

LA CONCILIAZIONE NELLE TUTELE CRESCENTI: OPPORTUNITA', PROBLEMI E PROSPETTIVE

Nell'impianto normativo del D.L.vo n. 23/2015 l'art. 6 è, indubbiamente, uno dei più importanti, soprattutto, in un'ottica che tende a limitare il contenzioso, una volta risolto il rapporto di lavoro.

Sono trascorsi oltre due mesi dall'entrata in vigore del provvedimento ma, sotto l'aspetto dei chiarimenti amministrativi, pure necessari in un'ottica di coinvolgimento delle commissioni istituite presso le Direzioni territoriali, non è giunta alcuna indicazione da parte del Dicastero del Lavoro. Tutto è lasciato, quindi, alle interpretazioni degli "addetti ai lavori": in tale ottica, quindi, senza avere alcuna pretesa di carattere esaustivo, provo a fornire alcune indicazioni che, a mio avviso, possono interessare sia le c.d. "sedi sindacali" che le commissioni di certificazione.

La disposizione che commento riguarda soltanto i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015 (e stando a quanto previsto dall'art. 1, comma 2, i prestatori titolari, rispettivamente, di un con contratto a termine o di un contratto di apprendistato "consolidato" al termine del periodo formativo, dopo la predetta data). Essa è finalizzata ad evitare l'alea del giudizio e, in un certo senso, è strettamente correlata al venir meno della procedura di conciliazione obbligatoria prevista per le imprese con un organico superiore alle quindici unità per licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Il datore di lavoro, nei sessanta giorni successivi al licenziamento, può, di propria iniziativa offrire al lavoratore in una sede protetta (commissione provinciale di conciliazione – 410 cpc -, sede sindacale – 411 cpc -, organismi di certificazione – Enti bilaterali, Province, se costituite le commissioni, Direzioni del Lavoro, Ordini provinciali dei Consulenti del Lavoro – art. 82 del D.L.vo n. 276/2003) una somma, esente da IRPEF e non assoggettata ad alcuna contribuzione previdenziale, pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto strettamente correlata ad ogni anno di servizio, in misura non inferiore a due e non superiore a diciotto: il tutto attraverso la consegna di un assegno circolare (e, forse, si poteva pensare anche ad altra modalità di pagamento ugualmente certa e meno "burocratica e stringente").

L'accettazione dell'assegno ha una duplice conseguenza: l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia a qualsiasi impugnativa, pur se già proposta.

Le somme ulteriori pattuite in sede conciliativa a chiusura di ogni possibile pendenza derivante dall'intercorso rapporto di lavoro sono soggette al regime fiscale ordinario.

L'articolo si conclude con due commi che riguardano la copertura economica a carico dell'Erario (con importi progressivamente crescenti fino all'anno 2024) ed il monitoraggio della disposizione con un ulteriore obbligo di comunicazione a carico del datore di lavoro .

Con il primo 2 milioni di euro vengono stanziati per il 2015, 7 milioni e novecentomila per il 2016, 13 milioni ed ottocentomila per il 2017, 17 milioni e cinquecentomila per il 2018, 21 milioni e duecentomila per il 2019, 24 milioni e quattrocentomila per il 2020, 27 milioni e seicentomila per il 2021, 30 milioni e ottocentomila per il 2022, 34 milioni per il 2023 e 37 milioni e duecentomila per il 2024. Gli importi sono detratti dal Fondo istituito presso il Ministero del Lavoro dall'art. 1, comma 107, della legge n. 190/2014 per il quale è stata prevista una dotazione di 2.200 milioni di euro per ciascun anno a partire dal 2015 e proseguendo per il 2016 ed il 2017 e di 2.000 milioni a decorrere dal 2017. Tali importi serviranno, oltreché per lo scopo appena evidenziato, per la riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e le politiche attive, per il riordino dei rapporti di lavoro e per l'attività ispettiva, per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro.

Con il secondo si afferma che il monitoraggio sull'attuazione della disposizione è assicurato dal sistema di controllo e valutazione previsto dall'art. 1, comma 2, della legge n. 92/2012: ma a tal proposito viene introdotto un nuovo obbligo per il datore di lavoro che ha licenziato il lavoratore. La comunicazione di cessazione, che va spedita on-line al centro per l'impiego attraverso il sistema delle comunicazioni obbligatorie entro i cinque giorni successivi alla cessazione del rapporto, va integrata da una ulteriore comunicazione da inviare sempre allo stesso destinatario entro i sessantacinque giorni successivi alla risoluzione del contratto ove va riportata l'avvenuta o non avvenuta conciliazione. La mancata comunicazione, che si configura come un appesantimento burocratico di poca utilità per come è stato previsto, e che prescinde dalla stessa volontà del datore di attivare o non attivare la procedura conciliativa, è sanzionata con un importo pecunionario compreso tra i 100 ed i 500 euro, onorabile nella misura minima attraverso l'istituto della diffida previsto dall'art. 14 del D.L.vo n. 124/2004. La disposizione continua

ricordando che, a seguito di ciò, il modello di comunicazione obbligatoria va riformulato: di conseguenza, si attendono novità dalle strutture informatiche del Ministero del Lavoro che, al momento, non hanno ancora provveduto.

La norma appena descritta sollecita alcune riflessioni.

L'offerta per la conciliazione, che va fatta, a mio avviso, per iscritto, entro il termine perentorio dei sessanta giorni (ma l'eventuale accordo può ben "slittare" oltre per alcune considerazioni che farò tra poco), è "gravata" dall'onere della comunicazione on-line circa l'avvenuta o non avvenuta conciliazione da effettuarsi entro i sessantacinque giorni, è di natura facoltativa e si presenta abbastanza favorevole per il lavoratore il quale, anche in considerazione dell'abbattimento dell'IRPEF, può ottenere un importo notevolmente vicino a quello che potrebbe ottenere in giudizio (vanno tenute presenti anche le spese legali): a ciò va aggiunto che, in caso di ricorso giudiziale, i tempi per la decisione saranno, prevedibilmente più lunghi, atteso che ad esso non si applicherà il c.d. rito Fornero", ma l'usuale rito ordinario. Potrebbe succedere che il datore di lavoro sia materialmente impossibilitato a presentare la propria offerta nel caso in cui attenda l'impugnativa del licenziamento che potrebbe arrivare al sessantesimo giorno o anche oltre nel caso in cui la stessa sia notificata con lettera raccomandata inviata l'ultimo giorno.

Pensando ad uno "standard" di comunicazione, si può ritenere che l'offerta contenga la cifra disponibile per la conciliazione sul licenziamento e non necessariamente già gli estremi dell'assegno circolare per il quale la norma prevede che sia l'unica modalità di pagamento. Al contempo, appare opportuno pensare che l'offerta datoriale possa essere accompagnata da un termine per la eventuale accettazione: termine che può essere più o meno lungo entro il quale il lavoratore è chiamato ad aderire (ma la non adesione, perfettamente legittima, potrebbe anche essere tacita). Ovviamente, un lavoratore potrebbe avere interesse a non aderire ed a seguire la strada giudiziale, qualora ritenga che il provvedimento sia viziato da nullità, da discriminazione, da inefficacia (art. 2) o sia avvenuto per fatto materiale insussistente (art. 3).

C'è, poi, un'altra questione da risolvere: l'offerta datoriale, nel silenzio della norma, può essere condizionata anche alla eventuale risoluzione delle pendenze di natura economica riferite all'intercorso rapporto di lavoro?

La risposta appare positiva, atteso che la stessa offerta di conciliazione è facoltativa e non sembrano emergere controindicazioni espresse.

La dizione parla di "licenziamento" dei lavoratori nuovi assunti, senza alcuna distinzione circa la motivazione, specificando che l'offerta economica (incentivata con il contributo dell'Erario, è bene ricordarlo) è finalizzata ad "evitare il giudizio".

La seconda riflessione riguarda le modalità dell'offerta del datore di lavoro. E' soltanto lui che può rivolgersi ad una "sede di conciliazione protetta", che garantisce la inoppugnabilità dell'accordo, offrendo al lavoratore una cifra che è la stessa norma a specificare: una annualità (partendo da un minimo di due, per scoraggiare le assunzioni "usa e getta", magari incentivate), della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, fino ad un massimo di diciotto (per le piccole imprese gli importi sono ridotti della metà ed il tetto massimo è fissato a sei mensilità). L'importo riconosciuto non costituisce reddito IRPEF (nel nostro ordinamento c'è il precedente dei voucher per il lavoro accessorio fino a 5.000 euro netti, come specificato dall'art. 72 del D.L.vo n. 276/2003, ma anche nell'art. 51 – ma il valore massimo è fissato a 7.000 netti – dello schema di Decreto Legislativo sul riordino delle forme contrattuali, presentato alle Camere per il prescritto parere delle Commissioni, il 9 aprile 2014) e sullo stesso non grava alcun onere previdenziale.

Strettamente correlato al computo dell'indennità offerta è la questione di capire cosa si intenda per ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto: in assenza di ulteriori specificazioni normative e di interventi amministrativi chiarificatori da parte del Ministero del Lavoro provo ad effettuare alcune considerazioni che partono dall'art. 2120 c.c. il quale stabilisce che nella retribuzione da accantonare annualmente vanno computate tutte le somme corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro a titolo non occasionale, comprese quelle in natura ed escluse quelle che trovano la loro ragione nel rimborso spese. Il Ministero del Lavoro con l'interpello n. 43 del 3 ottobre 2008 ha precisati che se il CCNL prevede espressamente quali elementi della retribuzione vanno calcolati e quali no, il datore è tenuto a rispettarlo. Da quanto appena detto si può dedurre che ai fini della identificazione dell'ultima retribuzione utile ai fini del calcolo del TFR si potrebbe partire dalla retribuzione annuale accantonata con le modalità previste dal codice civile, divisa per i mesi dell'anno, senza alcun reale riferimento alla retribuzione

dell'ultimo mese sulla quale, in alcune realtà aziendali che hanno punte stagionali o attività caratterizzate da saltuarietà, potrebbero interferire elementi transitori.

Passando alle questioni operative riguardanti l'espletamento del tentativo di conciliazione, si può pensare che l'organo di conciliazione adito convochi le parti fissando il giorno e l'ora dell'incontro al quale le stesse (in particolar modo il lavoratore) possono essere assistite o rappresentate (secondo le usuali regole che disciplinano la delega) da soggetti esterni come rappresentanti di associazioni sindacali o professionisti, atteso che la disposizione non mette alcun divieto.

La discussione, alla quale il datore di lavoro si presenta con un assegno circolare con l'importo già prefissato, strettamente correlato all'anzianità di servizio potrebbe non essere del tutto semplice per alcune motivazioni riconducibili ad una serie di questioni rispetto alle quali prospetto alcune soluzioni:

- a) il conto relativo ai mesi di rapporto di lavoro è stato effettuato comprendendo anche un periodo di attività svolta in nero prima della instaurazione del rapporto di lavoro avvenuta con la comunicazione di assunzione inviata on-line al centro per l'impiego o, anche, una "anzianità convenzionale": è plausibile una conciliazione sul licenziamento, che riguardi tutto il rapporto? Una eventuale risposta positiva si scontra con la circostanza che, ad esempio, l'annualità in nero (cosa molto frequente in alcuni contesti del nostro Paese soprattutto nelle aziende di piccole dimensioni) venga, indirettamente, coperta da uno sgravio IRPEF a carico della fiscalità pubblica. Da ciò si deduce che, anche per non incorrere in controlli "ex post" dell'Agenzia delle Entrate, la somma offerta non può che essere strettamente correlata alla durata del rapporto di lavoro risultante dalle comunicazioni obbligatorie. L'unica eccezione riguarda i lavoratori che, a seguito di cambio di appalto, sono passati alle dipendenze di altra azienda. Qui, l'art. 7 del D.L.vo n. 23/2015 prevede espressamente che venga riconosciuta all'interessato la c.d. "anzianità di appalto", maturata su quel posto di lavoro anche con più imprenditori: la conseguenza di ciò è rappresentata dal fatto che l'offerta conciliativa del datore di lavoro dovrà tenere in considerazione non l'anzianità aziendale ma quella maturata in tutto il periodo trascorso in quel posto di lavoro;
- b) il ruolo dell'organo collegiale (commissione provinciale di conciliazione, organismo sindacale, commissione di certificazione) è, puramente, notarile, finalizzato a prendere atto dell'offerta datoriale che presuppone, a monte, un mero calcolo matematico delle annualità da corrispondere (come sembra apparire da una lettura della norma), oppure c'è un minimo di spazio per verificare l'essenza della conciliazione? In attesa di precisi orientamenti da parte del Ministero del Lavoro, ritengo che l'organo collegiale che, non dimentichiamolo, ha una funzione di garanzia, non possa sottrarsi, quantomeno, ad una verifica degli importi, ricordando al lavoratore che con la sottoscrizione dell'accordo e l'accettazione dell'assegno circolare, viene meno qualsiasi rivendicazione relativa alla impugnazione del licenziamento. Se gli importi non sono corretti l'organo collegiale di conciliazione lo deve esplicitare, invitando il datore di lavoro ad effettuare le necessarie correzioni;
- c) il "quantum" dell'assegno circolare è, sostanzialmente, determinato dal Legislatore delegato: ma, cosa succede, se il datore di lavoro, anche per venire incontro ad alcune richieste "taciute" relative all'intercorso rapporto di lavoro o, anche, inserendo la c.d. "anzianità convenzionale", intendesse alzare la somma, lasciando, comunque, quale motivazione soltanto quella del licenziamento? A mio avviso, se ciò accade, la somma aggiuntiva non può essere esente da IRPEF, atteso che tale "bonomia" non può ricadere sulla fiscalità pubblica;
- d) può il datore di lavoro, con la sottoscrizione del verbale di conciliazione, chiudere anche le altre questioni eventualmente correlate all'intercorso rapporto di lavoro (trattamento di fine rapporto, differenze paga, lavoro straordinario, ferie non godute, danno biologico, ecc.)? L'oggetto della convocazione ex art. 6 avanti all'organo collegiale ha, come motivazione soltanto quella della necessità di eliminare o ridurre il contenzioso giudiziale in materia di licenziamenti. Però, gli organi collegiali sopra indicati hanno la potestà di chiudere anche le eventuali controversie relative a rivendicazioni economiche: quindi l'accordo, magari "a latere" di quello principale, può riguardare anche gli aspetti economici. Per far ciò, tuttavia, occorre che il lavoratore abbia piena conoscenza di quanto gli viene offerto a tale titolo, che sappia della inoppugnabilità della transazione e che, soprattutto, se ha necessità di verificare i conteggi, gli venga concesso dall'organo collegiale un tempo tecnico di verifica che potrà fare, ad esempio, con la propria organizzazione sindacale. Il

- Legislatore delegato, ammettendo la possibilità, ha precisato, anche a scanso di ogni possibile equivoco, che su queste somme non c'è l'esenzione IRPEF, ma si applica il normale regime fiscale;
- e) una conciliazione relativa alla "voce" licenziamento che copre anche periodi in nero, ha effetti anche sugli eventuali controlli degli organi di vigilanza? La risposta è negativa (anzi, aver "coperto" delle annualità in nero è una ammissione di colpa), atteso che, nei limiti della prescrizione, gli stessi possono procedere al recupero dei contributi ed alla irrogazione delle sanzioni per lavoro nero e per altre situazioni scaturenti dall'intercorso rapporto di lavoro, come affermato sia dalla Cassazione con le sentenze n.17485 del 28 luglio 2009 e n. 6663 del 9 maggio 2002 e dall'INPS con la circolare n. 263/1997. In particolare la Suprema Corte con la prima delle decisioni sopra menzionate ha affermato che sulle somme corrisposte dal datore di lavoro a titolo di transazione, l'INPS è abilitato ad azionare il credito contributivo, nei limiti della prescrizione, provando, con qualsiasi mezzo, le eventuali somme corrisposte a tale titolo, assoggettabili a contribuzione;
 - f) che valore possono assumere, ai fini del giudizio, il verbale di mancato accordo o, anche, il verbale di assenza per mancata presenza del lavoratore? Nessun valore è la risposta, atteso che la conciliazione è facoltativa e, stando al nuovo impianto normativo che traspare dal D.L.vo n. 23/2015, a meno che non ci si trovi in presenza di un licenziamento nullo, discriminatorio, inefficace o disciplinare per un fatto rilevatosi totalmente insussistente, il giudice di merito è tenuto a confermare il recesso al giorno della interruzione del rapporto, con la liquidazione dell'indennità risarcitoria correlata esclusivamente all'anzianità di servizio;
 - g) può il lavoratore licenziato che ha sottoscritto la rinuncia al licenziamento, ottenere, ricorrendo le condizioni previste, il trattamento di NASPI (in vigore dal 1° maggio 2015)? Ricordo che, ai fini del godimento, i requisiti richiesti dall'art. 3 del D.L.vo n. 22/2015 sono lo stato di disoccupazione, tredici settimane di contribuzione negli ultimi quattro anni ed almeno trenta giornate di lavoro effettivo, a prescindere dal minimale contributivo, nei dodici mesi precedenti che precedono l'inizio del periodo di disoccupazione. Sul punto, fornendo una risposta positiva alla domanda, è intervenuta, sollecitamente, la Direzione Generale per l'Attività Ispettiva che, con l'interpello n. 13 del 24 aprile 2015, rispondendo ad una specifica richiesta della CISL, ha affermato che l'accettazione dell'offerta di conciliazione non muta il titolo della risoluzione del rapporto che resta il licenziamento e che comporta, per espressa previsione normativa, la rinuncia all'impugnativa, intendendosi tale fattispecie quale ipotesi di "disoccupazione involontaria conseguente ad atto unilaterale di licenziamento del datore di lavoro". Lo stesso discorso vale nel caso del licenziamento disciplinare ove l'interpello n. 13/2015 risolve, positivamente, una problematica sollevata a seguito della dizione del comma 1 dell'art. 3 del D.L.vo n. 22/2015 ove si afferma che la NASPI è riconosciuta ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione e che presentino una serie congiunta di requisiti. Qui, il Dicastero del Lavoro ha richiamato una propria precedente interpretazione contenuta nell'interpello n. 29/2013 ove si era sostenuto l'obbligo del datore di lavoro di pagare il contributo di ingresso all'ASPI anche in caso di risoluzione disciplinare e che l'adozione del provvedimento disciplinare è sempre rimessa alla libera determinazione del datore di lavoro e costituisce esercizio del potere discrezionale (Cass. n. 4382/1984) e che sotto l'aspetto della impugnabilità lo stesso potrebbe essere ritenuto illegittimo in sede giudiziaria.

Per completezza di informazione ricordo come per i lavoratori licenziati da imprese non rientranti tra quelle per le quali è obbligatorio il tentativo di conciliazione in quanto previsto per i recessi per giustificato motivo oggettivo dall'art. 7 della legge n. 604/1966 (quelle dimensionate sotto le sedici unità), era già possibile tentare la strada della risoluzione conciliativa concernente il licenziamento attivando la conciliazione facoltativa prevista dall'art. 409 cpc, espletabile ex art. 410 cpc con la procedura minuziosamente prevista dalla riforma introdotta dal 24 novembre 2010 dalla legge n. 183/2010.

Potrebbe accadere che le due richieste "si incontrino", pur seguendo strade diverse, in quanto per quella prevista dall'art. 410 cpc (pensata, quasi, si passi il termine un po' malizioso, per non farla percorrere), si ipotizzano alcuni passaggi burocratici che, non consentono, alla commissione provinciale di conciliazione di convocare le parti, se non c'è stata l'adesione del convenuto:

- a) richiesta presentata alla commissione provinciale di conciliazione, a mano, o tramite raccomandata, inviata anche all'altra parte, con l'indicazione del "petitum" (nel nostro caso esso è rappresentato

- dall'esame del licenziamento ma, oltre a questo, potrebbe anche esser più sostenuto, riferendosi a questioni di natura economica afferenti l'intercorso rapporto di lavoro);
- b) possibilità per il convenuto, di proporre le proprie controdeduzioni;
 - c) esplicita adesione della controparte al tentativo di conciliazione, entro il termine di venti giorni dalla ricezione della lettera (termine, comunque, ordinatorio), senza la quale l'organo collegiale non può effettuare la convocazione per la trattazione della controversia.

Forse, il Legislatore delegato poteva inserire, magari riformando la norma, l'offerta di conciliazione del datore di lavoro all'interno della procedura già prevista, senza pensarne un'altra.

Per i "veterani" (che sono i lavoratori assunti, a tempo indeterminato, fino al 6 marzo 2015), resta in vita, nelle imprese dimensionate oltre le quindici unità, il tentativo obbligatorio preventivo per i licenziamenti motivati da giustificato motivo oggettivo che, stando ai dati ufficiali del Ministero del Lavoro, ha sortito, nei primi due anni di vigenza, un effetto positivo (cosa riconosciuta, ampiamente, dagli operatori). Il Legislatore ha cambiato, introducendo questa forma facoltativa di conciliazione. C'è da osservare come ciò crei, comunque, una certa difficoltà di comprensione negli operatori e come negli ultimi quattro anni si sia intervenuti sulla conciliazione delle controversie di lavoro per tre volte, senza un coerente disegno strategico.

Una ultima considerazione va fatta sull'obbligo per il datore di lavoro (coperto da sanzione amministrativa) di comunicare entro i sessanta giorni successivi al licenziamento se è avvenuta o meno la conciliazione: tutto questo ai fini del monitoraggio dell'istituto, cosa del tutto condivisibile, atteso che, fino al 2024, la disposizione destina a tale scopo risorse economiche crescenti.

Ma, detto questo, mi chiedo: ha senso una comunicazione di tal genere in un tempo così ristretto, atteso che nella pratica, il datore di lavoro effettuerà l'offerta verso il sessantesimo giorno, perché, magari, attende la comunicazione della impugnativa che, sovente, viene prodotta quasi alla scadenza del termine (ma che arriva anche oltre se viene effettuata con lettera raccomandata l'ultimo giorno) e che occorre attendere la convocazione dell'organo collegiale (commissione provinciale di conciliazione, sede sindacale, commissione di certificazione) eventualmente adito? La perentorietà del termine (sessanta giorni) riguarda soltanto la presentazione dell'offerta al lavoratore e non la sottoscrizione dell'atto di conciliazione che può, legittimamente, avvenire successivamente (non esiste un termine perentorio), soprattutto se il datore di lavoro vuole legare a tale conciliazione anche un'altra riferita agli aspetti di natura economica dell'intercorso rapporto, rispetto ai quali il lavoratore potrebbe ben avere la necessità di fare un minimo di conti e di controlli. Aver posto il termine di sessantacinque giorni dal licenziamento per sapere se è avvenuta o meno la conciliazione (tutto questo ai fini del monitoraggio) serve a poco: si poteva mettere un termine più ampio ed il dato sarebbe stato molto più significativo.

Bologna, 9 maggio 2015

Eufranio MASSI