

Licenziamenti per motivo oggettivo: fugati alcuni dubbi interpretativi, ma resa più gravosa la procedura di conciliazione preventiva

di Maria Tuttobene

1. Niente conciliazione preventiva nel caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto

L'art. 1, comma 40, della legge n. 92 del 28 giugno 2012, riscrivendo integralmente l'art. 7 della precitata legge del 1966, ha stabilito che il licenziamento per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa – qualora venga disposto da un datore di lavoro che occupi alle sue dipendenze più di 15 dipendenti nella stessa unità produttiva o nello stesso comune, ovvero più di 60 dipendenti in totale – debba necessariamente essere preceduto dall'esperimento di un tentativo conciliativo presso la Direzione territoriale del lavoro del luogo ove il lavoratore presta la sua attività⁽¹⁾

⁽¹⁾ Per un approfondimento sulla procedura di conciliazione preventiva, si veda P. Rausei, M. Tuttobene, *Il nuovo quadro regolatorio tra incertezze e maggior potere ad libitum dei giudici*, in P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), [*Lavoro, una riforma sbagliata*](#), ADAPT University Press, 2012, 129 ss. Il tema è stato successivamente affrontato da M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, 256 ss.

Oggi, a distanza di un anno, il legislatore ritorna sul tema per apportare talune precisazioni sulla cui opportunità sorge, come vedremo, qualche dubbio.

Segnatamente, l'art. 7, comma 4, del decreto legge n. 76 del 28 giugno 2013, meglio noto come "Pacchetto Lavoro", novella il comma 6 dell'art. 7 della legge n. 604, inserendo due nuovi periodi: il primo, in apertura della norma, esclude talune tipologie di licenziamento dall'ambito di applicazione della procedura di conciliazione preventiva ed il secondo, a chiusura, disciplina gli effetti della mancata comparazione delle parti dinnanzi la commissione conciliativa.

Anzitutto, si chiarisce espressamente che la procedura in oggetto non si applica al licenziamento per superamento del periodo di comportamento (che, com'è noto, costituisce il periodo di conservazione del posto di lavoro durante le assenze per malattia) di cui all'articolo 2110 del codice civile, ma non è questa una novità assoluta. Il legislatore si limita, invero, sul punto, a recepire quanto già puntualizzato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, dapprima con la circolare n. 3 del 16 gennaio 2013 e successivamente con il *vademecum* sulla Riforma del Lavoro, diffuso con lettera circolare del 22 aprile 2013. Nello specifico, il Dicastero aveva optato per la non applicabilità della procedura in tale ipotesi, sulla base della considerazione che il licenziamento per superamento del comportamento rientra in una fattispecie diversa dal recesso per giustificato motivo oggettivo, e precisamente in quella dei cd. licenziamenti *ad nutum*, che costituiscono casi eccezionali di risoluzione del rapporto di lavoro in mancanza di qualsivoglia motivo.

Il recepimento nella legge dei suddetti chiarimenti ministeriali consente quantomeno di fugare, una volta per tutte, quelle incertezze interpretative venutesi a creare nell'applicazione della norma e che sono state alimentate negli ultimi mesi dalle posizioni, non univoche, assunte sulla materia dalla giurisprudenza di merito. Due recenti sentenze del medesimo Tribunale di Milano, rispettivamente del 5 marzo e del 22 marzo 2013, si sono, infatti, espresse sul punto in senso opposto tra loro. Mentre la prima ordinanza aveva sposato l'orientamento ministeriale, quella di poco successiva aveva condannato il datore di lavoro ad un risarcimento a favore del dipendente pari a sei mensilità di retribuzione per omesso esperimento della procedura conciliativa, stabilendo che quest'ultima dovesse essere espletata anche a fronte di un licenziamento

per superamento del comporta, in quanto riconducibile, a tutti gli effetti, alla categoria dei licenziamenti per motivo oggettivo.

Quest'ultima pronuncia aveva così indotto le aziende a richiedere prudenzialmente l'attivazione della procedura pur sapendo che la Direzione territoriale del lavoro, in conformità alle indicazioni ministeriali, non avrebbe comunque accolto una tale istanza, con conseguente spreco da parte delle aziende stesse di risorse e di tempo, spreco a cui il decreto legge sembrerebbe oggi voler rimediare.

2. Altri casi di esclusione dalla procedura conciliativa: licenziamenti per cambio di appalto o per completamento delle attività e chiusura del cantiere nel settore edile

L'art. 7, comma 6, della legge n. 604/1966, così come ritoccato dal "Pacchetto Lavoro", esclude inoltre dall'obbligo di conciliazione preventiva "i licenziamenti e le interruzioni del rapporto di lavoro a tempo indeterminato di cui all'art. 2, comma 34, della legge 28 giugno 2012, n. 92". Il riferimento è qui a quelle casistiche di risoluzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per cui il datore di lavoro non è tenuto a versare, limitatamente al periodo 2013-2015, il contributo di licenziamento per il finanziamento dell'Assicurazione sociale per l'impiego (Aspi). Più in dettaglio, si tratta dei licenziamenti effettuati per cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro in virtù di clausole sociali di garanzia della continuità occupazionale previste dai CCNL stipulati dalle OO.SS. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché dei licenziamenti per completamento delle attività e chiusura del cantiere nel settore delle costruzioni edili.

Relativamente alla prima ipotesi di esclusione, è agevole comprendere le ragioni ad essa sottese. Nel caso di specie, infatti, essendo comunque garantita la prosecuzione occupazionale dei lavoratori impiegati nell'appalto, è poco probabile incorrere in una lite giudiziale, con il conseguente venir meno della ratio del meccanismo di conciliazione preventiva, che è appunto quella di deflazionare il contenzioso ricorrendo alla definizione preventiva e consensuale delle eventuali controversie.

Alcuni dubbi sorgono invece in merito alla seconda ipotesi, dove il legislatore sembrerebbe smentire le indicazioni precedentemente fornite dal Ministero del Lavoro nella richiamata circolare n. 3/2013, secondo cui il “licenziamento di un lavoratore a tempo indeterminato in edilizia, anche per chiusura del cantiere (Cass. sent. 1162/1993; Cass. sent. n. 2364/1989)” deve considerarsi ricompreso nell’ambito dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e quindi da assoggettare alla procedura preventiva di conciliazione.

3. La mancata comparazione delle parti al tentativo di conciliazione diventa un comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione

Fermo restando quanto sopra, una notevole novità procedurale è introdotta dall’ultimo periodo del nuovo art. 7, comma 6, della legge n. 604/1966, che così recita: “la mancata presentazione di una o entrambe le parti al tentativo di conciliazione è valutata dal giudice ai sensi dell’articolo 116 del codice di procedura civile”.

Prima di entrare nel merito di quest’ultima norma, merita di essere richiamato il *vademecum* ministeriale del 22 aprile 2013, con cui è stato sul punto chiarito che, in caso di mancata presentazione del datore di lavoro nel giorno della convocazione per l’espletamento del tentativo di conciliazione presso la DTL competente, il personale incaricato provvederà a redigere il verbale di mancata presenza e la procedura si intenderà comunque esperita.

Tale prassi risulta confermata anche alla luce della novellata disposizione di legge, ma di fatto con ben diversi effetti sul piano pratico.

Disponendo che la mancata presentazione del lavoratore e/o del datore di lavoro rileva ai sensi dell’art. 116 del c.p.c., il legislatore intende fare riferimento, in particolare, alla previsione contenuta nel secondo comma del succitato articolato, secondo la quale “il giudice può desumere argomenti di prova [...] in generale dal contegno delle parti stesse nel processo”.

La correzione normativa apportata dal decreto legge n. 76 del 28 giugno 2013 finisce così per estendere al di fuori della fase processuale l’arco temporale di valutazione del contegno delle parti, con la conseguenza che ai fini decisori il giudice potrà rilevare non solo il comportamento

tenuto dalle parti durante il processo, ma anche la mancata presentazione di una o entrambe le parti stesse al tentativo di conciliazione obbligatorio. In altri termini, la omessa comparazione davanti al conciliatore diviene un elemento dal quale il giudice potrà desumere, nell'eventuale successivo processo civile, utili argomenti di prova, tuttavia con la doverosa precisazione che questi ultimi, a differenza delle "prove", rappresentano orientamenti generici e non vincolanti nella formazione della decisione giudiziale, aventi valore complementare e sussidiario rispetto alle prime, e che quindi soltanto eccezionalmente possono costituire l'unica fonte di convincimento del giudice.

La novità descritta, che in pratica traspone nell'istituto in esame le regole della mediazione civile e commerciale, può essere letta in due chiavi contrapposte: in positivo, quale stimolo a definire la lite in via extragiudiziale, mentre in negativo se ne può evidenziare il rischio di creare un ulteriore ed inutile appesantimento burocratico, con conseguenti costi aggiuntivi a carico dei datori di lavori e degli uffici amministrativi.

Nel primo senso, l'odierno legislatore si mostra coerente con la propria recente, e costante, tendenza deflattiva del contenzioso giurisdizionale, inducendo le parti a partecipare effettivamente al tentativo di conciliazione. Non è questa la sede per descrivere lo stato, a dir poco problematico, in cui versa la giustizia nel nostro Paese, con particolare riferimento al carico di arretrato pendente presso i vari tribunali della penisola, ragion per cui, in teoria, qualunque tentativo di ridurre tale carico non può che essere salutato con favore. In chiave critica, è invece intuibile come le nuove disposizioni siano potenzialmente idonee a creare nuovi incombenzi amministrativi per le parti, la cui efficacia è tutta da dimostrare alla luce della deludente esperienza, almeno nelle grandi realtà territoriali, dei tentativi obbligatori di conciliazione di cui all'abrogata disciplina degli artt. 410 ss. c.p.c. presso le vecchie Direzioni provinciali del lavoro.

È indubbio che la previsione normativa in parola, come riscritta dall'art. 7, comma 4, del decreto legge n. 76 del 28 giugno 2013, mira a rafforzare lo strumento introdotto dalla riforma Fornero, "responsabilizzando" le parti, quanto agli effetti, in misura certamente maggiore rispetto alla versione precedente. Tuttavia, tale previsione opera sul piano formale della mera partecipazione al tentativo conciliativo, laddove potrebbero invece essere più efficaci disposizioni che, ad

esempio, imponessero alle parti stesse di motivare il loro eventuale dissenso a proposte eventualmente emerse, quali soluzioni alternative al recesso, in sede di conciliazione, pena la valutazione del loro rifiuto ai sensi del già citato art. 116 c.p.c.

Nel regime normativo ante modifica il comportamento complessivo delle parti, intendendosi presumibilmente compreso in questo anche la presentazione o meno alla convocazione da parte della DTL, era valutato esclusivamente ai fini della condanna alle spese processuali ex artt. 91 e 92 del c.p.c. e della determinazione del *quantum* dell'indennità risarcitoria per inefficacia del licenziamento (art. 7, comma 8, della legge n. 604/66).

Adesso, a seguito dell'intervento novellatore ad opera del decreto del 28 giugno 2013, la omessa comparazione dinnanzi all'organo conciliativo, come abbiamo già sopra detto, rileva anche ai fini della decisione finale del giudice, con la presumibile conseguenza che il datore di lavoro (così come lo stesso lavoratore), per non pregiudicare la propria posizione processuale in un successivo ed eventuale giudizio, sarà indotto a ritenere comunque conveniente ed opportuno presentarsi e partecipare alla seduta conciliativa, e ciò anche nelle ipotesi in cui non ne abbia alcun interesse concreto, avendo già effettuato tutte le valutazioni di merito e ponderato attentamente la propria decisione di recedere dal rapporto di lavoro.

L'effetto che ne potrebbe derivare, da questo punto di vista, è quello di "ingolfare" le già oberate DTL, che si troverebbero in tal modo costrette a dover gestire una mole di tentativi di conciliazione destinati *ab origine* ad andare deserti, e a dover quindi dedicare – nell'attuale contesto di scarsità di mezzi della pubblica amministrazione - risorse organizzative e umane ad una attività amministrativa sempre più di discutibile efficacia.

Già all'indomani della sua introduzione, la procedura in esame è stata oggetto di non poche perplessità circa l'utilità del coinvolgimento di terzi, in ragione della già avvenuta valutazione, da parte datoriale, dell'interesse aziendale a recedere dal rapporto di lavoro per motivo oggettivo. In altri termini, è realistico immaginare che ben difficilmente le aziende che hanno preso la decisione di risolvere un rapporto lavorativo recedano dal proprio proposito in conseguenza dell'intervento dell'organo pubblico, e non sarà di certo la rilevanza ai sensi dell'art. 116 del c.p.c. della mancata comparazione delle parti al tentativo di conciliazione a far cambiare idea al datore di lavoro in favore di una

soluzione conciliativa, quanto semmai lo spingerà a presentarsi il giorno della convocazione per dare corso, seppure inutilmente, alla procedura in oggetto.

Ci auguriamo che la prassi concreta smentisca tali previsioni e raggiunga i risultati deflattivi attesi dal legislatore.