



### **Il tentativo obbligatorio di conciliazione nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo**

a cura di Eufrazio Massi – Dirigente della Direzione Territoriale del Lavoro di Modena\*

La [legge n.92/12](#), modificando, attraverso l'art.1, co.40, l'art.7 della L. n.604/66 e puntando a una deflazione del contenzioso in materia di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, affida alla commissione provinciale di conciliazione istituita ex art.410 c.p.c., il compito di espletare un tentativo di conciliazione della controversia, secondo un iter che presenta una lontana somiglianza, per alcuni aspetti, con quello previsto per le riduzioni collettive di personale, dall'art.4 della L. n.223/91. Invero, appare singolare come a neanche due anni dall'entrata in vigore dell'art.31 della L. n.183/10, che aveva reso facoltativa la conciliazione pre-giudiziale per tutte le controversie in materia di lavoro, allargando il numero delle sedi presso le quali si poteva trovare un accordo ma, al contempo, rendendo proceduralmente più difficoltoso il ricorso al lavoratore avanti all'organo istituito presso la Direzione Territoriale del Lavoro, si sia, in un certo senso, fatto "un passo indietro". Ciò tuttavia (pur astenendoci da qualsiasi giudizio relativo al rito facoltativo della L. n.183/10, che ci porterebbe lontano dall'oggetto di questa riflessione) appare, almeno a livello di intenzioni, positivo, in quanto si accelera presso la sede amministrativa quella fase di confronto tra datore di lavoro e lavoratore finalizzata a trovare possibili soluzioni sia alternative al recesso che economiche, avendo ben presente che, con i cambiamenti normativi intervenuti nel nuovo art.18, la soluzione giudiziale nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo è soltanto di natura risarcitoria (beninteso, in caso di sussistenza della motivazione economica).

Fatta questa breve premessa è necessario verificare, nel concreto, le modalità applicative, partendo dall'individuazione dei soggetti nei confronti dei quali trova applicazione.

#### **I destinatari della norma**

Sono tenuti al rispetto della norma tutti i datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo occupino alle proprie dipendenze più di quindici unità o più di cinque, se imprenditori agricoli; la norma trova applicazione anche nei confronti del datore, imprenditore o non imprenditore, che, nello stesso ambito comunale, occupi più di quindici lavoratori, pur se ciascuna unità produttiva non raggiunga tali limiti (anche per l'imprenditore agricolo dimensionato oltre le cinque unità vale lo stesso principio) e, in ogni caso, a chi occupa più di sessanta dipendenti. Ai fini del computo i lavoratori a tempo parziale sono calcolati *pro quota* in relazione all'orario pieno contrattuale, mentre non si computano il coniuge e i parenti entro il secondo grado sia in linea diretta che collaterale. A tale casistica va, poi, aggiunta l'ipotesi prevista dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.143 del 23 aprile 1998: la *c.d. tutela reale* può essere estesa anche ai lavoratori dipendenti dalle imprese dimensionate sotto le sedici unità, qualora le stesse, in sede di contrattazione collettiva, si siano impegnate a garantire tale maggiore tutela.

\* Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

La previsione ricalca quanto già affermato dal legislatore del 1970: da ciò scaturisce la piena validità di alcuni indirizzi consolidatisi nel corso degli anni passati presso la Suprema Corte, come quello secondo il quale il calcolo della base numerica deve essere effettuato non già nel momento in cui avviene il licenziamento, ma avendo quale parametro di riferimento la *c.d. normale occupazione* nel periodo antecedente, senza tener conto di occasionali contrazioni dell'occupazione. Il datore di lavoro, sul quale grava, in giudizio, l'onere di dimostrare l'esistenza dei requisiti che lo portano al di sotto della "soglia"<sup>1</sup>, può provare che il calo è stato determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive<sup>2</sup>. Tale problema risulta ancora più accentuato in quelle aziende ove, per motivi di mercato o di attività svolta in periodi predeterminati, l'occupazione è in un certo senso fluttuante: qui la giurisprudenza, fermo restando che l'onere della prova circa la consistenza numerica spetta al lavoratore, è oscillata tra un concetto di media<sup>3</sup> e uno di "normalità" della forza lavoro, riferita all'organico necessario in quello specifico momento dell'anno<sup>4</sup>.

Un altro tema che va affrontato e risolto riguarda la **non computabilità di alcune tipologie** contrattuali, per effetto di specifiche dizioni legislative, come:

- a. gli assunti con rapporto di apprendistato (qualunque sia la tipologia e ivi compresi i *c.d. apprendisti in mobilità*), in quanto l'art.7, co.3, del D.Lgs. n.167/11 li esclude espressamente, ripetendo la dizione adoperata dall'art.21 della L. n.56/87;
- b. gli assunti con contratto di inserimento, fino a quando tale contratto rimarrà nel nostro ordinamento (esso è stato abrogato dall'art.1, co.14 e ai contratti stipulati entro il 31 dicembre 2012 trovano applicazione, fino alla scadenza, le vecchie disposizioni);
- c. gli assunti con contratto di reinserimento ex art.20 della L. n.223/91, pur se tale tipologia è rimasta nel nostro ordinamento quale mero retaggio storico, atteso che è rimasta pressoché inutilizzata negli ultimi venti anni, resistendo, curiosamente, anche agli ultimi interventi abrogativi che hanno riguardato il contratto di inserimento previsto dagli artt.54 e ss. del D.Lgs. n.276/03;
- d. gli assunti, già impiegati in lavori socialmente utili o di pubblica utilità, assunti secondo la previsione contenuta nell'art.7, co.7, del D.Lgs. n.81/00;
- e. i lavoratori somministrati che, per effetto dell'art.22, co.5, del D.Lgs. n.276/03, non rientrano nell'organico dell'utilizzatore;

Vanno, invece, **compresi nell'organico aziendale**:

- ▶ i soci lavoratori delle società cooperative di produzione e lavoro che, successivamente all'associazione, abbiano sottoscritto un contratto di lavoro subordinato secondo la previsione contenuta nell'art.1, co.3, della L. n.142/01;
- ▶ i lavoratori a domicilio (pur se la questione sembra presentare diversi dubbi, essendo in dottrina e giurisprudenza l'orientamento alquanto oscillante);
- ▶ i lavoratori sportivi professionisti che, pur non compresi nell'applicazione della *c.d. tutela reale*, in virtù dell'art.4, co.9, della L. n.91/81, rientrano nel computo dimensionale del proprio datore di lavoro e i lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto.

Il computo parziale nell'organico non riguarda soltanto i lavoratori a tempo parziale come detto, esplicitamente, dalla norma, ma anche quelli intermittenti, grazie all'art.39 del D.Lgs. n.276/03, che li computa nell'organico dell'impresa "*ai fini dell'applicazione di norme di legge, in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun*

<sup>1</sup> Cass. n.7227/02.

<sup>2</sup> Cass. n.2546/04; Cass. n.13274/03; Cass. n.12909/03; Cass. n.5092/01.

<sup>3</sup> Cass. n.2546/04.

<sup>4</sup> Cass. n.2241/87; Cass. n.2371/86.

*semestre*” o quelli *“in lavoro ripartito”* computati complessivamente in relazione all’orario svolto e che vanno considerati come un’unità allorquando l’orario complessivo coincida con il tempo pieno.

### **Motivazione del licenziamento**

Un’altra questione che va, preliminarmente, esaminata, riguarda la motivazione (che, è bene ricordarlo, in questa fase è rimessa alla sola valutazione del datore di lavoro) del licenziamento quale riferibile a un giustificato motivo oggettivo.

La dottrina e la giurisprudenza lo hanno ricondotto, negli anni, ad ipotesi di ristrutturazione di reparti, di soppressione del posto di lavoro, di terzizzazione e di esternalizzazione di attività. Le prime due non possono essere genericamente individuate, ma debbono essere ricondotte all’esigenza di dover, necessariamente, “cancellare” o ridurre quel reparto o, a maggior ragione, quel posto di lavoro nel quale si trova ad operare il dipendente, con l’impossibilità di un’utilizzazione in altre mansioni compatibili con quella rivestita.

La necessità del tentativo obbligatorio di conciliazione si palesa anche allorquando il datore intenda effettuare più licenziamenti individuali nell’arco temporale di centoventi giorni senza raggiungere la soglia di cinque: qui ci si trova di fronte a “recessi plurimi” per esigenze oggettive dell’azienda, tutti ricadenti nella procedura, oggi, prevista per i licenziamenti individuali e non in quella disciplinata dall’art.4 della L. n.223/91.

Su questi argomenti va sottolineato l’indirizzo costante della Suprema Corte, espressosi anche con la [sentenza n.8237 del 7 aprile 2010](#), la quale ha ribadito come in tema di giustificato motivo non sia sindacabile la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del posto nel quale era addetto il dipendente.



Ma quando è che si può parlare di licenziamento individuale oggettivo?

Senza avere una pretesa di esaustività si può affermare che ciò ricorra, oltre che nelle ipotesi appena evidenziate, anche in caso di installazione di un impianto o di una procedura completamente sostitutiva o di esternalizzazione ad altra società esterna di parte dell’attività.

### **La procedura di recesso determinata da motivazioni economiche**

Fatta questa breve premessa, andiamo a vedere come si deve comportare un imprenditore alle prese con un’ipotesi di recesso determinata da motivazioni economiche. Stando al dettato del nuovo art.7 della L. n.604/66, è obbligato a **inviare una comunicazione scritta alla Direzione del Lavoro competente per ambito territoriale** (indicato sulla base del luogo di svolgimento dell’attività da parte del dipendente) e trasmessa per conoscenza al diretto interessato. Il contenuto deve far riferimento all’intenzione di procedere al licenziamento per un motivo oggettivo, deve indicarne le motivazioni nonché le eventuali misure di assistenza finalizzate a un’eventuale ricollocazione. La comunicazione si intende inviata a “buon fine” nei confronti del lavoratore se spedita al domicilio indicato nel contratto o a quello successivamente indicato o, infine, se consegnata a mano con ricezione attestata da una firma sulla copia. Il co.3 non contempla altre forme di conoscenza “legale” delle intenzioni del datore di lavoro da parte del dipendente, neanche quella, prevista in altri provvedimenti normativi, della “consegna a mano” non firmata dal dipendente, ma avvenuta alla presenza di testimoni.

Alcuni chiarimenti esplicativi si rendono necessari.

C'è, innanzitutto, da osservare che, a differenza del tentativo facoltativo di conciliazione, previsto dalla L. n.183/10, ove i luoghi teatro dell'*iter* "teoricamente possibili" erano aumentati a dismisura (si pensi a tutti gli organismi di certificazione o alle camere e ai collegi arbitrali che si cumulavano a quelli "tradizionali", come la sede amministrativa, quella sindacale o quella giudiziale), la **procedura compositoria della lite relativa alla "proposta di licenziamento" si può svolgere soltanto** in un posto, quello ove insiste la commissione di conciliazione istituita **presso la Direzione Territoriale del Lavoro**, la cui composizione è espressione delle organizzazioni datoriali e sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale e che, quasi sempre, opera attraverso sottocommissioni composte da un rappresentante di parte datoriale, da uno di parte sindacale e da un funzionario della DTL, delegato dal proprio Dirigente.

Infatti, a differenza dell'art.413 c.p.c. che, indirettamente, radicando la competenza del giudice del lavoro, individua anche quella della Direzione Territoriale del Lavoro per il tentativo facoltativo di conciliazione e che prevede "fori alternativi" (quello ove è sorto il rapporto, quello ove si trova l'azienda o la dipendenza in cui è addetto il lavoratore o dove prestava la propria opera al termine del rapporto, o, per, i rapporti parasubordinati quello del domicilio dell'agente), il nuovo art.7 della L. n.604/66 individua con il solo luogo di svolgimento dell'attività del dipendente l'organo periferico ministeriale competente per territorio.



Ma quali sono le modalità e i contenuti della comunicazione datoriale?

L'art.410 c.p.c., nella versione riformata dall'art.31 della L. n.183/10, parla di "**raccomandata con avviso di ricevimento**" e la nota del Ministero del Lavoro del 25 novembre 2010, non andando oltre il mero dettato normativo, esclude altre modalità di conoscenza come il fax che, peraltro, possiede una propria specifica valenza che discende dal DPR n.445/00. In ogni caso, si ritiene pienamente valida una nota inviata alla Direzione del Lavoro, attraverso il sistema di **Posta elettronica certificata**.

Pur non essendo affermato in maniera esplicita, la comunicazione va effettuata **per iscritto**. Tale convinzione scaturisce da due elementi:

1. il primo riguarda l'indicazione della motivazione del recesso e la descrizione delle misure, eventuali, di assistenza alla ricollocazione;
2. il secondo scaturisce dal fatto che la comunicazione deve essere inviata sia alla DTL che al domicilio del lavoratore.

La carenza di comunicazione non è sanabile ed inficia sia la procedura che l'eventuale recesso adottato in violazione della stessa. C'è, su questo punto, una sorta di analogia con l'*iter* previsto per la riduzione collettiva di personale per la quale, tuttavia, il co.45 dell'art.1 della L. n.92/12 individua una strada per la sanabilità dei vizi concernenti la comunicazione iniziale, attraverso la sottoscrizione di un accordo sindacale.

La comunicazione è fondamentale, in quanto consente di conoscere le cause, e di conseguenza aprire la discussione, che determinano, ad avviso del datore, la necessità di procedere al licenziamento. Rispetto alla comunicazione ex art.4 della L. n.223/91 che, riguardando una generalità di persone, può non necessariamente essere analitica e puntuale (potendo essere più "ben focalizzata" nel corso dell'esame congiunto), quella relativa al solo licenziamento individuale deve presentare caratteristiche più precise, avendo l'imprenditore già individuato (a differenza della procedura collettiva) il soggetto nei confronti del quale esercitare l'azione di recesso; tutto questo, secondo principi di "correttezza" e "buona fede" alla luce dei principi ribaditi dalla Suprema Corte con la

sentenza n.7046/11. Anche le **misure attivabili ai fini di una ricollocazione** (che, peraltro, sono eventuali) vanno individuate con una certa puntualizzazione, in quanto possono facilitare la soluzione della controversia. Per quel che riguarda l'individuazione delle misure alternative, di ricollocazione o di assistenza alla ricollocazione, va ricordato come la stessa Cassazione, con la [sentenza n.6625 del 23 marzo 2011](#), abbia affermato che non necessariamente debbano avere la caratteristica del lavoro subordinato, ben potendo l'offerta caratterizzarsi con una prospettiva di lavoro autonomo o in cooperativa: ciò che non è ammesso è l'assenza di qualsiasi garanzia reale in termini di flusso e di lavoro.

I **tempi** del tentativo di conciliazione sono, necessariamente, brevi e, in quest'ottica, il co.3 del nuovo art.7 della L. n.604/66 impone un preciso onere alla Direzione Territoriale che ha ricevuto la nota datoriale: quello di **convocare le parti, avanti alla commissione provinciale di conciliazione, entro il termine perentorio di sette giorni**. La nota, che deve contenere il giorno e l'ora della convocazione, la quale deve essere abbastanza ravvicinata e urgente, pur nei limiti concessi dalla calendarizzazione dell'attività ordinaria, va inviata con lettera raccomandata o, in alternativa (cosa possibile per gran parte delle aziende), attraverso Pec. Forme alternative di invio della lettera di comunicazione, attesa la necessità di coniugare la certezza dell'invio (anche ai fini di possibili riflessi sul successivo *iter* giudiziale) con l'effettiva conoscenza della data della riunione da parte degli interessati, non se ne vedono (tranne, ovviamente, i casi sporadici di "consegna a mano"). Indubbiamente, altre soluzioni alternative si potrebbero concretamente pensare (e in alcuni specifici casi, potrebbero anche funzionare), ma non possono avere una valenza generale.

I tempi ristretti postulano la necessità di un diverso modo di organizzazione sia dell'Ufficio vertenze della Direzione del Lavoro che dell'attività della commissione di conciliazione: una volta pervenuta la richiesta, la convocazione delle parti dovrebbe essere fatta subito, indicando una data ravvicinata per l'incontro e, magari, prevedendo riunioni "straordinarie" dell'organo conciliativo, cosa che, se non ha effetti sul funzionario dell'Ufficio destinato a presiedere l'organo (attesa la possibile intercambiabilità sulla base della delega direttoriale), può averli sui membri esterni che, in genere, svolgono altre attività e che svolgono il *munus* di componenti dell'organo collegiale in piena gratuità e senza alcun rimborso.

Il nuovo co.5 dell'art.7 offre la possibilità alle parti di essere assistite dalle organizzazioni di rappresentanza cui siano iscritte o abbiano conferito mandato o da un componente la RSA o la RSU, da un avvocato o da un consulente del lavoro.

Anche in questo caso vanno chiarite alcune questioni.

## **1. PRESENZA DELLE PARTI IN SEDE DI CONCILIAZIONE**

La prima concerne la possibilità che le parti siano o meno presenti avanti alla commissione di conciliazione o possano farsi rappresentare da un soggetto terzo munito di apposita delega, per la cui validità valgono le regole generali, ma che può essere autenticata anche da un funzionario della Direzione Territoriale del Lavoro, come ammesso chiaramente nella nota del 25 novembre 2010 del Segretario Generale del Dicastero del Lavoro, scritta alle strutture periferiche del Ministero in occasione dell'entrata in vigore della L. n.183/10. Pur non escludendo che, in linea di principio, le parti possano, nelle forme usuali, delegare altri soggetti alla trattazione, si ritiene che dall'articolato emerga la necessità, estremamente necessaria sotto l'aspetto sostanziale, che i **soggetti interessati siano tutti presenti, e, in particolar modo, il lavoratore**. Quest'ultimo aspetto emerge anche dalla previsione contenuta nel co.9 dell'art.7, allorché si afferma che "*in caso di legittimo e documentato impedimento del*

*lavoratore a presenziare all'incontro di cui al comma 3 – si tratta di quello fissato dalla commissione – la procedura può essere sospesa per un massimo di quindici giorni".* La necessità dell'effettiva presenza delle parti è rafforzata dal fatto che, nel corso della discussione, potrebbero emergere soluzioni alternative al licenziamento, che possono essere diverse e articolate e, perciò, la presenza di coloro che sono, in ultima analisi, i diretti interessati, è strettamente necessaria.

## **2. SOGGETTI CHE POSSONO ASSISTERE LE PARTI IN FASE CONCILIATIVA**

La seconda riguarda i soggetti che possono assistere le parti nella fase conciliativa. Si parla di organizzazioni di rappresentanza (sia datoriali che sindacali) o, in alternativa, di rappresentanti sindacali aziendali, di avvocati e di consulenti del lavoro.

Riferito ai primi soggetti nominati (le **associazioni datoriali e dei lavoratori**) non c'è alcun limite (né poteva esserci) in ordine al criterio della maggiore rappresentatività, che in questo caso non è in alcun modo pertinente, atteso che l'adesione a un'organizzazione sindacale è libera e si può anche conferire il mandato, secondo le previsioni dettate dal codice civile, a chi si vuole.

Per quel che concerne, invece, la presenza di **professionisti "in assistenza delle parti"**, la norma restringe il campo soltanto ai soggetti che per la loro qualifica e funzione professionale hanno i titoli: quindi avvocati e consulenti del lavoro, intendendosi per questi ultimi tutti coloro che sono abilitati alla professione o che, pur avendo un'abilitazione diversa (ad esempio, i commercialisti), hanno posto in essere le procedure di accredito *ex lege* n.12/79. Ovviamente, nel corso della fase conciliativa, i soggetti "assistenti" possono anche cambiare, non essendo questo un ostacolo alla procedura.

Il co.6 del nuovo art.7 della L. n.604/66 rappresenta il fulcro della "fase conciliativa obbligatoria" e su queste disposizioni sono stati apportati, rispetto all'iniziale testo governativo, alcuni significativi cambiamenti nel corso del dibattito in Senato.

La **procedura di conciliazione** ha tempi predeterminati, nel senso che atteggiamenti dilatori non sono, in sostanza, consentiti. Essa **si deve concludere entro venti giorni dal momento in cui la Direzione Territoriale del Lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro**. Ciò sta a significare due cose:

- a.** la prima è che il termine si calcola dalla data di convocazione e, quindi, all'interno dei venti giorni vanno computati anche quelli necessari alla ricezione della lettera raccomandata (nel caso in cui sia possibile il "*doppio invio per Pec*" il problema non si pone);
- b.** la seconda è che l'incontro deve, necessariamente, essere "ravvicinato", per consentire alle parti un vero confronto.



Ma il termine dei venti giorni può essere superato?

La risposta è positiva se le parti, di comune accordo, lo vogliono, perché lo reputano strettamente necessario per il raggiungimento di un accordo. In questo caso sarebbe opportuno che lo "sforamento" risultasse da un verbale di riunione interlocutorio: ovviamente, lo "spostamento in avanti" non ha riflessi sul risultato del tentativo, potendo lo stesso concludersi anche con una mancata conciliazione.

Appare evidente come il Legislatore punti molto sull'effetto deflattivo del tentativo di conciliazione. Ciò si deduce sia dal fatto che le parti possono continuare la discussione (se sono d'accordo) senza alcuna "spada di Damocle" temporale, che dalla partecipazione attiva richiesta alla commissione, la quale non può limitarsi a un ruolo

prettamente notarile. Partecipazione attiva che significa capacità mediatrice sia in ordine all'accordo sull'indennità incentivante sia riguardo all'individuazione di forme alternative al recesso come, ad esempio, il ricorso al tempo parziale, il trasferimento, l'occupazione presso altro datore di lavoro, l'offerta di una collaborazione autonoma anche presso altri datori di lavoro, il distacco temporaneo, il demansionamento (che troverebbe la propria giustificazione nella necessità di evitare un licenziamento). Questo concetto riferito all'attività della commissione viene ripreso anche al co.8, laddove si afferma che il giudice, a seguito del fallimento del tentativo e del successivo ricorso giudiziale, tiene conto del comportamento complessivo delle parti e della proposta conciliativa avanzata dall'organo collegiale.

Quanto appena detto postula anche la necessità di interventi organizzativi interni all'utilizzazione del personale nelle singole Direzioni Territoriali del Lavoro (con tutti gli ovvi limiti, che ben si conoscono, legati agli organici, ai livelli e alle professionalità): la presidenza della sottocommissione ove, come detto, si tratteranno la gran parte delle controversie, dovrà essere affidata a un funzionario particolarmente preparato sotto l'aspetto vertenziale e con una conoscenza dei possibili istituti contrattuali da utilizzare in alternativa al recesso e con ovvia capacità di mediazione.



Ma cosa succede se il tentativo di conciliazione fallisce?

Premesso che ciò può accadere sia perché le parti non hanno trovato un accordo sia perché si è verificata l'assenza o l'abbandono da parte di una di esse (cosa che va, chiaramente, evidenziata nel relativo verbale), il datore di lavoro può procedere al licenziamento del lavoratore individuato: in alternativa se, per una qualsiasi ragione, non è stato effettuato il tentativo (che, però, deve essere stato richiesto), il datore può procedere con proprio atto di recesso unilaterale, trascorsi i sette giorni dalla ricezione della richiesta di incontro da parte della Direzione Territoriale del Lavoro. C'è, però, un'altra considerazione da fare: il co.40 dell'art.1 della L. n.92/12 afferma che il licenziamento adottato al termine della procedura conciliativa ha effetto *“dal giorno della comunicazione con cui il procedimento è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva; è fatto salvo, in ogni caso, l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative di tutela della maternità e della paternità, di cui al D.L.vo 26 marzo 2001, n. 151. Gli effetti rimangono altresì sospesi in caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro. Il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato”*.

La disposizione che, forse, poteva essere scritta in modo più chiaro, ha lo scopo di individuare una data “legale” di risoluzione del rapporto e ha un obiettivo precipuo che è quello di “nullificare” una malattia intercorsa durante la procedura che, indubbiamente, rimanderebbe l'efficacia del recesso al termine della stessa. Il legislatore ha fatto salvo l'effetto sospensivo scaturente dai periodi di tutela per maternità, matrimonio e infortunio sul lavoro. L'individuazione della suddetta data riguarda soltanto l'effetto del licenziamento e non quello, ad esempio, di natura amministrativa, collegato all'obbligo di comunicazione telematica dell'avvenuta cessazione del rapporto al centro per l'impiego entro cinque giorni: infatti, si ritiene che il suddetto termine decorra, per gli eventuali profili sanzionatori (da € 100,00 a € 500,00, estinguibili nella misura minima attraverso l'istituto della diffida), dalla data di effettiva cessazione del rapporto.

In ordine all'istituto del preavviso il legislatore, dopo aver indicato quale giorno “legale” di risoluzione del rapporto, quello della comunicazione di inizio del procedimento indirizzata

alla Direzione Territoriale del Lavoro, fa salvi in favore del lavoratore sia il diritto al preavviso che, in alternativa, l'indennità sostitutiva; l'eventuale attività svolta durante la procedura si considera (è questa un'eccezione alla regola generale che lo vuole portato a conoscenza dell'altra parte) preavviso lavorato, anche se in taluni casi, come quello del periodo contrattuale breve (ad esempio sette giorni) si pone il problema di computare soltanto una parte del periodo lavorato, come preavviso. Per completezza di informazione occorre rimarcare come tale istituto sia dotato di una sorta di "efficacia reale", nel senso che durante il decorso continuano a svolgersi tutti gli effetti del contratto<sup>5</sup>.

Tornando alla procedura conciliativa e ai tempi "cadenzati" va sottolineato come il legislatore prenda in considerazione un'ipotesi di sospensione temporanea della procedura: ciò accade (co.9 del nuovo art.7 della L. n.604/66) in presenza di un legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare alla riunione fissata per il tentativo di conciliazione, per un periodo massimo di quindici giorni. Questo, che può essere uno stato di malattia ma anche un motivo diverso afferibile alla propria sfera familiare, deve trovare, ad avviso di chi scrive, la propria giustificazione in una tutela prevista dalla legge (ad esempio, un intervento di assistenza *ex lege* n.104/92) o dal contratto: esso va prodotto alla commissione o sottocommissione provinciale di conciliazione che ha la "regia" del tentativo e che, se lo ritiene valido, accorda la sospensione per il tempo richiesto la quale, si ripete, non può superare i quindici giorni. Ovviamente, ma la ristrettezza dei tempi non depone per una moltiplicazione degli stessi, essi possono essere più di uno e successivi, ma la valutazione dell'organo collegiale circa la loro "congruità giustificativa" va effettuata di volta in volta e la decisione può essere adottata anche a maggioranza.

Il tentativo di conciliazione può concludersi positivamente e le soluzioni possono essere diverse, anche alternative alla risoluzione del rapporto: in questo caso, la commissione procede alla verbalizzazione dei contenuti (si pensi, ad esempio, a un trasferimento, alla trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale) che divengono inoppugnabili, trattandosi di una conciliazione avvenuta *ex art.410 c.p.c.* Se, invece, si arriva a una risoluzione consensuale del rapporto, la commissione ne darà atto attraverso il verbale riportandone tutti i contenuti, ivi compresi quelli di natura economica.

La risoluzione consensuale del rapporto al termine del tentativo obbligatorio di conciliazione è l'ipotesi apertamente caldeggiata dal legislatore (art.7, co.7, della L. n.604/66) che, in un certo senso, derogando alla disciplina ordinaria, riconosce il diritto all'Assicurazione Sociale per l'Impiego (che sostituirà la vecchia indennità ordinaria di disoccupazione) e postula anche un possibile affidamento del lavoratore ad una agenzia del lavoro, finalizzato alla ricollocazione.



Ma cosa significa tutto questo?

L'art.2 della legge di Riforma disciplina compiutamente la nuova Assicurazione sociale che entrerà a regime il 1° gennaio 2013 e che avrà come obiettivo quello di fornire ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione un'indennità mensile. Nel campo di applicazione rientrano tutti i lavoratori dipendenti del settore privato, ivi compresi i titolari di rapporto di apprendistato e i soci lavoratori che abbiano, dopo la loro adesione, proceduto a instaurare con la cooperativa un rapporto di lavoro subordinato *ex art.1, co.3, della L. n.142/01*, e i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni che abbiano lavorato con

<sup>5</sup> Si evidenzia che dal 2007 la Corte di Cassazione, più volte, ha riconosciuto generalmente "l'efficacia obbligatoria" del preavviso.

un contratto a tempo determinato, con l'esclusione degli operai agricoli a tempo determinato e indeterminato, per i quali permane la specifica tutela di settore (tra cui spicca l'art.7, co.1, della L. n.160/88).

I requisiti per il godimento sono:

- ▶ essere nello stato di disoccupazione (art.1, co.2, lett.c), del D.Lgs. n.181/00);
- ▶ possedere almeno due anni di assicurazione e almeno un anno di contribuzione nel biennio precedente l'inizio del periodo di disoccupazione.

Dalla fruizione dell'indennità sono esclusi coloro che si sono dimessi (fa eccezione la giusta causa) o hanno risolto consensualmente il rapporto, a meno che (art.2, co.5) ciò non sia avvenuto con l'accordo sottoscritto avanti alla commissione provinciale di conciliazione nel corso della procedura di licenziamento. Senza andare oltre sull'argomento (cosa che ci porterebbe lontano da ciò che si sta trattando), vanno ricordati i contenuti dei co.6 e 7 dell'art.2: con il primo si precisa che l'indennità è rapportata alla retribuzione imponibile ai fini previdenziali degli ultimi due anni, comprensiva degli elementi continuativi e non continuativi (ad esempio lo straordinario) e delle mensilità aggiuntive, divisa per il numero delle settimane di contribuzione e moltiplicata per 4,33. Con il secondo si stabilisce che l'indennità mensile è rapportata alla retribuzione mensile ed è pari al 75% nei casi in cui nel 2013 la retribuzione mensile sia pari o inferiore a € 1.180,00 mensili, con rivalutazione Istat annuale: nel caso in cui la retribuzione mensile sia superiore a tale importo, l'indennità sarà pari al 75% dello stesso, incrementata di una somma pari al 25% del differenziale tra la retribuzione mensile e il predetto importo.

Come si diceva, l'ASpl scatterà dal 2013: bisognerà capire quale vantaggio potrebbero avere, sotto l'aspetto economico, coloro che risolveranno consensualmente il rapporto, nell'ambito della procedura, entro il 31 dicembre 2012 e, forse, un chiarimento normativo, attraverso un emendamento da inserire in uno dei provvedimenti legislativi *in itinere*, potrebbe risolvere il problema. Con il co.9 vengono dettate le regole relative alla "quantificazione" nel tempo dell'ASpl: dopo i primi sei mesi di fruizione si applica una riduzione del 15%, decurtazione che si ripete nella stessa misura per i successivi sei mesi, qualora dovuta. Essa spetta dall'ottavo giorno successivo alla data di cessazione del rapporto di lavoro o dal giorno dopo la presentazione della domanda (co.12), che va presentata in via telematica all'Inps, a pena di decadenza, entro il termine di due mesi decorrenti dalla data di spettanza del trattamento (co.13).

Il datore di lavoro che risolve consensualmente il rapporto, pur se questo è intervenuto al termine della procedura conciliativa obbligatoria, è tenuto a pagare, dal 1° gennaio 2013, una somma pari al 50% del trattamento iniziale mensile di ASpl per ogni dodici mesi di anzianità aziendale (art.2, co.31). Questo è dovuto in tutti i casi di interruzione del rapporto di lavoro per causa diversa dalle dimissioni e riguarda anche il datore di lavoro che recede dal contratto di apprendistato al termine del periodo formativo (co.32). La disposizione (co.33) non riguarda, fino al 31 dicembre 2016, i datori di lavoro impegnati in una procedura collettiva di riduzione di personale che già pagano il *c.d. contributo d'ingresso* alla mobilità.

È questa, in sostanza, una sorta di partecipazione economica alla gestione della fase successiva alla fine del rapporto che, negli intendimenti del legislatore, dovrebbe costituire una sorta di remora a fronte di recessi scarsamente ponderati. In ogni caso, tornando al tema della presente riflessione, si sottolinea che non va confuso l'onere che grava sul datore di lavoro di pagare, comunque, la "quota d'ingresso" all'ASpl, con l'accesso del lavoratore a tale indennità a seguito di risoluzione consensuale avvenuta con la procedura prevista dal nuovo art.7 della L. n.604/66.

La risoluzione consensuale del rapporto è una situazione abbastanza normale in molte imprese, che si trovano ad affrontare crisi di mercato, di settore o di liquidità: si tratta, e spesso si giunge a una soluzione (e di ciò sono palese testimonianza sia i numerosissimi accordi ratificati in passato avanti alle commissioni di conciliazione che quelli sottoscritti in sede sindacale ex art.411 c.p.c..).



A questo punto, l'esperienza e la conoscenza dei soggetti che operano nel mondo del lavoro sollecitano una domanda: se costoro, una volta raggiunto l'accordo, aprono, fittiziamente, una procedura di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, al solo fine di ratificare l'accordo già raggiunto e permettere al lavoratore di integrare il *quantum* percepito con il godimento dell'ASpl, che non spetterebbe in caso di risoluzione consensuale avvenuta in altra sede, cosa deve fare la Direzione Territoriale del Lavoro e, soprattutto, la commissione di conciliazione?

La risposta è oltremodo delicata e sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore dell'Amministrazione del Lavoro, anche perché i margini tra una situazione di legalità e una *in fraudem legis* sono, talora, molto labili. In ogni caso, non si può chiedere sia all'organo periferico del Dicastero che a quello collegiale un onere ulteriore rispetto a quello dell'ordinaria diligenza cognitiva rispetto ai casi che si dovessero presentare.

Il Legislatore parla anche di **possibile affidamento del lavoratore a un'agenzia di lavoro temporaneo, al fine di favorirne la ricollocazione**. Si parla di possibilità e non di passaggio obbligato e, al momento, non si capisce quali siano le possibili modalità o i termini: rispetto a tutto questo sarà, quantomeno, necessario un chiarimento amministrativo.

La risoluzione consensuale del rapporto pone un'ulteriore questione correlata all'applicazione dell'art.4, co.1, secondo il quale l'efficacia delle dimissioni o della risoluzione consensuale del rapporto è sospensivamente condizionata alla convalida effettuata presso la Direzione Territoriale del Lavoro o il centro per l'impiego competente per territorio o presso la sede territoriale individuata dalla contrattazione collettiva o, in alternativa, attraverso la firma apposta in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro, inviata ai servizi telematici per l'impiego. Sarà un decreto di natura non regolamentare del Ministro del Lavoro a fissare regole di natura semplificativa: ebbene, quella della risoluzione consensuale sottoscritta avanti alla commissione provinciale di conciliazione, presieduta da un funzionario della Direzione del Lavoro, appare esaustiva rispetto alla procedura e, comunque, sufficiente a non imporre al lavoratore un ulteriore passaggio avanti a uno degli organismi a ciò abilitati, tra i quali è previsto lo stesso organo periferico del Dicastero del Welfare. E sarebbe veramente strano che lo stesso funzionario, una volta sottoscritto l'accordo in qualità di presidente dell'organo collegiale, si svestisse dell'incarico, per assumere, in un'altra stanza, quello di certificatore della libera volontà del lavoratore appena espressa avanti alla commissione.

Un'altra questione interessante è quella legata alla possibilità che in sede di accordo sulla risoluzione del rapporto si possa addivenire anche alla composizione di altre questioni di natura economica afferenti il rapporto di lavoro come, ad esempio, le differenze retributive, le ore di lavoro straordinario o il trattamento di fine rapporto: la cosa appare possibile, purché ci sia la piena consapevolezza del lavoratore circa la definitività della questione e la sua conseguente inoppugnabilità ex art.410 c.p.c.. Ovviamente, qualora dalla discussione emerga che tale requisito non ci sia, sarà necessario stralciare la parte relativa alla "chiusura delle pendenze economiche" e concentrarsi soltanto su quello che è l'obiettivo della procedura: il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

È appena il caso di consigliare una **regola comportamentale** per la commissione di conciliazione: in caso di somme corrisposte a vario titolo al lavoratore (ad accettazione della risoluzione del rapporto, differenze paga, Tfr ecc), sarebbe quanto mai opportuno “tenere separate” le stesse e, in particolare, quelle finalizzate all'accettazione del licenziamento.

### **Aspetti fiscali e contributivi**

Per quel che riguarda gli aspetti di natura fiscale e contributiva correlati alla transazione (il discorso è di carattere generale non limitato alla sola voce indennitaria legata al licenziamento) va ricordato come costituiscano redditi da lavoro dipendente quelli che scaturiscono da rapporti aventi per oggetto la prestazione lavorativa. La circolare Inps n.263/97, successiva all'art.6 del D.Lgs. n.314/97, afferma che, a prescindere da come i soggetti contraenti qualifichino la transazione, è necessaria una verifica sulla reale natura delle somme erogate, per verificare se le stesse abbiano natura retributiva, con ogni conseguenza in ordine all'imponibilità contributiva. Ciò significa che l'atto transattivo, inoppugnabile per i contenuti economici, non vincola in alcun modo gli organi di vigilanza, circa un possibile riferimento contributivo di certe somme corrisposte, nei limiti della prescrizione. La stessa Corte di Cassazione, con la sentenza n.17485 del 28 luglio 2009, ha affermato che sulle somme corrisposte dal datore di lavoro a titolo di transazione l'Inps è abilitato ad azionare il credito contributivo provando, con qualsiasi mezzo, che le somme riconosciute a “titolo di liberalità” sono strettamente correlate a una voce riferita alla prestazione lavorativa.

Del tutto diverso, sotto l'aspetto contributivo, è, invece, l'accordo raggiunto in sede di conciliazione monocratica (che, peraltro, non è contemplato nella procedura ex art.7 della L. n.604/66), ove l'art.11 del D.Lgs. n.124/04 stabilisce che la corresponsione di quanto pattuito sotto l'aspetto economico e il pagamento dei contributi previdenziali ed assicurativi riferiti al periodo concordato tra le parti estinguono il procedimento ispettivo: il mancato pagamento delle somme concordate che, prima dell'aggiustamento normativo inserito con l'art.38 della L. n.183/10, non faceva chiudere il procedimento ispettivo, ora abilita il lavoratore al deposito del verbale presso la cancelleria del Tribunale per l'esecutività, con la conseguente “non necessità” della visita ispettiva.

Sotto l'aspetto fiscale, limitatamente ai fini che interessano la nostra riflessione, occorre ricordare come, secondo la previsione contenuta nell'art.6 del DPR n.917/86, non sono imponibili le somme corrisposte a titolo risarcitorio, inteso come danno emergente.

### **Fallimento del tentativo di conciliazione**



Ma cosa succede se la commissione di conciliazione non riesce ad arrivare a una composizione positiva della controversia?

Essa è tenuta a redigere un verbale di mancato accordo che, tuttavia, stando al dettato del co.8 del nuovo art.7 della L. n.604/66, non può essere generico e privo di contenuti come, ad esempio, spesso è avvenuto in passato. Il legislatore, infatti, afferma che

*“il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18, settimo comma, della legge n. 300/1970 e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile”.*

Esaminiamo con cura alcuni punti fermi, cominciando dal **contenuto del verbale**.

Da esso si deve desumere il comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa: questo non significa che, necessariamente, si dovranno riportare tutte le questioni sollevate, ma dal verbale dovranno emergere alcune questioni sostanziali riferibili, ad esempio, ad eccezioni sollevate dal lavoratore o da chi lo assiste (ad esempio, si ritiene che il licenziamento prospettato non sia per giustificato motivo oggettivo, ma discriminatorio) o all'assoluta indisponibilità a trovare una soluzione di natura economica alla controversia o ad accettare soluzioni alternative al recesso.

Ma anche la proposta conciliativa avanzata dalla commissione riveste una particolare importanza. Si è parlato di un ruolo attivo dell'organo collegiale e la dizione del legislatore, sul punto, non fa che confermare questo indirizzo. La proposta alle parti va fatta perché è ciò che si richiede nel momento in cui il co.2 ha posto l'accento su una partecipazione, non notarile, alla controversia: essa può essere adottata anche a maggioranza e, in ogni caso, deve essere frutto della condivisione di vari aspetti della vertenza ove i membri esterni di nomina sindacale (datoriale e dei lavoratori) si "astraggono" dalla loro origine.

Quanto appena detto è leggermente diverso da ciò che l'art.411, co.2 c.p.c. stabilisce per il tentativo facoltativo di conciliazione, ove si afferma che la commissione di conciliazione deve formulare una proposta bonaria di conciliazione della quale tiene conto il magistrato, in sede di giudizio, nell'ipotesi in cui non sia stata accettata senza adeguata motivazione. La dizione adottata dal legislatore nel nuovo art.7 della L. n.604/66 appare più coinvolgente, atteso che tutto il comportamento tenuto durante la procedura e, soprattutto, le motivazioni che hanno portato a non accettare la proposta dell'organo collegiale, sarà alla base sia della determinazione dell'indennità risarcitoria in caso di licenziamento economico non giustificato che degli onorari legali e delle spese processuali.

### **Considerazioni conclusive**

Dopo aver esaminato tutto l'*iter* procedimentale, si ritiene opportuno esprimere un'opinione, sia pure prognostica, rispetto alla sua capacità di incidere positivamente. Si ha motivo di ritenere che, al di là delle difficoltà scaturenti dalla stessa fase di rodaggio (che, peraltro, il Ministero del Lavoro potrebbe alleviare con opportuni chiarimenti amministrativi e risorse personali e strumentali destinate, unicamente, allo scopo), esso possa avere un impatto positivo. Si tratta, sostanzialmente, di trovare una soluzione, il più delle volte economica, alla controversia, anticipando ciò che farebbe il giudice se dovesse decidere che il licenziamento economico non trova giustificazione. Le stesse parti potrebbero avere un interesse a chiudere subito la vicenda, atteso che il protrarsi della fase giudiziale non incide, in alcun modo, sull'eventuale importo risarcitorio, per licenziamento ingiusto, disposto dal giudice in un ambito già predeterminato dal Legislatore sul cui ammontare "giocano" diversi parametri. È ovvio che, probabilmente, nelle varie realtà, si potrebbe registrare una situazione a "macchia di leopardo", strettamente correlata alla capacità della commissione di conciliazione a svolgere il compito affidatogli con diligenza, professionalità ed equanimità.

Un'ultima considerazione va fatta per i licenziamenti adottati dalle imprese dimensionate fino a quindici unità, ove opera, sotto forma di mera indennità risarcitoria, la *c.d. tutela obbligatoria* disciplinata dalla L. n.108/90 che, all'art.5, prevede l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione sul recesso adottato, avanti alla commissione provinciale. La L. n.183/10, trasformando, per la generalità dei casi, la conciliazione da obbligatoria a facoltativa, vi ha, forse, ricompreso anche quella relativa ai licenziamenti nelle piccole imprese; il dubbio è legato al fatto che:

- esplicitamente, nulla è stato detto dal legislatore;
- la norma di riferimento (per quel che vale questa constatazione) è ancora riportata nelle principali banche dati legislative;
- il Ministero del Lavoro, nelle scarse indicazioni contenute nell'unica nota di chiarimento risalente al 25 novembre 2010, nulla ha detto sull'argomento, probabilmente, ignorandolo.

Senza volere entrare nel merito della discussione (sarebbe necessario un chiarimento giudiziale circa la permanenza dell'obbligatorietà), è opportuno ricordare come l'art.5 della L. n.108/90 (che prevedeva, appunto, l'obbligatorietà) abbia convissuto, senza problemi, con la facoltatività del tentativo di conciliazione postulato dalla L. n.533/73 e rimasto tale fino al 1° luglio 1998, data dell'entrata a regime delle novità allora introdotte con il D.Lgs. n.80/88 e, poi, confluite nel D.Lgs. n.165/01.

Indubbiamente, l'intenzione di chi scrisse la riforma poi varata dalle Camere fu quella di rendere, con la L. n.183/10, facoltativo il tentativo di conciliazione per tutte le controversie di lavoro con la sola eccezione limitata ai contratti certificati per i quali residua l'obbligatorietà *ex art.80, co.4, del D.Lgs. n.276/03*. La L. n.108/90 non risulta, però, essere mai stata abrogata esplicitamente e una via per tentare di risolvere la questione può essere individuata nell'art.15 delle *c.d. preleggi* al codice civile, ove si afferma che:

- ▶ le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore (e questo caso, senz'altro, non ricorre);
- ▶ le leggi sono abrogate per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti (ma non sembra questo il caso, in quanto dal 1990 al 1998 - D.Lgs. n.80/98 - le due norme hanno convissuto, serenamente, e il testo dell'art.410 c.p.c., formulato dalla L. n.573/73 era, sul punto, identico all'attuale - con la sola parolina "può" al posto di "deve");
- ▶ le leggi sono abrogate in quanto le nuove norme disciplinano l'intera materia già regolata dalla legge anteriore (è questo l'appiglio normativo che potrebbe aver giustificato una sorta di abrogazione implicita, anche se in passato, con lo stesso testo - il nuovo testo dell'art.410 c.p.c, sullo specifico punto, è assolutamente identico a quello vigente fino al 30 giugno 1998, le due diverse disposizioni sono state vigenti contemporaneamente).

Appare chiaro, comunque, che una soluzione circa l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nei licenziamenti adottati nell'area della *c.d. tutela obbligatoria* sembrerebbe auspicabile ma, come si diceva poc'anzi, forse una decisione in tal senso non può che scaturire dalla Magistratura che potrebbe rilevare, anche d'ufficio, la mancanza del tentativo e rinviare le parti avanti alla commissione di conciliazione.