

# LA MEDIAZIONE ASSISTITA NELLE CONTROVERSIE DI LAVORO: TRA FALLIMENTI E NUOVE TUTELE

*I nuovi tentativi di conciliazione per il rilancio della mediazione pubblica e la prevenzione giudiziale dei conflitti di lavoro.*

*di Silvia Ardua D'ALESIO*

**Sommario:** 1. Le ragioni del fallimento del tentativo obbligatorio di conciliazione. 2. Il ritorno alla facoltatività: dal passato al presente nel rispetto dei diritti del lavoratore. 3. La procedura conciliativa facoltativa e l'arbitrato della Commissione di conciliazione (artt. 410, 411 e 412 c.p.c.). 4. La questione del pubblico impiego. 5. Il ritorno all'obbligatorietà ... ma non per tutti. 6. Quale futuro per la conciliazione amministrativa.

## **1. Le ragioni del fallimento del tentativo obbligatorio di conciliazione**

Il Ministero del Lavoro, sede storica della conciliazione amministrativa, nella nota del 25 novembre 2010 a firma del Segretario Generale, (reperibile sul sito istituzionale [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it)) dichiara conclusa "dopo poco più di un decennio l'esperienza del tentativo obbligatorio di conciliazione presso le Direzioni Provinciali del Lavoro, avviato dal Decreto Legislativo 31 marzo 1998 n. 80".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Nota prot. 11/I/0003428/MA002.A001 del 25 novembre 2010 – Ministero del Lavoro - Segretariato Generale in [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it).

In tanti hanno scritto sulle ragioni, presunte, del fallimento della conciliazione obbligatoria amministrativa; forse siamo in pochi a pensare che se avessimo creduto di più nella funzione "economico-sociale" della conciliazione, piuttosto che in quella meramente procedurale, non saremmo arrivati a prendere atto oggi di un "fallimento", decretato, tuttavia, *in primis* dal Legislatore. La Suprema Corte di Cassazione, in varie sentenze, ha avuto modo di confermare l'impianto legislativo della conciliazione ante Collegato Lavoro, affermando che "ai fini dell'espletamento del tentativo di conciliazione, il quale ai sensi dell'art. 412 c.p.c. costituisce condizione di procedibilità della domanda, è sufficiente, secondo il quanto disposto dall'art. 410-bis c.p.c., la presentazione della richiesta all'organo istituito

*presso le Direzioni Provinciali del Lavoro, considerandosi, comunque, espletato il tentativo di conciliazione decorsi sessanta giorni dalla presentazione della richiesta, a prescindere dall'avvenuta comunicazione della richiesta stessa alla controparte".<sup>2</sup>*

Dunque, per poco più di un decennio, gli operatori del settore hanno dovuto utilizzare un tentativo di conciliazione pensato quale strumento deflattivo del contenzioso giudiziario per arginare la "marea" di cause di lavoro davanti al giudice, ma che, in realtà, non ne aveva la capacità concreta sin dalla nascita. L'assenza di penalità e/o sanzioni per il convenuto che, sebbene regolarmente convocato, non si presentava alla riunione della Commissione Provinciale di Conciliazione e mero decorso del termine di legge (sessanta giorni nel lavoro privato e novanta giorni in quello pubblico), per realizzare, comunque, la condizione di procedibilità del ricorso giudiziario, rappresentano i due "anelli deboli" della conciliazione obbligatoria. Un sistema legislativo illogico e inefficiente che, nel tempo, ha indotto nelle parti e in chi le assiste sfiducia e pregiudizio nello strumento extragiudiziale di risoluzione dei conflitti di lavoro, del quale era colto (spesso volutamente) il solo aspetto procedurale, quale intervallo di tempo obbligatorio per adire poi l'autorità giudiziaria. Frequenti invece, erano le ratifiche davanti alla Commissione di accordi transattivi già raggiunti tra le parti, perché l'efficacia conferita dall'art. 2113 ultimo comma c.c. era e resta un valore aggiunto caratterizzante questo tipo di transazioni.

Altri due motivi hanno inciso quotidianamente sulla funzionalità concreta dello strumento, nonostante l'impegno e gli sforzi per la buona riuscita di quest'ultimo messi in campo dai funzionari e impiegati delle Direzioni Provinciali del Lavoro.

In epoca di obbligatorietà accadeva di frequente che i membri esterni, non remunera-

rati per la funzione svolta, considerata dal Ministero del Lavoro compito "sociale" e gratuito, non si presentavano a comporre il numero legale dell'Organo collegiale (Presidente - un rappresentante dei lavoratori e uno dei datori di lavoro) e, quindi, la riunione "saltava" e le vertenze della giornata slittavano ai giorni seguenti. Inoltre, l'elevato numero di pratiche pervenute, che in alcune realtà territoriali poteva arrivare a toccare anche le 8.000 - 10.000 l'anno,<sup>3</sup> non consentiva alla Commissione di esaminare compiutamente ogni singola controversia, né di formulare proposte transattive, ossia di espletare appieno la funzione propulsiva e incoraggiante la conciliazione "... per favorire la composizione preventiva della lite" come auspicato dal Legislatore del 1998 (decreto legislativo n. 80).

Altro limite del sistema risiede nella difficile compatibilità dello strumento conciliativo obbligatorio con l'ordinamento delle amministrazioni pubbliche.

L'orientamento conforme della giurisprudenza amministrativa afferma che "*Il verbale di conciliazione nelle controversie del pubblico impiego non ha natura di sentenza, nè, più in generale, di provvedimento giurisdizionale, in quanto la Commissione di Conciliazione non esercita funzioni giudiziarie, bensì amministrative e, pertanto, sulla base dello stesso non può essere esperito il giudizio di ottemperanza*".<sup>4</sup>

Nella vicenda affrontata dal Consiglio di Stato, di cui sopra è riportato un breve passaggio della decisione, un dipendente pubblico chiedeva all'organo adito l'esecuzione di un verbale di conciliazione obbligatoria nel quale l'amministrazione comunale di appartenenza si era impegnata a riconoscergli un inquadramento professionale superiore con correlato trattamento economico.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria nella sentenza 19 maggio 2008 n.

<sup>2</sup> Cass. civ. Sez. lav., sentenze n. 967 del 21 gennaio 2004 e n. 13708 del 12 giugno 2007) in [www.cortedicassazione.it/Documenti/2676](http://www.cortedicassazione.it/Documenti/2676).

<sup>3</sup> Cfr. dati statistiche DPL Bari anno 2004: richieste di t.o.c. pervenute 10.110, accordi: 1.160; somme transatte totali: € 17.223,00).

<sup>4</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2007 n. 5480, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), link sentenze.

522 sostiene che *“Il verbale di conciliazione nelle controversie del pubblico impiego, ai sensi dell’art. 66 del d.lgs. n. 165/2001 non costituisce titolo per esperire il giudizio di ottemperanza, al fine di ottenere l’esecuzione dello stesso”*.<sup>5</sup>

Il caso concreto vedeva coinvolto un medico, il quale aveva promosso il tentativo di conciliazione, all’epoca obbligatorio, per richiedere il risarcimento dei danni patrimoniali ed esistenziali causati da un comportamento mobbizzante e vessatorio nei suoi confronti messo in atto dall’Amministrazione di appartenenza.

In sede conciliativa le Parti concordavano sul trasferimento del medico, entro un certo intervallo, anche in soprannumero e presso un’altra struttura operativa. (soluzione transattiva di buon senso e convenienza per una P.A., poiché non implicante esborsi di denaro a carico del bilancio pubblico).

Quel verbale di conciliazione, non essendo una sentenza, né un giudicato, una volta inadempiente l’Amministrazione riguardo al trasferimento pattuito, non ha consentito al medico di attivare il giudizio di ottemperanza che, come noto, ha la funzione di garantire attuazione a una precedente decisione giudiziale (decreto esecutivo o sentenza, anche a carattere cautelare, passata in giudicato), cui la P.A. non abbia prestato spontanea acquiescenza.

Il limite rappresentato da una conciliazione non assistita da strumenti coercitivi e/o esecutivi in caso di mancata spontanea esecuzione da parte della P. A. ha contribuito a diffondere un forte senso di sfiducia nei confronti dello strumento applicato al lavoro pubblico, dove regole speciali e norme inderogabili già rendono di per sé più difficile rispetto al settore privato la conciliazione stessa.

Si aggiunga, inoltre, come scrive Paolo Lannutti, che la conciliazione obbligatoria in materia di lavoro, senza distinzione tra settore privato e pubblico impiego, in effetti, è

*“sempre stata intesa come negoziazione di parte, nel senso che il tentativo di composizione della lite è rimasto limitato ai soli fatti e diritti dedotti in base alla controversia in essere. La conseguenza è stata la preclusione di ogni possibilità di scoprire e analizzare i reali interessi in gioco, al di là delle reciproche posizioni contrapposte evidenziate dalle parti”*.<sup>6</sup>

Si aggiunga che le Parti interessate hanno spesso mostrato difficoltà a cogliere la peculiarità del ruolo dell’organo conciliatore, il quale non è un giudice che da torti o ragioni, ma un mediatore che, ferme restando imparzialità e terzietà, può liberamente tener conto dei reali motivi che spingerebbero le Parti verso una soluzione conciliativa piuttosto che verso un’altra, per dare la rotta giusta alla soluzione definitiva della lite. Sostiene ancora Lannutti che *“la riforma del 1998 aveva configurato una sorta di «sinedrio» per il tentativo di conciliazione: una commissione composta di nove membri di cui quattro sono i rappresentanti delle associazioni datoriali e quattro di quelle dei lavoratori. Anche se poi la realtà è stata quella di sottocommissioni formate da un rappresentante per parte oltre al funzionario della Direzione Provinciale del Lavoro in veste di Presidente. Questa configurazione pletorica e burocratica - unita alla mancanza di professionalità specifiche in capo a chi avrebbe dovuto procedere alla mediazione - non poteva che portare allo sconcertante risultato cui si è giunti”*.<sup>7</sup>

Sorvoliamo sul termine “sinedrio” evocante una realtà che non ci appartiene; in effetti, discorso a parte meriterebbe la “professionalità specifica” del conciliatore che non può mancare, anzi dovrebbe essere presupposto essenziale per l’esercizio della funzione stessa, unita all’esperienza sul campo.

Purtroppo, la carenza nell’organico ministeriale di funzionari amministrativi laureati in giurisprudenza e dotati di siffatta professio-

<sup>5</sup> T.A.R. Calabria, 19 maggio 2008 n. 522 in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), link sentenze.

<sup>6</sup> P. LANUTTI in [www.aequitasadr.it](http://www.aequitasadr.it), 02/05/2011.

<sup>7</sup> P. LANUTTI in [www.aequitasadr.it](http://www.aequitasadr.it), 02/05/2011.

nalità, cui affidare i compiti conciliativi ha comportato che questi ultimi fossero svolti anche da impiegati senza sufficienti conoscenze tecnico-giuridiche, sprovvisti del titolo di laurea, per la verità soprattutto in passato e in alcune realtà territoriali.

Un altro elemento importante che è mancato per la buona riuscita della conciliazione obbligatoria è quello individuato da Claudio Siciliotti nell'etica: "*Se manca l'etica nessun sistema giustizia potrà, per quanto efficiente, mai funzionare a dovere*".<sup>8</sup>

Condivisibile riflessione, valida non solo nell'ambito della giustizia dei tribunali, laddove, per esempio, i rinvii sono spesso richiesti a puro scopo dilatorio, ma anche e soprattutto nella conciliazione amministrativa.

In epoca di tentativo obbligatorio di conciliazione frequentemente emergeva il dubbio che chi si presentava davanti alla Commissione di conciliazione, anche per il sol fatto di aver inoltrato richiesta, in realtà non avesse la benché minima "*capacità di autovalutazione della legittimità della propria pretesa e della correttezza della propria posizione*", spesso ingigantita o "costruita a tavolino" dagli avvocati.

Alla fine, la Commissione non poteva far altro che invitare la parte istante a desistere dal proseguire l'azione in giudizio, pena la probabile soccombenza.

Non era da meno la controparte. Il numero elevato di assenze delle Aziende convenute ha dimostrato che per queste ultime l'obbligatorietà del tentativo promosso dal lavoratore era un modo come un altro per procrastinare la definizione della vertenza, contando sui tempi lunghi ed estenuanti della giustizia dei Tribunali.

In altri termini, fallito il tentativo obbligatorio di conciliazione, i Tribunali sono stati ingolfati di cause di lavoro, alle volte prive di fondamento o aventi a oggetto contenuti economici così minimi da poter essere ri-

solti in una sola riunione di conciliazione, risparmiando tempo e denaro.

Ma tant'è! Quando manca negli individui il senso dell'etica nessun sistema in generale, tantomeno la conciliazione che quella regola cerca di perseguire, può pretendere di avere successo, a prescindere dalle oggettive difficoltà del singolo caso concreto.

Alla fine, cause e concause di cui sopra, combinate fra loro, hanno prodotto la "disfatta dell'obbligatorietà", avvertita, soprattutto da chi assisteva i lavoratori, più come un dovuto e fastidioso *passaggio* formale prima di "fare causa davanti al giudice", che come un'occasione "sociale" d'incontro e scambio di opinioni con la controparte, in una sede istituzionale meno formale e seria di un'aula di tribunale.

E' convinzione di chi scrive che, di là dagli aspetti critici propriamente tecnico - oggettivi, il fallimento del tentativo di conciliazione obbligatoria è stato decretato dalla mancanza nelle persone della cultura del confronto civile e dell'ascolto "dell'altro", assenza che, purtroppo, caratterizza anche altri ambiti del vivere quotidiano.

Non v'è dubbio che il conflitto fra posizioni diverse e contrapposte è comunemente inevitabile; ma diventa negativo se si cerca di saltarlo a tutti i costi; diventa preziosa risorsa, invece, qualora lo si affronti con coscienza, etica e positività, e con flessibilità e predisposizione all'ascolto.

Ralf Dahrendorf, noto come "il filosofo del conflitto" scriveva che il conflitto va valorizzato come elemento portatore di cambiamento per una società che diversamente apparirebbe statica e irrealistica.<sup>9</sup>

L'etimologia stessa della parola "conflitto" (dal latino *cum - frigo* letteralmente "*strido insieme*" e "*non contro*") contiene già in se il senso di una conciliazione finale.

<sup>8</sup> C. SICILIOTTI, Presidente del Consiglio nazionale dei dottori Commercialisti e degli esperti contabili da: *Il Sole 24 Ore*, 11 novembre 2008, pag. 39).

<sup>9</sup> R. DARHENDORF in [www.IISole24ore.com](http://www.IISole24ore.com), Archivio 18.06.2009.

## 2. Il ritorno alla facoltatività: dal passato al presente nel rispetto dei diritti del lavoratore

Nelle controversie di lavoro, più che in altri campi del contendere, le parti avvertono la necessità che, sanati alcuni aspetti controversi, il rapporto lavorativo possa poi proseguire.

Considerati i tempi "biblici" della giustizia dei tribunali è indispensabile e di grande attualità avere a disposizione un percorso di dialogo extragiudiziale costruttivo, agevolato da un mediatore qualificato e professionale, il quale conduca le parti a una definizione celere e quanto più condivisa della controversia insorta.

*"Il sistema "giustizia", infatti, nel nostro Paese è al collasso, così come da anni sta affermando la Commissione Ue in vari rapporti; milioni di cause pendenti, lunghezza dei procedimenti, distanza abissale dall'efficienza del resto dei Paesi europei".*<sup>10</sup>

Gli ultimi dati ISTAT - Ministero della Giustizia presentano un quadro a dir poco disastroso per il settore giustizia: 1.200 cause di lavoro pendenti; la durata del contenzioso del lavoro è in media di 785 giorni per una causa di 1° grado al Foro di Bergamo, che diventano invece 1.441 giorni al Foro di Messina.<sup>11</sup>

Se ciò costituisce un fatto così importante da aver spinto il legislatore a introdurre la mediazione obbligatoria nel processo civile, in vigore dal 21 marzo 2011, in forza dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010<sup>12</sup> non emergono con chiarezza, sebbene intuibili, le ragioni del "ritorno alla facoltatività"

della conciliazione nelle controversie di lavoro ex art. 409 c.p.c..

Non è sufficiente la semplice presa d'atto del fallimento dello strumento obbligatorio introdotto dal decreto legislativo n. 80/1998, né il riferimento alla Carta Costituzionale, rispetto alla quale non potrebbe sussistere, pena l'incostituzionalità, alcun limite imposto dall'ordinamento all'esercizio dell'azione giudiziaria.

In generale, i motivi di un ritorno al passato (simile a quello *ante* decreto legislativo n. 80/1998) sono da rintracciare altrove, in interessi e scopi estranei alla volontà di creare un sistema di mediazione extragiudiziale pubblico e gratuito, nonché coordinato, per decongestionare il settore della giustizia e restituire ai cittadini la fiducia in quest'ultima.

*"Non è ancora chiaro se nel nostro Paese si vuole valorizzare la strada della 'giustizia non togata', alternativa al giudizio, magari con la previsione parallela di un sistema di controllo e di garanzie posto dallo Stato oppure rafforzare solamente il processo del lavoro, magari snellendolo e tenendolo, però, in aule e strutture del tutto inadeguate".*<sup>13</sup>

Eppure, lungo il percorso storico della conciliazione è dato riscontrare come l'ordinamento giuridico abbia sempre avvertito la necessità di evitare il ricorso al giudice, prova né è l'istituto dell'arbitrato, e di affidare l'attività conciliativa a organi pubblici (le sedi territoriali del Ministero del Lavoro), reputati gli unici in grado di garantire l'imparzialità e l'istituzionalità del procedimento, ma soprattutto la gratuità.

Sul presupposto che il lavoratore non potesse e non dovesse sopportare costi aggiuntivi, oltre a quelli presumibilmente patiti per ragioni di causa.

Gli ex Uffici Provinciali del Lavoro (U.P.L.M.O.) poi Direzioni Provinciali del Lavoro, ora Direzioni Territoriali del Lavoro gestivano la conciliazione amministrativa in

<sup>10</sup> E. PERIFANO, Direttivo nazionale Associazione Nazionale Forense da: *Illegittimo il filtro al giudizio con l'uso della conciliazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 novembre 2008).

<sup>11</sup> A. CORVINO, Avvocato del Foro di Bergamo, dalla Relazione al Seminario "Le novità introdotte dal Collegato Lavoro" - Roma 16-17 dicembre 2010, organizzato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - Direzione generale attività ispettiva.

<sup>12</sup> In [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

<sup>13</sup> A. BELSITO, *Controversie di Lavoro*, Cacucci, Bari, 2005.

forza della legge n. 628 del 1961, cui seguì, dopo pochi anni, la legge n. 604 del 1966 che introdusse la facoltà per il lavoratore di promuovere il tentativo di conciliazione presso gli stessi entro 20 giorni dalla comunicazione del licenziamento e, in caso di esito negativo del tentativo, di attivare un arbitrato irrituale, assegnando valore di titolo esecutivo al verbale di accordo.

Lo sforzo più grande fu raggiunto con la legge n. 533 del 1973, più nota come Riforma del processo del lavoro, la quale, attraverso una mirata tecnica legislativa, trasponendo nel codice di procedura civile il procedimento della conciliazione. Gli articoli 410, 411 e 412, letteralmente riscritti, prevedevano che la gestione della conciliazione non era più affidata al singolo funzionario pubblico, ma a un'apposita Commissione Provinciale di Conciliazione istituita presso l'Ufficio del Lavoro.

Fino a questo momento, siamo, tuttavia, nell'ambito della facoltatività: le Parti restano libere di andare direttamente in giudizio senza passare per il tentativo di conciliazione, il quale, tuttavia, è garantito dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., riguardo alla sua inoppugnabilità.

Principio confermato e sottolineato dalla Suprema Corte di Cassazione in numerose sentenze dell'epoca, fra tutte la n. 5832 del 3 luglio 1987 nella causa ACIT c/Rovini, secondo cui "*La disposizione dell'art. 2113 c.c. (...) non trova applicazione alle conciliazioni avvenute in sede giudiziale ovvero davanti alle Commissioni conciliative istituite presso l'Ufficio del lavoro ovvero in sede sindacale, a prescindere dal rispetto o meno delle formalità previste dall'art. 411 c.p.c. (deposito presso l'Ufficio del lavoro e della cancelleria della Pretura) che perseguono finalità diverse e ulteriori (garanzia dell'autenticità e dell'esecutività dell'accordo) rispetto a quella di assicurare che la conciliazione corrisponda a una volontà non coartata del lavoratore*". Ciò giacché "*... l'intervento dell'Ufficio Provinciale del lavoro o della Commissione Provinciale di conciliazione è di per sé idoneo a sottrarre il lavoratore a quella condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro, che*

*rende sospette di prevaricazione da parte di quest'ultimo le transazioni o rinunzie intervenute nel corso del rapporto in ordine a diritti stabiliti da norme inderogabili. Detti organismi, infatti, adempiono il compito loro affidato dalla legge non solo quando, essendo ciò necessario, partecipino attivamente alla composizione delle contrastanti posizioni delle parti, ma anche quando, null'altro occorrendo nel caso specifico, riconoscano come espressione di una volontà non coartata del lavoratore e conseguentemente registrino in un proprio atto, una composizione degli interessi già delineata in trattative dirette*".<sup>14</sup>

L'evoluzione del diritto del lavoro e la grande operazione legislativa sulla "privatizzazione" del pubblico impiego condussero poi alla rivoluzione, anche storico-culturale, rappresentata dal decreto legislativo del 31/3/1998 n. 80 (in [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it)).

L'individuazione del Giudice del lavoro quale magistratura ordinaria anche per le controversie in materia di pubblico impiego e il conseguente nuovo carico di cause riversato su quest'ultimo impose al Legislatore la necessità di introdurre uno strumento deflattivo del contenzioso che fungesse da argine.

La conciliazione divenne, quindi, obbligatoria, configurata come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, attraverso la riforma del comma 1 dell'art. 410.

Mutuando le brillanti parole del relatore al Progetto Foglia che richiama a sua volta il pensiero della Corte Costituzionale sull'argomento, ricordiamo che "*l'obbligatorietà tendeva a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: evitando, da un lato, che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provocasse un sovraccarico dell'apparato giudiziario, ostacolando il funzionamento; favorendo, dall'altro, la composizione preventiva delle lite e assicurando*

<sup>14</sup> Or. giur. lav., 1987, 1156, e Cassazione, 25 novembre 1983 n. 7092 *Sieni c/S.p.A. il Libro del Mondo* in Repertorio di segnalazioni di giurisprudenza del lavoro 1979-188 pag.440 dell'Associazione sindacale INTERSIND).

*alle posizioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quello conseguibile attraverso il processo*".<sup>15</sup>

La Corte dichiarava, quindi, non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 410, 410-bis e 412-bis del codice di procedura civile rispetto agli articoli 3, 24 e 76 della Carta Costituzionale, come sollevate dai Tribunali rimettenti, dopo aver anche richiamato la propria giurisprudenza consolidata, secondo cui *"l'art. 24 della Costituzione, laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare «interessi generali», con le dilazioni conseguenti"*.<sup>16</sup>

Tuttavia, l'art. 412-bis intitolato proprio *"Procedibilità della domanda"* conferiva al tentativo di conciliazione la veste di condizione obbligatoria alla procedibilità del ricorso di lavoro, con una serie di conseguenti adempimenti tutti di natura processualista, noti agli operatori del settore, considerati alla fine vuoti e pedanti formalismi.

La procedimentalizzazione della conciliazione di fatto finiva per "snaturare" quest'ultima, poiché se le Parti non avevano alcuna intenzione di conciliare non sarebbe stato certo un mero adempimento obbligatorio a convincerle del contrario.

Se *"alla conciliazione non si ricorre per la sua autonoma capacità risolutoria, ma in via residuale, come surrogato della giurisdizione, senza considerare che ci sono materie per cui è possibile proporre la conciliazione, altre - come i diritti indisponibili - che lo escludono"* si finisce per escludere qualsiasi efficacia deflattiva allo strumento.

La storia ci ha brevemente ricordato l'attualità di un'esigenza antica, colta appieno dal Legislatore del cosiddetto *Collegato Lavoro* sia pur con le lacune e imprecisioni che

vedremo in seguito.<sup>17</sup>

L'istituto conciliativo è stato ora riportato nell'alveo della facoltatività e, quindi, della volontarietà e sottratto al legame procedimentale con il processo.

Ciò non rappresenta un male di per sé.

In base ai nuovi criteri previsti dall'art. 31 della legge 183/2010, dal 7 gennaio 2011, data di ricostituzione della Commissione di Conciliazione presso la Direzione Provinciale del lavoro di Bari, al giugno 2011, sono pervenute, dall'ambito territoriale di competenza, circa 1.750 richieste di tentativo di conciliazione facoltativa, non solamente congiunte, ai sensi dell'articolo 410 c.p.c.; un dato non trascurabile relativo a pochi mesi di nuovo rito che dimostra una rinnovata fiducia e una volontà attuale di continuare a utilizzare lo strumento conciliativo, assistito sempre dalle garanzie storiche rappresentate dalla sede istituzionale pubblica e dall'efficacia ex art. 2113 c.c. ultimo comma.

Negli anni '70, in pieno regime di facoltatività, le vertenze individuali presso la DPL di Bari erano numericamente di meno (poche decine al giorno), ma approfondite e conciliate in modo più sentito e partecipe anche da parte della stessa Commissione che ora come prima ha tutto il tempo di formulare una proposta conciliativa, apprezzabile dalle Parti.

La volontarietà e la previsione di diverse sedi conciliative e/o arbitrali, come quelle previste dagli art. 412-ter e 412-quater c.p.c., alle quali è estesa l'efficacia dell'art. 2113, ultimo comma c.c., rappresentano le novità del presente.

Da un lato la facoltatività, dall'altro vari strumenti alternativi posti a disposizione delle Parti per evitare il più possibile il ricorso al giudice descrivono un quadro in cui necessariamente collocare l'argomento della tutela del contraente più debole, poiché non possiamo negare che anche in sede ex-

<sup>15</sup> Relazione al Progetto Foglia (D.M. 28 novembre 2006) pubblicato su [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it).

<sup>16</sup> Corte cost., sentenza n. 276 del 6 luglio 2000, Presidente Cesare Mirabelli, in [www.giurcost.org/decisioni/2000](http://www.giurcost.org/decisioni/2000).

<sup>17</sup> Legge 4 novembre 2010 n. 183 in *Supplemento Ordinario n. 243/L alla Gazzetta Ufficiale Serie generale n. 262 del 9 novembre 2010*.

tragiudiziale, e non solo nello svolgimento del rapporto di lavoro, continua a sussistere la sostanziale disuguaglianza delle posizioni delle parti (datore di lavoro- lavoratore), per questa ragione è nato ed esiste il diritto del lavoro.

La corretta lettura da dare, infatti, all'esistenza, sin nella nota formulazione del 1942, della previsione contenuta nell'art. 2113 c.c. è, infatti, quella sottolineata da Giovanni G.A. Dato, secondo cui quello dell'art. 2113 c.c. è "un sistema che sottrae le conciliazioni in argomento ai principi d'indisponibilità e d'inderogabilità, concepiti in termini assoluti, purché siano osservate le ritualità previste, di natura giudiziale (ovvero sindacale ovvero amministrativa) e alla presenza di «un soggetto terzo» (qual era ed è la Commissione di Conciliazione presso la DPL) che assicuri la sufficiente riflessione e attenzione del prestatore di lavoro in ordine alla dismissione o abdicazione dei diritti maturati"<sup>18</sup>.

In fase stragiudiziale amministrativa e sindacale, nel rispetto dell'autonoma determinazione delle Parti, la previsione dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. consente di "considerare estranee al regime di invalidità e di impugnativa da essa introdotto le conciliazioni riconducibili alla previsione del suo ultimo comma. Ed è proprio con riferimento a quest'ultima parte della norma che il Tribunale ha definito valida ed inoppugnabile la negoziazione, da parte dei lavoratori, di pretese già acquisite al loro patrimonio e perciò stesso estinto il credito risarcitorio da loro maturato per il periodo antecedente al 20.02.1974. Sottolinea, infatti la sentenza di merito che la transazione fu assistita dalle "garanzie" espressamente contemplate dall'art. 2113 c.c. perché frutto di un accordo (quello del 17.04.1974) concluso in sede sindacale con espressa adesione dei lavoratori"<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> G.G.A. DATO, *La certificazione delle rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, (a cura di) G. PERRONE - A. VALLEBONA, Giappichelli, Torino.

<sup>19</sup> Cass. civ. Sez. lav., 3 aprile 1999 n. 3233 nel

È ancora la Cassazione Civile sezione lavoro del 18 aprile 2008 n.10218 (Pres. Sciarelli) ad affermare, ribadendo un proprio antico e costante orientamento, che nelle "conciliazioni intervenute ai sensi degli articoli 185, 410 e 411 c.p.c. (e ora anche 412 ter e quater) la posizione del lavoratore viene ad essere adeguatamente protetta nei confronti del datore di lavoro per effetto dell'intervento in funzione di garanzia di un terzo "autorevole" e, quindi, viene meno la presunzione di condizionamento della volontà del lavoratore"<sup>20</sup>.

### 3. La procedura conciliativa facoltativa e l'arbitrato della Commissione di conciliazione (artt. 410, 411 e 412 c.p.c.)

Le nuove regole della facoltatività e della volontarietà introdotte dal Collegato Lavoro per il tentativo di conciliazione comportano che la convocazione delle Parti davanti alla Commissione di Conciliazione sia emessa esclusivamente a seguito della formalizzata adesione alla procedura conciliativa da parte del convenuto ex art. 410 c.p.c.. L'iter procedurale, identico per le controversie sia del settore privato sia del lavoro pubblico (a seguito dell'espressa abrogazione degli artt. 65 e 66 del d.lgs. 165/2001) è dettagliatamente scandito secondo una tempistica che possiamo così riassumere: 20 - 10 - 30 giorni; sicuramente più breve ed efficiente di quella del passato.

Chi chiede la conciliazione deve presentare la domanda con lettera raccomandata a/r, oppure a mano o per posta certificata, indirizzata anche alla controparte, specificando il quantum e l'oggetto, per consentire la verifica delle pretese ed evitare richieste pretestuose e indeterminate. È prevista la possibilità per l'Ufficio di richiedere integrazioni. "La parte chiamata dovrà attivarsi

respingere il ricorso proposto dal lavoratore in [www.Cassazione.it](http://www.Cassazione.it).

<sup>20</sup> Cass. civ. Sez. lav., 18 aprile 2008 n. 10218 (Pres. Sciarelli) in [www.Cassazione.it](http://www.Cassazione.it).



*depositando tempestivamente una memoria nella quale indicherà le proprie difese ed eccezioni in fatto ed in diritto, e le eventuali domande riconvenzionali. L'inerzia della parte concretizza il rifiuto della conciliazione e, in materia di licenziamenti e trasferimenti (e nelle altre previste dall'art. 32 e delle quali si dirà nella parte che segue), fa decorrere il termine di decadenza di sessanta giorni previsto per l'impugnazione dell'atto datoriale (mentre analogo effetto dovrebbe derivare dalla mancata convocazione da parte della commissione nei dieci giorni seguenti al deposito della memoria difensiva)".<sup>21</sup> Tali formalità non si applicano alla conciliazione in sede sindacale.*

Se le Parti non raggiungono un accordo tra loro, la Commissione ha l'obbligo di formulare una proposta bonaria di conciliazione (art. 411 comma 2), al fine di definire la controversia; a fronte della notevole riduzione delle pratiche, c'è tutto il tempo per la Commissione di valutare con attenzione il merito del contendere *"costruendo un congruo e corretto verbale conciliativo che possa concludere la procedura dirimendo le pretese di diritto e di fatto delle Parti (...) La proposta avrà un valore per il giudice qualora la mancata accettazione, da parte dei 'contendenti', non sia adeguatamente motivata (...) Dinanzi al giudice, oltre al verbale di mancato accordo dovranno essere presentati anche tutte le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito (co. 3, art.411 c.p.c.)".<sup>22</sup>*

*"Delle risultanze della proposta formulata dalla Commissione e non accettata senza adeguata motivazione il giudice tiene conto in sede di giudizio", (art. 411 comma 2), ossia in sede di ripartizione delle spese processuali.*

Ma la novità più interessante per le Direzioni Provinciali del Lavoro presso cui sono

costituite e operano le Commissioni di Conciliazione nella loro nuova composizione è rappresentata dall'arbitrato irrituale a esse affidato dalla disposizione contenuta nell'art. 412 c. p.c., come sostituito dall'art. 31 comma 5 del Collegato lavoro (l. n. 183/2010).

La norma prevede che le parti *"in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita, possono accordarsi per risolvere in via arbitrale la controversia affidando alla commissione di conciliazione il relativo mandato: infatti, le parti che optano per la procedura conciliativa, nel proposito di evitare la via giurisdizionale per la risoluzione della loro controversia, ove questa non riesca, «possono indicare la soluzione, anche parziale, sulla quale concordano, riconoscendo, quando è possibile, il credito che spetta al lavoratore, e possono accordarsi per la risoluzione della lite, affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia»: in tal caso, l'organo chiamato a decidere della controversia - commissione di conciliazione - è lo stesso dinanzi al quale le parti hanno tentato la conciliazione e che quindi, venuto già a conoscenza dei termini della controversia, delle posizioni delle parti e dell'eventuale spazio per un accordo, è in grado di giungere più rapidamente alla soluzione della lite"; né può dubitarsi della imparzialità della commissione in sede arbitrale per il solo fatto della conoscenza delle posizioni delle parti in sede conciliativa, atteso che nessun dubbio analogo si pone nell'ipotesi in cui il giudice del lavoro (cui pure compete il potere-dovere di conciliare le parti e proporre alle stesse una soluzione bonaria della causa in termini concreti) decida la controversia che non sia riuscito a conciliare.*

*"Quanto al contenuto del mandato con il quale le parti conferiscono l'incarico di decidere la controversia, devono essere precisati: a) il termine per la pronuncia del lodo (che non può superare i sessanta giorni dal conferimento del mandato, mentre, nell'ipotesi di suo mancato rispetto, l'incarico deve intendersi revocato di diritto); b)*

<sup>21</sup> Così A. CORVINO - M. TIRABOSCHI, *La nuova conciliazione*, in AA.VV. (Proia - Tiraboschi cur.), op. cit., 105.

<sup>22</sup> R. CAMERA, *I tentativi di conciliazione in materia di lavoro dopo il Collegato Lavoro*, in *La Circolare di lavoro e Previdenza*, Centro Studi Lavoro e Previdenza, n. 44 del 15 novembre 2010, pag. 9.

le norme a sostegno delle pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità: le parti devono in particolare indicare le norme di diritto che sono a fondamento delle loro pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità nel rispetto «dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari».

Il comma 5 dell'art. 31, l. 183/2010 non definisce espressamente la natura della procedura ivi descritta in termini di rituale o irrituale, ma la scelta del legislatore parrebbe ugualmente chiara atteso che il lodo «produce tra le parti gli effetti di cui all'articolo 1372 e all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile».

Da tale indicazione può desumersi la natura irrituale dell'arbitrato che si svolge dinanzi alle commissioni di conciliazione poiché al provvedimento finale - sottoscritto e autentico - è attribuita l'efficacia del contratto (o - per meglio richiamare l'espressione sull'efficacia del lodo irrituale ex art. 808-ter cod. proc. civ. - quella di determinazione contrattuale) ed è equiparata alle conciliazioni che avvengono davanti a sedi idonee ad assicurare la volontà delle parti ai sensi del comma 4 dell'art. 2113 cod. civ. (richiamato dalla disposizione in commento).

A sostegno della irritalità dell'arbitrato di cui all'art. 412 cod. proc. civ. vi è anche l'argomento che il provvedimento finale sia impugnabile ai sensi dell'art. 808-ter cod. proc. civ., norma disciplinante le modalità di impugnazione del lodo.

Né l'acquisizione al lodo in discorso, come si dirà infra, amplius - dell'efficacia esecutiva, che è tipica del lodo rituale - osta all'attribuzione di irritalità alla decisione finale ex art. 412 cod. proc. civ., atteso che ciò era già avvenuto nel 1998 con la previsione contenuta nell'art. 412-quater cod. proc. civ. (cui sembra ispirata, sotto il profilo dell'esecutività, il modello di arbitrato dinanzi alle commissioni di conciliazione)<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Brano in corsivo tratto integralmente da Corte Supre-

Dalle parole della legge ai fatti. È di recente pervenuta alla Commissione di Conciliazione presso la Direzione Provinciale del lavoro di Bari la prima richiesta congiunta di deferimento in via arbitrale della controversia, ai sensi del vigente art. 412 c.p.c., in caso di esito negativo del tentativo facoltativo di conciliazione.

A conferire il relativo mandato alla Commissione di comune accordo con i lavoratori è addirittura un Ente Pubblico, evidentemente ben informato dai propri tecnici, consapevoli della portata innovativa e deflattiva della forma arbitrale prevista dall'art. 412 c.p.c., riguardo a una controversia per la quale la via giudiziaria appare inutilmente lunga e dispendiosa per il bilancio pubblico e anche per gli stessi attori.

Si verte, infatti, sul mancato pagamento ad alcuni Dirigenti della retribuzione di risultato in relazione ad una sola annualità.

Interessante si profila la richiesta alla Commissione delle Parti in questione di decidere eventualmente anche secondo equità, «nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari», (testo della legge) essendo un Collegio arbitrale di natura irrituale.

Nessun rischio di parzialità o di doppia pronuncia della Commissione in questo caso perché «la lettura corretta da dare alla distinzione tra conciliazione e arbitrato, entrambi previsti dall'art. 31 del Collegato lavoro, è che mentre nella prima le Parti sono d'accordo nel merito, nel secondo esse s'impegnano solo a considerare patto definitivo tra loro ciò che gli Arbitri decideranno nel lodo, a prescindere dal merito»<sup>24</sup>.

In linea generale, ricordiamo che il giudice può decidere una controversia secondo equi-

ma di Cassazione «Quaderni del massimario», (a cura di) F. BUFFA, *Il Collegato Lavoro e la tutela giurisdizionale*, 2011, pagg. 27-28.

<sup>24</sup> A. CORVINO, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro legge 4 novembre 2010 n. 183*, Centro Studi Marco Biagi ADAPT, 2010 da Seminario Ministero del lavoro: «Le novità introdotte dal Collegato lavoro», Roma dicembre 2010.

tà solo quando è previsto dalla legge ovvero quando il merito della causa riguarda diritti disponibili e le parti gliene abbiano fatto concorde richiesta (in questo secondo caso la sentenza è inappellabile).

Se la prima forma di arbitrato trova la sua ragione giustificativa nella contrattazione collettiva, anche decentrata, secondo una strada presumibilmente abbastanza percorribile nei fatti, la seconda potrebbe rimanere sulla carta, per evidenti e oggettive difficoltà nell'applicazione concreta.

È il caso del cosiddetto "arbitrato privato" ai sensi dell'art. 412-quater, affidato a un Collegio composto di un rappresentante di ciascuna delle Parti e da un terzo membro in funzione di Presidente, scelto di comune accordo dagli arbitri di parte tra i professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati patrocinanti davanti alla Cassazione. La procedura lunga e veramente farragginosa e l'esiguità degli onorari per gli Arbitri ("una controversia di 10.000 euro porta ad un compenso per il Presidente pari a 200 euro lordi e a 100, sempre lordi, per l'arbitro di parte"<sup>25</sup>) determineranno nella pratica l'inutilizzabilità di tale forma arbitrale.

#### 4. La questione del pubblico impiego

Nel Collegato Lavoro manca una specifica riflessione sulle peculiarità del lavoro pubblico e, quindi, un intervento legislativo *ad hoc* per rafforzare e consolidare la conciliazione (già difficile di per sé) nel pubblico impiego.

Il settore, infatti, a seguito della legge 150 del 2009 è privo di strumenti deflattivi del contenzioso giudiziario, tenendo, altresì, conto che non si applica al lavoro pubblico sia la certificazione dei contratti di lavoro che la disciplina della clausola compromissoria.

In materia d'impugnazione delle sanzioni

disciplinari, come chiarito nella Circolare n. 28 del 2 agosto 2010 del Ministero del Lavoro Direzione generale delle risorse umane e affari generali, i dipendenti pubblici non possono, infatti, far ricorso alla procedura arbitrale di cui all'art. 7 della l. n. 300/1970, un tempo prevista dall'articolo 56 del d.lgs. n. 165/2001, ora abrogato dall'art. 72 del d.lgs. n. 150/2009. Né sono più utilizzabili le procedure arbitrali d'impugnazione delle sanzioni disciplinari innanzi ai Collegi Arbitrali di Disciplina (C.A.D.) e all'Arbitro Unico di cui al Contratto Collettivo Nazionale Quadro del 23/01/2001, come chiarito dalla Circolare n. 9 del 27 novembre 2011 della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica.

Conclude il Ministero del lavoro nella circolare citata che ciò "*pare indice della volontà - del legislatore della 150 del 2009 - di escludere decisioni arbitrali nella materia delle impugnazioni disciplinari con la conseguenza che anche l'impugnazione ex art. 7 commi 6 e 7 dello Statuto, in quanto svolta di fronte ad un Collegio di conciliazione e arbitrato deve ritenersi preclusa*".<sup>26</sup>

A fronte di tale rigidità del legislatore della legge n. 150, quello del *Collegato lavoro* sembra, d'altro canto, aver dimenticato le caratteristiche specifiche del contenzioso del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Non basta, infatti, aver previsto anche per quest'ultimo le medesime procedure arbitrali del settore privato, mediante un utilizzo univoco e senza distinzioni da parte dei dipendenti pubblici.

Occorre, e non c'è stato, "*un adeguamento della cornice contrattuale: a partire dall'Accordo Quadro del 23 gennaio 2001 in materia di arbitrato e conciliazione, prorogato il 24 luglio 2003, fino alla stipulazione di un nuovo accordo in materia, tale adeguamento risulta necessario alle pubbliche amministrazioni pur in un*

<sup>25</sup> E. MASSI, *Conciliazione delle controversie di lavoro e arbitrato*, in *Diritto e Pratica del lavoro*, n. 46/2010.

<sup>26</sup> F. VERBARO, *Il tentativo di conciliazione perde l'obbligatorietà*, in *Speciale Collegato Lavoro, Il Sole 24 ore*, novembre 2010 n. 11).

*contesto di blocco "finanziario" delle procedure negoziali".<sup>27</sup>*

Dunque, facendo leva sulle forme deflattive esistenti, la conciliazione con le pubbliche amministrazioni può essere rilanciata e promossa partendo da due disposizioni fondamentali: l'art. 5 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 nuova formulazione post legge "Brunetta" (l. n. 150/2009) che così recita: "... le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte, in via esclusiva, dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro" ..., configurando, quindi, la dirigenza pubblica quale "datore di lavoro", cui è affidata la titolarità degli uffici (la titolarità del rapporto rimane in capo all'amministrazione) incaricata della gestione privatistica del personale, con affidamento della micro organizzazione e riconoscimento di poteri privatistici, propri del datore di lavoro privato letto in combinazione con l'art. 410 c.p.c., come modificato dall'art. 31 del Collegato lavoro, che al comma 1 recita: "La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione anche in sede giudiziale ai sensi dell'art. 420 commi primo, secondo e terzo non può dar luogo a responsabilità amministrativa, salvi i casi di dolo e colpa grave".

Si tratta di due norme vigenti sulle quali i funzionari che rappresentano le Pubbliche Amministrazioni davanti agli organi conciliativi e/o arbitrali, come anche il funzionario del Ministero del lavoro all'uopo delegato, espressione della volontà dell'ente di appartenenza, possono ispirare i propri comportamenti, al fine di realizzare composizioni bonarie e/o transazioni che si pongano come vere alternative al ricorso giudiziario. Comportamenti che dovrebbero essere uniformati alla diligenza media, senza mai rischiare di oltrepassare il limite della colpa grave e che potrebbero essere anche me-

ritevoli, in determinati casi, di sicuro apprezzamento sotto il profilo del risparmio di eventuali spese processuali sul bilancio dell'Ente che rappresentano.

Vero è anche, tuttavia, che nel pubblico impiego vi sono materie di difficile conciliazione amministrativa, ove pensiamo alle progressioni economiche, ai processi di stabilizzazione dei lavoratori precari, alla vice-dirigenza, al diritto all'inquadramento a seguito della mobilità intercompartimentale. In questi casi, il datore di lavoro pubblico tende naturalmente a scegliere la strada del contenzioso giudiziario, preferendo una condanna eventuale dell'autorità giudiziaria, piuttosto che una proposta conciliativa di un organo non togato.

La conseguenza della scarsa fiducia da parte delle pubbliche amministrazioni (sebbene non di tutte) negli strumenti alternativi al giudizio è un sicuro incremento del contenzioso giudiziario nel settore.

La strada della conciliazione (davanti all'Ufficio competente della DTL di Bari) è stata avviata, invece, dalla ASL BAT e dalla ASL BA, rispettivamente nel 2011 e nel 2012, per evitare una serie di ulteriori condanne giudiziarie relative al noto e numeroso contenzioso che ha riguardato Dirigenti medici (ma anche Tecnici e Amministrativi) i cui rapporti di lavoro a tempo indeterminato erano stati interrotti dai datori di lavoro per ottemperare alla sentenza della Corte Costituzionale che aveva dichiarato incostituzionale la legge Regionale di stabilizzazione dei rapporti stessi.

Sebbene si trattasse di casi simili, diverso è stato l'oggetto delle conciliazioni: "tombali" e definitive quelle sottoscritte dalla ASL BAT, "condizionate" all'esito dei giudizi di appello quelle della ASL BA.

Ciò a dimostrare che le valutazioni e l'opportunità che determinano le amministrazioni pubbliche ad addivenire alla conciliazione stragiudiziale possono essere le stesse, ma al contempo, concretizzarsi in modalità differenti, probabilmente per varie ragioni che qui non rileva esporre.

Comunque sia, la conciliazione, per sua stessa natura, dovrebbe tendere alla composizione definitiva della controversia in

<sup>27</sup> F. VERBARO, *Il tentativo di conciliazione perde l'obbligatorietà*, in *Speciale Collegato Lavoro Il Sole 24 ore*, novembre 2010 n. 11).

essere fra le Parti e non dovrebbe lasciare spazi e/o pendenze per ulteriori successivi contenziosi.

Nel corso del 2013, l'Ufficio Scolastico Ambito Provinciale di Bari ha inteso sanare in sede conciliativa (davanti all'Ufficio competente della DTL di Bari) un ritardo amministrativo nella procedura di transito dei docenti inidonei nel profilo ATA (Assistenti Tecnici e Amministrativi), riconoscendo al personale ATA utilmente collocato nella graduatoria permanente di prima fascia, che avrebbe avuto diritto alla relativa nomina, il servizio di supplenza annuale nei profili amministrativo o tecnico, a seconda dei casi. Ma solo agli effetti giuridici, per far conseguire il relativo punteggio ai beneficiari e con rinuncia, da parte di questi ultimi alle correlate pretese economiche e/o risarcitorie.

In considerazione dell'elevato numero di istanze aventi il medesimo *petitum*, valutata l'alta probabilità di soccombenza in caso di altrettanti ricorsi giudiziari, con conseguenti aggravii di spese sul bilancio pubblico, bene ha fatto l'Organo decisionale dell'Ufficio scolastico regionale a determinarsi per una serie di conciliazioni definitive e soprattutto "a costo zero" per l'Amministrazione stessa.

Dopo le prime sentenze favorevoli ai dipendenti sul riconoscimento di emolumenti dovuti per attività *intramoenia* anche l'Azienda Ospedaliera Policlinico di Bari ha ritenuto conveniente abbandonare la strada giudiziaria e scegliere di conciliare, insieme ai lavoratori, individuando in via transattiva una percentuale di rimborso delle somme per ciascuno.

Da ultimo anche in favore dei cosiddetti medici "destabilizzati" del Policlinico di Bari è intervenuta la volontà dell'Azienda Ospedaliera di addivenire a transazioni "tombali" delle controversie in atto davanti all'Ufficio della DTL mediante il ripristino *ex tunc* degli originali contratti di lavoro a tempo indeterminato e a fronte delle rinunce dei lavoratori a tutto il contenzioso in essere per il medesimo titolo.

Casi concreti doverosamente portati a compimento del fatto che la strada della

conciliazione può essere davvero conveniente per le Pubbliche Amministrazioni che intendono perseguire gli obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità, oltre che di logica e ragionevolezza dell'*agere* amministrativo; gestioni pubbliche cui non appartengono, sicuramente, frasi del tipo "*Preferisco farmi condannare eventualmente da un giudice*", oppure "*andremo fino in Cassazione ...*".

### **5. Il ritorno all'obbligatorietà ... ma non per tutti**

L'art. 1 comma 40 della l. n. 92/2012 interviene a modificare l'art. 7 della legge 15 luglio 1966 n. 604, legge storica sui licenziamenti individuali, introducendo l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione in materia di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo se intimati da Aziende che occupano alle proprie dipendenze più di 15 unità o più di 5 se imprenditori agricoli (dal calcolo della base occupazionale vanno tenuti esclusi gli apprendisti, i lavoratori in inserimento, i lavoratori socialmente utili e i lavoratori somministrati. Quelli a part-time vanno calcolati pro-quota).

Altre due condizioni per esperire il tentativo di conciliazione di cui all'art. 7 citato sono rappresentate dalla motivazione del licenziamento, che deve essere appunto un giustificato motivo oggettivo (in pratica, ragioni economiche dell'impresa), secondo quanto prevede l'art. 3 seconda parte della legge 604 del 1966 e dal numero di dipendenti da licenziare, che non deve essere superiore a quattro. I primi chiarimenti operativi sono contenuti nella Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 3 del 16 gennaio 2013 e nel successivo cosiddetto *Vademecum* sulla legge n. 92/2012 del 22 aprile 2013, sempre del Ministero, entrambi reperibili su siti internet (per esempio, [www.dplmodena.it](http://www.dplmodena.it)) o sul sito istituzionale [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it). Nelle note citate viene dato rilievo al ruolo della Commissione di conciliazione, unica sede prevista *ex lege* per lo svolgimento della procedura, individuata territorialmente in

base al luogo di svolgimento dell'attività del dipendente.

Dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni, ossia dal 18 luglio 2012 al 31 gennaio 2013, sono stati trattati 12.563 tentativi obbligatori di conciliazione *ex lege* Fornero davanti alle Commissioni istituite presso le DTL<sup>28</sup>.

Su richiesta di parere della DTL - Ufficio delle conciliazioni di Bari il Ministero del Lavoro, in data 29 gennaio 2013, ha avuto modo di precisare, confermando l'orientamento dell'Ufficio territoriale richiedente, che "la fine dei lavori nelle costruzioni edili", sebbene riguardante più di quattro posizioni lavorative integra gli estremi di un giustificato motivo oggettivo plurimo ai sensi del citato art. 3 della legge 604/1966. Pertanto, tale tipologia, essendo espressamente esclusa dalla disciplina dei licenziamenti collettivi ai sensi dell'art. 24 comma 4 della legge 223/91, rientra nel campo di applicazione del tentativo di conciliazione obbligatorio previsto dalla legge Fornero da svolgersi davanti alla Commissione di conciliazione.

Diverso il caso dei cambi di appalto, laddove questi ricevano espressa regolamentazione e tutela dalla contrattazione collettiva di settore (pensiamo al CCNL Pulizie art. 4 o al CCNL delle Cooperative Sociali), per i quali non v'è necessità di convocare per il tentativo di conciliazione obbligatorio.

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 28 giugno 2013 n. 76, che ha sostituito il comma 6 dell'art. 7 legge 604/1966,<sup>29</sup> la procedura conciliativa obbligatoria non trova applicazione in caso di superamento del periodo di comporta di cui all'art. 2110 del codice civile.

Intervento giunto finalmente da fonte legale a fare definitiva chiarezza sul punto, stante

il non univoco orientamento dello stesso Tribunale di Milano<sup>30</sup> e le differenti decisioni operative delle DTL del territorio.

Si tratta di una procedura obbligatoria per i datori di lavoro specificati sopra, preventiva e sospensiva rispetto agli effetti del licenziamento. Se la stessa non viene attivata il licenziamento è inefficace; pertanto, il giudice stabilirà l'indennità risarcitoria (ridotta) da un minimo di sei ad un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione percepita dal lavoratore.

Una volta attivata e, quindi, se davanti alla Commissione non si presenta il lavoratore, senza uno dei giustificati motivi di assenza previsti dal contratto, il datore di lavoro può recedere immediatamente dal rapporto di lavoro, confermando il licenziamento. Ove non dovesse presentarsi il datore di lavoro, benché regolarmente convocato, la mancata presenza di quest'ultimo equivale a vizio del procedimento e comporterà, anche in questa ipotesi, l'indennità risarcitoria per un importo tra le sei e le 12 mensilità.

A tal proposito, il d.l. 28 giugno 2013 n. 76 ha da ultimo previsto che "la mancata presentazione di una o entrambe le Parti al tentativo di conciliazione è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 del codice di procedura civile", norma dedicata all'attività giudiziale di valutazione delle prove e, quindi, della condotta qualificata delle parti formatasi in altro processo, conferendo ulteriore forza alla conciliazione in parola.

Scanditi sono i tempi dell'intera procedura che si deve chiudere in venti giorni dal momento in cui l'Ufficio ha trasmesso la convocazione per la riunione; tuttavia, non si tratta di un termine perentorio, potendo essere superato su comune volontà delle parti al fine di raggiungere l'accordo<sup>31</sup>.

Comunque, di regola, il termine massimo di durata è ventisette giorni, comprensivo di quello dei sette giorni, invece, perentorio,

<sup>28</sup> Dato comunicato dal Ministero del Lavoro durante un incontro di aggiornamento dal titolo "Profili operativi della Legge Fornero: tecnici del lavoro a confronto" tenutosi il 7 e 8 febbraio 2013, in attuazione del Progetto "Ispezione, Regolarità e Sicurezza", organizzato dal Ministero del Lavoro con l'ausilio di Italia Lavoro, in Roma, presso il Centro Congressi Frentani).

<sup>29</sup> In G.U. Serie generale n. 150 del 28 giugno 2013.

<sup>30</sup> Ordinanza del 22 marzo 2013 in [www.dplmodena.it](http://www.dplmodena.it).

<sup>31</sup> Circolare Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 3 del 16 gennaio 2013 in [www.dplmodena.it](http://www.dplmodena.it).

entro cui l'Ufficio deve trasmettere la convocazione delle Parti una volta ricevuta la comunicazione aziendale.

La veloce rassegna degli aspetti di rilievo e delle novità della procedura introdotta dalla Legge Fornero, ampiamente illustrate anche in altre sedi, è occasione per riportare, in primo luogo, alcune importanti riflessioni del Prof. Arturo Maresca<sup>32</sup>, secondo il quale l'obiettivo della Riforma Fornero, con l'art. 1 comma 1 della l. n. 92/2012, è stato quello di "spalmare" sul rapporto di lavoro la flessibilità anche in uscita e non solo "di entrata", nel senso di rendere sicuramente più agevole per le imprese privarsi di un lavoratore a tempo indeterminato per ragioni economiche che possono essere le più varie.

Ciò per responsabilità dello stesso legislatore della legge n.604 del 1966 che ha costruito le nozioni di "giusta causa" e di "giustificato motivo" in modo molto elastico, tanto da poter sostenere che sono i casi concreti affrontati dai e nei Tribunali del lavoro a rivelarci *ex post* in cosa sia consistito il giustificato motivo oggettivo di un licenziamento.

Pensiamo a quanto sia difficile sostenere in cosa consista l'obbligo di *repechage* del datore di lavoro e quando si determina in effetti l'impossibilità di ricollocare in diverse mansioni (anche inferiori) il lavoratore, in quanto su queste causali il legislatore dell'ultima Riforma non è intervenuto con un'opera definitoria. Si è limitato a specificare nel dettaglio, e non sempre con chiarezza espositiva, l'apparato sanzionatorio, con l'obiettivo principale di fornire al giudice del lavoro precisi criteri per una quantificazione economica certa del licenziamento.

Illustra il prof. Maresca, che prima della Riforma Fornero esisteva, sempre e comun-

que, l'istituto della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro in caso di licenziamento dichiarato illegittimo dal giudice, con conseguente condanna del datore di lavoro al pagamento di tutte le retribuzioni e dei relativi contributi. Un meccanismo facile e lineare, sicuramente costoso per le Aziende, ma basato sul condivisibile principio che se un posto di lavoro è stato sottratto illegittimamente, l'unica e sola sanzione per il datore di lavoro, la vera sanzione, deve essere la reintegrazione, in pratica, la restituzione del lavoro al lavoratore.

La Riforma Fornero ha, invece, reso più complesso un meccanismo facile, perché a seguito dell'accertamento da parte del giudice dell'illegittimità del licenziamento (in generale), non scatta necessariamente la reintegrazione, ma, a seconda dei casi un'indennità.

Per quanto riguarda il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il fine era ed è quello di limitare la reintegrazione a casi estremi, in particolare, solamente quando il fatto integrante il motivo oggettivo è "manifestamente" insussistente. La "mera" insussistenza, invece, darebbe luogo alla sola indennità, nel caso in cui, per fare un esempio, la soppressione del posto di lavoro è avvenuta nei fatti, ma il datore di lavoro non ha dato prova di aver adempiuto all'obbligo di *repechage* di cui sopra, di aver tentato, cioè, altre forme di reimpiego del lavoratore.

Dunque, a fronte di tali nuove regole, assume ora primaria importanza l'aspetto della motivazione della sentenza sulla insussistenza manifesta, essendo il giudice obbligato ad esporre le deduzioni e le ragioni, secondo le quali è risultata giudizialmente manifesta l'insussistenza del motivo oggettivo assunto dal datore di lavoro a base dell'atto risolutorio.

L'autrice, inoltre, è del parere che aver limitato l'obbligatorietà della conciliazione amministrativa ai soli casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo nelle aziende soggette alla tutela reale, nell'ampio panorama delle vertenze di lavoro, sembra frutto di una visione assai ristretta dell'istituto conciliativo, verso il quale nel nostro Paese

<sup>32</sup> Estratte da un incontro di aggiornamento dal titolo "Profili operativi della Legge Fornero: tecnici del lavoro a confronto" tenutosi il 7 e 8 febbraio 2013, in attuazione del Progetto "Ispezione, Regolarità e Sicurezza", organizzato dal Ministero del Lavoro con l'ausilio di Italia Lavoro, in Roma, presso il Centro Congressi.

si continua a provare diffidenza e distanza. L'attività in concreto svolta dalle Commissioni di conciliazione sulla procedura obbligatoria conciliativa rivela aspetti e casistiche le più disparate, molte delle quali meno drammatiche di quello che l'opinione pubblica potrebbe immaginare.

Lungi dal voler generalizzare o banalizzare le vicende umane, alle volte è lo stesso lavoratore a riconoscere e comprendere la situazione economica critica in cui versa l'azienda per la quale lavora, accettando come inevitabile il licenziamento e ritenendolo, quindi, giustificato; altre volte è il datore di lavoro a dichiarare pubblicamente la propria sofferenza nel dover privarsi di un lavoratore che per anni ha avuto al suo fianco e nel quale ripone ancora fiducia tanto da promettere una nuova assunzione qualora le condizioni economiche volgano al meglio.

Spesso sono le Parti stesse ad aver già raggiunto un accordo tra loro per la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro di cui richiedono la ratifica.

La Commissione, sentite le Parti in disaccordo, ha il potere *ex lege* di formulare proposte alternative al licenziamento o, quale *estrema ratio*, di stabilire un congruo incentivo all'esodo in favore del lavoratore, tenuto conto dell'anzianità di servizio, di eventuali carichi familiari e della difficoltà a trovare una nuova occupazione.

Dal 1 gennaio al 30 giugno 2013 la DTL di Bari ha convocato e trattato circa 300 tentativi di conciliazione obbligatori ai sensi della nuova procedura in oggetto, conclusi con verbale di accordo tra le parti nel 92% dei casi affrontati.

Rappresenta una sede di incontro dinamica e ricca di contenuti, forse il vero dato positivo della tanto criticata legge Fornero ad un anno dalla sua entrata in vigore.

## 6. Quale futuro per la conciliazione amministrativa

Se vogliamo parlare di futuro della conciliazione amministrativa e, soprattutto, se "lo scopo era e resta quello di alleggerire il contenzioso giudiziale, indubbiamente tale scopo può essere raggiunto a condizione che nasca, veramente, o si riproponga, una cultura della giurisdizione non togata, tanto cara agli inizi del secolo scorso, esattamente 100 anni fa con i colleghi probi virali e nei primi anni sessanta del secolo scorso".<sup>33</sup>

Nel processo del lavoro, di cui tutti conosciamo i tempi "biblici", "cultura della giurisdizione non togata" vuol dire convincersi che la conciliazione è lo strumento ideale per cambiare quello che non va; può essere la mentalità, il *modus operandi* di qualcuno, la stessa cultura giuridica, per non perdere di vista il valore - giustizia e continuare a credere in esso.

Giustizia non è solo quella del giudice togato; esiste un modo molto più rapido e concreto di cogliere il senso della soddisfazione delle proprie pretese che, per loro natura, sono percorribili e accontentabili extra giudizio: raggiungere un accordo davanti ad un arbitro e/o conciliatore terzo e imparziale, preferibilmente pubblico, "dotato di alta professionalità ed esperienza". Un soggetto, quindi, in grado, dopo aver "sondato" le reali intenzioni delle Parti, di proporre il "*quid medium*", ossia ciò che, alla fine accontenta queste ultime e le fa andar via con una stretta di mano.

Ogni conciliazione è diversa dall'altra, anche se, per ipotesi, si verta su una stessa materia, perchè diversi sono gli interessi delle parti protagoniste della controversia di cui il conciliatore, a differenza del giudice, deve tener conto.

Il conciliatore deve essere allora in grado di valutare, prima ancora della migliore soluzione della lite, il metodo più appropriato alla situazione che si è venuta a creare du-

<sup>33</sup> G. VENETO, Prefazione a Il lavoro e le sue nuove regole, di A. BELSITO, Cacucci, Bari, 2011.



rante la negoziazione. L'utilizzo di diversi stili secondo le necessità e le opportunità del caso di specie può certamente facilitare il raggiungimento di una soluzione.<sup>34</sup>

Ciò trova conferma nell'ambito dell'esperienza diffusa e foriera di ricadute positive della procedura arbitrale prevista dall'articolo 7 della legge n. 300 del 1970, mediante la quale, giacché scelta volontariamente dalle Parti, tante questioni di carattere disciplinare riguardanti il lavoro privato sono risolte in modo celere e poco dispendioso.

Ovviamente, il buon esito della conciliazione dipende anche dalle capacità personali del conciliatore; non è un'attività, dove ci si può improvvisare, perché occorre preparazione, buon senso, predisposizione naturale a comporre i conflitti e, ovviamente, formazione e aggiornamento costanti.

Un filo rosso unisce passato, presente e futuro della conciliazione amministrativa alle Commissioni delle Direzioni territoriali del lavoro, le quali, *de iure condendo*, potrebbero diventare organi statali di mediazione pubblica, a latere dei Tribunali, alternativa vera a questi ultimi, con decisioni aventi efficacia di sentenze.

I funzionari applicati a codesta attività sarebbero supportati da adeguata e specifica formazione, oltre che da un costante aggiornamento anche presso le aule giudiziarie; essere addirittura iscritti in appositi Albi, come un tempo suggerito dal progetto *Foglia*<sup>35</sup>.

Ma per il decollo di qualsiasi strumento che si ponga quale vera alternativa al giudizio, occorre il mutamento della cultura giuridica e il modo migliore di farlo è, come già sosteneva Montesquieu nel 1748, *"agire sulla società e far evolvere le rappresentazioni e i comportamenti"*.<sup>36</sup>

Convinciamoci che una buona conciliazione significa un processo in meno e meno costi

sia per i lavoratori sia per le amministrazioni pubbliche, sulle quali, tra l'altro, grava il controllo della Corte dei Conti. In definitiva, occorre che le nuove modalità di risoluzione delle vertenze di lavoro "... *entrino nel "dna" non soltanto delle parti ma, soprattutto, di chi le assiste (sindacalisti, legali, consulenti, ecc.). Se ciò non avverrà, per quella tendenza "italica" che porta ad andare in giudizio (ove, poi, magari, si sta fermi per anni) dopo la rottura "traumatica sul piano personale", non si andrà, purtroppo, da nessuna parte come, del resto, ci insegna l'esperienza passata sia per i collegi arbitrali per i licenziamenti «coperti» da tutela obbligatoria (art. 5, comma 6, della legge n. 108/1990) rimasti solo nella previsione normativa, che per quelli previsti dalla contrattazione collettiva (es. quello del commercio) ipotizzati a livello di CCNL, sull'abbrivo delle novità introdotte con il d.lgs. n. 80/1998"*.<sup>37</sup>

È altrettanto vero che l'efficienza dello strumento si baserà non tanto sulla facoltatività o obbligatorietà, quanto piuttosto sulla capacità dello stesso di *"attrarre le Parti per il prestigio dell'organo, per l'affidabilità della decisione o della proposta conciliativa, per la prevedibilità dei tempi e dei costi"*. (giusto pensiero di Giorgio Costantino).

In conclusione di tutto, però, il modo migliore per evitare i conflitti di lavoro resta quello di prevenirli sul campo. Tuttavia non sarà impresa ardua se partiamo dalle singole realtà aziendali per individuare proprio al loro interno suggerimenti e ipotesi per accrescere la convenienza delle aziende stesse a rendere stabile il rapporto di lavoro con i propri dipendenti e a fornire loro una formazione continua con lo scopo di sostituire (riducendo così i costi) molte attività appaltate all'esterno.

Le aziende dovrebbero poter scommettere di più sulla forza lavoro al proprio interno,

<sup>34</sup> G. ROMUALDI, dottoranda di ricerca in diritto processuale civile presso l'Università di Bologna in <http://www.ass-equilibrio.it>.

<sup>35</sup> Vedi nota sub 15.

<sup>36</sup> MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, 1978, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

<sup>37</sup> E. MASSI, *Commissioni di certificazione: problemi e prospettive*, in *Diritto e Pratica del lavoro*, n. 4/2011 pag. 184 reperibile su [www.dplmodena.it](http://www.dplmodena.it).

anche attraverso una maggiore flessibilità delle mansioni, consentita da un sistema di classificazione contrattuale meno rigido e più agile. Di qui, la convenienza dell'azienda stessa a tenere il lavoratore, a stabilizzarlo e a valorizzarlo, secondo un sistema veramente "premiante", basato sulla constatazione oggettiva del valore professionale del soggetto stesso che, comunque, ha prodotto risultati e, di conseguenza, incrementato il fatturato aziendale.

Si tratta di una tendenza non ancora diffusa nel mondo delle imprese italiane, ma potrebbe prendere piede se ci si convince del principio. Una proposta potrebbe essere rappresentata dalla possibilità di utilizzo,

da parte delle aziende, di una sorta di "flessibilità interna" (cioè quella che riguarda propriamente i compiti e le mansioni specifiche dei lavoratori) e, pertanto, l'affidamento progressivo al personale interno di compiti svolti all'esterno. Ciò, ovviamente, dovrebbe portare a preferire la formazione continua, un aumento delle retribuzioni, almeno quelle di fatto, a fronte di maggiori risparmi nei confronti dei fornitori dei servizi; in sostanza, medio termine una crescita delle dimensioni delle imprese, la tendenza a una maggiore stabilizzazione dei "precari" e a evitare, così, il più possibile le controversie di lavoro.

#### Abstract

*L'autrice, con la pubblicazione in argomento, sviluppata anche sulla base dell'esperienza diretta e di casi concreti, ha inteso ripercorrere le tappe principali della evoluzione del servizio delle conciliazioni amministrative presso gli uffici del Ministero del Lavoro, fino ai recenti interventi legislativi della Riforma Fornero, con l'obiettivo di mettere in risalto l'attualità e l'importanza socio - economica dello strumento conciliativo in funzione di prevenzione e composizione stragiudiziale dei conflitti di lavoro.*

#### Abstract

The author, with this publication, based on direct experience and case studies, wanted to trace the main stages of the evolution of the conciliation service of the administrative offices of the Ministry of Labour, until the recent legislative actions of the Fornero reform, with the aim of highlighting the relevance and the importance of social and economic instrument of conciliation in relation to prevention and settlement of labor disputes out of court.