

# LICENZIAMENTO PER ASSENTEISMO TATTICO

di *Claudia Krystle DI BIASE\**

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo. 3. Assenteismo e scarso rendimento.

## 1. Introduzione

In tema di licenziamento per *assenteismo tattico*, la giurisprudenza di legittimità<sup>1</sup> ha stabilito che lo stesso è legittimo quando il datore di lavoro dimostri una evidente violazione della diligente collaborazione del prestatore, in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento.

Occorre, innanzitutto, inquadrare giuridicamente la problematica del licenziamento individuale del lavoratore, ponendo particolare attenzione a due tipologie: *il licenziamento per superamento del periodo*

*di comporto* e *il licenziamento per giustificato motivo*.

Il licenziamento è l'atto con cui il datore di lavoro risolve unilateralmente il rapporto di lavoro con il prestatore.

La normativa di riferimento, per quanto di interesse nella trattazione, è l'articolo 2110 c.c., ove si dispone che in caso di malattia, di infortunio, gravidanza e puerperio, il rapporto di lavoro viene sospeso.

Il datore di lavoro non può licenziare il prestatore di lavoro se non dopo la scadenza del termine di conservazione del posto; tale periodo viene definito cd. di comporto.

Il periodo di comporto è quel periodo di tempo in cui il lavoratore ha diritto al mantenimento del posto nonostante una sospensione del lavoro a causa di motivi che attengono al lavoratore stesso (una su tutte, la malattia).

Il comporto è solitamente determinato

\* Avvocato.

<sup>1</sup> Cass. civ. Sez. lav., 4 settembre 2014 n. 18678.

dai contratti collettivi in base alla categoria di appartenenza del lavoratore.

Normalmente il periodo di comportamento viene computato come secco, nella ipotesi di una unica malattia di lunga durata e per sommatoria, nel caso di più malattie.

Prima della riforma Fornero (legge 92/2012), il licenziamento illegittimo per presunto superamento del comportamento (cioè il datore di lavoro riteneva erroneamente che fosse stato superato il periodo massimo di assenza), veniva punito come ingiustificato, con le conseguenze della tutela reale nelle aziende grandi oppure con l'indennità risarcitoria della tutela obbligatoria nelle altre aziende (da 2,5 a sei mensilità).

Con la modifica dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori introdotta dalla legge 92/2012, è stata prevista una sanzione specifica per il licenziamento nel periodo di comportamento. Infatti l'articolo 18 dello Statuto - tuttora applicabile ai dipendenti assunti prima dell'entrata in vigore delle tutele crescenti - accomuna il licenziamento illegittimo per superamento del periodo di comportamento alle ipotesi di licenziamento ingiustificato intimato ai lavoratori per inidoneità fisica o psichica, prevedendo la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, oltre a un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione in servizio, per un importo non superiore a dodici mensilità.

Nelle aziende piccole, invece, per i lavoratori già in servizio continuerà ad applicarsi la tutela risarcitoria da 2,5 a sei mensilità, prevista dall'articolo 8 della legge 604/1966.

Il decreto legislativo n. 23/2015 sulle tutele crescenti ha omesso di regolamentare il licenziamento per superamento del comportamento. Pertanto, con riferimento ai nuovi assunti, l'illegittimità di questo tipo di licenziamento dovrebbe rientrare nell'ambito di quelli ingiustificati, con conseguente riconoscimento di due mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità di servizio con un minimo di quattro e un massimo di 24 mensilità di retribuzione (articolo 3, comma 1 del decreto). Viceversa, nelle aziende piccole il

lavoratore potrà chiedere le tutele crescenti dimezzate, cioè una mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità con un minimo di due e un massimo di sei mensilità.

La riforma Fornero ha introdotto l'obbligo di specificare contestualmente i motivi del licenziamento (articolo 2 legge 604/1966), ponendo così una regola formale che vale sia per i lavoratori in servizio che per gli assunti a partire dal 7 marzo 2015.

Con riferimento al licenziamento per presunto superamento del comportamento, la specificazione dei motivi si traduce nella indicazione di tutte le giornate di malattia o di infortunio nella lettera di recesso, come peraltro una parte della giurisprudenza già richiedeva in passato.

Si deve ritenere, infine, che anche nel caso di licenziamento per presunto superamento del comportamento sia applicabile la procedura di conciliazione volontaria prevista dall'articolo 6 del decreto 23/2015 e che quindi il datore di lavoro possa offrire la somma indicata nella norma e commisurata all'anzianità di servizio, pari a una mensilità per ogni anno di servizio con un minimo di due e un massimo di 18 mensilità (da una a sei mensilità nelle aziende piccole).

Per poter licenziare un lavoratore, oltre alla normativa in tema di assenze, rilevante ai fini del superamento del c.d. periodo di comportamento, si devono verificare due situazioni, inerenti o un'esplicita necessità dell'impresa (es.: crisi aziendale) e può riguardare ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il suo regolare funzionamento (cd. licenziamento per giustificato motivo oggettivo) oppure un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro (cd. licenziamento per giustificato motivo soggettivo). Il licenziamento per giustificato motivo può riguardare uno o più lavoratori (licenziamento plurimo), ma è ben diverso dal licenziamento collettivo (regolamentato dalla legge n. 223/1991).

È necessario un preavviso, in base ai contratti di lavoro, in mancanza del quale il datore di lavoro dovrà pagare al lavoratore la relativa retribuzione.

## 2. Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo

Con la legge n. 92/2012 (cd. legge Fornero), il legislatore ha ritenuto opportuno prevedere che, nel caso di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro che abbia alle proprie dipendenze più di quindici lavoratori nella stessa unità produttiva o nello stesso Comune o comunque più di sessanta complessivamente, debba seguire una specifica procedura. Tale procedura, indicata nel nuovo testo dell'art. 7 della legge 604/1966, prevede che:

a) il datore di lavoro il quale ritenga di trovarsi in una delle situazioni che rendono necessario per motivi oggettivi il licenziamento di un lavoratore, prima di formalizzare il recesso dal contratto di lavoro, deve inviare alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera e, per conoscenza, al lavoratore, una comunicazione in forma scritta in cui siano indicati: l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo; gli specifici motivi alla base del licenziamento; le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato;

b) entro il termine perentorio di sette giorni decorrenti dalla data di ricezione della comunicazione, la Direzione territoriale del lavoro deve convocare il datore di lavoro e il lavoratore per un incontro, che consiste sostanzialmente in un tentativo di conciliazione, da svolgersi dinanzi alla commissione provinciale di conciliazione, prevista dall'articolo 410 del codice di procedura civile;

c) l'incontro dovrà svolgersi e concludersi entro venti giorni (di calendario) dal momento in cui la Direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione (salvo, naturalmente, che le parti non ritengano, di comune accordo, di proseguire i contatti nel tentativo di raggiungere un accordo).

Durante l'incontro, datore di lavoro e lavoratore potranno farsi assistere dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o abbiano conferito mandato, oppure da un componente della rappresentanza

sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o da un consulente del lavoro;

d) al termine dei venti giorni (o del più lungo periodo concordato tra le parti o del periodo di sospensione dovuto a legittimo e documentato impedimento del lavoratore), se non si è trovato un accordo, il datore di lavoro potrà comunicare il licenziamento al lavoratore (in forma scritta; specificandone i motivi e nel rispetto del diritto del lavoratore a prestare il contrattuale periodo di preavviso oppure, in alternativa, a ricevere la relativa indennità sostitutiva).

Una volta correttamente comunicato il licenziamento, il lavoratore ha il diritto di impugnarlo entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione.

Effettuata l'impugnazione, il lavoratore può ricorrere, alternativamente in via amministrativa, proponendo un tentativo di conciliazione o arbitrato, entro il termine di centottanta giorni dalla data dell'impugnazione;<sup>2</sup> ovvero in via giudiziaria, depositando il ricorso al giudice del lavoro, sotto pena di inefficacia dell'impugnazione, entro il termine di centottanta giorni dalla data dell'impugnazione.

## 3. Assenteismo e scarso rendimento

Nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, irrogato in ragione di numerose assenze strategiche vicine ai giorni di riposo, occorre valutare, da un lato, l'utilità di una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile da parte della società, risultando la stessa inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale e, dall'altro, la rilevanza del termine di compimento.

Da questa lettura, tuttavia, non emerge

<sup>2</sup> In caso di rifiuto del datore di lavoro allo svolgimento del tentativo di conciliazione oppure in caso di mancato accordo, il lavoratore potrà impugnare il licenziamento in sede giudiziaria, effettuando il deposito di ricorso al giudice del lavoro sotto pena di decadenza dell'impugnazione, entro sessanta giorni dalla data del rifiuto o del mancato accordo.

chiaramente la ragione del licenziamento, ovvero se per giusta causa o per giustificato motivo oggettivo, atteso il riferimento anche allo scarso rendimento. Infatti, l'eccessiva morbilità, dovuta a reiterate assenze e nei limiti del periodo di tolleranza contemplato dalla contrattazione collettiva, può integrare gli estremi dello scarso rendimento, al punto che la prestazione non si rileva più utile per il datore di lavoro.

In tal senso è intervenuta la giurisprudenza di legittimità dando, innanzitutto, qualificazione giuridica al licenziamento irrogato per giustificato motivo oggettivo.

Pertanto il problema non riguarda la qualificazione giuridica di tale licenziamento, bensì le condizioni per ritenerlo legittimo.

In particolare, la fattispecie del recesso del datore di lavoro, per l'ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, tanto nel caso di una sola affezione continuata, quanto in quello del succedersi di diversi episodi morbosi (cosiddetta eccessiva morbilità), è soggetta alle regole dettate dall'art. 2110 c.c. («l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'articolo 2118 c.c., decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità») che prevalgono, per la loro specialità, sia sulla disciplina generale della risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione lavorativa, sia sulla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali.

Ne consegue che, in generale, il datore di lavoro non può recedere dal rapporto di lavoro prima del superamento del limite di tollerabilità dell'assenza, il quale è predeterminato per legge, dalla disciplina collettiva o dagli usi, oppure, in difetto di tali fonti, determinato dal giudice in via equitativa e, dall'altro, che il superamento di tale periodo costituisce condizione sufficiente di legittimità del recesso, nel senso che non è necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse (ex multis, Cass. n. 1861/2010).

Tuttavia le assenze del lavoratore dovute

a malattia, vengono in rilievo sotto un diverso profilo che attiene alle modalità con cui le assenze si verificano. Infatti seppur avvengono per un numero esiguo di giorni (due o tre), ma sono reiterate all'interno dello stesso mese e costantemente agganciate ai giorni di riposo del lavoratore, le assenze stesse originano «una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile, rivelandosi la stessa inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale così da giustificare il provvedimento risolutorio».

Le assenze dal lavoro del dipendente, peraltro comunicate all'ultimo momento, determinano la difficoltà, proprio a causa dei tempi particolarmente ristretti, di trovare un sostituto, considerato che il lavoratore dipendente, risulta assente proprio nel turno di fine settimana o notturno, causando un'ulteriore difficoltà nella sostituzione.

È pertanto da ritenersi legittimo il licenziamento irrogato in costanza di assenze per malattia che pur non superino il periodo di comporto quando, sulla base della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore, emerga una evidente sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione e del lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento.

Né viene in rilievo in questo caso, per la causale del licenziamento, il cd. *repechage*, con il quale si esprime l'obbligazione di adibire il lavoratore licenziato in altre mansioni reperibili in azienda di analogo livello professionale.

Abstract

*L'autore, trattando dell'assenteismo tattico del lavoratore, evidenzia come il licenziamento irrogato allo stesso sia stato ritenuto legittimo dalla giurisprudenza anche in mancanza del compimento del periodo di comporta, in quanto comunque pregiudizievole per l'attività datoriale.*

*The author, treating the worker absenteeism tactical, highlights how the dismissal imposed the same is considered legitimate by law even in the absence of the completion of the period of acting, because anyway detrimental to the employer's activities.*