

Le conseguenze dell'assenza ingiustificata ex lege sul rapporto di lavoro (di Eufranio Massi)

Sono molte le questioni che i datori di lavoro sono chiamati a risolvere per effetto della certificazione verde, obbligatoria per i lavoratori dal 15 ottobre: fra queste spiccano le conseguenze dell'assenza ingiustificata

Sono molte le questioni che i datori di lavoro sono chiamati a risolvere per effetto della certificazione verde, obbligatoria per i lavoratori, per poter accedere alle attività sul posto di lavoro: già la definizione normativa che, tra un attimo, citerò, ha una forte valenza, atteso che **blocca ogni compenso di natura economica nei confronti del lavoratore inottemperante all'obbligo** ma, con essa non terminano i problemi, in quanto ci sono una serie di casi correlati che necessitano di una soluzione, come ad esempio **le conseguenze dell'assenza ingiustificata ex lege sul rapporto di lavoro**.

Ma andiamo con ordine, partendo dalla previsione del [comma 6 dell'art. 3 del D.L. n. 127/2021](#) che ha introdotto nel "corpus" del D.L. n. 52/2021 l'articolo 9-septies: essa afferma che: *"I lavoratori di cui al comma 1, nel caso che comunichino di non essere in possesso della certificazione verde COVID-19 o, qualora risultino privi della predetta documentazione al momento dell'accesso al luogo di lavoro (ne sono esonerati unicamente coloro che sono in possesso di idonea certificazione medica redatta secondo i criteri stabiliti in una circolare del Ministero della Salute), sono considerati assenti ingiustificati fino alla presentazione della predetta certificazione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro. Per i giorni di assenza ingiustificata non sono dovuti la retribuzione, né altro compenso o emolumento, comunque denominato"*.

Fin qui il Governo con funzioni di Legislatore: quanto sopra consente, a mio avviso, una riflessione completa sulle conseguenze derivanti dal comma appena indicato che, per i dipendenti della Pubblica Amministrazione è, invece (con contenuto del tutto analogo) il comma 6 dell'art. 1.

L'assenza ingiustificata ex lege (istituto nuovo ben diverso rispetto a quella di analogo nome contenuto nei CCNL e che presenta diverse assonanze con la sospensione) ha origine nel momento in cui il datore di lavoro (o un suo delegato) dopo aver registrato che il dipendente non è in possesso di un idoneo "green pass", procede, immediatamente, al suo allontanamento dal posto di lavoro facendo, opportunamente, seguire alla disposizione orale anche una nota scritta, pur se inviata per e-mail.

Ma, cosa si intende per luogo di lavoro?

Credo che si possa prendere a riferimento l'[art. 62 del D.L.vo n. 81/2008](#) il quale stabilisce che *"sono i luoghi destinati a ospitare posti di lavoro, ubicati all'interno dell'azienda o dell'unità"*

produttiva, nonché in ogni altro luogo di pertinenza dell'azienda o dell'unità produttiva accessibile al lavoratore nell'ambito del proprio lavoro".

Il datore di lavoro può, anche attraverso il proprio delegato, venire a conoscenza dell'assenza della certificazione valida **in uno dei seguenti modi:**

1. Con la comunicazione inviata autonomamente dal dipendente al proprio datore prima dell'ingresso sul posto di lavoro;
2. Con la risposta alla richiesta avanzata, con preavviso, per specifiche esigenze organizzative, secondo la previsione dell'[art. 3 del D.L. n. 139/2021](#), che ha inserito, nel "corpus" del D.L. n. 52/2021, l'art. 9-octies. In assenza di un termine preciso già stabilito dalla norma, ritengo che lo stesso non possa che essere correlato alla specifica esigenza organizzativa la quale, a mio avviso, va resa nota al dipendente, unitamente alla richiesta di comunicazione circa il possesso del "green pass". Essa potrà riguardare (ma gli esempi non sono assolutamente esaustivi della vasta gamma ipotizzabile) l'organizzazione di un lavoro a turni, la necessità di preparare la squadra per una trasferta, la necessità di far fronte ad un ordinativo o una commessa precisa da evadere in tempi stretti, ecc.;
3. Con l'accertamento, nel momento dell'accesso sul posto di lavoro con il controllo avvenuto con l'app Verifica C19, o con il servizio di verifica automatica di cui parla il messaggio INPS n. 3589 del 21 ottobre 2021, o con altri sistemi idonei o, in sede "campionatura" anche durante l'orario di lavoro.

La disposizione stabilisce, innanzitutto due punti fermi di basilare importanza: **l'assenza ingiustificata ex lege non è portatrice di alcun provvedimento di natura disciplinare ed il dipendente ha diritto alla conservazione del posto di lavoro.** Tutto ciò significa che:

1. Nessuna contestazione disciplinare secondo la procedura prevista dall'[art. 7 della legge 300/1970](#) o dal CCNL applicato in azienda è possibile, neanche sotto forma di mero richiamo verbale annotato nel casellario del lavoratore. Un provvedimento che "prendesse corpo" a seguito della mancata esibizione di "green pass" non valido, sarebbe nullo "alla radice" in quanto contrario ad una norma di legge e tale nullità, in sede di ricorso, potrebbe essere riconosciuta sia dal giudice che dal collegio di conciliazione ed arbitrato previsto dal CCNL o a seguito della previsione contenuta nel comma 6 dell'art. 7 della legge n. 300/1970, se aditi con le modalità individuate dalla legge o dal contratto collettivo;
2. L'assenza ingiustificata ex lege non ha effetti sul rapporto di lavoro, atteso che la disposizione parla di "diritto alla conservazione" fino al prossimo 31 dicembre, data di cessazione dello stato di emergenza. Qui, la differenza con l'assenza ingiustificata "normale" appare evidente, in quanto, se prolungata, quest'ultima può portare al licenziamento, cosa esclusa, invece, dal comma 6 dell'art. 3.

Ovviamente un recesso datoriale che avvenisse dopo tale data, **non potrebbe considerare l'assenza del certificato verde quale "aggravante"** rispetto ad altri fatti contestati.

Ma, allora, **quali sono le conseguenze** dirette ed indirette, per il lavoratore che non adempie all'obbligo di esibire un "green pass" in corso di validità?

Il comma 6 stabilisce che non sono dovuti per i giorni di assenza la retribuzione o qualsiasi altro emolumento, comunque denominato e per il resto, al momento, non è che il Ministero del Lavoro o altra Amministrazione centrale abbiano brillato nel fornire indicazioni, fatta eccezione di FAQ presenti nel sito istituzionale del Governo che non affrontano la vasta gamma delle questioni presenti e che, comunque, nella gerarchia delle fonti amministrative presentano una scarsissima rilevanza, come ci ha ricordato di recente, la prima sezione del Consiglio di Stato con la [sentenza n. 1275 del 20 luglio 2021](#).

Fatta questa breve ma doverosa premessa ritengo, senza aver una pretesa di esaustività, che dal dettato normativo scaturiscano **una serie di conseguenze** che possono così riassumersi:

1. Il dipendente, non essendoci alcuna attività lavorativa, **non potrà rivendicare la retribuzione** per i giorni di assenza, pur se abbia fornito, anche per iscritto, la propria disponibilità;
2. Il dipendente, per quelle giornate di assenza, **non potrà percepire le indennità** legate alle sue mansioni che presuppongono la presenza sul posto di lavoro come, ad esempio, l'indennità di cassa, di rischio o di lavoro disagiato;
3. Il dipendente **non potrà percepire una quota del premio di produttività** se, ad esempio, tra i criteri applicativi si rinvenga quello della presenza in servizio (ovviamente, in relazione alle giornate di assenza);
4. Il dipendente **non potrà percepire i "buoni pasto"** o altra indennità di mensa, né usufruire dello specifico servizio, per i giorni di assenza;
5. I giorni di assenza **riverberano i loro effetti sulla maturazione degli scatti di anzianità** che, in via generale, viene calcolata in base ai giorni di calendario comprendendo i periodi lavorati, e quelli non lavorati come ferie, permessi, malattia, maternità, integrazione salariale, permessi [ex lege n. 104/1992](#), mentre non permettono il decorso dell'anzianità le assenze ingiustificate, quelle non retribuite, le aspettative ed i permessi non retribuiti;
6. Ci potrebbero essere **riflessi sulla tredicesima mensilità** ove, normalmente, i contratti collettivi ne fissano l'entità in una somma pari alla normale mensilità o alla retribuzione di fatto per il personale con retribuzione fissa mensile e a un certo numero di ore per i lavoratori con retribuzione oraria. Nella tredicesima vanno calcolati, infatti, i soli elementi che hanno natura retributiva con caratteri, ricorda la Cassazione con la [sentenza n. 4119 del 24 giugno 1981](#), di obbligatorietà, continuità e determinatezza, fermo restando che se il CCNL applicato indica, espressamente, le voci che debbono

essere computate, occorre tener conto anche di elementi determinati, non previsti, se corrisposti con continuità, come l'indennità disagiata e l'EDR che, ovviamente, non possono essere riconosciuti per i giorni di assenza;

7. Ci potrebbero essere **riflessi anche sulla quattordicesima mensilità** (o gratifica annuale o premio annuo), laddove prevista dal CCNL (o, se non prevista, dal contratto aziendale);
8. Ci potrebbero essere **riflessi sul trattamento di fine rapporto**, in quanto, ai sensi dell'art. 2120 c.c., l'ammontare è uguale, per ciascun anno, alla somma della retribuzione utile, divisa per 13,5: l'assenza ingiustificata ex lege che blocca la retribuzione per i giorni di assenza, comporta che la retribuzione non corrisposta per quei giorni di assenza non possa rientrare nel computo appena descritto;
9. Per i giorni di assenza **il datore di lavoro non versa i contributi previdenziali ed assistenziali** in quanto si è in presenza di una assenza ingiustificata ex lege, equiparabile, nella sostanza, ad una sospensione, ove non sussiste alcun trattamento economico. Se, ad esempio, la predetta assenza dal lavoro dovesse coprire il periodo massimo ora previsto (15 ottobre - 31 dicembre) si avrebbero due mesi e quindici giorni di mancata contribuzione, cosa che potrebbe avere una certa rilevanza allorquando l'interessato dovrà fare i propri conteggi per il pensionamento;
10. Nei giorni successivi all'accertamento della mancanza del certificato verde cosa che, ripeto, genera l'assenza ingiustificata ex lege, **non si ha diritto alla fruizione dei permessi retribuiti** previsti dalla legge n. 104/1992 essendo il rapporto, nella sostanza, sospeso. Tale discorso è, altresì, riferibile a tutti i permessi previsti nel nostro ordinamento che postulano l'esistenza di un rapporto di lavoro "attivo";
11. Una volta accertata, a seguito di controllo, l'assenza ingiustificata del D.L. n. 127/2021, **il lavoratore non può chiedere la fruizione delle ferie**, né queste ultime maturano, essendo correlate alla prestazione lavorativa. Ovviamente, "nulla quaestio" se le ferie siano state richieste e siano "in godimento" prima di un controllo con esito negativo, atteso che la verifica del "green pass" avverrà con il rientro in servizio del lavoratore;
12. Una volta accertata l'assenza, **il lavoratore non potrà chiedere e il datore di lavoro concedere, di continuare la prestazione dal proprio domicilio in modalità di telelavoro o di "smart-working"**, atteso che non pare possibile intervenire sugli effetti dell'assenza ingiustificata ex lege che comportano la perdita di qualunque emolumento economico per i giorni successivi, fino al rientro sul posto di lavoro con un "green pass" valido o, in mancanza, fino al 31 dicembre p.v.. Questa disposizione non trova applicazione, ad esempio, nei settori sanitari e socio sanitari, delle case di riposo e degli studi medici ove la normativa speciale prevista dal D.L. n. 44/2021, a determinate condizioni, ritiene possibile anche il lavoro "da remoto";

13. La presentazione di un certificato di malattia dopo la verifica della mancanza del certificato verde **non comporta l'erogazione della indennità**. Ovviamente, il caso si presenta in maniera diversa, laddove lo stato di morbilità viene comunicato al datore di lavoro prima del momento in cui scatta l'obbligo della verifica (ad esempio, il 14 ottobre o dopo la presentazione di un certificato valido a seguito di tampone - quindi con una valenza oraria - e prima di una successiva verifica);
14. Se l'assenza ingiustificata ex lege si protrae nel tempo e il datore di lavoro richiede un intervento di integrazione salariale, anche ai sensi del recente D.L. n. 146/2021, il **lavoratore non può accedere al trattamento di sostegno** finché dura il proprio "status" e non si presenta sul posto di lavoro con una certificazione verde valida;
15. Se il lavoratore, trovato senza "green pass", è titolare di un contratto a tempo determinato o di somministrazione a termine, **i giorni di assenza non possono essere recuperati ex lege alla scadenza del rapporto** come è accaduto, a metà del 2020, per un breve periodo, durante la pandemia. Ovviamente, le parti pur con un contratto, temporalmente, scaduto possono procedere al rinnovo nel rispetto delle condizioni stabilite dagli articoli 19 e seguenti del [D.L.vo n. 81/2008](#) e, qualora ne sussistano le condizioni, anche senza apporre la causale, cosa consentita dal Legislatore, fino alla fine dell'anno, attraverso l'art. 17, comma 1, del D.L. n. 40/2021;
16. Se il lavoratore è un autonomo, titolare o meno di partita IVA, o un collaboratore coordinato o anche di natura occasionale, la mancanza del certificato verde genera **l'impossibilità per lo stesso di fornire la propria prestazione sul luogo di lavoro**. Non essendoci alcuna retribuzione che è tipica del rapporto di lavoro subordinato, l'interessato non potrà svolgere, come detto, alcuna attività: di conseguenza, il rapporto contrattuale si sospenderà e, qualora lo "status" di inottemperanza prosegua, si potrebbe giungere alla risoluzione per inadempimento o impossibilità sopravvenuta.

Dello stesso argomento, leggi anche:

[Le ultime novità sul Green pass](#)

[Green pass: tutte le domande ricorrenti](#)