PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 16 - numero 3448 di giovedì 11 dicembre 2014

Sorveglianza sanitaria: riflessioni sulla visita medica preventiva

Un intervento sulla visita medica preventiva in relazione alla verifica di assenza di condizioni di alcol dipendenza e di assunzione di sostanze psicotrope e stupefacenti. La normativa vigente e le problematiche presenti. A cura di Pietro Ferrari.

Brescia, 11 Dic ? Per affrontare la problematica configurata nel sottotitolo dell'articolo, ritengo si debbano preliminarmente considerare le **definizioni** contenute nell'art. 2 del D.Lgs. 81/2008 -relative a: "**lavoratore**", "**datore di lavoro/dirigente**", "**medico competente**", "**sorveglianza sanitaria**", eppoi i contenuti pertinenti dell'art. 41.

Articolo 2 - Definizioni

1. Ai fini ed agli effetti delle disposizioni di cui al presente decreto legislativo si intende per:
*a) **«lavoratore»**: persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato,...*
*b) **«datore di lavoro»**: il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore ...*
*h) **«medico competente»**: medico.. che.. è nominato [dal datore di lavoro/dirigente] per effettuare la sorveglianza sanitaria...*
*m) **«sorveglianza sanitaria»**: insieme degli atti medici, finalizzati alla tutela dello stato di salute e sicurezza dei lavoratori, in relazione all'ambiente di lavoro, ai fattori di rischio professionali e alle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa;*

Articolo 41 - Sorveglianza sanitaria

1. La sorveglianza sanitaria è effettuata dal medico competente:
a) nei casi previsti dalla normativa vigente,[nonchè] *dalle indicazioni fornite dalla Commissione consultiva permanente;*

2. La sorveglianza sanitaria comprende:
e-bis) visita medica preventiva in fase preassuntiva;

*2-bis. Le visite mediche preventive **possono** essere svolte in fase preassuntiva, **su scelta** del datore di lavoro, dal medico competente o dai dipartimenti di prevenzione delle ASL. ...*

4. Le visite mediche di cui al comma 2, a cura e spese del datore di lavoro, comprendono gli esami clinici e biologici e indagini diagnostiche mirati al rischio ritenuti necessari dal medico competente. Nei casi ed alle condizioni previste dall'ordinamento, le visite di cui al comma 2, lettere a), b), d), e-bis) e e-ter) sono altresì finalizzate alla verifica di assenza di condizioni di alcol dipendenza e di assunzione di sostanze psicotrope e stupefacenti.

Si danno due ipotesi, in presenza ovviamente dell'obbligo di sorveglianza sanitaria:
- la **visita preassuntiva** rappresenta una modalità della visita preventiva, in una sorta di rapporto da specie (particolare) a genere (generale); essa è allora obbligatoria e deve concludersi con l'espressione di uno dei giudizi di idoneità alla mansione specifica;
- la **visita preassuntiva** rappresenta una modalità autonoma della sorveglianza sanitaria, (ma è) esercitabile facoltativamente dal datore di lavoro (ex art. 18, comma 1, lett. c) e g).

c) nell'affidare i compiti ai lavoratori, tenere conto delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza;

g) inviare i lavoratori alla visita medica entro le scadenze previste dal programma di sorveglianza sanitaria e richiedere al medico competente l'osservanza degli obblighi previsti a suo carico nel presente decreto;);

Nel caso tale facoltà venga esercitata, la visita medica deve concludersi con l'espressione di uno dei giudizi di idoneità alla mansione specifica.

Qui non consideriamo come entrambe le ipotesi, per aspetti diversi, appaiano esempio non trascurabile di "*contradictio in terminis*": ciò consegue alla logica secondo la quale il legislatore del 2009 ha introdotto la lett. e-bis) nel comma 2 (e, conseguentemente, ha dovuto "attaccarci" il comma 2-bis).
Sappiamo esistere interpretazioni "funzionaliste" e qualche buona ragione rispetto alla norma che stiamo considerando (lett. e-bis) e comma 2-bis); anche se non tramonta, in generale, il timore, già altra volta paventato, di una sorta di intenzione eugenetica applicata al mondo del lavoro.

Pubblicità
<#? QUI-PUBBLICITA-MIM-[SW0056] ?#>

La lettera dell'art. 2 ci dice che lavoratore è colui che svolge un'attività lavorativa e che datore di lavoro è colui il quale, titolare del rapporto di lavoro con quel lavoratore, garantisce - laddove obbligatoria e tramite il medico competente - la sorveglianza sanitaria.
La titolarità del rapporto di lavoro e insieme la dipendenza del lavoratore sono poste, sono rese attuali dal contratto individuale di lavoro, secondo la nozione dichiarata dall'art. 1321 del codice civile: "*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*".
Facendo impallidire monsieur J. de La Palice (Lapalisse), dobbiamo allora dire che prima della stipula del contratto individuale di lavoro non esiste "*un rapporto giuridico patrimoniale*".
È questo contratto ad avere "*forza di legge tra le parti*" e a poter essere sciolto "*per cause ammesse dalla legge*" (art. 1372 c.c.).
D'altro canto, dopo la stipula del contratto lo strumento tassativamente indicato per la visita medica di sorveglianza sanitaria è la visita preventiva ex art. 41, comma 2, lett. a).

Articolo 41 - Sorveglianza sanitaria
2. La sorveglianza sanitaria comprende:
a) visita medica preventiva intesa a constatare l'assenza di controindicazioni al lavoro cui il lavoratore è destinato al fine di valutare la sua idoneità alla mansione specifica;

Ora, se è ben evidente che *"la visita preassuntiva è una visita preventiva fatta prima dell'assunzione, come consentito dalla legge"* (così ritiene un noto commentatore e medico del lavoro, camuffato per l'occasione sotto lo pseudonimo di "Bernardo"), è altrettanto evidente l'individuazione dell'elemento di crisi da parte del Procuratore Guariniello quando sostiene che se visiti un lavoratore in fase preassuntiva, poi lo devi rivisitare subito [o comunque prima dell'adibizione alla mansione] in sede di visita preventiva.

Lo stesso legislatore del 2009, peraltro, non ha saputo/potuto risolvere la contraddizione.

Infatti ha voluto porre prima la norma sotto forma di obbligo, con la lett. e-bis). Per subito dopo dover ripiegare sulla **facoltatività**, col comma 2-bis. Così però deprivandola di uno dei requisiti necessari alla norma penale: la tassatività.
Da questo consegue la **non imputabilità**, cioè il fatto che nessun DL può esser ritenuto colpevole per non aver fatto svolgere la sorveglianza sanitaria tramite la visita medica in fase preassuntiva. La condizione è ovviamente che, in assunzione perfezionata, la visita abbia avuto luogo in fase preventiva all'avvio alla mansione.

Il datore di lavoro ha dunque il potere ma non anche il dovere di sottoporre i lavoratori a sorveglianza sanitaria in fase preassuntiva, secondo la contraddittoria configurazione dell'"obbligo" in questione.
Si è invero sostenuto che, in realtà, il "possono" debba applicarsi non tanto allo svolgimento delle visite preassuntive quanto alla facoltà del datore di lavoro di farle svolgere tramite il medico competente piuttosto che tramite i dipartimenti di prevenzione delle ASL.

Eppure l'antinomia è evidente : se fossero obbligatorie le visite preassuntive, non potrebbero darsi quelle preventive (..perchè tutte le visite dovrebbero svolgersi in fase preassuntiva e la violazione dell'obbligo risulterebbe sanzionata).

Nell'approcciarci, ora, all'argomento proprio della problematica che qui consideriamo, è bene porre alcune premesse:

a) l'obbligo di sorveglianza sanitaria rispetto al rischio rappresentato dalle condizioni di alcol dipendenza e di assunzione di sostanze psicotrope e stupefacenti, viene posto dal decreto integrativo e correttivo D.Lgs. 106/09 col riferimento alla lettera e-bis) nel comma 4 dell'art. 41

*4. ...**Nei casi ed alle condizioni previste dall'ordinamento**, le visite di cui al comma 2, lettere.. e-bis).. sono altresì finalizzate alla verifica di assenza di condizioni di alcol dipendenza e di assunzione di sostanze psicotrope e stupefacenti.*

b) mentre la generalità dei rischi per i quali si stabilisce la sorveglianza sanitaria è addotta **dalla** mansione (e naturalmente dall'ambiente di lavoro entro il quale la mansione si esplica), questo particolare rischio - determinato da abitudini personali dannose - si riverbera **nella** (esplicazione della) mansione. Così introducendo un rischio specifico per il soggetto interessato e/o per terzi, o aggravando rischi preesistenti.

Si tratta allora di individuare quali siano i **casi** e le **condizioni** previste dall'ordinamento.

Si è visto che alcol e sostanze psicotrope e stupefacenti sono assimilati nell'obbligo di sorveglianza sanitaria [1].
La norma che regola la materia delle alcol dipendenze e delle problematiche alcol correlate, è la legge 30 marzo 2001 n. 125 *"Legge quadro in materia di alcol e di problematiche alcol correlate".*

Essa, all'art. 2 (Finalità), comma 1, lett. a), stabilisce che:
"La presente legge:
*a) tutela il diritto delle persone ..ad una vita ..**lavorativa** protetta dalle conseguenze legate all'abuso di bevande alcoliche e superalcoliche;"*
Ed all'art. 15, commi 1 e 2, stabilisce che:
*"1. Nelle **attività lavorative** che comportano un elevato rischio di infortuni sul lavoro ovvero per la sicurezza, l'incolumità o la salute di terzi ..è fatto divieto di assunzione e di somministrazione di bevande alcoliche".*
*"2. ..i controlli alcolimetrici **nei luoghi di lavoro** possono essere effettuati esclusivamente dal medico competente ..ovvero dai medici del lavoro dei servizi per la prevenzione e la sicurezza negli ambienti di lavoro con funzioni di vigilanza..".*

Il comma 1 dell'art. 15 dava altresì mandato al Ministro del lavoro, di concerto con quello della sanità, a che fosse emanato un decreto nel quale venissero indicate le *"attività lavorative che comportano un elevato rischio di infortuni sul lavoro ovvero per la sicurezza, l'incolumità o la salute dei terzi".*
Con grande ritardo - ed essendo nel frattempo intervenuta la modifica del Titolo V della Costituzione [2] - il "decreto" vedrà la luce come Intesa in sede di Conferenza stato-regioni del 16 marzo 2006, Allegato I.
L'Allegato I si limita -su mandato di legge- alla declaratoria delle *"Attività lavorative che comportano elevato rischio di infortuni sul lavoro ovvero per la sicurezza, l'incolumità o la salute di terzi".*
Resta dunque, a tutt'oggi, irrisolto il nodo delle procedure e delle modalità attuative della sorveglianza sanitaria per l'accertamento di condizioni di alcol dipendenza.

Per inciso: le visite mediche di sorveglianza sanitaria previste dal comma 4 dell'art. 41 sono cosa altra dai controlli alcolimetrici previsti dalla legge 125/01 (art.15, comma 2) in materia di alcol e problemi alcolcorrelati.
Le prime -*"nei casi ed alle condizioni previste dall'ordinamento"*- hanno il compito di accertare l'*"assenza di condizioni di **alcol dipendenza**"* e restano in attesa dell'Accordo stato-regioni di cui all'art. 41, comma 4-bis, del D.Lgs. 81/08:
4-bis. Entro il 31 dicembre 2009, con accordo in Conferenza Stato-Regioni, adottato previa consultazione delle parti sociali, vengono rivisitate le condizioni e le modalità per l'accertamento della tossicodipendenza e della alcol dipendenza.
I secondi hanno lo scopo esclusivo di verificare il rispetto del divieto di assunzione di alcol in relazione al lavoro (e non appena durante il lavoro).

Meglio definita risulta la normazione che disciplina la verifica di eventuale assunzione di stupefacenti e sostanze psicotrope e/o

la condizione di tossicodipendenza.
La principale normativa di riferimento è rappresentata da:

Legge 22 dicembre 1975, n. 685
"Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope: Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza";

Legge 26 giugno 1990, n. 162
"Aggiornamento, modifiche ed integrazioni della legge 22 dicembre 1975, n. 685, recante <disciplina....>";

Decreto del Presidente della Repubblica **DPR 9 ottobre 1990, n. 309** [come modificato e integrato, da ultimo, dalla Legge 79/2014 [3]] *"Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza";*

Conferenza Unificata stato-regioni: Provvedimento 30 ottobre 2007 *"**Intesa**, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131 **[4]**, in materia di accertamento di assenza di tossicodipendenza";*

Conferenza Permanente stato-regioni: Provvedimento 18 settembre 2008
*"**Accordo**, ai sensi dell'articolo 8, comma 2 **[5]** dell'Intesa in materia di accertamento di assenza di tossicodipendenza, perfezionata nella seduta della Conferenza unificata del 30 ottobre 2007, sul documento recante << Procedure per gli accertamenti sanitari di assenza di tossicodipendenza o di assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope in lavoratori addetti a mansioni che comportano particolari rischi per la sicurezza, l'incolumità e la salute di terzi >>";*

E' da dire che l'equparazione -qui non discutibile- tra la condizione di tossicodipendenza e l'assunzione sporadica di sostanze stupefacenti e psicotrope, viene operata nel primo dei *considerata* in premessa all'Intesa del 30 ottobre 2007:

"Considerato che l'assunzione di sostanze stupefacenti e psicotrope, sia saltuaria sia abitudinaria, determinando alterazioni dell'equilibrio psicofisico comporta il medesimo rischio per la salute e la sicurezza dell'operatore stesso e dei terzi;"

Mentre il DPR 309/90, all'art. 125, considera esclusivamente la condizione di tossicodipendenza:

> ***Articolo 125.***
> ***Accertamenti di assenza di tossicodipendenza***
> *1. Gli appartenenti alle categorie di lavoratori destinati a mansioni che comportano rischi per la sicurezza, la incolumita' e la salute dei terzi, individuate con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanita', sono sottoposti, a cura di strutture pubbliche nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e a spese del datore di lavoro, ad accertamento di assenza di tossicodipendenza prima dell'**assunzione in servizio** e, successivamente, ad accertamenti periodici.*

Già qui vale rilevare come l'*assunzione in servizio* non possa darsi prima del perfezionamento del contratto, cioè della firma del lavoratore sul contratto individuale di lavoro. Inoltre, pur fatta salva l'equiparazione operata dall'Intesa del 2007, il successivo comma 3 dell'art. 125 stabilisce che *"In caso di accertamento dello stato di* [assunzione e/o] *tossicodipendenza **nel corso del rapporto di lavoro** il datore di lavoro è tenuto a far cessare il lavoratore dall'espletamento della mansione..."*.
Per altro verso - ma in senso qui coincidente - la stessa Corte di Cassazione ha stabilito che *"l'interesse dello Stato alla effettiva assunzione delle misure di salvaguardia della salute dei lavoratori* [e, per l'attuale ragionamento, di terzi - ndr] *non è limitato alla **fase che precede l'assegnazione alle mansioni**..." **[6]*** .Pare davvero difficile non ritenere che tale fase non possa che essere quella immediatamente post-assuntiva e preventiva all'adibizione alla mansione specifica [7]. È inoltre da tenere in conto che i richiamati Provvedimenti della Conferenza S-R sono atti amministrativi cogenti, rinforzati da "delega", da espressa previsione di legge [8].

Ebbene, essi fanno sempre riferimento al *"lavoratore";* secondo la nozione illustrata all'art. 2, comma 1, lett. a), già del D.Lgs. 626/94 *"persona che presta il proprio lavoro **alle dipendenze** di un datore di lavoro"* ed ora dell'art. 2, comma 1, lett. a), del D.Lgs. 81/08, riportato in inizio.
Inoltre - non trascurando di considerare come essi siano antecedenti al D.Lgs. 106/09 -, vale indicare lo spirito che li informava e che trova rappresentazione nella quinta e sesta premessa all'Accordo del 2008:

5. Le procedure... non devono in alcun modo rappresentare strumenti persecutori lesivi della libertà individuale o tesi ad allontanare arbitrariamente la persona dalla sua ***attività lavorativa****.* ***[9]***

6. A specifica di quanto riportato nelle premesse dell'Intesa C.U. del 30 ottobre 2007 ed in coerenza con il D.Lgs. 81/08 in materia di sicurezza sul lavoro, relativamente al fatto che i lavoratori debbano essere sottoposti ad accertamento "prima dell'assunzione in servizio" ***[10]****, si chiarisce che* **tale accertamento non è da intendere come accertamento "pre-assuntivo" ma come "visita medica preventiva" post assuntiva da eseguire comunque sul lavoratore prima di essere adibito al servizio lavorativo nella mansione specifica a rischio**.

Pare evidente, ad una disanima filologicamente attenta, come entrambe le *premesse* risulterebbero ingiustificate [11], se non manifestassero lo spirito che all'epoca le informava (e non celassero preoccupazioni rese manifeste anche in queste note).

L'aspetto problematico che permane, con riguardo alle visite preassuntive, può essere così esemplificato:
- dopo la stipula del contratto di lavoro individuale - e rispetto alle lavorazioni individuate come pericolose [12] - anche il fumare un solo "spinello", o bere un bicchiere di vino, pone il lavoratore in una condizione di illiceità, contrattuale e di legge. Condizione che **non** si pone per qualsiasi persona si trovi in condizione extracontrattuale ovvero al di fuori dell'impegno contrattuale.

Permane, inoltre, il problema dell'espressione del giudizio di idoneità alla mansione specifica. Giudizio che, per l'art. 41, comma 6, deve essere espresso dal M.C. *"sulla base delle risultanze delle visite mediche di cui al comma 2..",* dunque comprendendo la visita medica preventiva in fase preassuntiva.
Ma non tutte le visite di cui al comma 2! Dal novero è infatti esclusa - poco comprensibilmente - la visita su richiesta del lavoratore *"qualora sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi professionali o alle sue condizioni di salute, suscettibili di peggioramento a causa dell'attività lavorativa svolta, al fine di esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica;"* (art. 41, comma 2, lett. c)).

La strada più lineare parrebbe allora esser quella del ricorso, da parte del datore di lavoro, alla visita ex art. 5, comma 3, della legge 300/70:
3. Il datore di lavoro ha facoltà di far controllare l'idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico.

Pur se è stato osservato ? a mio parere giustamente - che l'art. 5 ha per scopo il divieto per il datore di lavoro di procedere ad accertamenti sulla condizione del lavoratore malato o infortunato. Scopo che non può esser considerato sostitutivo dell'obbligo di sorveglianza sanitaria.
Peraltro, l' *"idoneità fisica"* è da intendere come il riacquisto della capacità lavorativa; la quale non ha (necessariamente) a che vedere con l'idoneità alla mansione specifica e col relativo giudizio che il M.C. è obbligato ad esprimere per iscritto (obbligo sanzionato dall'art. 58, comma 1, lett. e), in relazione all'art. 41, comma 6-bis).

Tanto varrebbe, forse, lasciare al datore di lavoro la facoltà di agire - dopo la visita preventiva post assuntiva - sulla base delle disposizioni del codice civile relative alla validità del contratto, alla responsabilità contrattuale e secondo buona fede, alla conoscenza delle cause d'invalidità, senza doversi accollare l'onere di ricercare una diversa mansione di destinazione (se questa era la preoccupazione "indotta" del legislatore del 2009).

Questo è il quadro problematico, così come mi sono sentito di poterlo configurare.
Sarebbe già buona cosa il giungere a concordare che di quadro problematico si tratta.

Buon lavoro.

Pietro Ferrari
Commissione salute e sicurezza sul lavoro - Filcams-Brescia

[1] per il vero, ad oggi sono assimilate nella mera intenzione del legislatore nazionale (art. 41, comma 4, secondo periodo), fatte salve alcune delibere di Giunta Regionale che hanno valore inevitabilmente territoriale;

[2] Legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3
[3] "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36, recante disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonche' di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale." (14G00090);
[4] Legge 131/2003 *"Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3";* il suo art. 8, comma 6, consente al Governo di *"promuovere la stipula di intese in sede di Conferenza Stato-Regioni o di Conferenza Unificata, dirette a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il perseguimento di obiettivi comuni";*
[5] Art. 8 (Modalità dell'accertamento dell'assenza di tossicodipendenza): *"2. Le procedure diagnostiche e medico legali, comprese le modalità di prelievo, conservazione e catena di custodia dei campioni, sono individuate con Accordo tra lo Stato, le regioni e le province autonome, da adottarsi entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della presente intesa. L'accordo individua altresì le tecniche analitiche più specifiche con le quali effettuare la ripetizione delle analisi, garantendo affidabilità e uniformità secondo metodiche di qualità condivise."*
[6] Cassazione III penale, 2 luglio 2008, n. 26539;
[7] assegnare, dal latino *ad signare*: segnare, suggellare, fissare, attribuire, stabilire modi/condizioni/termini cui altri deve uniformarsi etc.;
[8] Art. 125, comma 1, DPR 309/90; previsione, peraltro, nuovamente posta dall'art. 41, comma 4-bis, anche per sopperire alla mancata emanazione del provvedimento sulle procedure di accertamento della alcol dipendenza in ambito lavorativo;

[9] la sentenza del TAR del Lazio (9 aprile 2009) chiamato a decidere la legittimità dell'Accordo del 2008, conferma nella sua determinazione generale (anche) questo assunto;
[10] Art. 4. Accertamenti sanitari preventivi di screening: *1. Il datore di lavoro, prima di adibire un lavoratore all'espletamento di mansioni comprese nell'elenco di cui all'Allegato I, qualunque sia il tipo di* ***rapporto di lavoro instaurato****, provvede a richiedere al medico competente gli accertamenti sanitari del caso, comunicandogli il nominativo del lavoratore interessato.*
[11] la prima, perché non necessaria alla materia (tautologica) in quanto già garantita dalla norma costituzionale; la seconda, perché inutilmente "sovrabbondante" essendo all'epoca in vigore la sola previsione della visita preventiva (anzi, il comma 3, lett. a), dell'art. 41, stabiliva espressamente il divieto alle visite mediche *"in fase preassuntiva"*);
[12] Allegato I all'Intesa 16 marzo 2006 (alcol) e Allegato I all'Intesa 30 ottobre 2007 (stupefacenti);

Questo articolo è pubblicato sotto una Licenza Creative Commons.

www.puntosicuro.it