

La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: la conciliazione

Osservazioni introduttive

di Giuseppe Ferraro

1. Dopo una lunga gestazione, il Collegato Lavoro Finanziaria 2009 interviene incisivamente sui rimedi di composizione stragiudiziale delle liti alternative al processo, concentrandosi su tre istituti – la certificazione, la conciliazione e l'arbitrato – dei quali viene ridisegnata la fisionomia nell'auspicio di una loro più intensa applicazione.

Nel contesto indicato grande attenzione viene dedicata all'istituto della conciliazione, con riferimento al quale le modifiche si irradiano in quattro direzioni principali: *a)* l'abolizione del tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c.; *b)* la proliferazione delle sedi conciliative con l'introduzione di una procedura del tutto inusitata dotata di una peculiare flessibilità; *c)* la definizione di un'analitica disciplina procedurale che, oltre a fare tesoro di alcune esperienze pregresse, vorrebbe istituire un più stretto raccordo funzionale tra l'istituto della conciliazione e l'arbitrato, anch'esso incisivamente rivisitato per favorirne la più ampia diffusione; *d)* la tendenziale definizione di una procedura conciliativa unitaria ben evidenziata dalla contestuale abolizione dello speciale procedimento previsto dagli artt. 65 e 66 del D.lgs. 30.3.2001, n. 165.

2. L'abolizione dell'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, raccoglie le critiche diffuse al predetto istituto, che ha dato risultati alquanto modesti in termini deflattivi del contenzioso, pagati peraltro al prezzo di un ulteriore rallentamento dei tempi dell'azione giudiziaria, tant'è che nei fatti si è tradotto per lo più in un adempimento burocratico e formalistico da assolvere sommariamente senza eccessive aspettative. Si ritorna pertanto, senza alcun rimpianto, alla facoltatività delle procedure conciliative, che vengono tuttavia rimodellate al fine di renderle più rigorose ed efficienti quale possibile alternativa alle pastoie del contenzioso giudiziario.

L'obbligatorietà della procedura conciliativa rimane in vita per le sole azioni volte ad impugnare le certificazioni effettuate ai sensi degli artt. 75 ss. del D.lgs. n. 276/2003 e succ. mod. (così come disposto dall'art. 80, comma 4, D.lgs. n. 276 cit.), e ciò al fine di assicurare una qualche credibilità delle procedure di certificazione, mentre è discutibile che l'obbligatorietà permanga per altre ipotesi tipizzate, non espressamente richiamate e con ogni probabilità già travolte dalla disciplina generale contenuta nell'art. 36, comma 1, D.lgs. n. 80/1998, come nel caso dell'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione in via preventiva rispetto all'impugnativa giudiziale del licenziamento adottato da imprese di minori dimensioni.

Alla rimozione dell'obbligo conciliativo corrispondono vari incentivi, diretti ed indiretti, per rendere appetibile l'iniziativa delle parti, ed al contempo sono abbozzate forme indirette di penalizzazione nel caso di mancata accettazione di proposte conciliative ritualmente formulate. Ma ciò che più rileva ai fini incentivanti è il mutamento del contesto giuridico generale entro cui le procedure conciliative vanno a collocarsi: contraddistinto da un incremento dei poteri dispositivi e regolativi delle parti private e dalla contestuale svalutazione del sindacato giudiziario nell'esame di merito degli atti di esercizio dei poteri imprenditoriali.

3. La volontà di alimentare pratiche conciliative è linearmente evidenziata dalla moltiplicazione delle sedi conciliative (che a una prima approssimazione raggiunge il numero di dieci sedi conciliative): a quelle tradizionali (conciliazione amministrativa, sindacale e giudiziale), si aggiungono quelle deputate alla certificazione dei contratti di lavoro e precisamente: *a)* gli Enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento, ovvero a livello nazionale; *b)* le Direzioni provinciali del lavoro e le provincie secondo quanto stabilito da apposito decreto ministeriale; *c)* le Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie; *d)* il Ministero del lavoro nei casi in cui l'impresa abbia sedi in più realtà territoriali; *e)* i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro.

Inoltre, a trascurare le molteplici procedure conciliative prefigurate dalla contrattazione collettiva, specie nel settore pubblico, ove da tempo operano importanti accordi confederali, non possono essere trascurate, per l'importanza anche teorica che assumono, le procedure conciliative che incidono in ambito *lato sensu* previdenziale, quali in particolare la conciliazione monocratica affidata a funzionari pubblici e l'accordo conseguente alla diffida accertativa per i crediti di lavoro (artt. 11-12, D.lgs. n. 124/2004).

Come se non bastasse, la normativa di riforma introduce una peculiare modalità di conciliazione ed arbitrato dai tratti alquanto inusitati, la quale si contraddistingue per la sua implicita duttilità essendo suscettibile di essere utilizzata nei più diversi contesti organizzativi.

Non può sfuggire il significato di politica del diritto della richiamata proliferazione di sedi conciliative, che esprime la ferma volontà di favorire in ogni modo la definizione bonaria delle liti, ma non possono neppure essere trascurati i limiti di una tale impostazione che snatura la funzione originaria dell'istituto con l'attribuzione di competenze delicate a soggetti non del tutto collaudati ed affidabili. A questo proposito non si può fare a meno di ricordare che la disinvoltura con la quale sono state gestite in passato le conciliazioni sindacali, con fenomeni ben noti di malcostume, *da una parte* è stata una motivazione non secondaria dell'opzione legislativa favorevole all'istituzione della conciliazione obbligatoria dinanzi alle Direzioni provinciali del lavoro, *da un'altra parte* rende ragione di un'ampia elaborazione giurisprudenziale divenuta progressivamente sempre più rigorosa e persino severa sui requisiti necessari per la validità e l'inoppugnabilità delle conciliazioni sindacali.

Per fugare almeno in parte i timori prospettati, il legislatore ha voluto prefigurare una procedura alquanto analitica che evoca i tratti di un vero procedimento giudiziario. Tuttavia non vi è alcuna garanzia che tale procedura venga realmente seguita ed è anzi assai probabile che le varie sedi conciliative, in competizione tra loro, si adeguino a pratiche sommarie e sbrigative ben poco garantiste.

4. Nel contesto descritto si comprende l'abolizione della speciale procedura prevista per il settore pubblico dagli artt. 65 e 66, D.lgs. n. 165, che aveva una sua giustificazione nella peculiare ritualità del procedimento, che ora viene in gran parte "copiato" e diventa di portata generale una volta esteso, con alcune modifiche, anche al settore privato. Sicché si realizza una unitarietà di disciplina, tra l'altro, *sia* per quanto concerne i termini rilevanti agli effetti interruttivi/sospensivi, *sia* con riguardo agli organi territorialmente competenti, individuati secondo i fori prefigurati dall'art. 413 c.p.c., *sia* con riferimento al contraddittorio delle parti quale si dovrebbe sviluppare nei vari atti difensivi.

Per incentivare le conciliazioni, il legislatore arriva al punto di prefigurare un vero e proprio salvacondotto per i funzionari pubblici che partecipano alle trattative conciliative esonerandoli da eventuali responsabilità, anche erariali, "*salvi i casi di dolo e colpa grave*" (art. 410, n. 1, comma 8, c.p.c.). Il riconoscimento di una così ampia discrezionalità può destare perplessità per il timore che vengano favorite pratiche lassiste e collusive così diffuse nella pubblica amministrazione in contrasto con i principi costituzionali di imparzialità e di trasparenza che dovrebbero sempre improntare l'azione amministrativa.

5. Al di là dei numerosi problemi regolamentari (su cui v. *infra*), il cuore della riforma dell'istituto conciliativo si concentra su l'ampia possibilità di effettuare rinunce e transazioni non assoggettate alla disciplina dei primi 3 commi dell'art. 2113 c.c., *sia* nel corso del rapporto, cioè per così dire in funzione preventiva, *sia* in fase già contenziosa, prima o durante la trattazione di una controversia di lavoro.

Conciliazioni ad ampio spettro secondo la prassi operativa corrente, che nei fatti possono riguardare tutti i diritti dei lavoratori, sia di natura patrimoniale che non patrimoniale, sia di matrice legale che contrattuale, sia di valenza contrattuale che extra contrattuale, e che possono investire persino gli obblighi di contribuzione obbligatoria, nonostante la comminatoria di nullità prescritta dall'art. 2113 c.c., e implicitamente convalidata nell'art. 38 Cost.

Ciò vuol dire accreditare nella realtà empirica un'ampia negoziabilità dei diritti dei lavoratori, che contraddice le più accreditate ricostruzioni teoriche in vario modo orientate a ricostruire un nucleo duro di diritti fondamentali intangibili, per lo più connessi alla tutela della persona- lavoratore, ed ispirati direttamente dal testo costituzionale e da importanti documenti comunitari e internazionali.

Queste ricostruzioni mantengono tuttora un alto valore ideale, anche se sembrano sopraffatte da prassi applicative deteriori, ampiamente avallate da una incalzante e rozza legislazione, che segnalano un sostanziale livellamento della struttura giuridica dei diritti dei lavoratori e un diffuso fenomeno di patrimonializzazione del contenuto degli stessi.

Persino nelle zone di massima difesa dei diritti dei lavoratori, che attengono alla qualificazione giuridica del rapporto ed alla tutela della stabilità del posto di lavoro, sono ormai rintracciabili ampi margini di negoziabilità, seppure ricorrendo ad artifici tecnici o ad espedienti argomentativi volti a mettere al riparo accordi alquanto azzardati che, almeno in buona misura, travalicano la disponibilità delle parti negoziali.

6. Sul piano sistematico-ricostruttivo le implicazioni di un simile assetto sono di notevole importanza e si esprimono essenzialmente nella direzione di una sottile revisione del contenuto precettivo dell'art. 2113 c.c. ove, a fronte dell'inderogabilità della normativa legale e contrattuale, fa riscontro un'ampia disponibilità dei diritti dei lavoratori, non a caso assoggettati ad un processo di erosione interna che li ha portati a valorizzare le implicazioni patrimoniali e risarcitorie anche a costo della lesione di diritti fondamentali.

L'ampia promozione della conciliazione con la moltiplicazione delle sedi conciliative costituisce un fattore niente affatto trascurabile negli equilibri regolamentari innanzi evocati, e se lascia trasparire una opzione politica a favore di una sollecita definizione delle controversie del lavoro e di una deflazione del contenzioso giudiziario, è anche la spia semantica di una strisciante erosione dei diritti dei lavoratori, o meglio di una commercializzazione o mercantilizzazione degli stessi, in qualche modo omologati nella loro struttura valoriale, indipendentemente dalla fonte normativa, legale o contrattuale, che li ha espressi e dalla rilevanza, anche costituzionale, dei valori e beni protetti.

7. Peraltro la diffusione indiscriminata delle procedure conciliative, dinanzi persino a sedi non sempre idonee e pertinenti, va anche valutata in stretta correlazione con la contestuale revisione dell'istituto arbitrale nelle controversie del lavoro, che subisce un analogo processo di liberalizzazione ovvero, per così dire, di laicizzazione, con la rimozione ormai definitiva dei vincoli che avevano significativamente contrassegnato l'arbitrato, rituale e irrituale, nell'antica riforma del processo del lavoro.

La svolta è rappresentata essenzialmente dall'ammissibilità dell'arbitrato di equità, che consente una definizione degli interessi rapportata al caso concreto, con l'implicita possibilità di disattendere le prescrizioni contenute nella disciplina di legge o di contratto collettivo. Arbitrato di equità che

implica anche un limite o almeno una tipizzazione “chiusa” dei motivi di impugnazione del lodo arbitrale, che rimane sostanzialmente contestabile per ragioni prevalentemente di composizione del Collegio, ovvero per la trasgressione di regole procedurali, quali elencate, per l’arbitrato irrituale, nell’art. 808-ter c.p.c., e, per l’arbitrato rituale, nell’art. 829 c.p.c.

L’opzione a favore dell’arbitrato di equità suscita naturali resistenze per una sorta di idiosincrasia ideologica con concezioni fortemente radicate nella cultura giuslavoristica, eppure non può essere di per sé stigmatizzato in quanto in gran parte coerente con i processi di derubricazione dei diritti dei lavoratori, e in particolare con l’ampia negoziabilità degli stessi, che si può ormai esercitare nei molteplici canali prefigurati dall’attuale legislazione.

Certamente la conciliazione e l’arbitrato mantengono una identità dogmatica alquanto differenziata, in quanto la prima è contraddistinta da un’attiva partecipazione delle parti alla definizione dell’accordo conciliativo, che deve essere alla fine reciprocamente accettato, mentre nel caso dell’arbitrato la decisione finale viene delegata ad un soggetto terzo che si esprime attraverso un provvedimento che, ancorché di matrice negoziale, evoca inevitabilmente una decisione esterna. E tuttavia le differenze tra i due istituti vanno progressivamente erodendosi nell’attuale configurazione dei due istituti, come figurativamente evidenziato dal richiamo ricorrente alla stessa normativa, quella in materia di rinunzie e transazioni *ex art. 2113 c.c.*, ai fini dell’intangibilità dell’atto finale. Non a caso nelle procedure più innovative, quale quella disciplinata dall’art. 412-*quater* c.p.c., le due funzioni, quella conciliativa e quella arbitrale, sono concepite come fasi interne di un procedimento sostanzialmente unitario. E neppure è trascurabile il dato secondo cui, nel caso di fallimento parziale o totale della procedura conciliativa, gli organi addetti alle stesse sono ormai impegnati a formulare una proposta, che, a costo di stravolgere la funzione conciliativa, viene a rappresentare una seria ipoteca sulla successiva trattazione della controversia.

9. In questo contesto, pur molto degradato, ciò che realmente desta scalpore e non può essere tollerato è l’ammissibilità di una clausola compromissoria inserita nel contratto di lavoro, o concordata durante il suo svolgimento, ancorché in ipotesi astrattamente prefigurate da accordi e contratti collettivi, e benché certificata dai vari organi all’uopo deputati. È troppo pesante lo scarto tra la necessità di lavorare in un mercato del lavoro sempre più asfittico e la disponibilità ad accettare clausole persino vessatorie, specie se sapientemente organizzate da parte di forti gruppi aziendali all’interno di circuiti assuntivi e formativi apparentemente garantiti dalla presenza di soggetti per così dire imparziali.

Pur con tutte le trasfigurazioni riscontrabili nell’attuale legislazione del lavoro, rimane la necessità di preservare la scelta volontaristica della parte negoziale più debole di ricorrere ad una soluzione conciliativa e/o arbitrale, in alternativa all’azione giudiziaria, soltanto allorché la lite sia concretamente insorta e sia valutabile nella sua entità e portata nonché nelle implicazioni che può assumere una composizione bonaria, eventualmente anche equitativa, nella compromissione di diritti fondamentali del lavoratore.

Sotto questo profilo, il rischio che per tale strada possa essere corrosivo persino il diritto alla stabilità reale del posto di lavoro costituisce un pericolo concreto ed in qualche modo emblematico, per il valore mediatico che ha assunto la salvaguardia dell’art. 18 dello Statuto, ma non è neppure la questione preminente, o almeno esclusiva. Ciò che viene prioritariamente in discussione è la pesante ipoteca che grava su un rapporto strutturalmente squilibrato e ne corrode i presupposti fattuali e assiologici che sono alla base di una tutela differenziata e per così dire speciale.

Per non parlare dei riflessi sul piano del processo. Alla luce dei principi costituzionali della tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (artt. 3 e 35 Cost.), non può essere in alcun modo compromessa la libertà dei singoli di agire dinanzi all’autorità giudiziaria per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi (artt. 102, 111 e 113 Cost.), così come va garantita la più ampia e qualificata difesa dinanzi ad ogni sorta di giurisdizione pubblica (artt. 24 e 25 Cost.). Sono questi i capisaldi intoccabili di un assetto istituzionale che tutela direttamente l’individuo nelle più significative manifestazioni della sua partecipazione alla vita sociale e che non consentono

compromissioni di sorta, neppure con l'avallo sindacale, né tantomeno con operazioni procedurali di stampo notarile, francamente alquanto fumose.

Giuseppe Ferraro