

Licenziamenti per giustificato motivo oggettivo

Come si evolve il ruolo delle Direzioni Territoriali del lavoro

di Eufrazio Massi

Direttore della Direzione territoriale del Lavoro di Modena



La legge n. 92/2012, modificando attraverso l'art. 1, comma 40, l'art. 7 della legge n. 604/1966 e puntando ad una deflazione del contenzioso in materia di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, affida alla commissione provinciale di conciliazione istituita ex art. 410 cpc, 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 legge n. 223/1991. Ciò 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 articolo 18, la soluzione giudiziale nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo è soltanto di natura risarcitoria (beninteso, in caso di sussistenza della motivazione economica o, comunque, riferibile al giustificato motivo oggettivo nel quale la giurisprudenza di legittimità ha ricompreso una serie di ipotesi strettamente correlate sia all'organizzazione che al funzionamento dell'impresa e scaturen-

ti da situazioni oggettive).

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

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 indeterminato sono calcolati "pro - quota" in relazione all'orario pieno contrattuale, mentre non si computano il coniuge ed 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,

cosa che si registra, con una certa frequenza, in alcune aziende del settore cooperativo.

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” (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).

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

gli assunti con contratto di inserimento, fino a quando tale contratto rimarrà nel nostro ordinamento (esso è stato abrogato dall’art. 1, comma 14, ed ai contratti stipulati entro il 31 dicembre 2012, trovano applicazione, fino alla scadenza, le vecchie disposizioni);

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”, atteso che è

rimasta pressoché inutilizzata negli ultimi venti anni; gli assunti, già impiegati in lavori socialmente utili o di pubblica utilità assunti, secondo la previsione contenuta nell’art. 7, comma 7, del D.L.vo n. 81/2000; 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 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, i lavoratori a domicilio, i lavoratori sportivi professionisti che, pur non compresi nell’applicazione della c.d. “tutela reale”, in virtù dell’art. 4, comma 9, della legge n. 91/1981, rientrano nel computo dimensionale del proprio datore di lavoro ed i lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto.

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, grazie all’art. 39 del D.L.vo n. 276/2003, 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 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.

Un’altra questione che va, preliminarmente, esaminata, ri-

guarda la motivazione (che è bene, ricordarlo, in questa fase è rimessa alla sola valutazione del datore di lavoro) del licenziamento quale riferibile ad un giustificato motivo oggettivo, secondo quanto l’art. 3, seconda parte, della legge n. 604/1966, prevede.

La dottrina e la giurisprudenza lo hanno ricondotto, negli anni, ad ipotesi di ristrutturazione di reparti, di soppressione del posto di lavoro, di terziarizzazione e di esternalizzazione di attività. Le prime due non possono essere genericamente individuate ma debbono essere ricondotte alla 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 una utilizzazione in altre mansioni compatibili con quella rivestita. A ciò vanno aggiunte anche altre ipotesi che fanno riferimento alla inidoneità fisica, ai provvedimenti di natura amministrativa che incidono sul rapporto (ad esempio, il ritiro della patente di guida o di un tesserino di ingresso rilasciato dalle autorità doganali agli spazi aeroportuali). Un discorso a parte va fatto per il superamento del periodo di comporta: le Sezioni Unite della Cassazione, con alcune pronunce risalenti al 1980, non lo hanno considerato giustificato motivo oggettivo, ma hanno ritenuto che la risoluzione del rapporto discendesse direttamente dall’applicazione dell’art. 2110 c.c. .

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 legge n. 223/1991. Ovviamente, nel caso in cui la Direzione territoriale del Lavoro si accorga che il datore ha chiesto più di cinque tentativi di conciliazione deve ritenere non ammissibile la procedura dovendo il datore di lavoro attivare quella di mobilità prevista dalla legge n. 223/1991).

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

Senza avere una pretesa di eshaustività 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 in caso di licenziamento per cambio appalto (nei casi in cui non si preveda una ricollocazione presso il nuovo datore di lavoro), o in caso di licenziamento di un lavoratore con contratto a tempo indeterminato in edilizia, nell’ipotesi della fine della fase lavorativa o della fine del cantiere.

Fatta questa breve premessa, andiamo a vedere come si deve comportare un imprenditore alle prese con una ipotesi di recesso determinata da motivazioni economiche.

Stando al dettato del nuovo art. 7 della legge n. 604/1966, è obbligato ad 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 ad una eventuale ricollocazione. La comunicazione si intende inviata a “buon fine” nei confronti del lavoratore, se spedita al domicilio indicato nel contratto o quello, successivamente, indicato o, infine, se consegnata a mano con ricezione attestata da una firma sulla copia. Il comma 3 non sembra prevedere 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 ritirata e 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 legge n. 183 del 2010 ove i luoghi teatro dell’iter “teoricamente possibili” erano aumentati a dismisura (si pensi, a tutti gli organismi di certificazione, o alle camere ed 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 sotto commissioni composte da un rappresentante di parte dato-

riale, da uno di parte sindacale e da un funzionario della DTL, delegato dal proprio Dirigente. Infatti, a differenza dell’art. 413 cpc 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 legge n. 604/1966 individua con il solo luogo di svolgimento dell’attività del dipendente, l’organo periferico ministeriale competente per territorio.

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

L’art. 410 cpc, nella versione riformata dall’art. 31 della legge n. 183/2010, 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. 445/2000. 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: il primo riguarda l’indicazione della motivazione del recesso e la descrizione delle misure, eventuali, di assistenza alla ricollocazione, 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 comma 45 dell'art. 1, 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 legge n. 223/1991 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. 7046/2011. 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 la individuazione delle misure alternative, di ricollocazione o di assistenza alla ricol-

locazione, va ricordato come la stessa Cassazione le abbia, 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.

Si è detto che la nuova procedura riguarda tutti i lavoratori subordinati di datori di lavoro cui si applica la "tutela reale": da tale ambito di applicazione sono, a mio avviso, esclusi i dirigenti per i quali, da sempre, la tutela è affidata a norme contrattuali particolari.

I tempi del tentativo di conciliazione sono, necessariamente, brevi e, in questa ottica, il comma 3 del nuovo art. 7 della legge n. 604/1966 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 ed 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").

Una breve considerazione va fatta su relativamente ai limiti dimensionali: ritengo che l'Ufficio non abbia alcun potere di sindacare, al momento della richiesta, il numero dei dipendenti, magari accertando presso il sistema delle comunicazioni obbligatorie il personale in forza o facendosi produrre documentazione dal datore di lavoro, atteso che, anche alla luce della normativa vigente, appare assai improbabile che un'impresa medio piccola (con meno di sedici dipendenti) scelga la strada del tentativo obbligatorio: infatti, con l'iter previsto dalla legge n. 108/1990, il datore di lavoro può risolvere il rapporto di lavoro in quanto l'eventuale risoluzione illegittima è sottoposta soltanto alla tutela risarcitoria compresa, in via generale (fatte salve alcune specifiche eccezioni), tra le 2,5 e le sei mensilità.

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), la può avere 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 comma 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.

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, inviata alle strutture periferiche del Ministero in occasione della entrata in vigore della legge n. 183/2010. Ritengo tuttavia (ma

ge anche dalla previsione contenuta nel comma 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 della effettiva presenza delle parti è rafforzata dal fatto che nel corso della discussione potrebbero emergere soluzioni alternative al licenziamento che possono essere diverse ed articolate e perciò la presenza di coloro che sono, in ultima analisi, i diretti interessati, è strettamente necessaria.

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 la-

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 una abilitazione diversa (ad esempio, i commercialisti) hanno posto in essere le procedure di accredito ex lege n. 12/1979. Ovviamente, nel corso della fase conciliativa, i soggetti "assistenti" possono anche cambiare, non essendo questo un ostacolo



qui la decisione spetterà al Dicastero del Lavoro) che, in un'ottica di semplificazione, potrebbero adottarsi le forme "semplificate" di delega già in uso per le "conciliazioni monocratiche".

Pur non escludendo che, in linea di principio, le parti possano, nelle forme usuali, delegare altri soggetti alla trattazione, evinco che dall'articolato emerge la necessità, estremamente necessaria sotto l'aspetto sostanziale, che i soggetti interessati siano tutti presenti, e, in particolar modo, il lavoratore. Quest'ultimo aspetto emer-

vo - ro. Riferito ai primi soggetti nominati (le associazioni datoriali e dei lavoratori) non c'è alcun limite (ne poteva esserci) in ordine al criterio della maggiore rappresentatività che in questo caso non è alcun modo pertinente, atteso che l'adesione ad una organizzazione sindacale è libera e

alla procedura.

Il comma 6 del nuovo articolo 7 della legge n. 604/1966 rappresenta il fulcro della “fase conciliativa obbligatoria”.

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: 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 fosse possibile il “doppio invio per pec” il problema perderebbe gran parte della sua importanza), 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, anche su proposta dell'organo conciliativo, lo vogliono, perché lo reputano strettamente necessario per il raggiungimento di un accordo. In questo caso, è opportuno che lo “sforamento” risulti da un verbale di riunione interlocutorio: ovviamente, lo “spostamento in avanti” non ha riflessi sul risultato del tentativo, potendosi lo stesso concludersi anche con una mancata conciliazione.

Appare evidente come il Legislatore punti molto sull'effetto “deflattivo” del tentativo di conciliazione. Ciò lo si deduce sia dal fatto che le parti possono continuare la discussione (se sono d'accordo) senza alcuna “spada di Damocle” tempora-

le, che dalla partecipazione attiva richiesta alla commissione la quale non può limitarsi ad un ruolo prettamente notarile. Partecipazione attiva che significa, capacità mediatrice sia in ordine all'accordo sulla indennità incentivante, che riguardo alla 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 comma 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.

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 comma 40 dell'art. 1 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 ha lo scopo di individuare una data “legale” di risoluzione del rapporto ed 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 ed 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, effettiva, cessazione del rapporto al centro per l'impiego che va effettuata entro cinque giorni, così come esplicitato nella nota della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva n. 18273 del 12 ottobre 2012.

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 e l'eventuale attività svolta durante la procedura si considera (è questa un'eccezione alla regola generale che vuole 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.

Un piccola questione va, però, evidenziata: il Legislatore ha fatto salvi gli effetti sospensivi legati al D.L.vo n. 151/2001, mentre nulla ha detto circa l'affissione delle pubblicazioni nella casa comunale, seguite dal matrimonio. Così come è scritta la norma, sembra giusto sottolineare che la "retrodatazione del licenziamento" alla data della comunicazione datoriale non salva gli effetti sospensivi correlati a pubblicazioni affisse dopo la data di comunicazione ma durante la procedura, in quanto al momento della data del licenziamento (cui sono correlati gli effetti) l'evento non era ancora accaduto.

Tornando alla procedura conciliativa ed ai tempi "cadenzati", va sottolineato come il Legislatore prenda in considerazione una ipotesi di sospensione temporanea della procedura: ciò accade (comma 9 del nuovo art. 7 della legge n. 604/1966)

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. 104/1992) o dal contratto: esso va prodotto alla commissione o sotto commissione 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, 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 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, 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 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 ed i soci lavoratori che abbiano, dopo la loro adesione, proceduto ad instaurare con la cooperativa un rapporto di lavoro subordinato ex art. 1, comma 3, della legge n. 142/2001 ed i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni che hanno lavorato con un contratto tempo determinato, con l'esclusione degli operai agricoli a tempo determinato ed indeterminato per i quali permane la specifica tutela di settore (tra cui spicca l'art. 7, comma 1, della legge n. 160/1988).

I requisiti per il godimento sono:

essere nello stato di disoccupazione (art. 1, comma 2, lettera c), del D.L.vo n. 181/2000; 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 (dovrebbe far eccezione, come in passato, "la giusta causa", ma, sul punto, si attendono indicazioni di natura amministrativa) 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. Senza andare oltre sull'argomento, vanno ricordati i contenuti dei commi 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 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. Come si diceva, l'ASpI scatterà dal 2013 e, quindi, non può trovare applicazione nei confronti di chi risolve consensualmente il rapporto, all'interno della procedura conciliativa, entro il 31 dicembre 2012. 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 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 (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 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 ASpI per ogni dodici mesi di anzianità aziendale (art. 2, comma 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 (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, fino al 31 dicembre 2015 (comma 34), coloro che licenziano a seguito di cambio di appalto, a cui abbiano fatto seguito assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole collettive che garantiscano la continuità occupazionale, o coloro che abbiano risolto rapporti a tempo indeterminato in edilizia per completamento delle attività o chiusura del cantiere. E' questa, in sostanza, una sor-

ta 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.

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 ad 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 cpc.). 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'ASpI 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, oltre modo delicata e sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore dell'Amministrazione

zione del Lavoro.

Il Legislatore parla anche di possibile affidamento del lavoratore ad un'agenzia di lavoro temporaneo, al fine di favorire la ricollocazione. Si parla di possibilità e non di "passaggio obbligato" e, al momento, non si capisce quali siano le possibili modalità od i termini.

La risoluzione consensuale del rapporto pone una ulteriore questione correlata all'applicazione dell'art. 4, comma 17, 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. Il raggiungimento dell'accordo (con la risoluzione consensuale del rapporto) funge anche da convalida, senza alcun ulteriore passaggio, come chiarito dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 18 del 18 luglio 2012.

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 cpc. 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.

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

Essa è tenuta a redigere un verbale di mancato accordo che, tuttavia, stando al dettato del comma 8 del nuovo art. 7 della legge n. 604/1966, 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 og-

gettivo, ma discriminatorio), o alla 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 comma 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, comma 2, cpc 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 legge n. 604/1966 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.