



Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e nuovo tentativo obbligatorio di conciliazione: casistiche particolari

a cura di Edoardo Frigerio – Avvocato in Como

La nuova Riforma del Lavoro, sancita dalla Legge 28 giugno 2012, n.92 (la cosiddetta “legge Fornero”), tra le molteplici modifiche apportate alla normativa sui licenziamenti, ha rintrodotto il poco rimpianto tentativo obbligatorio di conciliazione, limitato però ai soli licenziamenti per giustificato motivo oggettivo per i datori di lavoro con più di quindici dipendenti. Al riguardo è sorto però il dubbio se anche licenziamenti diversi da quelli per motivi economici, quali quello per superamento del periodo di comporto, per inidoneità sopravvenuta o per perdita del titolo abilitativo, ricondotti al motivo oggettivo sinora solo dalla giurisprudenza, debbano soggiacere alla procedura di conciliazione preventiva. La risposta, al riguardo, si deve ritenere positiva, anche avuto riguardo alle nuove disposizioni della stessa legge n.92.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo al di fuori dei “motivi economici”

La legislazione che regola il fenomeno del licenziamento distingue, come noto, la fattispecie risolutiva del rapporto di lavoro nelle ipotesi disciplinari (per giusta causa e giustificato motivo soggettivo) dai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, individuati dall’art.3 L. n.604/66 in quelli determinati da ragioni inerenti l’attività produttiva, l’organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa.

All’interno di tale categoria del giustificato motivo oggettivo, si suole distinguere i licenziamenti per “motivi economici” (ovvero quelli relativi all’attività produttiva e all’organizzazione del lavoro) **dalle altre ipotesi** (connesse a ragioni inerenti al regolare funzionamento dell’organizzazione del lavoro).

In tale tipologia vanno annoverati:

- i licenziamenti per superamento del periodo di comporto, ovvero il lasso temporale nel quale il dipendente ha diritto alla conservazione del posto di lavoro in caso di malattia od infortunio;
- il licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica permanente allo svolgimento delle mansioni;
- la risoluzione del rapporto per stato detentivo del lavoratore;
- il licenziamento per perdita di titolo abilitativo (si pensi alla revoca della patente di guida per gli autisti); situazioni che di fatto non consentono al lavoratore di svolgere la propria attività lavorativa.

La collocazione delle fattispecie sopra indicate nella nozione di giustificato motivo oggettivo di cui all’art.3 L. n.604/66, ultima parte, è, secondo la giurisprudenza, fatto incontrovertito.

⇒ Sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore

Al riguardo della **sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore**, sentenze della Cassazione¹ hanno evidenziato come la sopravvenuta inidoneità permanente del lavoratore a svolgere regolarmente le mansioni assegnate trova la propria disciplina nella norma di cui all’art.1464 c.c. che, regolando gli effetti dell’impossibilità parziale nei

¹ Cassazione sentenza n.8/1988; Cassazione sentenza n.4012/1998.

contratti sinallagmatici, prevede la possibilità del recesso dell'altra parte, ove questa non abbia un interesse apprezzabile a ricevere un adempimento parziale; ne consegue la configurabilità in tali casi del giustificato motivo di licenziamento, a norma dell'art.3 della l. n.604 del 1966, per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa. Ancora la Suprema Corte² ha precisato che vi è inidoneità fisica del lavoratore, che consenta al datore di lavoro di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nel caso in cui le condizioni fisiche del lavoratore rendano possibile la prestazione a prezzo dell'esposizione del medesimo al pericolo costante di un evento gravemente pregiudizievole per la sua integrità fisica, essendo in contrario irrilevante che tale evento non si sia ancora verificato, in considerazione del fatto che né il datore di lavoro può pretendere, né il lavoratore deve prestare, un'attività che comporti la messa in pericolo della salute che l'art.32 della Costituzione tutela.



Peraltro è stato precisato³ come il **datore di lavoro non possa procedere al licenziamento in ogni caso di sopravvenuta inidoneità fisica alla mansione ma che tale inidoneità integra un giustificato motivo oggettivo di recesso del datore di lavoro solo allorchè debba escludersi anche la possibilità di adibire il lavoratore ad una diversa attività lavorativa** riconducibile alle mansioni già assegnate, o altre equivalenti e, subordinatamente, a mansioni inferiori, purchè tale diversa prestazione sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore.

⇒ *Superamento del periodo di comporto*

Per quanto riguarda il licenziamento per **superamento del cosiddetto periodo di comporto** in situazioni di malattia od infortunio, la Cassazione⁴ ha ritenuto il licenziamento per superamento del periodo di comporto assimilabile ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, anche se, viceversa, non sono mancate sentenze, anche recenti⁵, che classificano tale tipologia di licenziamento come un *genus a sé stante*, in quanto regolato dall'art.2110 c.c., norma che prevarrebbe, per la sua specialità, sia sulla disciplina generale della risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione lavorativa, sia sulla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali.

⇒ *Provvedimento dell'autorità*

Come sopra indicato, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo può derivare anche da un **provvedimento dell'autorità** (il cosiddetto *factum principis*) **che impedisca al lavoratore di prestare la propria attività lavorativa a favore del datore di lavoro**. Al riguardo la giurisprudenza di legittimità⁶ ha precisato che la sopravvenuta impossibilità di svolgimento della prestazione lavorativa, dovuta ad un evento estraneo al rapporto di lavoro e non imputabile al dipendente, autorizza il datore di lavoro a recedere dal rapporto stesso ove manchi un suo interesse apprezzabile alle future prestazioni, dovendosi verificare la sussistenza di tale interesse, in base all'art.3 L. n.604/66, con riguardo alle ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro (ad

² Cassazione sentenza n.439/1991.

³ Cassazione sentenza n.4827/05.

⁴ Cassazione sentenza n.23920/10; Cassazione sentenza n.11092/05.

⁵ Cassazione sentenza n.1404/12; Cassazione sentenza n.1861/10.

⁶ Cassazione sentenza n.2267/1999.

esempio nel caso di **cessazione di efficacia di una patente di guida** estera di un lavoratore con mansioni di autista⁷).

Per quanto riguarda i **provvedimenti di restrizione della libertà personale del lavoratore**, la giurisprudenza⁸ ha uniformemente connesso la carcerazione del lavoratore alla possibilità di licenziamento per giustificato motivo oggettivo previa verifica da parte del datore di lavoro della persistenza di un apprezzabile interesse a ricevere le ulteriori prestazioni del lavoratore detenuto, sempre avuto riguardo ai criteri oggettivi di cui all'art.3 L. n.604/66.

Il nuovo tentativo obbligatorio di conciliazione.

La Riforma del Lavoro introdotta dalla legge n.92 del 28 giugno 2012, novellando l'art.7 della L. n.604/66, ha introdotto il nuovo tentativo obbligatorio di conciliazione in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (regolato dall'art.3 della medesima legge), per i rapporti di lavoro in "stabilità reale", ovvero per i licenziamenti intimati da datori di lavoro che abbiano più di quindici dipendenti nella sede, filiale o stabilimento dove è avvenuto il licenziamento, o che impieghino più di quindici dipendenti sparsi in più unità site all'interno dello stesso comune o che, in ogni caso, abbiano più di sessanta dipendenti. Per quanto riguarda tale tentativo obbligatorio di conciliazione, si può proprio dire che, in questo caso, "a volte ritornano". Infatti il tentativo di conciliazione, previsto originariamente quale facoltativo, era divenuto obbligatorio (per tutte le controversie di lavoro) in base al D.Lgs. n.80 del 1998 per poi ritornare facoltativo, nel 2010, a seguito del Collegato Lavoro.



Ora, con la "legge Fornero", il tentativo di conciliazione torna obbligatorio ma, come detto, solo nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo effettuati da aziende con più di quindici dipendenti. In tutte le altre tipologie di licenziamento (per giusta causa, per giustificato motivo soggettivo, collettivo) non si ha l'applicazione di questa nuova procedura conciliativa, rimanendo comunque usufruibile il tentativo facoltativo di conciliazione, come regolato dagli articoli 410 e seguenti del codice di procedura civile.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve essere quindi oggi preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione Territoriale del Lavoro competente e trasmessa per conoscenza al lavoratore. In tale comunicazione "*il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicare i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato*". Trattasi di comunicazione nella quale il licenziamento stesso non è ancora attuato ma semplicemente preannunciato alla D.T.L. e segnalato altresì ("*per conoscenza*") al lavoratore. **Difficilmente poi, in tale comunicazione, verrà inserita dal datore di lavoro l'indicazione, che la legge pone come eventuale, di misure di assistenza alla ricollocazione (*outplacement*, percorsi di riqualificazione) mentre, con più frequenza, si darà conto della verifica effettuata dall'azienda del non possibile *repechage* del lavoratore.**

Ricevuta la comunicazione del datore di lavoro, la D.T.L. deve trasmettere la convocazione al datore di lavoro ed al lavoratore "*nel termine perentorio di sette giorni*". Al riguardo si può già prevedere che, dato il suddetto breve termine ed il rilevante numero di licenziamenti causati dalla persistente crisi economica, molti tentativi di conciliazione non saranno convocati, analogamente a quanto succedeva per il vecchio tentativo

⁷ Cassazione sentenza n.12719/1998.

⁸ Cassazione sentenza n.6803/03.

obbligatorio di conciliazione anteriore al Collegato Lavoro, potendo in tal caso il datore di lavoro procedere con il licenziamento.

Nell'ambito della procedura di conciliazione che si svolge avanti alle commissioni provinciali di cui all'art.410 del codice di procedura civile, le parti, con la partecipazione attiva della commissione stessa, *“procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso”* nell'intento di tentare di salvaguardare il posto di lavoro in discussione. La procedura si deve concludere nel brevissimo termine di *“venti giorni dal momento in cui la Direzione territoriale di lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro fatta salva l'ipotesi in cui le parti, di comune avviso, non ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo”*.

All'esito del tentativo di conciliazione, in caso di mancato accordo, il datore di lavoro può *“comunicare al lavoratore il licenziamento”* ed il recesso, in base al co.41 dell'art.1 L. n.92/12, produrrà effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento è stato avviato *“salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso ed alla relativa indennità sostitutiva”*; il lavoro prestato nelle more della procedura di conciliazione non potrà quindi che essere considerato quale preavviso lavorato.

Il nuovo art.7 L. n.604/66 stabilisce anche che *“se la conciliazione ha esito positivo e prevede la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, si applicano le disposizioni in materia di Assicurazione sociale per l'impiego (ASpl)”*; può essere altresì previsto, al fine di favorire la ricollocazione professionale del lavoratore, il suo affidamento ad una agenzia per il lavoro. Pertanto ora, in caso di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro all'esito della procedura di conciliazione, il lavoratore potrà usufruire del trattamento Aspi, che dal 2013 sostituirà l'attuale trattamento di disoccupazione; quest'ultimo, come noto, è sempre stato escluso nei casi di perdita *“colpevole”* del lavoro da parte del dipendente (licenziamento per giusta causa o dimissioni senza giusta causa) a cui erano assimilati i casi di risoluzione consensuale (quindi per mutuo consenso) del rapporto di lavoro.

Prime problematiche del nuovo tentativo di conciliazione.

Al riguardo del sopra descritto tentativo obbligatorio di conciliazione si ha notizia, dai primi tentativi di conciliazione celebrati, delle prime problematiche inerenti la suddetta procedura.

1. La prima questione attiene al fatto che **potrebbe essere messa in dubbio, da qualche Commissione, la possibilità di chiudere la procedura di conciliazione con un accordo che abbia un contenuto diverso dalla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro** e di poter fruire comunque del trattamento Aspl. Ciò potrebbe avvenire soprattutto nei casi in cui l'accordo preveda comunque l'irrogazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo a cui il lavoratore potrebbe essere comunque interessato al fine di ottenere l'iscrizione nelle liste di mobilità (almeno sino a quando le stesse verranno mantenute) in considerazione del fatto che la cosiddetta *“piccola mobilità”*, che aumenta le possibilità di rioccupazione del lavoratore licenziato, trova applicazione nei casi di licenziamento.

2. Altra questione dubbia riguarda **il contenuto della comunicazione di apertura della procedura di conciliazione**, effettuata dal datore di lavoro ex art.7 L. n.604/66 primo e secondo comma: la norma sul punto appare sibillina poiché tale comunicazione datoriale deve contenere *“l'intenzione di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo”*. Quindi tale comunicazione non può essere già un atto di licenziamento, ma una dichiarazione con cui il datore di lavoro preannuncia l'intenzione di

operare il recesso. Tuttavia tale comunicazione, per cautela, dovrà contenere tutte le motivazioni del licenziamento *in fieri* poiché, in base all'art.1 co.41 della L. n.92/12, il licenziamento intimato all'esito del tentativo obbligatorio di conciliazione "*produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato*". Tale norma deve essere coordinata con la previsione del co.6 del nuovo art.7 in base al quale "*se fallisce il tentativo di conciliazione e, comunque, decorso il termine di cui al co.3, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore*".

La **comunicazione del licenziamento non perfeziona quindi il licenziamento ex nunc ma bensì ex tunc**, essendo il licenziamento efficace retroattivamente sin dalla comunicazione di apertura della procedura di conciliazione. In tale situazione, che avrà dei risvolti pratici anche bizzarri (si pensi al tentativo di conciliazione dilatatosi nel tempo, su accordo delle parti, per favorire il raggiungimento della conciliazione, poi sfumata; ebbene, in tali casi, l'efficacia del licenziamento retroagirà al momento dell'inizio della procedura, apertasi settimane o magari mesi prima e nel frattempo il lavoratore potrebbe avere anche regolarmente lavorato, con la conseguenza di difficoltose procedure di raccordo della gestione amministrativa del contratto di lavoro, fra tutte le comunicazioni di cessazione ai servizi per l'impiego⁹), converrà motivare adeguatamente e in maniera coordinata sia la comunicazione di apertura della procedura che quella di licenziamento, con i necessari richiami di quest'ultima nella prima.

3. Ulteriore problematica attiene al fatto se anche i **licenziamenti non direttamente connessi ai "motivi economici"** (malattia e superamento del periodo di comporto, inidoneità sopravvenuta, perdita del titolo abilitativo ecc.) **siano assoggettabili o meno alla preventiva procedura di conciliazione**. L'esclusione dal tentativo di conciliazione non parrebbe aver fondamento poiché, come visto sopra, per costante giurisprudenza e per consolidata dottrina tali tipologie di licenziamento, che scaturiscono dalla non proseguibilità del rapporto di lavoro per il venir meno della capacità o della possibilità del lavoratore di espletare regolarmente la prestazione lavorativa per cause a lui non imputabili, sono sempre state ricondotte al giustificato motivo oggettivo di cui all'ultima parte dell'art.3 L. n.604/66, ovvero a ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'attività produttiva.

Ora il nuovo art.7 dello Statuto dei Lavoratori, al comma ottavo, fugge ogni dubbio su tale configurazione del licenziamento per inidoneità sopravvenuta stabilendo che essi sono "*per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore*".

Non vi possono quindi essere dubbi, per espressa previsione legislativa, sull'assoggettabilità anche di queste tipologie di licenziamento al preventivo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione a cui deve essere sottoposto, secondo l'art.7 L. n.604/66, "*il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'art.3, seconda parte, della presente legge*"; ovviamente, come più volte ricordato, ciò vale solo per i datori di lavoro con più di quindici dipendenti di cui all'art.18, comma ottavo, dello Statuto dei Lavoratori.

Nel caso di licenziamento per malattia ed infortunio, la riforma del lavoro (nel nuovo art.18 comma settimo, come modificato dal co.42 dell'art.1 L. n.92/12) perde l'occasione di chiarire in modo definitivo l'appartenenza alla categoria del licenziamento per motivo oggettivo dei casi di superamento del periodo di comporto, e pertanto permane non irrilevante la questione posta dalle sentenze della Cassazione sopra ricordate sulla collocabilità dei licenziamenti per superato periodo di conservazione del posto di lavoro in

⁹ Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con la nota n.18273 del 12 ottobre 2012, ha chiarito che il termine di 5 giorni per effettuare la comunicazione di cessazione decorre dalla data effettiva di risoluzione del rapporto di lavoro senza tener conto dell'efficacia retroattiva del licenziamento.

caso di malattia ed infortunio all'interno della categoria del licenziamento per motivi oggettivi.

Peraltro, un approccio prudente alla questione non può che portare il datore di lavoro alla preventiva attivazione del nuovo tentativo di conciliazione anche nei casi, come sopra evidenziati, in cui ci potrebbe essere un dubbio sulla loro qualificazione quale licenziamento per motivo oggettivo. In caso contrario, il datore di lavoro che procedesse in questi casi direttamente al licenziamento si renderebbe passibile delle conseguenze stabilite dal nuovo comma sesto dell'art.18 L. n.300/70. Infatti, **mentre precedentemente al Collegato Lavoro la sanzione per il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione era semplicemente l'improcedibilità del ricorso giudiziale, con conseguente sospensione del giudizio da parte del giudice e fissazione di termine perentorio per promuovere il tentativo di conciliazione, ora la conseguenza per la mancata attivazione della procedura di conciliazione ex art.7 L. n.604/66 appare ben più grave.** Il nuovo comma sesto dell'art.18 dello Statuto dei Lavoratori, come modificato dall'art.42 della legge 92, prevede espressamente, nei casi di violazione della procedura conciliativa, l'inefficacia del licenziamento con la conseguenza *"dell'attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto"*. Ciò salvo che il licenziamento non sia anche ingiustificato, nel qual caso si applicano le maggiori e diversificate tutele dal nuovo settimo comma dello Statuto dei Lavoratori.

In conclusione appare sempre necessaria, anche nei casi di licenziamento per motivo oggettivo "non economico", l'attivazione del preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione prima dell'irrogazione del licenziamento; ciò anche in quei casi che, per quanto sopra esposto, potrebbero astrattamente porsi al di fuori della sua applicazione.

MASTER SPECIALISTICI



OFFERTA SPECIALE ENTRO IL 31 OTTOBRE 2012

-  MASTER DIRITTO DEL LAVORO
-  MASTER DIRITTO SINDACALE E RELAZIONI INDUSTRIALI
-  MASTER CRISI DI IMPRESA

ACCEDI

Per ulteriori informazioni contatta il numero 045.506199 e_mail formazione@cslavoro.it www.cslavoro.it