

## **IL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE SUI LICENZIAMENTI PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO DOPO LA LEGGE N. 99/2013**

(le considerazioni che seguono sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non impegnano in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza)

L'art. 7, comma 4, del D.L. n. 76/2013, confermato dalla legge di conversione n. 99/2013, interviene nel "corpus" dell'art. 7 della legge n. 604/1966, già modificato dalla legge n. 92/2012, riscrivendo il comma 6. L'obiettivo che si pone l'Esecutivo con il varo di questa norma è quello di risolvere, per via legale, alcuni problemi che, nella prima fase di attuazione del tentativo obbligatorio di conciliazione per giustificato motivo oggettivo per licenziamento determinato dal superamento del periodo di comporto, avevano creato alcune perplessità e problemi applicativi. Tutto nasceva da un atteggiamento ondivago, dalla giurisprudenza di merito, come testimoniato dall'ordinanza del Tribunale di Milano del 5 marzo 2013 favorevole alla esclusione della fattispecie dal tentativo obbligatorio e dall'ordinanza sempre dello stesso Tribunale del 22 marzo successivo, di segno completamente opposto. Anzi, con quest'ultima decisione l'organo giudicante, applicando il nuovo articolo 18, aveva sanzionato l'azienda per omessa applicazione della procedura comminando un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, pari a sei mensilità.

In merito al licenziamento per superamento del periodo di comporto ex art. 2110 c.c. la circolare del Ministero del Lavoro n. 3 del 16 gennaio 2013 era giunta alla conclusione che, in ragione della sua specificità, lo stesso si doveva escludere dal novero delle casistiche rispetto alle quali era obbligatorio effettuare il tentativo di conciliazione. C'è da ricordare che, sul tema, la Corte di Cassazione aveva, da tempo, affermato che il lavoratore malato il quale aveva superato il periodo contrattuale di comporto, poteva essere liberamente licenziabile (anche allorquando il termine fosse stato superato di un sol giorno), dato il carattere speciale dell'ipotesi di recesso prevista dall'art. 2110, comma 2, c.c. (Cass., n. 7047/2004; Cass., n. 5413/2003; Cass., n. 5927/1996), affermando, altresì, che il datore di lavoro poteva anche riquilibrare, con riferimento al superamento del periodo, un licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, senza che con ciò potesse essere ritenuto violato il principio della immutabilità della motivazione (Cass. n. 8641/1999; Cass. n. 2496/1990). Ovviamente, nella lettera di licenziamento, sosteneva sempre la Suprema Corte (Cass., n. 6546/1988), andavano riportate le assenze effettuate, pur non dovendosi rispettare la procedura prevista dall'art. 7 della legge n. 300/1970. Del resto, l'ampia casistica sedimentatasi nel corso degli anni ha fatto sì che alcuni principi relativi a tale recesso siano diventati patrimonio comune come, ad esempio, la carenza di obbligo del datore di lavoro di preavvertire il lavoratore circa l'approssimarsi del termine del comporto o come la illegittimità del licenziamento qualora venga provata in giudizio che la malattia da cui è affetto il lavoratore, trovi la propria origine nello svolgimento dell'attività lavorativa e nella mancata predisposizione da parte datoriale delle misure necessarie finalizzate a scongiurare l'insorgere della patologia.

Ora il Parlamento (la disposizione è operativa dal 28 giugno 2013, perché contenuta nel D.L. n. 76/2013) escludendolo, chiaramente, dal tentativo obbligatorio, ha avuto il merito di risolvere il problema di molti datori di lavoro che nel dubbio di orientamenti diversi da parte dei giudici di merito, chiedevano l'espletamento della procedura e, al contempo, ed ha tolto "le

castagne dal fuoco” delle Direzioni territoriali del Lavoro le quali, sulla base dell’indirizzo ministeriale, ritenevano di non dover procedere. Tutto questo con le consuete diatribe di natura legale ed amministrativa che producevano molte carte, perdita di tempo e poche certezze.

Le altre due ipotesi per le quali, espressamente, non viene più richiesto il tentativo obbligatorio di conciliazione sono quelle evidenziate all’art. 2, comma 34, della legge n. 92/2012. Esse fanno riferimento a:

- a) licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale;
- b) interruzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività e per chiusura del cantiere.

Prima di entrare nel merito delle due esclusioni va ricordato che il predetto comma 34 dell’art. 2 della legge n. 92/2012 esclude le imprese interessate dal pagamento del contributo di ingresso all’ASpI, nel caso in cui ricorrano tali fattispecie. Per completezza di informazione va ricordato come la circolare INPS n. 44 del 22 marzo 2013 ed il successivo messaggio n. 10358 del 27 giugno 2013 abbiano chiarito la portata del contributo di ingresso, le esclusioni (per i casi evidenziati sub a) e b) è fino al 31 dicembre 2015 e le modalità di pagamento.

L’esclusione dal tentativo di conciliazione dei recessi per fine appalto, con la successiva assunzione da parte di un nuovo datore di lavoro, sulla base di un contratto collettivo che obbliga quest’ultimo (è il caso, ad esempio, dell’art. 4 del CCNL multi servizi) si basa sul fatto che, da un punto di vista strettamente pratico, non c’è una perdita del posto di lavoro ma i lavoratori transitano alle dipendenze di un nuovo imprenditore (una volta si sarebbe parlato di “passaggio diretto ed immediato” che, normativamente, è stato abolito) e non sono percettori di alcuna indennità legata alla perdita del posto di lavoro.

Se, però, il problema appare di facile soluzione laddove le due imprese (quella che ha perso l’appalto e quella che lo ha acquisito) sono tenute all’applicazione dello stesso contratto collettivo, non lo è laddove ciò non è così (è il caso, ad esempio che si presenta nello stesso settore delle pulizie allorquando l’impresa subentrante applica il CCNL delle imprese artigiane che non obbliga all’assunzione ma soltanto ad un incontro con l’azienda cedente, finalizzato a trovare una soluzione). C’è da dire, peraltro, che, talora, la soluzione è ancora più complicata come allorquando fino a pochi giorni dalla scadenza non si conosce il nome del subentrante e chi ha perso l’appalto (o ha il sentore di perderlo) deve attivare la procedura di licenziamento per giustificato motivo oggettivo se ciò riguarda un numero di lavoratori fino a quattro o quella collettiva di riduzione di personale se le unità interessate sono almeno cinque (salvo, poi, sospendere le procedure se l’appalto è nuovamente riacquisito),

La seconda ipotesi di esclusione riguarda i licenziamenti nel settore edile di lavoratori a tempo indeterminato per fine fase lavorativa o fine attività del cantiere cui erano adibiti. Che nel caso di specie si tratti di licenziamento per giustificato motivo oggettivo è fuor di dubbio ed è stato anche confermato dalla Suprema Corte, che non si applichi la procedura obbligatoria di conciliazione appare anche ragionevole, tenuto conto che i lavori in edilizia sono sempre

strettamente legati alla vita di un cantiere e il giustificato motivo oggettivo trova in ciò la propria ragion d'essere, unitamente all'esistenza di una disciplina speciale di disoccupazione.

Il nuovo comma 6 dell'art. 7 continua affermando che il tentativo obbligatorio di conciliazione prevede una partecipazione attiva della commissione provinciale di conciliazione, che le parti sono chiamate ad esaminare, anche su impulso della stessa, soluzioni alternative al recesso e che il procedimento conciliativo si conclude entro venti giorni da quando la Direzione territoriale del Lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro, esprime una volontà di velocizzazione dell'iter, unitamente ad altri elementi che erano già contenuti nel vecchio testo. Il termine può essere "sforato" se le parti, di comune accordo (ma anche su impulso dell'organo collegiale e previa breve verbalizzazione della volontà) lo ritengano utile per tentare di risolvere la controversia.

In presenza di un fallimento del tentativo il datore di lavoro può procedere alla risoluzione del rapporto, comunicando per iscritto il recesso, cosa che può fare anche nel caso in cui l'organo periferico del Ministero del Lavoro non abbia convocato entro il termine perentorio di sette giorni dalla ricezione della lettera del datore di lavoro che comunica la propria intenzione di recedere dal rapporto di quel lavoratore che è stato individuato in precedenza. Il nuovo comma 6 si conclude affermando che la mancata presentazione di una o di ambedue le parti (senza alcuna distinzione tra datore di lavoro e lavoratore) produce un verbale di mancata comparizione e da tale evento la norma fa discendere la possibilità per il giudice di desumere argomenti di prova ex art. 116 c.c. .

Queste sono le novità contenute nella procedura: prima però di fare un breve "excursus" sugli altri commi dell'art. 7 della legge n. 604/1966 che non sono per nulla cambiati, avendo quale linea di riferimento gli orientamenti espressi dalla circolare n. 3/2013 del Ministero del Lavoro, è opportuno spendere due parole sul concetto di "partecipazione attiva della commissione" che, peraltro, si evince anche in un ulteriore passaggio allorquando il Legislatore la obbliga ad una proposta conciliativa, con possibili effetti futuri in sede giudiziale, in caso di mancato accordo.

L'organo conciliativo, si diceva, ha una funzione attiva: ciò significa che non è nel suo potere affermare di chi è la ragione (nel nostro ordinamento tale compito spetta soltanto al giudice), ma deve facilitare una composizione della controversia non soltanto prospettando soluzioni di natura economica, ma esplorando anche altre ipotesi che non si traducano, necessariamente, nella risoluzione del rapporto (si pensi ad una trasformazione a tempo parziale, ad un trasferimento ad altra unità produttiva, ad un demansionamento sia pure temporaneo, ad un distacco temporaneo presso un'altra azienda, ad una ricollocazione presso un altro datore di lavoro, ecc.). Indubbiamente, su questo si estrinseca la professionalità e la capacità mediatrice della commissione di conciliazione (o sotto commissione di conciliazione, ove avvengono la gran parte dei tentativi, composta ex art. 410 cpc, da tre membri di cui uno designato delegato dal Dirigente dell'Ufficio).

Con la circolare n. 3 del 16 gennaio 2013 il Dicastero del Lavoro ha fornito le prime indicazioni operative alle proprie strutture territoriali, richiamando, in diversi punti le articolazioni periferiche del Ministero ad adempimenti veloci e, se possibile, in linea con la volontà del Legislatore che ha ipotizzato questo iter con lo scopo di "sgravare", nei limiti del possibile, la Magistratura da ricorsi che possono trovare anche una soluzione di natura extra - giudiziale. Si parla di coinvolgimento degli Uffici a tutti i livelli ivi compresi quelli di supporto (segreteria e

protocollo per far partire celermente le lettere di convocazioni), Ufficio relazioni con il pubblico ed ispettore di turno (per le informazioni sulle novità normative) e non soltanto l'Unità conflitti di lavoro e la commissione provinciale di conciliazione che deve trattare la controversia. Il Ministero sottolinea l'assoluta necessità di evitare i "tempi morti", di rispettare i termini precisi, brevi e perentori previsti dalla procedura, di prevedere la possibilità di convocazioni straordinarie dell'organo conciliativo e di razionale organizzazione tale da ottemperare alle indicazioni ministeriali: l'inosservanza potrà incidere sulla valutazione del comportamento organizzativo dei Dirigenti e delle rispettive strutture.

La prima parte della circolare è stata utilizzata per spiegare, sia pure in maniera non esaustiva, il concetto di giustificato motivo oggettivo rispetto al quale è obbligatorio effettuare il tentativo di conciliazione. Si parla di ristrutturazione di reparti, di soppressione del posto di lavoro, di terziarizzazione e di esternalizzazione delle attività. Come si vede, si tratta di ipotesi che scaturiscono dai principi fissati dall'art. 3, seconda parte, della legge n. 604/1966 e che fanno riferimento alla necessità di dover "cancellare" quel posto di lavoro nel quadro dell'organizzazione e del funzionamento dell'impresa ed alla impossibilità di una qualsiasi altra utilizzazione all'interno dell'azienda. La dottrina e la giurisprudenza hanno previsto altre ipotesi di licenziamento correlate alla inidoneità fisica, alla impossibilità di "repechage" anche all'interno del "gruppo d'impresе", al licenziamento di un lavoratore a tempo indeterminato in edilizia, per chiusura del cantiere o per fine fase lavorativa (ma questo, ora, è stato espressamente escluso dal D.L. n. 76/2003), a provvedimenti di natura amministrativa che incidono sul rapporto come, ad esempio, il ritiro della patente di guida ad un autista, del porto d'armi ad una guardia particolare giurata o del tesserino di accesso ad un'area riservata (dove doveva essere prestata l'attività lavorativa) a seguito di un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

La nota ministeriale parlava anche della esclusione del licenziamento per superamento del periodo di comporto, cosa che era stata, esplicitamente, "bacchettata" dall'ordinanza del Tribunale di Milano del 22 marzo 2013: ora, il problema, alla luce delle modifiche introdotte con il D.L. n. 76/2013, convertito, con modificazioni, nella legge n. 99/2013, non c'è più.

La stessa nota ministeriale ha escluso l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per il licenziamento di personale dirigenziale, sulla base della specificità della mansione e sul fatto che la risoluzione del rapporto di lavoro trova la propria disciplina nell'ambito della contrattazione collettiva.

Il Ministero invita le Direzioni del Lavoro a verificare se, in un arco temporale di 120 giorni, il datore di lavoro l'impresa effettui più di quattro licenziamenti: se ciò dovesse accadere, a fronte di specifiche richieste di attivazione del tentativo obbligatorio, l'Ufficio è tenuto ad invitare l'impresa ad aprire la procedura collettiva di riduzione di personale prevista dalla legge n. 223/1991, non potendo effettuarsi i singoli tentativi conciliativi. Ovviamente, il discorso non si pone, ad esempio, per l'edilizia ove, per fine cantiere o fase lavorativa, l'iter procedimentale della legge n. 223/1991 non si applica (art. 24, comma 4) ma dove, oggi, non si applica più neanche la procedura obbligatoria di conciliazione sul singolo recesso.

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

La circolare n. 3, ripetendo quanto contenuto nei commi 8 e 9 del nuovo articolo 18 della legge n. 300/1970, come modificato dal comma 42 dell'art. 1 della legge n. 92/2012, afferma che

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 abbiano alle proprie dipendenze più di quindici unità o più di cinque se imprenditori agricoli: la disposizione 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 indeterminato sono calcolati "pro - quota" in relazione all'orario pieno contrattuale (art. 6 del D.L.vo n. 61/2000), mentre non si computano il coniuge ed i parenti entro il secondo grado sia in linea diretta che collaterale. A tale casistica, ad avviso di chi scrive, va, poi, aggiunta l'ipotesi prevista dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 143 del 23 aprile 1998: allora di parlava della c.d. "tutela reale", oggi si può affermare, alla luce delle novità introdotte, che la nuova procedura (che non necessariamente, in caso di licenziamento illegittimo porta alla reintegra) 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.

La previsione relativa "all'ampiezza aziendale", 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" (Cass., n. 7227/2002), può provare che il calo è stato determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive (v. Cass., n. 2546/2004; Cass. n. 13274/2003; Cass., n. 12909/2003; Cass., n. 5092/2001). 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 (Cass. n. 2546/2004) ed uno di "normalità" della forza lavoro, riferita all'organico necessario in quello specifico momento dell'anno (Cass., n. 2241/1987; Cass., n. 2371/1986).

I limiti numeri sopra evidenziati debbono, in ogni caso, tenere conto delle esclusioni operate, nel corso degli anni dal Legislatore, per soggetti assunti con determinate tipologie o perché in possesso di determinati requisiti soggettivi, e precisamente:

- a) gli assunti con rapporto di apprendistato (qualunque sia la tipologia ed ivi compresi i c.d. "apprendisti in mobilità") in quanto l'art. 7, comma 3, del D.L.vo n. 167/2011 li esclude espressamente, ripetendo la dizione adoperata dall'art. 21 della legge n. 56/1987, ora abrogato;
- b) gli assunti con contratto di inserimento, fino a quando tale contratto rimarrà nel nostro ordinamento (esso è stato abrogato dall'art. 1, comma 14, della legge n.92/2012, ed 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 legge n. 223/1991, pur se tale tipologia è rimasta nel nostro ordinamento quale mero "retaggio storico", pressoché inutilizzato;

- d) gli assunti, già impiegati in lavori socialmente utili o di pubblica utilità, assunti a tempo pieno ed indeterminato (ma anche part-time o a termine), secondo la previsione contenuta nell'art. 7, comma 7, del D.L.vo n. 81/2000;
- e) i lavoratori somministrati che, per effetto dell'art. 22, comma 5, del D.L.vo n. 276/2003, non rientrano nell'organico dell'utilizzatore;

Vanno, invece, compresi nell'organico aziendale, secondo la circolare n. 3:

- a) i soci lavoratori delle società cooperative di produzione e lavoro che, successivamente all'associazione, hanno sottoscritto un contratto di lavoro subordinato secondo la previsione contenuta nell'art. 1, comma 3, della legge n. 142/2001;
- b) i lavoratori a domicilio;
- c) i lavoratori sportivi professionisti, con rapporto di lavoro subordinato che, pur essendo trattati, in materia lavoristica, in modo del tutto "speciale" dalla legge n. 91/1981 (non trovano, ad esempio, applicazione gli articoli 5, 7 e 18 della legge n. 300/1970), rientrano nel computo dimensionale del proprio datore di lavoro;
- d) i lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, con l'ovvia esclusione dal computo dei loro sostituti.

Il computo parziale nell'organico non riguarda soltanto i lavoratori ad orario ridotto a tempo indeterminato come detto, esplicitamente, dalla norma, ma anche quelli intermittenti, in virtù dell'art. 39 del D.L.vo n. 276/2003, che li calcola nell'organico dell'impresa "ai fini dell'applicazione di norme di legge, in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre" o quelli "in lavoro ripartito" computati complessivamente in relazione all'orario svolto e che vanno considerati come un'unità allorché l'orario complessivo coincida con il tempo pieno.

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo per i datori di lavoro sovra dimensionati alle quindici unità offre lo spunto per alcune specifiche riflessioni:

- a) il tentativo obbligatorio di conciliazione si pone come deroga speciale rispetto al regime della facoltatività che la legge n. 183/2010, modificando il vecchio art. 410 c.pc., ha generalizzato;
- b) l'individuazione dei limiti dimensionali oltre le quindici unità dipendenti fa sì che tale rito procedimentale non possa applicarsi alle imprese sotto dimensionate per le quali resta la possibilità di risolvere il rapporto di lavoro con le modalità già introdotte con la legge n. 108/1990, ove, in caso di licenziamento illegittimo (fatto salvo, in ogni caso, quello discriminatorio per il quale valgono le regole generali con la reintegra) è prevista una indennità di natura risarcitoria compresa tra le 2,5 e le 6 mensilità, aumentabili fino a 10 o 14 in presenza di particolari condizioni;
- c) non applicabilità della procedura significa che in caso di accordo, con risoluzione consensuale del rapporto nelle imprese con un organico fino a quindici dipendenti, il lavoratore non può iscriversi nelle liste di disoccupazione (non si tratterebbe di "disoccupazione involontaria") e percepire l'ASpI, atteso che il Legislatore ha riservato tale possibilità soltanto alle imprese che sono obbligate a seguire la procedura prevista

dal nuovo art. 7 della legge n. 604/1966. Per poter "godere" dell'ASpI, il lavoratore dipendente da una piccola impresa deve essere licenziato;

- d) la risoluzione consensuale del rapporto al termine di una procedura collettiva di personale ex art. 4 e 5 della legge n. 223/1991 (l'accettazione della risoluzione consensuale del rapporto potrebbe essere uno dei criteri sui quali si è convenuto nell'accordo con le OOSS) non dà diritto all'ASpI, in quanto essa è unicamente "legata" alla risoluzione consensuale al termine della procedura obbligatoria relativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, previsto dall'art. 3, seconda parte, della legge n. 604/1966. Ovviamente, ricorrendone le condizioni, il lavoratore interessato ha diritto all'indennità di mobilità;
- e) la specificità della procedura, fa sì che per gli effetti strettamente correlati non possano essere prese in considerazione altre forme di conciliazione come quella, ad esempio, in sede sindacale ex art. 411 cpc. Infatti, non è possibile ottenere l'ASpI a seguito di risoluzione consensuale raggiunta in quella sede e, al contempo, nel caso in cui un licenziamento sia stato adottato dopo la conclusione di un incontro presso tale sede, si potrebbe verificare, con ricorso in giudizio, l'ipotesi prevista dal nuovo art. 18: il giudice, nel dichiarare inefficace il recesso per violazione della procedura ex art. 7 della legge n. 604/1966, applica la c.d. "indennità risarcitoria onnicomprensiva in misura ridotta", compresa tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto e determinata in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro. Ovviamente, il caso non si pone se nella sede sindacale il lavoratore accetta il provvedimento di licenziamento.

Pensando ad una forma del tutto originale di tentativo obbligatorio di conciliazione, il Legislatore ha ipotizzato la procedura prevista dal comma 40 dell'art. 1 della legge n. 92/2012, prendendo quale riferimento quella di riduzione di personale, i cui tempi procedurali sono dettati dagli articoli 4 e 5 della legge n. 223/1991. Lo spunto è quello ma, i contenuti e le modalità sono molto diversi, sol che si pensi all'assenza di ruolo del sindacato interno dell'azienda nella procedura dell'art. 7 della legge n. 604/1966.

La circolare n. 3, sottolinea, quasi ce ne fosse bisogno, che nella fase di apertura della procedura la motivazione della richiesta di licenziamento è rimessa alla sola valutazione del datore di lavoro, secondo la previsione contenuta nell'art. 3, seconda parte, della legge n. 604/1966, come affermato dalla Suprema Corte, secondo un indirizzo consolidato, anche di recente (Cass., 9 luglio 2012, n. 11465).

Chi, trovandosi nelle dimensioni occupazionali sopra indicate, intende procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, deve inviare una comunicazione scritta alla Direzione territoriale del Lavoro, competente per territorio e, per conoscenza, al diretto interessato. La comunicazione è oltre modo fondamentale, in quanto consente di conoscere le motivazioni alla base del provvedimento di recesso che si intende porre in essere. Per evitare lungaggini nella procedura è auspicabile che il datore di lavoro comunichi anche il proprio indirizzo di posta elettronica certificata.

Alcuni aspetti fondamentali della procedura vengono affrontati e chiariti dalla circolare.

Il primo riguarda l'individuazione della Direzione territoriale del Lavoro competente: essa è, unicamente, quella sulla quale insiste il luogo in cui si svolge l'attività del lavoratore.

Il secondo chiarimento concerne le motivazioni. Queste vanno indicate unitamente alle eventuali misure finalizzate ad una ricollocazione: ad avviso di chi scrive, rispetto alla procedura prevista dall'art. 4 della legge n. 223/1991, le motivazioni vanno, se possibile, meglio specificate, atteso che, in questo caso, il datore di lavoro ha già fatto la propria scelta, mentre nell'iter sui licenziamenti collettivi, l'imprenditore ha evidenziato la situazione di crisi e le cause, ma non ha ancora individuato i lavoratori oggetto del licenziamento, cosa che avverrà secondo i criteri individuati con l'accordo sindacale o, in alternativa, utilizzando quelli individuati, in concorso tra loro, dall'art. 5 della legge n. 223/1991 (anzianità, carico familiare, esigenze tecnico produttive).

Ricevuta la richiesta, la Direzione territoriale del Lavoro deve, sollecitamente, metterla a convocazione, in quanto i tempi sono molto ristretti, perché trascorsi sette giorni dalla ricezione, senza che sia trasmessa la convocazione, il datore di lavoro (comma 6) può comunicare il licenziamento al lavoratore.

Il termine è "ope legis" perentorio e non ammette letture diverse. Di qui la necessità di evitare "tempi morti", coinvolgendo in stretto raccordo, la segreteria della commissione di conciliazione che deve fissare l'ora ed il giorno dell'incontro, l'ufficio del protocollo che deve far partire senza indugio le lettere raccomandate e chi, materialmente, le deve portare all'Ufficio postale. Ed proprio su questo che, conoscendo alcune "vischiosità" delle proprie articolazioni, il Dicastero del Lavoro ha fissato la propria attenzione, richiamando con forza i Dirigenti alle loro responsabilità organizzative. Forme alternative di convocazione che non sia la "pec" non sono previste, attesa la necessità di coniugare la certezza dell'invio con l'effettiva conoscenza del giorno e dell'ora dell'incontro.

I tempi della procedura sono oggettivamente ristretti e nel computo dei venti giorni complessivi vanno compresi anche quelli necessari per far sì che la lettera di convocazione giunga alle parti. Non convocarle per l'espletamento del tentativo entro i venti giorni, se da un lato consente al datore di lavoro di considerare esaurita la procedura e, di conseguenza, di poter procedere al licenziamento (comma 6), dall'altro significa vanificare la procedura e questo il Ministero del Lavoro non vuole assolutamente consentirlo e richiama, come si è detto, i Dirigenti alla loro responsabilità organizzativa.

Le parti possono essere presenti personalmente o per delega e, al contempo, possono farsi assistere sia da avvocati e consulenti del lavoro (iscritti all'albo, puntualizza la circolare) che da rappresentanti dell'associazione datoriale o sindacale cui aderiscano o abbiano conferito mandato.

Alcune considerazioni vanno effettuate anche su questo passaggio della circolare che, peraltro, ripete, quasi pedissequamente, il dettato normativo. Il datore di lavoro ed il lavoratore possono farsi assistere, qualora lo desiderino, dalla organizzazione datoriale o sindacale prescelta, senza che, ovviamente, riverberino problemi legati alla rappresentanza. La stessa cosa può dirsi per i professionisti (avvocati e consulenti del lavoro, ricordando che la circolare più volte citata non ritiene di estendere l'assistenza a quei professionisti (es. commercialisti) autorizzati ex lege n. 12/1979.

Piuttosto, la questione principale riguarda la delega: superando il concetto espresso con la nota del 25 novembre 2010, a firma del Segretario Generale del Ministero del Lavoro, secondo il quale nelle controversie di lavoro avanti alla commissione di conciliazione la delega poteva essere soltanto notarile o autenticata da un funzionario della Direzione del Lavoro, la circolare

n. 3 sposa una tesi più ampia ed in linea con quanto, in passato, la Direzione Generale per l'Attività Ispettiva aveva affermato per le conciliazioni monocratiche: in sostanza, sono pienamente valide anche le deleghe sottoscritte dalle parti, unitamente a copia del documento di identità, o l'autentica rilasciata dallo stesso avvocato che rappresenta ed assiste il proprio cliente. Ovviamente, i chiarimenti forniti dal Ministero in questa fase, portano, ad avviso di chi scrive, a ritenere superata la nota del 25 novembre 2010 e a ritenere i criteri per il rilascio della delega contenuti nella circolare n. 3, anche per le altre controversie trattate avanti alla commissione conciliativa provinciale.

Altra questione, sostanziale, riguarda la presenza effettiva delle parti: si è detto della delega ma, sul piano estremamente pratico, è opportuno che, quanto meno, il lavoratore sia presente perché nel corso della discussione potrebbero emergere soluzioni alternative al licenziamento che possono essere diverse ed articolate, ma che solo l'interessato può valutare fino in fondo.

Il nuovo comma 6 dell'art. 7, riscritto dal D.L. n. 76/2013 e non toccato dalla legge di conversione n. 99/2013, spende alcune parole relativamente al fatto che una o entrambe le parti non si presentino alla convocazione fissata dalla commissione (o sottocommissione) di conciliazione, senza aver comunicato alcuna plausibile giustificazione. Ebbene, l'organo collegiale deve redigere il verbale di assenza ma, afferma la nuova disposizione, l'assenza è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c. . Questa norma afferma che il "il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge non disponga altrimenti" e che " può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno ....., dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinato e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo". Tutto questo ha uno scopo ben preciso: si tratta di un "espediente" per far sì che le parti provino a trovare una conciliazione di natura extra giudiziale.

La procedura ha, come si è detto più volte, tempi ristretti e "cadenzati", non consente atteggiamenti dilatori e deve concludersi entro i venti giorni successivi a quello in cui è stata inviata la convocazione. Il termine anzidetto (che "sconta", come si è detto, anche i giorni necessari alla nota di convocazione per giungere a destinazione), può essere superato, qualora le parti, di comune accordo, lo chiedano per continuare a trattare o anche nell'ipotesi di temporanea sospensione (art. 7, comma 9) in presenza di un legittimo impedimento del lavoratore (anche autocertificabile) che va valutato dalla commissione (o sotto commissione) di conciliazione nella sua autonomia e che può consistere in uno stato di malattia, ma anche in un motivo diverso concernente la propria sfera familiare. La sospensione è prevista per un massimo di quindici giorni e, in ogni caso, non incidono sulla ulteriore durata della sospensione periodi di malattia più lunghi che vanno oltre l'arco temporale considerato. In sostanza, il Legislatore non ha voluto avallare comportamenti dilatori nella procedura, anche se supportati da certificazione medica.

Qualora l'organo collegiale debba prendere atto dell'impossibilità di giungere ad una soluzione positiva, è tenuto a redigere un verbale di mancato accordo nel quale, oltre ad essere riportate, sia pure succintamente, le posizioni delle parti, dovrà trovare posto la proposta della commissione e, soprattutto, dovranno essere riportate le posizioni delle parti in ordine alla stessa. Tutto questo perché, in sede di ricorso, il giudice tiene conto, qualora ritenga di dover risolvere la questione con il riconoscimento di un'indennità risarcitoria, del comportamento complessivo tenuto, cosa che si riflette anche sul pagamento delle spese di giudizio. Ovviamente, il riferimento alle posizioni espresse dalle parti postula, se richiesto, la necessità

che vengano riportate "questioni sostanziali ed eccezioni sollevate dal lavoratore" (ad esempio, si ritiene discriminatorio il licenziamento), o l'assoluta indisponibilità a trovare una soluzione economica.

Ma, 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, ad un trasferimento, alla trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale) che divengono inoppugnabili, trattandosi di una conciliazione avvenuta ex art.410 cpc. Se, invece, si arriva ad una risoluzione consensuale del rapporto, la commissione ne darà atto attraverso il verbale riportandone tutti gli estremi, 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, comma 7, della legge n. 604/1966) che, in un certo senso, derogando alla disciplina ordinaria, riconosce il diritto all'Assicurazione Sociale per l'Impiego (che ha sostituito dal 1° gennaio 2013 l'indennità ordinaria di disoccupazione) e postula anche un possibile affidamento del lavoratore, finalizzato alla ricollocazione, ad una agenzia del lavoro. Ed a proposito della possibile ricollocazione incentivata di un lavoratore in "godimento" ASpI va ricordato come l'art. 7, comma 5, lettera b) del D.L.n. 76/2003 incentivi il datore di lavoro che, senza esservi tenuti, lo assume: il beneficio consiste nel riconoscimento del 50% dell'indennità riconosciuta al lavoratore ma non ancora corrisposta.

Quanto appena detto richiede, ad avviso di chi scrive, una breve digressione sull'Assicurazione Sociale per l'Impiego, per cercare di capire come "copre" i destinatari e le condizioni per il suo godimento.

L'art. 2 della legge di riforma disciplina compiutamente l'ASpI il cui obiettivo principale è quello di sostenere, attraverso una indennità di sostegno, i lavoratori che hanno involontariamente perso il lavoro.

La circolare INPS n. 142 del 18 dicembre 2012 ha affermato che i potenziali destinatari sono tutti i lavoratori dipendenti, compresi gli apprendisti, i soci lavoratori che, successivamente alla loro associazione abbiano instaurato un rapporto di lavoro subordinato ex art. 1, comma 3, della legge n. 142/2001 (ivi compresi i soci lavoratori delle cooperative ex DPR n. 602/1970), il personale artistico con rapporto di lavoro subordinato ed i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni con rapporto di lavoro a termine: sono esclusi gli operai agricoli a tempo determinato ed indeterminato per i quali permane la specifica tutela di settore.

I requisiti per il godimento sono:

- a) essere disoccupato (art. 1, comma 2, lettera c), del D.L.vo n. 181/2000;
- b) 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, comma 5) ciò non sia avvenuto con l'accordo sottoscritto avanti alla commissione provinciale di conciliazione nel corso della procedura di licenziamento. L'indennità mensile è rapportata alla retribuzione mensile ed è pari al 75% nei casi in cui nel 2013 la retribuzione mensile sia pari od inferiore a

1.180 euro 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 ed il predetto importo.

Con il comma 9 vengono dettate le regole relative alla "quantificazione" nel tempo dell'ASpI: dopo i primi sei mesi di fruizione si applica una riduzione del 15%, decurtazione che si ripete nella stessa misura trascorsi i successivi sei mesi, qualora dovuta. La durata dell'ASpI per l'anno 2013 è di otto mesi per i soggetti con età inferiore a cinquanta anni, di dodici mesi per quelli di età pari o superiore a detto limite. Essa spetta dall'ottavo giorno successivo alla data di cessazione del rapporto di lavoro o dal giorno dopo la presentazione della domanda (comma 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 (comma 13).

Il datore di lavoro che risolve consensualmente il rapporto, pur se ciò è intervenuto al termine della procedura conciliativa obbligatoria, è tenuto a pagare il contributo di ingresso all'ASpI, seguendo le modalità fissate dalla circolare INPS n. 44/2013 che, partendo dal limite massimo pari a 1451 euro per un'anzianità aziendale massima di trentasei mesi, lo rapporta alle mensilità lavorate (15 giorni sono una mensilità) non distinguendo neanche, ai fini dell'importo, il licenziamento (o, nel caso nostro, la risoluzione consensuale) di un lavoratore a tempo pieno da uno a tempo parziale. Questo "contributo d'ingresso" è dovuto in tutti i casi di interruzione del rapporto di lavoro per causa diversa dalle dimissioni, fatta eccezione per quelle ipotesi nelle quali il lavoratore non "gode" del trattamento ASpI (perché usufruisce, ad esempio, della pensione di vecchiaia o di quella anticipata o è "prepensionato" secondo la procedura individuata dall'art. 4, commi 1 - 7 ter, della legge n. 92/2012). Tali somme sono dovute anche dal datore di lavoro che recede dal contratto di apprendistato al termine del periodo formativo (comma 32). La disposizione (comma 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 e sono inoltre esonerati dal pagamento dell'ASpI fino al 31 dicembre 2015 i datori di lavoro che passano il personale, a seguito di cambio d'appalto, alle dipendenze del nuovo datore di lavoro, quelli che risolvono in edilizia il rapporto di lavoro per fine cantiere o fine fase lavorativa.

E' 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'ASpI, con l'accesso del lavoratore a tale indennità a seguito di risoluzione consensuale avvenuta con la procedura prevista dal nuovo art. 7 della legge n. 604/1966. In sostanza, il Legislatore offre alle parti un proprio "contributo", nel senso che a fronte di una soluzione consensuale della controversia, aggiunge una somma che dovrebbe aiutare il lavoratore nel periodo di disoccupazione: non va, peraltro, dimenticata la possibilità che lo stesso possa percepire in un'unica soluzione le mensilità di ASpI a fronte di una nuova attività autonoma intrapresa in prima persona o in cooperativa, così come avviene, oggi, per l'indennità di mobilità ex art. 7 della legge n. 223/1991. Ciò, è, oggi, possibile in quanto è stato emanato e pubblicato in Gazzetta Ufficiale (G.U. del 10 giugno 2013) il D.M. 29 marzo 2013 che detta le modalità per usufruirne, pur se, ancora, si è in attesa della circolare INPS che è destinata a fornire le regole operative.

La circolare n. 3, giustamente, si preoccupa della risoluzione consensuale e la pone in stretto raccordo con la procedura di convalida postulata dall'art. 4, comma 17, della legge n. 92/2012. La risoluzione del rapporto sottoscritta avanti all'organo conciliativo presieduto dal Dirigente (o da un funzionario) della Direzione territoriale del Lavoro è sicuramente esaustiva rispetto alla procedura pocanzi richiamata, sì da non imporre alcun ulteriore passaggio del lavoratore avanti ad uno degli organi abilitati alla convalida.

La risoluzione consensuale del rapporto potrebbe, in alcuni casi, essere accompagnata anche dalla composizione di altre questioni di natura economica afferenti il rapporto di lavoro, come le differenze retributive, le ferie non godute o il trattamento di fine rapporto. Il Dicastero del Lavoro ritiene che con il medesimo atto, sia pure tenendo ben separate le questioni, si possa addivenire anche alla soluzione complessiva del problema, purchè ci sia la piena consapevolezza e conoscenza da parte del lavoratore circa la definitività e la conseguente inoppugnabilità ex art. 410 cpc. Sta alla sensibilità dell'organo collegiale, ove dalla discussione emerga che il lavoratore non ha avuto modo di verificare il "quantum economico" offerto, stralciare la parte relativa alla "chiusura delle pendenze economiche" e definire soltanto la controversia relativa al licenziamento, rinviando, se necessario, l'incontro per gli argomenti non risolti.

Se si fa un breve riepilogo di quanto, sia pure sommariamente, esaminato nel corso di questa riflessione, si possono ipotizzare i momenti e le condizioni nelle quali il datore di lavoro può procedere al licenziamento:

- a) entro sette giorni dalla ricezione della comunicazione da parte della Direzione territoriale del Lavoro se quest'ultima non ha proceduto a convocare le parti entro il termine appena nominato, che è di natura perentoria (art. 7, comma 6, della legge n. 604/1966);
- b) entro venti giorni dal momento in cui la Direzione territoriale del Lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro: esso è il termine entro cui il tentativo obbligatorio si deve concludere, fatte salve le eccezioni di cui si è già parlato (art. 7, comma 6, della legge n. 604/1966);
- c) a partire dal giorno fissato nella lettera di convocazione della Direzione territoriale del Lavoro, se il lavoratore non si è presentato all'incontro, senza addurre alcuna giustificazione (circolare n. 3/2013 Ministero del Lavoro) o in caso di abbandono della procedura durante la discussione (cosa che va verbalizzata dall'organo collegiale);
- d) al termine della procedura di conciliazione conclusasi con esito negativo (art. 1, comma 41, della legge n. 92/2012).

Il licenziamento adottato ha effetto "dal giorno della comunicazione con cui il procedimento è stato avviato": esso coincide con quello della ricezione, da parte della Direzione del Lavoro, della comunicazione del datore relativa alla c.d. "intenzione di licenziamento", fatto salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla indennità sostitutiva. Il periodo di eventuale lavoro svolto durante l'iter procedurale si considera come "preavviso lavorato". Lo scopo che si è posto il Legislatore è quello di individuare una data certa e "legale" di risoluzione del rapporto, con lo scopo di evitare possibili ed ipotizzabili rallentamenti di natura procedurale. Ovviamente, il licenziamento avvenuto nel periodo di tutela della maternità è "nullo alla radice" e, al contempo, la circolare sottolinea l'effetto sospensivo sul recesso nel

periodo di tutela della maternità e della paternità e in quello dell'infortunio sul lavoro. La malattia, invece, non genera alcun effetto sospensivo.

La nota ministeriale si preoccupa degli obblighi di comunicazione di cessazione del rapporto richiamando la lettera del 12 settembre 2012 secondo la quale "esigenze di certezza in ordine agli esiti della procedura impongono di individuare come dies a quo ai fini della comunicazione in questione quello della risoluzione del rapporto senza tener conto della circostanza secondo la quale la stessa risoluzione produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento è stato avviato, come prevede la nuova normativa introdotta dalla legge n. 92/2012". In questi casi, gli effetti retroattivi del licenziamento non incidono sul termine di effettuazione della comunicazione obbligatoria on-line al centro per l'impiego che è di cinque giorni dalla data di effettiva cessazione del rapporto. La sanzione, in caso di inottemperanza, è compresa tra 100 e 500 euro, che può esser "saldo" con il pagamento in misura ridotta pari a 100 euro oltre alle spese di notifica.

**Eufrazio MASSI**

**Dirigente della Direzione territoriale del Lavoro di Modena**