlo, questo vuol dire che il datore di lavoro può e deve patire un mutamento degli assetti organizzativi e se l'interpretazione deve essere coerente con le premesse costituzionali ne deve essere tratta una interpretazione costituzionalmente orientata, è in queste norme primarie che dobbiamo fondare il diritto del lavoratore divenuto inidoneo a riceversi una sistemazione organizzativa differente.

Vi è da dire, tuttavia, che la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 18387 del 19/8/2009, ha ritenuto giustificato il licenziamento perché il datore di lavoro, una società appaltatrice dei trasporti aerei, non voleva comprare quel piccolo macchinario che avrebbe consentito al lavoratore inidoneo di espletare le mansioni con lo stesso grado di rendimento degli altri dipendenti, è una sentenza terrificante e secondo me non poteva essere resa alla luce di queste disposizioni costituzionali.

Sta di fatto, però, che l'art.168 del Decreto legislativo 81 del 2008, al primo comma, dispone: "Il datore di lavoro adotta le misure organizzative necessarie e ricorre ai mezzi appropriati, in particolare attrezzature meccaniche per evitare le necessità di una movimentazione manuale dei carichi da parte dei lavoratori."

Il primo sistema di prevenzione dalle patologie che derivano dalla movimentazione manuale dei carichi, dunque, è non effettuarlo, lo impone la legge, quindi perché non possiamo dire che il datore di lavoro, colpevole in

questo caso, non è costretto ad adottare dei sistemi che evitino la movimentazione manuale dei carichi in presenza di un lavoratore ammalato?

L'interesse collettivo alla sicurezza del lavoro può essere dunque il fondamento di una nuova categoria del pensiero, di una nuova socializzazione delle problematiche ambientali che trova le sue radici nelle storiche conquiste dei diritti della classe operaia a partire dalla L. 300 del 1970, delle quali oggi resiste solo una vaga eco non solo per colpa di una classe politica ormai poco sensibile a queste problematiche, ma anche grazie ad una giurisprudenza sempre più disattenta e burocratizzata.

Il Sindacato, dunque, in questo senso, può e deve "fare politica" della sicurezza e ricercare il confronto con i "tecnici", con la società civile e le rappresentanze parlamentari, per pretendere che si realizzi la auspicata tutela della salute del lavoratore prima di tutto nelle fabbriche, e comunque nelle sedi giudiziarie, se del caso con un miglioramento della organizzazione degli uffici e delle tecniche processuali.

Il breve excursus dello stato della giurisprudenza in tema di tutela del lavoratore invalido negli assetti produttivi, infatti, consente di rilevare un significativo distacco dagli obiettivi fissati dalla Costituzione, così come una analisi dello stato del contenzioso sui profili repressivi delle condotte illecite dei datori di lavoro in tema di sicurezza e salute dei lavoratori consentirebbe di rilevare una giurisprudenza poco solerte e talvolta assai restrittiva.

Con il primo processo Ilva la Fiom ha infranto il senso dell'impunità da parte dei datori di lavoro e manager inadempienti agli obblighi di sicurezza, che hanno patito condanne dai sei ai nove anni di reclusione.

Il processo è nato dalle nostre cause previdenziali e di lavoro, ma ad oggi rimane un fenomeno quasi isolato, dopo gli arresti giurisprudenziali conseguiti in analoghe vicende, prima tra tutte il processo Eternit, definitosi negativamente in Cassazione per quello che ai più appare come un eccessivo formalismo; o tra i tanti processi definiti per ingiustificabile durata con la prescrizione di tutti i reati.

Il principio del giusto processo introdotto con rango costituzionale dalla riforma dell'art. 111 della Costituzione non corrisponde naturalmente alla previsione necessaria di una "regolarità formale" del processo, né vale a dire, naturalmente, che prima era ammissibile un processo ingiusto.

Il principio in questione significa che il processo deve essere conforme ai valori di civiltà giuridica condivisi dalla collettività, e a me piacerebbe il sindacato protagonista della conferma di questi valori, come è quello delineato nel progetto della Fiom e, dunque, una collettività dove le vittime e gli imputati, i danneggiati e i danneggianti, i creditori e i debitori sono protetti dai soprusi.

Ciò vale a dire che al datore di lavoro, in via esegetica, potrebbe essere imposta la valutazione della negligenza della prestazione alla luce delle condizioni soggettive di salute del lavoratore, che potrebbe essergli imposta una diminuzione del profitto, se questo consente di mutare l'organizzazione del lavoro in favore dell'invalido, e che i processi dovrebbero sempre consentire la punizione dei colpevoli.

E' evidente che non vi è giustizia senza rapidità; ma soprattutto il processo è giusto se il Giudice è il garante dei più deboli, perché i forti, perché i padroni, sanno difendersi bene, e meglio, anche fuori dal processo.

Allora il sindacato può e deve fare politica per chiedere un processo giusto, per spostare il bilico della bilancia dalla parte degli sfruttati e degli oppressi, per chiedere che siano reclutati magistrati con capacità organizzative per consentire tempi di definizione delle cause più ristretti, per chiedere, e concludo, la effettività di una tutela giudiziaria che costringa i datori di lavoro alla prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, che punisca i colpevoli ed assicuri per tutti un lavoro dignitoso, anche quando le condizioni di salute determinano una prestazione di lavoro meno efficiente .