

LIBERTA' NEGOZIALE E POTERE PUBBLICISTICO: OPPONIBILITA' DEGLI ACCORDI TRANSATTIVI NEI CONFRONTI DELL'ATTIVITA' DEGLI ISPETTORI DEL LAVORO

di Silvia Ardua D'Alesio*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'opponibilità dell'accordo transattivo nei confronti degli Ispettori del lavoro. 3. Un caso concreto. 4. L'indisponibilità del diritto ai contributi. 5. Aspetti problematici del rapporto tra la conciliazione monocratica e conciliazione amministrativa ex artt. 410-411 c.p.c.. 6. Problematiche e casistica della conciliazione monocratica: conciliazioni plurime ed estinzione del procedimento ispettivo.

1. Introduzione

L'articolata stesura del decreto legislativo 23 aprile 2004 n. 124¹ risponde allo scopo di creare un sistema organico e coerente di tutela del lavoro, partendo dall'istituzione della Direzione Generale per l'attività Ispettiva presso il Ministero del lavoro quale motore del sistema con funzioni di coordinamento generale² fino alla creazione di un concetto fondamentalmente ampliato e "moderno" di attività di vigilanza che contiene in se anche funzioni di consulenza, di

* Coordinatore Capo dell'Unità Operativa "Relazioni Sindacali e Conflitti di Lavoro" della Direzione Provinciale del Lavoro di Bari. Cultrice della Materia Diritto del Lavoro Prima Cattedra del Prof. Gaetano Veneto, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari.

¹ Decreto legislativo 23 aprile 2004 n. 124 pubblicato nella G.U. del 12 maggio 2004 n. 110.

² P. ZARATTINI e R. PELUSI, *L'attività di vigilanza i poteri degli ispettori del lavoro (D.Lgs. 124/04)*, in il Manuale del lavoro, Novecento Media, Milano 2006.

prevenzione e di promozione dell'osservanza delle norme oltre che di nuove ipotesi di conciliazione³, tuttavia, non ancora armonizzate tra loro, come vedremo in seguito.

Quest'ultima, in tutte le sue forme (giudiziale, amministrativa presso le Direzioni Provinciali del lavoro e sindacale) costituisce ormai uno strumento di larga ed indiscriminata applicazione, tra l'altro auspicabilmente destinato, a fronte di una tutela giudiziaria lenta ed incerta, ad incontrare sempre maggiori consensi. La sfiducia nello strumento giudiziario, infatti, nasce dalla constatazione della durata eccezionalmente lunga dei processi che, per le vertenze di lavoro, arriva a ben oltre i 7-8 anni, considerati i tre gradi di giudizio. E' importante precisare che proprio nel diritto del lavoro, dove vi sono, più che altrove, costanti e ripetuti aggiornamenti delle discipline di pari passo con la nascita di nuovi diritti, si avverte l'esigenza forte di pronte e adeguate tutele.

La conciliazione appare, dunque, uno strumento più veloce e concreto di un processo in termini di soddisfazione delle pretese e contiene in sé un valore aggiunto di fondamentale importanza: la possibilità di cambiare quello che non va, di riavvicinare emotivamente le Parti, di

³ A. RIVARA, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma, inserto di diritto e pratica del lavoro n. 42/2004*, in particolare Direzione e coordinamento dell'attività ispettiva.

modificare, alla fine, il modo giuridico di pensare ad un conflitto⁴.

Infatti, con l'accordo conciliativo, il datore di lavoro ed il lavoratore pongono fine ad un contenzioso in atto, spesso senza compromettere definitivamente il loro rapporto come accadrebbe, invece, durante il processo. Basti pensare a quanto potrebbe essere importante per le stesse che il rapporto di lavoro, sanati alcuni aspetti controversi attraverso la transazione, possa poi proseguire, ciò che non accade quasi mai nella procedura giudiziaria. Tuttavia, ai fini che qui ci occupano, altrettanto importante è la considerazione che il suddetto accordo è spesso preceduto nel tempo da denunce del lavoratore e/o segnalazioni agli Enti istituzionalmente deputati alla vigilanza per l'osservanza delle norme in materia di lavoro e legislazione sociale (DPL - Servizio ispezioni Lavoro e INPS) che, a fronte di "richiesta di intervento" da parte del lavoratore denunciante o segnalazioni di altro tipo da parte di altri Enti o Istituti pubblici, avviano gli accertamenti di propria competenza.

Ed è proprio nel corso delle suddette indagini che gli organi ispettivi si trovano a dover "fare i conti" con i verbali di conciliazione nelle more stipulati, prontamente opposti da parte datoriale a dimostrazione dell'ormai raggiunta intesa con il lavoratore, sia in ordine a spettanze di carattere retributivo, sia in ordine a rivendicazioni di altra natura, che spesso investono la stessa qualificazione del rapporto di lavoro.

Il quesito che ci poniamo, allora, è il seguente: *può un verbale di conciliazione, di qualunque natura esso sia (giudiziale, amministrativo presso la DPL ovvero sindacale), spiegare i suoi effetti nei confronti degli organi ispettivi di vigilanza, nel senso di poter vincolare questi ultimi a quanto deliberato o pattuito nel verbale medesimo?*

⁴ F. FERDANI, *ADR: La conciliazione come strumento di risoluzione delle controversie. Profili generali della conciliazione, ruolo del conciliatore e procedimento*, in *Rassegna dell'Avvocatura di Stato*, I.P.Z.S. editore, 2007, fasc. 3, 313.

La soluzione non può che prendere le mosse da un'indagine sulla natura giuridica della conciliazione, che sola consente di individuarne i contenuti ed i limiti di efficacia.

La conciliazione costituisce una forma particolare di transazione, tale intendendosi, a norma dell'art. 1965, comma 1, c.c., "*il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro*". Dalla transazione si distingue la rinuncia che è, invece, un negozio unilaterale dismissorio, con cui una situazione giuridica privata viene dimessa o traslata (per esempio, la rinuncia ad un credito)⁵.

La conciliazione, invero, al pari del contratto di transazione, postula l'esistenza di un contenzioso in atto tra le parti (cd. "*res litigiosa* o "*res dubia*" esistente solo nel concetto di transazione"), ponendosi, rispetto a quest'ultimo, come atto dirimente, nei limiti delle accordate concessioni, delle reciproche pretese. La transazione può essere anche novativa, quando le parti fanno sorgere fra loro un'obbligazione nuova, prima inesistente, che sostituisce il rapporto precedente, secondo un'*animus novandi* delle parti stesse⁶.

La differenza sostanziale, rispetto alla formula contrattuale ex art. 1965 c.c., attiene al regime di impugnazione dell'accordo così raggiunto dalle parti, posto che, per espressa previsione dell'art. 2113, 4° comma, c.c., ("*le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli artt. 185, 410 e 411 Cod. Proc. Civ.*"), alle parti è inibito impugnare - in via giudiziale o stragiudiziale - gli atti di rinuncia e /o transazione contenuti nel verbale di conciliazione (relativi a diritti del

⁵ Sulla nozione di rinuncia e transazione R. VINCIARELLI, *Somme da transazione: trattamento contributivo e fiscale* in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2008, fasc. 31, 1775.

⁶ I. PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della prior obligatio*, in *Giust. Civ.* 1999, 6, 1776.

prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge), acquisendo gli stessi, per effetto della sottoscrizione dinanzi all'organo conciliatore terzo ed imparziale (volto a garantire una posizione di sostanziale parità tra i contendenti), il crisma dell'intangibilità e definitività (salvo, in ogni caso, le azioni ordinarie di nullità ex artt. 1418 e ss c.c. o annullabilità per vizi del consenso ex artt. 1425 e 1427 c.c.⁷).

L'accordo conciliativo ed il contratto di transazione risultano accomunati, di contro, sotto il profilo della loro efficacia soggettiva, restando entrambi assoggettati ai principi generali dettati in materia contrattuale e, primo fra tutti, al principio di "*relatività dell'efficacia*" sancito dall'art. 1372 c.c., a norma del quale il contratto ha "*forza di legge tra le parti*", nel senso che riveste efficacia vincolante esclusivamente nei confronti delle parti stipulanti, ma non nei confronti dei terzi, salvo le sole ipotesi tassativamente previste dalla legge.

2. L'opponibilità dell'accordo transattivi nei confronti egli Ispettori del lavoro

L'applicazione del principio suddetto alla fattispecie in esame consente di affermare che in assenza di un'espressa previsione normativa l'accordo dirimente raggiunto in sede conciliativa tra datore di lavoro e lavoratore non può spiegare effetti nei confronti di soggetti terzi rimasti estranei alla pattuizione, qual è, all'evidenza, la pubblica amministrazione, ovvero qualunque altro Ente od Istituto

⁷ M. TORTELLI, *Rinunce e transazioni*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2009, fasc. 39, 2267; COTTINO, *L'art. 2113 c.c. e l'annullabilità per errore, violenza e dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, in *DL*, 1946, I, 48 ss; A. PARDINI, *Sui requisiti formali e sostanziali della conciliazione in sede sindacale*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2003, 1, 178; I. SENATORI, *Effettività dell'assistenza sindacale e validità della conciliazione stragiudiziale* in *Riv. It. Dir. Lav.* 2004, 1, 183.

deputato alla tutela di interessi pubblici che risultano in qualche modo connessi al rapporto di lavoro che ha formato oggetto di conciliazione.

Ne deriva, pertanto, in tal modo rispondendo al quesito innanzi formulato, l'assoluta incapacità della conciliazione di precludere l'avvio, così come il prosieguo, di indagini ispettive da parte degli organi di vigilanza, finalizzate all'accertamento da parte di questi ultimi, di violazioni amministrative e all'adozione, in caso di constatazione e contestazione delle stesse, di provvedimenti sanzionatori di competenza.

La casistica giurisprudenziale sul punto si pone in chiave senza dubbio chiarificatrice dei principi innanzi formulati.

Emblematica, al riguardo, la pronuncia Cassazione - Sezione Lavoro n. 3344 del 2005.

Il fatto storico è quello tra i più comuni: una conciliazione giudiziale innanzi al Tribunale in funzione di Giudice del Lavoro in termini di riconoscimento della natura autonoma del rapporto di lavoro intercorso tra le parti. Detto verbale veniva prontamente opposto in sede di opposizione all'ordinanza ingiunzione di pagamento, emessa dalla D.P.L. a definizione degli accertamenti, conclusisi nella diversa direzione della natura subordinata del rapporto di lavoro.

La Suprema Corte, con argomentazioni pienamente condivisibili, afferma senza alcuna incertezza, l'assoluta incapacità del verbale conciliativo di contrastare gli esiti dell'attività di vigilanza. In particolare, attribuisce al Ministero del Lavoro, così come agli altri organi ispettivi, il potere di procedere, in via del tutto autonoma, all'esatta qualificazione del rapporto di lavoro, in forza della loro natura, particolarmente qualificata, di organi istituzionalmente deputati a sorvegliare sul regolare svolgimento del rapporto di lavoro, nonché sul rispetto della normativa in materia di lavoro e legislazione sociale nel suo complesso.

Questi i passaggi più salienti della pronuncia: "*(...) la conciliazione giudiziale*

di una controversia attinente ad un rapporto di lavoro ha efficacia vincolante, in riferimento ai soggetti, esclusivamente per gli stipulanti e, in riferimento all'oggetto, soltanto per quella parte di negozio dispositivo che attiene alla rinuncia a diritti già acquisiti dal lavoratore, con la conseguenza che soltanto per tale parte e soltanto per tali soggetti viene ad essere preclusa l'indagine sull'effettiva natura del rapporto di lavoro. La conciliazione giudiziale, invece, non può estendere nemmeno tale limitata efficacia vincolante nei confronti dei terzi e, in particolare, nei confronti di quegli Uffici o Enti titolari di interessi pubblici connessi al rapporto di lavoro intercorso tra le parti, anche se le parti hanno pattuito di qualificarlo altrimenti.

A tali Uffici, pertanto, non è impedita da una intervenuta transazione tra le parti, che abbiano riconosciuto la natura autonoma del rapporto di lavoro tra loro intercorso, la facoltà di farne accettare dal Giudice di merito la effettiva natura subordinata ai fini dell'applicazione delle sanzioni per l'inosservanza delle disposizioni sul collocamento o di richiedere il pagamento di contributi e relative sanzioni (...)"⁸.

Sulla stessa lunghezza d'onda, si pone più di recente Cass. 24 novembre 2008, n. 27876 - con riferimento all'efficacia di un verbale di conciliazione giudiziale,

⁸ Cfr. Cass. 11488 del 29 ottobre 1991: "È correttamente motivata la sentenza di merito che accerti un rapporto non regolarizzato di lavoro, ai fini degli obblighi contributivi gravanti sul datore di lavoro, in presenza della prova di un rapporto lavorativo costituita dalla denuncia presentata dal lavoratore all'ispettorato, unitamente a dichiarazione sottoscritta dal datore, con riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato del dipendente e indicazione dei relativi orari e paga, e svaluti, invece, le affermazioni, escludenti la subordinazione, rese dalle parti, successivamente, in sede di conciliazione giudiziale della controversia, in quanto genericamente qualificatorie del rapporto di lavoro e prive di efficacia probatoria". In dottrina, P. RAUSEI, Conciliazione monocratica: vantaggi e limiti, in *Diritto & pratica del Lavoro* n. 6, Ipsoa, febbraio 2006.

intervenuto tra datore di lavoro e lavoratore, nell'ambito di un diverso giudizio promosso dall'INPS al fine di ottenere il versamento contributivo relativo al medesimo rapporto, dalle parti espressamente qualificato in sede conciliativa di natura autonoma: "Quindi, confrontando, in particolare, il contenuto delle dichiarazioni acquisite dai carabinieri e della denuncia trasmessa all'ispettorato del lavoro di Potenza dal T., per il tramite del sindacato, col contenuto della dichiarazione scritta del D.V. del (omissis) (...) e svalutando le affermazioni rese in sede di conciliazione della causa tra il T. e il D.V. (genericamente qualificatorie del rapporto intercorso e quindi prive di qualsivoglia effetto sul piano probatorio - le qualificazioni essendo di competenza esclusiva del Giudice - e comunque correttamente ritenute ininfluenti nel rapporto intercorrente tra datore di lavoro ed ente previdenziale - i Giudici del Tribunale hanno accertato l'esistenza tra il D.V. ed il T. di un rapporto di lavoro subordinato non regolarizzato nel periodo indicato, con le conseguenze di legge sul piano degli obblighi contributivi gravanti sul datore di lavoro (...)"⁹.

La ragione di un'impostazione così rigorosa risiede nelle finalità di carattere pubblicistico, sottese all'attività di vigilanza, di tutela e salvaguardia delle condizioni di lavoro, nonché, con riferimento specifico alla prestazione previdenziale, dell'interesse pubblico

⁹ Per tutte, Cass. civ., Sez. lav., 13 agosto 2007 n. 17670: "In tema di obbligo contributivo previdenziale, la transazione intervenuta tra lavoratore e datore di lavoro è estranea al rapporto tra quest'ultimo e l'INPS, avente ad oggetto il credito contributivo derivante dalla legge in relazione all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato. (Nella specie, la S.C., affermando il principio riportato, ha riformato la sentenza di merito che aveva escluso l'assoggettabilità a contribuzione delle somme corrisposte a fronte delle rinunzie contenute in un accordo transattivo intervenuto tra datore e lavoratore in considerazione del carattere novativo di questo".

all'ordinato e regolare funzionamento del sistema di sicurezza sociale.

L'ordinamento giuridico, in altri termini, non può consentire rinunzie a prestazioni dovute e rese da Enti pubblici che svolgono servizi di interesse superindividuale, né tanto meno transazioni e/o conciliazioni atte ad impedire, agli organi istituzionalmente deputati a vigilare sul regolare svolgimento del rapporto di lavoro, l'esercizio del potere sanzionatorio di propria competenza.

3. Un caso concreto

Tra i vari casi problematici in concreto affrontati, emblematico resta quello di una denuncia, presentata nel gennaio 2008, avente ad oggetto la richiesta di regolarizzazione di un rapporto di lavoro sin dal 1985.

In sede di accesso ispettivo, la denunciante confermava i termini della richiesta presentata, ma precisava di essere stata nelle more assunta dopo aver stipulato con il datore di lavoro una conciliazione sindacale in cui, a fronte del riconoscimento di un dato corrispettivo, si dava atto della natura occasionale della prestazione sino a quel momento svolta.

L'Ufficio ispettivo ha ritenuto doveroso dare corso alla denuncia, attraverso le richieste di prove testimoniali che fossero in grado di confermare i tempi e le modalità delle prestazioni rese dalla denunciante, al fine di procedere, più che all'adozione di sanzioni amministrative, oramai ampiamente prescritte, al recupero contributivo per almeno il decennio precedente.

Quid iuris tuttavia, per i diritti di natura patrimoniale che hanno formato oggetto di conciliazione? Possono estendersi a questi ultimi i principi su richiamati, o, deve ritenersi, di contro, che gli stessi restino irrimediabilmente compromessi?

La questione non è di poco momento se sol si consideri che, tra i vari poteri attribuiti all'ispettore del lavoro dal D.Lgs.

124/2004, particolare importanza riveste la "diffida accertativa", che consente al medesimo di intimare al datore di lavoro il pagamento di spettanze di natura patrimoniale, attraverso il rilascio in favore del lavoratore di un provvedimento che assume efficacia di titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c.. Essa è stata definita dal ministro Sacconi nell'atto di Direttiva del 18 settembre 2008 "... potere di straordinaria importanza assegnato agli ispettori che in tal modo possono riconoscere al lavoratore interessato la soddisfazione più rapida dei crediti pecuniari vantati nei confronti del datore di lavoro in conseguenza del rapporto di lavoro"¹⁰.

A seguito della diffida il datore di lavoro può entro 30 giorni richiedere alla D.P.L. il tentativo di conciliazione ex art. 12 del D.Lgs. 124/2004 che se trattato ai sensi dell'art. 410 c.p.c. può concludersi anche con un accordo *pro bono pacis* senza riconoscimento di alcun rapporto di lavoro e con la corresponsione di una somma onnicomprensiva non sottoposta al successivo calcolo contributivo. E' di tutta evidenza che tale possibilità, cioè quella di attivare la conciliazione stragiudiziale ex art. 410 c.p.c. da parte del datore di lavoro per evitare gli effetti della diffida, vanifica l'eventuale diritto-obbligo contributivo che proprio con la diffida accertativa si intende invece garantire¹¹.

Dal momento che la norma dell'art. 12 D. Lgs. 124/2004 nulla dice sulla tipologia di conciliazione attivabile dal datore di lavoro, parlando genericamente di "tentativo di conciliazione", la questione potrebbe risolversi, da un punto di vista interno alla stessa Direzione Provinciale del

¹⁰ In dottrina VALLEBONA, *Un nuovo titolo esecutivo stragiudiziale: la diffida accertativa dei crediti patrimoniali dei prestatori di lavoro*, in Riv. Esec. Forzata, 2004, 637 e ss..

¹¹ Per un'analisi sulla funzione svolta dalla Commissione di conciliazione e della procedura davanti alle stesse, NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007, 251 e ss.; A. LAPPONI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione*, in Diritto e pratica del Lavoro, 2009, fasc. 34, 2011.

Lavoro, con il trattare la richiesta del Datore di lavoro come conciliazione monocratica ex art. 11 D. Lgs. 124/2004, istituto del tutto diverso dalla conciliazione ex art. 410 c. p. c.. Infatti, nel primo caso, le Parti devono necessariamente riconoscere, nel relativo verbale di accordo, l'esistenza di un rapporto di lavoro ed una somma "concordata", transatta, ma sicuramente da assoggettare al relativo calcolo contributivo da parte dell'I.N.P.S.¹².

Sul tema, evidentemente di grande attualità, è di recente intervenuto il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con nota del 10/11/2009 prot. n. 17056, in risposta ad una Direzione Provinciale del territorio, e ad ulteriore chiarimento della problematica in esame. In particolare, la Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del citato Dicastero ha affermato testualmente che *"...nei casi...in cui la transazione abbia per oggetto solo le rivendicazioni economiche del lavoratore, l'Amministrazione procedente non perde il potere-dovere di portare a conclusione la procedura sanzionatoria, anche nei suoi sviluppi processualistici. Tale procedura, avendo ad oggetto sanzioni amministrative, colloca i relativi crediti nell'ambito dei diritti indisponibili con la conseguente preclusione per l'Amministrazione di poter raggiungere accordi transattivi con il privato in detta materia"*.

Nel richiamare un parere reso dall'Avvocatura generale dello Stato in data 18/5/2009 con nota prot. 155380, il Ministero del Lavoro esclude, infine, che *"... in materia di crediti derivanti da sanzioni amministrative"* si possa procedere a transazioni, in quanto è la stessa sanzione amministrativa a non potere essere oggetto di accordi di tale natura.

D'altro canto, però, è innegabile che la disponibilità di un diritto, come anche l'autonomia privata in generale sono

¹² Sulla conciliazione monocratica P. NAUSEI, *Il vademecum sui nuovi servizi ispettivi*, in *Dir. e prat. Lav.* 2004, 1813.

espressione di un potere squisitamente privatistico e che come tale rimane, quindi, estraneo all'area di intervento dei poteri pubblici.

Un'altra soluzione al quesito che inizialmente ci siamo posti potrebbe, quindi, discendere dalla indagine sulla natura disponibile o indisponibile dei diritti interessati dalla transazione e dalla diversa applicabilità dell'art. 2113 c.c. a seconda dei casi¹³.

4. L'indisponibilità del diritto ai contributi

Un esempio di diritto indisponibile è il credito contributivo dell'INPS, per espressa previsione normativa (art. 2115 codice civile), per cui alle Parti è precluso ogni atto dispositivo-transattivo in materia. Quindi la prestazione contributiva, non rientrando nell'area dei diritti normalmente disponibili da parte del lavoratore non potrà mai formare oggetto di rinunce e/o transazioni validamente opponibili.

Principio costante nella giurisprudenza di legittimità è che solo l'Istituto assicuratore può porre in essere atti interrottivi della prescrizione, non essendo a tal fine sufficiente che il lavoratore promuova un giudizio nei confronti del datore di lavoro (in tal senso Cass. 7104/1992)¹⁴.

¹³ Sull'inderogabilità – indisponibilità in materia guslavoristica v. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976; FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Milano 1978; PIZZOFERRATO, *La giustizia privata del lavoro*, Padova, 2003, 189 e ss; ROMEO, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro tra crisi e nuove prospettive*, in *Lav. Giur.*, 2002, 92; D. BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 2009, 01, 121; E. MASSI, *Rinunce e transazioni: diritti derogabili e inderogabili dei lavoratori*, in www.dplmodena.it, 2008.

¹⁴ A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro, (conciliazione e arbitrato)*, in *Trattato di Dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. XXXII Padova 2003, 204.

Anche la Suprema Corte, in più di un'occasione, ha avuto modo di affermare i principi innanzi espressi.

Cass. 6607/2004: *“Come chiarito, in particolare, da un recente precedente (Cass.3122/2003), sul fatto costitutivo dell'obbligazione contributiva, che ha natura di obbligazione pubblica nascente ex lege, non può incidere in alcun modo la volontà negoziale, che regoli in maniera diversa l'obbligazione retributiva, ovvero risolva con un contratto di transazione la controversia insorta in ordine al rapporto di lavoro, precludendo alle parti il relativo accertamento giudiziale.*

La totale estraneità e inefficacia della transazione eventualmente intervenuta tra datore di lavoro e lavoratore nei riguardi del rapporto contributivo, discende dal principio che, alla base del calcolo dei contributi previdenziali, deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e non quella di fatto corrisposta, in quanto l'espressione usata dall'art. 12 della l. n. 153 del 1969 per indicare la retribuzione imponibile (“tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro...” va intesa nel senso di “tutto ciò che ha diritto di ricevere”, ove si consideri che il rapporto assicurativo e l'obbligo contributivo ad esso connesso sorgono con l'instaurarsi del rapporto di lavoro, ma sono del tutto autonomi e distinti, nel senso che l'obbligo contributivo del datore di lavoro verso l'istituto previdenziale sussiste indipendentemente dal fatto che gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera siano stati in tutto o in parte soddisfatti, ovvero che il lavoratore abbia rinunciato ai suoi diritti (cfr. tra le numerose decisioni, Cass. 15 maggio 1993, n. 5547; 13 aprile 1999, n. 3630). Pertanto, così come il giudicato negativo, per esempio, circa la natura subordinata di un rapporto, non può spiegare influenza per i soggetti, rimasti estranei al giudizio, che siano titolari di rapporti del tutto autonomi rispetto a quello su cui è intervenuto il giudicato (cfr. Cass. 2795/1999; 4821/1999), così la transazione tra datore di lavoro e lavoratore non può

esplicare effetti riflessi (effetti riflessi che si possono avere solo per i rapporti non autonomi) sulla posizione dell'Inps, che fa valere in giudizio il credito contributivo derivante dalla legge e non dalla transazione”¹⁵.

Ciò significa che, restando l'obbligazione contributiva completamente insensibile agli effetti della transazione, l'Inps è abilitato ad azionare il credito contributivo provando, con qualsiasi mezzo, quali somme assoggettabili a contribuzione il lavoratore abbia diritto di ricevere. Tale prova può desumersi, in via presuntiva, anche dallo stesso contratto di transazione e dal contesto dei fatti in cui si è inserito.

Ed ancora Cass. 17670/2007: *“D'altro canto, trova qui applicazione il principio secondo cui la transazione intervenuta tra lavoratore e datore di lavoro è estranea al rapporto tra quest'ultimo e l'INPS, avente ad oggetto il credito contributivo derivante dalla legge in relazione all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, giacchè alla base del credito dell'ente previdenziale deve essere posta la retribuzione dovuta e non quella corrisposta, in quanto l'obbligo contributivo del datore di lavoro sussiste indipendentemente dal fatto che siano stati in tutto o in parte soddisfatti gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera, ovvero che questi abbia rinunciato ai suoi diritti. La totale estraneità ed inefficacia della transazione eventualmente intervenuta tra datore di lavoro e lavoratore nei riguardi del rapporto contributivo discende dal principio che, alla base del calcolo dei contributi previdenziali, deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e non quella di fatto corrisposta, in quanto l'espressione usata dalla L. n. 153 del 1969, art. 12, per indicare la retribuzione imponibile (“tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro ...”) va intesa nel senso di “tutto ciò che ha diritto di*

¹⁵ In senso conforme Cass. civ., Sez. lav., 28 luglio 2009 n. 17495.

ricevere", ove si consideri che il rapporto assicurativo e l'obbligo contributivo ad esso connesso sorgono con l'instaurarsi del rapporto di lavoro, ma sono del tutto autonomi e distinti¹⁶.

Restando quindi l'obbligazione contributiva completamente insensibile agli effetti della transazione, la sussistenza dei crediti di lavoro azionati dal dipendente doveva essere accertata indipendentemente dall'accordo concluso tra le parti, al solo fine dell'assoggettamento dei relativi importi (in quanto compresi nella retribuzione dovuta) all'obbligo contributivo.

Sull'argomento dell'omesso versamento dei contributi previdenziali, di grande interesse è il contenuto della sentenza della Cassazione sezione lavoro 25 ottobre 2004 n. 20686, la quale fornisce il quadro del numero dei danni che derivano al lavoratore dalla "perdita" dei contributi previdenziali in suo favore¹⁷.

¹⁶ In senso conforme Cass. civ., Sez. lav., 3 marzo 2003 n. 3122: "La transazione intervenuta tra lavoratore e datore di lavoro è estranea al rapporto tra quest'ultimo e l'INPS, avente ad oggetto il credito contributivo derivante dalla legge in relazione all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, giacché alla base del credito dell'ente previdenziale deve essere posta la retribuzione dovuta e non quella corrisposta, in quanto l'obbligo contributivo del datore di lavoro sussiste indipendentemente dal fatto che siano stati in tutto o in parte soddisfatti gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera, ovvero che questi abbia rinunciato ai suoi diritti. Pertanto, attesa l'autonomia tra i due rapporti, la transazione suddetta non spiega effetti riflessi nel giudizio con cui l'INPS fa valere il credito contributivo", con nota di P. BOER, La conciliazione giudiziale della controversia di lavoro non preclude all'ente previdenziale l'azione contributiva, in Massimario di giurisprudenza del lavoro, 2003 fasc. 05, parte 00, sez., 00, 372; Cass. civ. Sez. lav., 9 aprile 2003 n. 5534 in Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, 1999, fasc. 04, parte 00, sez. 00, 548; In dottrina, A. REALE, Retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale e transazione", in Argomenti di diritto del Lavoro, 1999, fasc. 3, parte 2, 757-0780.

¹⁷ Nota a cura di B. RONCONI, Omissione contributiva e nullità delle rinunce al relativo risarcimento, in Rivista Giuridica del Lavoro e Previdenza Sociale, 2005, fasc. 02, parte 00, sez. 00, 357.

La Suprema Corte, nella citata sentenza, enuclea due ordini di danni: da una parte quello concernente la perdita della prestazione previdenziale pensionistica, per rivendicare la quale occorre far riferimento soprattutto al momento in cui si matura il relativo diritto (ossia l'età pensionabile), dall'altro quello rappresentato dalla norma ex art. 13 della legge n. 1338 del 1962 riguardante la necessità del lavoratore di costituire una rendita vitalizia, per cui il danno si verifica nel momento in cui non è stato più possibile ottenere il versamento dei contributi previdenziali stante la prescrizione quinquennale.

In sostanza, la Suprema Corte sottolinea l'importanza del momento temporale in cui viene posta in essere la transazione e/o la rinuncia. Se, per esempio, la transazione viene chiusa prima che maturi il diritto oggetto della stessa la transazione è ovviamente da ritenersi nulla. Tuttavia la questione non è più così semplice in caso di un diritto in fieri, quale è, appunto, il diritto alla pensione.

I rimedi a disposizione del lavoratore in questo caso devono ovviamente essere esperiti prima del decorso della prescrizione quinquennale attraverso, per esempio, la presentazione di una denuncia allo stesso Ente previdenziale oppure attraverso il ricorso al giudice per ottenere la condanna al relativo adempimento previdenziale sulla base degli articoli 2043 e 1453 del c.c..

Se, invece, è già maturata la prescrizione quinquennale, ai sensi dell'art. 13 della L. 1338 del 1962, si può far costituire una provvidenza economica compensativa.

Davanti alla Commissione provinciale di conciliazione, tra l'altro, l'aspetto contributivo non è mai oggetto di transazione nei relativi verbali di accordo, trattandosi di obbligo di legge, sottratto alla disponibilità delle Parti.

Infine, più recente, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 17845 del 28 luglio 2009, ha affermato che sulle somme corrisposte dal datore di lavoro a titolo di transazione, pur restando insensibile

l'obbligazione contributiva agli effetti della transazione, l'Inps è abilitato ad azionare il credito contributivo provando, con qualsiasi mezzo, che le eventuali somme concesse a tale titolo sono assoggettabili a contribuzione. Tale interpretazione si pone sulla stessa "lunghezza d'onda" di una precedente sentenza della Suprema Corte, la n. 6663 del 9 maggio 2002, laddove si è affermato che il principio secondo cui le erogazioni dipendenti da transazioni aventi la finalità non di eliminare la "res dubia", ma di evitare il rischio della lite stessa e non contenenti un riconoscimento neppure parziale del diritto del lavoratore, va coordinato con il concetto secondo cui l'indagine del giudice di merito non trova alcun limite nel titolo formale di tali erogazioni.

5. Aspetti problematici del rapporto tra la conciliazione monocratica e conciliazione amministrativa ex artt. 410-411 c.p.c.

La conciliazione monocratica rappresenta una grande novità, di notevole impatto sul territorio di riferimento, nell'ambito delle competenze istituzionali delle Direzioni Provinciali del Lavoro¹⁸.

L'istituto in questione nasce per dare attuazione al principio contenuto nella legge delega n. 30/03 e precisamente all'art. 8 Il comma lett. b, il quale fa riferimento alla "definizione di un raccordo efficace fra la funzione di ispezione del lavoro e quella della conciliazione delle controversie", al fine di contribuire al deflazionamento del contenzioso e di consentire lo smaltimento dell'alto numero delle denunce¹⁹ (almeno quelle di scarso contenuto, le quali rendono le indagini inutilmente complesse essendo destinate a terminare o con un accordo conciliativo tra

¹⁸ Sulla conciliazione in generale a cura di R. SCHIAVONE, *La conciliazione monocratica*, in Riv. Lavoro e Previdenza oggi, 2007, fasc. 5, 725.

¹⁹ E. MASSI, *Le conciliazioni presso le Direzioni provinciali del lavoro*, 2006 e 2009 reperibili sul sito www.dplmodena.it.

le parti o con una cancellazione in fase contenziosa, amministrativa o giudiziaria, per vizi di forma o procedurali), privilegiando l'attività di vigilanza d'iniziativa, quale reale ed efficace strumento di lotta e di contrasto al lavoro irregolare.

La direttiva Sacconi del 18/09/2008²⁰ e la Circolare del Ministero del Lavoro n. 36 del 26/11/2009²¹ operano una netta scelta di campo, diretta ad estendere ed ampliare l'ambito di operatività della conciliazione monocratica preventiva, nell'ottica di strumento idoneo al raggiungimento degli obiettivi sopra enunciati.

In buona sostanza, l'art. 11 introduce nel nostro ordinamento una nuova procedura conciliativa di competenza esclusiva delle DPL, diretta a realizzare una sintesi tra le due principali attività assegnate alle strutture periferiche del Ministero del Lavoro: la funzione ispettiva e la funzione conciliativa²².

Il perseguimento di tale obiettivo pone lo strumento conciliativo in esame in una prospettiva diversa da quella in cui versa la procedura prevista dall'art. 410 c.p.c. in merito al tentativo obbligatorio di conciliazione, dalla quale, infatti, la prima si differenzia, come sarà evidenziato in seguito, completamente e non solo con riferimento alla composizione dell'organismo conciliatore (non più collegiale, ma, appunto, monocratica e con qualifica ispettiva)²³.

L'art. 11 del decreto legislativo n. 124/04 prevede una duplice forma di

²⁰ Direttiva del Ministro Sacconi del 18/09/2008 reperibile sul sito www.dplmodena.it.

²¹ Circolare del Ministero del Lavoro n. 36 del 26/11/2009 reperibile sul sito www.dplmodena.it.

²² A. RIVARA, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma*, Inserto di diritto e pratica del lavoro n. 42/2004.

²³ E. MASSI, 2004 e D. MESSINEO, 2005, a parere dei quali si tratterebbe di "procedure ontologicamente analoghe, che, pur nella diversità della struttura relativa alla composizione, producono sostanzialmente i medesimi effetti nell'ipotesi di mancata conciliazione".

conciliazione monocratica: **preventiva e contestuale.**

La prima, allorché, in caso di richieste di intervento dalle quali emergano elementi per una soluzione conciliativa della controversia, la Direzione Provinciale del lavoro decida di orientare il proprio intervento verso la conciliazione.

La seconda, allorquando, nel corso dell'attività di indagine l'ispettore ravvisi i presupposti per una soluzione conciliativa della controversia e ne fa proposta alla Direzione Provinciale del lavoro, mediante apposita relazione per l'attivazione della procedura²⁴.

Nel primo caso, il tentativo di conciliazione si svolge prima che abbia inizio l'accertamento ispettivo, nel secondo caso, l'esperimento del tentativo interrompe l'accertamento ispettivo già in corso (l'ispettore è già in azienda e deve procedere all'acquisizione del consenso delle parti interessate)²⁵.

Va evidenziato, peraltro, che la conciliazione sia preventiva che contestuale è suscettibile di applicazione in quanto, come indicato nella circ. ministeriale 24/04, la mera presentazione di una richiesta di intervento o il solo accesso in azienda, non vincolano l'organo ispettivo, non avendo quest'ultimo ancora proceduto all'acquisizione di elementi certi in ordine alla sussistenza e veridicità delle circostanze e delle situazioni rappresentate²⁶.

E' il caso di rammentare, inoltre, che nel momento in cui tenta la mediazione l'ispettore non opera come ufficiale di polizia giudiziaria, essendo tale

attribuzione riferibile soltanto al momento in cui accede presso un'impresa od opera o svolge le funzioni tipiche della vigilanza.

Indipendentemente dalla forma adoperata, il tentativo di conciliazione segue la medesima procedura ed esplica i medesimi effetti.

Con specifico riferimento alla procedura va registrata una evidente lacuna del dato normativo contenuto dall'art. 11 del decreto n. 124/04, in quanto tale articolo di legge non pone alcun termine specifico né per l'inizio né per la conclusione della conciliazione monocratica, né tantomeno per la ripresa del procedimento ispettivo laddove il tentativo dovesse concludersi in senso negativo. Ne consegue che, allo stato attuale, sulla scorta delle indicazioni operative fornite dal Ministero, piuttosto scarse, si può semplicemente sostenere che i funzionari investiti della funzione conciliativa devono improntare l'azione amministrativa ai principi di speditezza e di celerità²⁷.

La conciliazione si chiama monocratica in quanto non si svolge davanti ad una Commissione, come previsto dall'art. 410 c.p.c., ma davanti ad un singolo funzionario della Direzione Provinciale del lavoro sia di profilo amministrativo che ispettivo la DPL convoca le parti con lettera raccomandata, per un giorno ed ora prefissati avvertendo che le stesse possono farsi assistere da associazioni o organizzazioni sindacali o da professionisti. (Tale precisazione contenuta anche nella Circolare n. 24/04 ha consentito di sopire le critiche che l'istituto della conciliazione monocratica aveva suscitato nel mondo sindacale, avendo l'art. 11 escluso la partecipazione obbligatoria del sindacato, contrariamente, a quanto avviene nelle controversie avanti alla commissione di conciliazione ai sensi degli artt. 410 ess. del c.p.c.).

Qualora il tentativo di conciliazione abbia esito negativo, la DPL riprende gli

²⁴ Nota di P. RAUSEI, *Il ruolo strategico della conciliazione monocratica*, in Codice delle Ispezioni, Volume 1, Ipsa, 2006, 840 e ss..

²⁵ Sul Punto v. R. I. VALERIO, *Ispezioni sul lavoro: la conciliazione monocratica preventiva*, in riv. Guida al lavoro anno 2009, fasc. 14, 31.

²⁶ Nota di P. PENNESI, 2004, secondo il quale "la condicio sine qua non per procedere alla conciliazione monocratica è la mancanza di qualsiasi accertamento di ipotesi di violazione da parte dell'organo di vigilanza, in quanto ciò determinerebbe la necessità di dover procedere in via definitiva".

²⁷ Lavoro e Diritti (Cap. XVI, Il d.lgs. n. 124/04 riforma della vigilanza in materia di lavoro, pagg. da 714 a 726), Cacucci Editore Bari, 2006.

accertamenti, già avviati o richiesti con la denuncia.

Qualora il tentativo abbia esito positivo, il verbale di conciliazione sottoscritto dal funzionario acquisisce piena prova ed estingue il procedimento ispettivo²⁸.

L'effetto estintivo, però, è subordinato al pagamento integrale da parte del datore di lavoro sia delle somme dovute a qualsiasi titolo al lavoratore, sia al versamento totale dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi, determinate sulla base delle leggi vigenti, ma nel rispetto delle somme e dei tempi concordati in sede di conciliazione²⁹.

Il verbale di conciliazione diventa inoppugnabile in deroga all'art. 2113, co. 1,2,3, del c.c..

Con questa previsione il legislatore delegato ha di fatto oltrepassato i confini fissati dalla legge delega, aggiungendo una nuova ipotesi di rinuncia o transazione valida, che ha sollevato forti dubbi di legittimità costituzionale.

A questo punto occorre precisare che, sebbene l'art. 11 co. 3 del decreto parli di inoppugnabilità della transazione, tuttavia, non prevede alcun comma che ripeta la disposizione del co. 2 dell'art. 411 c.p.c. ove si fa riferimento al deposito presso la cancelleria del Tribunale per le conciliazioni avvenute davanti alla commissione provinciale o in sede sindacale, con l'accertamento della regolarità formale del verbale di conciliazione e l'apposizione della formula esecutiva. L'omissione di una previsione simile comporta, in sostanza, che il lavoratore, a fronte di un riconoscimento certo del debito da parte del datore di lavoro, è costretto a chiedere, tramite legale, all'autorità giudiziaria competente l'emissione di un decreto ingiuntivo³⁰.

²⁸ Sull'argomento v. circolare del Ministero del Lavoro n. 24/2004 e reperibile sul sito www.dplmodena.it.

²⁹ Cfr. anche circolare n. 132/2004 reperibile sul sito www.inps.it.

³⁰ Come rilevato da E. MASSI, *Conciliazioni presso le Direzioni provinciali del lavoro*, 2006 e 2009 sopra citato.

Sul punto è auspicabile, al più presto, un intervento del legislatore.

Sul piano operativo alcuni paletti sono stati opportunamente fissati dal legislatore, il quale ha rimesso all'Ufficio la decisione di promuovere il tentativo di conciliazione e ha limitato l'utilizzo alle ipotesi in cui emergano "elementi per una soluzione conciliativa della controversia", nonché all'acquisizione preventiva del consenso di entrambi le parti interessate nel caso di conciliazione contestuale.

In altre parole il legislatore delegato non generalizza l'uso dello strumento conciliativo, né tanto meno parla di obbligatorietà dello stesso, differenziandolo in ciò dal tentativo obbligatorio di conciliazione di cui agli artt. 410 e ss. del c.p.c.³¹.

La disciplina della conciliazione monocratica esalta il ruolo discrezionale dell'organo competente, a tal punto, da consentire allo stesso di superare anche un eventuale assenso alla procedura conciliativa emersa dalla dichiarazione del lavoratore all'atto della denuncia ovvero di rifiutare la sottoscrizione dell'accordo conclusivo, allorché risulti evidente la mancanza di una genuina e libera volontà del lavoratore.

La tematica relativa al ruolo del conciliatore monocratico offre uno spunto di riflessione se si considera che il funzionario con qualifica ispettiva investito della funzione conciliativa non può limitarsi a prendere atto della mera volontà espressa dalle parti, come avviene davanti alla commissione di conciliazione, dove, appunto, il datore di lavoro ed i prestatori rinunciano e transigono in ordine a diritti di natura economica, liberamente disponibili.

A tal proposito, come compiutamente descritto dall'avv. Giovanni Dato³² la dottrina distingue tre teorie: la prima fondata sulla distinzione tra diritti futuri e diritti già maturati, per cui l'art. 2113 c.c.

³¹ Sull'argomento v. E. MASSI, 2006 e 2009 già citate.

³² G.A. DATO, *La certificazione delle rinunzie e transazioni del lavoratore*.

trova applicazione se trattasi di diritti già maturati, perché per quelli futuri vige la nullità assoluta dell'eventuale rinuncia³³; una seconda teoria che fa riferimento ai diritti primari (esempio, diritto al riposo, alle ferie, diritti previdenziali e assistenziali, diritti di natura economica) e diritti secondari (ossia di carattere patrimoniale e risarcitorio derivanti, cioè, da una violazione del diritto primario)³⁴ e infine una terza teoria che distingue tra diritti assolutamente indisponibili e diritti relativamente indisponibili.

Per quanto riguarda i primi, generalmente diritti a contenuto non patrimoniale, coincidenti normalmente con quelli posti a tutela della personalità morale o dell'integrità fisica del prestatore (art. 2087 c.c.), nonché altri espressamente qualificati indisponibili da specifiche norme di legge (per esempio, l'art. 2115 c.c. per i diritti previdenziali, l'art. 22 del D.P.R. 797/1955 per gli assegni familiari) se formano oggetto di transazione e/o rinuncia, il relativo atto è nullo e l'art. 2113 c.c. non può essere invocato; per i secondi, ossia quei diritti che *derivano "da disposizioni inderogabili di legge e dei contratti o accordi collettivi"*, diretti a garantire il trattamento minimo retributivo, la norma ex art. 2113 c.c. potrebbe essere invocata se il lavoratore impugna l'atto di transazione. Non si tratta di una mera classificazione formale, dal momento che la stessa Giurisprudenza del lavoro attualmente richiama una o l'altra teoria

³³ Cass. 3093/1992, MGL, 1992, 176; Cass. 4529/1988, GI, 1989, I, 1 1032, con nota di RENNA; Cass. 6857/98 in Notiz. Giurispr. Lav. 1998, 754. In dottrina, sulla distinzione tra rinunce in senso proprio e rinunce a diritti futuri, cf. SANTORO PASSATELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, GCCC, 1948, 53; sulle varie posizioni ricostruttive, cfr. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, EGT, Vol. XXVII, 1991, in part. P. 3; Sulla nullità della rinuncia preventiva al TFR M. CAROPPOLI, *E' nulla la rinuncia preventiva al TFR: verte su diritti non ancora acquisiti*, in D&G 2005, 18, 22.

³⁴ Cass. 3233/1999, in Notiz. Giurispr. Lav., 1999, 321.

per escludere o riconoscere l'applicazione ai casi di specie dell'art. 2113 del c.c.. Liberamente disponibili devono ritenersi, senza dubbio, i trattamenti economici già entrati nel patrimonio del lavoratore e derivanti da pattuizioni di carattere individuale (es. superminimo³⁵, indennità risarcitoria dei dirigenti³⁶), che vengono ad aggiungersi al trattamento minimo fissato dalla contrattazione collettiva. Parimenti disponibili sono l'accettazione da parte del lavoratore della sospensione della retribuzione, come anche il periodo di preavviso e le dimissioni³⁷.

Nella conciliazione monocratica, invece, dove il funzionario-ispettore è organo preposto all'esercizio di un'attività amministrativa tesa alla cura in concreto di un interesse pubblico (il rispetto delle norme pubbliche vigenti in materia di lavoro), non può non esercitare il proprio peso ed impegnarsi, al fine non solo di prospettare soluzioni conciliative alternative praticabili ma anche di evitare che le parti addivengano alla conclusione di un accordo iniquo, travolgendo diritti indisponibili derivanti da norme inderogabili di legge, considerando che, laddove ciò avvenga, la conseguenza sarebbe, comunque, l'estinzione del procedimento ispettivo in modo definitivo³⁸.

Il legislatore, inoltre, limita l'ambito di operatività dello strumento conciliativo

³⁵ Trib. Milano 10/12/1997, in Orient. Giur. Lav., 1997, 1023.

³⁶ Pret. Verona 21/12/1994, in Riv. Crit. Dir. Lav. 1995, 970.

³⁷ Cass. civ., Sez. lav. 4780/2003, GC 2003, 655: "la rinuncia o la transazione conclusa tra dipendente e datore di lavoro, avente ad oggetto la risoluzione del rapporto di lavoro, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c., in quanto (...) l'ordinamento riconosce al lavoratore il diritto potestativo di disporre negozialmente e definitivamente del posto di lavoro stesso, in base all'art. 2118 c.c."; in dottrina M. CAROPPOLI, *"Recesso dal lavoro: diritto disponibile - norme inderogabili, la ricerca continua"*, in D&G 2005, 45, 20.

³⁸ Per ulteriori approfondimenti v. sempre E. MASSI, *Conciliazione monocratica e azione ispettiva*, in riv. Diritto e pratica del lavoro, anno 2009, fasc. 28, 1615.

alle ipotesi di illeciti civili ed amministrativi e solo per le questioni riguardanti diritti patrimoniali di natura legale o contrattuale connessi alla sussistenza di un rapporto di lavoro sia di natura subordinata che di tipo autonomo. (Trattamenti economici non corrisposti, come ad es. differenze paga, trattamento di fine rapporto, ore di lavoro straordinario non retribuite)³⁹. Restano fuori, invece, tutte le questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, che non rientrano nella libera disponibilità delle parti.

Il tentativo di conciliazione non è, altresì, esperibile allorché emergano evidenti e chiari indizi di violazioni penalmente rilevanti. In tal caso è necessario procedere all'accertamento ispettivo.

Sul piano degli effetti, va rimarcato che lo stesso testo normativo, collegando l'estinzione del procedimento all'esatto adempimento delle condizioni convenute nella transazione, nonché al versamento dei relativi contributi, presuppone, in primo luogo, che l'accordo si fondi **sempre sul riconoscimento e qualificazione di un intercorso rapporto di lavoro e del relativo periodo**; in secondo luogo **attribuisce al verbale di conciliazione effetti anche verso terzi**, in particolare nei confronti degli enti previdenziali, ai quali la DPL è tenuta a trasmettere tutta la documentazione relativa. (Si ricordi in proposito che l'accordo raggiunto in sede di conciliazione ex artt. 410 e ss. del c.p.c., al contrario, produce effetti solo tra le Parti, le quali, il più delle volte non provvedono a trasmettere il verbale transattivo all'Inps)⁴⁰.

D'altro canto, va rimarcato che, l'aver connesso l'efficacia dell'accordo al riconoscimento della sussistenza di un rapporto di lavoro, con la relativa regolarizzazione assicurativa e

previdenziale, mette al riparo la conciliazione monocratica dalle usuali conciliazioni collegiali cd. "a saldo e stralcio".

La disciplina degli effetti prodotti dall'accordo raggiunto in sede di conciliazione monocratica suscita forti dubbi di legittimità costituzionale in relazione al principio di **indisponibilità dei contributi**⁴¹. In sostanza il fatto che l'accordo produca effetti anche verso l'ente previdenziale, assegna di fatto alle parti private il potere di incidere su di un obbligo legale, quale appunto quello contributivo (fissando il quantum dovuto), che dovrebbe per sua natura essere sottratto alla libera disponibilità delle parti. I dubbi sollevati sono stati eliminati dagli stessi Istituti previdenziali ed assicurativi. Sia l'Inps che l'Inail⁴² hanno in proposito fornito chiarimenti nel senso che la quantificazione della contribuzione non è oggetto di conciliazione, poiché, per espressa previsione legislativa, la stessa è determinata secondo le norme di legge vigenti e il momento dell'insorgenza dell'obbligo contributivo ed assicurativo sorge con il termine indicato nel verbale di accordo per il pagamento delle somme dovute al lavoratore (entro il 16 del mese successivo).

In conclusione, una riflessione si impone, ed è quella secondo cui l'art. 11 del D.Lgs. n. 124/04 ha consegnato al nostro ordinamento giuridico un istituto di notevole rilevanza, il cui utilizzo può assicurare vantaggi non solo al datore di lavoro, nella misura in cui gli consente non solo di prevenire l'insorgere di una controversia individuale di lavoro, ma soprattutto di evitare le conseguenze di un accertamento ispettivo, con la possibilità di sanare eventuali illeciti, ma anche al lavoratore, al quale viene riconosciuta la sussistenza di un rapporto di lavoro, con la relativa corresponsione della retribuzione e

³⁹ Cfr. art. 11 del d.lgs. n. 124/04 nonché circolare del Ministero del Lavoro n. 24/2004.

⁴⁰ E. GHERA, *Diritto del Lavoro*, (Cap. VIII, Garanzie dei diritti dei lavoratori), Cacucci Editore, Bari, 2008.

⁴¹ Sul punto cfr. circolare Inail n. 86/2004 reperibile sul sito www.inail.it, nonché circolare Inps n. 132/2004 sopra indicata.

⁴² S. IMBRIACI, *Conciliazione monocratica e contribuzione: chiarimenti INPS*, in riv. Guida al Lavoro anno 2007, fasc. 4, 53.

la regolarizzazione assicurativa e previdenziale, così evitando le spese e le lungaggini processuali⁴³.

Infine, va precisato che un'applicazione seria, cosciente e libera da pregiudizi ed ideologie della procedura conciliativa monocratica può risultare vantaggiosa anche per la stessa pubblica amministrazione, nella misura in cui, come già evidenziato sopra, le consente di perseguire non solo l'obiettivo di deflazionare il contenzioso, ma anche quello di smaltire le denunce di poco conto⁴⁴.

L'operatività della conciliazione monocratica presuppone che la stessa non venga considerata alla stregua di uno strumento che svilisce l'attività di vigilanza, bensì quale procedura che si affianca al procedimento ispettivo classico fondato sull'accesso in azienda⁴⁵.

6. Problematiche e casistica della conciliazione monocratica: conciliazioni plurime ed estinzione del procedimento ispettivo

L'esame dei risultati dell'applicazione dell'istituto della conciliazione monocratica ha rivelato che l'espletamento della prima forma cosiddetta "preventiva" raramente si conclude con un accordo, poiché buona parte delle procedure conciliative avviate terminano con un esito negativo, a causa o della mancata comparizione di una delle due parti convocate o della indisponibilità mostrata dalla parte datoriale a voler regolarizzare la situazione previdenziale ed assicurativa del lavoratore, ritenendo più conveniente la conciliazione in sede sindacale.

⁴³ Ancora E. MASSI, *Conciliazioni presso le DPL*, 2006 e 2009 di cui sopra;

⁴⁴ Approfondimenti sull'argomento a cura di P. RAUSEI, *Contenuti nel codice delle ispezioni*, vol. 1, ed. Ipsoa 2006, 840 e ss..

⁴⁵ A. BELSITO, *Conciliazione monocratica: l'opera incompiuta*, riv. Diritto delle relazioni industriali, Editore Giuffrè, anno 2008, fasc. 2, 557.

In merito alla seconda tipologia di conciliazione monocratica (contestuale), invece, va segnalato che essa risulta poco praticabile, ad eccezione dei casi nei quali il funzionario accertatore si trovi nella oggettiva impossibilità di procedere all'acquisizione di qualsiasi elemento probatorio e gli venga manifestato immediatamente il consenso da parte del datore e del prestatore di lavoro all'attivazione della conciliazione.

L'esempio di una situazione in cui può essere attivabile la procedura conciliativa di cui all'art. 11 del D.Lgs. n. 124/04 è rappresentato dall'ipotesi in cui l'ispettore, effettuato l'accesso in azienda trova intenta al lavoro solo una dipendente, la quale rilascia la propria dichiarazione, sostenendo di non essere in regola, circostanza che non può essere confermata da nessuna altra persona, in più il datore di lavoro reso consapevole della visita ispettiva, unitamente al lavoratore manifesta la comune volontà di conciliare.

Pur trattandosi di esempio classico è facile affermare che nella nostra realtà ispettiva tale procedura conciliativa non è stata mai adoperata, anche perché si ritiene comunemente che l'ispettore una volta acquisita la dichiarazione del lavoratore debba procedere con l'esame della documentazione di lavoro e con l'adozione dei provvedimenti che ne conseguono.

Eppure non vi è chi non veda come un corretto uso di tale strumento conciliativo possa contribuire alla riduzione del carico giudiziario, evitando agli organi accertatori di adottare provvedimenti sanzionatori portatori di vizi formali e sostanziali.

E' auspicabile un intervento del legislatore teso a colmare le lacune che l'art. 11 presenta soprattutto in relazione alle fasi e modalità di attivazione ed attuazione del procedimento amministrativo di conciliazione.

Nel caso di conciliazioni plurime, ossia quelle che coinvolgono più lavoratori, e la Circolare Ministeriale n. 24/04 (www.lavoro.gov.it), unico riferimento in merito, dispone che: "qualora si decida di

ammettere le richieste plurime al tentativo di conciliazione, le stesse vanno trattate separatamente". Ciò implica che ciascuna procedura porterà ad una soluzione diversa, con la conseguenza che laddove la conciliazione non è stata raggiunta si dovrà procedere con l'accertamento ispettivo.

La medesima conclusione verrà adottata nell'ipotesi in cui taluni lavoratori non intendano aderire alla procedura conciliativa: in tal caso, l'ufficio avvierà la procedura dell'accesso in azienda.

Si pone il problema di comprendere quale sia il significato da attribuire all'espressione adoperata dal legislatore "estinzione del procedimento".

Occorre chiedersi, al riguardo, se la conclusione della procedura conciliativa con un accordo di segno positivo possa estinguere in toto il procedimento ispettivo ovvero se l'estinzione vada limitata agli illeciti denunciati.

E' chiaro che il quesito diventa pregnante se posto in relazione alle conciliazioni monocratiche preventive e contestuali aventi ad oggetto richieste di intervento plurime, le quali devono essere trattate separatamente.

A modesto parere di chi scrive, il dato normativo contenuto nell'art. 11, in quanto generico induce a ritenere che l'accordo conciliativo estingue il procedimento nella sua totalità e quindi in presenza di richieste plurime il Dirigente, facendo leva sulla propria discrezionalità, dovrà indirizzare le stesse necessariamente verso l'attività ispettiva (cfr. Direttiva Sacconi, la quale dispone che qualora la richiesta di intervento riguardi anche altri lavoratori non possa essere espletato il tentativo di conciliazione monocratica preventiva); allo stesso modo l'ispettore una volta effettuato l'accesso in azienda e rilevata la presenza di più lavoratori irregolari, non potrà attivare la procedura conciliativa.

Non mancano tesi in senso opposto secondo cui ogni procedura segue il suo corso ed estingue solo parzialmente il procedimento ispettivo, trovando conforto nella Circolare Ministeriale n. 24/04 che,

appunto, chiarisce come le conciliazioni relative a più lavoratori vadano trattate separatamente.

La soluzione prospettata dal primo orientamento viene ad attribuire alla procedura conciliativa il carattere di strumento alternativo allo svolgimento dell'attività ispettiva accanto a quello tradizionale fondato sull'accesso nel luogo di lavoro, con ciò privilegiando la tutela dell'interesse pubblico rispetto a quello privatistico delle parti, laddove con la seconda tesi, al contrario, attribuendosi una preferenza al consenso espresso dai soggetti privati, si finisce per snaturare l'istituto della conciliazione, trasformandolo in uno strumento posto esclusivamente a disposizione dei privati per la tutela di specifici interessi soggettivi. In quest'ultimo caso, potrebbe perdersi di vista il principio fondamentale dell'art. 35 della Costituzione, la cui attenta salvaguardia da parte delle Istituzioni Pubbliche viene sollevata anche da Luciano Gallino in un recente articolo (I lavoratori e la trappola dell'arbitrato, sul quotidiano La Repubblica del 15 dicembre 2009, 49).

* L'Autore ringrazia le dott.sse Stefania LOMBARDI e Daniela PIACENTE, Funzionarie Ispettrici del Lavoro che hanno collaborato direttamente alla elaborazione e stesura dei paragrafi n. 3 e 6.