**La procedura preventiva obbligatoria per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.**

Con la circolare n. 3/2013 il Ministero del Lavoro ha fornito alcuni chiarimenti in merito alla procedura preventiva obbligatoria di conciliazione per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo prevista dall’art. 7 della Legge n. 604/1966 ed introdotta dall’art. 1, comma 40 della Legge n. 92/2012.

*Campo di applicazione soggettivo: le imprese interessate.*

Il nuovo art. 7 prevede che la procedura trova applicazione per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo disposti “*da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all’articolo 18, ottavo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300*”.

La circolare si sofferma su tale requisito dimensionale fornendo chiarimenti utili, non solo ai fini dell’ambito di applicazione della procedura per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, ma anche per la disciplina della cd. “tutela reale”.

A tal riguardo la circolare ricorda che il requisito dimensionale previsto dall’art. 18 della Legge n. 300/1970 non ha subito modificazioni da parte della Legge n. 92/2012.

Pertanto sia l’art. 18 della Legge n. 300/1970 che il nuovo art. 7 della Legge n. 604/1966 trovano applicazione nei confronti dei datori di lavoro, imprenditori o non imprenditori, che abbiano almeno uno dei seguenti requisiti:

* occupino alle loro dipendenze più di 15 lavoratori nella sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento (5 se agricoli);
* occupino più di 15 dipendenti nell'ambito dello stesso comune (5 se agricoli);
* occupino più di 60 dipendenti, a prescindere dalla loro collocazione.

La circolare richiama, inoltre, l’orientamento maggioritario della Corte di Cassazione secondo cui il requisito dimensionale deve essere verificato con riferimento alla cd. “normale occupazione” da determinare, in genere, sulla base dell’occupazione del semestre precedente.

Quanto alle regole sul computo dei dipendenti, la circolare segnala che:

1. non rientra nella base occupazionale di computo il lavoratore:

* con contratto di *apprendistato* (cfr. art. 7, comma 3, D. Lgs. n. 167/2001)*;*
* con contratto di *inserimento* (fattispecie abrogata dalla Legge n. 92/2012 ed in via di esaurimento)*;*
* con contratto di *reinserimento* (cfr. art. 20, Legge n. 223/1991);
* ex *lavoratori socialmente utili* (cfr. art. 7, comma 7, D. Lgs. n. 81/2000);
* in *somministrazione* (cfr. art. 22, comma 5, D. Lgs. n. 276/2003);
* che sia coniuge o parente del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale (cfr. art. 18, comma 9, Legge n. 300/1970).

1. si computa *pro quota* il lavoratore:

* a *tempo parziale* (cd. *part-time*; cfr. art. 18, comma 9, Legge n. 300/1970);
* con contratto di *lavoro intermittente* (cfr. art. 39 D. Lgs. n. 276/2003);
* con contratto di *lavoro ripartito* (in relazione all’orario svolto da ciascuno e come unità laddove l’orario complessivo coincida con il tempo pieno).

1. si computa ordinariamente il lavoratore:

* delle *società cooperative* *di produzione e lavoro* con contratto di lavoro subordinato (cfr. art. 1, comma 3, Legge n. 142/2001);
* *a domicilio*;
* *sportivo professionista* (cfr. art. 4, comma 9, Legge n. 91/1981).

*Campo di applicazione oggettivo: i motivi del licenziamento.*

Il nuovo art. 7 della Legge n. 604/1966 prevede che il datore di lavoro deve avviare la procedura di conciliazione per “*il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte*” della Legge n. 604/1966.

La circolare n. 3, operando una sintetica rassegna della giurisprudenza in materia, ripercorre alcune ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo per le quali è, quindi, richiesto lo svolgimento della procedura di conciliazione.

Resta inteso che, come espressamente chiarito dalla circolare, la commissione di conciliazione non può entrare nel merito delle ragioni che giustificano il licenziamento. Tali ragioni restano, in ogni caso, rimesse all’esclusiva valutazione discrezionale del datore di lavoro.

Rinviando alla circolare per la loro elencazione, merita qui di essere evidenziato che, oltre ai casi più strettamente correlati alle vicende economiche dell’impresa, **rientrano** tra le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo:

* l’inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore;
* la soggezione del lavoratore a misure detentive;
* la perdita di requisiti soggettivi funzionali allo svolgimento della prestazione lavorativa (ad es. ritiro della patente di guida o del porto d’armi).

Sono, invece, **esclusi** dall’obbligo della procedura preventiva di conciliazione:

* il licenziamento per superamento del periodo di comporto *ex* art. 2110 c.c.;
* i licenziamenti collettivi *ex* Legge n. 223/1991;
* naturalmente, il licenziamento dei dirigenti.

Con riferimento al licenziamento per superamento del periodo di comporto occorre rilevare che la circolare, pur esprimendosi nel senso dell’esclusione dall’obbligo di svolgere la procedura di conciliazione, non lo fa con la chiarezza che sarebbe stata auspicabile.

Abbiamo però contezza che, oramai, sono molteplici le DTL che non attivano la procedura in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto.

Invece, per quanto riguarda i licenziamenti collettivi, la circolare prevede che, qualora la DTL interessata rilevi che la procedura di conciliazione è stata attivata per la quinta volta, nell’arco di 120 giorni, da parte della stessa impresa, l’amministrazione emetterà un provvedimento di inammissibilità della procedura *ex* art. 7 invitando, invece, il datore di lavoro ad attivare quella prevista dalla Legge n. 223/1991.

*La procedura: la comunicazione.*

La procedura prevista dall’art. 7 prende avvio attraverso una comunicazione che il datore di lavoro deve inviare alla DTL e, per conoscenza, al lavoratore interessato.

Ai sensi del comma 4, la comunicazione deve essere inviata al domicilio previsto nel contratto oppure a quello diverso, formalmente comunicato dal lavoratore. È inoltre sempre possibile la consegna al lavoratore a mani proprie con contestuale sottoscrizione di copia per ricevuta.

Ai sensi del comma 1, invece, la DTL competente è solo quella del luogo dove il lavoratore presta la sua opera.

La circolare precisa che la procedura si avvia dal momento della ricezione della lettera da parte della DTL.

Da tale momento decorre, pertanto, il **primo termine perentorio di 7 giorni,** previsto dal comma 3, dell’art. 7, per la convocazione delle parti.

È quindi importante che il datore di lavoro effettui la comunicazione avvalendosi di sistemi di comunicazione che consentano di avere certezza circa il momento dell’avvenuta ricezione (posta elettronica certificata - PEC, raccomandata A/R).

A proposito della PEC, la circolare non solo ritiene “*pienamente valida*” la comunicazione inviata con tale modalità, ma invita, in ogni caso, le imprese che ne siano in possesso a comunicare il loro indirizzo PEC, affinché l’amministrazione possa utilizzare tale canale per le future comunicazioni di sua competenza.

La circolare precisa, inoltre, che l’unico organismo competente per lo svolgimento della specifica procedura di conciliazione, prevista dal nuovo art. 7 della Legge n. 604/1966, è la DTL.

Il comma 2 dell’art. 7 prevede che la comunicazione debba contenere i motivi del licenziamento. A tal proposito la circolare sottolinea che tale indicazione dovrà “*presentare caratteristiche precise*” ed ispirarsi ai principi di correttezza e buona fede che informano in generale il rapporto di lavoro.

Sotto questo profilo, si rileva tuttavia la circolare avrebbe dovuto distinguere con maggior rigore il contenuto della comunicazione di avvio della procedura di conciliazione, di cui all’art. 7, comma 2, della Legge n. 604/1966, dalla comunicazione del licenziamento vero e proprio, *ex* art. 2, comma 2, della medesima legge. Solo quest’ultima disposizione prevede, infatti, un preciso onere di specificazione dei motivi, assente invece nel testo del nuovo art. 7.

Da questo punto di vista, riteniamo opportuno consigliare, anzitutto, che sussista la necessaria coerenza tra la motivazione addotta nella comunicazione iniziale e quella dedotta nella vera e propria lettera di licenziamento.

In secondo luogo, (ricordando che già nella lettera di avvio della procedura possono essere indicate “*le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato*”), consigliamo di redigere la vera e propria lettera di licenziamento tenendo conto dell’andamento del confronto svoltosi avanti la DTL, anche e soprattutto ai fini della specificazione della motivazione (cfr. il nuovo comma 2 dell’art. 2 della Legge 604 del 1966 come sostituito dall’art. 1, comma 31 della Legge n. 92/2012), specie per quanto riguarda la questione del “*repechage*”.

Ed, infatti, la eventuali prospettazioni del lavoratore in ordine alla possibilità di essere ricollocato, potrebbero essere tenute in conto proprio al fine di specificare la non possibilità della sua utile ricollocazione.

Ciò sempre con l’avvertenza di cercare di tenere distinte, nella lettera di licenziamento, la specificazione dei motivi, compresa la questione del “*repechage*”, dall’allegazione del vero e proprio “fatto economico” posto a base del licenziamento.

La “specificazione” dei motivi nella vera e propria lettera di licenziamento non deve, però far dimenticare che comunque, già nella comunicazione iniziale di avvio della procedura, vanno indicati i motivi che sorreggono il licenziamento.

Alla stessa stregua, per quanto attiene la prospettazione di soluzioni alternative al recesso o le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione è evidente l’opportunità che il datore di lavoro approfondisca maggiormente tali aspetti, ove ve ne sia la possibilità, nel corso della procedura di conciliazione.

*Segue: l’attività della commissione.*

Quanto all’attività della commissione di conciliazione la circolare pone correttamente l’accento sulla necessità che le DTL rispettino il già citato termine perentorio di 7 giorni per effettuare la convocazione delle parti. A tal fine invita, quindi, le DTL a procedere “*con la massima celerità*” e ad avvalersi preferibilmente della PEC.

Con riguardo alla fissazione della data di convocazione delle parti, la circolare effettua un’importante precisazione:

“***Fissare la convocazione delle parti, pur rispettando il termine perentorio dei 7 giorni dalla richiesta, ma entro un limite temporale che va oltre i 20 giorni dalla convocazione, significa vanificare la procedura conciliativa***”.

Eventuali atteggiamenti dilatori, quindi, sono privi di effetto rispetto al licenziamento e possono determinare anche la responsabilità dei Dirigenti della strutture amministrative interessate.

Infatti, ai sensi dell’art. 7, comma 6 la procedura di conciliazione deve concludersi entro il **termine di 20 giorni**,decorrenti dal momento della trasmissione della convocazione da parte della DTL.

A tal proposito, la circolare opportunamente evidenzia che, poiché il termine decorre dal momento della trasmissione della convocazione da parte della DTL, nei 20 giorni è ricompreso anche il tempo necessario al recapito della convocazione.

Il comma 6 consente, tuttavia, che le parti, di comune avviso, possono decidere di proseguire la discussione, oltre il termine dei 20 giorni, per cercare di raggiungere la conciliazione. In tal caso, chiarisce la circolare, la discussione potrà proseguire “*senza alcuna limitazione temporale*”. La circolare non dice nulla in proposito, ma è ragionevole concludere che il differimento, intanto sia possibile, in quanto permanga l’accordo tra le parti.

Una diversa ipotesi è, invece, prevista dal comma 9 dell’art. 7 che consente una sospensione del termine perentorio dei 20 giorni, per un massimo di 15 giorni, “*in caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore*”.

Sul punto, la circolare chiarisce che tale impedimento può consistere in una malattia o in un motivo familiare ma che, in ogni caso, “*deve trovare la propria giustificazione in una tutela prevista dalla legge (ad esempio, un intervento di assistenza ex L. n. 104/1992) o dal contratto*”.

Quanto all’onere di documentazione dell’impedimento, la circolare ammette la possibilità che il lavoratore si avvalga dell’autocertificazione. A nostro avviso, questa affermazione della circolare non è condivisibile perché non trova un chiaro riscontro nelle norme di legge. Il problema è che, però, qualsiasi tipo di contestazione in proposito comporterebbe, di fatto, tempi di accertamento che inevitabilmente sarebbero più lunghi dei 15 giorni di sospensione massima.

Se alla data stabilita con la convocazione una delle parti è assente ingiustificatamente, la circolare chiarisce che la commissione di conciliazione darà termine alla procedura di conciliazione redigendo un **verbale di assenza**.

Tuttavia, la circolare afferma anche che “*se la mancata presenza del lavoratore abilita il datore di lavoro ad attuare il recesso, la stessa cosa non può dirsi nel caso contrario*”. Questa indicazione suscita qualche perplessità dal momento che, anche in caso di assenza del datore di lavoro o di un suo rappresentate, è evidente che non vi siano i margini per raggiungere la conciliazione.

D’altra parte, lo stesso art. 7, al comma 8, prevede che il comportamento delle parti (incluso, ovviamente, quello del datore di lavoro), rilevi non già sotto il profilo della possibilità di procedere al licenziamento, bensì solo successivamente, nell’eventuale fase del giudizio. Infatti, il comma 8 prevede che il giudice dovrà tenerne conto ai fini dell’eventuale determinazione dell’indennità prevista dall’art. 18, comma 7 della Legge n. 300/1970 nonché il sede di liquidazione delle spese del giudizio.

Ne segue che, anche se la conclusione della procedura di conciliazione è dovuta all’assenza del datore di lavoro, quest’ultimo deve ritenersi libero di intimare il licenziamento, ma la sua assenza acquista rilievo sotto il profilo economico della determinazione dell’ammontare dell’eventuale indennità spettante al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo oppure in sede di liquidazione delle spese del giudizio.

Non v’è dubbio, però, che la pur opinabile presa di posizione, sul punto, della circolare potrebbe contribuire a determinare uno sfavorevole orientamento della giurisprudenza. Ne consegue che, almeno in fase di prima applicazione, si ritiene opportuno consigliare alle imprese di partecipare, anche a mezzo delega (cfr. *infra*), all’incontro fissato dalla DTL.

Nel corso della procedura, le parti possono farsi assistere da:

* organizzazioni di rappresentanza cui siano iscritte o conferiscano mandato;
* un componente della RSA o della RSU (costituita in azienda);
* un avvocato;
* un consulente del lavoro.

Ancorché la circolare inviti le parti a partecipare personalmente per il miglior esito della conciliazione, è in ogni caso ammessa la possibilità di conferire delega ad un soggetto terzo. A tal fine si precisa che la delega deve essere autenticata nelle forme di legge.

Nel merito, l’attività della commissione di conciliazione è finalizzata ad operare una mediazione tra le parti per definire soluzioni alternative al recesso oppure raggiungere una risoluzione consensuale incentivata.

A tal proposito, la circolare individua, a titolo esemplificativo, quali possibili soluzioni alternative: il ricorso al lavoro a tempo parziale; il trasferimento; l’occupazione presso altro datore di lavoro; l’offerta di una collaborazione autonoma anche presso altro datore di lavoro; il distacco temporaneo; l’attribuzione di altre mansioni.

Se la conciliazione ha esito positivo, con previsione della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, il comma 7 dell’art. 7 prevede che il lavoratore non perde il diritto all’ASpI.

Resta in ogni caso fermo, a nostro avviso, che la commissione di conciliazione non può entrare nel merito, né tantomeno valutare la fondatezza delle ragioni che giustificano il licenziamento le quali restano nell’esclusiva valutazione discrezionale del datore di lavoro. Tale conclusione trae fondamento dal già ricordato passaggio della circolare che afferma, testualmente, che la motivazione del licenziamento “*in questa fase, è rimessa alla sola valutazione del datore di lavoro*”.

*L’esito della procedura di conciliazione.*

In caso di esito negativo della procedura di conciliazione, la commissione redige un verbale dando conto del comportamento delle parti. La circolare precisa, tuttavia, che nel verbale la commissione non deve necessariamente procedere a formalizzare una vera e propria proposta conciliativa.

Come già si è anticipato, ai sensi del comma 8 dell’art. 7, il resoconto del comportamento delle parti, come risultante dal verbale, è valutato dal giudice ai fini dell’eventuale determinazione dell’indennità prevista dall’art. 18, comma 7, della Legge n. 300/1970 nonché il sede di liquidazione delle spese del giudizio.

Ne consegue che, a nostro avviso, il verbale deve essere redatto alla presenza delle parti. Esso dovrebbe, pertanto, contenere anche eventuali contestazioni in ordine alla verbalizzazione operata dalla commissione.

Se la procedura di conciliazione ha esito negativo, il datore di lavoro potrà intimare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nei seguenti casi:

* mancato raggiungimento di un accordo conciliativo tra le parti;
* assenza ingiustificata di una delle parti all’incontro fissato dalla DTL o successivo abbandono della procedura;
* mancato rispetto dei termini di 7 e 20 giorni previsti per lo svolgimento della procedura.

Ai sensi dell’art. 1, comma 41, della Legge n. 92/2012, gli effetti del licenziamento intimato all’esito della procedura retroagiscono alla data di avvio del procedimento, fermo restando il diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva. In caso di prosecuzione del rapporto di lavoro in costanza allo svolgimento della procedura, il periodo di lavoro svolto si considera come preavviso lavorato.

Nel caso in cui il datore di lavoro abbia, viceversa, optato per la soluzione di esentare dalla prestazione il lavoratore licenziando, e la procedura si concluda con la comunicazione del licenziamento, riteniamo che la retribuzione dovuta per il periodo non lavorato potrà essere imputata a titolo di indennità sostitutiva del preavviso.

A tal fine, consigliamo di specificare questo aspetto nella comunicazione con la quale il datore manifesterà al lavoratore la decisione di non avvalersi della sua prestazione nel corso della procedura.

L’efficacia retroattiva del licenziamento intende risolvere i problemi legati al sopravvenire, nel corso della procedura di conciliazione, di cause di sospensione del rapporto di lavoro che, come la malattia, potrebbero ritardare eccessivamente la cessazione del rapporto di lavoro.

La legge fa, invece, salvo l’effetto sospensivo del licenziamento disposto dal testo unico in materia di tutela della maternità e della paternità nonché in caso di impedimento derivante da infortunio sul lavoro.

La circolare ricorda, inoltre, quanto il Ministero del Lavoro aveva già avuto occasione di precisare con la propria nota circolare del 12 ottobre 2012: ai fini dell’adempimento degli obblighi relativi alle comunicazioni obbligatorie, occorre prendere in considerazione solo la data dell’effettiva intimazione del licenziamento senza, quindi, considerare l’efficacia retroattiva del licenziamento medesimo. Pertanto, il termine finale dei 5 giorni, previsto dall’art. 21 della Legge n. 264/1949, deve essere calcolato dal momento dell’effettiva intimazione del licenziamento e non da quello della comunicazione di avvio della procedura.

La conciliazione avrà esito positivo, invece, qualora le parti concordino soluzioni alternative al recesso oppure si giunga ad una risoluzione consensuale del rapporto di lavoro.

In tal caso, il verbale riporterà l’accordo tra le parti e avrà valore di conciliazione ai sensi dell’art. 410 c.p.c.

A ragione di ciò, la circolare precisa che l’accordo così raggiunto è inoppugnabile e può quindi validamente contenere anche rinunce e transazioni relative ad ulteriori e diversi diritti, situazioni giuridiche o pretese nascenti dal rapporto di lavoro.

Per quanto riguarda più specificamente la risoluzione consensuale, come già si è anticipato l’art. 7, comma 7, prevede che, in deroga alle regole generali, il lavoratore abbia diritto all’ASpI.

Infine, sempre con riferimento alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, la circolare opera inoltre un’opportuna precisazione in merito all’applicabilità della disciplina della convalida prevista dall’art. 4, comma 17 e ss. della Legge n. 92/2012.

Sul punto, la circolare chiarisce che se la risoluzione consensuale è raggiunta all’esito della procedura di conciliazione di cui all’art. 7 della Legge n. 604/1966 **non** è necessario attivare successivamente anche la procedura di convalida. Infatti, la risoluzione consensuale avviene presso la DTL e dinanzi ad una commissione presieduta da un funzionario della DTL medesima, organo amministrativo competente anche per effettuare la convalida delle risoluzioni consensuali.