



IL PARERE DEGLI ESPERTI



ASRI
ANCL
SCUOLA DI RELAZIONI INDUSTRIALI



Estratto dalla Rivista “Il Consulente Milleottantuno”,
ed. n. 1/2025 - Speciale ASRI

Enrico Gragnoli, Le conciliazioni sindacali

Il contenuto è disponibile Open Access su: asri.ancl.it



Chiuso in data 18 novembre 2024

Le conciliazioni sindacali

1. *L'inderogabilità della legge e del contratto collettivo e i limiti al potere di disposizione.* 2. *Le controversie individuali e il riequilibrio delle asimmetrie informative.* 3. *Le conciliazioni in sede protetta, la composizione del contrasto e la protezione del prestatore di opere.* 4. *Le conciliazioni sindacali.* 5. *La sede della conciliazione.* 6. *Le conciliazioni, il contratto a tutele crescenti e i riflessi fiscali.* 7. *Le conciliazioni e la cosiddetta stabilizzazione.*

1. *L'inderogabilità della legge e del contratto collettivo e i limiti al potere di disposizione.*

Si discute da tempo sul raccordo fra inderogabilità e limiti al potere di disposizione¹; come è noto, si è sostenuto che “inderogabilità e indisponibilità (dei relativi diritti) costituiscono (...) fenomeni normativi inscindibili, in quanto rispondenti a una medesima logica, che è poi quella di sottrarre spazi all'autonomia privata”², al punto che le norme legali e le clausole dei contratti collettivi inciderebbero sulla possibile disposizione³. Non vi sarebbero stati ostacoli di ordine logico a che l'ordinamento positivo così prevedesse⁴; però, questa impostazione è contraddetta da una piana lettura dell'art. 2113 cod. civ.⁵, il quale, nel regolare le rinunce e le transazioni⁶, specifica in quali forme si possa disporre delle posizioni soggettive⁷ derivanti dall'attuazione di statuizioni inderogabili⁸. L'inderogabilità e l'indisponibilità (o, meglio, i vincoli alla disposizione dei diritti) hanno sorti

¹ V.: Cester, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 984 ss..

² V.: Aranguren, *La tutela dei diritti del lavoratore*, Padova, 1981, 44 ss.; v. anche Buoncristiano, *Le rinunzie e le transazioni dei lavoratori*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. Rescigno, ed. I, Torino, 1986, 589 ss..

³ V.: Cottino, *L'art. 2113 cod. civ. e l'annullabilità per errore, violenza o dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, in *Dir. lav.*, 1946, I, 48 ss..

⁴ V.: Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 521 ss..

⁵ V.: Pera, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Schlesinger, ora di Busnelli, Milano, 1990, 34 ss..

⁶ V.: F. Santoro Passarelli, *L'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1948, II, 1948, 53 ss..

⁷ V. Trib. Milano 31 marzo 2015, in *Giur. it. rep.*, 2015.

⁸ V.: Albi, *Indisponibilità dei diritti, inderogabilità della norme, effettività dei diritti nel rapporto di lavoro*, in *Aa. Vv.*, *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Le riforme del quinquennio 2011 – 2015. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, a cura di L. Calcaterra, vol. II, Napoli, 2018, 1063 ss..

diverse, a prescindere dall'art. 2113 cod. civ.⁹, poiché “ciò che assume rilievo” è “il momento dell'acquisto, in senso tecnico (...), del diritto”¹⁰.

Per l'art. 2113 cod. civ., è nullo il contratto di modificazione di previsioni legali o negoziali inderogabili¹¹, mentre l'atto di disposizione è valido nei confini identificati dalla stessa norma e da ogni altra limitativa dell'autonomia privata; del resto, l'art. 2113 cod. civ. sposta il problema della validità sul terreno formale, poiché, se non ricorrono altri divieti, la stipulazione nei modi previsti dall'art. 2113, quarto comma, cod. civ. esclude l'impugnazione del prestatore di opere. Non si dà alcuna “lettura restrittiva” della locuzione “diritto derivante da norma inderogabile” contenuta nell'art. 2113 cod. civ.¹² e, parlando di diritto soggettivo, il legislatore ha fatto riferimento “solo «al diritto già acquisito» dal lavoratore in forza dell'applicazione delle norme legali e contrattuali inderogabili poste a sua tutela”¹³. Se così non fosse, se cioè il diritto non fosse venuto a esistenza e, quindi, non fosse stato acquisito, non se ne potrebbe ragionare e tanto meno si potrebbe pensare a una sua disposizione¹⁴.

Inderogabilità e indisponibilità non si “sovrappongono” nella “ipotesi di norme che attribuiscono diritti al lavoratore per il solo fatto di avere instaurato il rapporto (...), a prescindere dal verificarsi di presupposti legati all'esecuzione della prestazione”¹⁵. In realtà, nelle vicende citate (diritto alla sicurezza e di sciopero), non vi è alcuna confusione fra l'inderogabilità e l'indisponibilità¹⁶, poiché, in entrambi i casi, le posizioni soggettive non possono essere oggetto di un atto di disposizione, in quanto ciò è proibito da specifici principi costituzionali (art. 32 e

⁹ Invece, sull'indisponibilità quale diretta conseguenza dell'inderogabilità delle fonti, v. U. Prosperetti, *Le rinunce e le transazioni dei lavoratori*, Milano, 1955, 186 ss..

¹⁰ V.: Magnani, *Disposizione dei diritti*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, vol. V, 60 ss..

¹¹ V. Cass. 5 novembre 2024, n. 28435, ord., in *Variat. temi dir. lav., sito*, 2024.

¹² V.: Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, *loc. cit.*, 521 ss..

¹³ V.: Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, *loc. cit.*, 521 ss., che, peraltro, utilizza l'espressione per rendere un concetto diverso, se non opposto.

¹⁴ V.: F. Santoro Passarelli, *L'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, *loc. cit.*, 53 ss..

¹⁵ V.: Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, *loc. cit.*, 521 ss..

¹⁶ V.: Smuraglia, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo tratt. dir. lav.*, diretto da Riva Sanseverino – Mazzoni, vol. II, Padova, 1971, 720 ss..

art. 40 cost.). Tuttavia, l'inderogabilità non si può confondere con la sorte delle posizioni soggettive, dopo che siano venute a esistenza¹⁷.

Ancora, la disposizione non implica una deroga a clausole negoziali e a previsioni eteronome¹⁸. Si dice che “l'atto con il quale il lavoratore rinuncia alla quota maturata dell'indennità di sottosuolo comporta (...) la disapplicazione di una norma inderogabile: non si tratta, beninteso, della norma contrattuale – collettiva che attribuisce il diritto all'indennità, ma della norma, anch'essa presente nel contratto collettivo, e inderogabile, che determina, su base mensile, l'ammontare”¹⁹. Invece, dopo che il prestatore di opere abbia adempiuto il suo obbligo e compiuto il suo *facere*, sia la clausola sull'*an*, sia quella sul *quantum* trovano piena applicazione, perché, con il realizzarsi del fatto tipico, si compie la valutazione e il diritto è acquisito²⁰.

Avvenuta tale attuazione delle statuizioni convenzionali o legali, esse non possono più essere “disapplicate”²¹ (e non è chiaro che cosa si intenda con tale espressione, poiché l'inderogabilità consente ai soli soggetti collettivi di incidere sull'esecuzione dei loro contratti)²². Diversa è la sorte del diritto alla retribuzione maturata²³ e, cioè, dell'importo determinato nell'*an* e nel *quantum*, poiché di tale posizione soggettiva il titolare può disporre nei limiti dell'art. 2113 cod. civ.²⁴ e una rinuncia (totale o parziale) non impedisce che, nel mese successivo (per seguire l'esempio proposto), il diritto all'indennità di sottosuolo sorga di nuovo, in attuazione delle stesse, intese, previsioni.

Peraltro, “una volta in cui, in assenza di contrasti (...) circa l'applicabilità del contratto, risulti invocata una clausola rispetto alla quale il negozio individuale introduca una disciplina peggiorativa, il giudice può considerare inoperante tale

¹⁷ V.: G. Branca, *Sulla indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, in *Foro pad.*, 1958, I, 503 ss..

¹⁸ V.: Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 347 ss..

¹⁹ V.: Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, *loc. cit.*, 531 ss..

²⁰ V.: D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, 469 ss.; Palmieri, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000, 332 ss..

²¹ V.: Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, *loc. cit.*, 531 ss..

²² V.: Voza, *Norma inderogabile a autonomia individuale assistita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 603 ss..

²³ V.: Magnani, *Disposizione dei diritti*, *loc. cit.*, 60 ss..

²⁴ V.: Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, 40 ss.; Ferraro, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, 40 ss..

ultimo patto, poiché non è indispensabile una formale eccezione di nullità, in quanto, invocando la clausola, non si fa altro che menzionare lo specifico regime previsto dall'art. 2077 cod. civ.”²⁵. A prescindere dal non persuasivo riferimento all'art. 2077 cod. civ., inerente ai soli contratti corporativi, il principio è convincente²⁶, poiché, a fronte dell'oggettivo contrasto fra le pattuizioni, è sufficiente richiamare quelle dell'accordo sindacale, senza formule particolari e senza che si debba in modo espresso invocare la nullità, implicita nel fatto che si menzionino indicazioni inderogabili.

2. Le controversie individuali e il riequilibrio delle asimmetrie informative.

Mentre la differenza fra inderogabilità e limiti al potere di disposizione affonda in un sistema recepito dall'art. 2113 cod. civ.²⁷ (e non costruito in alcun modo da tale precetto), nulla avrebbe costretto il legislatore a stabilire che da atti inderogabili dovessero derivare diritti disponibili nelle forme e con i vincoli dell'art. 2113 cod. civ.. Sarebbe stata accettabile anche una soluzione diversa, per esempio impostata in tema di ferie, poiché, in tale ambito, il diritto è irrinunciabile, per principio costituzionale. Le differenze fra la disciplina dell'inderogabilità e quella della disposizione non derivano da considerazioni teoriche, ma da contingenti e ragionevoli scelte compiute dall'ordinamento, anche per evidenti ragioni di promozione della certezza nei rapporti di lavoro. Se mai, si deve cercare di spiegare per quali più generali motivazioni l'art. 2113 cod. civ.²⁸ indichi i modi di legittima disposizione e non ritenga preferibile collegare all'avvenuta applicazione di leggi o di clausole inderogabili il sorgere di posizioni soggettive indisponibili.

Anzi, “è improprio ragionare, in termini generalizzanti, di frustrazione dello scopo perseguito dalla normativa inderogabile”²⁹ per la mancata introduzione di un regime di assoluta indisponibilità, poiché questo non è “un argomento idoneo in sé

²⁵ V. Cass. 23 gennaio 1999, n. 645, in *Giur. it. rep.*, 1999.

²⁶ V.: Ballestrero, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, 357 ss..

²⁷ V.: Runggaldier, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1980, I, 291 ss..

²⁸ V.: Sciarra, *Contratto collettivo*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, vol. IV, 60 ss..

²⁹ V.: Cester, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, loc. cit., 992 ss..

a sostenere la compenetrazione tra inderogabilità e indisponibilità”³⁰. In sostanza, la limitata possibilità di disporre ha un fondamento testuale preciso nell’art. 2113 cod. civ.. Se mai, vi è da chiarire perché solo in alcuni casi (per esempio, in tema di ferie o di sciopero) all’inderogabilità si accompagni una indisponibilità assoluta e la scelta positiva compiuta dall’art. 2113 cod. civ. induce a chiedersi perché i due problemi abbiano ricevuto soluzioni prescrittive differenti³¹. A ragione, si è osservato che, “se alla base della imperatività della norma sta un interesse superindividuale (anche se in ipotesi realizzabile attraverso la soddisfazione dell’interesse del singolo), non vi è alcuna difficoltà ad ammettere che essa si arresti alla fase successiva, quando, avvenuta tale attribuzione, l’interesse superindividuale può dirsi realizzato e si rientra nell’ambito di un interesse meramente individuale”³² o, forse, di uno nel quale tali componenti prevalgono su quelle collettive.

Persino i limiti del potere di disposizione avrebbero riflessi collettivi³³, ma tali aspetti sono meno significativi di quanto accada a proposito della costruzione³⁴ e dell’attuazione delle regole e, quindi, dell’approvazione di leggi inderogabili e della stipulazione dei contratti collettivi. Nella società capitalistica e, dunque, basata sullo sfruttamento dei mezzi di produzione di massa e sulla connessa debolezza sociale dei lavoratori, solo leggi inderogabili li tutelano e devono essere nulli accordi difformi dal relativo paradigma di protezione³⁵. A maggiore ragione questo vale per le intese sindacali; se si riflette sulla loro origine e sul modo del loro imporsi, è agevole verificare che hanno acquisito il loro spazio proprio in quanto inderogabili, sebbene ciò faccia emergere nella loro struttura un momento di autorità³⁶, peraltro indispensabile.

Tale caratteristica li rende una alternativa rilevante al negozio individuale³⁷; infatti, devono escludere che, sfruttando le sue risorse e la sua condizione di proprietario delle strutture produttive, il datore di lavoro possa mettere in pericolosa concorrenza reciproca i prestatori di opere, approfittando del disagio dell’uno e

³⁰ V.: Cester, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, loc. cit., 992 ss..

³¹ V.: Giugni, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *Dir. lav.*, 1979, I, 3 ss..

³² V.: Magnani, *Disposizione dei diritti*, loc. cit., 60 ss..

³³ V.: De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, 238 ss..

³⁴ V.: Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, ed. II, Torino, 2003, 5 ss..

³⁵ V.: F. Santoro Passarelli, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. econ.*, 1950, 299 ss..

³⁶ V.: Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 42 ss..

³⁷ V.: Tosi, *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 615 ss..

dell'altro per costringerli ad accettare accordi sempre più sfavorevoli, con quel "gioco al ribasso" tipico di situazioni caratterizzate dall'assenza di attività sindacale. Se mai, ora vi è competizione persino fra diversi contesti economici, per la grande facilità della circolazione dei capitali e delle merci, così che gli ordinamenti attraggono spregiudicati investimenti per la minore salvaguardia del lavoro e per le prospettive di maggiori speculazioni e di più alti profitti³⁸.

Tuttavia, nei sistemi di capitalismo maturo, l'acquisita inderogabilità del contratto collettivo lo rende di per sé capace di garantire una tutela minima a tutti coloro cui si applichi, per l'invalidità dell'eventuale negozio individuale difforme. Però, questa ultima non basta a proteggere i prestatori di opere se non vi sono meccanismi più articolati in grado di rendere effettivo l'esercizio dei loro diritti, e l'inderogabilità spiega il sorgere di una organizzazione e, dunque, il costituirsi del gruppo sindacale e il suo operare³⁹, poiché è destinato per sua vocazione a porre simili regole. Se così non fosse, il contratto collettivo non avrebbe senso e verrebbe meno il momento qualificante dell'esperienza sindacale, la quale, sia dal punto di vista storico, sia da quello della riflessione teorica, almeno nel nostro ordinamento, non mira a una generica tutela del lavoro, ma a una specifica protezione, realizzata con regole uniformi e imperative.

Non a caso, si osserva, "la motivazione di fondo che fin dall'origine ha consentito questa forma di astrazione dell'interesse individuale è data da un (...) preciso giudizio di valore: la risaputa debolezza di una delle parti del rapporto privatistico; si tratti, come da sempre, di prestatore di lavoro subordinato o, come in tempi più recenti, di consumatore o di cliente di istituto bancario o di titolare di rapporti agrari"⁴⁰. Se l'inderogabilità è un momento costitutivo della stessa attività sindacale, perché giustifica il senso della contrattazione⁴¹, è agevole spiegare per quali ragioni la nullità dell'accordo individuale sia la conseguenza della deroga illegittima. Chi cerchi di variare *in peius* tali clausole viola i criteri che connotano il loro statuto⁴², in quanto mirano a introdurre principi immodificabili nel rapporto individuale. Infatti, i rari casi di previsioni derogabili degli accordi sindacali

³⁸ V.: Perulli, *Diritti sociali e mercato globale*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 939 ss..

³⁹ V.: R. Scognamiglio, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 161 ss..

⁴⁰ V.: Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, *loc. cit.*, 348 ss..

⁴¹ V.: Sciarra, *Contratto collettivo*, *loc. cit.*, 60 ss..

⁴² V.: Runggaldier, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, *loc. cit.*, 291 ss..

sollevano continue tensioni interpretative, perché non vi è corrispondenza fra la categoria e la sua attuazione. Lo testimonia il contratto delle imprese bancarie, il quale, per espressa indicazione, disciplina in modo derogabile il periodo di preavviso dei lavoratori, così privati di ogni tutela ed esposti alle forti (e legittime) pressioni delle imprese.

Non ha valore un negozio sindacale derogabile⁴³, che non realizzi e, anzi, rinneghi il suo scopo. Con l'inderogabilità, l'intero ordinamento mostra la prospettiva collettiva degli accordi e delle disposizioni eteronome, che si impongono sulle tentazioni capitalistiche⁴⁴. Lo stesso non si può dire per i limiti al potere di disposizione, poiché tali intese si situano dopo l'applicazione delle fonti legali e delle clausole e quando hanno esplicato i loro effetti. In questo momento, la sorte di ciascun diritto ha minore rilevanza collettiva, proprio perché si discute di quanto è occorso e, quindi, i limiti all'indisponibilità non evitano in sé alcun "gioco al ribasso", ma salvaguardano solo la libera formazione della volontà, nonostante le eventuali deficienze di informazione, di risorse patrimoniali, di consigli avveduti⁴⁵.

In definitiva, nel riguardare l'esercizio del potere di disposizione, l'art. 2113 cod. civ. si preoccupa delle strutturali "asimmetrie informative" delle quali soffre il lavoratore⁴⁶. Per converso, l'inderogabilità permette l'esplicarsi del negoziato sindacale, e contrattazione e nderogabilità sono un binomio inscindibile⁴⁷. Lo stesso ragionamento vale per le norme legali, che avrebbero scarso significato se, ai fini della loro applicabilità, facessero riferimento a manifestazioni di volontà di soggetti, come i prestatori di opere, in condizioni ovvie di debolezza sociale. Però, mentre, in ordine al potere di disposizione, l'obiettivo dell'art. 2113 cod. civ. è di assicurare la libera e razionale formazione della volontà (nella consapevolezza del fatto che, spesso, la transazione è una soluzione equa), non vi sarebbe contrattazione collettiva senza nderogabilità.

⁴³ V.: Morozzo della Rocca, *Rappresentanza sindacale e mandato nel contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 916 ss..

⁴⁴ V.: Romagnoli, *Un diritto da ripensare*, in *Lav. dir.*, 1995, 467 ss..

⁴⁵ V.: Trioni, *Il sistema del diritto sindacale dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, 587 ss..

⁴⁶ V.: Dessì, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 cod. civ.*, Torino, 2011, 183 ss..

⁴⁷ V. già Simi, *L'efficacia del contratto collettivo*, in *Nuovo tratt. dir. lav.*, diretto da Riva Sanseverino - Mazzoni, Padova, 1973, 314 ss..

E' persuasiva la tesi tradizionale per cui i negozi transattivi e abdicativi “non possono considerarsi contrari alle norme che contemplanò l'attribuzione dei diritti (...), perché non tendono a una esclusione o limitazione dell'acquisto da parte di colui in cui favore sono predisposti, ma a una disposizione di diritti già acquistati (...). Pertanto, mentre i negozi contrari alle norme imperative indicate possono essere nulli, i negozi di rinuncia e transazione, possono, senza contraddizione, essere semplicemente annullabili”⁴⁸. Per questa strutturale e convincente contrapposizione fra l'inderogabilità e i vincoli all'esercizio del potere di disposizione⁴⁹ (non collegati fra loro da un nesso ineliminabile), non vi è difficoltà a vedere nell'art. 2113 cod. civ. l'espressa conferma dell'inderogabilità del contratto collettivo⁵⁰, se anche non si vuole più dare risalto all'art. 2077 cod. civ.⁵¹, come è necessario. Le obiezioni sollevate sul punto ripropongono un collegamento non persuasivo fra due separate componenti prescrittive proprie dell'art. 2113 cod. civ.. Per un verso, ribadisce come, nell'assolvimento della funzione normativa, le clausole degli accordi collettivi siano inderogabili⁵² e, per altro verso, pone limiti al potere di disposizione del prestatore di opere, senza che una disciplina debba seguire negli svolgimenti la sorte dell'altra.

3. Le conciliazioni in sede protetta, la composizione del contrasto e la protezione del prestatore di opere.

A proposito dell'inderogabilità del contratto collettivo, l'art. 2113 cod. civ. enuncia un principio comunque immanente nel nostro ordinamento⁵³ e, se mai,

⁴⁸ V.: F. Santoro - Passarelli, *L'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, loc. cit., 53 ss..

⁴⁹ V.: Tosi, *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, loc. cit., 615 ss..

⁵⁰ V.: Pera, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, poi da Busnelli, Milano, 1990, 159 ss.; Ballestrero, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, 357 ss.; Sciarra, *Contratto collettivo*, loc. cit., 60 ss.; Runggaldier, *Osservazioni sull'inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all'art. 2113 cod. civ.*, loc. cit., 291 ss..

⁵¹ V.: Tursi, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino, 1996, 181 ss..

⁵² V.: Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Milano, 1976, 35 ss..

⁵³ Sull'impossibilità di ricavare l'inderogabilità dal diritto comune, v. Persiani, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972, 9 ss.; Vardaro, *L'inderogabilità del contratto collettivo e le origini del pensiero giuridico - sindacale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 537 ss..

desumibile dall'art. 39 cost.⁵⁴. Infatti, come dottrina e giurisprudenza⁵⁵ hanno sempre dovuto riconoscere, non vi può essere accordo sindacale se non ha clausole inderogabili. Quindi, l'art. 2113 cod. civ. riepiloga quanto già doveva essere ricavato dalla nozione di intesa collettiva e, pertanto, dall'art. 39, primo comma, cost., che presuppone tale categoria nel fondare la libertà sindacale. Tuttavia, la riflessione sul collegamento fra l'inderogabilità e i limiti legali al potere di disposizione ha conosciuto una singolare parabola, poiché, in una prima fase, gli sforzi si sono orientati sull'obbiettivo di estendere alle rinunce e alle transazioni istituti propri dell'inderogabilità⁵⁶ e, in particolare, una generale sanzione di nullità, che colpisse in sé l'atto, non solo nelle ipotesi dell'art. 1966, secondo comma, cod. civ.. Quindi, si è cercato per un lungo periodo di dedurre dall'inderogabilità delle leggi e dei contratti l'indisponibilità assoluta delle posizioni soggettive "primarie"⁵⁷, se non di quelle risarcitorie e secondarie, così che gli atti relativi dovessero essere considerati nulli e non solo annullabili, a prescindere dalle forme di stipulazione e, di conseguenza, dall'applicazione dell'art. 2113, quarto comma, cod. civ.. Come detto, tale tesi non è fondata.

Nell'ultima fase del dibattito⁵⁸, sebbene tali questioni non siano state accantonate, si assiste a ragionamenti di ispirazione opposta, perché, con un dichiarato taglio innovativo, si cerca di riferire all'inderogabilità figure proprie dei vincoli attinenti al potere di disposizione⁵⁹. In particolare, seppure in ambiti differenti e con finalità non sempre coerenti, si sostiene che alcune forme di stipulazione potrebbero consentire non l'esclusione dell'impugnazione per rinunce e transazioni, ai sensi dell'art. 2113, quarto comma, cod. civ., ma, addirittura, valide

⁵⁴ In senso critico sull'applicazione dell'art. 2077 cod. civ., v. Vardaro, *Le origini dell'art. 2077 cod. civ. e l'ideologia giuridico - sindacale del fascismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1980, 454 ss..

⁵⁵ V.: Giugni, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in Aa. Vv., *Il contratto collettivo di lavoro, Atti del terzo congresso nazionale di diritto del lavoro*, Milano, 1968, 33 ss..

⁵⁶ V.: De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 238 ss..

⁵⁷ V.: De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 258 ss..

⁵⁸ Su nuove prospettive del contratto individuale, v. Ghera, *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, vol. I, 503 ss..

⁵⁹ V.: Voza, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, loc. cit., 653 ss.; Pinto - Voza *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 482 ss.; P. Ichino, *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, 77 ss.; F. Scarpelli, *Spunti per la tutela del lavoro nel rapporto: autonomia negoziale individuale e sostegno collettivo*, in Aa. Vv., *I "destini" del lavoro*, a cura di F. Amato, Milano, 1998, 101 ss..

deroghe a fonti legali o ad accordi sindacali⁶⁰. In tale caso, l'intervento delle associazioni permetterebbe di introdurre deroghe altrimenti vietate⁶¹. Non può essere accettata l'idea di trasporre a proposito dell'inderogabilità figure che hanno un preciso significato se applicate al potere di disposizione⁶², come è per l'assistenza sindacale. Se la creazione di previsioni inderogabili è sempre in funzione di un interesse superindividuale⁶³, il consentire una modificazione *in peius* da parte dell'accordo del singolo provoca il prorompere di esigenze diverse da quelle protette dalla fonte eteronoma o dal negozio sindacale.

Per sua natura, l'autonomia individuale risponde a specifiche aspettative valutate da ciascun lavoratore, per un verso esposto ai ricatti delle imprese e, per altro verso, se anche così non fosse, propenso a dare importanza solo al suo "particolare" e certo non a quella più generale visione strategica che dovrebbe caratterizzare il contratto collettivo o l'intervento del legislatore⁶⁴. Il passaggio dal negozio inderogabile a quello derogabile (seppure nel rispetto di talune forme) implica la valorizzazione di indeterminati interessi individuali in luogo di quelli collettivi, comunque sottesi all'esercizio dell'autonomia sindacale⁶⁵. Poco importano la forma o le modalità di stipulazione dell'intesa fra il lavoratore e l'impresa; quindi, non altera il quadro l'assistenza delle associazioni, anche ad ammettere che siano capaci di destreggiarsi in questioni così complesse. Ai sensi dell'art. 2113, quarto comma, cod. civ., il sindacato interviene a correggere o limitare asimmetrie informative⁶⁶, non a caso operando in difficile concorrenza con le commissioni di conciliazione, gli avvocati e i consulenti del lavoro in sede di negoziazione assistita, le autorità di certificazione e, a maggiore ragione, con i

⁶⁰ V.: Vallebona, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, 1992, I, 480 ss.; P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, 59 ss..

⁶¹ V.: G. Prosperetti, *L'autonomia privata tra inderogabilità e flessibilità delle tutele*, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 599 ss..

⁶² Sull'esperienza in altri settori dell'ordinamento, v. Voza, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, loc. cit., 603 ss..

⁶³ V.: Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, loc. cit., 348 ss..

⁶⁴ V.: Dell'Olio, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in Dell'Olio – G. Branca, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980, 252 ss..

⁶⁵ V.: Trioni, *Il sistema del diritto sindacale dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, 587 ss.; Napoli, *Potere sindacale e diritti individuali nella gestione dei processi di riorganizzazione dell'impresa*, in *Pol. dir.*, 1983, 23 ss.; Tosi, *Rappresentanza sindacale e autonomia individuale*, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 114 ss..

⁶⁶ V.: Grandi, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1974, I, 41 ss.; Petino, *Composizione delle liti e ruolo del sindacato*, Milano, 1989, 37 ss..

giudici, i migliori consulenti di cui un lavoratore possa disporre, se vogliono esplicitare tale funzione con tempo e impegno.

Comunque, l'art. 2113 cod. civ. e il suo rinvio a transazioni e rinunce valide, perché concluse con l'assistenza di soggetti qualificati, hanno visto una modificazione significativa⁶⁷ e si è accentuata la correzione delle “asimmetrie informative” rispetto alla dimensione conciliativa in senso proprio, cioè all'avvicinamento delle posizioni, per la composizione del contrasto. Con l'eccezione del giudice (se animato da buona volontà, come, a dire il vero, capita per lo più), nelle altre fattispecie in grado di garantire il carattere definitivo dell'intesa la mediazione è limitata⁶⁸, se non si prendono in esame i precedenti contatti preparatori⁶⁹.

La riduzione delle “asimmetrie informative” non è in contraddizione con una iniziativa che entri nel merito del conflitto e miri al suo superamento⁷⁰, ma la prima prospettiva appare centrale, dopo la legge n. 183 del 2010 e, comunque, per l'attuale esperienza, in cui i soggetti sindacali e quelli pubblici si dedicano per lo più a garantire la legittimità degli atti di disposizione, in luogo di crearne le premesse⁷¹. Questa evoluzione potrebbe essere considerata riduttiva, rispetto all'idea della conciliazione come superamento delle controversie⁷². Tuttavia, la frequenza degli accordi riduce la possibilità di una effettiva azione di avvicinamento e si stempera tale ruolo⁷³, riservato a una parte delle liti e, spesso, rimesso ai colloqui interlocutori fra professionisti⁷⁴. Nella sua concezione

⁶⁷ V.: Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 423 ss..

⁶⁸ Invece, v. Grandi, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, *loc. cit.*, 41 ss..

⁶⁹ V.: A. Zoppoli, *La riforma della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 411 ss., con riguardo alla situazione successiva alla legge n. 183 del 2010 e al concetto complessivo di conciliazione.

⁷⁰ V.: De Angelis, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *WPSCLDE “Massimo D'Antona”*, it., n. 121, 2011, 9 ss..

⁷¹ Invece, v. M. De Cristofaro, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2011, 57 ss..

⁷² V.: Redenti, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, 357 ss..

⁷³ V.: Bove, *Conciliazione e arbitrato nel “collegato lavoro”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 125 ss..

⁷⁴ V.: Cecchella, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 446 ss..

originaria, la conciliazione prevedeva la presenza sindacale⁷⁵, ma l'evoluzione ridimensiona questo aspetto⁷⁶.

4. *Le conciliazioni sindacali.*

Il modello conciliativo stragiudiziale nel quale, oggi, è effettuata una mediazione è quello sindacale, tanto che si sottolinea la necessità di un effettivo riequilibrio delle “asimmetrie informative”⁷⁷, come richiesto in giurisprudenza⁷⁸. Una nota sentenza di merito⁷⁹ ha riproposto un tema tradizionale⁸⁰ e, cioè, negato la configurabilità di un procedimento informale⁸¹, basato sulla presenza di conciliatori designati dalle associazioni di imprese e lavoratori⁸², in alternativa al sistema configurato dai contratti collettivi, ai sensi dell'art. 412 *ter* cod. proc. civ.. Il problema è fondamentale, non solo perché l'art. 411 e l'art. 412 *ter* cod. proc. civ. sono oscuri⁸³, ma in quanto una netta maggioranza delle conciliazioni ha luogo fuori dalle previsioni dei negozi di categoria, ma “con l'assistenza di conciliatori individuati dall'organizzazione (...) cui il lavoratore” decida “di rivolgersi, a patto che questa ultima” possieda “sufficienti requisiti di rappresentatività, onde garantire la serietà dell'assistenza praticata”⁸⁴.

⁷⁵ V.: Grandi, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, loc. cit., 41 ss..

⁷⁶ V.: Pizzoferrato, *Giustizia privata del lavoro. Conciliazione e arbitrato*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Milano, 2000, 45 ss..

⁷⁷ V.: Pera, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., 80 ss.; Cipressi, *Sulla conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1985, 140 ss.; Pizzoferrato, *Giustizia privata del lavoro. Conciliazione e arbitrato*, cit., 55 ss..

⁷⁸ V. Cass. 23 ottobre 2013, n. 24024, in *Giur. it. rep.*, 2013; Cass. 22 maggio 2008, n. 13217, *ibid.*, 2008, Cass. 3 settembre 2003, n. 12858, *ibid.*, 2003.

⁷⁹ V. Trib. Roma 8 maggio 2019, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, 611, con nota di Novella, *La conciliazione sindacale tra legge, prassi, forma e sostanza*.

⁸⁰ Per la tesi restrittiva, v. Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, 213 ss.; Borghesi, *Contratto collettivo e processo*, cit., 182 ss.; Assanti, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie individuali di lavoro*, in *Nuovo tratt. dir. lav.*, diretto da Riva Sanseverino – Mazzoni, Padova, 1975, 128 ss..

⁸¹ V.: Speciale, *Gino Giugni e la conciliazione in sede sindacale*, in *WPCSDLE “Massimo D'Antona”*, it., n. 415, 2020, 24 ss..

⁸² Sempre in epoca antecedente alla legge n. 183 del 2010, per la tesi estensiva, corroborata da una prassi consolidata, v. Grandi, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, loc. cit., 53 ss.; Pera, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., 93 ss.; Perone, *La conciliazione delle controversie di lavoro e il ruolo del giudice in Italia*, loc. cit., 101 ss.; Salomone, *Conciliazione e arbitrato*, cit., 701 ss., nt. 71; Luiso, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 53 ss..

⁸³ Per una convincente ricostruzione del problema e della sua importanza applicativa, v. Novella, *La conciliazione sindacale tra legge, prassi, forma e sostanza*, loc. cit., 622 ss..

⁸⁴ V.: Novella, *La conciliazione sindacale tra legge, prassi, forma e sostanza*, loc. cit., 622 ss..

Tale soluzione ha avuto ampio seguito⁸⁵, anche dopo la legge n. 183 del 2010, che, pure dovendo essere consapevole del problema, non ha assunto una posizione chiara⁸⁶. Dall'art. 411 cod. proc. civ. si può dedurre l'accettazione di altri modelli⁸⁷, oltre quello dell'art. 412 *ter* cod. proc. civ., anche perché, se avesse voluto rinnegare una prassi consolidata⁸⁸, lo stesso art. 411 cod. proc. civ. avrebbe potuto e dovuto esprimersi in modo più risoluto. Del resto, se la cosiddetta conciliazione sindacale informale dovesse essere considerata superata, l'intero sistema sarebbe alterato⁸⁹, se si considera come simili iniziative siano le più frequenti, a maggiore ragione di fronte alle rigidità del tentativo affidato all'Ispettorato⁹⁰.

Non di meno, dopo il 2010, la tesi restrittiva si è rafforzata⁹¹, in nome della pretesa, scarsa credibilità delle conciliazioni cosiddette informali⁹². Se la preoccupazione può avere fondamento, per il nutrito numero di controversie sull'effettiva assistenza prestata al lavoratore, il timore riguarda ogni forma di conciliazione sindacale e quelle regolate in via espressa dai contratti collettivi non danno maggiori garanzie. Poiché l'art. 411 cod. proc. civ. sembra avallare la tesi tradizionale⁹³, è ancora da considerare legittima la conciliazione effettuata con l'intervento di rappresentanti senza la disciplina generale degli accordi nazionali, quindi senza l'attuazione dell'art. 412 *ter* cod. proc. civ.⁹⁴.

⁸⁵ V.: Stolfa, *Conciliazione nel diritto del lavoro*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, vol. III, 245 ss.; Hernandez, *Le alternative al processo*, in *Il processo del lavoro: bilancio e prospettive*, in Atti delle giornate di studio di Palermo, 4 – 5 giugno 1993, Milano, 1994, 44 ss.; Avanzi, *La conciliazione in sede sindacale delle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1974, I, 544 ss..

⁸⁶ V.: Novella, *La conciliazione sindacale tra legge, prassi, forma e sostanza*, *loc. cit.*, 622 ss., per una convincente ricostruzione dei distonici elementi testuali.

⁸⁷ Invece, almeno in modo implicito, per la tesi opposta, v. Albi, *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113 cod. civ.*, *cit.*, 112 ss..

⁸⁸ Nello stesso senso, v. Persiani, *I limiti previsti dalla legge per la valida stipulazione delle conciliazioni sindacali*, in *Giur. it.*, 2019, 1064 ss.; Mostarda, *Sull'inoppugnabilità delle conciliazioni sindacali: una posizione isolata*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, 1324 ss.; Speciale, *Gino Giugni e la conciliazione in sede sindacale*, *loc. cit.*, 24 ss.;

⁸⁹ V.: Ferraro, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: profili generali*, *loc. cit.*, 73 ss..

⁹⁰ V.: De Angelis, *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, *loc. cit.*, 160 ss..

⁹¹ V.: Mammone, *Commento all'art. 411 cod. proc. civ.*, in AA. Vv., *Diritto del lavoro. Il processo*, a cura di Amoroso – Di Cerbo – R. Foglia – Maresca, vol. IV, ed. II, Milano, 2012, 100 ss.; Cecchella, *Art. 31. Conciliazione e arbitrato*, in AA. Vv., *La riforma del mercato del lavoro. Commentario alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2012, 244 ss..

⁹² V.: Mutarelli, *Le nuove procedure di conciliazione dopo il Collegato lavoro e la riforma Fornero*, in *Rass. advocat. gen. Stato*, 2914, 371 ss..

⁹³ V.: Grandi, *Sulla inoppugnabilità della conciliazione "in sede sindacale"*, in *Mass. giur. lav.*, 1975, 329 ss..

⁹⁴ V.: Stolfa, *Conciliazione nel diritto del lavoro*, *loc. cit.*, 251 ss..

Se mai, ci si deve chiedere come si possano superare le “asimmetrie informative”, soprattutto perché le associazioni di rado sono presenti alla stipulazione con professionisti e, per lo più, compaiono persone di esperienza e di buona volontà, ma senza specifico accreditamento e, a volere essere sinceri, di rado con preparazione giuridica. Ciò spiega il progressivo rigore della giurisprudenza⁹⁵, che pretende un apporto consultivo adeguato e consapevole⁹⁶ e, in particolare, la spiegazione dell’atto⁹⁷. Se si richiede una attività del conciliatore e, cioè, un suo contributo preciso⁹⁸, il problema si sposta sul versante probatorio ed è necessario il ricorso alla prova per testi, peraltro senza alcun ostacolo nella forma prevista per la transazione, poiché non si discute dell’atto e delle sue clausole, ma della conciliazione e, cioè, del contesto nel quale il primo è stipulato⁹⁹.

Per un verso, è stato risolto in giurisprudenza un problema noto, con l’affermazione per cui¹⁰⁰ “il lavoratore non si può dolere del fatto che il conciliatore nominato dal datore di lavoro non partecipi in modo compiuto alla costituzione del collegio e, in particolare, sottoscriva in un secondo momento, purché sia stata effettiva e tempestiva l’assistenza prestata dal suo conciliatore al prestatore di opere”¹⁰¹. Quindi, se vi è un obbligo di presenza simultanea e di trattazione congiunta, esso non riguarda il conciliatore dell’impresa, proprio in relazione all’eliminazione delle “asimmetrie informative”¹⁰² e, quindi, a un intervento riservato a proteggere il dipendente¹⁰³. Invece, non persuade la tesi per cui

⁹⁵ V.: Novella, *La conciliazione sindacale tra legge, prassi, forma e sostanza*, loc. cit., 619 ss.; Ferraro, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: profili generali*, loc. cit., 51 ss.. Sull’orientamento minoritario, per cui sarebbe sufficiente la presenza del conciliatore sindacale, anche senza un suo ruolo attivo, v. Albi, *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113 cod. civ.*, cit., 122 ss.; Ciucciavino, *Commento all’art. 2113 cod. civ.*, in Aa. Vv., *Il diritto del lavoro. Costituzione, codice civile eleggi spaziali*, a cura di Amoroso – Di Cerbo – Maresca, vol. I, Milano, 2007, 895 ss..

⁹⁶ V. Cass. 20 febbraio 1988, n. 1804, in *Not. giur. lav.*, 1988, 266; Cass. 3 luglio 1987, n. 5832, in *Mass. giur. lav.*, 1987, 417; Cass. 2 settembre 1986, n. 5739, *ibid.*, 1987, 63. Invece, per una tesi meno rigorosa, v. Cass. 20 febbraio 1988, n. 1804, in *Not. giur. lav.*, 1988, 266; Cass. 26 luglio 1984, n. 4413, *ibid.*, 1984, 513; Cass. 25 novembre 1983, n. 7092, *ibid.*, 1984, 109.

⁹⁷ V. Trib. Milano 28 marzo 2024, in *Variuz. temi dir. lav.*, sito, 2024.

⁹⁸ V. Cass. 1 aprile 2019, n. 9006, in *Giur. it. rep.*, 2019; Cass. 18 agosto 2017, n. 20201, *ibid.*, 2018; Cass. 6 maggio 2016, n. 9255, *ibid.*, 2016.

⁹⁹ V.: Novella, *La conciliazione sindacale tra legge, prassi, forma e sostanza*, loc. cit., 620 ss..

¹⁰⁰ V. Cass. 26 settembre 2016, n. 18864, in *Variuz. temi dir. lav.*, sito, 2016.

¹⁰¹ In senso coerente, si è detto, “una conciliazione sindacale, per essere qualificata tale ai fini dell’art. 411, comma terzo, cod. proc. civ. e dell’art. 2113, comma quarto, cod. civ., deve risultare da un documento sottoscritto in via contestuale dalle parti nonché dal rappresentante sindacale di fiducia del lavoratore” (v. Cass. 11 dicembre 1999, n. 13910, in *Giur. it. rep.*, 1999)

¹⁰² V. Cass. 6 maggio 2016, n. 9255, in *Giur. it. rep.*, 2016.

¹⁰³ V.: Pizzoferrato, *Giustizia privata del lavoro. Conciliazione e arbitrato*, cit., 55 ss.; Petino, *Inoppugnabilità della conciliazione stragiudiziale e attività dei conciliatori*, in *Mass. giur. lav.*,

l'effettivo intervento dovrebbe essere proporzionato alle condizioni soggettive del lavoratore, con la considerazione del suo livello culturale e della sua esperienza¹⁰⁴; se mai, in caso di difficoltà linguistiche, occorre un interprete. A prescindere dalle incertezze cui condurrebbe la citata tesi restrittiva, anche perché l'istruzione ha ridotto rilievo rispetto all'esame di questioni specialistiche, il conciliatore deve comunque assumere una posizione attiva e, se mai, il suo risalto può essere ridimensionato se il lavoratore è assistito¹⁰⁵ da un professionista di sua fiducia¹⁰⁶. In particolare, occorre un avvertimento sulla natura definitiva dell'accordo, ma anche sui vantaggi e sui rischi; sebbene sia necessario un apporto consulenziale¹⁰⁷, non se ne può verificare la perspicuità, anche perché simili valutazioni sono sempre opinabili, coinvolgendo un apprezzamento sull'esito di un giudizio, e... *habent sidera lites!*

Senza eccessivi formalismi (ma con attenzione per lo svolgersi lineare del colloquio fra il lavoratore e il suo conciliatore)¹⁰⁸, sono essenziali la contestuale presenza¹⁰⁹ e la sottoscrizione dopo l'esame del caso¹¹⁰, oltre al fatto che il conciliatore sia del sindacato cui il dipendente sia iscritto¹¹¹, vista l'attinenza della sua attività all'affiliazione e poiché il caso contrario lascia presumere che la scelta sia suggerita dal datore di lavoro. Peraltro, non rileva l'appartenenza del conciliatore a sindacati con maggiore rappresentatività in senso stretto, poiché il

1987, 585 ss.; Di Stasi, *Impugnabilità della conciliazione sindacale nelle controversie individuali e attività dei conciliatori*, in *Dir. lav.*, 1989, I, 260 ss..

¹⁰⁴ V.: A. Pessi, *La conciliazione sindacale tra il rigore formalistico e la libertà della volontà assistita*, in *Lav. giur.*, 2004, 63 ss.; Piovesana, *Conciliazione sindacale ed effettività dell'assistenza prestata al lavoratore*, in *Giur. it.*, 2004, 925 ss.; Senatori, *Effettività dell'assistenza sindacale e validità della conciliazione stragiudiziale: una nuova pronuncia della Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 170 ss..

¹⁰⁵ V. Cass. 23 ottobre 2013, n. 24024, in *Giur. it. rep.*, 2013, che, in modo non persuasivo, considera irrilevante la presenza alla stipulazione del difensore di fiducia del lavoratore.

¹⁰⁶ Invece, per una concezione più estensiva, v. Pardini, *Sui requisiti formali e sostanziali della conciliazione in sede sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 184 ss..

¹⁰⁷ V.: Tullini, *Conciliazione stragiudiziale ed effettività dell'assistenza sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 1038 ss..

¹⁰⁸ Peraltro, vi è poco da discutere quando (v. App. Catanzaro 10 dicembre 2015, in *Variat. temi dir. lav., sito*, 2015) la conciliazione è "stipulata nel giardino di casa del conciliatore sindacale, alla presenza anche di sua moglie, in carenza di alcun rapporto effettivo e stabile fra il preteso conciliatore e una associazione sindacale e di una piena comprensione da parte dello stesso, preteso conciliatore del valore dell'intesa".

¹⁰⁹ V. Cass. 18 agosto 2004, n. 16168, in *Giur. it. rep.*, 2004.

¹¹⁰ V. Cass. 10 febbraio 2011, n. 3227, in *Giur. it. rep.*, 2011.

¹¹¹ V. Cass. 11 dicembre 1999, n. 13910, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, 508; Trib. Udine 9 febbraio 2017, in *Giur. it. rep.*, 2017. Invece, v. Trib. Torino 16 gennaio 2003, in *Giur. piem.*, 2004, 305, per cui sarebbe irrilevante il fatto che il conciliatore sindacale sia di una organizzazione diversa da quella cui sia affiliato il prestatore di opere.

requisito non è mai stato richiesto dall'art. 411 cod. proc. civ.¹¹². Non a caso, al momento del deposito della sottoscrizione, l'Ispettorato non compie alcuna verifica sulla natura dell'organizzazione, almeno secondo la prassi diffusa. Però, il conciliatore deve essere indicato dall'associazione cui il lavoratore sia iscritto¹¹³.

5. La sede della conciliazione.

Una recente pronuncia ritiene impugnabile ai sensi dell'art. 2113 cod. civ. la transazione stipulata di fronte a un collegio di conciliazione sindacale presso una sede diversa da quella di una associazione dei lavoratori o di una organizzazione di rappresentanza dei datori di lavoro¹¹⁴, poiché, si è detto, “non opera l'art. 2113, quarto comma, cod. civ. per una conciliazione stipulata presso la sede del datore di lavoro”. In senso diverso e più equilibrato si è affermato che “la mancata stipulazione di una transazione presso la sede di un sindacato non rende nullo l'accordo, né lo rende impugnabile ai sensi dell'art. 2113 cod. civ., se il lavoratore non prova la mancata assistenza a suo favore”¹¹⁵.

L'orientamento più rigoroso non convince, per varie ragioni. La sentenza applica l'art. 411, terzo comma, cod. proc. civ., ma, di fatto, fornisce una discutibile interpretazione letterale dell'art. 412 *ter* cod. proc. civ.. Il termine sede equivarrebbe a struttura e luogo abituale di espletamento dell'attività sindacale, così che la conciliazione potrebbe avere luogo solo presso un locale di una associazione di rappresentanza. Tale lettura non persuade; il concetto di “sede” si riferisce alla presenza dei conciliatori, non al luogo fisico di stipulazione. Come riconosce a ragione la seconda decisione citata, in alcune situazioni l'effettuazione del tentativo di conciliazione in azienda può intimorire il prestatore di opere, ma ciò deve essere oggetto di una specifica prova. Del resto, tale situazione è possibile, ma rara. Basti pensare alla preventiva condivisione del testo della transazione, con trattative

¹¹² V.: Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 214 ss.. In senso opposto, v. Grandi, *Sulla inoppugnabilità della conciliazione “in sede sindacale”*, loc. cit., 329 ss.; Ferraro, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, loc. cit., 14 ss..

¹¹³ V. Trib. Bari 6 aprile 2022, in *Variet. temi dir. lav.*, sito, 2022, per cui “non rispecchia i caratteri della conciliazione sindacale, ai fini dell'art. 2113 cod. civ., quella stipulata con l'assistenza di un rappresentante di una associazione cui il lavoratore non era iscritto, nonostante nell'atto transattivo vi sia il conferimento di uno specifico incarico”.

¹¹⁴ V. Cass. 15 aprile 2024, n. 10665, ord., in *Variet. temi dir. lav.*, sito, 2024.

¹¹⁵ V. Cass. 18 gennaio 2024, n. 1975, ord., in *Variet. temi dir. lav.*, sito, 2024.

telefoniche o condotte per posta elettronica e con il progressivo raggiungimento dell'accordo, come capita nella netta maggioranza dei casi. Quale rilievo può mai avere il luogo fisico di sottoscrizione dell'intesa, se vi è stata una effettiva attività di chi rappresenta il dipendente? Solo di rado al momento della conciliazione residuano aspetti importanti da definire e, quindi, soltanto in situazioni particolari può avere significato il contesto fisico della stipulazione. Nonostante vi siano stati contratti stipulati in tale prospettiva, non pare che la posizione della sentenza possa essere superata con una intesa collettiva conclusa in ambito provinciale; se fosse considerato condivisibile, il principio di diritto avrebbe carattere inderogabile, in quanto correlato a una ricostruzione del concetto di conciliazione sindacale e avrebbe un rilievo generale.

La sentenza qui criticata ha subito provocato conseguenze importanti. A quanto risulta, con una posizione assunta in sede nazionale, la Confederazione Confindustria ha deciso di non dare più corso a conciliazioni a distanza, con il ricorso a risorse telematiche, poiché, quasi sempre, le parti coinvolte sono alla loro residenza e non nelle sedi di associazioni. Anche in questa logica si spiega l'attuale interesse del legislatore per una regolazione delle conciliazioni sindacali a distanza; si annuncia una soluzione normativa generale, volta a superare la regolazione transitoria del periodo epidemico. Intanto, in attesa di tale svolta, tale modello è da considerare inattuale, proprio per l'annunciato intervento legislativo abilitativo.

6. Le conciliazioni, il contratto a tutele crescenti e i riflessi fiscali.

Una menzione merita l'art. 6 del decreto legislativo n. 23 del 2015¹¹⁶, sebbene non sia qui possibile la completa discussione dell'istituto¹¹⁷, se non altro

¹¹⁶ Per l'art. 6 del decreto n. 23 del 2015, in una delle cosiddette sedi protette, compresa quella dell'autorità di certificazione, nei termini di impugnazione stragiudiziale di un recesso intimato nell'ambito di un contratto a tutele crescenti, il datore di lavoro può offrire "un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a tre e non superiore a ventisette mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare".

¹¹⁷ V.: Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WPCSDLE "Massimo D'Antona"*, it., n. 274, 2015 100 ss.; F. Rossi, *L'offerta di conciliazione prevista dall'art. 6 del decreto legislativo n. 23 del 2015*, in *Lav. giur.*, 2015, 872 ss.; Voza, *"Gli farò una offerta che non potrà rifiutare": l'irresistibile forza deflattiva dell'art. 6 del decreto legislativo n. 23 del 2015*, in *Lav. giur.*, 2015, 777 ss..

per la barocca regolazione¹¹⁸, che giunge a occuparsi del mezzo di pagamento, identificato nell'assegno circolare, come se tutti i datori di lavoro fossero abituati ad assumere impegni non onorati e il ricorso a un assegno bancario o a un bonifico (che oltre ventiquattro milioni di dipendenti ricevono ogni mese!) mettesse a repentaglio il puntuale adempimento. Nonostante abbia suscitato una certa ironia¹¹⁹, l'istituto è una novità nel frastagliato panorama del nostro ordinamento, sia perché l'iniziativa è del datore di lavoro in via esclusiva, sia in quanto la conciliazione può avere luogo prima dell'impugnazione e, comunque, in tempi molto brevi, cioè in sessanta giorni¹²⁰, sia dal momento che l'importo da versare è in parte predeterminato¹²¹ e, soprattutto, non è sottoposto a imposizione fiscale. E' pleonastico il riferimento normativo al mancato pagamento di contributi, poiché si sarebbe dovuti giungere alle stesse conclusioni sulla base dei principi generali e ciò vale per qualunque licenziamento.

Ci si può chiedere se risulti alterato il modello dell'art. 1965 cod. civ., in quanto la transazione potrebbe essere raggiunta a prescindere dal mostrarsi di una controversia e con un arretramento¹²², poiché la proposta potrebbe essere presentata prima dell'impugnazione¹²³, sebbene sia improbabile che ciò accada, visto che l'impresa la dovrebbe attendere o, in difetto, dovrebbe dare per scontato il suo arrivo. La questione ha minima rilevanza applicativa e, sul piano teorico, è apparente la distonia fra l'art. 1965 cod. civ. e l'art. 6 del decreto n. 23 del 2015. Comunque, seppure con qualche discrasia, la transazione si radica su un conflitto, prevenuto, ma con una accezione nemmeno troppo allargata di tale espressione¹²⁴.

Né desta dubbi il fatto che l'iniziativa debba essere del solo datore di lavoro, sebbene non sia facile trovare una spiegazione alla singolare scelta prescrittiva. Non si comprende perché il prestatore di opere non potrebbe cercare la composizione, a

¹¹⁸ V.: Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 215 ss..

¹¹⁹ V.: Voza, "Gli farò una offerta che non potrà rifiutare": l'irresistibile forza deflattiva dell'art. 6 del decreto legislativo n. 23 del 2015, *loc. cit.*, 777 ss.; Pasquini, *Jobs act e conciliazione: pochi, maledetti e subito ... , ma non per tutti*, *loc. cit.*, 81 ss..

¹²⁰ L'art. 6 del decreto n. 23 del 2015 fa riferimento ai termini di impugnazione stragiudiziale.

¹²¹ L'importo deve essere considerato predeterminato solo in parte perché gli importi indicati dall'art. 6 del decreto n. 23 del 2015 sono quelli massimi e nulla impedisce l'offerta di somme più contenute.

¹²² V.: F. Santoro Passarelli, *La transazione*, *cit.*, 9 ss..

¹²³ V.: Amendola, *Offerta di conciliazione*, in Aa. Vv., *Il licenziamento all'indomani del decreto legislativo n. 23 del 2015*, a cura di G. Carinci – Cester, *Adapt labour studies*, e book series, n. 46, 2015, 162 ss..

¹²⁴ V.: F. Santoro Passarelli, *La transazione*, *cit.*, 9 ss..

maggiore ragione per il suo carattere in parte vincolato¹²⁵. Comunque, sebbene l'impresa debba effettuare una offerta, quale premessa della convocazione in una delle sedi protette, tale adempimento formale può essere preceduto da colloqui preparatori e il datore di lavoro deve comunque giungere a una decisione, con l'esternazione della sua proposta¹²⁶. Se mai, ci si può chiedere perché si debba concludere l'accordo in sede sindacale o in quella amministrativa, se si considera come non siano impugnabili ai sensi dell'art. 2113 cod. civ. le transazioni in tema del solo licenziamento, appunto come quella dell'art. 6; si replica invocando l'interferenza con l'interesse pubblico, per il minore gettito fiscale, con la conseguente necessità di una stipulazione formale, anche a definizione precisa della data¹²⁷.

Il carattere vincolato dell'importo sottratto al prelievo tributario ha ovvi obiettivi antielusivi, per evitare che, in modo strumentale, l'istituto sia piegato a finalità differenti e, in particolare, alla definizione di controversie sulla retribuzione, poiché, in tali ipotesi, sarebbe impedito in modo illegittimo il pagamento delle imposte, in contrasto con l'art. 6, il cui strumento di deflazione del contenzioso riguarda il solo licenziamento intimato in un rapporto a tutele crescenti¹²⁸. Né è irragionevole tale connotazione settoriale, se si riflette sulla sua novità, con un carattere sperimentale dell'art. 6, il quale non risulta abbia avuto successo particolare e, comunque, per ora, non è stato replicato in altri ambiti. Al contrario, l'intuizione del legislatore è interessante, poiché una plausibile incentivazione della composizione stragiudiziale dei conflitti può avere luogo con misure di ordine fiscale¹²⁹, appunto destinate a ridurre la pressione sul sistema giudiziario¹³⁰, con benefici per la sua efficienza, anche di contenimento dei costi e, quindi, di indiretto rilievo patrimoniale¹³¹. Con indubbi vantaggi economici correlati alla diminuzione del numero dei processi, l'intuizione dell'art. 6 supera una storica resistenza ed è una svolta meritevole di plauso; anzi, ci si deve chiedere perché la transazione possa

¹²⁵ V.: Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, loc. cit., 100 ss.; Emiliani, *La nuova conciliazione stragiudiziale*, in Aa. Vv., *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M. T. Carinci - Tursi, Milano, 2015, 194 ss..

¹²⁶ V.: Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, cit., 15 ss..

¹²⁷ V.: Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, cit., 14 ss..

¹²⁸ V.: Ferraro, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 95 ss..

¹²⁹ V.: F. Carinci, *A proposito del Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1109 ss..

¹³⁰ V.: R. Foglia, *Domanda di giustizia e processo del lavoro*, in *Giur. it.*, 2001, 1289 ss..

¹³¹ V.: Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 327 ss..

essere stipulata solo entro sessanta giorni dal licenziamento, dal momento che questo rigoroso limite non ha un preciso significato antielusivo¹³².

Per quanto qui interessa, ne risulta un accordo in cui è minimo il contributo¹³³ dei conciliatori, nonostante gli importi richiamati dall'art. 6 siano quelli massimi per cui operi l'esenzione tributaria, con la possibilità di offrire somme più contenute. Ciò consentirebbe una mediazione volta a indurre l'impresa a raggiungere il numero di mensilità menzionato dall'art. 6 e, al limite, di superarlo, seppure con somme ulteriori sottratte ai benefici fiscali. Comunque, il tentativo di composizione della lite (amministrativo o sindacale) rileva soprattutto per la certezza della stipulazione, affidando le prospettive di successo a un diretto controllo legale, tanto energico, quanto estraneo all'intervento conciliativo. Il relativo ruolo attivo diventa impalpabile, mentre l'intero istituto è imperniato su rigorosi termini, sulla formulazione di una proposta esplicita e sulla chiara esternazione delle posizioni¹³⁴.

Ciò può sembrare e, in fondo, è il contrario di quanto spesso la conciliazione è nell'esperienza, con trattative prudenti, prolungate, un po' mercantili e con la circospetta esplorazione delle possibili soluzioni, a prescindere dalla capacità persuasiva di tutti i protagonisti. Tuttavia, se si condivide l'opzione per l'incentivo fiscale, nulla vieta la sua applicazione più generale e non vi è un nesso fra i vincoli immaginati dall'art. 6 (alcuni superflui, come quelli cronologici) e i vantaggi tributari. Per esempio, in modo più lineare, potrebbero essere applicate le stesse misure alla conciliazione del giudice, poiché il suo intervento meglio garantirebbe dal ricorso illecito e strumentale a simulazioni volte ad approfittare della mancata imposizione per occultare pagamenti della retribuzione. Potrebbe essere assicurato il razionale impiego delle risorse pubbliche per l'unico obiettivo cui possano essere destinate, cioè l'efficienza del sistema processuale.

¹³² V.: Amendola, *Offerta di conciliazione*, loc. cit., 162 ss.

¹³³ V.: Bertocello, *La nuova conciliazione in caso di licenziamento*, in Aa. Vv., *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di Fiorillo – Perulli, Torino, 2015, 136 ss..

¹³⁴ V.: Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, cit., 15 ss..

7. *Le conciliazioni e la cosiddetta stabilizzazione.*

Per l'art. 54 del decreto legislativo n. 81 del 2015, con una disposizione a effetti stabili¹³⁵, se “i lavoratori interessati alle assunzioni sottoscrivano, con riferimento a tutte le possibili pretese riguardanti la qualificazione del pregresso rapporto di lavoro, atti di conciliazione in una delle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del Codice civile, o avanti alle commissioni di certificazione”, “l'assunzione a tempo indeterminato (...) comporta l'estinzione degli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali connessi all'erronea qualificazione del rapporto (...), fatti salvi gli illeciti accertati a seguito di accessi ispettivi effettuati in data antecedente alla assunzione”¹³⁶. La conciliazione è uno dei presupposti della cosiddetta “stabilizzazione”, con l'estinzione dei procedimenti sanzionatori¹³⁷. La disposizione collega alla definizione di qualunque controversia e alla stipulazione di contratti a tempo indeterminato¹³⁸ effetti estintivi sull'esercizio del potere sanzionatorio pubblico¹³⁹, con una logica non molto diversa da quella della conciliazione monocratica¹⁴⁰.

La scelta non sorprende, se si considera l'interesse pubblico non tanto all'esercizio del potere sanzionatorio, quanto alla tutela dei prestatori di opere, con la cosiddetta “stabilizzazione”¹⁴¹, secondo un modello coerente nei suoi lineamenti complessivi con quello del decreto n. 124 del 2004. La conciliazione, anche sindacale, è incentivata, poiché il suo raggiungimento porta agli effetti dell'art. 54, secondo comma, del decreto n. 81 del 2015, quanto mai favorevoli per il datore di lavoro¹⁴². Senza che si sottolineino le prerogative dei soggetti coinvolti nelle diverse procedure, se mai considerate in modo indistinto dall'art. 54, esso attribuisce un forte rilievo alla composizione delle controversie, con un impatto sull'iniziativa repressiva¹⁴³. Non potrebbe essere maggiore lo stimolo, con una

¹³⁵ V.: Giorgio Fontana, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in *WPSCDLE “Massimo D'Antona”*, it., n. 276, 1015, 28 ss..

¹³⁶ V.: Albi, *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113 cod. civ., cit.*, 149 ss..

¹³⁷ V.: Giorgio Fontana, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, *loc. cit.*, 28 ss..

¹³⁸ V. l'art. 54, primo comma, del decreto n. 81 del 2015.

¹³⁹ V. l'art. 54, secondo comma, del decreto n. 81 del 2015.

¹⁴⁰ V.: Albi, *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113 cod. civ., cit.*, 149 ss..

¹⁴¹ V.: G. Santoro Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.*, in *WPSCDLE “Massimo D'Antona”*, it., n. 278, 2015, 17 ss..

¹⁴² V.: Albi, *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113 cod. civ., cit.*, 149 ss..

¹⁴³ V.: Giorgio Fontana, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, *loc. cit.*, 28 ss..

logica non troppo dissimile da quella dell'art. 6 del decreto n. 23 del 2015. A prescindere dalla capacità di mediazione dei soggetti coinvolti nei procedimenti, la loro positiva conclusione è oggetto del massimo impulso¹⁴⁴, nella convinzione per cui la soluzione delle possibili controversie apporterebbe un beneficio generale, secondo l'impianto dell'art. 11 del decreto n. 124 del 2004. Il contenimento dell'azione punitiva pubblica ha luogo a fronte della realizzazione delle aspettative del lavoratore, con una più complessa fattispecie, imperniata sulla costituzione di un rapporto a tempo indeterminato¹⁴⁵.

¹⁴⁴ V. l'art. 54, secondo comma, del decreto n. 81 del 2015.

¹⁴⁵ V.: Giorgio Fontana, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, loc. cit., 28 ss..

