

ANNALISA ROSIELLO

IL LICENZIAMENTO PER SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO DOPO LA RIFORMA FORNERO

Sintesi

L'entrata in vigore della L. 28 giugno 2012, n. 92, c.d. Legge Fornero, ha segnato una rivisitazione degli effetti sanzionatori e procedurali della tutela reale, introducendo differenti regimi di tutela a seconda della tipologia di illiceità/illegittimità (Vannoni, Il processo del lavoro dopo la c.d. Legge Fornero: riflessioni e rilievi critici, Pianeta lavoro e tributi, n. 18/2012). In questa sede si intende approfondire più nel dettaglio le questioni legate al licenziamento per superamento del periodo di comportamento così come disciplinato dal testo uscente dalla riforma, segnatamente con riguardo alle aziende che occupano oltre 15/60 dipendenti (per le aziende che occupano meno di 15/60 dipendenti il quadro generale non ha subito particolari variazioni).

Il quadro normativo generale

Con riguardo alla necessità di proporre - anche per tale ipotesi - il tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 7, dopo qualche dubbio (e differenti modi di agire da parte delle aziende) è intervenuta la nota 12 ottobre 2012, prot. n. 12886, del Ministero del lavoro con cui si è definitivamente chiarita la non necessità del tentativo di conciliazione, conformemente all'orientamento giurisprudenziale che nega l'assimilabilità di siffatto licenziamento ad un licenziamento per motivo oggettivo.

Sul piano più strettamente sostanziale e delle conseguenze sanzionatorie, la normativa invocabile nello specifico è quella contenuta al comma 7 del nuovo testo dell'articolo 18, laddove si legge: "Il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo (ovvero reintegrazione e risarcimento fino ad un massimo di n. 12 mensilità dedotto l'aliun-

de perceptum e percipiendum con possibilità di esercitare l'opzione delle 15 mensilità in luogo della reintegrazione) nell'ipotesi in cui accertati... che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'art. 2110, secondo comma, c.c."

La normativa civilistica di cui all'articolo 2110 c.c. stabilisce il diritto del datore di lavoro di recedere dal rapporto decorso il periodo c.d. di comportamento, normalmente stabilito dalla contrattazione collettiva di settore.

Nessuna particolare questione (né sul piano sostanziale né sul piano procedimentale) si pone nel caso in cui il datore di lavoro proceda, ad esempio per un errore di calcolo, al licenziamento prima che sia decorso il periodo di comportamento. Sulla base delle nuove norme il Giudice dovrà disporre la reintegrazione del lavoratore e la tutela risarcitoria di cui sopra si è brevemente dato conto (salva l'applicazione della tutela "reale piena" nel caso in cui emergano profili discriminatori, A. Rosiello, *Gli effetti del*

licenziamento discriminatorio nella disciplina esistente e nelle prospettive di riforma, in Pianeta lavoro e tributi, n. 7/2012). Con la recente disposizione, peraltro, si dovrebbe essere definitivamente risolto il contrasto tra due contrapposti orientamenti giurisprudenziali: da un lato quello che riteneva il licenziamento intimato prima del superamento del periodo (solo) come temporaneamente inefficace e dall'altro quello - maggioritario e più recente - che lo reputava radicalmente nullo per violazione della normativa imperativa di cui al cit. articolo 2110 c.c., con le conseguenze tutte di cui all'articolo 18 dello Statuto Lavoratori.

Ad analoghe conclusioni dovrebbe giungersi nel caso in cui il datore di lavoro, invocando il motivo oggettivo legato alle numerose assenze del lavoratore (c.d. eccessiva morbilità), proceda al licenziamento. La giurisprudenza pressoché unanime aveva già escluso la legittimità di una simile operazione e non pare che la riforma pos-

sa aver determinato, sotto tale profilo, una inversione di rotta.

Superamento del periodo di comportamento per responsabilità del datore di lavoro o dei preposti

Qualche problema interpretativo in più si è posto e potrebbe continuare a porsi, invece, nel caso in cui il lavoratore abbia pacificamente superato il periodo di comportamento, ma per cause attribuibili a responsabilità del datore di lavoro.

Si pensi, ad esempio, ai casi di lavoratori vittime di *mobbing*, *straining*, demansionamento, molestie sessuali o *stalking* occupazionale o, più in generale, di condotte contrarie ai principi stabiliti dall'articolo 2087 c.c..

Queste situazioni, come noto, causano quasi sempre prolungate assenze del lavoratore che le subisce e rischiano di provocare la perdita del posto di lavoro per superamento del periodo di comportamento.

Sul piano sostanziale, gli effetti sono gli stessi di cui si è dato conto a livello generale: nel caso in cui dovesse emergere che le assenze siano in tutto o in parte avvenute per responsabilità del datore di lavoro o dei preposti, il Giudice condanna l'azienda alla reintegrazione nonché al pagamento di un'indennità risarcitoria fino ad un massimo di 12 mensilità, dedotto *l'aliquota*

perceptum e percipiendum (salvo che emergano profili discriminatori, in relazione ai quali è sempre invocabile la tutela "reale piena").

E' infatti orientamento costante e condiviso che, in ipotesi di superamento del periodo di comportamento, le assenze del lavoratore per malattia non giustificano il recesso del datore di lavoro ove l'infermità sia, comunque, imputabile a responsabilità dello stesso datore di lavoro; chiaramente il Giudice dovrà, in siffatte ipotesi, necessariamente accertare: a) le condotte vessatorie, b) la sussistenza e la durata della patologia che ha condotto a superare il comportamento e c) il nesso causale tra le prime e la seconda.

Questi sono i presupposti e gli accertamenti a nostro avviso minimi ed *indispensabili* per giungere ad una pronuncia, anche nella prima e "sommatoria" fase, che si conclude con un'ordinanza.

Spunti critici e conclusioni

In direzione contraria sembrano andare alcune pronunce secondo le quali unico accertamento *indispensabile*, ai sensi del nuovo rito, sarebbe quello legato "al dato documentale ed oggettivo del fatto del decorso dei termini di comportamento" (v. Trib. Milano, ordinanza 26 settembre 2012 e Trib. Milano, ordinanza 7 settembre 2012); accertato l'effettivo superamento del comportamento, il licenziamento - almeno in fase

"sommatoria" - dovrebbe essere salvo.

Si ritiene invece che una lettura costituzionalmente orientata della norma in questione consenta anche nella fase sommaria (cioè quella che si conclude con ordinanza del Tribunale) l'assunzione "degli atti di istruzione indispensabili per l'accertamento", quali informatori e in ipotesi anche di una CTU volta ad accertare il nesso causale tra condotte e patologia. Diversamente, il Giudice potrà evitare di demandare ad un proprio perito l'accertamento della malattia da cui è derivato il superamento del comportamento nel momento in cui vengano allegare e provate le circostanze sia mediche, sia relative alle condizioni di lavoro e ciò sulla base degli argomenti e dei documenti forniti e prodotti. Ciò, peraltro, in analogia con quanto spesso sostenuto in materia di compatibilità tra accertamenti peritali o più approfonditi e procedura ex articolo 700 c.p.c.

Sarà dunque in queste ipotesi *indispensabile*, al fine di non vanificare la portata del nuovo rito ed imporre al lavoratore - necessariamente - due fasi processuali (con doppi oneri), che l'accertamento del Giudice non si limiti ad una verifica dei giorni effettivi di assenza ma anche alla riconducibilità delle predette assenze a condotte dolose, colpose o comunque imputabili a responsabilità, ex articolo 2087 c.c., del datore di lavoro.