

Domenico Dalfino

*Controversie in materia di licenziamento e nuove forme
di conciliazione*

SOMMARIO: 1. Controversie in materia di licenziamento e *favor* per lo strumento conciliativo – 2. Licenziamento per g.m.o. e conciliazione ‘preventiva’ – 3. Conciliazione ‘successiva’ e sistema delle tutele crescenti – 3.1 L’ambito di applicazione – 3.2 L’individuazione delle sedi ‘protette’ e la procedura esperibile – 3.3 Il contenuto dell’offerta – 3.4 L’accettazione dell’offerta – 3.5 L’organo di conciliazione: funzioni e poteri – 3.6 Offrire e accettare conviene? – 3.7. Monitoraggio e obblighi di comunicazione del datore di lavoro – 3.8. Dubbi di legittimità costituzionale – 4. Conclusioni: «monetizzazione» del posto di lavoro e arretramento delle tutele dei lavoratori

1. Controversie in materia di licenziamento e favor per lo strumento conciliativo

Le controversie relative al licenziamento sono sottoposte ad un trattamento ulteriormente differenziato rispetto a quelle in materia di lavoro, in ragione della peculiarità dei valori in gioco e delle esigenze contrapposte, che hanno portato il legislatore degli ultimi anni ad attribuire ad esse una ‘corsia preferenziale’ sul piano processuale.

Dopo l’attenzione dedicata a questa tipologia di liti (e, congiuntamente, a quelle relative alla legittimità del termine apposto al contratto, ai trasferimenti di cui all’art. 2103, c.c. e ai trasferimenti di cui all’art. 2112, c.c.) dai progetti di riforma susseguitisi dal 2001 al 2006 sotto il duplice profilo dell’assoggettamento ad un procedimento sommario non cautelare e della razionalizzazione degli strumenti conciliativi e arbitrari¹, nel 2010 il c.d.

¹ V. il c.d. progetto Foglia (*bis*), elaborato dalla Commissione per lo studio e la revisione della normativa processuale del lavoro, istituita con d.m. 28 novembre 2006 presso il Ministero della Giustizia e il Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale, e insediatasi il 20 dicembre 2006 (l’articolato e la Relazione generale ai lavori della Commissione, in «Foro it.», 2007, V, 190). La bozza del progetto ripercorre in parte le opzioni dei precedenti lavori iniziati nel 2001 e accantonati nel corso della XIV Legislatura.

collegato lavoro (l. 183/2010) ha modificato la disciplina dell'impugnazione del licenziamento:

- a) introducendo un doppio termine di decadenza (con ciò mettendo in discussione, secondo alcuni, la possibilità di continuare a sostenere la natura di mero accertamento dell'azione);
- b) rendendo facoltativo il tentativo di conciliazione, al contempo, abrogando le disposizioni del codice di procedura civile – già salvate dalla Corte costituzionale² – che dal 1998 (d.lgs. 80/1998 e successive modificazioni) regolavano lo stesso quale condizione di procedibilità e conservando l'obbligatorietà per le sole controversie relative alla certificazione dei contratti di lavoro, ai sensi dell'art. 80, 4° comma, d.lgs. 276/2003, e succ. modif., nonché a livello endoprocedurale *ex art.* 420, c.p.c. ed endoarbitrale *ex art.* 412-*quater*, 8° comma, c.p.c.³
- c) provvedendo ad un ampliamento e ad una rivisitazione delle sedi 'protette'⁴.

Nel 2012, la riforma Fornero (l. 92/2012), lasciando sostanzialmente invariato il sistema introdotto due anni prima, ha introdotto misure volte ad adeguare la disciplina del licenziamento al «mutato contesto di riferimento». In particolare:

Inoltre, v. i dd.ll. n. 106/XV/C (Cordoni e altri), 595/XV/S (Ripamonti-Tibaldi), 1047/XV/S (Salvi, Treu e altri), 1163/XV/S (Sacconi e altri).

² V. Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, in «Foro it.», 2000, I, 2752: «è infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 410, 410 *bis* e 412 *bis* c.p.c., come modificati, aggiunti o sostituiti dagli art. 36, 37 e 39 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, e dall'art. 19 d.lgs. 29 ottobre 1998 n. 387, sollevata in quanto il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. limita il diritto d'azione e ne ritarda l'esercizio facendo sorgere questioni processuali inutili e contrarie alla finalità deflattiva perseguita dal legislatore, in riferimento all'art. 24 Cost.».

³ Resta controversa – per quanto la soluzione negativa sia quella preferibile – la persistente vigenza del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di licenziamenti individuali, di cui all'art. 5 l. 108/1990. Cfr. D. BORGHESI, L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, UTET, Torino 2013, pp. 2 ss.; 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, pp. 581 ss.; A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in <<http://csdle.lex.unict.it/working-papers.aspx>> (ultimo accesso 02.03.2016), 245, 2015, pp. 21 s.

⁴ In virtù di questa disciplina, la conciliazione può essere raggiunta, prima del processo, innanzi alla Direzione provinciale del lavoro (art. 410, c.p.c.), in sede sindacale (art. 412-*ter*, c.p.c.), innanzi ad un collegio di conciliazione e arbitrato *ad hoc* (art. 412-*quater*, c.p.c.), con effetti identici sul piano negoziale e su quello esecutivo, ma differenti in ipotesi di mancata conciliazione.

La l. 183/2010 (art. 38), inoltre, ha modificato la conciliazione disciplinata dall'11 d.lgs. 124/2004, in relazione alla esecutività del verbale di conciliazione.

- a) ha modificato il testo dell'art. 18, St. lav., stabilendo quattro possibili livelli di tutela del lavoratore (reintegratoria 'forte', reintegratoria 'debole', indennitaria 'forte', indennitaria 'debole') a seconda della tipologia di licenziamento intimato e, quindi, della ragione della sua illegittimità (art. 1, 42° comma ss., l. 92 cit.);
- b) ha stabilito un nuovo e specialissimo procedimento per la trattazione e decisione delle liti aventi ad oggetto l'accertamento della legittimità del recesso datoriale, obbligatorio, suddiviso in due fasi (l'una a carattere sommario, l'altra a cognizione piena in forma di giudizio di opposizione con vocazione *lato sensu* impugnatoria, sviluppantesi in un due gradi di merito e in uno di legittimità) (art. 1, 47° comma ss., l. 92 cit.);
- c) ha predisposto una nuova forma di conciliazione, da esperire obbligatoriamente e solo in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in un momento anteriore non soltanto al sorgere di una controversia, ma addirittura all'intimazione effettiva del licenziamento (v. l'art. 1, 40° comma, l. 92 cit., che ha modificato l'art. 7, l. 604/1966).

Infine, il d.lgs. 23/2015 (c.d. *Jobs Act*), nel distinguere, sia sul piano sostanziale sia su quello processuale, il trattamento delle controversie in materia di licenziamento in base alla data di assunzione del lavoratore, ha attuato un sistema di 'doppio binario'. In particolare:

- a) ha proceduto a differenziare il regime delle tutele del lavoratore illegittimamente licenziato, relegando la reintegrazione ai casi di recesso discriminatorio o nullo per altre ragioni ovvero a quelli dettati da un giustificato motivo oggettivo o soggettivo in cui, però, «sia direttamente dimostrata in giudizio la insussistenza del fatto materiale», ed affermando, per tutti gli altri casi, l'operatività di una tutela meramente indennitaria determinabile in base a parametri legati all'anzianità di servizio (sistema delle tutele crescenti);
- b) ha abrogato il rito precedentemente introdotto dalla l. 92/2012, conservandone l'applicabilità con riferimento alle sole controversie attinenti a licenziamenti di lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015;
- c) ha inserito una nuova figura, la c.d. offerta di conciliazione, ad iniziativa del solo datore di lavoro, da effettuare innanzi ad una delle sedi di cui all'art. 2113, 4° comma, c.c. o a quella di cui all'art. 76, d.lgs. 276/2003, a seguito dell'intimazione del licenziamento (v. l'art. 6, d.lgs. 23 cit.), anch'essa (in linea di principio) applicabile soltanto ai licenziamenti di lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015.

La successione di interventi normativa, appena riferito in maniera

assolutamente sintetica, sta a dimostrare con chiarezza che al legislatore continua a stare particolarmente a cuore la regolamentazione delle conseguenze, sostanziali e processuali, dell'esercizio illegittimo da parte del datore di lavoro del diritto potestativo di porre termine al rapporto di lavoro, e che le controversie in materia hanno bisogno e meritano un trattamento inevitabilmente diverso dalle altre. È quasi superfluo sottolineare che non soltanto le politiche di 'ingresso', ma soprattutto quelle di 'uscita' sono destinate ad incidere profondamente sulla misura degli investimenti stranieri nel nostro Paese e che, allo stesso tempo, su di essa influisce certamente il fattore determinato dai costi e dai tempi del processo.

Per quel che qui interessa porre in evidenza, dal complesso degli interventi in parola spicca pure un notevole *favor* per lo strumento conciliativo – invero, già in atto ad un livello più ampio e generale che ha visto la diffusione sempre più penetrante degli ADR in numerosi e diversi contesti – a sua volta perfettamente coerente con precedenti iniziative normative assunte sempre in materia di lavoro. La finalità perseguita è stata per lo più di tipo deflativo, sicché, quel *favor* si è risolto in una speciale attenzione al profilo quantitativo piuttosto che a quello qualitativo. Molto probabilmente anche per questa ragione il 'filtro' di procedibilità introdotto nel 1998, pur ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale, non è riuscito a produrre risultati appaganti, anzi, si è rivelato un vero e proprio fallimento⁵.

Le più recenti riforme, pur non rinunciando affatto a valorizzare il ricorso agli ADR, si sono mosse in una prospettiva opposta. Infatti, per un verso, il tentativo di conciliazione è divenuto facoltativo e si sono moltiplicate le sedi 'protette' nelle quali è possibile raggiungere accordi sottratti al regime di invalidità di cui all'art. 2113, c.c., puntandosi sulla volontarietà dell'accesso alla via non giurisdizionale⁶; per un altro, si è scommesso sull'operatività di

⁵ Ciò non toglie che le procedure di conciliazione di cui agli artt. 410 ss., c.p.c., come 'riviste' dal c.d. collegato lavoro, hanno mostrato di possedere uno scarso *appeal*. Infatti, per quanto il passaggio al regime di facoltatività del tentativo di composizione della lite sia stato determinato dalla presa d'atto del fallimento del precedente regime di obbligatorietà, il sistema vigente a partire dal 2010 non sembra aver prodotto un significativo cambiamento. L'accesso volontario al procedimento di conciliazione non è molto frequente e comunque le conciliazioni continuano ad essere poche, questa volta a causa soprattutto della complessità procedurale o dell'improbabilità di talune soluzioni tecniche (ad esempio, quella che introduce la procedura c.d. *med-arb*, che consente alle parti che abbiano avviato il percorso conciliativo, di affidare al medesimo organo di conciliazione il potere di decidere la controversia nelle forme arbitrali).

⁶ L'opzione per la 'facoltatività' è soltanto apparentemente in controtendenza rispetto a quella di cui al d.lgs. 28/2010, emanato pochissimo tempo prima, che, in materia di mediazione delle controversie civili e commerciali, aveva introdotto un 'filtro' di procedibilità,

strumenti diversificati, alcuni alquanto ragionevoli e bilanciati, altri, invece, più subdoli e cinicamente orientati. Ulteriori aperture alla via conciliativa, peraltro, sono emerse quasi contestualmente in un contesto ben differente, quale quello giudiziale, attraverso la modifica dell'art. 420, c.p.c. (attuata dal d.l. 69/2013, cit., a sua volta, da leggere unitamente a quella apportata dalla l. 69/2009 all'art. 91, c.p.c.) e l'introduzione dell'art. 185-*bis*, c.p.c. (anch'essa avvenuta ad opera del d.l. 69/2013, cit.).

In questo breve scritto dedicato al carissimo Maurizio, amico e guida preziosa, dedicherò alcune brevi riflessioni sui due strumenti conciliativi introdotti rispettivamente nel 2012 e nel 2015, cui innanzi ho fatto cenno, tentando di offrirne una lettura integrata nel 'contesto di riferimento' relativo alla tutela del lavoratore che abbia perso il posto di lavoro.

2. Licenziamento per g.m.o. e conciliazione 'preventiva'

La forma di conciliazione di cui all'art. 7, l. 604/1966, come modificato dall'art. 1, 40° comma, l. 92/2012 (e poi dal d.l. 76/2013, conv. in l. 99/2013), è preventiva, nel senso che è anteriore non soltanto al giudizio, ma persino al licenziamento, e obbligatoria⁷.

dichiarato incostituzionale nel 2012 (Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, in «Foro it.», 2013, I, pp. 1091 ss.) e poi ripristinato dal legislatore nel 2013 con il d.l. 69/2013, conv. con modif., in l. 98/2013 (sul quale v. A.D. DE SANTIS, *Rapporti tra mediazione, conciliazione e processo*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale*, a cura di A. Maietta, CEDAM, Padova 2014, pp. 175 ss.). In realtà, ad un più ponderata lettura, si può realizzare che non vi è schizofrenia nell'attività normativa del legislatore, dal momento che la conciliazione delle controversie di lavoro è cosa ben distinta da quella delle controversie in materia civile e commerciale (se non altro, per la diversità della natura dell'oggetto del contendere, molto spesso costituito da situazioni sostanziali a carattere esclusivamente o prevalentemente patrimoniale di rango costituzionale o comunque consistenti in diritti indisponibili o semi-indisponibili o protetti da norme inderogabili). Ciò che legittima, per un verso, la scelta di disciplinare lo strumento conciliativo in maniera affatto peculiare, per un altro, impone di non trapiantare in seno ad esso istituti concepiti in relazione ad altri contesti.

⁷ Ai sensi dell'art. 7, 6° comma, l. 604/1966, come sostituito dal d.l. 76/2013, cit., non sono soggetti alla obbligatorietà della procedura: *a*) l'intimazione del licenziamento per avvenuto superamento del periodo di comporta di cui all'art. 2110, c.c.; *b*) le intimazioni di licenziamento o interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; nonché all'intimazione di interruzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato,

La procedura, pur non complessa, è tuttavia estremamente contingentata nei tempi. In particolare, comunicata dal datore di lavoro, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento oppure tramite pec, alla DTL e al lavoratore per conoscenza⁸, l'intenzione di procedere al licenziamento, nonché le motivazioni e le eventuali misure di assistenza per la ricollocazione del lavoratore interessato (v. anche la circ. 3/2013), la DTL deve convocare le parti, nel termine perentorio di 7 giorni a mezzo raccomandata o pec, innanzi alla nominata Commissione provinciale di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c., facendo in modo che l'incontro si svolga entro 20 giorni dalla convocazione. Come sottolineato dalla circolare 3/2013 citata, il rispetto rigoroso dei termini è estremamente importante per non vanificare l'intera procedura; per questo motivo, gli uffici di conciliazione devono adottare ogni necessaria misura di carattere organizzativo per assicurare la convocazione e la conclusione della procedura nei tempi prescritti.

Ad ogni modo, sotto il profilo strutturale, è comunque garantita una certa flessibilità, potendo i termini su indicati essere prorogati (se sussista una volontà delle parti in tal senso) oppure la procedura essere sospesa in presenza di un legittimo impedimento del lavoratore a partecipare all'incontro (v. art. 7, 6° e 9° comma, l. 604, cit.).

L'esito positivo della procedura, cioè il raggiungimento dell'accordo, comporta, secondo l'ipotesi che il legislatore contempla come ordinaria, la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, sia pure con il riconoscimento al lavoratore del diritto a godere prima dell'ASpi *ex* art. 2, l. 92/2012, poi, a partire dal 1° maggio 2015, della NASPI *ex* art. 1, d.lgs. 22/2015, nonché con l'eventuale affidamento del lavoratore ad una Agenzia per il lavoro per consentirne la ricollocazione (v. art. 7, 7° comma, l. 604, cit.).

Ciò non toglie che si possano raggiungere anche intese diverse, come messo in evidenza dalla circolare 3/2013, in relazione ad «altre questioni di natura economica afferenti il rapporto di lavoro», che possano essere risolte unitamente alla questione del licenziamento. A questo proposito, però, si sottolinea la necessità che il lavoratore abbia «piena consapevolezza» della «definitività» dell'accordo su ogni questione. Tali soluzioni potrebbero consistere, ad esempio, nella trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a parziale, nel trasferimento del lavoratore, nell'assegnazione

nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività e chiusura del cantiere cambi di appalto, nonché c) al completamento delle attività e alla chiusura del cantiere con riferimento alle costruzioni edili, ai sensi dell'art. 2, 34° comma, l. 92/2012.

⁸ La circolare 3/2013 specifica che la comunicazione al lavoratore deve essere effettuata al domicilio eletto nel contratto o a quello successivamente indicato oppure consegnata a mano «con ricezione attestata da una firma sulla copia».

ad altre mansioni, e così via.

Non si può non rimarcare che l'ambito di applicazione dell'istituto è piuttosto limitato, riguardando esso soltanto il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (la cui definizione è stabilita dall'art. 3, l. 604/1966 ed è stata poi chiarita dalla circolare 3/2013⁹) che i datori di lavoro sopra-soglia *ex art.* 18, 8° e 9° comma, l. 300/1970 abbiano l'intenzione di intimare a lavoratori assunti sino al 6 marzo 2015, sempre che si tratti di licenziamenti individuali da effettuare nell'arco temporale di 120 giorni, anche per i medesimi motivi, senza raggiungere il numero di cinque (v. la circolare citata), dovendosi, altrimenti, far ricorso alla procedura di riduzione collettiva del personale, ai sensi dell'art. 4, l. 223/1991¹⁰.

Ulteriori svantaggi, inoltre, parrebbero derivare dalla limitazione posta dalla legge con riferimento alla sede 'protetta' in cui la conciliazione può essere esperita (soltanto la Commissione di conciliazione costituita presso la DTL)¹¹.

Tuttavia, lo strumento pare avere riscosso un notevole successo, poiché dai dati statistici disponibili risulta che, almeno sino al primo semestre del 2014, mentre il 16% delle procedure era ancora in corso di definizione, addirittura nel 47% delle procedure avviate l'accordo è stato raggiunto e che soltanto nel 37% dei casi l'esito è stato negativo¹². Il che, a parte l'elevata concentrazione e la celerità del risultato (positivo o negativo che sia), dovrebbe poter essere ricondotto alla ragionevolezza in sé della scelta di avviare un procedimento conciliativo in via, come detto, 'preventiva' al sorgere di una vera e propria controversia.

Ciò non toglie che la disciplina in parola presenti aspetti non alquanto criticabili, in particolare, quelli attinenti alla regolamentazione dell'esito negativo della procedura.

Questa può dipendere dalla mancata convocazione delle parti entro 7 giorni oppure dall'abbandono della procedura o mancata presentazione all'incontro di una o di entrambe le parti oppure ancora dal fallimento delle attività condotte innanzi alla Commissione di conciliazione oppure¹³.

⁹ La circolare 3/2013 ha precisato che tra le ipotesi di g.m.o. rientrano la ristrutturazione dei reparti, la soppressione del posto di lavoro, la terziarizzazione, la esternalizzazione di attività.

¹⁰ Cfr. anche Trib. Milano, 16 ottobre 2014.

¹¹ La 'competenza' territoriale della DTL e della Commissione, in tal caso, non segue i criteri dell'art. 413, c.p.c., ma è fissata nel luogo di svolgimento dell'attività lavorativa da parte del lavoratore.

¹² Cfr. P. RAUSEI, *La conciliazione in caso di licenziamento fra obbligo e facoltà*, in «Lavoro giur.», 2015, p. 575; GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 20.

¹³ Ipotesi quest'ultima che, se posta in essere per rinuncia del datore di lavoro, potrebbe significare la volontà di quest'ultimo di rinunciare al licenziamento individuale. Cfr. in

Nel primo caso, il datore può procedere al licenziamento. Nel secondo, ai sensi dell'art. 7, 4° comma, l. 604, cit., la condotta «è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 116 del codice di procedura civile». Nel terzo, l'art. 7, 8° comma, l. 604, cit. stabilisce che «il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche da verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18, settimo comma, della l. 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, e per l'applicazione degli artt. 91 e 92 del codice di procedura civile»¹⁴.

Proprio con riferimento a questi ultimi due casi, le perplessità annunciate emergono prepotenti, perché denotano l'incapacità del legislatore di afferrare l'importanza di non stabilire mai, per quanto possibile, occasioni di interferenza tra conciliazione e processo, dal momento che ciò inevitabilmente nuoce alla genuinità della prima e porta a confondere piani di risoluzione della lite del tutto differenti (se non opposti).

3. Conciliazione 'successiva' e sistema delle tutele crescenti

La seconda delle due procedure alternative alla giurisdizione è disciplinata dall'art. 6, d.lgs. 23/2015, recante norme in materia di «contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti» ed emanato in attuazione della legge delega 183/2014¹⁵. Essa può essere avviata soltanto dopo che il licenziamento è stato intimato e si risolve in un cinico e sfacciato gioco di offerta secca e accettazione, il cui scopo dichiarato è quello di evitare la proposizione della impugnativa in sede giudiziale¹⁶. In sostanza, il datore

tal senso RAUSEI, *La conciliazione in caso di licenziamento*, cit., 575.

¹⁴ Questo non significa, come chiarito dalla circolare, che si debbano «riportare tutte le questioni sollevate», ma soltanto che si debba fare in modo che il verbale faccia riferimento alle «questioni sostanziali» relative «ad esempio, ad eccezioni sollevate dal lavoratore o da chi lo assiste [...] o alla assoluta indisponibilità a trovare una soluzione di natura economica alla controversia o ad accettare soluzioni alternative al recesso». Ciò che rileva, insomma, è l'eventuale atteggiamento non collaborativo tenuto dalle parti. A tal proposito e a questo fine, sembra quanto mai opportuno che la Commissione di conciliazione si adoperi per attuare un intervento effettivamente attivo (v. art. 7, 6° comma, l. 604, cit.), ovviamente con l'accortezza di non ingerirsi negli affari delle parti.

¹⁵ Ampiamente sulla delega v. *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II*, a cura di F. Carinci, ADAPT University Press, 2014.

¹⁶ Nel senso che non si tratta di un «una nuova figura di conciliazione, sebbene una innovativa modalità di conciliazione, da espletarsi in quelle che sono le sedi già individuate dalla legge o dalla contrattazione collettiva», v. C. VALLE, *La revoca del licenziamento e l'offerta di conciliazione*, in «Foro it.», 2015, V, p. 253.

di lavoro, che abbia assunto con contratto a tempo indeterminato, può licenziare il lavoratore, contando sull'operatività di un meccanismo che gli consente di prevenire la reazione di quest'ultimo, non attraverso la proposizione di un'azione di accertamento negativo dell'illegittimità del licenziamento (o, se si vuole, di accertamento positivo della sua legittimità), bensì attraverso l'instaurazione di una procedura di auto-composizione della (potenziale) controversia.

Si tratta di una vera e propria novità rispetto agli strumenti conciliativi sinora conosciuti dall'ordinamento giuridico interno, peraltro, soltanto apparentemente analogo a quello già adottato in Germania una decina di anni or sono¹⁷. In linea teorica, ci sarebbe da aspettarsi un certo successo di risultati, se si considerano il corredo di vantaggi sul piano fiscale e contributivo che si accompagnano all'accettazione dell'offerta, la portata generale (per quanto limitata *ratione temporis*) dell'ambito di applicazione (non circoscritto ad una particolare tipologia di licenziamento né ancorato alla sussistenza di determinati requisiti dimensionali dell'impresa), la possibilità di avviare la procedura innanzi a una qualsiasi delle sedi 'protette' di conciliazione. In concreto, tuttavia, non è possibile effettuare alcuna precisa previsione, poiché la convenienza dell'offerta e dell'accettazione dipendono da più di una variabile.

3.1 *L'ambito di applicazione*

L'ambito di applicazione della nuova procedura di conciliazione è segnato dalle seguenti coordinate:

- a) lavoratori che rivestano la qualifica di operai, impiegati o quadri assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato,

¹⁷ Già noto, invece, in Germania da una decina d'anni, nella disciplina introdotta dalla c.d. l. Hartz IV, del 24 dicembre 2003, in vigore dal 1° gennaio 2005 (il cui testo, tradotto in italiano da M. Borzaga e da G. Bolego, è pubblicato anche in «Riv. it. dir. lav.», III, 2005, pp. III, pp. 93 ss., e commentato da M. CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in «Riv. it. dir. lav.», I, 2005, pp. 365 ss.).

Il modello contemplato dall'art. 6 si discosta da quello tedesco sotto molteplici aspetti. Quest'ultimo, infatti, ha un differente ambito di applicazione, ristretto alle «*urgenti necessità aziendali*» e, dunque, non esteso ai licenziamenti per motivi disciplinari o discriminatori, non prevede forme di incentivazione fiscale, stabilisce un meccanismo di articolazione dell'offerta molto diverso, individua un contenuto che non coincide con quello dell'offerta stessa, impone al datore di lavoro di effettuare l'offerta unitamente alla comunicazione del licenziamento, onde dar modo al lavoratore di valutare il da farsi, e cioè se accettare la somma oppure impugnare il licenziamento.

- con esclusione dei dirigenti e dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni¹⁸;
- b) lavoratori assunti sia da datori di lavoro che integrino i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, 8° e 9° comma, l. 300/1970 sia da datori che tali requisiti non integrino;
 - c) licenziamenti individuali e licenziamenti collettivi;
 - d) qualsivoglia tipologia di licenziamento¹⁹, tranne, probabilmente, quello intimato in via orale²⁰;
 - e) lavoratori (come sopra individuati) assunti dopo il 7 marzo 2015; regola questa, che soffre due eccezioni, con riferimento a:
 - b1) i lavoratori assunti prima di tale data con contratto a tempo determinato o con contratto di apprendistato, che successivamente sia stato trasformato in contratto a tempo indeterminato o stabilizzato;
 - b2) i lavoratori assunti da datori di lavoro che dopo il 7 marzo 2015 abbiano raggiunto i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, 8° e 9° comma, l. 300/1970.

3.2 L'individuazione delle sedi 'protette' e la procedura esperibile

Uno dei vantaggi della procedura in esame rispetto a quella, preventiva e obbligatoria, applicabile ai licenziamenti per g.m.o. intimati ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, sta nel fatto che non vi sono limitazioni in ordine alla sede innanzi alla quale avviarla; pertanto, essa può essere individuata in una qualsiasi di quelle indicate dall'art. 2113, ultimo comma, c.c. oppure in una delle commissioni di certificazione di cui all'art. 76, d.lgs. 276/2003.

¹⁸ Cfr. VALLE, *La revoca del licenziamento*, cit., p. 254, secondo cui l'esclusione dipende dal fatto che l'offerta di conciliazione è «suscettibile di contrasto con l'art. 97 Cost., non potendo una pubblica amministrazione procedere a licenziamento di un suo dipendente senza previa valutazione circa la sussistenza di giusta causa o giustificato motivo». Nello stesso senso già GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 9.

¹⁹ Cfr. F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, a cura di F. Carinci e C. Cester, ADAPT University Press, 2015, § 2 nota 8; R. VOZA, "Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare": l'irresistibile forza deflattiva dell'art. 6, D.Lgs. n. 23/2015, in «Lavoro giur.», 8-9, 2015.

²⁰ In tal senso v. VOZA, "Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare", cit., il quale osserva che, dal momento che il termine per l'impugnazione stragiudiziale decorre dalla ricezione della comunicazione del licenziamento in forma scritta e che tale termine non può essere applicato al licenziamento verbale, non può di conseguenza ritenersi applicabile la procedura di cui all'art. 6, d.lgs. 23/2015 a questa ipotesi.

Quanto ai profili procedurali, i primi commentatori hanno subito sollevato il dubbio su come debba essere effettuato il coordinamento tra le regole stabilite per lo svolgimento della procedura in parola e quelle già previste dagli art. 410 ss., c.p.c. e dall'art. 76, d.lgs. 276, cit., applicabili innanzi alla sede, di volta in volta, prescelta²¹. A questo proposito, pare ragionevole evitare interpretazioni che comportino un ingessamento delle attività, ciò che non sembra corrispondere affatto alle intenzioni del legislatore. Deve ritenersi, dunque, che il rinvio alle sedi di cui sopra serva principalmente a chiarire che l'offerta di conciliazione debba essere articolata nei 'luoghi protetti' individuati dalla legge, non in altri, nel rispetto delle peculiarità indefettibili del singolo modello di conciliazione adottato.

In particolare, l'istanza di avvio della procedura va presentata dal datore di lavoro presso una delle sedi su indicate, nell'ambito delle quali sarà costituita la commissione o il collegio di conciliazione. La presentazione dell'istanza, da ritenersi idonea ad interrompere la prescrizione e la decadenza ai sensi dell'art. 410, 2° comma, c.p.c.²², deve essere comunque effettuata entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, vale a dire entro sessanta giorni dalla ricezione da parte del lavoratore della comunicazione del recesso datoriale²³.

²¹ Cfr. RAUSEI, *La conciliazione in caso di licenziamento*, cit., p. 567. Per D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in <www.judicium.it>, 2015 (ultimo accesso 25.02.2016), si dovrebbe comunque instaurare uno dei procedimenti già previsti con riferimento alla specifica sede 'protetta' prescelta.

Invece, per una più ampia libertà di forme, v. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 19. Secondo F. PASQUINI, *Jobs Act e conciliazione: pochi, maledetti e subito... ma non per tutti*, in ADAPT University Press, 2015, p. 87, la quale ritiene «più plausibile che ogni commissione pretenda che venga seguita la "propria" procedura, almeno nei suoi tratti formali essenziali»; tuttavia, poi, osserva che «se dovesse passare l'interpretazione per cui rivolgersi ad una specifica commissione comporterà il doverne rispettare anche la relativa procedura, il dichiarato intento di semplificazione risulterà ampiamente fallito».

²² Cfr. anche GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 19.

²³ Nel senso che l'offerta costituisce «obbligazione a carico del solo proponente», ai sensi dell'art. 1333 c.c., e quindi «deve ritenersi irrevocabile quando sia giunta a conoscenza del lavoratore», il quale, «una volta accettata l'offerta, potrà agire l'adempimento», v. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 16. Secondo VALLE, *La revoca del licenziamento*, cit., p. 255, «non può, tuttavia, escludersi che le parti, nell'ambito di una controversia di lavoro che investe profili di carattere retributivo e rispetto ai quali sopravvenga un licenziamento intimato dopo che la causa era già stata iscritta a ruolo, chiedano di comparire spontaneamente dinanzi al giudice a fini conciliativi – anche in via anticipata rispetto alla prima udienza già fissata – e in detta sede il datore di lavoro formuli l'offerta ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/15».

Cfr. la nota operativa del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali del 27 maggio 2015, n. 2788 per ciò che concerne la comunicazione in via telematica dell'offerta di conciliazione.

A questo proposito, si pone un più serio problema interpretativo, determinato dalla coincidenza del termine per impugnare il licenziamento in via stragiudiziale e di quello per effettuare l'offerta di conciliazione ai sensi dell'art. 6. Questa coincidenza, infatti, sembra imporre al datore di lavoro che voglia evitare il giudizio, di attivare la procedura, come qualcuno giustamente ha scritto, 'al buio'²⁴, senza sapere cioè se il lavoratore abbia l'intenzione di impugnare il licenziamento. Peraltro, può ben accadere che l'impugnativa sia comunicata prima della scadenza dei sessanta giorni, ma che giunga a conoscenza del datore di lavoro soltanto dopo, a termine scaduto, scissione temporale che, secondo la Cassazione, permette comunque di ricondurre il prodursi dell'effetto impeditivo della decadenza all'invio della raccomandata²⁵.

Orbene, se si vuole consentire una concreta operatività al meccanismo in parola, la soluzione più ragionevole sembra essere quella di ritenere sufficiente aver presentato l'istanza di avvio della procedura, con indicazione degli estremi dell'assegno circolare, ciò che serve a rendere credibile e seria l'offerta²⁶. Dovrebbero respingersi, invece, interpretazioni che ritenessero necessaria l'avvenuta convocazione della parti da parte dell'organo di conciliazione, quale che sia, nel termine di sessanta giorni, non essendo tale attività nella disponibilità del datore di lavoro, oppure che affermassero la necessità di consegnare comunque l'importo al lavoratore tramite assegno circolare, essendo previsto dall'art. 6 che ciò avvenga soltanto in una delle sedi 'protette'.

Il 1° comma dell'art. 6 consente infine di «addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge». Il significato di questa previsione è molto piano. Con essa il legislatore ha voluto lasciare alle parti la possibilità di scegliere lo strumento conciliativo (o, se si preferisce, la modalità) più confacente alla singola e specifica vicenda, alle problematiche ad essa connesse e alla convenienza del caso. Tuttavia, è altrettanto chiaro, per quanto non espressamente stabilito, che l'accesso ad una forma di conciliazione diversa da quella qui in esame non permette di usufruire delle agevolazioni

²⁴ Cfr. VOZA, *"Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare"*, cit.

²⁵ V. Cass., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830, in «Foro it.», I, 2010, I, p. 3416, con nota di S. RUBINO, in «Mass. giur. lav.», 2010, p. 737, con nota di A. VALLEBONA, in «Corriere giur.», 2010, p. 1591, con nota di R. CONTE, in «Riv. it. dir. lav.», II, 2010, II, p. 899, con nota di D. BUONCRISTIANI.

Da ultimo, sulla scissione del momento perfezionativo agli effetti della interruzione della prescrizione, v. Cass., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24822.

²⁶ V. anche F. ROSSI, *L'offerta di conciliazione prevista dall'art. 6 del D.Lgs. n. 23 del 2015*, in «Lavoro giur.», 8-9, 2015.

fiscali e contributive di cui allo stesso art. 6, 1° comma. Deve ritenersi, inoltre, che la scelta per un altro modello non escluda la possibilità di porre in essere le attività (in particolare, l'offerta di conciliazione tramite assegno circolare) appartenenti al modello di cui all'art. 6, essendo necessario soltanto, a tal fine, aver rispettato il termine di sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento²⁷.

3.3 *Il contenuto dell'offerta*

Della determinazione dell'importo da offrire al lavoratore si occupa il 1° comma dell'art. 6, secondo cui esso deve essere «di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità».

Manca qui, a differenza degli art. 2, 3° comma, 3 e 4 d.lgs. 23/2015, un esplicito riferimento al fatto che la retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR sia «l'ultima», ma con tutta probabilità si tratta di una 'svista'²⁸. Problemi interpretativi ben più seri, invece, sono destinati a sorgere in relazione al significato esatto da attribuire alla locuzione «retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», poiché, infatti, non è affatto chiaro se e in quale misura essa rinvii all'art. 2120, c.c. e ai criteri ivi stabiliti²⁹, concernenti la determinazione della retribuzione annua attraverso un rimando ai contratti collettivi ovvero, in mancanza, alle indicazioni normative³⁰.

Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro occupi meno di 15 dipendenti, l'importo si dimezza, in base a quanto dispone l'art. 9, 1° comma, d.lgs. 23/2015; in particolare, per ogni anno di servizio va calcolata metà della retribuzione dovuta, per una misura che nel minimo non può essere inferiore a una mensilità e nel massimo a sei.

L'offerta va concretizzata e non semplicemente annunciata. L'art. 6, 1° comma, infatti, stabilisce che essa debba avvenire «mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare», cioè attraverso una forma di pagamento

²⁷ Cfr. in tal senso GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 19.

²⁸ Cfr. ROSSI, *L'offerta di conciliazione*, cit.

²⁹ Va tenuto presente, ad ogni modo, quanto stabilito dall'art. 8, d.lgs. 23/2015: «Per le frazioni di anno d'anzianità di servizio, le indennità e l'importo di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, e all'articolo 6, sono riproporzionati e le frazioni di mese uguali o superiori a quindici giorni si computano come mese intero».

³⁰ Cfr. VOZA, «*Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare*», cit.; GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 9; AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., § 2.

(pressoché) equivalente al denaro, che il lavoratore è libero di accettare oppure no.

3.4 L'accettazione dell'offerta

L'art. 6, 1° comma, nulla dice in ordine alle forme di accettazione dell'assegno, stabilendo soltanto che essa possa avvenire esclusivamente nella sede 'protetta'. Ciò, da un lato, dovrebbe consentire una certa libertà nelle forme di comunicazione, dall'altro, che l'accettazione eventualmente espressa dal lavoratore al di fuori di tale sede non solo è esposta al regime di invalidità di cui all'art. 2113, 1° comma, c.c., ma non è idonea neanche a produrre gli effetti e i vantaggi sul piano fiscale e contributivo connessi al perfezionamento dell'intesa nei luoghi istituzionali a ciò preposti.

Con l'accettazione si perfeziona l'accordo. Da ciò conseguono gli effetti individuati dalla norma, vale a dire: *a)* l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento; *b)* la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche quando il lavoratore l'abbia già proposta.

In occasione della formalizzazione dell'accordo sul licenziamento, può ben accadere che le parti addivengano anche ad altri e diversi accordi e che ciò risulti da un unico processo verbale. In tale ipotesi l'ultima parte dell'art. 6, 1° comma, stabilisce che «le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro sono sottratte al regime fiscale ordinario». A questo proposito, peraltro, va precisato che, proprio perché l'accordo su tali «eventuali ulteriori somme» (ad esempio, crediti maturati dal lavoratore durante il corso del rapporto di lavoro e mai corrisposti dal datore)³¹ non produce i medesimi effetti – sul piano fiscale – dell'accettazione dell'importo contenuto nell'offerta, il suo contenuto deve essere tenuto ben distinto nel processo verbale³², affinché sia chiaro quale parte delle intese raggiunte va esente da tributi e quale no.

Ciò detto, problemi interpretativi sorgono ove il datore di lavoro offra una somma inferiore a quella dovuta *ex lege* e il lavoratore accetti. Si potrebbe sostenere plausibilmente che l'accettazione valga a 'sanare' l'errore di calcolo e, quindi, a privare il lavoratore del potere di impugnare successivamente non soltanto l'intesa raggiunta per l'importo inferiore, ma anche il licenziamento. A ben vedere, però, si dovrebbe distinguere: *a)* la mera accettazione dell'assegno circolare, senza altra dichiarazione, non

³¹ Cfr. VOZA, "Gli farà un'offerta che non potrà rifiutare", cit., il quale condivisibilmente fa rientrare tra le «ulteriori somme» anche quelle dovute al lavoratore per gli eventuali anni di lavoro 'a nero'.

³² V. anche AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., § 2.

dovrebbe comportare gli effetti abdicativi di cui all'art. 6, 1° comma; invece, *b*) l'accettazione dell'assegno annessa ad una rinuncia esplicita all'impugnazione dovrebbe essere sempre idonea a produrre quegli effetti³³. Ad ogni modo, è molto probabile che quello prospettato si riveli un 'falso problema', dato che ben difficilmente il lavoratore sarà così sprovveduto, specie se assistito, da non provvedere ad un attento esame della correttezza della misura dell'importo e da non ponderare le conseguenze delle proprie dichiarazioni.

3.5 *L'organo di conciliazione: funzioni e poteri*

Se non si vuole ridurre il ruolo dell'organo di conciliazione a quello di mero 'patrocinatore' della procedura, gli si devono riconoscere funzioni e poteri non meramente relegati ad un controllo di regolarità formale delle attività. Tanto più in considerazione dei su visti drastici effetti dell'accettazione dell'offerta con riferimento alle sorti del rapporto di lavoro.

Dunque, sembra ragionevole affermare che esso possa e debba svolgere un ruolo più attivo e che, in particolare, sia chiamato a: *a*) spiegare (o a ribadire quanto eventualmente già spiegato da chi assiste il lavoratore nel procedimento) i criteri in base ai quali il datore di lavoro ha proceduto alla quantificazione dell'importo, nonché *b*) eliminare ogni dubbio o equivoco su quali siano le conseguenze dell'accettazione³⁴; *c*) verificare la non esorbitanza della offerta rispetto ai limiti legali³⁵; *d*) redigere processo verbale assicurando di tenere ben distinto l'accordo relativo al licenziamento da quello attinente alle altre «eventuali ulteriori somme».

3.6 *Offrire e accettare conviene?*

Il meccanismo appena descritto, basato sullo scambio di offerta e accettazione, sembrerebbe convenire per almeno due motivi: in primo luogo, consente di usufruire di un regime agevolato sul piano fiscale e contributivo; in secondo luogo, annulla alea, tempi e costi del giudizio.

³³ Cfr. ROSSI, *L'offerta di conciliazione*, cit.

³⁴ Sull'importanza di fornire ampie illustrazione del significato e degli effetti dell'accettazione, v. anche VOZA, "Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare", cit., nonché RAUSEI, *La conciliazione in caso di licenziamento*, cit., p. 566.

³⁵ Di questo avviso sembrano anche *ibid.*, p. 565 e VALLE, *La revoca del licenziamento*, cit., p. 254. Osserva AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., § 2, che «le parti potrebbero avere un comune interesse ad incrementare la retribuzione quantificata a parametro, magari gravando su di essa altre poste oggetto di transazione, per giovare dell'esenzione fiscale». Ciò che sembra dare conferma dell'opportunità di un controllo di conformità dell'offerta ai limiti legali da parte dell'organo di conciliazione.

Sotto il primo profilo, ai sensi dell'art. 6, 1° comma, l'importo «non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche» e, inoltre, «non è assoggettabile a contribuzione previdenziale». Agevolazioni queste che, unitamente alle modalità attraverso le quali l'offerta deve essere effettuata (vale a dire, mediante assegno circolare) rendono particolarmente appetibile l'accettazione; allo stesso tempo, contribuiscono ad impedire che rinunce e transazioni siano poste in essere in luoghi diversi dalle sedi istituzionali e, quindi, al di fuori di ogni controllo. Peraltro, il datore di lavoro, grazie all'accettazione del lavoratore, ottiene definitiva certezza sulle sorti del rapporto di lavoro. Infine, anche lo Stato non resta indifferente all'operazione, dal momento che riesce a compensare³⁶ la rinuncia ad incamerare gli introiti corrispondenti a quei titoli attraverso la riduzione della quantità dei giudizi di impugnativa del licenziamento e il conseguente alleggerimento dei ruoli dei giudici del lavoro³⁷.

Sotto il secondo profilo, le parti evitano di affrontare i fisiologici margini di incertezza connessi alla via giudiziale. Il lavoratore, in particolare, potrebbe trovare conveniente accettare pur di conseguire la disponibilità di una somma di denaro nell'immediato e non, forse, dopo diversi anni di giudizio.

In concreto, tuttavia, la valutazione di convenienza dipende dal singolo e specifico caso e presuppone la ponderazione di diversi e concorrenti fattori. Nella individuazione della migliore strategia attuabile, in particolare, non si può prescindere dal considerare, almeno, l'anzianità di servizio del lavoratore, gli elementi spendibili sul piano probatorio nell'eventuale giudizio sulla legittimità del licenziamento, il risultato che si intende effettivamente perseguire.

3.7 Monitoraggio e obblighi di comunicazione del datore di lavoro

Il 2° comma dell'art. 6 prevede l'utilizzazione del sistema istituito ai sensi dell'art. 1, 2° comma, l. 92/2012, ai fini del monitoraggio sull'attuazione della procedura prevista dal 1° comma e basata sull'offerta di conciliazione

³⁶ Occorre precisare, peraltro, che l'art. 6, 2° comma, d.lgs. 23/2015, stabilisce che «Alle minori entrate derivanti dal comma 1 valutate in 2 milioni di euro per l'anno 2015, 7,9 milioni di euro per l'anno 2016, 13,8 milioni di euro per l'anno 2017, 17,5 milioni di euro per l'anno 2018, 21,2 milioni di euro per l'anno 2019, 24,4 milioni di euro per l'anno 2020, 27,6 milioni di euro per l'anno 2021, 30,8 milioni di euro per l'anno 2022, 34,0 milioni di euro per l'anno 2023 e 37,2 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2024 si provvede mediante corrispondente riduzione del fondo di cui all'articolo 1, comma 107, della legge 23 dicembre 2014, n. 190».

³⁷ Cfr. VOZA, «*Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare*», cit., che parla di conciliazione «*trilaterale*, nel senso che anche lo Stato vi partecipa, mettendoci del suo».

mediante assegno circolare da parte del datore di lavoro.

A questo specifico fine, il datore ha l'obbligo di integrare la comunicazione telematica di cessazione del rapporto di lavoro già imposta dall'art. 4-*bis*, punto 6-*ter*, d.lgs. 181/2000, e succ. modif., con un'ulteriore comunicazione, entro 65 giorni dalla cessazione, in cui egli deve indicare «l'avvenuta o la non avvenuta conciliazione di cui al comma 1 e la cui omissione è assoggettata alla medesima sanzione prevista per l'omissione della comunicazione di cui all'articolo 4-*bis*». In mancanza, va incontro alla sanzione pecuniaria stabilita dall'art. 19, 3° comma, d.lgs. 276/2003 (da 100 a 500 euro, riducibile a 166,66 euro *ex art.* 16 l. 689/1981), applicabile in virtù del rinvio all'art. 21, 1° comma, l. 264/1949, come modificato dall'art. 6, 3° comma, d.lgs. 297/2002, contenuto nel citato art. 4-*bis*.

La nota del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali del 27 maggio 2015, n. 2788 ha precisato che, «pertanto, a partire dal 1° giugno 2015 nella sezione “ADEMPIMENTI del portale cliclavoro (www.cliclavoro.gov.it) sarà disponibile una applicazione denominata “UNILAV Conciliazione” attraverso la quale tutti i datori di lavoro potranno comunicare le informazioni relative al procedimento di conciliazione previsto dall'articolo 6 del citato decreto legislativo». La nota contiene ulteriori indicazioni di carattere operativo per effettuare la comunicazione e, inoltre, a fini meramente esemplificativi, è accompagnata da uno *screenshot* della procedura da seguire.

La misura del termine (sessantacinque giorni) non è casuale, dal momento che il legislatore deve aver immaginato che la comunicazione possa e debba avvenire dopo la scadenza del termine (sessanta giorni) per impugnare stragiudizialmente il licenziamento e per effettuare l'offerta di conciliazione. Sennonché, sarà ben difficile che il datore di lavoro possa inviare tempestivamente la comunicazione, se si considera quanto innanzi osservato in ordine alla coincidenza dei termini dall'art. 6, 1° comma, d.lgs. 23/2015 e dall'art. 6 l. 604/1966³⁸, ciò che probabilmente lo costringerà, come detto, ad attivarsi 'al buio'.

3.8 Dubbi di legittimità costituzionale

Della disciplina appena sinteticamente passata in rassegna è stata prospettata l'illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 24 e 76, Cost.

Sotto il primo profilo, a ben vedere, la censura va respinta, poiché, infatti, la procedura di conciliazione di cui all'art. 6, d.lgs. 23, cit. non

³⁸ V. anche ROSSI, *L'offerta di conciliazione*, cit.

è in alcun modo obbligatoria³⁹; pertanto, essa non impedisce né rende eccessivamente difficoltoso o oneroso l'accesso alla tutela giurisdizionale. Dunque, non si pongono nemmeno i dubbi che tradizionalmente sono stati posti in relazione alle ipotesi di c.d. giurisdizione condizionata.

Sotto il secondo profilo, si è rilevato che la legge delega non prevedeva affatto tra i propri principi e criteri direttivi la istituzione di un nuovo strumento conciliativo. Eppure, si è fatto notare, tale previsione poteva rientrare in qualche modo nelle previsioni di cui all'art. 1, 7° comma, lett. b), volte a rendere «più conveniente il contratto a tempo indeterminato rispetto agli altri tipo di contratto in termini di oneri diretti e indiretti». La genericità della delega⁴⁰ avrebbe giustificato l'esercizio di una più ampia discrezionalità da parte del legislatore delegato⁴¹.

4. Conclusioni: «monetizzazione» del posto di lavoro e arretramento delle tutele dei lavoratori

Il *favor conciliationis* di cui innanzi si è detto, in materia di lavoro e di licenziamento in particolare, sembra rispondere a due finalità di ordine generale. La prima è quella di evitare per quanto possibile il processo e la decisione.

³⁹ V. anche GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit.

⁴⁰ Cfr. SPEZIALE, *Le Politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la Riforma dei Contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in «WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT», n. 233/2014, pp. 5 ss.

⁴¹ Cfr. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., § 3; GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., il quale prospetta anche la possibilità di una violazione delle direttive comunitarie in materia di discriminazione di genere (art. 18, direttiva 2006/54/CEE, sulle misure che gli Stati membri devono necessariamente introdurre «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») e non (v. direttive 200/43 e 2000/78), nonché in materia di licenziamenti collettivi (direttiva 1998/59/CE, la cui violazione, in base alla elaborazione della Corte giust. 8 giugno 1995, n. 383/92, *Dir. lav.*, 1994, II, 290, comporta l'applicazione di sanzioni che abbiano il carattere della effettività, della proporzionalità e della dissuasività).

Cfr. anche ROSSI, *L'offerta di conciliazione*, cit., che pone il problema della possibile violazione dell'art. 30, Carta di Nizza e dell'art. 24, Carta Sociale Europea, ma esclude che questa possa dirsi perpetrata, come anche la violazione dell'art. 24, Cost., proprio perché la procedura, come detto anche nel testo, è del tutto volontaria.

In generale, sui profili di conformità alla Costituzione del d.lgs. 23/2015, S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in «WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT», 2015, n. 246.

La seconda, più subdola e ciononostante agevolmente individuabile, è quella di assicurare flessibilità in uscita come incentivo all'impiego.

Sulla prima finalità non v'è molto da aggiungere a quello che da molti e da molto tempo è stato scritto⁴². Ci si può qui limitare ad osservare che quando si ricorre alla conciliazione per perseguire la deflazione del contenzioso si commettono quasi sempre i seguenti quattro errori di valutazione:

- 1) quello più macroscopico è costituito dall'attribuzione allo strumento conciliativo della funzione di 'filtro' di accesso alla giurisdizione. Allorché si è deciso di puntare su questo espediente, i risultati ottenuti sono stati per lo più fallimentari;
- 2) il secondo dipende dal fatto che non si investe adeguatamente sulla 'competenza' dei conciliatori, a ciò non bastando il possesso di nozioni giuridiche, essendo necessario, invece, anche una adeguata e sperimentata conoscenza delle tecniche di gestione del conflitto e della comunicazione;
- 3) il terzo consiste nella introduzione di procedure complesse, improntate ad una logica pseudo-processuale, nonché nella previsione di continue occasioni di interferenza dello strumento conciliativo con il processo;
- 4) il quarto si sostanzia nello stabilire occasioni di interferenze tra procedimento di conciliazione e processo, ad esempio riconducibili alle ripercussioni che il comportamento delle parti nel primo ha nel secondo, soprattutto sul piano probatorio, su quello della decisione e su quello della distribuzione delle spese di lite.

Il perseguimento e l'attuazione della seconda finalità comporta un arretramento delle tutele del lavoratore.

Di tanto si trae conferma in particolar modo dalla disciplina dell'offerta di conciliazione introdotta dall'art. 6, d.lgs. 23/2015. I vantaggi e le utilità innanzi descritti (detassazione, eliminazione dell'alea, dei tempi e dei costi del giudizio) conseguibili per espressa previsione legislativa, infatti, integrano piuttosto un modo per indorare una amarissima pillola (la stabilizzazione di un licenziamento illegittimo e la rinuncia ad impugnarlo e, di conseguenza, la perdita del posto di lavoro), se non un ricatto. A nulla vale affermare che la scelta del lavoratore è libera e che non vi è alcun obbligo di accettare l'offerta del datore di lavoro, poiché, porgere una somma di denaro a chi ha ormai perduto tutto e per recuperarlo ha dinanzi a sé la prospettiva di una lunga battaglia giudiziaria, significa non porgli alternative.

⁴² V. da ultimo G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del jobs act tra luci e (non poche) ombre*, in «Argomenti dir. lav.», 2015, pp. 353 ss.

In piena coerenza con l'intera disciplina del contratto a tutele crescenti, siamo al cospetto di una chiara manifestazione di una linea politica orientata ormai da anni a considerare il lavoro pura merce di scambio e l'interesse del lavoratore meritevole di ristoro soltanto sul piano monetario⁴³. La reintegrazione è circoscritta a casi eccezionali, poiché di norma (in particolare, quando è in ballo una scelta imprenditoriale del datore di lavoro) il licenziamento non lede un diritto fondamentale del lavoratore. A questa linea politica, contraria al tenore degli artt. 1, 2, 4, 24, 35, Cost., occorre opporsi con fermezza per affermare che la prestazione lavorativa costituisce un momento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio di un diritto fondamentale di libertà della persona umana⁴⁴ e che, pertanto, la tutela reale non può che costituire la regola nel nostro ordinamento, non l'eccezione, in quanto misura rispondente a quella che, in altra sede⁴⁵, si è voluto definire come forma principale di 'effettività adeguata'.

Abstract

Il saggio pone in evidenza le ragioni che impongono, o comunque rendono estremamente opportuno, un trattamento differenziato delle controversie relative al licenziamento rispetto a tutte le altre in materia di lavoro. In particolare, nel delineare i tratti essenziali della normativa in vigore con specifico riguardo agli strumenti di conciliazione, esso rimarca l'attuale tendenza del legislatore a 'monetizzare' il posto di lavoro con l'arretramento delle tutele del lavoratore che ne consegue.

⁴³ Come condivisibilmente ha osservato V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in «Riv. it. dir. lav.», 2012, I, p. 531 (v. anche *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in «Riv. giur. lav.», 2014, I, pp. 345 ss. e pp. 447 ss.). Sulla tema del *firing* o *severance cost*, v., invece, la nota posizione di P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano 1996, pp. 120 ss.

⁴⁴ Quella che è stata definita teoria della 'rottura efficace del contratto'. Cfr., per una serrata critica, V. SPEZIALE, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro* (Atti del convegno), Foggia 14-15 novembre 2003, a cura di M. Barbieri, F. Macario e G. Trisorio Liuzzi, Giuffrè, Milano 2004, pp. 88 ss.; G. CANNATI, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in «Giornale dir. lav. relazioni ind.», 2012, pp. 129 ss. In giurisprudenza, v. Corte cost., 31 marzo 1994, n. 108, in «Foro italiano», 1996, I, p. 87.

⁴⁵ Cfr. D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2014, pp. 907 ss.