La sospensione delle procedure di licenziamento per ragioni economiche ed organizzative durante la fase di emergenza da Covid-19

ADAPT - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro
Per iscriverti al **Bollettino ADAPT** *clicca qui*
Per entrare nella ***Scuola di ADAPT*** *e nel progetto* **Fabbrica dei talenti**
scrivi a: selezione@adapt.it

Bollettino ADAPT 20 aprile 2020, n. 16

La violenta e veloce diffusione del COVID-19 ha messo rapidamente in difficoltà economica diverse imprese, in particolar modo quelle del comparto turistico. Già nei primi giorni di febbraio, **molti datori di lavoro hanno proceduto a licenziare il personale motivando tale scelta principalmente sulla base del calo di fatturato**. Per contenere la crescita dei licenziamenti determinati da motivi economici e per sollecitare le imprese a valutare primariamente l'adozione del lavoro da remoto laddove possibile o in alternativa l'accesso agli ammortizzatori sociali, il Governo ha disposto, attraverso una specifica norma di legge la sospensione per 60 giorni delle procedure sindacali ai fini del licenziamento collettivo ed il divieto per 60 giorni di licenziare i dipendenti per motivi economici e/o organizzativi , a prescindere dalla dimensione occupazione dell'azienda (cfr. **art. 46 del Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18**).

Pertanto, in base a questa disposizione, **il datore di lavoro non potrà avviare le procedure per il licenziamento collettivo**, in conformità a quanto previsto dagli artt. 4, 5 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, **prima del 16 maggio 2020**. L'art. 46 dispone delle indicazioni anche per le procedure pendenti. Infatti, sono soggette alla sospensione le procedure di consultazione sindacale previste dalla legge n. 223 del 1991 avviate prima dell'emanazione del Decreto-Legge, e precisamente **a partire dal 23 febbraio 2020**. Anche queste ultime potranno essere riprese successivamente, allo scadere dei 60 giorni fissati dalla norma. L'art. 46, infine, dispone che nel rispetto del medesimo termine (60 giorni dall'entrata in vigore del Decreto) "***il datore di lavoro***, *indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604*".

Un primo interessante dubbio che pone la formulazione dell'art. 46 riguarda l'applicabilità o meno di tale disciplina al **licenziamento individuale del dirigente** (per quelli collettivi trova applicazione la legge n. 223/1991, come modificato dalla legge n. 161/2014). È noto che al

licenziamento del dirigente non si applica il concetto di giustificato motivo oggettivo tipizzato dall'art. 3 della legge n. 604/66, bensì un criterio di "**giustificatezza**", normato non dal legislatore ma dalla contrattazione collettiva. La posizione assegnata ad un dirigente potrebbe non essere pienamente adeguata allo sviluppo produttivo e funzionale dell'impresa, e quindi il suo eventuale licenziamento riguarda aspetti strategici ed economici differenti da quelli rilevanti per licenziamento di un lavoratore dipendente.

Tanto premesso, l'art. 46 fa specifico riferimento all'art. 3 della legge n. 604/1966. Dunque, **stando al tenore letterale della norma del Decreto "Cura Italia", si dovrebbe ritenere inapplicabile tale disposizione ai dirigenti, che godono di tutele contrattuali e non di quelle previste della legge** sopra citata. Tuttavia, la ratio del "blocco" dei licenziamenti si rinviene nel fatto che le ragioni economiche ed organizzative non sono dettate dalle ordinarie logiche di mercato, ma da un'emergenza sanitaria nazionale, con conseguente chiusura, dapprima delle attività commerciali, ed in seguito delle attività produttive non essenziali, ad opera del Governo. Stante questa finalità normativa, dovuta ad una situazione straordinaria, che ha richiesto l'adozione di una misura altrettanto straordinaria, ci si potrebbe chiedere perché escludere i dirigenti. Un ulteriore dubbio su tale aspetto potrebbe sorgere dal fatto che non vi è una esclusione esplicita, forma utilizzata dal medesimo legislatore nel caso del lavoro domestico di cui all'art. 22 per quanto riguarda la Cassa Integrazione in deroga. Queste perplessità rilevate sul piano logico-normativo, seppur astrattamente fondate, si scontrano con un'interpretazione letterale che sembra comunque non lasciare spazio ad ulteriori analisi.

Inoltre, occorre ricordare che la giurisprudenza ha più volte distinto due differenti tipologie di dirigente, e di conseguenza il "divieto di licenziamento" si applicherebbe soltanto ad una di esse. Infatti, per il **dirigente apicale**, che opera come *alter ego* del datore di lavoro, rimarrebbe la possibilità di licenziamento per il principio di giustificatezza prevista dal CCNL. Per il **dirigente non apicale**, o c.d. "pseudo-dirigente" prevarrebbe il divieto di cui all'art. 46 in quanto, secondo consolidata giurisprudenza, questo è sottoposto all'applicazione della legge n. 604/1966 (cfr. *ex multis* **Cass. n. 7295/2018, Cass. n. 20763/2012**).

Tornando all'art. 46 del Decreto-Legge n. 18/2020, sebbene la norma fornisca un'indicazione estremamente chiara per i comportamenti futuri, **nulla dice in relazione alle procedure**

pendenti riguardanti il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo. Come è noto, il datore di lavoro che occupi alle proprie dipendenze più di 15 dipendenti e che intenda licenziare per motivi economici e organizzativi un lavoratore assunto precedentemente al 7 marzo 2015[1] deve seguire una specifica procedura, disciplinata dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604. **Prima di procedere al licenziamento**, infatti, **il datore di lavoro deve inviare una comunicazione all'Ispettorato** territoriale del lavoro (dove ha sede legale l'azienda o dove è ubicata l'unità produttiva) **nella quale dichiara l'intenzione di procedere al licenziamento** e dove indica i motivi nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato. Questa comunicazione per conoscenza deve essere inviata anche al lavoratore.

Entro 7 giorni dalla ricezione della richiesta, l'Ispettorato trasmette al datore di lavoro e al lavoratore la convocazione per effettuare, dinanzi alla Commissione provinciale di conciliazione, un tentativo di risoluzione bonaria della controversia. Durante detto incontro, le parti (con la possibilità di essere assistite anche dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o conferiscono mandato oppure da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o un consulente del lavoro), con la partecipazione attiva della Commissione di conciliazione, procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso. La procedura deve concludersi entro 20 giorni dal giorno in cui l'Ispettorato ha trasmesso la convocazione per l'incontro. Se il tentativo di conciliazione fallisce il datore di lavoro può procedere al licenziamento del lavoratore.

Prima che entrasse in vigore il Decreto-Legge n. 18/2020, sono state diverse le procedure avviate dalle imprese presso l'Ispettorato locale volte a verificare se il lavoratore possa essere riallocato o se, diversamente, debba essere necessariamente licenziato per i motivi di cui all'art. 3 della legge n. 604 del 1966. Con il subentrare della fase di emergenza, molti uffici pubblici sono stati chiusi al pubblico e di conseguenza sono state sospese anche le procedure poc'anzi richiamate. Infatti, l'Ispettorato con nota del 24 marzo 2020, n. 2211 ha fatto presente che in virtù di quanto previsto dall'art. 103 Decreto-Legge n. 18/2020, che dispone la sospensione di tutti i procedimenti amministrativi latamente intesi (con esclusione delle sole fattispecie elencate), è da ritenersi sospesa anche la decorrenza del termine dei 7 giorni per la convocazione delle parti prevista dall'art. 7 della legge n. 604, che riprenderà a decorrere dal 16 aprile 2020. A tal proposto, l'Ispettorato ha stabilito che le convocazioni seguiranno "*una programmazione che consenta di osservare l'ordine cronologico di presentazione delle istanze*".

In questo periodo di sospensione, è bene chiarire che **se l'impresa ha inviato la comunicazione all'Ispettorato e per conoscenza al lavoratore, non può ritenere che il rapporto di lavoro possa già essere considerato come di fatto cessato** o comunque sospeso, ritenendo, pertanto, legittima la sospensione del trattamento retributivo. Diversamente, il lavoratore conserva il diritto alla retribuzione. L'impresa può solo compiere la scelta di iniziare ad erogare l'indennità di preavviso stabilita dal contratto collettivo applicato in attesa che si concluda la procedura (sul punto v. **circolare del Ministero del Lavoro n. 3 del 16 gennaio 2013**). Ma se questa indennità non dovesse bastare a coprire il periodo, il lavoratore deve continuare a percepire la retribuzione per tutto il periodo di sospensione. A confermare che il lavoratore abbia diritto di continuare a percepire la retribuzione durante lo svolgimento della procedura prevista dall'art. 7 della legge n. 604/1966 è proprio il recente orientamento della Corte di Cassazione che ha stabilito come **la comunicazione di avvio della procedura** inviata alla sede locale dell'Ispettorato e "*inviata per conoscenza al lavoratore,* ***non costituisce atto di recesso, perché contiene solo la manifestazione dell'intenzione del datore di lavoro di procedere al licenziamento****, con l'indicazione dei motivi, essendo finalizzata all'espletamento della procedura conciliativa, in esito alla quale il recesso non è la soluzione obbligata*" (**Cass. 5 settembre 2018, n. 21676**).

Non è mancata poi l'opinione di chi ha sostenuto che in questa fase di emergenza "*le procedure pendenti*" inerenti al licenziamento per giustificato motivo oggettivo "*vanno obbligatoriamente revocate, e il lavoratore ha diritto a rientrare in servizio (e comunque alla normale retribuzione, ove il datore di lavoro non lo faccia rientrare, o al trattamento attribuito a tutti i colleghi se siano stati attivati ammortizzatori sociali, ecc.*)" (F. Scarpelli). E ciò per due ragioni:
a) la procedura avviata prima dell'entrata in vigore del decreto si concluderebbe ipoteticamente durante la vigenza di quest'ultimo, che non consente di poter licenziare per motivi economici fino al 16 maggio 2020, salvo proroga;
b) è al momento del licenziamento, successivo alla fase di consultazione presso l'Ispettorato, che devono sussistere (o sussistere ancora) i presupposti oggettivi che giustificano il recesso. "*Il Decreto-Legge n. 18* – osserva, invece, F. Scarpelli – *per effetto della straordinaria e imprevista contingenza sociale ed economica determinata dalla pandemia, richiama le imprese a un atto di responsabilità sociale e le obbliga a tenere ferma la propria organizzazione, a non far ricadere gli effetti dell'emergenza sui lavoratori e sull'occupazione, concedendo dall'altro lato robusti ammortizzatori sociali. Solo dopo la chiusura dell'emergenza e la cessazione del divieto (salvo sua proroga) le imprese potranno adattare l'organizzazione al mutato contesto economico: dunque, ed*

anche per operazioni organizzative immaginate prima dell'emergenza, solo in quella fase potrà e dovrà essere valutata la sussistenza delle ragioni di recesso indicate dall'art. 3. Se vi saranno, l'impresa avvierà una nuova procedura e le farà valere".

Tuttavia, se ritenessimo – d'accordo con una parte della dottrina (cfr. A. Vallebona) – che il motivo oggettivo del licenziamento e quindi le ragioni economico-organizzative debbano già sussistere al momento dell'invio della comunicazione all'Ispettorato territoriale del lavoro, nel caso in cui la comunicazione sia stata inviata antecedentemente al periodo di sospensione (quindi prima del 23 febbraio 2020), vuol dire che **la ragione organizzativa che ha determinato l'avvio della procedura di licenziamento non ha legame funzionale con l'emergenza ed il recesso non rientra nell'"imperativo sociale" di salvaguardare l'organigramma aziendale**. Pertanto, le ragioni addotte nella comunicazione restano ma la procedura è postergata. Resta salvo, in ogni caso, il diritto del lavoratore a percepire la retribuzione fino alla conclusione della procedura.

Francesco Lombardo

ADAPT Junior Fellow

@franc_lombardo

Giovanni Piglialarmi

Assegnista di ricerca presso il centro studi DEAL (Diritto Economia Ambiente Lavoro)
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

@Gio_Piglialarmi

[1] Per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo, si applica il Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 23 che non prevede la specifica procedura che stiamo illustrando