



Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 245/2015

© Alessandro Garilli 2015
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Palermo
alegarilli@tin.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto^α

Alessandro Garilli
Università di Palermo

1. Certezza del diritto e razionalità economica.....	2
2. La tutela risarcitoria ridotta e i limiti al potere decisionale del giudice.	4
3. Gli strumenti per contenere il ricorso giurisdizionale. La revoca del licenziamento.	6
4. L'offerta di conciliazione: l'ambito soggettivo.....	8
5. L'offerta nel sistema tedesco.....	9
6. Offerta di conciliazione ed esclusione per i neo assunti del rito speciale introdotto dalla legge n. 92 del 2012. Problemi di legittimità costituzionale.	10
7. Profili di contrasto con il diritto dell'Unione Europea.....	12
8. Sedi protette e applicazione dell'art. 2113 c.c.....	14
9. Natura, contenuto e limiti dell'offerta. La retribuzione di riferimento.....	15
10. La procedura.....	19
11. Gli altri tentativi (obbligatori) di conciliazione.....	20
12. Considerazioni conclusive.	22

^α In corso di pubblicazione nella Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 2/2015

1. Certezza del diritto e razionalità economica.

Uno degli aspetti più significativi delle innovazioni contenute nel decreto legislativo 4 marzo 2015, n.23, che regola il contratto di lavoro a tutele crescenti, consiste, a mio avviso, nell'aver portato a compimento quella linea di politica del diritto, avviata da più di un decennio, che intende sottrarre al processo la sua funzione tipica di tutela dei diritti e di mediazione dei conflitti in uno dei punti più sensibili della nostra materia, vale a dire la protezione del lavoratore di fronte al licenziamento illegittimo ⁽¹⁾.

Questo indirizzo ha, come noto, radici nelle elaborazioni giuridiche di teorie economiche (a forte caratterizzazione ideologica), che propugnano la sostituzione del controllo giudiziario con un filtro monetario, al fine di consentire la rottura del contratto mediante il pagamento di una somma predeterminata (*firing o severance cost*) ⁽²⁾. La compensazione monetaria assurge, secondo questa specifica e discussa concezione della certezza del diritto, a regola generale che sostituisce il principio dell'esecuzione in forma specifica. Va da sé che se si assegna al diritto la funzione prioritaria di perseguire e garantire il principio di razionalità economica, la dimensione valoriale della stabilità del posto di lavoro esula da ogni considerazione sul piano dell'effettività della tutela, o quantomeno subisce una forte compressione, venendo circoscritta nell'ambito di una ristretta cerchia di diritti fondamentali ⁽³⁾. Tra questi

⁽¹⁾ Cfr., da ultimo, V. SPEZIALE, *Processo del lavoro, certezza del Diritto ed effettività delle tutele*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 215/2014, spec. pag. 13 e segg.

⁽²⁾ Questa teorizzazione, com'è noto, si deve in particolar modo a Pietro Ichino, che ormai da molti anni sostiene l'esportazione del modello economico *principal agent* nel diritto del lavoro, valorizzando l'apporto di quest'ultimo nell'interpretazione della disciplina dei licenziamenti per motivi economici. Sul punto, cfr. P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, in *Lav. dir.*, 1998, pag. 309, ss., ma già ID., *Il lavoro e il mercato*, 1996, pag. 125 ss. Più in generale, sui rapporti tra economia e diritto del lavoro, cfr. U. ROMAGNOLI, *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2005, pag. 527; S. DEAKIN - F. WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, 587; P. LOI, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, *ivi*, 1999, pag. 547; R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *ivi*, 2001, pag. 3; M. NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 990; C. FALERI, *L'adattamento efficiente della norma ai mutamenti del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti per ragioni economiche*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, I, pag. 291 ss.

⁽³⁾ Cfr. P. TULLINI, *Stabilità del rapporto di lavoro e ruolo del giudice*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, pag. 37 ss. Per una riflessione a più voce sulla dimensione valoriale della stabilità cfr. il volume a cura di M. V. BALLESTRERO, *La stabilità come valore e come problema*, Torino, 2007, ed *ivi*, in particolare, i contributi di M. V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della*

non viene più annoverata la tutela incondizionata del posto di lavoro (di fronte ad un licenziamento illegittimo), ma esclusivamente le ipotesi di discriminazione e quelle, assimilabili da un punto di vista assiologico, di lesione dell'onore del lavoratore. Solo in questi casi, secondo una lettura che ha tentato di razionalizzare il sistema sanzionatorio della legge n. 92 del 2012, la soddisfazione del lavoratore creditore non può essere limitata all'equivalente pecuniario ma deve trovare realizzazione nella reintegrazione nel posto di lavoro ⁽⁴⁾.

Alla base di questa costruzione stanno considerazioni di politica economica che riguardano le (presunte) rigidità del mercato del lavoro italiano, il cui tessuto normativo risulterebbe incoerente con le esigenze di flessibilità dell'impresa e poco attrattivo di investimenti produttivi dall'estero. Non a caso nella legge delega, i principi e criteri direttivi sulla riforma delle tipologie contrattuali e sul nuovo contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (*rectius*, a tutela ridotta per il licenziamento illegittimo e con indennizzo crescente in relazione all'anzianità di servizio), piuttosto che indicare linee di carattere tecnico-giuridico, enfatizzano generici obiettivi di sviluppo economico ed occupazionale (v. l'art. 1, comma 7, dove si parla di coerenza delle forme contrattuali con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo, nazionale e internazionale, e dell'esigenza di rendere più conveniente il contratto a tempo indeterminato) ⁽⁵⁾. Né vanno trascurate le pressioni provenienti dagli organismi europei e internazionali che, nel perseguimento di una politica economico-finanziaria depressiva della spesa pubblica, hanno ritenuto tra le cause della crisi che attanaglia il Paese una serie di disfunzioni sistemiche tra cui viene annoverata la rigidità del mercato del lavoro in generale e quella in uscita in particolare⁽⁶⁾.

A queste indicazioni si aggiunge la critica all'applicazione giurisprudenziale delle nozioni generali e delle sanzioni per il licenziamento illegittimo – esplicita sia nel d. lgs. n. 276 del 2003 sia soprattutto nella legge n. 183 del 2010 – che riguarda in ultima analisi il

stabilità, O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, P. ALBI, *Stabilità del posto di lavoro e accezione "debole" del rapporto di lavoro*.

⁽⁴⁾Cfr. P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Milano, 2012, pag. 792 e segg.; P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in ID. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, pag. 292 e segg.

⁽⁵⁾Cfr. F. CARINCI, *Jobs Act, atto II La legge delega sul mercato del lavoro*, in *Working Paper ADAPT*, 7 gennaio 2015, n. 168.

⁽⁶⁾Cfr. V. SPEZIALE, *Le Politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la Riforma dei Contratti e di disciplina del rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" .IT*, n. 233/2014, pag. 5 e segg.

ruolo del giudice nella "dimensione del costituzionalismo contemporaneo"⁽⁷⁾, accompagnata dal *refrain* dell'eccesso ingovernabile del contenzioso e dalla necessità di introdurre misure deflative. Punto quest'ultimo di per sé condivisibile, ma non altrettanto può dirsi dei rimedi apprestati per contrastare il fenomeno: basti ricordare la farraginosità delle regole procedurali previste per il tentativo facoltativo davanti la commissione di conciliazione e l'eccesso di conseguenze negative sul processo previste nel caso di suo fallimento (comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio e della condanna alle spese), nonché la sottovalutazione del ruolo delle parti sociali nell'arbitrato irrituale, ravvisabile nella possibilità, senza la mediazione sindacale, di svincolare il lodo arbitrale dal rispetto non solo dei diritti di origine contrattual-collettiva, ma anche delle norme imperative di legge⁽⁸⁾. L'impressione generale che si trae da questi interventi è stata ben chiarita dal Messaggio del Presidente della Repubblica del 31 marzo 2010 di rinvio alle Camere, ai sensi dell'art. 74, comma 1, Cost., della legge trasmessa per la promulgazione il 3 marzo 2010 (che, con modifiche, verrà poi pubblicata con il n. 183 del 4 novembre 2010), nel quale si sottolinea criticamente che essi intendono conseguire per via traversa il risultato di deregolare il diritto del lavoro, valorizzando l'autonomia privata individuale, peraltro poco efficacemente assistita.

2. La tutela risarcitoria ridotta e i limiti al potere decisionale del giudice.

Nella riforma la discrezionalità del giudice è circoscritta alla fase relativa all'accertamento della legittimità del licenziamento e (con penetranti condizionamenti) alla qualificazione del vizio, ma viene negata per la modulazione della sanzione: questa è infatti predeterminata in misura fissa dal legislatore in relazione all'anzianità di servizio, senza alcuna considerazione delle situazioni previste dall'art. 18 St. lav. (nel testo sostituito dalla legge n. 92 del 2012) e cioè il "numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti". E' data così certezza al costo

⁽⁷⁾Cfr. U. ROMAGNOLI, *Le parole sono pietre*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, pag. 233 e segg.; B. CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un «manifesto ermeneutico»*, *ivi*, pag. 245 e segg.; O. MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico*, *ivi*, pag. 235 e seg. Il dibattito muove da un saggio di R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, *ivi*, 2012, pag. 461 e segg., seguito da MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Quale giudice del lavoro? (Replica a un saggio di Riccardo Del Punta)*, *ivi*, pag. 719 e segg.

⁽⁸⁾Cfr. L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2011, pag. 399.

della separazione, sottraendo al giudice il potere di quantificare (con onere di specifica motivazione) l'indennità nell'ambito di una forbice.

Peraltro deve osservarsi che la quantificazione rigida si applica anche nei confronti dei datori di lavoro che non raggiungano i requisiti dimensionali di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 18, oltre che alle organizzazioni di tendenza, in quanto la nuova disciplina è estesa ad entrambe le ipotesi (ma solo per la prima l'ammontare dell'indennità è dimezzato) ⁽⁹⁾. E ciò, secondo alcuni, eccederebbe i limiti della delega ⁽¹⁰⁾; questa però, nella parte in cui indica principi e criteri direttivi per la revisione della disciplina sul licenziamento da applicare al "contratto a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio", ha portata generale, poiché non contiene alcuna precisazione sull'ambito di applicazione ⁽¹¹⁾.

Coerente con il descritto indirizzo di politica del diritto sarebbe stata l'introduzione della clausola di *opting out* bilaterale, cioè la possibilità conferita al datore di lavoro, al di fuori dall'ipotesi di licenziamento discriminatorio, di sostituire la reintegrazione con un'indennità (in modo quindi simmetrico a quanto già previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e dagli art. 2, comma 3, e 3 comma 2 del disegno legislativo). Pare che qualcosa di simile era stata prevista nella prima bozza del decreto legislativo, dove la "trasformazione della reintegrazione in un'indennità di venti mensilità sarebbe automaticamente scattata dopo un determinato periodo di inottemperanza da parte del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione

⁽⁹⁾ Cfr., per un commento, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 236/2015.

⁽¹⁰⁾ Cfr. L. MARIUCCI, *Jobs act, brutti doni natalizi*, in www.eguaglianzaelibertà, 26.12.2014. Dubbi di legittimità costituzionale possono invece sollevarsi nei confronti delle disposizioni che estendono il nuovo regime ai lavoratori già occupati presso datori di lavoro che superino le soglie di cui all'art. 18 St. lav. a seguito di assunzioni successive all'entrata in vigore del decreto, e ai casi (non presenti nello schema di decreto inviato alle Camere per i prescritti pareri) di conversione di contratti a tempo determinato e di apprendistato in contratti a tempo indeterminato, in quanto la delega limita la disciplina alle nuove assunzioni.

⁽¹¹⁾ Sul contratto a tutele crescenti cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona", L. ZOPPOLI, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, *ivi*, n. 213/2014; M. MAGNANI, *Il formante contrattuale: dal riordino dei "tipi" al contratto a tutele crescenti (ovvero del tentativo di ridare rinnovata centralità al lavoro subordinato a tempo indeterminato)*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - *Collective Volumes* -, n. 3/2014; F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi – Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660*, in *ADAPT Labour Studies e-Book Series*, n. 32/2014, pag. 124.

(¹²). La contrarietà della minoranza del PD e dello stesso Presidente della Commissione lavoro della Camera ha comportato l'eliminazione della disposizione.

3. Gli strumenti per contenere il ricorso giurisdizionale. La revoca del licenziamento.

Entro i limiti del tema oggetto di indagine, che riguarda le tecniche di prevenzione del conflitto, vanno segnalati due strumenti che, pur essendo strutturalmente diversi, possono essere ricondotti nell'alveo delle misure che favoriscono il datore di lavoro, consentendogli un ulteriore contenimento del costo del licenziamento illegittimo.

Il primo, già introdotto nell'ordinamento dalla riforma attuata con la legge n. 92 del 2012, è rappresentato dalla revoca del licenziamento(¹³). Il testo dell'art. 5 del decreto legislativo riproduce alla lettera il contenuto del comma 10 dell'art. 18 St. lav., con tecnica legislativa opinabile, ma coerente con l'impianto complessivo del decreto, che intende regolare in modo nettamente separato ed autonomo i licenziamenti per i neo assunti.

Si tratta di una disciplina speciale volta a favorire il c.d. ripensamento del datore di lavoro, il quale tardivamente e a seguito dell'impugnazione abbia preso contezza dell'illegittimità del licenziamento effettuato e quindi intenda revocarlo senza però incorrere nelle conseguenze dell'atto dannoso. Ciò non gli sarebbe consentito secondo l'ordinaria disciplina della revoca, considerata per diritto comune una mera proposta del datore di lavoro diretta alla ricostituzione *ex nunc* del rapporto, con la conseguenza che, anche se accettata, il lavoratore, che abbia impugnato in termini il licenziamento (¹⁴) avrà comunque diritto al risarcimento dei danni (in misura minima e tranne il caso in cui il rapporto non si sia interrotto (¹⁵). In mancanza di accettazione, anche per fatti concludenti (¹⁶), permane inoltre il diritto al pagamento, su richiesta del lavoratore, dell'indennità in luogo di reintegrazione (¹⁷). La tutela del diritto già acquisito dal lavoratore all'applicazione delle

(¹²)Cfr. P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, in www.pietroichino.it

(¹³)Cfr., sul punto, C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 547; I. CORSO, *La revoca del licenziamento*, in *Dir. Prat. Lav.*, suppl., n. 33/2012, pag. 77.

(¹⁴)Cass. 9 ottobre 2006, n. 21648, in *Guida al lav.*, 2006, fasc. 50, pag. 45.

(¹⁵) Cass. 1 luglio 2004, n. 12102, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, pag. 722.

(¹⁶)Cass. 10 maggio 2005, n. 9717, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, pag. 761.

(¹⁷)Cass. 3 gennaio 2011, n. 36, in *Guida al lav.*, 2011, fasc. 8, pag. 55; Cass. 28 febbraio 2012, n. 3043, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, pag. 247, con nota di L. FRANCESCHINIS.

sanzioni, in conseguenza del licenziamento di cui venga accertata successivamente l'illegittimità, viene meno con la nuova disciplina, che configura la revoca quale diritto potestativo (o forma di esercizio del potere datoriale) a cui il prestatore soggiace. Con la conseguenza che il rifiuto a riprendere il lavoro da parte di questi costituisce inadempimento contrattuale con applicazione di sanzioni disciplinari correlate alla sua gravità.

La norma prescrive che la revoca "effettuata" (*rectius*, portata a conoscenza del lavoratore) entro quindici giorni dalla comunicazione dell'impugnazione del licenziamento comporta il ripristino del rapporto senza soluzione di continuità, con il diritto del lavoratore alla sola retribuzione maturata nel periodo precedente la revoca. Nel silenzio della disposizione si deve ritenere che non sia richiesta la forma scritta, in ragione dell'autonomia negoziale dell'atto rispetto al licenziamento⁽¹⁸⁾.

E' stato efficacemente osservato⁽¹⁹⁾ che la nuova fattispecie "consente al lavoratore che abbia intimato un licenziamento in qualche modo viziato di stare alla finestra e di vedere se il lavoratore intenda contestarlo o meno"; e solo in caso affermativo di esercitare il diritto potestativo alla revoca, con l'unica ripercussione di dovere corrispondere al lavoratore la retribuzione corrispondente a un periodo che non supera i settantacinque giorni, senza potere richiedere il risarcimento di ulteriori eventuali danni. Nel caso invece che la revoca sia tardiva, gli esiti saranno quelli di cui si è detto.

Nel regime vigente per i rapporti di lavoro costituiti in data anteriore al decreto legislativo, la revoca agevolata trova applicazione solo nell'ambito di riferimento dell'art. 18 St. lav. (che copre anche i licenziamenti collettivi), e pertanto restano esclusi i licenziamenti effettuati dai datori di lavoro sotto soglia, ad eccezione dei disciplinari o nulli e di quelli intimati senza l'osservanza della forma scritta. In effetti, l'obiettivo perseguito era di eliminare le conseguenze sanzionatorie collegate alla reintegrazione, particolarmente gravose per il datore di lavoro. Con l'art. 5 del d.lgs. n. 23 del 2015 la fattispecie è estesa anche ai datori di lavoro che non raggiungano le soglie stabilite dall'art. 18, conseguendo pertanto generali possibilità applicative. Ma sembra difficile pensare che essa sia ancora conveniente nel quadro dell'abbattimento delle tutele: basti pensare che nelle ipotesi di maggior ricorso alla revoca, e cioè quando il licenziamento è inficiato da vizi formali (carenza di

⁽¹⁸⁾Cass. 5 marzo 2008, n. 5929, in *Dir. Prat. Lav.*, 2008, pag. 2314; Cass. 5 ottobre 2007, n. 20901, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007,8, pag. 615, con nota di F. ROCCATO. *Contra*, A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Torino, 2012, pag. 44.

⁽¹⁹⁾ Cfr. C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., pag. 586.

motivazione) e relativi alla procedura di cui all'art. 7 St. lav., la condanna del datore di lavoro è ridotta ad una sola mensilità per ogni anno di servizio, con il limite minimo di due e massimo di dodici; e che tali importi sono dimezzati per le c.d. piccole imprese ⁽²⁰⁾.

4. L'offerta di conciliazione: l'ambito soggettivo.

Ben altra rilevanza ha l'innovativo strumento di conciliazione concepito dal legislatore delegato all'art. 6 quale alternativa alla giurisdizione statale ⁽²¹⁾ - anzi, come icasticamente affermato dal legislatore, ideato "al fine di evitare il giudizio" - il cui elemento caratterizzante consiste nella previsione di un consistente incentivo statale alla conciliazione, tale da renderla allettante per entrambe le parti. L'importanza che il Governo annette alla disposizione è rinvenibile nella previsione specifica di un monitoraggio della sua attuazione, da conseguire attraverso l'obbligo a carico del datore di lavoro di indicare nella comunicazione telematica di cessazione del rapporto l'avvenuta o non avvenuta conciliazione.

La disposizione prevede la totale decontribuzione fiscale (oltre che previdenziale, come negli altri casi di condanna giudiziale senza reintegrazione) dell'importo che il datore di lavoro offra al lavoratore, entro i termini di impugnazione del licenziamento, in un ammontare dimezzato rispetto a quello che verrebbe liquidato dal giudice, e quindi pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, e comunque in una misura non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità. L'offerta della somma, sotto forma di assegno circolare, deve avvenire in una delle sedi che rendono la conciliazione inoppugnabile. La sua accettazione da parte del lavoratore in tale sede comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia ad un'eventuale impugnazione.

La disposizione si applica ai lavoratori che rivestono la "qualifica" (*rectius*, categoria legale) di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla

⁽²⁰⁾ Analoghe considerazioni sulla scarsa convenienza economica della revoca in I. CORSO, *La revoca del licenziamento*, cit., pag. 82.

⁽²¹⁾ Sul dibattito Europeo in merito agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, in *Riv. Int. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2003, 743 ss.; E. SEVERIN, *What Place is there for Civil Mediation in Europe?*, in G. ALPA-R. DANOVÌ (a cura di) *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004, pag. 3 ss.; H. KIERSE-H. W. MICKLITZ, *Comment on the Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law*, *ivi*, pag. 297.

data di entrata in vigore del decreto legislativo; in sostanza, copre l'intero ambito di applicazione del provvedimento e riguarda tanto i licenziamenti individuali che quelli collettivi. Pertanto restano esclusi i dirigenti (perché non indicati dall'art. 1), per i quali potrà provvedere, come di consueto, la contrattazione collettiva, ma senza la possibilità di estendere l'incentivo della defiscalizzazione. Esclusi devono ritenersi pure tutti i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, e non solo quelli i cui rapporti di impiego sono regolati dal diritto amministrativo. Valgono qui le considerazioni svolte da chi ha affrontato il tema dell'incompatibilità del decreto con la disciplina speciale del licenziamento disciplinare e di quello economico (individuale e collettivo) vigente per tale settore⁽²²⁾. A ciò deve aggiungersi che lo strumento dell'offerta conciliativa si pone in insanabile contrasto con l'art. 97 della Costituzione. Non può infatti essere consentito - perché contrario alla tutela dell'interesse pubblico alla legalità, imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici - che una pubblica amministrazione possa licenziare un proprio dipendente senza una previa valutazione della sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo. Vale la pena di ricordare che nei confronti del dirigente pubblico "i profili di illiceità nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare" danno luogo a responsabilità nei casi di dolo o colpa grave (art. 55 sexies, comma 4, d. lgs. n. 165 del 2001), e che eguale responsabilità è prevista anche quando il dirigente aderisca alla transazione della lite in sede di conciliazione facoltativa o giudiziale (art. 410, comma 8, c.p.c.).

5. L'offerta nel sistema tedesco.

Il modello ispiratore dell'art. 6 è contenuto nella legge Hartz 4 della Repubblica Federale di Germania, entrata in vigore l'1 gennaio 2005⁽²³⁾. Ma lo schema qui è diverso: anzitutto, il tipo tedesco si applica soltanto ai licenziamenti economici ("urgenti esigenze aziendali") e non anche alle ipotesi di licenziamenti discriminatori e disciplinari come invece nell'enunciato normativo italiano. Il che è più ragionevole in quanto solo in tale caso il contemperamento tra libertà d'impresa e tutela del prestatore di lavoro giustifica la previsione dell'indennizzo monetario

⁽²²⁾ Cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, cit.

⁽²³⁾ Il testo può essere letto in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, III, pag. 93 e segg. Per un commento cfr. M. CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, *ivi*, I, 365. Più di recente, S. GRIVET-FETA, *I licenziamenti in Germania*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di) *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Milano, 2014, pag. 93 e segg.

quale esclusivo rimedio al licenziamento ingiustificato. Inoltre l'offerta dell'indennizzo – di norma pari al 50 per cento dell'ultima retribuzione mensile per ogni anno di lavoro - deve essere contenuta nella comunicazione del licenziamento (che deve anche indicare con precisione la causale economica), al fine di consentire al lavoratore di valutare se avviare l'azione giudiziaria (da proporre a pena di decadenza entro tre settimane). In mancanza di ricorso l'offerta si ha per accettata⁽²⁴⁾. Resta ferma la possibilità del prestatore di lavoro di proporre, entro una settimana dalla comunicazione del licenziamento, reclamo al consiglio di aziendale (quando esso sia stato costituito nell'unità produttiva), il quale, se ritiene le doglianze fondate, è obbligato ad esperire il tentativo di conciliazione (e, qualora gli venga richiesto, comunicare per iscritto il proprio parere). Dunque si tratta di una procedura la cui sfera di applicazione è più circoscritta, non è prevista alcuna forma di incentivazione a carico della finanza pubblica, ed in cui è garantita al lavoratore una congrua pausa di riflessione per vagliare le condizioni dell'offerta.

6. Offerta di conciliazione ed esclusione per i neo assunti del rito speciale introdotto dalla legge n. 92 del 2012. Problemi di legittimità costituzionale.

Nella Relazione illustrativa presentata dal Governo per i pareri parlamentari è detto che la disciplina dell'offerta di conciliazione costituisce un congegno innovativo di risoluzione stragiudiziale delle controversie, senza alcuna chiarificazione sulle motivazioni che hanno indotto il Governo ad introdurlo. In effetti, del nuovo strumento non vi è alcun riferimento specifico nella legge delega. Si può comunque ritenere che la previsione rientri nell'obiettivo genericamente indicato nell'art. 1, comma 7, lett. b) di rendere "più conveniente il contratto a tempo indeterminato rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti". Non a caso il finanziamento dello strumento, calcolato sulla perdita presunta per l'erario dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, è a carico del fondo destinato a sostenere la riforma degli ammortizzatori sociali, delle politiche attive, dei servizi per il lavoro e delle attività ispettive, per la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nonché al fine di consentire la riduzione degli oneri diretti e indiretti del contratto a

⁽²⁴⁾M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La "flessibilità in uscita" nei paesi europei e la riforma italiana*, in Id. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, cit., pag. 285 ss.; M. WEISS-M. SCHMDT, *German employment law*, in R. BLANPAIN (a cura di), *International encyclopaedia for labour law and industrial relations*, suppl. 340, Kluwer, 2008, p. 133, par. 305.

tempo indeterminato a tutele crescenti. Tenendo conto di quanto sia corta la coperta per finanziare tutte queste attività – che dovrebbero bilanciare la flessibilità in uscita – (2.200 ml. di euro per ciascuno degli anni 2015 e 2016 e 2000 ml. a decorrere dal 2017), la sottrazione di risorse (sia pure ridotte) per incentivare l'offerta conciliativa lascia perplessi.

Senza dubbio l'indicazione contenuta nella legge delega è indefinita quanto agli istituti oggetto dell'intervento. La questione non riguarda l'incostituzionalità della delega per violazione dell'art. 76 Cost.⁽²⁵⁾, ma i limiti alla discrezionalità del legislatore delegato. Va al riguardo considerato l'orientamento della Consulta, secondo cui tale discrezionalità " è più o meno ampia in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega, sicché la valutazione dell'eccesso di delega va fatta in rapporto alla *ratio* della delega, onde stabilire se la norma delegata sia con questa coerente ⁽²⁶⁾. Ora, tenuto conto di tale costante indirizzo, e della indeterminatezza della delega, si può ritenere che l'offerta di conciliazione si ponga quale "coerente sviluppo e completamento della scelta espressa dal legislatore delegante e delle ragioni ad essa sottese" ⁽²⁷⁾, in quanto si inserisce tra le misure di promozione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, perseguendo la finalità di favorire una riduzione del costo del recesso. Deve anche tenersi presente che la conciliazione è facoltativa e che il rifiuto della proposta transattiva è processualmente irrilevante, a differenza di quanto previsto per il tentativo di conciliazione davanti la commissione presso le direzioni territoriali del lavoro ⁽²⁸⁾.

Fondata è invece la questione di costituzionalità della norma (art. 11) che esclude l'applicazione ai nuovi assunti del rito speciale introdotto dall'art. 1, commi 47 e ss. della legge n. 92 del 2012. L'*intentio* del legislatore è chiara: la spinta verso l'utilizzazione dell'offerta conciliativa deve essere accompagnata dalla disincentivazione del processo, e quindi tanto meglio se questo si svolgerà in tempi non brevi. Ma tale scopo (che non sembra certo commendevole) non può essere legittimamente perseguito perché è incostituzionale, sia sotto il profilo dell'eccesso di delega, in quanto la legge n. 183 del 2014 è priva di disposizioni di

⁽²⁵⁾Su cui da ultimo V. SPEZIALE, *Le Politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la Riforma dei Contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., pag. 9.

⁽²⁶⁾Corte cost., 10 marzo 2014, n. 47; Corte cost., 5 giugno 2013, n. 119, in in *Lav. Prev. Oggi*, 2013, pag. 279; Corte cost., 19 dicembre 2006, n. 429, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, 2007, pag. 1343; Corte cost. 31 maggio 2000, n. 163, in *Giust. Civ.*, 2000, pag. 2529; Corte cost. 4 maggio 1990, n. 224, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2027.

⁽²⁷⁾Corte cost., 6 aprile 1993, n. 141, in *Giurcost.it*.

⁽²⁸⁾Cfr. L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, cit., pag. 411.

carattere processuale, sia (soprattutto) per la irragionevole violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. (in correlazione con gli artt. 24 e 111 Cost.). Non è che qui si vuole enfatizzare la bontà del nuovo rito, a cui non sono mancate fondate critiche da parte della dottrina e dei giudici ⁽²⁹⁾. Tuttavia è indiscutibile che esso ha introdotto un canale accelerato, con cui, a compensazione della riduzione delle tutele sostanziali per il licenziamento illegittimo, è stata assicurata nella sfera di applicazione dell'art. 18 St. lav. (e quindi anche nelle ipotesi di tutela risarcitoria) una tutela sommaria ed urgente che prescinde dall'accertamento del *periculum in mora* ⁽³⁰⁾.

Non vi sono giustificazioni alla disparità di trattamento sul piano delle garanzie processuali. Infatti, premesso che la disciplina processuale deve essere omogenea per tutte le controversie aventi rapporti contrattuali della stessa natura⁽³¹⁾, il nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato non si differenzia sotto il profilo tipologico in nulla rispetto a quello vigente. Né il diverso regime sanzionatorio può costituire elemento scriminante in quanto è estraneo alla qualificazione del contratto.

7. Profili di contrasto con il diritto dell'Unione Europea.

Altro problema è se, pur essendo facoltativa, l'offerta di conciliazione non incida negativamente su diritti sostanziali del lavoratore, in quanto disincentiva, specie per il lavoratore che versa in condizioni di indigenza, il ricorso giurisdizionale anche al di fuori dei casi di licenziamento economico individuale. La possibilità di utilizzare lo

⁽²⁹⁾ Cfr. F. P. LUISO, *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento e inquadramento sistematico*, in www.judicium.it; D. BORGHESI, *I licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in F. CARINCI-M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero, Diritto e prat. Lav.*, spec., 2012, p. 14 ss.; P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, pag. 407 e segg.

⁽³⁰⁾ Cfr. M. DE CRISTOFORO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la l. n. 92/2012*, Padova, 2013, pag. 377.

⁽³¹⁾ Cfr. Corte cost., 5 giugno 2003, n. 199, in *Dir. Lav. Merc.*, 2003, pag. 541, con nota di L. ZOPPOLI, *Accertamento pregiudiziale e contratto collettivo nel lavoro pubblico: ancora una sentenza tranquillizzante*, in cui la Consulta giustifica la procedura di accertamento pregiudiziale su questioni concernenti l'efficacia, la validità e l'interpretazione delle clausole del contratto collettivo di comparto di cui all'art. 64 del d.lgs. n. 165 del 2001, poiché tra lavoro pubblico e lavoro privato "non può parlarsi di una totale identità di situazioni che renderebbe irrazionale ogni diversità di disciplina processuale", tenuto conto in particolare delle peculiarità del contratto collettivo pubblico. Cfr. inoltre Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 85, in www.giurcost.org.

strumento riguarda infatti tutti i tipi di licenziamento, e quindi abbraccia pure quello discriminatorio (o altrimenti nullo) e le eccedenze di personale.

I commentatori più critici nei confronti della riforma hanno parlato in proposito di "detassazione del paternalismo" per rimarcare l'incattivazione alla sottomissione *de facto* del lavoratore al potere arbitrario di recesso del datore di lavoro⁽³²⁾. Ovviamente diversa è l'opinione dei *laudatores legis*, secondo cui si tratta di "uno strumento aggiuntivo al quale ricorrere, e quindi un vantaggio... che ha in sé la funzione di offrire una sorta di risarcimento - in termini di parità di trattamento che il lavoratore assunto con un nuovo contratto a tempo indeterminato riceve a bilanciare il superamento, solo per lui, dell'art. 18"⁽³³⁾. Tale convenienza farebbe addirittura venire meno ogni dubbio di legittimità costituzionale della disciplina⁽³⁴⁾.

Ma in verità qualche fondata riserva sulla legittimità della norma si può avanzare sotto il profilo della sua non conformità alle direttive comunitarie in materia di discriminazione.

L'art. 18 della direttiva n. 2006/54 Cee fa carico agli Stati membri di introdurre nei rispettivi ordinamenti "le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito. Tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori". L'obbligo di procedure giurisdizionali o amministrative appropriate, anche tramite associazioni interessate, è poi sancito dalle direttive n. 2000/43 e n. 2000/78 sulle discriminazioni non di genere⁽³⁵⁾. La violazione di tali prescrizioni potrebbe ravvisarsi nel fatto che lo Stato interviene per rendere più conveniente l'offerta conciliativa, favorendo così la ridotta monetizzazione dell'illecito, e quindi facendo venir meno l'effetto dissuasivo della reintegrazione o di un risarcimento adeguato alla lesione del bene protetto.

Analoghe perplessità possono sollevarsi in ordine all'estensione – nonostante i pareri contrari delle Commissioni Lavoro di Camera e Senato - dell'ambito di applicazione dell'istituto ai licenziamenti collettivi. Benché la direttiva n. 1998/59 sia carente di previsioni specifiche, la Corte di

⁽³²⁾ Cfr. L. MARIUCCI, *Jobs act, brutti doni natalizi*, cit.

⁽³³⁾ Così la Relazione del Senatore Sacconi all'XI Commissione sullo schema del decreto legislativo), reperibile in www.adapt.it.

⁽³⁴⁾ Ancora in questi termini la Relazione del Senatore Sacconi, cit.

⁽³⁵⁾ Cfr. M. ROCCELLA - T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Padova, 2012, pag. 328 e segg. e 350 e segg.

Giustizia ⁽³⁶⁾ ha affermato che le sue violazioni devono comportare, sulla base dei principi di leale collaborazione e di efficace trasposizione, l'applicazione di sanzioni con "carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva". Non v'è chi non veda come il meccanismo escogitato dal legislatore possa ulteriormente (e cioè in aggiunta alla già ridotta tutela in giudizio), spingere i datori di lavoro a trasgredire la procedura sindacale preliminare di informazione e consultazione o a violare i criteri di scelta, eliminando lavoratori indesiderati.

8. Sedi protette e applicazione dell'art. 2113 c.c.

Un altro aspetto da prendere in esame è quello dell'indisponibilità del diritto alla tutela del posto di lavoro. Beninteso, la questione riguarda l'indisponibilità relativa con conseguente applicazione dell'art. 2113 c.c., risultando ormai abbandonata la tesi di diritti a tutela rafforzata per i quali si avrebbe la nullità assoluta dei negozi abdicativi indipendentemente dal contesto in cui si esprima la volontà del lavoratore ⁽³⁷⁾. E' noto che secondo la Cassazione, la rinuncia all'impugnazione del licenziamento (e all'esercizio dell'azione giudiziaria) non ricade nell'area protetta dall'art. 2113 c.c., in quanto, anche nell'ipotesi in cui si abbia diritto alla reintegrazione, si verte in materia di diritti disponibili. "L'orientamento si fonda sul rilievo che la stabilità del posto di lavoro, se garantita, lo è da leggi o da disposizioni collettive che sicuramente non sono derogabili dalla privata autonomia" nel momento genetico dell'acquisizione del diritto; "e tuttavia l'ordinamento, riconoscendo al lavoratore il diritto potestativo di disporre negozialmente e definitivamente del posto di lavoro (art. 2118 c.c.), non consente di attrarre la sua situazione giuridica soggettiva, di fronte all'esercizio del potere di recesso del datore di lavoro nel novero di quelle cui si applica il disposto dell'art. 2113 c.c." ⁽³⁸⁾. L'argomento su cui si fa prevalentemente leva è dunque quello delle dimissioni, a cui la dottrina aggiunge l'altro del diritto potestativo all'impugnazione, osservandosi che, così come si è liberi di impugnare, si può anche manifestare la volontà di non impugnare anche prima della scadenza del termine di sessanta giorni. Ciò però non risolve in modo appagante il problema se il negozio abdicativo fuori dalle sedi indicate dall'art. 2113 c.c. (e dall'art. 82 del d.lgs. n. 276 del 2003) sia annullabile nel termine di impugnazione indicato dalla legge ⁽³⁹⁾. La

⁽³⁶⁾ Cgce, 8 giugno 1994, n. 383/92, in *Dir. Lav.*, 1994, II, pag. 290.

⁽³⁷⁾ Cfr. per tutti, G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1990, spec. Cap. II

⁽³⁸⁾ Cass. 24 marzo 2004, n. 5940, in *Lav. Prev. Oggi*, 2004, pag. 920; Cass. 18 marzo 2014, n. 6265, *inedita*.

⁽³⁹⁾ Cfr. G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., pag. 26.

soluzione affermativa deve, a mio avviso, ritenersi preferibile specie dopo che nell'ordinamento sono state introdotte norme a protezione della libera volontà del lavoratore nei casi di dimissioni e risoluzione consensuale (art. 4, comma 16, legge n. 92/2012) e dopo l'espunzione dal testo della legge n. 183 del 2010 della materia dei licenziamenti dalla clausola arbitrale⁽⁴⁰⁾. Un ulteriore conferma si rinviene nella previsione legislative in materia di discriminazioni, per la cui tutela è consentito avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi e dall'art. 410 c.p.c. (art. 4, d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003; art. 36 d.lgs. n. 198 del 2006), dovendo implicitamente ritenersi invalida la transazione effettuata fuori dalle sedi protette. Ed anche il licenziamento discriminatorio può essere oggetto dell'offerta conciliativa.

La *eadem ratio* tra tali istituti e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento, e l'esigenza di assicurare il rispetto della norma inderogabile, giustificano dunque la rimessione alle sedi conciliative individuate dall'art. 6 dello di disegno di legge. Non si tratta perciò, come è stato affermato⁽⁴¹⁾, di un inutile "appesantimento" della procedura, ma della necessità di assistere adeguatamente il lavoratore nella scelta se rinunciare o meno a diritti inderogabili. La soluzione è dunque condivisibile.

Non va peraltro trascurato che l'accettazione dell'offerta dà luogo all'applicazione di benefici fiscali e contributivi e che quindi trattandosi di materia che attiene alla finanza pubblica e alla previdenza (sottratta perciò alla disponibilità delle parti) è indispensabile un controllo da parte di organismi qualificati.

9. Natura, contenuto e limiti dell'offerta. La retribuzione di riferimento.

Deve ritenersi che la richiesta del tentativo, contenente tutti gli elementi atti ad individuare con precisione l'offerta - con riguardo all'anzianità di servizio, all'ultima retribuzione globale di fatto percepita e all'ammontare dell'indennizzo - una volta inoltrata ad una delle sedi protette e comunicata al lavoratore, entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento, ottemperi alla prescrizione dell'art. 6. Quindi è irrilevante il momento di accettazione della proposta mediante il ritiro dell'assegno circolare, che potrà avvenire in tempi più o meno brevi a seconda della sede prescelta. A conclusioni opposte deve pervenirsi se l'offerta è generica o incompleta.

⁽⁴⁰⁾Cfr. L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, pag. 415 e segg.

⁽⁴¹⁾ Cfr. P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, cit.

Poiché si tratta di obbligazione a carico del solo proponente l'offerta, ai sensi dell'art. 1333 c.c., deve intendersi irrevocabile quando sia giunta a conoscenza del lavoratore e quindi questi, una volta accettata l'offerta, potrà agire per l'adempimento. Anche in tale caso l'accettazione comporterà la rinuncia tacita per fatti concludenti all'impugnazione del licenziamento, ma, non essendovi la consegna al lavoratore dell'assegno circolare così come prescrive la legge, è dubbia l'esenzione fiscale.

E' compito dell'organismo di conciliazione valutare se l'offerta sia conforme a quanto indicato dalla norma, sia per l'individuazione della retribuzione da prendere a base del calcolo, sia per il periodo di servizio prestato. E ciò non solo al fine di tutelare il prestatore di lavoro, ma anche per certificare la corretta applicazione delle esenzioni fiscali e contributive.

L'art. 6 riproduce la stessa formula prevista dagli artt. 3 e 4 in ordine alla commisurazione dell'indennità, e cioè essa deve essere liquidata sulla base della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. A differenza delle altre ipotesi però qui è omesso l'aggettivo "ultima", ma verisimilmente si tratta di una svista del Governo legislatore; e tuttavia in questa versione il testo è più coerente con il criterio che utilizza la retribuzione per il calcolo del t.f.r. Lo schema di decreto legislativo inviato al Parlamento si avvaleva invece della formula "ultima retribuzione globale di fatto" percepita dal lavoratore, identica a quella contenuta nell'art. 18 St. lav., nel testo sostituito dalla legge n. 92 del 2012, e nell'art. 8 della legge n. 604 del 1966. La modifica è stata apportata dal Governo su sollecitazione della Commissione Lavoro del Senato (parere dell'11 febbraio 2015), la quale si era limitata a richiedere una precisazione della nozione.

In effetti era stato osservato che questa contiene "margini di indeterminatezza" e che inoltre nella disposizione non era chiaro il "riferimento temporale da considerare" (se all'ultimo mese o all'ultimo anno). E si era suggerito di applicare "la retribuzione di riferimento per la determinazione dell'indennità di mancato preavviso, sulla quale l'interprete dispone di una abbondante elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, giunta ormai a risultati che possono considerarsi sufficientemente definitivi"⁽⁴²⁾.

La soluzione prescelta è stata invece diversa, e cioè come detto di utilizzare la nozione di retribuzione rilevante ai fini del calcolo del t.f.r. individuata dall'art. 2120, comma 2 (nel testo sostituito dall'art. 1 della legge n. 297 del 1982). Ciò però lungi dal risolvere i problemi prospettati,

⁽⁴²⁾ Cfr. P. ICHINO, *Domande e risposte sul contratto a tutele crescenti*, in www.pietroichino.it.

è causa di ulteriori dilemmi, che possono ascrivarsi, in primo luogo, alla diversa natura e funzione del t.f.r. rispetto all'indennità di cui si discute.

Anzitutto, la disposizione codicistica rimette la determinazione della retribuzione parametro ai contratti collettivi (senza specificare i soggetti sindacali stipulanti e i livelli degli accordi) e, solo in assenza di espressa e chiara previsione da parte di questi ⁽⁴³⁾, individua una nozione legale di retribuzione. Tale forma di deregolazione contrattata è stata introdotta dal legislatore della novella del 1982 con l'intento di favorire l'eventuale implementazione della retribuzione corrente ottenuta mediante l'esclusione di voci retributive dalla base di calcolo del t.f.r. e, nel contempo, di affermare il primato della contrattazione collettiva in materia di retribuzione, sia diretta che differita.

E' evidente che le motivazioni sottese a questa indicazione del legislatore non possono essere applicate all'indennità risarcitoria prevista per i casi di licenziamento illegittimo e per l'offerta di conciliazione. Da ciò il dubbio se il rinvio alla retribuzione utile per il calcolo del t.f.r. contenuto nel decreto vada inteso come riferimento esclusivo alla nozione legale e non a quella contrattuale. Se dovesse prevalere l'interpretazione letterale, configgente con quella teleologica, le previsioni dei vigenti contratti collettivi dovrebbero comunque ritenersi non applicabili in quanto riguardano un istituto (i licenziamenti) totalmente estraneo al t.f.r. e a questo assimilato, ai fini della retribuzione parametro, in virtù di una legge successiva di cui i contratti collettivi non hanno potuto tenere conto. Per il futuro è stato osservato che grava sulla contrattazione collettiva "una pesante responsabilità" in quanto essa, "escludendo singoli istituti dal calcolo del trattamento di fine rapporto, finirebbe per rendere più leggere, per il datore di lavoro, le conseguenze di un suo comportamento illecito" ⁽⁴⁴⁾.

La nuova nozione poi lascia aperti i dubbi interpretativi relativi vuoi al periodo di riferimento, vuoi agli elementi retributivi computabili. Sul primo punto infatti non è chiaro se gli elementi variabili vadano calcolati sull'anno solare o su quello civile, e ciò ha conseguenze diverse quando il rapporto si interrompe in corso d'anno. Sul secondo, deve osservarsi che la nozione di retribuzione parametro per calcolare il t.f.r. presenta problemi applicativi forse più ardui di quelli che sorgono per individuare la retribuzione globale di fatto ⁽⁴⁵⁾. Anzitutto, l'art. 2120 c.c.

⁽⁴³⁾ Cfr. Cass., 21 luglio 2014, n. 16591.

⁽⁴⁴⁾ F. SCARPELLI, Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele, in www.wikilabour.it, p. 9.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Bologna, 2013, pag. 314 ed *ivi* per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

fa riferimento ai compensi corrisposti a titolo non occasionale, e tale requisito, secondo un'opinione condivisa in dottrina e giurisprudenza, è più favorevole per il lavoratore, perché meno rigoroso di quello della continuità dell'erogazione: la non occasionalità configura infatti una "qualità intrinseca" della somma corrisposta dal datore di lavoro (il titolo o causa dell'erogazione), "a prescindere dalla cadenza della corresponsione": viene così esclusa dal computo del t.f.r. ogni somma che non ha la sua causa nel sinallagma genetico del contratto e quindi "per ragioni rispetto alle quali il rapporto di lavoro si presenti come mera occasione"⁽⁴⁶⁾. Ma siffatto criterio non è risolutivo nella sua concreta applicazione, presentando notevoli margini di incertezza ⁽⁴⁷⁾.

Un altro problema riguarda il caso in cui il lavoratore destini una parte del t.f.r. a forme pensionistiche complementari (anche attraverso il silenzio assenso): egli vedrà ridursi di tale quota l'indennità giacché, secondo la più recente giurisprudenza, i versamenti effettuati al fondo pensioni non hanno natura retributiva ma sono strutturalmente contributi di natura previdenziale ⁽⁴⁸⁾. Evidente è il possibile effetto di scoraggiamento verso la previdenza complementare su cui il legislatore ha invece puntato per bilanciare le difficoltà finanziarie della previdenza obbligatoria.

Non è invece previsto che l'indennità risarcitoria sia "onnicomprensiva" così come disposto dall'art. 18 nuovo testo ai commi 5 e 6 (richiamati dal comma 7) per le ipotesi di tutela solo indennitaria; e dunque è sorta questione se l'indennità assorba anche gli ulteriori danni (non patrimoniali e previdenziali), oltre quello determinato in modo presuntivo e forfettizzato per la rottura del vincolo contrattuale ⁽⁴⁹⁾. Ma il dubbio non concerne l'offerta conciliativa, perché la sua accettazione comporta l'automatica rinuncia all'impugnazione del licenziamento (anche se già proposta), e di conseguenza non sarà più possibile agire (o proseguire il giudizio) per l'accertamento dell'illegittimità del recesso, che costituisce il presupposto per il risarcimento.

⁽⁴⁶⁾ Cass., 19 giugno 2004, n. 11448 che include i compensi per festività non fruite in quanto ricadenti di domenica; cfr., inoltre, Cass., 3 aprile 2007, n. 8293, sulla computabilità dello straordinario abituale nel quadro dell'organizzazione del lavoro anche se svolto in quantità diverse.

⁽⁴⁷⁾ V. la casistica in G. SANTORO- PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto (artt. 2120-2122)*, in P. SCHLESINGER- F. BUSNELLI, *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2009, p. 48 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 3 luglio 2013 n. 16587.

⁽⁴⁹⁾ C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, cit., pag. 72.

10. La procedura.

La disposizione nulla dice in ordine alla procedura da seguire, limitandosi ad indicare le sedi in cui deve perfezionarsi l'offerta. Si discute se trovino applicazione le modalità previste per le diverse sedi, e in particolare se occorra conformarsi alla complessa procedura per la conciliazione davanti le commissioni istituite presso le direzioni provinciali del lavoro. Sembra più aderente all'obiettivo che la norma si prefigge (risolvere celermente la controversia sulla legittimità del licenziamento, scoraggiando il lavoratore dall'azione in giudizio), ritenere che essa lasci libertà di forma: è sufficiente che il datore di lavoro presenti l'istanza presso uno degli organismi di conciliazione, il quale poi dovrà convocare le parti che potranno farsi assistere o essere rappresentate secondo le consuete regole. Non vi sono ragioni per escludere l'applicazione della disposizione di cui all'art. 410, c. 2, c.p.c., secondo cui la comunicazione della richiesta inoltrata alla commissione di conciliazione (e non presso le altre sedi) interrompe la prescrizione e sospende, fino a venti giorni successivi alla conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza, quindi anche dell'impugnazione del licenziamento qualora questa non sia ancora stata effettuata.

Davanti all'organo prescelto, il datore di lavoro dovrà poi consegnare al lavoratore l'assegno circolare. Questo mezzo di pagamento (che può accostarsi all'offerta reale⁽⁵⁰⁾): assicura al lavoratore l'immediata disponibilità della somma e previene possibili azioni nel caso di inadempimento. Anche con questo espediente si è voluto "blindare" la conciliazione.

La norma fa salva la possibilità di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge (e cioè dalle disposizioni di cui agli artt. 410 e ss. c.p.c. e dall'art. 82 del d.lgs. n. 276 del 2003), ma solo quella conforme alle prescrizioni indicate consente di accedere alle agevolazioni.

L'offerta di conciliazione potrà perciò essere presentata dal datore di lavoro nel corso dell'espletamento del tentativo, purché entro il termine perentorio di 60 giorni dalla comunicazione del licenziamento. Qualora la transazione riguardi altre questioni, o l'offerta non sia stata effettuata nei termini o superi il *quantum* dell'indennità fissata dalla legge, le relative somme, o quella parte di esse in eccedenza, saranno escluse dell'esenzione fiscale (art.6, comma 1, ultimo periodo aggiunto su suggerimento della Commissione Lavoro del Senato). Analoghe considerazioni valgono per il caso in cui l'offerta venga proposta

⁽⁵⁰⁾Cass., sez. III, 14 agosto 2014, n. 17975, *inedita*, sul pagamento del prezzo nel riscatto agrario.

all'udienza di discussione della causa, essendo peraltro qui pressoché impossibile il rispetto del termine di legge.

11. Gli altri tentativi (obbligatori) di conciliazione.

Resta espressamente escluso per i nuovi assunti l'esperimento della procedura preventiva di conciliazione obbligatoria introdotta dall'art. 7 della legge n. 604 del 1966 per i licenziamenti individuali motivati da ragioni oggettive⁽⁵¹⁾.

La scelta del Governo di lasciare invariata la disciplina sostanziale e processuale di cui alla legge n. 92 del 2012, e di costruire un sistema parallelo di tutele per i neo assunti a tempo indeterminato, comporta la vigenza del tentativo preventivo per i lavoratori il cui rapporto è stato costituito in data anteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo. Lo strumento ha raggiunto risultati positivi e quindi ci si potrebbe domandare perché non sia stato esteso ai licenziamenti dei nuovi assunti.

La ragione sta in ciò, che il legislatore della riforma ha ritenuto (con scelta assai discutibile) di accomunare sotto il profilo sanzionatorio le ipotesi di licenziamento disciplinare e di licenziamento economico, e quindi di introdurre per entrambe un rapido strumento alternativo al processo che spinga il lavoratore ad accettare l'indennizzo rinunciando all'impugnazione e all'azione in giudizio. Diversa è la *ratio* dell'art. 7: con esso si è voluta introdurre una procedura parallela a quella prevista per i licenziamenti collettivi, che obbliga il datore di lavoro ad una comunicazione preventiva dell'intenzione di licenziare per favorire una composizione della controversia finalizzata a prevenire il licenziamento o quantomeno ad attenuarne le conseguenze mediante la previsione di accesso all'Aspi nel caso di risoluzione consensuale (in deroga alla disciplina generale) e l'affidamento del lavoratore ad un'agenzia di somministrazione, di intermediazione o di supporto alla ricollocazione professionale⁽⁵²⁾. Lo schema di decreto legislativo relativo alla revisione della disciplina in caso di disoccupazione involontaria aveva escluso dall'applicazione del nuovo contratto di ricollocazione (art. 17) l'ipotesi di

⁽⁵¹⁾ Nel testo sostituito dall'art. 1, comma 40 della legge n. 92 del 2012, e modificato dall'art. 7, comma 4, del d.l. n. 76 del 2013, conv. nella l. n. 99/2013, che ha eliminato dal tentativo obbligatorio il licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore. Deve altresì ritenersi che la norma non trovi applicazione per il caso di violazione dell'art. 2110 c.c. perché secondo l'opinione prevalente tale ipotesi costituisce fattispecie autonoma di recesso. Cfr. Cass. 7 febbraio 2011, n. 2971, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2011, pag.202.

⁽⁵²⁾ Cfr. T. TREU, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in Boll.Adapt, 23 luglio 2012; P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario*, Torino, 2013, pagg. 260.

estinzione del rapporto a seguito dell'accettazione dell'offerta di conciliazione da parte del lavoratore, in quanto la disposizione prevedeva che l'accesso al beneficio era subordinato all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento per g.m.o. o collettivo. E qui ovviamente l'accertamento è precluso. Il Governo ha però accolto le indicazioni formulate dalle Commissioni parlamentari e il testo del d. lgs. n. 22 del 2015 ha esteso l'accesso alla ricollocazione a tutti i soggetti disoccupati, indipendentemente dalle cause di estinzione del rapporto di lavoro, e quindi ha ovviato a tale lacuna. Resta comunque il fatto che nel caso dell'offerta è escluso il confronto tra le parti, con l'intervento attivo della commissione e delle organizzazioni sindacali, ai fini della valutazione dei motivi del recesso e delle modalità di risoluzione della controversia, anche ricorrendo a misure alternative al licenziamento; anzi, lo strumento persegue lo scopo opposto, e cioè di favorire la cessazione del rapporto di lavoro.

L'offerta conciliativa è estesa ai lavoratori alle dipendenze di datori di lavoro sotto la soglia dei requisiti dimensionali di cui all'art. 18, per i quali, in coerenza con quanto previsto per la condanna in sede giudiziale, l'indennità è dimezzata e non può superare il limite di sei mensilità. Sorge però il problema se per questi lavoratori sia ancora vigente la previsione dell'art. 5 della legge n. 108 del 1990, che ha reso obbligatorio il tentativo di conciliazione seguito da eventuale arbitrato (è incerto se le parti possano chiedere la decisione secondo equità *ex art. 412 ter c.p.c.*). Si riteneva che tale disposizione fosse stata assorbita dall'introduzione in via generale della conciliazione obbligatoria ad opera del d.lgs. n. 80 del 1998. Dopo la riforma del 2010, con la quale il legislatore è ritornato al precedente sistema della conciliazione facoltativa, è dubbio se la disposizione sia ancora vigente e quindi si estenda ai nuovi assunti, e ai lavoratori già occupati nel caso in cui il datore di lavoro abbia superato i limiti dimensionali di applicazione della legge n. 604 del 1966 a seguito di nuove assunzioni a tempo indeterminato ⁽⁵³⁾.

Si potrebbe però sostenere l'incompatibilità intrinseca dell'art. 5 della legge n. 108 del 1990 con l'offerta di conciliazione. Ma la questione sarebbe mal posta perché, se è vero che modalità e tempi delle due ipotesi sono diversi e discordanti, va tuttavia tenuto presente che l'offerta conciliativa è affidata alla discrezionalità del datore di lavoro ed è

⁽⁵³⁾Cfr., in senso negativo, P. LAMBERTUCCI, *La nuova disciplina della conciliazione delle controversie di lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro): prime riflessioni*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, I, pag. 581. Più in generale, L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione pregiudiziale*, in D. BORGHESI - L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Bologna, 2013, pag. 2 e segg.

finalizzata esclusivamente all'applicazione degli incentivi, mentre il tentativo obbligatorio costituisce condizione di procedibilità dell'azione da parte del lavoratore. Ne consegue che se il datore non fa l'offerta o questa non è accettata, il lavoratore dovrebbe pur sempre esperire il tentativo, il quale però, essendo l'esito negativo praticamente scontato, si risolverebbe in un inutile allungamento dei tempi per la proposizione del ricorso.

12. Considerazioni conclusive.

La coerenza dell'offerta di conciliazione con il sistema complessivo delineato dalla riforma della disciplina dei licenziamenti per i lavoratori neo assunti è indiscutibile. E dunque le critiche vanno semmai rivolte all'impianto della delega e del decreto attuativo. Ad esse pertanto si rimanda, esulando dai limiti dell'indagine. Ciò però non può esimerci dall'osservare che l'istituto contribuisce, e non poco, ad abbassare la tutela del lavoratore scoraggiandolo, grazie ad un discutibile incentivo statale, dall'esercitare in giudizio l'azione rivolta a fare valere l'illegittimità del licenziamento. Il che è tanto più criticabile in quanto la possibilità dell'offerta conciliativa riguarda anche i licenziamenti discriminatori o altrimenti nulli o inefficaci, nonché i licenziamenti collettivi. Di questo si è detto nel corso dell'analisi, in cui inoltre ci si è soffermati su alcuni problemi interpretativi che possono complicarne l'attuazione.

Sarebbe pertanto opportuno limitare la sfera di applicazione della norma alla sola ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, coordinandola con la conciliazione preventiva e obbligatoria prevista dall'art. 7 della legge n. 604 del 1966, che andrebbe estesa anche ai datori di lavoro sotto soglia (e qui abrogando espressamente l'art. 5 della legge n. 108 del 1990). L'offerta in tal caso dovrebbe restare in facoltà del datore di lavoro, il quale potrebbe effettuarla al momento della comunicazione (alla sede competente e al lavoratore) dell'intenzione di procedere al licenziamento, indicandone le ragioni e le eventuali proposte di assistenza alla ricollocazione del lavoratore. Si realizzerebbe in tal modo la piena convergenza con il modello tedesco, da cui il legislatore nostrano ha inteso trarre ispirazione. E in questa direzione andrebbe infine eliminato il beneficio fiscale. Ma ciò ovviamente richiederebbe un cambiamento di passo oggi impensabile.