

“CONCILIATION AND ARBITRATION: two ways to manage the effects of disputes on information and consultation rights in the context of Banking mergers, acquisition and restructuring” (VS/2010/0668)



CONCILIAZIONE E ARBITRATO IN SEDE CAE ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2009/38/CE

Domenico Iodice



With financial support from the European Union

La responsabilità di quanto scritto spetta esclusivamente all'Autore e pertanto la Commissione Europea non è responsabile per qualsiasi uso che possa essere fatto delle opinioni e delle informazioni in questo testo contenute.

Domenico Iodice è abilitato alla professione forense. È attualmente dedito ad attività di divulgazione scientifica in ambito giuridico, anche come Responsabile del Dipartimento Ricerca di APF FIBA. È inoltre Segretario Responsabile dell'organismo di rappresentanza sindacale aziendale FIBA CISL in Deutsche Bank SpA.

Ha già pubblicato diversi saggi giuridici, tra i quali segnaliamo:

- I fidi e gli impieghi, Edibank, Milano, 1996;***
- La gestione dei crediti in sofferenza, Bancaria Editrice, Roma, 2003.***
- Le controversie individuali di lavoro, Edizioni Lavoro, Roma, 2005.***
- Conciliazione e arbitrato, ABI-BANCARIA Editrice, Roma, 2006***
- Accordi di clima, Edizioni Lavoro, Roma, 2009***
- Commento al CCNL del credito (AA.VV.), Giappichelli, Torino, 2009.***

Sommario

Presentazione

di Andrea Pastacaldi

1 - Crisi della giustizia ordinaria e assenza di soluzioni comunitarie per i conflitti collettivi in sede CAE

2 - Prevenzione e composizione delle controversie di lavoro

2.1 - La strategia comunitaria del dialogo sociale: dalla Corporate Social Responsibility (C.S.R.) alle Alternative Labour Dispute Resolutions (A.L.D.R.)

2.2 - Ragioni e implicazioni del Libro Verde del 2001

2.3 - A(L)DR: nozione

2.4 - Le pratiche comunitarie di ADR nel Libro Verde del 2002

2.5 - Lo stato della giustizia del lavoro nei principali Paesi dell'Unione

2.6 - L'esperienza tedesca

2.7 - L'esperienza francese

3 - La direttiva 2009/38/CE e gli strumenti di efficacia in sede CAE

4 - Conciliazione e arbitrato: come integrare gli accordi CAE nell'attuale vuoto di delega normativa

4.1 - Conciliazione e arbitrato: un "identikit" giuridico

4.2 - Riconoscere la lesione dei diritti collettivi

4.3 - Azionare i diritti collettivi

4.4 - Gli strumenti di efficacia nel panorama legislativo europeo

5- Conciliazione e Arbitrato negli accordi CAE a legislazione italiana

5.1 - L'analisi di casi aziendali

5.2 - Il "caso" Unicredit

di Marco Giorgio Berselli, Presidente CAE Unicredit.

6 - Conclusioni. Una prospettiva "de jure condendo": tra implementazione della direttiva rifiuta e modifica degli attuali accordi CAE.

Presentazione

Andrea Pastacaldi - Presidente APF.

Credo che difficilmente un ricercatore si sia trovato nel corso dei propri studi a lavorare con una materia così in evoluzione e così poco “stabile” come gli argomenti affrontati in questo quaderno dall’Autore, Domenico Iodice: la conciliazione e l’arbitrato, quali strumenti alternativi per la difesa dei diritti collettivi di informazione e consultazione.

Il quaderno raccoglie e sistematizza gli studi e le analisi effettuati nello svolgimento del Progetto che la Commissione Europea ha finanziato (VS/2010/0668) all’associazione Quadri della FIBA CISL, APF (Alte Professionalità Finanza credito e assicurazioni). Al Progetto hanno lavorato specialisti di nove organizzazioni sindacali europee del settore bancario e di una associazione di datori di lavoro, coordinati dal punto di vista organizzativo da Luciano Malvolti e sotto la responsabilità scientifica dello stesso Domenico Iodice. I lavori si sono sviluppati in coincidenza con l’ultimo periodo di recepimento da parte dei Paesi europei, nelle rispettive legislazioni nazionali, della nuova Direttiva sui CAE (2009/38/CE). Poiché i CAE rappresentano il luogo “principe”, deputato all’esercizio dei diritti di informazione e consultazione, il Progetto non avrebbe potuto certo disinteressarsi del processo in corso di rifusione della Direttiva.

Per questi motivi la materia si è andata complicando con lo sviluppo delle attività, e la finalità stessa del progetto è diventata duplice, mentre la ricerca ha iniziato a correre lungo due binari paralleli. Da un lato l’attenzione verso i processi di trasposizione in corso e dall’altro verso il censimento delle “buone pratiche” che, attraverso i metodi alternativi di risoluzione dei conflitti (ADR – Alternative Dispute Resolutions), avessero nel tempo contribuito alla risoluzione di controversie sorte in materia di diritti di Informazione e Consultazione.

Iodice, nonostante le difficoltà, è stato abile nel mantenere l’equilibrio fra i due aspetti della ricerca ed il risultato finale è una sintesi armonica fra inquadramenti giuridici e metodologici e esperienze empiriche, utile alla comprensione dei fenomeni in atto nel grande dibattito che si è instaurato fra gli attori del dialogo sociale europeo.

Il quaderno è arricchito dalla presentazione di un caso aziendale da parte di Marco Berselli, recentemente eletto presidente del CAE di Unicredit Group. Il caso presentato nel quinto capitolo riguarda l’Accordo di costituzione del CAE in

Unicredit e la presenza in questo, seppur con una formulazione non esaustiva, dell'istituto dell'arbitrato. Ma a proposito di questa indeterminatezza Berselli non drammatizza e, da buon sindacalista, conclude che in caso di controversie, più che l'esegesi della norma valga, molto più pragmaticamente, l'affermazione di un autentico dialogo sociale all'interno del CAE.

In conclusione, vi è un doveroso obbligo che ben volentieri assolverò: quello dei ringraziamenti. Il primo va alla Segreteria Nazionale della FIBA che in tutto il percorso del Progetto ci ha sorretto, assistito e incoraggiato. Un ringraziamento particolare è ai partner che, con la loro costante e qualificata attività, hanno consentito il successo della iniziativa ed il raggiungimento degli obiettivi prefissati. Ringrazio pertanto Sauro Piccioni dell'APF FIBA (Italia), Luca Panfietti della FABI (Italia), Luigi Di Marco di Federmanagement (Italia), Eva Milkulkova di OSPPP (Repubblica Ceca), Carlos Silva di FEBASE (Portogallo), Sandor Toth di BBDSZ (Ungheria), Raphael Vandenplas di LBC-NVK (Belgio), Sebastien Busiris di FO-Fec (Francia), Adrian Soare di UPA (Romania) e Tomaz Boltin di SBU (Slovenia).

Inoltre desidero ringraziare Marilena Furio per la cura e la dedizione che ha prestato nell'assistenza amministrativa e logistica del Progetto e nella predisposizione del presente testo in inglese e Carmelo Donato per l'assistenza e consulenza che ha fornito nell'ambito dei servizi di interpretariato.

Infine concludo con l'auspicio che questo quaderno rappresenti il primo di una vera e propria collana dedicata a raccogliere nel tempo i risultati delle attività condotte dalla nostra Associazione.

1

CRISI DELLA GIUSTIZIA ORDINARIA E ASSENZA DI SOLUZIONI COMUNITARIE PER I CONFLITTI COLLETTIVI IN SEDE CAE.

La composizione extragiudiziale delle controversie transnazionali collettive di lavoro non suscita, al momento, l'attenzione del legislatore comunitario, ma soltanto quella (peraltro sporadica) di parti sociali e tecnici del diritto. In verità, la Commissione ha incluso nel suo programma di lavoro per il 2011 una proposta legislativa sulla composizione alternativa delle controversie¹, ma essa riguarda le controversie civili e commerciali. L'art. 3 della Direttiva 52/2008, a sua volta, definisce la mediazione come "un procedimento strutturato, indipendente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore". La "conciliazione" è il risultato positivo del percorso, ossia l'accordo raggiunto. La stessa parola non è utilizzata nella Direttiva 52/2008: ciò non è casuale, ma è conseguenza della finalità prevista dal legislatore comunitario, che si dedica alle controversie civili e commerciali, e non alle controversie di lavoro, né tantomeno a quelle collettive afferenti alle relazioni industriali. In questi ultimi due settori è concepibile una soluzione conciliativa a condizione che essa sia "assistita", ossia che le parti non vi giungano da sole. E' questa la principale differenza tra mediazione (oggetto di intervento da parte del legislatore comunitario) e conciliazione (istituto trascurato in occasione della rifusione della Direttiva CAE).

Eppure due ragioni preminenti suggeriscono di attribuire centralità al tema: a) la necessità pratica di arginare le distonie² del processo del lavoro³; b) l'opportunità di tradurre in prassi giuridiche vincolanti ed efficaci l'obiettivo comunitario del dialogo sociale: promuovere una nuova cultura della comunicazione tra i soggetti economici (*stakeholder*), in quanto portatori di interessi confligenti.

Nel solco delle direttrici comunitarie (spesso paragonabili a linee parallele destinate a non incrociarsi), la seguente ricerca intende essere ben più di un semplice contributo di idee e soluzioni all'interno dell'*hortus conclusus* delle tecniche giuridiche; essa persegue infatti l'ambizioso obiettivo di legittimare,

¹ Come si evince dalla Proposta di risoluzione del Parlamento europeo sull'attuazione della direttiva sulla mediazione (relazione del 15 luglio 2011, 2011/2026 INI, Commissione giuridica, relatore Arlene McCarthy).

² Sovraccarichi di ruoli, lungaggini procedurali, tempi morti, etc.

³ Dal momento che le prerogative di duttilità e praticità dei mezzi della giustizia convenzionale privata tendono a favorire una composizione rapida/efficace delle liti.

con rigore tutto scientifico, una nuova cultura della comunicazione tra i soggetti collettivi (*stakeholder*) che incarnano interessi conflittuali. Il legislatore comunitario ha finora dedicato grande attenzione al tema della composizione delle controversie individuali di lavoro, mediante le metodologie di A.L.D.R.. Si è inoltre concentrato sulle vicende transnazionali dei grandi gruppi, che attuano processi riorganizzativi con effetti dirompenti a livello nazionale. In tale contesto, la Direttiva 2009/38/CE di rifusione si è premurata di rendere efficaci ed esigibili i diritti di informazione e consultazione preventiva in sede CAE. La Direttiva, peraltro, demanda agli Stati membri non solo il recepimento in ambito nazionale, ma anche la predisposizione di opportuni strumenti di presidio dei diritti di partecipazione. In pratica, c'è il rischio che le leggi di trasposizione nazionale trascurino l'introduzione di un armamentario giuridico teso a garantire l'effettiva applicazione dei diritti collettivi. Tale rischio è purtroppo divenuto storica certezza, perché nel processo di recepimento della Direttiva ad opera dei Paesi membri dell'Unione non vi è traccia (o quasi) di strumenti di prevenzione e composizione dei conflitti collettivi sui diritti di informazione e consultazione. Accade, allora, che un CAE o un sindacato nazionale che lamenti la mancanza o l'insufficienza di informazioni finalizzate ad un confronto preventivo si trovi privo di difese efficaci. Dovendosi le parti collettive rivolgere a un giudice, infatti, è chiaro che i lunghi tempi del processo e le sue ritualità, talora astruse, determinino un "vulnus" sostanziale alle loro ragioni. Si corre il rischio, insomma, che "mentre si ripara il recinto, le pecore scappino". Tra l'altro, non è affatto scontato che una sentenza favorevole, sia pure tardiva, riesca per esempio ad annullare o almeno sospendere gli effetti di una cessione di azienda. Ciò dipende infatti dalla legislazione nazionale applicabile alla controversia, e talvolta anche dalla valutazione prudenziale del giudice. Insomma, è di tutta evidenza che il ricorso alla giustizia ordinaria non appare idoneo a tutelare le ragioni della tempestività e dell'integrale rispetto dei diritti collettivi di informazione; diritti che, in quanto propedeutici alla consultazione, hanno ragion d'essere solo se fruibili prima che le decisioni strategiche dei Gruppi comunitari diventino operative.

Ci sono altre ragioni che spiegano l'attuale crisi del modello di giustizia pubblica e lo sforzo propositivo di una nuova cultura del dialogo. Le categorie giuridiche ed ermeneutiche della giustizia del lavoro appaiono inadeguate anche perché evidenziano un difetto di conoscenza del mondo d'impresa, e tanto più dei singoli comparti produttivi e delle relative strategie.

L'urgenza di soluzioni compositive alternative (di tipo privatistico) si avverte, tanto per fare un esempio, nei conflitti che seguono gli accordi di ristrutturazione del comparto creditizio, dove la qualità degli accordi sindacali conseguenti ad operazioni di scorporo, cessioni d'azienda o di ramo d'azienda, si misura dal grado di macro e micro-conflittualità che dagli stessi deriva.

Tali tensioni possono essere mitigate mediante adeguati strumenti di controllo *in itinere* sull'efficacia contrattuale e, soprattutto, mediante l'adozione di forme di conciliazione sindacale e di arbitrato *ad hoc*: il cui significato oggettivo sia incessantemente negoziato, precisato, rinegoziato dalle Parti sociali.

E' possibile recuperare spazi di dialogo, per prevenire i conflitti di lavoro o per comporli più efficacemente? E' possibile che, qualora manchino soluzioni legislative, siano le parti stesse a esperire gli strumenti di composizione dei conflitti (*in nuce* o addirittura *in fieri*)? La tesi principale attorno alla quale è costruita la presente monografia è che *riavvicinare la vertenza all'ambiente di lavoro da cui essa si origina può innescare meccanismi virtuosi di ricomposizione* degli interessi in gioco.

In altri termini, "conoscere" tecnicamente, professionalmente, la controversia interpretativa o applicativa in sede CAE significa avere possibilità di "mediare" (*rectius*: "conciliare") e/o di assumere decisioni comprensibili e condivisibili dalle parti collettive in conflitto. La conciliazione sindacale e il nuovo arbitrato del lavoro sono, dunque, istituti destinati a trovare crescente favore nell'immediato futuro. I punti di forza degli strumenti della c.d. giustizia convenzionale privata sono infatti: 1) l'uso di un linguaggio comune a chi controvverte e chi concilia o giudica: quello del lavoro quotidianamente vissuto; 2) la scelta di una coerente sede del confronto: quella del luogo in cui si comunica la decisione d'impresa: il CAE; 3) il ruolo di figure professionali (conciliatori ed arbitri) scelte di comune accordo: in base a requisiti di onorabilità, terzietà e competenza tecnica.

Il problema del congestionamento delle aule giudiziarie è avvertito non solo in Italia, ma anche negli altri Paesi dell'Unione: ciò spiega l'interesse della Commissione Europea Lavoro e Affari Sociali per il presente approfondimento, che dalla Direttiva rifusa 2009/38/CE trae spunto per una riflessione originale e propositiva, tesa ad applicare in sede CAE gli strumenti della *giustizia convenzionale privata*.

I *metodi alternativi di risoluzione delle controversie* (ADR)⁴, tra i quali spicca la *mediazione*, consentono alle parti di riprendere il dialogo interrotto; condizione indispensabile, questa, per esperire soluzioni condivise o almeno condivisibili alle controversie conclamate. Nel *Libro verde* la Commissione europea ricorda che lo sviluppo di queste forme di conciliazione deve essere inteso non come mero rimedio al malfunzionamento della macchina giudiziaria, ma come una *strategia di struttura* finalizzata al perseguimento di forme di pacificazione sociale: vissuta, cioè, *ab interno* (su base consensuale e con modalità di mandato congiunto) piuttosto che *ab externo* (mediante deferimento al giudice ordinario).

⁴ *Alternative (Labour) Dispute Resolution*; denominati anche, soprattutto nel settore commerciale, MARC.

2

Prevenzione e composizione delle controversie di lavoro

2.1 - La strategia comunitaria del dialogo sociale: dalla Corporate Social Responsibility (C.S.R.) alle Alternative Labour Dispute Resolutions (A.L.D.R.)

L'Unione Europea ispira i suoi attuali orientamenti in materia di giustizia del lavoro a principi di sano pragmatismo e, insieme, indomita tensione etica. Traendo dal patrimonio di esperienza degli Stati membri una sintesi programmatica, l'UE ritiene di non dover sopravvalutare lo strumento legislativo per il decongestionamento delle aule giudiziarie, a vantaggio invece di misure di promozione culturale. Il livello di conflittualità del lavoro appare oggi straordinariamente legato a quello di conflittualità sociale; ne rappresenta, in certo senso, una specificazione e un ulteriore sviluppo. Per cui si può sostenere che la relativa refrattarietà del sistema sociale alle politiche legislative in materia di composizione dei conflitti deriva dal deterioramento del corpo sociale e della sua sostanza economica.

La presente indagine sulle potenzialità di sviluppo di conciliazione e arbitrato in materia di controversie collettive e transnazionali di lavoro non può non partire dalle scelte strategiche operate dall'Unione Europea e formulate dalla Commissione Affari Sociali. Esse si strutturano in termini di indirizzi di sviluppo anziché di vere e proprie direttive, privilegiando dunque l'aspetto della promozione di cultura invece di quello *stricto sensu* normativo.

Il movimento di opinione che, muovendo dal corpo sociale e dal mondo delle università, ha infine interessato la Commissione⁵, ha vissuto una fase di brusca accelerazione e di vero salto qualitativo nell'ultimo decennio.

Gli attuali indirizzi in materia di A.L.D.R. affondano le radici nelle tematiche della responsabilità sociale. Occorre pertanto ripercorrerne rapidamente l'*iter* storico-politico, anche allo scopo di prevedere le possibili implicazioni giuridiche degli istituti della giustizia convenzionale privata.

⁵ O, *rectius*, che raccogliendo sensibilità diffuse all'interno dei vari Paesi dell'Unione si è tradotto in un preciso input politico per il Consiglio europeo.

Come politica microeconomica, la *Corporate Social Responsibility*⁶ affonda le sue radici nell'appello solidaristico del Presidente Delors, che nel 1993 chiedeva alle imprese europee di assumere una parte attiva nella lotta contro l'esclusione sociale. Il movimento di opinione che ne scaturì si tradusse in una forte mobilitazione culturale e nello sviluppo di reti europee di imprese, sino a riproporsi in termini di tensione etica nell'appello reiterato nel marzo del 2000, da parte del Consiglio europeo di Lisbona, alla vigilia del primo documento organico di rilevanza europea sulla responsabilità sociale d'impresa.

2.2 – *Ragioni e implicazioni del Libro Verde del 2001*

Il Libro Verde del 2001 promuove un modello europeo di responsabilità sociale delle imprese, inteso come opzione responsabile e spontanea, da parte del sistema produttivo, di adeguamento delle relazioni industriali alle esigenze del dialogo tra *stakeholder*⁷, innervati nel contesto socio-economico.

L'analisi parte dall'osservazione dei picchi di innovazione nel sistema di comunicazione operati da un numero progressivamente crescente di imprese europee. Esse promuovono strategie di responsabilità sociale in risposta ad una serie di pressioni sociali, ambientali ed economiche: in tal modo, investendo per il futuro, si attendono come ritorno un apprezzabile aumento di redditività. Le imprese "virtuose" riconoscono, dunque, la propria responsabilità sociale e assumono impegni auto-vincolanti che, oltre a garantire il rispetto formale di norme di legge e contrattuali, si prefiggono di promuovere l'equità sostanziale e il rispetto dei diritti fondamentali delle persone con cui intrattengono rapporti. Il metodo adottato è quello di un sistema di governo aperto, in grado di conciliare gli interessi dei diversi *stakeholder*. E', tale ipotesi organizzativa, diametralmente opposta a quella consumata nelle esperienze storiche di stampo fordista: i cui frutti più perniciosi sono tuttora visibili nell'inasprimento delle forme del conflitto sociale, incanalato nei percorsi obbligati della giustizia pubblica del lavoro.

Proprio perché già in parte sperimentato e condiviso nelle realtà d'impresa più avanzate, tale modello culturale può essere considerato attuale ed attuabile su larga scala, perché l'Unione europea "divenga l'economia della conoscenza più competitiva e più dinamica del mondo, capace di una crescita economica

⁶ Per CSR si intende "l'integrazione su base volontaria, da parte delle imprese, delle preoccupazioni sociali e ambientali nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate" (Libro Verde della Commissione Europea, luglio 2001). Secondo una nozione generalmente condivisa, essa è un modello di *governance allargata* dell'impresa: chi governa l'impresa ha cioè responsabilità che si esprimono anche in doveri fiduciari nei riguardi degli altri stakeholder.

⁷ Secondo la nozione fornita dal Libro Verde, per "stakeholder" si intende un soggetto portatore di interessi (individuo, comunità o organizzazione), che influisce sulle operazioni di un'impresa o ne subisce le ripercussioni. I soggetti interessati possono essere interni (ad es.: lavoratori dipendenti) o esterni (ad es.: consumatori, fornitori, azionisti, finanziatori, comunità locale) all'impresa.

sostenibile accompagnata da un miglioramento quantitativo e qualitativo dell'occupazione e da una maggiore coesione sociale".

La Carta dei diritti fondamentali, cioè la Costituzione europea, registra i valori comuni in cui si identificano i cittadini dell'Unione: tra di essi, sicuramente il lavoro e l'iniziativa economica. La responsabilità sociale sta, dunque alle imprese come i valori della persona umana ai cittadini. Tale responsabilità si allarga, per cerchi concentrici, dai lavoratori dipendenti via via fino a tutte le parti interessate all'attività dell'impresa, in quanto capaci di influire più o meno direttamente sulla sua riuscita.

Il clima aziendale, ben lungi dal condizionare le sole relazioni sindacali e di lavoro all'interno delle imprese, disvela anche all'esterno il grado di successo aziendale nel tempo: la capacità strategica e di reddito nel lungo termine. Il livello di conflittualità interno ai sistemi aziendali fornisce, insomma, più dati di quanti se ne possano altrimenti enucleare da una lettura fredda ed asettica dei bilanci sociali e dei piani industriali. Siffatta visione concorda con l'assunto della strategia di sviluppo sostenibile adottata dal Consiglio europeo di Göteborg, nel giugno 2001, secondo la quale nel medio-lungo termine crescita economica e coesione sociale sono destinate a procedere all'unisono.

Corollario di tale assunto fondamentale è che la responsabilità sociale d'impresa⁸ deve essere considerata come un investimento produttivo e non come un mero costo di gestione, né tantomeno come una pura strategia di marketing. Essa entra a pieno titolo nella valutazione dei processi gestionali e organizzativi, integrandosi con gli aspetti finanziari, patrimoniali e commerciali. Le ristrutturazioni operate mediante fusioni, acquisizioni, cessioni di azienda o di rami di azienda, scorpori o accentramenti rappresentano fenomeni comuni in Europa. Esse innescano reazioni di conflittualità, frutto dell'inquietudine diffusa tra i lavoratori dipendenti per l'incertezza⁹ delle loro sorti.

In un'ottica socialmente responsabile, ristrutturare significa equilibrare gli interessi e le preoccupazioni di tutte le parti interessate ai cambiamenti e alle decisioni; garantire la partecipazione e il coinvolgimento delle persone interessate attraverso una procedura aperta di informazione e di consultazione; valutare tutte le soluzioni alternative in grado di limitare i licenziamenti; proporre ai lavoratori, a tale scopo, una riconversione professionale; elaborare strategie di mobilitazione dei fondi pubblici e privati e procedure d'informazione, di dialogo, di cooperazione e di partnership.

In estrema sintesi, il Libro Verde del 2001 pone le basi culturali dell'intervento tecnico successivo, relativo alle forme di ADR convenzionali. Esso afferma, con enfasi solo apparentemente tautologica, che la più efficace forma di composizione dei conflitti individuali di lavoro è la loro prevenzione mediante il costante confronto e dialogo tra interessi socio-economici differenti.

⁸ così come, del resto, la gestione della qualità.

⁹ Che, a sua volta, crea condizioni pregiudizievoli alla motivazione, alla lealtà, alla creatività e alla produttività del personale.

2.3 – A(L)DR: nozione

L'acronimo ADR (dall'inglese *Alternative Dispute Resolution*) designa uno spettro di possibilità compositive delle controversie che spaziano dalla conciliazione stragiudiziale fino ad espressioni proclivi all'arbitrato (ipotesi di arbitrato spurio). Malgrado l'ambito classificatorio sia tuttora fluido, nei documenti comunitari l'espressione esclude tuttavia in via generale ogni riferimento all'arbitrato.

Nella *mediation*, o conciliazione in senso tecnico, un professionista "terzo", privo di potere decisionale, aiuta le parti¹⁰ a trovare una soluzione negoziata alla lite. Nella valutazione preliminare (*early neutral evaluation*), invece, al terzo è richiesto di più: di offrire una valutazione (non vincolante) sul più probabile esito giudiziale della controversia, qualora ovviamente venisse adita la magistratura ordinaria. Ciò, evidentemente, allo scopo di orientare preventivamente le parti.

Le forme di ADR che si definivano "spurie" comprendono il cosiddetto *mini-trial*¹¹ e il *summary jury trial*¹²: entrambe strutturate sulla falsariga processuale. I legali delle parti in un tempo predefinito espongono le proprie tesi, supportando le stesse con la declaratoria dei capi di prova di cui si servirebbero in un eventuale giudizio. La sentenza, "virtuale" e sommaria, prospetta alle parti con elevato indice di verosimiglianza quello che potrebbe essere l'esito del giudizio, ove in seguito incardinato.

Ulteriori forme miste, proclivi al giudizio arbitrale sono la conciliazione-arbitrato (*med-arb*) e la conciliazione-poi-arbitrato (*med-then-arb*): per le quali la fase conciliativa diviene propedeutica al giudizio arbitrale.

Nella prassi nordamericana alcuni istituti arbitrali, in funzione compositiva più che risolutiva delle controversie, lasciano alle parti la determinazione di un *range* di alea sull'esito del lodo. Così, nell'*arbitrato legato* (*high-low*), le parti fissano all'insaputa dell'arbitro l'area di oscillazione massima del *decisum*; mentre nell'*arbitrato baseball* l'arbitro non ha neppure facoltà di scelta tra varie soluzioni mediane: egli ha un semplice *aut-aut* tra le due offerte "lanciate" dalle parti.

Potremmo dire, con Lamarck, che *la funzione crea l'organo*: più si responsabilizzano le parti conflittuali nella ricerca di soluzioni condivise e ragionevoli, e più si limita il potere decisionale degli arbitri; e viceversa. Nell'ottica comunitaria delle ADR, tali soluzioni (che possiamo definire di conciliazione forte, o di arbitrato debole) sono senz'altro auspicabili, in quanto esprimono una diffusa esigenza di dialogo sociale.

In particolare, le ALDR (la seconda lettera dell'acronimo sta per "Labour") si connotano per la maggiore enfasi data al dialogo sociale e, correlativamente,

¹⁰ Nella *facilitative mediation* assume un mero ruolo di facilitatore del negoziato, senza concorrere ad elaborarne il contenuto; nella *evaluative mediation*, invece, il conciliatore formula proposte e le sottopone alle parti.

¹¹ Mini-processo.

¹² Una sorta di giudizio consultivo, in forma di rappresentazione dei suoi possibili sviluppi.

per la generale esclusione, dal proprio ambito d'indagine, delle forme arbitrali. Indubbiamente anche l'esigenza di garanzia posta dalle legislazioni statali, soddisfatta mediante la regolamentazione statutale delle forme arbitrali, ha concorso a determinare tale esclusione.

2.4 – Le pratiche comunitarie di ADR nel Libro Verde del 2002

Al documento del 2001 commentato nel par. 1.2 fa seguito un testo che riguarda più specificamente il tema in discussione: il Libro verde del 19 aprile 2002, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

I Ministri della giustizia dei Quindici decisero già nel 2000 di avviare i lavori a livello comunitario sui metodi di ADR che rientrano nel campo del diritto civile e commerciale, invitando la Commissione a raccogliere informazioni sulla situazione esistente all'interno degli Stati.

Il Libro verde del 2002 costituisce pertanto l'espletamento del mandato politico ricevuto dalla Commissione, da parte del Consiglio, per il lancio di un'ampia consultazione europea sulle misure da adottare: in un'ottica di omogeneizzazione delle buone prassi e di qualità degli strumenti operativi alternativi.

L'argomento delle ADR viene trattato non sotto il profilo scientifico, ma piuttosto politico¹³: ciò rappresentando, stante l'attuale stato di crisi della giustizia pubblica, una priorità assoluta per le istituzioni dell'Unione europea. La tecnica consultiva adottata è quella delle domande aperte, focalizzate sulle questioni giuridiche nodali delle ADR: clausole di ricorso, termini di prescrizione, tutela della riservatezza, validità dei consensi, efficacia e tutela esecutiva degli accordi scaturiti dall'ADR, formazione dei tecnici, modalità di riconoscimento, responsabilità del loro operato.

Il segmento di esperienze oggetto di analisi concerne prevalentemente la composizione delle controversie di diritto civile e commerciale, comprese quelle di diritto del lavoro e in materia di consumo¹⁴.

Una prima categorizzazione s'impone per distinguere ADR giudiziari (esercitati da un giudice o da questi demandate ad un terzo) e ADR convenzionali (cui le parti ricorrono al di fuori dell'ambito "strutturato" della giustizia pubblica).

a) ADR svolti nell'ambito dei procedimenti giudiziari.

Legislazioni di settore già prima dell'impatto della Direttiva 2008/52/CE riconoscevano ai giudici competenze funzionali ben precise in ambito di

¹³ Le ADR sono oggetto di studio già da svariati anni, rispecchiando esperienze compositive plurisecolari. L'indagine scientifica ha recentemente riservato ad esse maggiore attenzione, in concomitanza con lo sviluppo, nel settore informatico, dei nuovi servizi on line di risoluzione delle controversie ("ODR", che sta per *Online Dispute Resolution*).

¹⁴ Rimangono dunque al di fuori di ogni valutazione di attuabilità politica le questioni relative ai diritti indisponibili e di ordine pubblico (ad es. in materia di diritto di famiglia, di concorrenza, di diritti del consumatore).

conciliazione¹⁵. Sul significato del ruolo del giudice in funzione di conciliazione, alcuni Paesi avevano già introdotto un vincolo di obbligatorietà e di propedeuticità del tentativo compositivo¹⁶, mentre altri rimarcano l'importanza di un ruolo attivo e propulsivo del giudice in tale delicata fase¹⁷, e di piani di formazione *ad hoc* per la descritta funzione.

Le procedure di ADR possono anche dal giudice essere affidate ad un soggetto terzo, rimanendo le stesse in tal caso imputabili alla funzione conciliativa del giudice in senso lato. In tal senso la fenomenologia giuridica in Europa era stata, fino al recente recepimento¹⁸ della Direttiva 2008/52/CE, piuttosto varia: talora limitandosi a legittimare l'uso degli ADR (come in Belgio¹⁹ ed in Francia²⁰); talaltra esplicitamente sostenendo gli stessi (in Spagna²¹, in Italia²², in Svezia²³, in Inghilterra ed in Galles²⁴); talaltra, infine, operando più decise scelte di campo, mediante l'introduzione di un obbligo preliminare (di natura

¹⁵ Per esempio, in Italia, è notevole la funzione del "giudice di pace", le cui competenze sono definite all'articolo 322 del codice di procedura civile. In Grecia, l'intervento conciliatore del giudice di pace previsto all'articolo 209 del codice di procedura civile. In Belgio, l'articolo 731 del codice giudiziario prevede una competenza generale conferita ai primi giudici che possono essere aditi con domanda di conciliazione.

¹⁶ In Finlandia il giudice, in ogni procedimento civile, deve preliminarmente tentare di ottenere un accordo tra le parti.

¹⁷ In Germania, ai sensi dell'articolo 279 del codice di procedura civile, il tribunale deve favorire la ricerca di una composizione amichevole per tutto il corso del procedimento. In Francia, l'articolo 21 del nuovo codice di procedura civile precisa che rientra nella missione del giudice quella di conciliare la parti.

¹⁸ Gli Stati membri erano tenuti a conformarsi alla presente direttiva entro il 21 maggio 2011, con l'eccezione dell'articolo 10, per il quale la data di adempimento era il 21 novembre 2010, e finora la maggior parte di loro ha completato il processo di attuazione, ad eccezione di Repubblica ceca, Austria, Finlandia e Svezia.

¹⁹ L'articolo 665 del codice giudiziario, introdotto dalla legge sulla mediazione familiare del 21 gennaio 2001, permette al giudice, su richiesta congiunta delle parti o di sua iniziativa ma con l'accordo delle parti, di designare un mediatore.

²⁰ Si vedano gli articoli da 131-1 a 131-15 del nuovo codice di procedura civile sulla "mediazione giudiziaria".

²¹ Gli articoli 414 e 415 della legge 1/2000 entrata in vigore il 9 gennaio 2001 prevedono che il giudice deve intervenire per invitare le parti, all'inizio del procedimento definito "ordinario", dopo aver esposto tutte le loro pretese rispettive, ad una conciliazione o una transazione.

²² Gli articoli 183, 185 e 350 del codice di procedura civile prevedono che il giudice deve fare il possibile per valutare in concreto se esistano le condizioni necessarie ad estinguere il procedimento in corso attraverso un documento attestante l'effettiva riconciliazione delle parti.

²³ Ai sensi del capo 42, sezione 17 del codice di procedura, il giudice deve fare il possibile per fare sì che la controversia sia composta in via amichevole.

²⁴ In applicazione degli articoli 26.4 e 44.5 del regolamento di procedura civile per l'Inghilterra e il Galles entrato in vigore il 26 aprile 1999, i giudici possono sospendere un procedimento per consentire alle parti di ricorrere alla mediazione. I tribunali sono facoltizzati altresì a comminare sanzioni pecuniarie in danno delle parti che abbiano rifiutato la mediazione.

legale o giudiziale) di ADR²⁵. Rispetto a tale significativo quadro normativo, la Direttiva 2008/52/CE prende atto che, ai sensi dell'articolo 6, la maggior parte degli Stati membri dispone già di una procedura per conferire all'accordo transattivo di mediazione la stessa autorità di una decisione giudiziaria; nota che ciò è conseguito mediante la presentazione dell'accordo al tribunale o mediante la sua autenticazione notarile. Alcune legislazioni nazionali infatti hanno optato per la prima soluzione, mentre in molti Stati membri l'autenticazione notarile è altresì un'opzione disponibile ai sensi del diritto nazionale: ad esempio, mentre in Grecia e in Slovenia la legge prevede che un accordo di mediazione possa essere applicato dai tribunali, nei Paesi Bassi e in Germania gli accordi possono acquisire carattere esecutivo come atti notarili, e in altri Stati membri, come ad esempio in Austria, gli accordi possono acquisire carattere esecutivo in quanto atti notarili, senza che la pertinente normativa nazionale faccia espressamente riferimento a detta possibilità. In ogni caso, il predetto articolo 6 intende garantire che tutti gli Stati membri si conformino alle indicazioni comunitarie.

b) ADR convenzionali.

Una reale complementarietà tra strumenti pubblici e privati, presuppone la valorizzazione degli ADR convenzionali: in quanto idonei a sostanziare una nuova cultura del dialogo sociale. Il termine "convenzionale" implica, infatti, che ci sia accordo tra le parti in conflitto perlomeno sul percorso comune elettivamente scelto per tentare la ricomposizione. La scelta libera di un luogo d'incontro alternativo ad un'aula di tribunale lascia presupporre, infatti, la comune volontà delle parti di trovare soluzioni equilibrate e condivise alla controversia.

Tali strumenti non sono oggetto di una regolamentazione generale specifica negli Stati membri, ma hanno fondamento nei principi generali del diritto dei contratti (come gli accordi CAE, che ci accingiamo ad esaminare) e del diritto internazionale privato. A seconda degli Stati membri, la pratica contrattuale e le regole di deontologia dei terzi che offrono i loro servizi in materia di ADR sono più o meno sviluppati; in alcuni Stati²⁶ sono state tuttavia adottate legislazioni settoriali che prevedono la creazione di servizi responsabili per le procedure di ADR.

²⁵ Così in Germania: In applicazione di una legge federale del 15 dicembre 1999, tre Länder hanno reso obbligatorio il ricorso alla procedura di ADR designata con il nome "Schlichtung", prevedendo che l'azione in giudizio non sia ricevibile se non è stata preventivamente tentata la Schlichtung. In Belgio, il ricorso a procedure extragiudiziali è obbligatorio, in virtù del codice giudiziario, in materia di contenzioso sul lavoro dipendente. In Grecia, l'articolo 214 del codice di procedura civile precisa che le controversie che rientrano nella competenza del tribunale di primo grado non potranno essere convocate a udienza se non è stato preventivamente esperito un tentativo di conciliazione.

²⁶ In Danimarca la Arbejdsmarkedets Ankenarven (Commissione di mediazione del mercato del lavoro); in Irlanda il Conciliation Service of the Labour Relations Commission (servizio di conciliazione della commissione delle relazioni industriali).

c) il ruolo del terzo mediatore.

Una seconda distinzione in seno alla categoria degli ADR convenzionali è operata dalla Commissione in base al ruolo del terzo, a seconda che emetta decisioni vincolanti per una delle parti²⁷ o si limiti ad impartire alle parti raccomandazioni sprovviste di potere sanzionatorio²⁸. Sul potere di iniziativa del terzo, si può ancora distinguere tra ADR a connotazione forte (sul modello tedesco, in cui il mediatore prende una posizione e ha poteri d'impulso e di direzione) e ADR "debole" o ultragarantista (in cui il mediatore si limita ad assistere le parti nella ricerca di un accordo²⁹).

d) Effettività del diritto individuale dei cittadini alla giustizia.

L'ADR si pone, nel panorama attuale della giustizia in Europa, non come semplice scelta di efficienza, ma come una via moderna ed obbligata per garantire a tutti l'accesso alla giustizia. Diritto fondamentale sancito dall'art. 6 della Convenzione europea, esso assurge altresì al rango superiore di principio comunitario, trovando esplicita consacrazione nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

L'attuazione del diritto individuale alla giustizia passa, per i Paesi dell'Unione, attraverso l'adozione di misure volte a velocizzare, economizzare, semplificare i procedimenti giudiziari. Iniziative particolarmente coraggiose, già introdotte da alcuni Paesi (sia pure con ragionate limitazioni³⁰) sono inoltre poste all'attenzione generale come filosofia di modello in grado di ispirare scelte a loro volta originali e coerenti.

Dal canto suo, l'Unione ha assunto la decisione di creare un "sistema di informazione destinato al pubblico che si avvale di Internet³¹", diretto a favorire l'accesso alla giustizia e gestito da una rete di Autorità nazionali. Tale

²⁷ Come spesso accade per gli "Ombudsman" dei clienti creati da alcuni settori economici (come quello del credito e assicurativo): le loro decisioni sono assolutamente vincolanti per le imprese che hanno scelto di aderire al sistema.

²⁸ E' l'esperienza dei "Consumer Complaint Boards" dei paesi scandinavi.

²⁹ Questo tipo di procedure nel campo del consumo sono quelle contemplate nella raccomandazione 2001/310/CE della Commissione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo: cfr. L. 109/2001.

³⁰ Per le controversie di modesto valore è infatti effettiva in Germania, in Danimarca, in Finlandia ed in Inghilterra la facoltà per le parti di formulare l'atto introduttivo di giudizio in formato elettronico.

³¹ Decisione 2001/470/CE del Consiglio del 28 maggio 2001, relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale (GU L. 174 del 27 giugno 2001). Ai sensi dell'articolo 14 di questa decisione, il predetto sistema informativo comprende schede afferenti "la possibilità di comporre controversie con metodi alternativi e indicazione dei centri nazionali d'informazione e di assistenza della rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo".

determinazione si sposa con iniziative, parimenti comunitarie, volte alla semplificazione dei protocolli per l'ottenimento dell'*exequatur*³².

Il problema dei costi delle procedure a sua volta incide in maniera rilevante sull'attuazione del principio di garanzia di accesso alla giustizia. L'Unione europea si mostra, nel Libro Verde, particolarmente sensibile al tema: assumendo che, se in generale il costo delle ADR è a carico delle parti, vanno tuttavia favoriti sia gli incarichi istituzionalmente svolti a titolo gratuito³³ sia gli interventi *ad substinenda onera* da parte dei pubblici poteri³⁴ o delle associazioni di categoria³⁵. Ma la via maestra per garantire un vero sviluppo delle ADR in Europa è l'estensione generalizzata del beneficio dell'assistenza giudiziaria per la copertura delle spese anche di patrocinio³⁶: ed infatti la Commissione ha inteso ravvicinare le legislazioni degli Stati membri nella sua proposta di direttiva del Consiglio³⁷.

De jure condito, non esiste ancora una normativa-quadro comune in materia di ADR (o ODR: On-line Dispute Resolutions) negli Stati membri³⁸; anche se la riflessione giuridica che investe il momento politico in Danimarca³⁹, Italia⁴⁰,

³² Formula che rappresenta l'interfaccia "esecutiva" delle sentenze di condanna, il *trait d'union* tra il disposto delle pronunzie giurisdizionali e la possibilità di tradurre le stesse in *vis coercitionis*, esecuzione forzata.

³³ Così, in Francia, i conciliatori di giustizia.

³⁴ Così, ancora, in Irlanda, il servizio di mediazione familiare.

³⁵ Ad esempio, in Svezia, l'ufficio dei danni imputabili al traffico stradale, le cui spese di funzionamento sono sostenute dalle società di assicurazione degli autoveicoli.

³⁶ Ad esempio, in Francia, l'assistenza giudiziaria può essere accordata per finanziare le spese dell'avvocato che conduce gli incontri transattivi.

³⁷ Proposta presentata il 18 gennaio 2002, COM(2002) 13 def. L'articolo 16 di tale proposta prevede in effetti che "il beneficio dell'assistenza giudiziaria deve estendersi alla risoluzione della controversia in via stragiudiziale qualora l'uso di tale mezzo sia incoraggiato dalla legge o qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa".

³⁸ Alcune normative sono tuttavia state adottate su scala regionale, ad esempio, in Germania, in Renania settentrionale-Vestfalia: <http://www.streitschlichtung.nrw.de>

³⁹ In Danimarca, il consiglio della procedura giudiziaria ("Retsplejerådet") conduce i lavori volti ad una riforma generale del codice di procedura civile. Un primo rapporto, presentato nella primavera 2001, contiene una descrizione delle procedure extragiudiziali esistenti in materia civile. Il Retsplejerådet prosegue attualmente le proprie riflessioni al fine di migliorare il coordinamento tra i metodi di ADR e i procedimenti davanti agli organi giurisdizionali.

⁴⁰ Disegno di legge italiano elaborato nella primavera 2000 (schema di disegno di legge recante norme per l'accesso alla giustizia civile, per la risoluzione consensuale delle controversie e per l'abbreviazione dei tempi del processo civile).

Austria⁴¹ e Portogallo⁴² sembra confermare la validità dell'indirizzo europeo volto alla definizione di uno status giuridico dei metodi di ADR ed al loro pieno riconoscimento nell'ambito del diritto processuale civile. Tuttavia va segnalato che, a livello comunitario, la Commissione Europea (Bruxelles, 29.11.2011, COM(2011) 793 definitivo 2011/0373 (COD)), ha appena formalizzato una Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica del regolamento (CE) n. 2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori).

e) I metodi di ADR nel settore delle relazioni industriali.

Se il maggior numero di esperienze commentate nel Libro Verde riguarda il settore del diritto del consumo e quello di famiglia, è tuttavia indiscutibile l'importanza strategica del settore industriale, laddove le ADR possono svolgere un ruolo cruciale per il recupero dei valori della convivenza pacifica e del dialogo sociale.

La scarsità dei dati commentati è tuttavia emblematica di una situazione di disagio ancora generalizzata, rispetto alla quale i segnali di mobilitazione culturale prima che politica sono ancora abbastanza deboli. Ciò in quanto sono le legislazioni statuali stesse a fare un passo indietro, riconoscendo alle parti sociali (rappresentanti dei datori di lavoro e dei dipendenti) il ruolo di necessarie protagoniste del dialogo responsabile, sia per ciò che concerne i conflitti collettivi d'interessi⁴³ che per quanto concerne le controversie relative ai diritti⁴⁴; ruolo che, peraltro, le Parti stesse stentano a riconoscersi reciprocamente, preferendo demandare nuovamente al potere legislativo la soluzione del "nodo gordiano". Nella prospettiva del Libro Verde, invece, gli strumenti compositivi predisposti dalle stesse Parti sociali devono essere sviluppati, in un'ottica di *favor* rispetto a quelli di matrice legislativa, chiamati tendenzialmente ad un ruolo residuale e di garanzia.

L'intento di consultazione connesso alla pubblicazione del Libro Verde si propone in primo luogo di far comprendere la natura delle regole, condivise dai Paesi membri, che l'Unione europea è chiamata ad emanare in materia di ADR. Lo strumento normativo (regolamento, direttiva o semplice raccomandazione) deve essere infatti funzionale al tipo di scelte di principio che si intende operare. Qualsiasi misura dovrà inoltre essere conforme ai principi di

⁴¹ Legge sulla mediazione (Mediationgesetz).

⁴² La consultazione pubblica del Ministero portoghese della Giustizia sulla "resolução alternativa de litígios" ha dato origine alla legge n. 78/2001 del 13 luglio 2001 sui giudici di pace e i mediatori.

⁴³ Sull'adozione o la modifica dei contratti collettivi, che richiedono per la loro natura convenzionale un necessario ravvicinamento degli interessi economici in conflitto.

⁴⁴ Sull'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni contrattuali, di legge o regolamentari.

sussidiarietà e proporzionalità, quali previsti all'articolo 5 del trattato CE e nel protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità⁴⁵.

Altro nodo da sciogliere riguarda la riconoscibilità dei metodi di ADR ai fini interruttivi della prescrizione: in caso di esito negativo degli stessi, le parti potrebbero vedere spirare i termini per l'azionabilità dei loro diritti in sede giudiziale. E ciò, ovviamente, finirebbe col disincentivare l'utilizzo di tali metodi alternativi. Per converso, il loro pieno riconoscimento normativo, se da un lato garantirebbe la piena esperibilità delle tutele giudiziali in caso di esito negativo degli ADR, dall'altro rischierebbe di diminuire la disponibilità dei mezzi in capo ai principali fruitori. Le parti potrebbero infatti perdere il vantaggio (di competitività) della piena alternatività tra strumenti giudiziali e convenzionali, in quanto anche questi ultimi finirebbero con l'essere, più o meno compiutamente, normativamente fagocitati dal legislatore statale.

f) Il controllo degli standard qualitativi nei metodi di ADR.

Il vantaggio principale dei metodi di ADR rispetto alle procedure della giustizia del lavoro risiede nella loro flessibilità. A differenza di altri settori dell'ordinamento, che legittimano per loro natura clausole compromissorie generali, l'ambito giuslavoristico richiede infatti temperamenti al principio di piena disponibilità, in capo alle parti, dei diritti sostanziali e procedurali. In altri termini occorre, a tutela della "parte debole" del sinallagma contrattuale e della buona fede nella gestione del rapporto, il rispetto di standard minimi di qualità. La questione è dunque come garantire al meglio l'attuazione dei principi-guida di ogni procedura, sia giudiziale sia stragiudiziale: principi di indipendenza, di trasparenza, di garanzia del contraddittorio, di efficacia, di legalità, di libertà, imparzialità e trasparenza, di rappresentanza, di equità sostanziale. Si potrebbero in tal senso promuovere iniziative di autoregolamentazione (cioè l'adozione di codici deontologici); ma la Commissione si interroga altresì sulla necessità di rafforzare ulteriormente il controllo dell'attuazione di tali iniziative da parte dei terzi mediante meccanismi, quali il rilascio di attestati di qualità (*trustmarks*) e la certificazione, volti a misurare il grado di effettività delle tutele.

g) I meccanismi di validazione del consenso negli accordi compositivi.

L'acquisizione dei consensi in cui si sostanzia l'accordo tra le parti costituisce la tappa fondamentale e più delicata della procedura di ADR. Se l'accordo sottoscritto non riflette la reale volontà delle parti, cioè la soluzione di compromesso, con i rispettivi termini di rinuncia reciproca che esse sono effettivamente disposte ad accettare, la procedura di ADR non avrà raggiunto il suo principale obiettivo di conciliazione. Al contrario, un tale accordo può innescare ulteriori meccanismi perversi di conflittualità, mediante l'impugnativa giudiziale.

⁴⁵ Così si richiede che tali obiettivi, insufficientemente realizzati o realizzabili dagli Stati membri, debbano richiedere il necessario livello di azione comunitario. In conformità con il principio di proporzionalità, le misure non dovrebbero andare al di là di quanto strettamente necessario in ambito comunitario per il raggiungimento degli obiettivi.

La peculiarità delle relazioni industriali in ambito giuslavoristico, rappresentata dallo strutturale squilibrio economico tra le parti, impone pertanto l'esigenza di alcune formalità, da regolare *ex lege* a suggello e definitivo perfezionamento dell'accordo: l'osservanza di un termine di riflessione prima della sottoscrizione del verbale o dell'accordo e/o successivamente, a titolo di recesso; l'introduzione di una fase (successiva) di omologa, per il controllo della validità dell'accordo in precedenza sottoscritto e in vista del riconoscimento allo stesso di *vis executiva*⁴⁶. Ma, oltre al rispetto di norme di garanzia esterne all'accordo, occorre anzitutto una verifica di autenticità, intrinseca dell'atto: intesa sia come imputabilità oggettiva e soggettiva del contenuto negoziale ai suoi autori, sia come coerenza tra quanto dichiarato e quanto effettivamente oggetto di accordo⁴⁷. Gli atti autentici di cui il Libro Verde discute beneficiano peraltro del sistema semplificato di "*exequatur*" creato dalla Convenzione di Bruxelles e dal regolamento "Bruxelles I" per poter circolare nel territorio dell'Unione europea.

2.5 – *Lo stato della giustizia del lavoro nei principali Paesi dell'Unione*

Secondo la nozione⁴⁸ convenzionalmente riconosciuta dai Paesi dell'Unione, i modi alternativi di risoluzione delle controversie designano le procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza (neutrale), ad esclusione dell'arbitrato propriamente detto.

Non si può certo affermare l'esistenza di un processo omogeneo e unificante in ordine alla diffusione di tali strumenti nelle controversie individuali di lavoro nei vari Paesi. Malgrado chiari indirizzi provengano in tal senso da Bruxelles⁴⁹, persistono infatti sostanziali differenze normative, scaturite dalle peculiarità dei sistemi giuridici in cui esse insistono. Comune, tuttavia, alle diverse esperienze è la tendenza legislativa a promuovere e incoraggiare tali pratiche anche all'interno del processo stesso del lavoro: in un'ottica, dunque, di complementarietà rispetto ad esso, anziché di rigorosa alternatività. E' la strada, questa, percorsa, oltre che dall'Italia, anche dalla Germania e dalla Francia. Profondamente diversa è invece la filosofia di sistema cui si ispira la

⁴⁶ Tale fase è demandata, nelle diverse esperienze europee, ad un giudice o ad un pubblico ufficiale quale il notaio. Nel primo senso, cfr. l'articolo 1441-4 del nuovo codice di procedura civile francese, che autorizza il presidente del *Tribunal de grande instance*, su istanza di parte, a conferire efficacia esecutiva all'atto transattivo.

⁴⁷ Il Libro Verde sul punto richiama la relazione Jenard-Möller (Convenzione di Lugano) in merito alle tre condizioni che, insieme, sostanziano un atto autentico: "l'autenticità dell'atto deve essere stata attestata da un'autorità pubblica; l'autenticità deve riguardare il contenuto dell'atto e non solo, ad esempio, la firma; l'atto deve essere di per sé esecutivo nello Stato nel quale esso è stato stipulato".

⁴⁸ Operata dal *Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, presentato dalla Commissione delle Comunità europee il 19 aprile 2002.

⁴⁹ La Commissione ha annunciato (*ibidem*, 53) l'intendimento di consultare le parti sociali sulla necessità di creare, a livello europeo, meccanismi volontari di mediazione, arbitrato e conciliazione per la risoluzione dei conflitti individuali.

Gran Bretagna, che privilegia l'elemento volontaristico⁵⁰ nell'indicazione di vie autonome e rigidamente separate di composizione delle controversie individuali.

Prendendo spunto dalla distinzione tra metodi di ADR giudiziari e convenzionali, segnaliamo che: quanto ai primi, in rari casi è statuito un obbligo legale di ricorrere preliminarmente all'ADR⁵¹; quanto ai secondi (che non sono oggetto di regolamentazione generale negli Stati membri), solo sporadicamente sono state adottate legislazioni settoriali che prevedono la creazione di servizi responsabili per tali procedure⁵².

Di seguito dedichiamo un doveroso cenno di approfondimento all'esperienza di Germania e Francia: Paesi che, insieme all'Italia, pur gelosi custodi di un prezioso e peculiare patrimonio di esperienza, intendono percorrere in quest'ambito per l'Unione europea un'attività di indirizzo culturale, e con l'Unione europea un più celere cammino di integrazione sistemica.

2.6 – L'esperienza tedesca

Il sistema di diritto del lavoro in Germania ha una forte caratterizzazione sociale. Esso tiene conto, cioè, dello strutturale squilibrio che si registra nel sinallagma tra la parte forte (il datore di lavoro) e quella debole (il lavoratore dipendente). Tale connotazione di prospettiva esige, per il legislatore, un assetto di norme atto a ricomporre, per quanto possibile, tale equilibrio sostanziale. Per tale ragione vige un complesso molto giuridificato di tutele essenziali, rappresentanti standard minimi inderogabili *in pejus*. Sotto il profilo dinamico, poi, il ruolo attivo delle organizzazioni sindacali garantisce non solo l'applicazione evolutiva delle norme: nuove risposte negoziali alle nuove esigenze riscontrate, nell'equilibrio del sinallagma; esso ruolo promuove anche nuovo diritto, di fonte appunto negoziale. Si può dire, in sintesi, che la "socialità" rappresenta una sorta di *grundnorm*: insieme, principio fondante e norma di chiusura del sistema di diritto del lavoro.

Anche un altro aspetto connota originalmente l'esperienza giuslavoristica: il dinamismo e la capacità propulsiva dei tribunali del lavoro. Che non si limitano a giudicare dei diritti individuali, ma antepongono anzi a tale attività la composizione delle controversie, con esiti molto spesso positivi.

E' a queste due direttrici (sistema normativo ed esperienza giurisprudenziale) che si deve dunque fare riferimento per comprendere il significato attuale degli istituti della conciliazione e dell'arbitrato. Essi si collocano tra i meccanismi risolutivi delle c.d. "controversie d'interesse", a differenza degli strumenti giudiziari, chiamati a risolvere invece le "controversie di diritto". La distinzione, fondamentale per il diritto del lavoro tedesco, trae origine dalla legge sul

⁵⁰ Le parti scelgono "a monte", e una volta per tutte, a quale strumento risolutivo ricorrere.

⁵¹ Come accade, in virtù del codice giudiziario, in Belgio; o in Finlandia, in ogni controversia civile.

⁵² Come la *Arbejdsmarkedets Ankenarven* in Danimarca o la *Conciliation Service of the Labour Relations Commission* in Irlanda.

processo del lavoro del 1979, che esclude l'ammissibilità delle commissioni arbitrali per la tutela dei diritti individuali. Assegnando tale tutela ai tribunali del lavoro, si è inteso garantire insieme certezza del diritto e rispetto degli standard minimi di tutela legale. Il fatto è che la giurisdizione del lavoro nasce come giurisdizione arbitrale: i tribunali del lavoro erano, nel XIX secolo, tribunali dei mestieri, cioè comitati interni alle singole associazioni di categoria, chiamati a conciliare ed emettere lodi. A composizione paritaria, in rappresentanza delle parti stipulanti il contratto collettivo, erano presieduti da una persona indipendente. In un'ottica di informalità⁵³ e speditezza, essi garantivano il superamento della controversia nel luogo stesso in cui la stessa si era originata, scongiurando il rischio di allargamento delle tensioni sociali interne al gruppo produttivo. Solo successivamente, con legge del 1926 di istanza sindacale, venne istituita la giurisdizione generale del lavoro, con lo scopo di garantire uniformità applicativa al manipolo di tutele della parte debole.

Lo schema processuale oggi vigente scaturisce dall'esperienza storica: mentre, per quanto concerne la composizione delle sezioni, rimangono accanto al presidente (togato) due giudici onorari⁵⁴, sotto il profilo dommatico si introduce il criterio discretivo della competenza: diritti/interessi. I giudici giudicano dei diritti individuali; gli arbitri possono essere investiti di competenze solo residuali, limitate alla chiarificazione e regolamentazione degli interessi in gioco, in controversie che non riguardino diritti. Le scarse e poco significative eccezioni legislative⁵⁵ a tale principio regolatore delle competenze non devono, peraltro, trarre in inganno: gran parte delle controversie si definiscono al di fuori della fase *stricto sensu* giudicante. Negli ultimi decenni, infatti, la soluzione conciliativa è stata progressivamente preferita a quella contenziosa⁵⁶. La legge richiede infatti che prima della trattazione orale debba svolgersi il tentativo di conciliazione. Entro termini stringenti⁵⁷, l'udienza di conciliazione svolge la sua delicata funzione di ricomposizione tra le parti, garantendo percentuali di successo molto elevate⁵⁸. Occorre, dunque, interrogarsi sulle ragioni che ne giustificano l'efficacia: che sono principalmente due.

La prima è, in verità, un riflesso dell'inefficacia del sistema di tutela reale. In Germania si registra, infatti, un rapporto che definiremmo clinicamente

⁵³ Le parti comparivano personalmente, senza cioè rappresentanza e/o assistenza di avvocato.

⁵⁴ In rappresentanza dell'associazione dei datori e di quella dei lavoratori.

⁵⁵ Limitate ad alcuni gruppi professionali, come artisti e marittimi, per i quali è ammesso il lodo arbitrale. Che ha, tra le parti, la stessa efficacia di una sentenza. Per le controversie di lavoro degli apprendisti, inoltre, le camere di commercio possono istituire apposite commissioni paritetiche, innanzi alle quali va esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione. Un eventuale lodo arbitrale da esse pronunciato vincola le parti solo se esse stesse lo riconoscono, entro 15 giorni.

⁵⁶ Innanzi al tribunale del lavoro.

⁵⁷ Due settimane dalla citazione, per le controversie relative a licenziamenti.

⁵⁸ Circa il 40% delle controversie incardinate.

“schizofrenico” tra diritto sostanziale e diritto processuale. In caso di licenziamento ingiustificato, mentre le norme del diritto sostanziale legittimano istanze di tutela reale, il sistema processuale non assicura al lavoratore quelle misure provvisorie (la conservazione del posto di lavoro) che fondano l’interesse del lavoratore alla piena reintegra, all’esito favorevole del giudizio. Venuto meno l’interesse fondamentale alla sentenza, ecco che l’istituto della conciliazione giudiziale assume un’importanza straordinaria quale momento di composizione degli interessi economici: traducendosi, in pratica, in un accordo sul “*quantum debeatur*”, cioè sull’ammontare dell’indennizzo economico. La seconda ragione che spiega il successo dell’istituto è il ruolo, estremamente dinamico e propulsivo, riconosciuto dalla legge al presidente del tribunale durante l’udienza di conciliazione. Le trattative non sono infatti rimesse esclusivamente alle parti, ma sono anzi condotte dal soggetto chiamato, in altra sede e veste, a giudicare. “Giocando” efficacemente la propria funzione *super partes*, il presidente propone le condizioni di conciliazione e, addirittura, la quantificazione del risarcimento.

Volendo valutare *ab externo* il peso dell’istituto conciliativo, occorre riferirsi non solo a parametri quantitativi, ma anche qualitativi. Non si può, in altri termini, prendere a modello un istituto solo per la sua elevata capacità di successo. Anzi: proprio tale rapporto percentuale costituisce la riprova dell’inefficacia del sistema di tutele reali, pure poste formalmente a baluardo dell’intero corpo normativo del lavoro. Sotto il profilo qualitativo, lo strumento conciliativo è solo idoneo a garantire tutela risarcitoria.

Oltre alla conciliazione giudiziale, altri istituti svolgono la funzione di facilitare la composizione delle vertenze individuali di lavoro. Essi si pongono, alla stregua dei MARC, al di fuori dei procedimenti formali.

Il primo di essi è il contratto in funzione modificativa o estintiva di precedenti rapporti giuridici patrimoniali. La legge rispetta e incoraggia tale soluzione compositiva, affermando il carattere normativo (per le parti) della fonte di produzione negoziale. La cosiddetta “signoria delle volontà” trova il suo unico e naturale limite nella garanzia di impugnativa del contratto per violenza o dolo: vizi in grado di minare l’accordo, cioè la fonte stessa dell’assetto negoziale.

Altro mezzo di risoluzione delle controversie è il “compromesso tra avvocati”⁵⁹. Tale strumento, anch’esso di derivazione negoziale, si arricchisce di un’ulteriore fase di verifica delle volontà espresse: prima del negoziato e dell’eventuale, conseguente accordo, la fase del conferimento del mandato agli avvocati esige per sua natura piena consapevolezza degli interessi in gioco. Proprio per tale ragione, il compromesso siglato tra avvocati può essere reso esecutivo come una sentenza.

Si avanzano, da ultimo, proposte di istituzione di commissioni di composizione aziendale, il cui ruolo è da intendersi come alternativo alla conciliazione giudiziale.

Ragionando *de jure condito*, è utile analizzare le possibili implicazioni del ruolo del “consiglio aziendale”. Esso ha un formale diritto di codeterminazione, con il datore di lavoro, per la risoluzione di controversie di natura collettiva: in

⁵⁹ In tedesco, *Answaltsvergleich*.

pratica, in mancanza di accordo, il consiglio può rimettere la trattativa ad una commissione di composizione, che è un collegio arbitrale. Analogo potere non è invece riconosciuto al consiglio aziendale per questioni giuridiche individuali. Mentre nelle questioni collettive⁶⁰ il datore necessita, per la validità delle sue iniziative, dell'approvazione del consiglio aziendale, nelle vertenze a valenza solo individuale tale opzione è invece assolutamente facoltativa⁶¹. Il consiglio aziendale svolge in pratica una limitata azione di sostegno del lavoratore nel corso delle trattative con il datore per un nuovo accordo contrattuale; non può invece, per legge, convocare la commissione di composizione qualora si controverta di diritti individuali.

Il recepimento della Direttiva 52/2008/CE sulla mediazione, avvenuto il 12.01.2011, accelera la soluzione del problema della "lentezza del sistema giudiziario tedesco. Esso possiede la più alta percentuale di giudici pro capite al mondo, ma tempi troppo lunghi di risoluzione delle controversie", secondo il Ministro della Giustizia, Sabina Leutheusser-Schnarrenberger. In Germania si impiegano 394 giorni in media per una sentenza (secondo il Rapporto Doing Business elaborato nel 2010 dalla Banca Mondiale).⁶² Infatti, secondo gli studi sulle mediazioni effettuate in otto Länder, nel 2009 dal 53 al 74% dei casi si è risolto con successo. Una delle critiche alla legge è la mancanza di un aiuto finanziario da parte dello Stato per le spese di mediazione; aiuto che invece viene garantito per le spese processuali.

2.7 – *L'esperienza francese*

Mentre in Germania si attua un "ragionevole compromesso" tra esigenze (inderogabili) di tutela individuale e forme di conciliazione, in Francia il sistema di diritto del lavoro ha caratteristiche più marcatamente conflittuali. Le controversie in materia di licenziamento, ad esempio, sono state dal legislatore del 1973 "procedimentalizzate" in stile inquisitorio, ampliando altresì le garanzie di difesa. Esteso è il potere del giudice del lavoro, chiamato a conoscere della concreta causa del licenziamento. Collateralmente, è riconosciuta ai sindacati una legittimazione processuale attiva "in sostituzione" dei lavoratori interessati: si tratta di una azione in deroga al principio dell'iniziativa personale e diretta.

L'organo giurisdizionale chiamato, nella generalità dei casi, a dirimere le controversie è il "collegio dei probiviri", composto pariteticamente di giudici elettivi⁶³. L'istituzione probivirale ha il compito precipuo e tipico di cercare la conciliazione delle controversie ad essa sottoposte. La composizione stessa

⁶⁰ Ed in quelle individuali legate alle collettive.

⁶¹ Inoltre in tale fattispecie l'arbitrato è inibito per legge.

⁶² A confronto l'Italia impiega per lo stesso contenzioso ca. 1.210 giorni, la Spagna 515, gli Stati Uniti 300.

⁶³ *Id est* "non togati".

dell'organo, d'altro canto, è idonea a facilitare lo scopo, che cronologicamente e funzionalmente precede l'eventuale fase del giudizio di cognizione.

Eppure, la conciliazione giudiziale vive attualmente in Francia un indubbio momento di crisi. A differenza di quanto accade in Germania, l'organo giudiziario non ha analoghi poteri forti (direttivi e propositivi) di conciliazione; è un fatto che solo il 10% delle vertenze si concludono con un positivo verbale di conciliazione. Fatte salve, infatti, le situazioni nelle quali è per legge escluso, perché inutile, il ricorso all'ufficio di conciliazione⁶⁴, anche nelle situazioni in cui esso è investito di tale funzione compositiva il margine di successo raggiunto non è assolutamente in linea con gli *standard* attesi dall'Unione europea. E' vero, beninteso, che i soli dati disponibili riguardano le conciliazioni giudiziali e non quelle definite *a latere*, amichevolmente, magari a seguito del tentativo giudiziale; ma è altresì un dato di fatto che i probiviri non mostrano grande fiducia nello strumento conciliativo, ritenendo che al lavoratore debbano essere più che altro fornite garanzie *procedurali*: garanzie, cioè, di un accertamento giudiziale dei diritti. Al contrario, da parte della dottrina si muove l'appunto che il collegio dei probiviri svolge un'eccessiva attività di mediazione, anziché di cognizione: in ciò snaturandosi. Tale opinione, non condivisa dalle parti sociali, non tiene conto della facoltà concessa alle parti di impugnare l'accordo.

Il giudizio di appello, espressione del doppio grado di giudizio, si svolge innanzi a giudici togati; qualificandosi come gravame di cognizione piena, esso fa salva la possibilità di annullamento dell'accordo stesso. Se, ciononostante, rimangono sporadici i casi di impugnativa dell'accordo siglato, ciò è riprova del generale desiderio di dialogo sociale.

Tra i mezzi alternativi di composizione delle controversie individuali di lavoro, va segnalata la mediazione svolta da tre figure istituzionali: l'ispettore del lavoro, il delegato del personale e il rappresentante sindacale.

Quanto al primo: sebbene dotato di carisma e professionalità necessari a favorire il riequilibrio degli interessi in gioco, egli è scarsamente utilizzato dal datore di lavoro. A causa delle contemporanee funzioni sanzionatorie che gli fanno capo, l'*ispettore del lavoro* non garantirebbe, infatti, una mediazione realmente *super partes*.

Il delegato del personale, a sua volta, è un semplice "canale di comunicazione", *trait d'union* tra lavoratore e datore nella fase prodromica della controversia. Oltre a presentare i reclami individuali, infatti, egli può solo sensibilizzare l'assunzione di impegni da parte del datore di lavoro.

Il rappresentante sindacale, infine, svolge un ruolo strutturalmente più sbilanciato a favore del prestatore di lavoro: espletando, in tal modo, il mandato ricevuto.

Non sembra in verità che l'esperienza giuslavoristica francese offra molto di più in termini di strumenti compositivi extragiudiziali. Alcuni contratti collettivi hanno previsto il ricorso a commissioni di conciliazione, allorché oggetto della lite (individuale) sia l'applicazione dell'accordo. Al di là della previsione normativa, tuttavia, si registra un atteggiamento di sfavore degli stessi lavoratori verso tale strumento: prevale una certa diffidenza culturale verso

⁶⁴ Ad es. le controversie fallimentari relative ai crediti da lavoro dipendente.

esperimenti di neocorporativismo⁶⁵. Per completezza, vanno menzionate due fallimentari esperienze: a) gli organismi paritetici interprofessionali, operativi a livello territoriale: di fatto osteggiati da parte del padronato; b) i c.d. "consiglieri dei dipendenti", teorizzati come interlocutori esterni delle imprese: praticamente svolgenti funzioni vicarianti di rappresentanza sindacale.

In conclusione, l'unica fattispecie foriera di positivi risultati in termini di composizione amichevole è quella delle commissioni paritetiche di ricorso in materia previdenziale. Il relativo successo che riscontra nella prassi l'istituto è conseguenza di tre fattori: la natura più tecnica che giuridica della materia; la necessità di soluzioni tempestive alle controversie; la qualità di atti amministrativi delle decisioni assunte dalle commissioni: come tali, dunque, annullabili da parte del prefetto.

In Francia non esiste un'autorità centrale o statale responsabile della regolamentazione della mediazione e, ad oggi, non ne è prevista la creazione. Secondo il diritto francese, le parti possono ricorrere alla mediazione in tutti i settori del diritto poiché la mediazione non lede quello che si definisce "l'ordine pubblico di direzione". Per esempio, non sarà possibile avvalersi della mediazione per aggirare norme imperative. Il ricorso alla mediazione è soggetto al previo consenso delle parti. Tuttavia, nel momento in cui viene introdotta un'azione dinanzi al tribunale, "il giudice adito può, con il previo consenso delle parti, nominare una terza persona affinché le ascolti e confronti i rispettivi punti di vista per consentire loro di trovare una soluzione alla controversia che le contrappone" (articolo 131-1 del codice di procedura civile). La Direttiva 2008/52/CE permette alle parti di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo: gli Stati membri indicano gli organi giurisdizionali o le altre autorità competenti a ricevere le richieste. Ebbene, la Francia non ha ancora comunicato tale informazione.

⁶⁵ Le commissioni paritetiche sono composte di esponenti delle categorie professionali.

3

La direttiva 2009/38/CE e gli strumenti di efficacia in sede CAE

I diritti di partecipazione dei lavoratori ai processi decisionali aziendali richiedono oggi un presidio più efficace rispetto al passato. I processi di concentrazione d'impresa, infatti, resi necessari dall'esigenza di raggiungere migliori economie di scala e più intense sinergie operative, oggi impegnano trasversalmente i vari settori produttivi, trovando tuttavia nel comparto bancario e assicurativo europeo un ambito di elezione. I tradizionali assetti delle relazioni industriali, strutturati su base nazionale, si rivelano oggi poco idonei a fronteggiare le dinamiche d'impresa: che, al contrario, progressivamente assumono sempre più dimensione transnazionale e sempre più spesso generano, insieme a riallocazione di risorse, significativi processi espulsivi nei confronti di migliaia di lavoratori e conseguente contenzioso legale.

Dato tale contesto, si comprende la ragione per cui il livello del conflitto tra ragioni del capitale e ragioni del lavoro si sposti tendenzialmente ad un livello sovranazionale. E' pertanto indispensabile che a tale livello si innestino non solo nuove relazioni sindacali, tese a stabilire dinamiche negoziali in sede centrale, ma anche nuovi strumenti di prevenzione e composizione delle controversie collettive: quelle che hanno per oggetto la qualità, quantità e tempestività dell'informazione e della consultazione dei lavoratori, e rispetto alle quali è necessario facilitare la negoziazione di soluzioni strategiche che concilino le contrapposte esigenze.

La presente ricerca ha per obiettivo il recupero degli istituti della conciliazione e dell'arbitrato in funzione di composizione dei conflitti. Ma non in ambito nazionale e privatistico (cioè in relazione alle controversie individuali di lavoro), bensì in ambito sovra-nazionale e prevalentemente pubblicistico (cioè in relazione alle controversie collettive relative all'interpretazione e applicazione del diritto comunitario, ma anche del diritto regolamentare contenuto negli accordi CAE).

L'innesto, all'interno delle dinamiche dei CAE, degli strumenti della conciliazione e dell'arbitrato, allo scopo di prevenire e comporre tempestivamente i conflitti collettivi, è elemento originale e inedito. Tale proposta di accostamento, formulata in questa ricerca, rappresenta un'autentica innovazione nel panorama giuridico comunitario. Basti pensare che, da un lato, la stessa Direttiva di rifusione non fa alcun cenno a tali strumenti; dall'altro, quasi nessuno degli accordi CAE e dei connessi regolamenti attualmente vigenti in Europa si è focalizzato sull'approntamento di strumenti di effettività per la tutela dei diritti collettivi di informazione e consultazione.

Inoltre non si può trascurare che il principale problema affrontato dalla Direttiva di rifusione 2009/38/CE è che in molti gruppi di rilevanza comunitaria ancora non esiste un CAE. La soluzione al problema dell'effettività dei diritti di informazione e consultazione transnazionali riguarda ancora di più tali realtà d'impresa, laddove non risulti neppure costituito il soggetto (con o senza personalità giuridica) cui la legge comunitaria affida il presidio dei diritti collettivi. Rispetto a tale scenario di contesto, per la verità, già la Direttiva 2001/86/CE (che completa lo statuto della Società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori) si era posta un obiettivo di intervento. Il considerando 14, infatti, afferma che "se una SE nonché le sue affiliate e dipendenze sono disciplinate dalla direttiva del Consiglio 94/45/CE del 22 settembre 1994, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, il disposto di detta direttiva e le disposizioni di recepimento nella legislazione nazionale non dovrebbero applicarsi ad essa né alle loro affiliate e dipendenze, a meno che la delegazione speciale di negoziazione decida di non iniziare negoziati o di porre termine a negoziati già avviati". Confrontando la *ratio* della vecchia Direttiva sui CAE con quella sulla SE, emerge chiaramente l'intento del legislatore comunitario di evitare pericolose zone franche, aree giuridicamente prive di tutela collettiva. In tale solco d'indirizzo politico, e in piena coerenza con le citate premesse, opera la nuova Direttiva sui CAE.

Al di là della ragione "ufficiale" che ha dato origine alla rifusione della Direttiva CAE (l'obiettivo di incrementare il numero di CAE esistenti in Europa), il movimento politico e culturale che ha trovato sintesi giuridica nella Direttiva 2009/38/CE ha inteso risolvere anche alcune contraddizioni legislative rese possibili dalla "vecchia" Direttiva 94/95 sui CAE. L'Europa presenta infatti procedure e quadri giuridici nazionali estremamente diversificati. Tale eterogeneità normativa rende estremamente complesso il lavoro dei membri dei CAE: le relazioni industriali possono essere organizzate secondo modalità differenti nei vari Stati membri, per cui diventa centrale stabilire quale sia la legislazione nazionale applicabile in caso di violazione dei diritti di partecipazione dei lavoratori alle strategie di un'impresa multinazionale. Non è indifferente, infatti, che un accordo costitutivo di CAE e il connesso regolamento stabiliscano che il foro competente sia quello di un certo Paese membro piuttosto che di un altro. Al di là dei principi generali della Direttiva 2009/38/CE, che vengono trasposti in maniera sufficientemente omogenea, gli strumenti di efficacia e soprattutto le sanzioni possono risultare infatti molto diversi tra loro. Una legge di recepimento che introducesse, ad esempio, una sanzione di inefficacia delle decisioni aziendali prese in spregio ai diritti di partecipazione dei lavoratori risulta molto più stringente di una legge che sancisse una semplice sanzione pecuniaria. Dal momento che gli strumenti e le sanzioni sono dalla Direttiva affidati alla valutazione di opportunità dei singoli Stati membri, c'è il rischio che la designazione di un foro competente e di una legislazione applicabile, ad opera di un accordo costitutivo di CAE, sia motivata anche da scelte opportunistiche di dumping normativo. Tali scelte

apparirebbero ispirate non già ad un sano principio di "favor praestatoris" ma, al contrario, all'intento di ricorrere al sistema giuridico più vantaggioso per le imprese, ossia a quello meno regolamentato.

Le criticità qui teorizzate si registrano, in concreto, in alcune recenti prassi industriali. Ad esempio, nel caso Nokia, la direzione dell'impresa aveva definito la chiusura dello stabilimento di Bochum (Germania) come una decisione non di natura transnazionale, respingendo quindi il ruolo del CAE nelle procedure di informazione e consultazione. Ugualmente, nel caso della fusione tra Gaz de France e Suez, la direzione centrale aveva informato della fusione il CAE di Gaz de France solo il giorno prima dell'annuncio pubblico. La fusione venne sospesa e rinviata solo grazie alla pronuncia dell'Alta Corte di Giustizia francese, secondo la quale sarebbe stato indispensabile un tempo di consultazione preventiva più lungo: confermando quindi il diritto del CAE di Gaz de France ad un'adeguata procedura di informazione e consultazione. Interessante è anche il caso Avery Dennison / Paxar. I rappresentanti locali dei lavoratori intendevano costituire un CAE, avendo appreso, in seguito all'acquisto di Paxar da parte della Avery Dennison e alla delocalizzazione della produzione dalla Germania all'Italia, che le decisioni non venivano assunte a livello locale, ma a livello europeo. In questo caso, il dumping normativo venne realizzato dalla direzione centrale in modo assolutamente originale: non informando i rappresentanti dei lavoratori in merito al numero esatto di dipendenti europei e di siti produttivi (tale informativa è prerequisite per la presentazione della richiesta formale di costituzione di un CAE). Analogamente, nel caso Wolf di Budapest, il comitato aziendale locale presso uno stabilimento produttivo in Ungheria (di proprietà del Gruppo Wolf, una fonderia di alluminio tedesca con attività in diversi paesi europei) intendeva promuovere la costituzione di un CAE. L'iniziativa fu ostacolata dall'atteggiamento antisindacale dell'impresa, che minacciò di chiudere lo stabilimento se i lavoratori avessero portato avanti l'iniziativa.

L'esperienza dimostra che la direzione centrale poteva e talvolta può ancora facilmente aggirare l'ostacolo normativo: era sufficiente che il datore di lavoro dichiarasse che non intendeva accettare una rappresentanza formale dei lavoratori nell'impresa, a livello nazionale ed europeo; oppure, a seguito di avvenuta costituzione di un CAE, è ancora oggi sufficiente che l'Accordo si richiami alla legislazione di un Paese privo di strumenti di efficacia e di sanzioni reali per l'inottemperanza. E ciò, sebbene i diritti di informazione e consultazione siano formalmente e ugualmente vincolanti su tutto il territorio dell'Unione.

La banca dati sui CAE (fonte ETUI, Benchmarking Working Europe 2010) offre informazioni sulle aziende, dotate di Comitati Aziendali Europei, sottoposte a fusione o acquisizione: si tratta infatti di forme di ristrutturazione che necessitano di segnalazione obbligatoria e autorizzazione da parte della Commissione Europea in caso di concentrazioni. Il Regolamento CE n. 139/2004 sulle concentrazioni stabilisce a questo proposito che:

Articolo 1 - Una concentrazione è di dimensione comunitaria quando:
a) il fatturato tot. mondiale dell'insieme delle imprese è superiore a 5 (2,5) miliardi di EUR e b) il fatturato tot. realizzato individualmente nella UE da almeno due imprese è superiore a 250 milioni di EUR (100 se in 3 Stati); salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

Articolo 2 - Valutazione delle concentrazioni. Le concentrazioni che non ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate compatibili con il mercato comune.

Articolo 4 - Notificazione preventiva delle concentrazioni.

Articolo 6 - Esame della notificazione e avvio del procedimento. La Commissione se constata che la concentrazione non suscita seri dubbi per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune, decide di non opporvisi e la dichiara compatibile con il mercato comune. In caso contrario, decide di avviare il procedimento.

Articolo 8 - Poteri di decisione della Commissione. La Commissione può: - ordinare alle imprese interessate di dissolvere la concentrazione; - ordinare qualsiasi altra misura opportuna per assicurare che le imprese smembrino la concentrazione o prendano altri provvedimenti di ripristino della situazione antecedente.

Il numero dei casi di fusioni e acquisizioni si è mantenuto in crescita stabile. Per il periodo 1990-2008, 2260 aziende hanno fatto domanda alla CE per l'autorizzazione ad eseguire una fusione o un'acquisizione: 554 di esse risultavano avere un CAE attivo (cioè una su quattro). Gran parte dei casi coinvolge multinazionali con circa 10.000 lavoratori nello Spazio Economico Europeo (EEA): 296 imprese, il 53,4% del totale con un CAE attivo, interessate in 1647 procedimenti di fusione o acquisizione; 99 imprese di dimensioni inferiori (cioè con dipendenti compresi tra i 5.000 e i 10.000, ovvero il 17,8% di quelle con un CAE attivo), erano invece coinvolte in 251 casi di ristrutturazione. Un indice elevato di multinazionali piccole (cioè con un livello di impiego complessivo di meno di 5000 unità) e con un CAE (145 imprese, il 26% dei casi) era coinvolto in 330 casi di fusione.

I CAE hanno dovuto far fronte in questi anni a uno sviluppo impressionante di fusioni e acquisizioni; almeno 193 CAE sono stati sciolti per ragioni legate a processi di ristrutturazione. Lo scioglimento di un CAE, come diretta conseguenza di una fusione o di una acquisizione, costituisce un serio problema per i lavoratori che, specialmente durante il difficile periodo della ristrutturazione della propria azienda (che può comportare ingenti licenziamenti collettivi oltre ai consueti cambiamenti organizzativi), sono privati dell'unico canale di accesso all'informazione e alla consultazione transnazionale. Sfortunatamente, la precedente Direttiva 94/45/EC non conteneva disposizioni che disciplinassero la transizione dei CAE e la continuità

operativa in caso di ristrutturazioni: omissione alla quale è stato posto parzialmente rimedio dalla Direttiva rifusa 2009/38/EC (art.6.2).

La nuova Direttiva sui CAE interviene su alcune delle criticità riscontrate sotto la vigenza della precedente e, in particolare, sulle seguenti macroquestioni:

- ⊕ **Responsabilità della direzione locale di fornire informazioni per l'apertura dei negoziati**
- ⊕ **Composizione della Delegazione Speciale di Negoziazione (DSN)**
- ⊕ **Informazione delle Parti Sociali Europee**
- ⊕ **DSN: mezzi per il suo funzionamento**
- ⊕ **DSN: ruolo delle organizzazioni sindacali**
- ⊕ **Contenuto dell'accordo**
- ⊕ **Definizione di informazione e consultazione**
- ⊕ **Questioni transnazionali**
- ⊕ **Rappresentanza collettiva**
- ⊕ **Ruolo dei rappresentanti dei lavoratori**
- ⊕ **Diritto alla formazione**
- ⊕ **Collegamento tra i livelli nazionale ed europeo di informazione e consultazione**
- ⊕ **Clausola e procedura di adeguamento nel caso di cambiamenti della struttura dell'impresa**
- ⊕ **Impatto della Direttiva rifusa sugli accordi esistenti**
- ⊕ **Composizione dei CAE**
- ⊕ **Istituzione del comitato ristretto**

Da un'analisi comparativa tra il vecchio e il nuovo testo normativo emergono le seguenti peculiarità, che rappresentano il tentativo, da parte del legislatore comunitario, di affrontare e risolvere alcune delle principali controversie interpretative o applicative.

Rispetto alle norme per la costituzione dei CAE, il nuovo Articolo 4.4 colma uno spazio lasciato vuoto dalla Direttiva 94/95: esso conferma e sistematizza quanto disposto da alcune sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (casi Bofrost, Kühne & Nagel, ADS Anker). La direzione centrale effettiva, identificata o presunta, ha la responsabilità di ottenere e trasmettere alle parti interessate le informazioni indispensabili all'avvio dei negoziati per la costituzione di una DSN e di un CAE, in particolare quelle concernenti la struttura dell'impresa o del gruppo e la sua forza lavoro. Questo obbligo riguarda in particolare le informazioni relative al numero dei lavoratori. Si veda inoltre, a tale proposito, il considerando 25 ("Occorre precisare la responsabilità di un'impresa o di un gruppo di imprese nella trasmissione delle informazioni necessarie all'avvio di negoziati, in modo da consentire ai lavoratori di determinare se l'impresa sia di dimensioni

comunitarie e di prendere i contatti necessari ai fini della presentazione di una richiesta di avvio dei negoziati.”).

Rispetto alle informazioni delle Parti Sociali europee, il nuovo Art. 5.2 (d) amplia la platea dei soggetti titolari di diritti di informazione: oltre alla direzione centrale e le direzioni locali, ora anche le competenti organizzazioni europee dei lavoratori e dei datori di lavoro (incluse le Federazioni Sindacali Europee) sono informate della composizione della delegazione speciale di negoziazione e dell’avvio dei negoziati.

Nella Delegazione speciale di negoziazione è finalmente ora definito il diritto delle organizzazioni sindacali: La DSN può chiedere di essere assistita da rappresentanti sindacali in fase di negoziazione dell’accordo. Il ruolo delle organizzazioni sindacali viene, dunque, formalmente ed esplicitamente riconosciuto. Il considerando 27 chiarisce che le organizzazioni sindacali possono anche svolgere un ruolo nella rinegoziazione degli accordi costitutivi dei CAE: ruolo importantissimo soprattutto quando, a seguito di nuove acquisizioni operate dal gruppo multinazionale, occorra garantire la rappresentanza nel CAE dei lavoratori appartenenti alle imprese nazionali acquisite.

Rispetto al contenuto dell’accordo costitutivo di CAE, la Direttiva rifiuta prevede almeno altre due importanti innovazioni. 1) Al punto “c” dell’art. 6.2 si afferma che la procedura di informazione e di consultazione del CAE si coordina con l’informazione e la consultazione degli organi di rappresentanza nazionali dei lavoratori nel rispetto dei principi di cui all’art. 1.3 (principio di ripartizione di competenza). Il Considerando 37 chiarisce altresì che i CAE possono essere informati prima degli organi nazionali di rappresentanza o contemporaneamente agli stessi, ma non successivamente. 2) Al punto “g” dell’art. 6.2 si riconosce l’obbligo di definire con precisione la data di entrata in vigore dell’accordo e la sua durata, le modalità in base alle quali è possibile modificare, cessare o rinegoziare l’accordo, in particolare nei casi di modifica della struttura dell’impresa.

Rispetto alle definizioni di informazione e consultazione, si afferma all’articolo 2 che “informazione” è la trasmissione di dati da parte del datore di lavoro ai rappresentanti dei lavoratori per consentire la conoscenza e l’esame della questione trattata. L’informazione avviene nei tempi, secondo modalità e con un contenuto appropriati che consentano di procedere a una valutazione approfondita dell’impatto e di preparare, se del caso, la consultazione con l’organo competente dell’impresa di dimensioni comunitarie o del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie. I rappresentanti dei lavoratori devono ricevere le informazioni necessarie in tempo utile al fine di procedere ad un esame approfondito in vista della consultazione⁶⁶. “Consultazione” significa instaurazione di un dialogo e scambio di opinioni tra i rappresentanti dei lavoratori e la direzione centrale o qualsiasi altro livello di direzione più appropriato, nei tempi, secondo

⁶⁶ Si veda tuttavia anche il considerando 22: “senza rallentare il processo decisionale nelle imprese”.

modalità e con contenuti che consentano ai rappresentanti dei lavoratori, sulla base delle informazioni da essi ricevute, di esprimere, entro un termine ragionevole, un parere in merito alle misure proposte alle quali la consultazione si riferisce⁶⁷. Tale parere può essere tenuto in considerazione all'interno dell'impresa di dimensioni comunitarie o del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie. Inoltre, in base all'Allegato 1, la consultazione avviene in modo da consentire ai rappresentanti dei lavoratori di riunirsi con la direzione centrale e ottenere una risposta motivata a ogni loro eventuale parere. Ciò significa che, seppure l'azienda multinazionale rimane sostanzialmente libera di assumere le sue decisioni strategiche, essa è tenuta a fornire, se richiesta, motivazioni logicamente coerenti rispetto ai propri piani industriali: la linearità del processo formativo della volontà d'impresa continua ad essere oggetto di possibile verifica e censura in sede giudiziale.

Rispetto alla "transnazionalità" delle questioni, l'articolo 1 (3) in verità non sembra innovare positivamente rispetto al vecchio dettato normativo, in quanto afferma che la competenza del CAE e la portata della procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori sono limitate alle questioni transnazionali. La qualifica di "transnazionale" spetta alle questioni riguardanti l'impresa di dimensioni comunitarie o il gruppo di imprese di dimensioni comunitarie nel loro complesso o almeno due stabilimenti dell'impresa o del gruppo ubicati in due Stati membri diversi. Si vedano inoltre l'articolo 1.2 (principio di efficacia) e, soprattutto, i considerando 12 e 16 che per la verità affermano una definizione più ampia e dinamica: quella per cui è la portata degli effetti potenziali (nel tempo o nello spazio) a definire la transnazionalità di una questione. Evidentemente l'obiettivo che il legislatore comunitario si è posto non è stato di ampliare la portata dei diritti, quanto di stabilire certezza del diritto, grazie ad elementi squisitamente formali e perciò incontrovertibili.

Rispetto agli strumenti di efficacia e di effettività dei diritti di informazione e consultazione emergono le maggiori criticità del nuovo dettato normativo. Infatti, mentre da un lato il legislatore comunitario ha correttamente individuato la necessità di un presidio nazionale dei principi comunitari, dall'altro ne ha demandato la valutazione di opportunità ai singoli Stati membri, senza porre alcun vincolo di indirizzo generale nella trasposizione della Direttiva. Il che, ovviamente, introduce un elemento destabilizzante a livello europeo, legittimando ed anzi favorendo le disomogeneità normative. L'articolo 10(1) stabilisce, innovando il quadro precedente, che i membri del CAE dispongono dei mezzi necessari per l'applicazione dei diritti derivanti dalla presente Direttiva, per rappresentare collettivamente gli interessi dei lavoratori. Tuttavia, la norma afferma pure che "la questione verrà trattata dagli Stati membri nel corso del processo di recepimento". Inoltre, utilizzando un contorto e faticoso dettato, essa precisa che "le legislazioni nazionali potrebbero eventualmente avere il dovere di intervenire"

⁶⁷ Ferme restando le responsabilità della direzione centrale.

in modo da garantire, ad esempio, che i CAE dispongano dei mezzi processuali (come il diritto di rivolgersi ai tribunali per difendersi), oltre ai mezzi sostanziali necessari a tale scopo (personalità giuridica, finanze, strumenti di comunicazione).

La scelta di "demandare" agli Stati membri, in occasione del recepimento della Direttiva, l'adozione degli strumenti di efficacia più opportuni, è dettata sia dall'oggettiva difficoltà di esercitare in maniera risoluta opzioni di politica legislativa che vanno ad impattare in contesti giuridici tra di loro eterogenei, sia dalla natura stessa dello strumento della Direttiva (diversa dal Regolamento), sia infine dagli equilibri politici raggiunti. Ogni scelta di politica comunitaria, infatti, non è mai solo tecnica, ma frutto di mediazioni tra organismi disposti a cedere (non solo idealmente, ma concretamente) una parte della propria sovranità.

Altro problema riguarda la rappresentanza processuale collettiva. Cosa è intanto già "garantito" dalla Direttiva?

Le competenze dei CAE sono estese, a norma dell'articolo 12.1, all'area di rappresentanza collettiva degli interessi dei lavoratori. Questa disposizione contribuirà a chiarire la questione della capacità dei CAE di adire le vie legali in caso di conflitto giuridico. Finora, alcuni CAE hanno dovuto affrontare delle difficoltà (ad es. il caso di P&O in seno al Conciliation Council nel Regno Unito) ad essere riconosciuti come parti ammesse a partecipare alle procedure giudiziarie. Il legislatore comunitario ha introdotto tale "legittimazione" senza porre condizioni prelieve (come potrebbe essere la personalità giuridica generale), e d'altro canto senza riconoscere d'autorità espressa personalità giuridica ai CAE. La questione era e rimane spinosa, oltre che possibile fonte di conflitto in alcuni Paesi. La quasi-personalità giuridica concessa indirettamente ai CAE, con riserva di trasposizione del disposto normativo nelle leggi nazionali, non risolve però del tutto il problema, perché l'ibridazione di forme giuridiche in futuro potrebbe creare dubbi e confusione nella pratica. Si può tuttavia affermare che il tradizionale monopolio dei sindacati (in termini di mandato legale esclusivo di rappresentanza degli interessi dei lavoratori) non dovrebbe impedire ai CAE di esercitare e difendere i diritti collettivi fondamentali di informazione e di consultazione al cospetto dei tribunali.

Un "vulnus" all'effettività della nuova Direttiva espressamente ammesso e riconosciuto dal legislatore comunitario è rappresentato dalla c.d. "clausola di esclusione". In base all'articolo 14, mentre il principio generale è che le nuove disposizioni si applicano a tutti gli accordi cronologicamente stipulati a seguito di recepimento della Direttiva, l'eccezione prevista riguarda gli accordi CAE "ex articolo 13" (cioè stipulati entro il 22 settembre 1996), i quali non sono soggetti alla Direttiva. La fattispecie di esclusione sembrerebbe non lasciare spazi al recepimento di principi di maggior tutela per i diritti di informazione e consultazione, e dunque per gli strumenti compositivi della conciliazione e dell'arbitrato. Con grande lungimiranza, tuttavia, la Direttiva rifiuta sancisce

che, "in caso di modifiche significative della struttura d'impresa", si applica la clausola di adeguamento obbligatorio ai principi dalla stessa sanciti (nuovo articolo 13). Ciò significa, pertanto, che mentre per il passato un vecchio accordo CAE poteva essere rinnovato praticamente all'infinito senza applicare le più stringenti norme sancite nel 2009, in caso di nuove acquisizioni occorrerà modificare l'Accordo CAE non soltanto per rispettare il principio di rappresentanza nazionale, ma anche per applicare integralmente la Direttiva CAE. E' il caso, ad esempio, dell'Accordo CAE del Gruppo Deutsche Bank AG: che potrà e dovrà essere rinegoziato secondo la nuova normativa, dopo la recente acquisizione di Postbank. Resta tuttavia singolare la circostanza che l'iniziativa di modifica rimanga nella disponibilità delle parti, e non si sostanzi in un vero e proprio obbligo di impulso, giuridicamente sanzionato, a carico della direzione aziendale.

Un altro aspetto che limita l'ambito di azione dei CAE, e pertanto pone questioni interpretative e applicative importanti (da risolvere magari mediante conciliazione e arbitrato in sede CAE) è la questione della transnazionalità. Si avverte una certa discrasia tra la formulazione del considerando 16 ("è opportuno che il carattere transnazionale di una questione venga determinato prendendo in considerazione la portata degli effetti potenziali della questione medesima e il livello di direzione e di rappresentanza coinvolto... Esso comprende le questioni che, a prescindere dal numero di Stati membri coinvolti, sono importanti per i lavoratori europei in termini di portata dei loro effetti potenziali o che comportano il trasferimento di attività tra Stati membri") e quella dell'articolo 1.4 ("sono considerate questioni transnazionali quelle riguardanti l'impresa di dimensioni comunitarie", le cui caratteristiche strutturali sono enucleabili dall'articolo 2). In sintesi, mentre l'articolato risponde ad esigenze di certezza giuridica (anche a costo di limitare la portata dei diritti collettivi in sede CAE), il considerando pone la diversa esigenza di estendere l'ambito delle suddette tutele alle situazioni in cui le scelte strategiche d'impresa, pur formalmente prive dei connotati di transnazionalità (perché non esplicano immediatamente i loro effetti in almeno due stati membri) hanno tuttavia "in potenza" tale sostanziale caratteristica. Ad esempio, l'apertura di un nuovo stabilimento produttivo può significare, se non nell'immediato (cioè contestualmente), almeno nel tempo, la scelta di chiudere o di cederne un altro, sito in un diverso stato membro. Riconoscere la potenzialità degli effetti ulteriori come presupposto di azionabilità dei diritti collettivi significa, ovviamente, ampliare anche la sfera del contenzioso interpretativo, mettendo in collegamento tra di loro effetti non dichiaratamente legati uno all'altro: ecco la ragione per cui la previsione di organismi di conciliazione e arbitrato in sede CAE sarebbe in quest'ambito più che auspicabile per ristabilire una tempestiva certezza del diritto.

Un ultimo elemento di problematicità posto dalla Direttiva rifiuta nell'intento di ampliare l'efficacia e soprattutto l'esigibilità dei diritti di informazione e consultazione transnazionale è contenuto nell'articolo 11. Dal momento che "ciascuno Stato membro assicura che la direzione degli stabilimenti di un'impresa di dimensioni comunitarie e la direzione delle imprese del gruppo

situati nel suo territorio e i rappresentanti dei lavoratori rispettino gli obblighi stabiliti dalla presente direttiva, indipendentemente dal fatto che la direzione centrale sia nel suo territorio”, risulta evidente che il legislatore comunitario ha previsto, o almeno ipotizzato, l’esistenza di altre e diverse sedi di risoluzione dei conflitti oltre a quelle stabilite dall’Accordo CAE. Infatti “gli Stati membri prevedono misure appropriate in caso di inosservanza; in particolare essi assicurano procedure amministrative o giudiziarie adeguate che permettano di imporre il rispetto degli obblighi.”. Ciò significa non solo che le leggi nazionali possono prevedere la possibilità di una tutela giudiziaria in sede decentrata, ma anche che risulta ulteriormente ampliabile la materia del contendere e dunque, in sostanza, paradossalmente più vasta l’incertezza giuridica: a chi spetta promuovere il ricorso in sede decentrata? Chi può decidere il superamento della fonte negoziale (l’accordo CAE o il regolamento), che fissa il foro competente? In sintesi: esiste una legittimazione processuale ulteriore e diversa da quella dello stesso CAE per promuovere azioni aventi ad oggetto la violazione o l’interpretazione dei diritti di informazione e consultazione? Dall’apertura operata dalla norma comunitaria, sembrerebbe di sì. Tra l’altro, si porrebbe un problema di concorrenza di fonti giuridiche: una, stabilita dalla parti istitutive del CAE, che determinano anche il foro competente (fonte privatistica) ed un’altra, stabilita dalla legislazione di ciascuno Stato membro, che può definire le procedure amministrative o giudiziarie cui fare ricorso per la tutela dei diritti collettivi che si pretendono violati. Il potenziale conflitto tra fonti gerarchiche diverse, va risolto in questo modo: la legittimazione processuale del CAE va regolata in base all’accordo, ma il ricorso agli strumenti processuali di uno Stato membro attribuisce un’ulteriore legittimazione attiva sulla materia alle rappresentanze sindacali nazionali, limitatamente agli effetti prodotti nel Paese stesso. Indubbiamente tale aspetto (che sarà approfondito nel capitolo seguente) pone qualche problema pratico, anche rispetto alla possibile violazione del noto principio: “*ne bis in idem*”.

4

Conciliazione e Arbitrato: come integrare gli accordi CAE nell'attuale vuoto di delega normativa

La Direttiva rifiuta lascia aperti ampi spazi all'azione negoziale in vista di soluzioni compositive nuove alle controversie collettive sull'applicazione dei diritti di informazione e consultazione. Per la verità la Direttiva citata non pone tale esigenza al centro della propria agenda, limitandosi a concepire l'intervento degli Stati membri, in occasione del recepimento legislativo, come propedeutico all'introduzione di strumenti locali di efficacia. Ne consegue che la ricerca di soluzioni innovative, tese a riavvicinare la composizione preventiva delle controversie ai luoghi stessi in cui le stesse si determinano, va ricercata non "secundum legem" (cioè secondo le indicazioni del legislatore comunitario), ma "praeter legem": il che è precisamente l'obiettivo di questo capitolo.

Vale dunque precisare i contorni della presente indagine, che corrisponde alle esigenze di un progetto formativo promosso dall'associazione APF ("Alte Professionalità Finanza") e finanziato dalla Commissione Europea, e si sviluppa nel corso del 2011, accompagnando tutto il processo di trasposizione e attuazione della Direttiva 2009/38/CE. La straordinaria coincidenza di eventi rende ancor più evidente la logica di interazione che muove il progetto finanziato. La nuova Direttiva 2009/38/CE intende rafforzare i CAE rendendone esigibile la costituzione e praticabili i diritti di informazione e consultazione, anche mediante un sistema sanzionatorio adeguato. Il Progetto di APF opera in via propedeutica e complementare: intende rendere esigibili i diritti dei CAE mediante la costituzione di presidi, luoghi fisici di prevenzione e composizione dei conflitti (camere di conciliazione e arbitrato a livello sovranazionale e nazionale).

Come costruire insieme (parti sociali e Unione europea) un nuovo scenario di tutela dei diritti collettivi? Partiamo da un inconfutabile dato di fatto: secondo uno studio riportato nel Libro Verde (35), meno di una ristrutturazione su quattro raggiunge gli obiettivi di riduzione dei costi e aumento della produttività. In conseguenza di ciò, il sistema bancario attuale registra un sensibile incremento della conflittualità in conseguenza di ristrutturazioni aziendali. Tali ristrutturazioni, a loro volta, vengono decise in una prospettiva sempre più globalizzata e sopranazionale, per cui è evidente che cercare di sciogliere il nodo dell'effettiva consultazione in chiave preventiva, lì dove il conflitto si origina, significa affrontare i problemi con pragmatismo e visione strategica, in un'ottica di dialogo sociale. Intanto che si sviluppino ipotesi legislative capaci di vincolare gli attuali accordi CAE alle esigenze sopra rappresentate, occorre però immaginare soluzioni di politica contrattuale già immediatamente efficaci e operative, per le ipotesi di CAE in fase di

costituzione o di modifica. La proposta qui avanzata è di vincolare la sottoscrizione di accordi sindacali specifici (previsti dai vari contratti collettivi nazionali di settore) e quella di accordi costitutivi/modificativi di CAE alla creazione ad hoc di Commissioni paritetiche di conciliazione preventiva, cui demandare la ricerca di soluzioni condivise in caso di controversie interpretative e applicative. L'innovazione portata dalla presente ricerca consiste, in pratica, nel mettere insieme tre distinti filoni d'indagine comunitaria: quello sui CAE, quello sul dialogo sociale e infine quello sulle "Alternative Labour Dispute Resolution" (ALDR). E' utile, in primo luogo, richiamare perciò gli obiettivi comunitari di quest'ultimo tema. Molto in sintesi, essi sono: 1) promuovere una nuova cultura della comunicazione tra i soggetti economici (*stakeholder*), portatori di interessi fisiologicamente confligenti; 2) favorire la conoscenza dei termini concreti del conflitto; 3) mediare per consentire alle parti la ripresa (*maieutica*) del dialogo interrotto: in un afflato di atti e comportamenti propedeutici all'esperimento di soluzioni condivise.

4.1 *Conciliazione e Arbitrato: un "identikit" giuridico*

In che termini si prospetta oggi, dal punto di vista della teoria del diritto, la soluzione conciliativa e quella arbitrale? Quando cioè "scattano" i meccanismi inibitori delle decisioni aziendali e, conseguentemente, le garanzie dei due procedimenti in questione? I presupposti della conciliazione e dell'arbitrato sono: a) la concreta esistenza di diritti soggettivi (in questo caso: collettivi, relativi ai diritti di informazione e consultazione in sede CAE); b) l'insorgenza una controversia, concernente la loro pretesa violazione.

Il *diritto soggettivo* è, formalmente, una categoria trascendente funzionale alla conservazione dello status quo (Kelsen); sostanzialmente, è una posizione di interesse tutelata e regolata da norme giuridiche. La *controversia* sorge allorché chi vi è tenuto non si adegua spontaneamente al precetto giuridico: l'ordinamento giuridico entra in crisi, e demanda a organi propri o terzi il compito di restaurare l'ordine violato.

La *conciliazione* è considerata uno strumento di auto-composizione dei conflitti; *l'arbitrato*, al contrario, uno strumento di etero-composizione. La *conciliazione* è costituita da un patto negoziale e, spesso, un atto di terzo, con funzione meramente ausiliare e/o certificativa (che dunque non snatura l'auto-composizione del conflitto); *l'arbitrato*, al contrario, consta di un patto compromissorio (quello con cui le parti in conflitto devolvono la controversia a un organo terzo, accettandone preventivamente le decisioni) e, appunto, l'atto decisorio. Tra i mezzi di auto-composizione si annoverano la *rinunzia* (al diritto proprio) e il *riconoscimento* (di diritti altrui): che sono considerati atti unilaterali dismissivi (cioè abdicativi di diritti). E, inoltre, la *transazione* e, appunto, la *conciliazione*: che sono atti plurilaterali di accordo negoziale. Nella *transazione* l'accordo negoziale implica una composizione della controversia mediante reciprocità delle concessioni, mentre la *conciliazione* è uno strumento tecnico con funzione dichiarativa dell'avvenuta composizione della controversia; in pratica, tuttavia, ogni accordo negoziale che risolve il conflitto

presenta elementi transattivi, per cui si può dire che, nella prassi delle relazioni industriali, i due termini sono generalmente sinonimi.

Sia la conciliazione andata a buon fine, sia l'arbitrato, hanno come conseguenza l'estinzione della lite (si dice, tecnicamente, che "hanno efficacia estintiva"). Ciò, tuttavia, avviene in modo strutturalmente diverso. *Rispetto al ruolo giocato dal "terzo"*: la conciliazione si sostanzia in una mera attività di consulenza e assistenza delle parti in conflitto, mentre l'arbitrato integra gli effetti di un'attività, al contrario, pienamente decisoria. *Rispetto alla cronologia degli eventi*: nella conciliazione il "consilium" (cioè detta attività di assistenza e consulenza) precede il patto negoziale, mentre nell'arbitrato il "decisum" (ossia l'attività decisoria) segue il patto negoziale (il cosiddetto "patto compromissorio"). Rispetto alle tipologie in cui i due istituti si realizzano nelle prassi dei Paesi membri: la conciliazione può essere "amministrativa" o "giudiziale" (entrambe svolte da organismi statuali) oppure "sindacale" (svolta da organismi esterni all'apparato statale, ma riconosciuta dallo Stato mediante apposite procedure di autenticazione); l'arbitrato può essere "rituale" (rigidamente procedimentalizzato, nel rispetto dei codici di procedura civile) oppure "irrituale" (svincolato dall'obbligo di osservanza delle prescrizioni del codice di rito), e ancora: "secondo diritto" (in cui la decisione è *secundum legem*, cioè vincolata all'osservanza delle leggi vigenti) oppure "secondo equità" (la decisione può essere *ultra o praeter legem*, cioè superare il vincolo delle leggi vigenti, in aderenza a principi di equità giuridica). Un'ultima distinzione caratterizza i due strumenti: mentre la conciliazione, in caso di esito negativo del tentativo compositivo, non esaurisce la possibilità di ricorso al giudizio dei tribunali, l'arbitrato è caratterizzato dal *principio di alternatività*, per cui *electa una via, non datur recursus ad alteram*: se si sceglie di devolvere la controversia a un arbitro, in via generale se ne devono accettare le decisioni.

4.2 Riconoscere la lesione dei diritti collettivi

Quando c'è lesione dei diritti di informazione/consultazione in sede CAE? In base all'articolo 6.2 (c) della Direttiva 2009/38/CE, la procedura di informazione e di consultazione del CAE nonché le sue modalità si coordinano con l'informazione e la consultazione degli organi di rappresentanza nazionali dei lavoratori nel rispetto dei principi di cui all'art. 1.3 (principio di ripartizione di competenza). Il Considerando 37 chiarisce che i CAE possono essere informati prima degli organi nazionali di rappresentanza o contemporaneamente agli stessi, ma non successivamente. La lesione dei diritti collettivi avviene dunque, "ratione temporis", quando l'informazione propedeutica alla consultazione in sede CAE non è tempestiva, cioè se per ipotesi è incompleta o se è completata successivamente alle procedure di informazione e di partecipazione sanciti da leggi nazionali e da accordi collettivi di settore.

In cosa consiste il diritto violato? In base all'articolo 2 della Direttiva rifiuta, per "informazione" si intende la trasmissione di dati da parte del datore di lavoro ai rappresentanti dei lavoratori per consentire la conoscenza e l'esame della

questione trattata. L'informazione avviene nei tempi, secondo modalità e con un contenuto appropriati, che consentano di procedere a una valutazione approfondita dell'impatto della decisione aziendale e di preparare, se del caso, la consultazione con l'organo competente dell'impresa o del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie. I rappresentanti dei lavoratori devono ricevere le informazioni necessarie in tempo utile al fine di procedere ad un esame approfondito in vista della consultazione⁶⁸.

Riconoscere la lesione di un diritto di consultazione risulta più facile grazie alla previsione dell'Allegato 1, il quale sancisce che la consultazione avviene in modo da consentire ai rappresentanti dei lavoratori di riunirsi con la direzione centrale e ottenere una risposta motivata a ogni loro eventuale parere. In pratica, l'assenza o la carenza di idonea motivazione nella risposta, doverosamente formulata dalla direzione d'impresa ad ogni richiesta dei rappresentanti dei lavoratori (o, peggio ancora, l'assenza di ogni risposta aziendale) integra gli estremi di un vizio procedurale, cioè di una violazione del diritto collettivo. Rammentiamo che in base ad un caposaldo del diritto del lavoro, se è vero che l'iniziativa economica è sempre libera, è altrettanto vero che le motivazioni di ogni decisione strategica che abbia impatto sull'occupazione deve essere assistita da un adeguato processo logico, sviluppabile nelle cosiddette "motivazioni": le quali ultime, in quanto tali, possono essere oggetto di censura giurisdizionale e dunque anche arbitrale (oltre che di composizione conciliativa).

Che dimensione spaziale deve avere la lesione del diritto di informazione e consultazione per avere tutela in sede CAE? In base all'articolo 1 (3), la competenza del CAE e la portata della procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori sono limitate alle questioni transnazionali. Sono considerate questioni transnazionali quelle riguardanti l'impresa di dimensioni comunitarie o il gruppo di imprese di dimensioni comunitarie nel loro complesso o almeno due stabilimenti dell'impresa o del gruppo ubicati in due Stati membri diversi⁶⁹.

4.3 Azionare i diritti collettivi

Uno dei principali problemi affrontati dalla Direttiva rifiuta è stato di chiarire a chi spetti la legittimazione attiva a promuovere azioni collettive in caso di controversie relative all'applicazione dei diritti. Va subito detto che, pur essendo questo un obiettivo prefissato dal legislatore comunitario, la soluzione individuata non risolve tutti i problemi operativi, né oggettivamente poteva risolverli considerando l'eterogeneità legislativa presente nei Paesi membri dell'Unione. Prima però di analizzare quali criticità rimangono irrisolte, vediamo di comprendere: cosa è intanto già "garantito" dalla Direttiva?

⁶⁸ Si veda anche il considerando 22 ("senza rallentare il processo decisionale nelle imprese").

⁶⁹ Si vedano inoltre l'Articolo 1.2 (principio di efficacia) e i considerando 12 e 16 (portata degli effetti potenziali).

Le competenze dei CAE sono estese, a norma dell'articolo 12.1, all'area di rappresentanza collettiva degli interessi dei lavoratori. Questa disposizione contribuirà a chiarire la questione della capacità dei CAE di adire le vie legali in caso di conflitto giuridico. Fino all'emanazione della Direttiva rifiuta, alcuni CAE hanno dovuto affrontare delle difficoltà (ad es. il caso di P&O in seno al Conciliation Council nel Regno Unito) ad essere riconosciuti come parti ammesse a partecipare alle procedure giudiziarie. Il legislatore comunitario ha introdotto tale "legittimazione" senza previa esplicita concessione ai CAE di personalità giuridica generale, che potrebbe essere possibile fonte di disapplicazione di tutele in alcuni Paesi. La quasi personalità giuridica concessa indirettamente ai CAE, con riserva di trasposizione nazionale, è una soluzione (probabilmente l'unica possibile in sede comunitaria) che in futuro potrebbe tuttavia a sua volta creare dubbi e confusione, e quindi ulteriore contenzioso nella pratica. Sarebbe intanto utile affermare che, nei Paesi membri, il tradizionale monopolio dei sindacati (in termini di mandato legale esclusivo di rappresentanza degli interessi dei lavoratori) non dovrebbe impedire ai CAE di esercitare e difendere i diritti fondamentali di informazione e di consultazione al cospetto dei tribunali. E viceversa... Ai sensi dell'articolo 10(1), infatti, se è vero che "le legislazioni nazionali potrebbero eventualmente avere il dovere di intervenire" (con una formulazione lessicale particolarmente infelice) in modo da garantire, ad es., che i CAE dispongano dei mezzi processuali (come il diritto di rivolgersi ai Tribunali per difendersi), oltre ai mezzi sostanziali necessari a tale scopo (personalità giuridica, finanze, strumenti di comunicazione), d'altro canto ciò significa che l'esercizio di tali strumenti riguarda non solamente i CAE, ma anche ciascuno dei suoi membri: e dunque è esperibile anche in sede decentrata, se ciò è garantito dalla legge nazionale. Eppure nell'articolato della Direttiva è contenuto un potenziale "vulnus" normativo, che limita e circoscrive la legittimazione processuale dei CAE. La Direttiva rifiuta, infatti, non individua gli strumenti di prevenzione e composizione delle controversie collettive sui diritti di informazione e consultazione, né tantomeno li dichiara obbligatori. Semplicemente, essa omette di considerare tale opportunità; circostanza, questa, tanto più grave in quanto è proprio in un'ottica di prevenzione dei conflitti collettivi derivanti dall'omessa possibilità di consultazione negoziale che si gioca tutto il ruolo dei CAE e la stessa ragion d'essere della Direttiva rifiuta. Non ha alcun senso riconoscere e affermare diritti collettivi evoluti, sotto il profilo prescrittivo, se non si prevedono rimedi efficaci atti a ripristinarne l'efficacia ed effettività in caso di violazione. Una norma, seppure precettiva, ma priva di sanzione (o meglio: in assenza di un apparato sanzionatorio complessivamente efficace, atto a realizzarne una tutela piena e reale), non è una vera norma giuridica. E, da questa prospettiva di analisi, la Direttiva appare gravemente lacunosa.

Lo stato attuale della normativa vigente è che, in assenza di prescrizioni di legge (Direttiva e leggi nazionali di trasposizione), e finanche di raccomandazioni comunitarie, la possibilità di introdurre organismi di conciliazione e arbitrato ad oggi può essere prevista solo in ambito negoziale,

ciò per espressa volontà delle Parti: cosa che avviene all'atto della costituzione del CAE o della rinegoziazione dell'accordo.

A cosa è dovuto il "vacuum juris", ovvero il mancato richiamo nella Direttiva rifiuta agli strumenti della conciliazione e dell'arbitrato? Era questa l'unica opzione legislativa possibile, data l'eterogeneità del contesto?

La vecchia Direttiva 94/95 all'art. 11 demandava agli stati membri l'istituzione di "procedure amministrative e giudiziarie" che imponessero il rispetto degli obblighi di informazione e consultazione. Dunque la formulazione del vecchio testo normativo appariva oggettivamente più chiara nella sua prerogativa di indirizzo verso gli Stati membri, rispetto alla nuova formulazione, che enfatizza invece la natura discrezionale delle opzioni legislative. C'è ancora da dire, peraltro, che il processo di recepimento della nuova Direttiva si sta appena ora concludendo, per cui è impossibile, allo stato, formulare un giudizio compiuto sulla qualità del processo di trasposizione. Al contrario, un giudizio sull'efficacia del recepimento della vecchia Direttiva sui CAE può essere senz'altro fondato su dati e prassi operative inconfutabili. Al netto di tali asimmetrie dei dati di riferimento, tuttavia, si può affermare che la qualità dei mezzi di effettività resi possibili dalla vecchia Direttiva non è allo stato superata dalla nuova. Ad esempio, in Italia il D.Lgs. n° 74 del 02/04/2002 ("Attuazione della direttiva 94/45/CE, relativa all'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie"), stabilisce interessanti strumenti di obbligatorietà, all'art. 17, comma 2 (Sanzioni): "qualora sorgano questioni in ordine agli obblighi di informazione e consultazione è costituita una commissione di conciliazione composta da membri nominati dalle parti interessate e presieduta da un soggetto nominato dalle parti stesse di comune accordo. In caso di mancato accordo fra le parti entro trenta giorni circa la sussistenza degli obblighi, il direttore generale della tutela delle condizioni di lavoro del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentite le parti medesime in contraddittorio tra loro, accerta l'eventuale inadempienza e ordina l'adempimento degli obblighi stessi. Qualora non venga ottemperato all'ordine entro il termine di trenta giorni, il direttore generale applica a carico del soggetto inadempiente la sanzione amministrativa da 5.165 euro a 30.988 euro." Ora è evidente che non c'è, allo stato attuale, alcuna possibilità di comparazione tra il citato decreto di recepimento della vecchia Direttiva e il

nuovo provvedimento di trasposizione⁷⁰. Difficilmente, tuttavia, il nuovo intervento legislativo supererà le previsioni del D. Lgs. 74 che, sul punto, dovrebbe rimanere invariato. Il limite insito in provvedimenti legislativi che affrontano il problema degli strumenti di effettività dei diritti collettivi a livello di singoli Stati, è che essi si applicano ai soli CAE che richiamano quella specifica legislazione nazionale (nel caso di specie, ai CAE a legislazione italiana), e pertanto è possibile che si realizzi, per effetto dell'eterogeneità delle previsioni, un indesiderabile effetto di "dumping normativo". Dunque, gli aspetti positivi introdotti dalla preesistente legislazione italiana sono i seguenti: a) l'organo di conciliazione si istituisce "ope legis" (non è necessario che lo preveda l'Accordo CAE); b) la disposizione si applica "ipso jure" a tutti gli accordi stipulati sotto la precedente Direttiva e non rinnovati; c) la legge nazionale promulgata nella vigenza della precedente Direttiva, in quanto non espressamente abrogata, può conservare, nella parte relativa agli strumenti, piena validità. Inoltre, la legislazione nazionale qui richiamata rende possibili alcune suggestive opzioni interpretative. Si potrebbe, infatti, addirittura costruire una diga alle operazioni di cessioni di rami d'azienda avvenute senza previa completa informativa in sede CAE, mediante richiesta delle rappresentanze sindacali nazionali di comporre il collegio di conciliazione CAE, cui demandare la risoluzione della controversia, in sede decentrata anziché in sede centrale: ciò che potrebbe avvenire allorché gli effetti delle decisioni del gruppo multinazionale con sede in un diverso Paese dell'Unione si producano in uno stabilimento italiano. Nel caso in cui la controversia "italiana" sfociasse poi in ambito giudiziale, è dubbio se il comportamento aziendale possa essere censurato in via reale (con efficacia sospensiva delle misure intraprese) o in via obbligatoria (mediante sanzioni pecuniarie): la "lettera" della legge (ossia un'interpretazione formale della stessa) fa propendere per la prima ipotesi; la "ratio" delle norme di tutela procedurale lascia invece spazio alla seconda ipotesi teorica. Un ulteriore argomento a supporto dell'efficacia "reale" delle sanzioni applicabili dal giudice è il seguente. La Direttiva 77/187 sulla tutela dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda (successivamente modificata dalla Direttiva 2001/23) prevede per il datore di lavoro l'obbligo di

⁷⁰ per il semplice fatto che esso, a tutt'oggi, manca: la CE ha recentemente chiesto a quattro paesi (Grecia, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi) di recepire la Direttiva rifusa sui comitati aziendali europei nella legislazione nazionale; tale richiesta assume la forma di un 'parere motivato' sotto procedura di infrazione UE. Se non uniformano la propria legislazione al diritto comunitario entro due mesi, la Commissione può decidere di deferire tali Stati membri alla Corte UE di Giustizia. Gli Stati membri dovevano adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla nuova direttiva europea aziendali europei in vigore entro il 5 giugno 2011 e notificare ciò alla Commissione. Nei casi della Grecia, Lussemburgo e Paesi Bassi, il processo di adozione di provvedimenti nazionali di attuazione è in corso, ma non sono state date indicazioni precise in termini di completamento di questo processo. Nel caso dell'Italia, nessuna informazione è stata ricevuta dalla Commissione sui tempi e le modalità del processo di attuazione, pur avendo le Parti sociali raggiunto il 12 aprile 2011 un Accordo che, introducendo modifiche all'attuale D.Lgs. 74/2002, avrebbe consentito un rapido ed equilibrato recepimento della Direttiva 2009/38/CE.

adempimento "in tempo utile", e in ogni caso prima del trasferimento d'azienda, pena l'inefficacia delle decisioni adottate: è dunque la prevalenza del criterio di specialità della Direttiva 77/187 rispetto al criterio meramente cronologico a giustificare la ragionevolezza dell'efficacia sospensiva delle decisioni d'impresa.

4.4 Gli strumenti di efficacia nel panorama legislativo europeo

Per delineare, nella parte propositiva e conclusiva del presente approfondimento, alcune utili proposte operative al fine di incrementare l'efficacia dei diritti collettivi mediante la conciliazione e l'arbitrato in sede CAE, occorre partire dall'analisi della situazione "de jure condito", cioè dagli attuali strumenti di ricorso normativamente sanciti nell'Unione europea. In tutti i Paesi sono i tribunali competenti che si occupano del contenzioso relativo alla rappresentanza dei lavoratori. Si tratta, nella maggior parte dei casi, (Austria, Belgio, Germania, Spagna, Grecia, Francia, Italia, Svezia, Paesi Bassi e Portogallo) dei tribunali del lavoro (per le questioni individuali) e/o delle giurisdizioni ordinarie (Danimarca, Finlandia, Francia - per il contenzioso collettivo), oppure della giurisdizione delle società (Paesi Bassi). In Irlanda è stata fatta la scelta dell'arbitraggio, che merita di essere sottolineata se si tiene conto della natura transnazionale delle vertenze (l'appello è possibile solamente se si presentano questioni di diritto). Si rilevano poi alcune peculiarità. In Finlandia, esiste un ruolo di supervisione (in funzione compositiva) che è affidato al Ministro del lavoro.

Dalla rapidissima panoramica di cui sopra emerge che, sebbene esista una discreta omogeneità di situazioni rispetto al ricorso giurisdizionale, nessun livello di approfondimento legislativo è stato fatto riguardo alla possibilità di demandare ad organismi di conciliazione ed arbitrato le controversie collettive che, sebbene di carattere transnazionale, abbiano incidenza all'interno di ciascuno Stato membro. E' necessario dunque che la fotografia dell'esistente giuridico (ossia l'analisi "de jure condito") si sposti dalle leggi nazionali agli accordi CAE: che, pur essendo atti negoziali di natura privatistica, hanno pur sempre "forza di legge tra le parti". Dall'analisi di un gruppo di accordi CAE, attualmente esistenti in Europa, intendiamo dunque enucleare gli strumenti negoziali di eccellenza già normati e promuoverne la conoscenza e la diffusione. Occorre dunque individuare le buone prassi applicative, estrapolarne i principi-guida utili per promuovere la conciliazione e l'arbitrato mediante l'implementazione e/o la modifica di tutti gli Accordi CAE esistenti e, infine, indirizzare i futuri Accordi costitutivi e i connessi regolamenti. Tale compito di ricognizione ed analisi, oltre a non essere in se stesso facile, risulta ulteriormente complicato dalla necessità di individuare le modalità di armonizzazione di tali strumenti di composizione in sede accentrata (cioè in sede di direzione del CAE) con le eventuali normative nazionali -come quella italiana- che prevedano strumenti di composizione in sede decentrata (cioè nell'ambito di competenza degli stabilimenti periferici del gruppo). Quale può essere, in caso di concorrenza di strumenti, il criterio risolutore della

dualità? Quale principio giuridico prevale, indicando la concreta soluzione nel ventaglio di opzioni di criterio possibili (1-alternatività; 2-propedeuticità/complementarietà; 3-succezione temporale; 4-specialità)?

Fornendo subito una sorta di macro-panoramica dell'esistente giuridico, diciamo che esistono due tipi di Accordi: quelli "ex articolo 13" e quelli "ex articolo 6". Fino all'entrata in vigore della Direttiva CAE del 1996, le imprese rientranti nell'art. 13 (Accordi fino al 22 febbraio 1996) avevano la possibilità di escludere (eludere?) gli obblighi della Direttiva, e continuano per giunta a tutt'oggi a conservare il diritto di rinnovare tali Accordi all'infinito. In Europa, gli Accordi complessivamente in vigore nel 2006 sono 741, di cui ben 439 sono ancora "ex articolo 13". In cospicua parte, tali CAE hanno sede in Germania ed applicano il diritto tedesco ("ius loci"): un esempio (tra tanti) nel settore del credito è quello di Deutsche Bank AG.

La linea di separazione tra i due tipi di accordo CAE sembra insormontabile. Essa determina effetti particolarmente perniciosi in quelle realtà di gruppo in cui frequenti ristrutturazioni aziendali aventi riverberi in più Stati membri restano impermeabili alle evoluzioni normative introdotte dalle Direttive comunitarie: sia la prima, sia la seconda di rifusione. Ovviamente, tale conseguenza di "esclusione" è tanto più inaccettabile quanto più le accelerazioni dei processi decisionali di gruppo, da un lato, e le nuove norme che rendono obbligatoria la costituzione dei CAE laddove ancora inesistenti, dall'altro, impongono la eradicazione completa delle residue sacche di inesigibilità dei diritti di informazione e consultazione collettivi.

Come superare tale scoglio giuridico? Mentre un organismo nazionale di rappresentanza dei lavoratori (ad esempio il "Betriebsrat", oppure in Italia la "RSU" o "RSA") affronta le proprie controversie affidandosi alla legge nazionale e ai contratti collettivi nazionali, le problematiche CAE devono essere gestite con riferimento all'azienda. E' necessario, pertanto, prevedere norme precise nell'accordo costitutivo o nel regolamento, oppure, in mancanza, tentare di applicare il principio di competenza del luogo di impatto della decisione (la sede normativa decentrata, se più favorevole ai rappresentanti dei lavoratori).

Un ulteriore scoglio, altrettanto insidioso, per l'effettività dei diritti collettivi è rappresentato dal fatto che la legislazione nazionale applicabile (in quanto nell'accordo CAE sia dichiarato il foro competente per le controversie) non garantisca un sistema sanzionatorio adeguato. Abbiamo infatti già osservato che l'eterogeneità normativa tra i Paesi membri può diventare essa stessa causa di contenzioso e fomentare un pericoloso dumping normativo.

E' emblematico, in tal senso, un recentissimo (e tuttora in atto) caso giudiziario concernente i CAE, e che sta mettendo in discussione il sistema giudiziario tedesco: Visteon. La nuova normativa tedesca oggetto di verifica di congruità e di coerenza è proprio quella di recepimento della Direttiva di rifusione: entrata in vigore il 18 giugno 2011. L'8 settembre 2011 il Tribunale del Lavoro dello Stato di Colonia ha deciso in seconda istanza in un caso riguardante il CAE di Visteon, per violazione dei diritti di partecipazione nel contesto di una chiusura dell'impianto in Spagna. Da un lato la Corte ha concluso che i diritti del CAE

erano stati negati. Dall'altro, il giudice non ha trovato uno strumento utile a far rispettare le disposizioni della nuova Direttiva CAE all'interno del sistema giuridico tedesco. La breve cronistoria del caso Visteon è il seguente. L'azienda ha comunicato i suoi piani per la chiusura di uno stabilimento in Spagna il 23 giugno 2011. Il CAE ha successivamente avviato la procedura di consultazione, in riunione straordinaria del 12 luglio 2011 e con l'avvio di un procedimento giudiziario. Anche se la procedura di consultazione, compreso un esame delle possibili alternative alla chiusura, non era ancora iniziata, il management ha inteso "forzare" gli eventi, ponendo il CAE e le rappresentanze dei lavoratori di fronte a un fatto compiuto. Per preservare i propri diritti, il CAE non ha avuto altra scelta che avviare un procedimento legale. La questione dell'efficacia degli strumenti sanzionatori di legge è apparsa immediatamente come cruciale e, nel contempo, molto controversa. La domanda, che presuppone una posta in gioco altissima, è se una Direttiva dell'Unione europea può rimanere senza effetti in Germania, mentre esattamente la stessa Direttiva, in Francia e Belgio, riceve tutele normative forti. Può il legislatore tedesco omettere di introdurre "sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate in relazione alla gravità dell'infrazione"? Quali conseguenze derivano da tale inottemperanza nel processo di recepimento? Una proposta, avanzata dai socialdemocratici (SPD) nel corso della procedura legislativa è stata respinta il 6 aprile 2011 dalla maggioranza conservatrice liberale del Bundestag tedesco. Il sindacato tedesco DGB ha quindi chiesto chiarimenti giuridici sul tema, anche prima che il caso Visteon diventasse di pubblico dominio. Il caso, per quanto singolare, rischia di non rimanere affatto isolato: la formulazione del testo della Direttiva presta il fianco a facili censure di eccessiva discrezionalità concessa ai Paesi membri, e pertanto sembra opportuno un tempestivo cambio di rotta da parte del legislatore europeo, prima che il contenzioso sull'applicazione dei diritti di informazione e consultazione cresca in modo esponenziale. Fermiamoci, però, all'analisi del quadro vertenziale attuale, che suggerisce due considerazioni. 1) Non ci sono precedenti giudiziari a sentenza, in Germania. L'unico caso noto è quello di Forbo, un'azienda chimica, che finì nel 2004 davanti al Tribunale del Lavoro della Bassa Sassonia, senza arrivare a una definizione della controversia. 2) Se il processo effettivamente dovesse finire davanti alla Corte di giustizia europea, avrebbe un effetto su tutti i Paesi dell'Unione Europea, rimettendo definitivamente in discussione la logica stessa della Direttiva rifiuta, nella parte in cui demanda agli Stati membri la valutazione di opportunità delle misure di tutela. E se pure tale riconsiderazione di legittimità non riguarda di per sé gli strumenti della conciliazione e dell'arbitrato, è indubbio che qualora il legislatore comunitario dovesse essere obbligato dalla Corte di giustizia europea ad apportare correttivi alla Direttiva rifiuta, a quel punto sarebbe essenziale introdurre, accanto alle misure necessarie, anche quelle opportune, tese alla prevenzione e alla composizione/risoluzione tempestiva dei conflitti.

5

Conciliazione e Arbitrato negli accordi CAE a legislazione italiana

5.1 L'analisi di casi aziendali

Abbiamo fin qui denunciato la disattenzione nella Direttiva rifiuta al tema della conciliazione e dell'arbitrato delle controversie collettive sorte in ambito CAE o comunque concernenti i diritti transnazionali di informazione e consultazione. Abbiamo altresì evidenziato che la precedente formulazione della Direttiva aveva favorito, mediante una articolazione semantica più precisa, una trasposizione finalizzata ad obiettivi di efficacia. Ed infatti, recepimenti come quello operato dal legislatore italiano introducevano lo strumento della conciliazione delle controversie collettive; conciliazione che, peraltro, risulta ancora utilmente esperibile, al netto della Direttiva rifiuta (peraltro non ancora recepita in Italia) in quanto il D. Lgs. 74 non è stato abrogato, né dovrebbe esserlo in futuro (ma solo modificato).

I limiti all'efficacia espansiva del diritto alla conciliazione riguardano, tuttavia, sia la ristretta giurisdizione delle tutele (il D. Lgs. 74 si applica ai soli CAE a legislazione italiana, e non è detto che analoghe tutele valgano negli altri Paesi dell'Unione) sia l'ampia zona di esclusione rappresentata dagli Accordi CAE "ex art. 13", per i quali non si applica la Direttiva 2009/38/CE: e ciò in qualsiasi Paese dell'Unione, a prescindere dalla legge nazionale di recepimento.

Come recuperare all'applicazione del diritto comunitario il più ampio numero di accordi CAE? Per saperlo, occorre anzitutto partire da una mappatura ampia degli accordi esistenti. In considerazione dell'eterogeneità di normative nazionali attualmente vigenti, occorrerebbe effettuare un'indagine simile per ciascuno dei Paesi membri: ciononostante, crediamo opportuno condurre un'analisi, seppur parziale e limitata ai CAE a legislazione italiana, per individuare le soluzioni negoziali esperite negli accordi presi in esame.

L'esito della consultazione dei testi normativi degli Accordi CAE che presentano aspetti significativi rispetto alla previsione di strumenti di conciliazione e arbitrato delle controversie collettive sui diritti di informazione e consultazione è stato per molti versi sorprendente.

- ACCORDI CAE CONSULTATI: 75
- ACCORDI CON SIGNIFICATIVITA' NULLA: 64
- ACCORDI CON SIGNIFICATIVITA' RIDOTTA: 6
- ACCORDI CON SIGNIFICATIVITA' RILEVANTE: 5

Chi credesse che le parti collettive siano più previdenti e lungimiranti del legislatore nazionale e di quello comunitario, prevedendo una normativa pattizia ampia e dettagliata sul modo di comporre e risolvere celermente le

controversie, rimane completamente spiazzato e deluso dall'impetoso report di dati suindicati. Su ben 75 Accordi consultati (che spaziano tra i vari settori produttivi), soltanto 5 disciplinano l'istituto conciliativo e/o quello arbitrale. E ciò, sebbene il contesto legislativo italiano costituisca un terreno favorevole per lo sviluppo di norme pattizie e buone prassi atte a facilitare la composizione delle controversie collettive.

Anzitutto, il dato relativo al gran numero di accordi che non prevedono la possibilità di una conciliazione interna delle controversie non si spiega affatto in considerazione della valenza normativa del D.Lgs. 74. Molti accordi sono infatti previgenti rispetto alla norma di legge, e dunque non possono fare affidamento su istituti ancora inesistenti. C'è da dire, per converso, che il grado di conflittualità storicamente registrato nei CAE a legislazione italiana è ancora sostanzialmente basso, e difficilmente sfocia in ambito giudiziale. Probabilmente, l'accelerazione attuale dei processi riorganizzativi porrà in un immediato futuro tale esigenza in maniera molto più pressante: occorrerà, per allora, aver superato l'attuale situazione di carenza normativa.

Gli accordi CAE che, invece, pur non disciplinando esplicitamente gli istituti della conciliazione e dell'arbitrato, offrono una qualche norma di collegamento (di richiamo o di esclusione) rispetto alla legge italiana sono complessivamente sei. In dettaglio, in ordine alfabetico:

- **AGUSTAWESTLAND** (ART. 12, STATUS GIURIDICO E INTERPRETAZIONE) = COMPETENZA ESCLUSIVA DELLA GIURISDIZIONE ITALIANA (RICHIAMATO ESPRESSAMENTE IL D. LGS. 74/02)
- **ASSICURAZIONI GENERALI** (ART. 14, INTERPRETAZIONE E CONTROVERSIE) = COMPOSIZIONE DELLE CONTROVERSIE IN AMBITO DI CAPOGRUPPO; SE PERSISTE DISACCORDO, COMPETENZA ESCLUSIVA DELLA GIURISDIZIONE ITALIANA.
- **CEMENTIR** (ART. 8, MODALITA' E TEMPI DELL'INFORMAZIONE) = DOCUMENTAZIONE AZIENDALE DISPONIBILE ALMENO 30 GG. PRIMA DELL'INCONTRO; CONTESTUALITA' DELL'INFORMAZIONE TRANSNAZIONALE E NAZIONALE; POSSIBILITA' DI PARERE MOTIVATO NEI 7 GG. SUCCESSIVI ALL'INCONTRO.
- **ENEL** (ART. 14, RAPPORTO CON LE NORME NAZIONALI) = L'ACCORDO FA SALVE LE NORME DI MIGLIOR FAVORE VIGENTI ALL'INTERNO DEI PAESI MEMBRI.
- **ENI** (ART. 16, DIRITTO APPLICABILE) = L'ACCORDO E' SOGGETTO ALLE LEGGI, AI CONTRATTI COLLETTIVI E ALLE NORME VIGENTI IN ITALIA
- **INDESIT (1996)** (ART. 8 VIGENZA DIRETTIVA 94/95) = CLAUSOLA DIFENSIVA : PER ESPRESSA PREVISIONE PATTIZIA, NON SI APPLICANO GLI EFFETTI DELLA DIRETTIVA.

Da notare che gli accordi CAE Agustawestland, Assicurazioni Generali, Eni ed Indesit fanno espresso richiamo alla legislazione italiana, se non addirittura al D. Lgs. 74/2002. L'accordo Indesit è un chiaro esempio (in negativo) di come la norma di collegamento alla Direttiva CAE (la 94/95) sia fatta al solo scopo di

escluderne espressamente l'applicabilità. Tale norma si definisce, dal punto di vista tecnico-giuridico, come "clausola difensiva". L'accordo Generali presenta un aspetto di grande interesse, rappresentato dalla possibilità di effettuare un tentativo di composizione del conflitto in ambito di capogruppo. Tuttavia non sono definite le modalità del tentativo di conciliazione, per cui è difficile immaginare che l'assenza di norme finalizzate a definire la composizione di un collegio di conciliazione vero e proprio sia surrogabile dal tentativo di risolvere la controversia mediante un semplice incontro tra le parti, aggiuntivo rispetto a quello di informazione e consultazione. Interessante è, per altre ragioni, la disciplina di dettaglio introdotta dall'accordo Cementir: grazie a una normativa precisa e meticolosa, viene sciolto un nodo giuridico molto controverso e foriero di dubbi interpretativi, se non di controversie vere e proprie. La tempificazione dell'informazione preventiva e del parere motivato, la previsione di contestualità tra informazione transnazionale e nazionale, forniscono la chiave ermeneutica per definire la misura degli obblighi informativi e di consultazione a carico dell'azienda. L'accordo più interessante di tutti è però, in questo primo gruppo di aziende, quello di Enel. Al di là del fatto che ci sia, a tutt'oggi, una legislazione nazionale di riferimento (quella italiana) che offre ampie garanzie in ordine alla possibilità di conciliare e transigere le controversie, il richiamo generale alle norme di miglior favore esistenti all'interno delle varie legislazioni nazionali dei Paesi membri introduce un principio di "favor praestatoris" senza precedenti in Europa. Auspichiamo che tale clausola venga incondizionatamente mutuata da tutti gli accordi CAE, vecchi e nuovi, e magari promossa dall'Unione europea come "clausola di favore" inserita in sede di implementazione ulteriore della Direttiva CAE.

I cinque accordi che presentano elementi molto significativi meritano di essere considerati singolarmente.

- **H.J. HEINZ (SECTION 12, DISPUTE RESOLUTION) = 1. E' INTENZIONE DELLE PARTI CHE OGNI CONTROVERSIA DERIVANTE DAL PRESENTE ACCORDO SIA RISOLTA DALLO STEERING BUREAU. NEL CASO IN CUI LA CONTROVERSIA NON SIA RISOLTA, SI APPLICHERANNO LE SEGUENTI PROCEDURE. 2.QUALSIASI QUESTIONE INTERPRETATIVA O PRESUNTA VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI DEL PRESENTE ACCORDO SARA' SOGGETTA AD ARBITRATO MEDIANTE UN COLLEGIO DI TRE ARBITRI. 3. UN ARBITRO VERRA' DESIGNATO DALLA DIREZIONE CENTRALE, UN ARBITRO DAL CAE. UN TERZO ARBITRO VERRA' DESIGNATO DALLO STEERING BUREAU DI COMUNE ACCORDO. 4. IL COLLEGIO ARBITRALE DECIDERA' A MAGGIORANZA DI VOTI ED ESPRIME LE PROPRIE VALUTAZIONI ENTRO 15 GIORNI ALLA DIREZIONE CENTRALE E AL CAE.**

Tale accordo sembra, ad un attento esame, il migliore e il più completo tra quelli recensiti. In particolare, l'aspetto di maggiore importanza è costituito dalla sequenza causale e temporale di atti che contraddistingue la composizione della controversia: prima la conciliazione, poi l'arbitrato. Inoltre

sembra particolarmente felice la previsione della complementarità tra strumenti, che attua principi di sussidiarietà, di efficienza e di economia di tempi e di costi di gestione. L'unico limite giuridico della normativa pattizia (sotto il profilo della garanzia della parte collettiva più debole) è la mancata previsione della facoltatività del ricorso all'arbitrato. Ma tale limite è ampiamente compensato, ad avviso di chi scrive, dalla garanzia di efficienza insita nelle norme dell'accordo.

- **RCS** (ART. 9, CONTROVERSIE)
- **SAN BENEDETTO** (ART.10, CONTROVERSIE)
- **UNICREDIT** (ART. 20, CONTROVERSIE)
= PRIMA DI RICORRERE AGLI ORGANI DI GIUSTIZIA STATUALI, E' PREVISTO UN TENTATIVO DI CONCILIAZIONE OBBLIGATORIO DELLE CONTROVERSIE TRAMITE COMMISSIONE TECNICA, CHE DEVE CONCLUDERE LE SUE OPERAZIONI ENTRO DUE MESI DAL RICEVIMENTO DEL RICORSO DELLA PARTE INTERESSATA.

Tutti e tre gli accordi sopra citati sanciscono una identica (anche sotto il profilo testuale) norma regolativa delle controversie. La norma risente dell'influsso della vecchia formulazione dell'articolo 410⁷¹ codice procedura civile (che prevedeva l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, condizione di procedibilità del ricorso alla giustizia civile). Sicuramente l'estensione di tale norma a tutti gli altri accordi CAE andrebbe incoraggiata. Infatti, seppure la norma in esame non risulti articolata in una sequenza di atti propedeutici alla composizione necessariamente extra-giudiziale delle controversie (mediante clausola compromissoria generale, che deferisca le residue controversie al collegio arbitrale), essa rimane pur sempre, nella sua previsione di obbligatorietà del tentativo di conciliazione, un primo deciso passo nella direzione dell'efficacia degli strumenti di composizione.

5.2 – Il "caso" Unicredit (Marco Giorgio Berselli, Presidente CAE Unicredit).

Ringrazio Andrea e Domenico per avermi consentito la possibilità di intervenire su un argomento tanto delicato quanto poco dibattuto, quale quello della conciliazione e arbitrato in tema di controversie relative all'applicazione delle norme contenute negli accordi istitutivi dei Comitati Aziendali Europei e di poter offrire un contributo sul tema.

Al secondo va anche la mia sincera ammirazione per la profondità di analisi giuridica e per la passione che letteralmente "getta" nello studio del diritto. Concentrerò l'attenzione limitatamente al caso Unicredit, e solo per l'argomento prefato.

⁷¹ Con l'entrata in vigore della Legge 4 novembre 2010, n. 183, che ha modificato l'art. 410 c.p.c., a far data dal 24 novembre 2010 chi intende proporre un'azione in giudizio non è più obbligato a promuovere un previo tentativo di conciliazione.

Genesis del Comitato Aziendale Europeo di Unicredit

Il caso del Comitato Aziendale Europeo di Unicredit è abbastanza particolare, ponendosi come il primo di una banca italiana e restandone per anni e ancor oggi il solo esempio.

Viene costituito a fine gennaio 2007 dopo una negoziazione durata circa un anno e mezzo nello SNB (Special Negotiation Body), quindi ancora vigente la direttiva 94/45.

Tuttavia, l'accordo tiene conto del dibattito in essere, notevole su suolo europeo, ma ahimè poco consistente su quello italiano, sugli sviluppi della direttiva allora in vigore e contiene alcune "innovazioni", ancorché solo sul lato della normazione sostanziale, non anche su quello della procedura.

Nel primo semestre del 2011 l'accordo viene "emendato" (quindi non si procede ad una nuova formulazione), ovvero aggiornato per tenere conto della diversa dimensione del Gruppo nel frattempo determinatasi (in Italia fusione con il Gruppo Capitalia, chiusura di alcune sedi all'estero e cambio numeri soglia per l'ingresso nel CAE).

Pertanto l'emendamento riguarda solo modifiche quantitative nella composizione, mentre le fattispecie vengono lasciate immutate.

Art.20 Accordo Istitutivo Comitato Aziendale Europeo di Unicredit

Per quanto riguarda le controversie l'art. 20 dell'Accordo Istitutivo del CAE statuisce come segue al comma 1 *"In caso di controversie concernenti il contenuto e/o l'interpretazione delle previsioni di cui al presente Accordo, le parti agiranno in buona fede e faranno ogni possibile sforzo finalizzato a raggiungere una composizione amichevole. In caso di esito negativo, si farà ricorso ad una procedura di arbitrato."*

Nella versione emendata nel 2011 questa previsione è restata immutata.

In via preliminare occorre precisare che l'accordo istitutivo del Comitato Aziendale Europeo di HypoVereinsbank, gruppo bancario tedesco acquisito nel 2005 da Unicredit, prevedeva solamente che le parti in caso di controversie si sarebbero adoperate per trovare soluzioni.

La versione inglese dell'attuale accordo può forse dare qualche problema di tipo ermeneutico sul punto, ma non se ne dà conto in questa sede, a lucro di tempo e perché la versione italiana è la sola giuridicamente valida.

L'art. 20 dell'accordo Unicredit tuttavia si compone di una procedura in due fasi, la prima interna alle parti, la seconda che rinvia ad una procedura arbitrale.

Concentrandosi sulla prima fase si nota che vengono richiesti due requisiti di tipo soggettivo, la buona fede delle parti (principio generale di buona fede nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali) e la correttezza (*"ogni possibile sforzo"*) al fine di dirimere una controversia sotto forma di *"composizione amichevole"*.

Questa modalità da un lato è espressione di un principio generale nella teoria della patologia contrattuale, dall'altro è l'applicazione del principio che impone

nelle relazioni industriali nelle multinazionali, lo svolgimento del dialogo sociale.

Nella prassi di Unicredit è avvenuto di far ricorso al comma 1 dell'art. 20 dell'accordo senza tuttavia mai menzionarlo espressamente.

La seconda fase, qualora non si arrivi ad una composizione amichevole con il ricorso alla buona fede e alla correttezza, presuppone residualmente la mancanza di uno dei requisiti soggettivi summenzionati o, più facilmente, una controversia di complessa e problematica soluzione.

Il caso non si è mai presentato finora durante la vita del Comitato Aziendale Europeo di Unicredit, ma la formulazione carente e lacunosa pone parecchi problemi applicativi.

In primo luogo le parti che adiscono la procedura arbitrale. Il CAE, nella sua composizione plenaria, ristretta o nella persona del suo presidente non è parte, non ha personalità e nemmeno è firmatario dell'accordo istitutivo di se stesso (lo è l'SNB che ha partecipato alle trattative).

Si potrebbe immaginare che le parti firmatarie abbiano inteso *ab origine* delegare il CAE, ma non si sa in quale delle sue numerose composizioni, ad adire la procedura arbitrale.

Resterebbe tuttavia il problema di come un accordo che crea un istituto mediante un accordo dia poi modo allo stesso istituto di essere una parte su una controversia su una sua stessa interpretazione.

In secondo luogo la norma di diritto privato e processuale, che dovrebbe essere quella italiana e quindi l'applicazione delle norme procedurali sull'arbitrato contenute nel codice di procedura civile.

Per motivi di spazio resta poi da comprendere, nel caso di applicazione dell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 20 Accordo CAE Unicredit, *quid iuris* nel caso classico di arbitrato rituale o irrituale, secondo diritto o in equità.

A titolo meramente esemplificativo si immagini una procedura di arbitrato rituale che quindi abbia poi bisogno di una pronuncia del giudice italiano che lo dichiari esecutivo e che inferisca una presunta violazione della protezione dei rappresentanti nazionali nel CAE Unicredit di un Paese che non sia l'Italia.

O anche una controversia sull'interpretazione di "questione transnazionale" o di "tempo utile" (soprattutto nel caso di presentazione di un piano industriale globale) in un caso di arbitrato secondo diritto, quando i Paesi interessati dalla procedura che abbia presuntivamente carattere transnazionale sia la Romania e la Germania. Si avrebbe in tal caso l'applicazione di norme procedurali e sostanziali italiane a una questione che di italiano ha poco o niente ma che soprattutto desta sempre problemi di esecutività del lodo arbitrale.

Ancora più problematico se questo caso riguardasse uno o esclusivamente due Paesi fuori dall'Unione Europea (occorre rammentare che il CAE di Unicredit si estende anche a Paesi al di fuori dell'Unione Europea come Serbia, Turchia, Russia, Ucraina, Bosnia).

Ancora irrisolto il problema della vincolatività dell'ultimo periodo del comma dell'art. 20 dell'Accordo CAE di Unicredit. È del tutto preclusa la possibilità di adire la via giudiziaria ordinaria nel singolo Paese, pur tenendo presente che la versione ufficiale è quella in lingua italiana, senza esperire la procedura arbitrale? E qual è la sanzione? Si può pensare alla improcedibilità della

domanda, ma occorre la verifica che in tutti i Paesi in cui è presente Unicredit e si applica l'accordo CAE, il diritto processualprivatistico la preveda.

De iure condendo

Non si esclude di poter inserire in futuro nel testo dell'Accordo CAE di Unicredit una norma più stringente, magari anche procedurale, e più aderente alla nuova realtà normativa.

Per stemperare le preoccupazioni che possono emergere dalla esposizione appena svolta, occorre dire che se si applicasse l'analisi economica al settore giuridico *de quo* secondo i dettami della scuola di Chicago, e si ponesse la questione in termini di domanda ed offerta del mercato delle controversie, non si ravvisa in questo momento l'esigenza immediata di una normazione *ad hoc*.

Certamente il legislatore italiano, ora sottoposto a procedura di infrazione da parte della Commissione Europea per la mancata trasposizione in legge della Direttiva CAE rifiuta, potrebbe anche tentare di colmare la lacuna, ma chi scrive è propenso a pensare che sarebbe già un successo se egli facesse proprio l'avviso comune delle parti sociali.

In realtà vien da dire che non si sente l'esigenza di una norma finché una controversia su un diritto non sorge, ma questa questione investe più la filosofia e la sociologia del diritto, che il Comitato Aziendale Europeo di Unicredit.

Si può concludere solo affermando, da cultore del diritto, che molto resta da fare sul piano normativo al legislatore europeo e ai singoli legislatori nazionali, che ancor di più tocca alla singola normativa aziendale ed auspicando, da sindacalista, che il dialogo sociale possa risolvere pragmaticamente le questioni che si vengono a porre di volta in volta nei vari Comitati Aziendali Europei.

6

Conclusioni. Una prospettiva “de jure condendo”: tra implementazione della direttiva rifiuta e modifica degli attuali accordi CAE.

La presente indagine nasce come contributo di analisi e di proposta che va in una duplice prospettiva: concorrere al processo di decongestionamento del sistema giudiziario e semplificare le procedure di composizione delle controversie collettive di lavoro. E' possibile trasformare l'attuale emergenza giudiziaria (sintetizzabile in un giudizio: troppe cause pendenti, tempi lunghi di giudizio e sentenze spesso inadeguate) in opportunità. In altri termini, una volta scontato il “peccato originale” di una giustizia pubblica inefficiente ed inefficace, intesa come scenario di partenza, si può valutare il significato oggettivo dei percorsi compositivi proposti ed il loro potenziale “precipitato dinamico”. Occorre favorire ed accompagnare l'attuale difficile fase di transizione culturale: da una giustizia pubblica, istituzionalmente terza e strutturalmente estranea allo specifico vissuto aziendale, a una giustizia privata complementare, pattizia, convenzionalmente terza ma professionalmente e tecnicamente attrezzata a conoscere della specifica questione collettiva. Rispetto agli aspetti specifici che caratterizzano originariamente il comparto creditizio, finanziario ed assicurativo, le categorie ermeneutiche dell'esperienza giurisprudenziale del lavoro appaiono infatti inadeguate. Le difficoltà di interpretazione/applicazione di norme contrattuali e di legge nascondono spesso un difetto di conoscenza del settore, delle sue logiche in divenire e delle sue criticità strategiche e organizzative. In tale difficile situazione, figure istituzionalmente ausiliarie del processo del lavoro, come i Consulenti tecnici, divengono di fatto decisive: compiendo analisi ed esprimendo valutazioni che orientano troppo spesso le decisioni dei giudici. Tale anomalia potrebbe essere agevolmente rimossa qualora l'organo investito della controversia avesse conoscenza diretta delle logiche, delle tecniche e delle procedure inerenti al contesto aziendale. Meglio allora, sotto tale profilo, ricorrere a un organo arbitrale, di per sé strutturalmente qualificato a conoscere della specifica controversia di lavoro e della sua genesi; le cui garanzie di terzietà sono rappresentate dalla natura tessa del patto compromissorio, dal vincolo di rispetto delle norme imperative e, infine, dal sistema di controlli (l'impugnativa giudiziale) che incombono sul lodo arbitrale. Analoga considerazione vale rispetto allo strumento della conciliazione preventiva. La violazione dei diritti di informazione e consultazione in sede CAE deve avere una valvola di sfogo obbligatoria nei collegi di conciliazione, se si vuole evitare che l'infrazione alle norme diventi definitiva, vanificando gli esiti di pronunciamenti intempestivi di organismi terzi. Insomma, non ha senso sancire diritti collettivi, anche molto estesi, di partecipazione ai processi decisionali d'impresa, se poi le norme di tutela salvaguardano solo l'efficacia (definitività) e la tempestività delle scelte aziendali, e non garantiscono altresì

anche effettività alla prevenzione negoziale dei processi. Insomma: se le norme comunitarie si limitano a raccomandare l'adozione di strumenti legislativi di efficacia, e le leggi nazionali di recepimento si limitano a sancire sanzioni economiche per l'inottemperanza aziendale agli obblighi di informazione e consultazione, si pone un grosso problema di coerenza tra norme e indirizzi di principio. Tale incongruenza deve essere rapidamente superata. Come? Con strumenti pratici e scelte legislative coraggiose.

In primo luogo si può ipotizzare di mutuare da altri settori giuridici⁷² l'esperienza delle ODR⁷³ (*on line dispute resolution*): strumenti informatici di composizione delle liti. Sui portali e siti Internet delle organizzazioni sindacali, delle forme di rappresentanza dei lavoratori e dei CAE, nonché presso le camere di conciliazione esistenti negli Stati membri, si potrebbero creare aree riservate, il cui accesso sarebbe da limitare alle parti e al conciliatore. Mediante apposite credenziali, assegnate dal conciliatore, si accederebbe ad una *chat-room*; all'eventuale esito positivo dell'incontro, mediato dal conciliatore, seguirebbe la redazione da parte di questi del verbale, da inviare via *e-mail* alle parti per la necessaria sottoscrizione⁷⁴. Anche in altri Paesi europei si registrano forme significative di ODR, che contribuiscono al processo di armonizzazione delle esperienze in materia⁷⁵.

Un altro filone di ricerca deve tendere alla valorizzazione del sistema premiale. In altri termini: se il linguaggio comune delle imprese produttive è quello del *benchmark*, e se ciò che conta è la percezione (*feed-back*), da parte del pubblico dei consumatori, del grado di scostamento rispetto ad esso, allora occorrerà aggiornare i parametri di valutazione d'impresa offerti in conoscenza al mercato dei consumatori e degli azionisti. In concreto, misurare il grado di conflittualità interno ad un sistema aziendale mediante il raffronto tra casi composti extra-giudizialmente e casi approdati in un'aula di tribunale può essere considerato uno strumento di indagine del grado di successo

⁷² Soprattutto nell'ambito del commercio e del commercio elettronico.

⁷³ Strutturate su due modelli alternativi: uno "cieco, nel quale le parti non comunicano direttamente, ma avanzano proposte "al buio" vagliate dall'amministratore del sistema, in grado di individuare un'eventuale soluzione mediata; l'altro, invece, "aperto", dove le parti virtualmente si incontrano, dichiarando e spiegando reciprocamente le proprie richieste, motivazioni, proposte e controproposte, e il conciliatore modera e suggerisce eventuali soluzioni di compromesso.

⁷⁴ E' questa, molto in sintesi, l'esperienza condotta per il settore del commercio elettronico dalla Camera arbitrale di Milano, istituita presso la locale Camera di commercio e denominata RisolviOnline.

⁷⁵ Mentre in Francia ha storicamente scarso impatto il sistema di arbitrato o conciliazione telematica, in Germania i meccanismi alternativi di risoluzione *on-line* delle controversie sono piuttosto diffusi grazie alle iniziative del mondo imprenditoriale e delle Camere di Commercio. Nel Regno Unito sono previste procedure alternative di risoluzione delle controversie, ma non esperibili direttamente su Internet.

imprenditoriale⁷⁶, nell'interesse del sistema stesso. Tale esame, tuttavia, non è proficuo se non condotto da un *team* di esperti rappresentativo dei vari *stakeholder*. Al bilancio sociale⁷⁷, dunque, va affiancato uno strumento di controllo eteronomo: occorre, in una parola, che la controversia collettiva investa, mediante tecniche informative, di controllo e di valutazione statistica e di merito, la responsabilità delle Parti sociali. E' compito della Commissione europea Lavoro e Affari sociali e delle Associazioni di categoria condividere e promuovere accordi negoziali di questo tipo che, superando il formale vincolo di vigenza temporale, si pongano piuttosto obiettivi di efficacia e di efficienza continua. Le controversie collettive relative ai diritti di informazione e consultazione possono e debbono infatti essere risolte coinvolgendo maggiormente le Parti sociali: diventando, in qualche modo, controversie sull'interpretazione/ applicazione delle norme di legge e contrattuali.

L'urgenza di soluzioni di questo tipo si avverte maggiormente nelle situazioni conflittuali tra parti collettive che seguono a scelte industriali di ristrutturazione nel comparto creditizio. La qualità degli accordi sindacali conseguenti ad operazioni di scorporo, cessioni d'azienda o di ramo d'azienda, si misura infatti dal grado di conflittualità che dagli stessi deriva e che si registra nel tempo.

Non tutti le attuali criticità possono tuttavia essere risolte affidandosi alle "magnifiche sorti e progressive" della cultura. Se, da un lato, occorre replicare e diffondere le buone prassi negoziali, d'altro lato è indispensabile promuovere, in sede comunitaria, una regolamentazione omogenea e prescrittiva per la prevenzione e composizione delle controversie. Il primo ambito di intervento è quello delle sanzioni: esse devono essere rese omogenee, in tutti i Paesi dell'Unione, nell'unico modo possibile: con un intervento del legislatore comunitario. E' impensabile che in alcuni Paesi la violazione dei diritti collettivi, acclarata dal giudice, comporti solo una sanzione pecuniaria, lasciando salvi gli effetti delle decisioni aziendali viziate a monte. Ciò è tanto più impensabile, in quanto la sanzione d'inefficacia, che invece in altri Paesi sospende gli effetti delle decisioni aziendali viziate, rende attualmente appetibile per le grandi multinazionali europee pericolose scelte di dumping normativo.

Un altro ambito di doveroso e prioritario intervento da parte del legislatore comunitario riguarda l'eliminazione, *ope legis*, delle ampie sacche di resistenza all'applicazione della nuova Direttiva. E' indecoroso che un numero così elevato

⁷⁶ "Essere socialmente responsabili significa non solo soddisfare pienamente gli obblighi giuridici applicabili, ma anche andare al di là investendo "di più" nel capitale umano, nell'ambiente e nei rapporti con le altre parti interessate. L'esperienza acquisita con gli investimenti in tecnologie e prassi commerciali ecologicamente responsabili suggerisce che, andando oltre gli obblighi previsti dalla legislazione, le imprese potevano aumentare la propria competitività. L'applicazione di norme sociali che superano gli obblighi giuridici fondamentali, ad esempio nel settore della formazione, delle condizioni di lavoro o dei rapporti tra la direzione e il personale, può avere dal canto suo un impatto diretto sulla produttività. Si apre in tal modo una strada che consente di gestire il cambiamento e di conciliare lo sviluppo sociale e una maggiore competitività." (Libro Verde, 21).

⁷⁷ Che è pur sempre emanazione unilaterale dell'impresa bancaria.

di accordi CAE continui a mantenersi impermeabile ai dettami, sicuramente più stringenti, della Direttiva rifiuta. In realtà qui gli interventi da fare sono addirittura due. In primo luogo, occorre stabilire in che modo le variazioni della composizione del gruppo aziendale (in conseguenza di acquisizioni o di cessioni di impresa o di rami di attività) rendono obbligatorie le modifiche dell'accordo costitutivo del CAE: dovendosi adeguare sia la rappresentanza dei lavoratori, sia la normativa negoziale alle prescrizioni della Direttiva. La Direttiva rifiuta fa infatti affidamento, nella sua attuale formulazione, all'attività di impulso delle parti: attività che tuttavia potrebbe mancare, per svariate ragioni, e non tutte commendevoli. Basterebbe perciò sancire che l'obbligatorietà dell'adeguamento, munito di sanzioni adeguate, sia posto a carico, in termini di attività di impulso, della parte aziendale. Meglio ancora sarebbe sancire l'automatica applicazione della nuova Direttiva "tout court", a tutti gli accordi: vecchi e nuovi, sancendo a carico delle imprese l'obbligo di porre in essere tutti gli atti propedeutici all'adeguamento degli accordi CAE in essere.

Proviamo, dunque, in chiusura, a compilare una breve "lista della spesa" per il diligente buon "padre di famiglia" che è il legislatore. Occorrerebbero:

- Leggi di trasposizione nazionale che attuassero, nell'attuale, ulteriore fase di recepimento della Direttiva rifiuta, strumenti di efficacia, come collegi di conciliazione e arbitrato;
- Un'ulteriore implementazione della Direttiva, o magari un Regolamento (in quanto immediatamente cogente, e pertanto capace di immediata armonizzazione in UE) che introducesse "ope legis", su iniziativa delle parti lese, in tutti i CAE (sia preesistenti alla Direttiva, sia costituiti addirittura sotto la Direttiva 94/95, sia di futura costituzione), l'attivazione di camere di conciliazione e di collegi arbitrali secondo regole di rappresentatività e procedure omogenee e standard.
- Nel Regolamento o in un ulteriore "recast" della Direttiva, l'introduzione di un principio di prevalenza del foro più favorevole per i lavoratori: o quello dove ha sede d'impresa, o quello dove impattano le decisioni d'impresa contestate. Tale principio di favore dovrebbe valere "ope legis", prevalendo sulle diverse clausole degli accordi CAE che, limitando la facoltà di scelta del foro competente, consentano di fatto alle aziende un dumping normativo.

- Nel Regolamento o in un ulteriore “recast” della Direttiva, l’introduzione di un principio generale di obbligatorietà del tentativo di conciliazione⁷⁸, condizione di procedibilità dell’azione giudiziale e del ricorso arbitrale, ed inoltre l’introduzione di una clausola di richiamo all’articolo 8 della Direttiva 2008/52/CE, riguardante gli effetti della mediazione sui termini di decadenza e prescrizione: disposizione essenziale in quanto assicura che le parti che scelgono la mediazione nel tentativo di comporre una disputa, non siano ulteriormente private del diritto di essere ascoltate in tribunale, a causa del tempo trascorso nella fase di mediazione.
- Nel Regolamento o in un ulteriore “recast” della Direttiva, l’introduzione di incentivi⁷⁹ per l’utilizzo degli strumenti di composizione o di sanzioni per il mancato utilizzo, unitamente alla fissazione di tempi certi per i procedimenti, di regole di propedeuticità tra strumenti, e soprattutto di una chiara declaratoria di principio: l’attivazione della conciliazione e dell’arbitrato sospende l’efficacia delle decisioni d’impresa. In tale modo, gli effetti più rilevanti delle scelte strategiche di Gruppo (come ad esempio le cessioni di azienda o di rami d’azienda, le riconversioni, i licenziamenti collettivi) si dichiarano per legge congelati fino all’esito delle procedure di conciliazione e arbitrato.
- Nel Regolamento o in un ulteriore “recast” della Direttiva, l’introduzione di una norma di adeguamento automatico (ipso jure) alle previsioni della nuova Direttiva, dei vecchi accordi CAE che si avvalgono della c.d. “clausola di esclusione”. Tale scelta, doverosa e coraggiosa, va dunque al di là dei casi, già disciplinati, di variazioni della configurazione del gruppo a seguito di cessioni e acquisizioni: ipotesi queste che peraltro oggi creano un mero obbligo giuridico a rinegoziare l’accordo, su richiesta di parte, ma non realizzano automaticamente alcun adeguamento.

⁷⁸ Taluni Stati membri il cui sistema giudiziario è oberato hanno fatto ricorso a norme che rendono obbligatorio l’utilizzo della mediazione; in tali casi le cause non possono essere depositate in tribunale fino a quando le parti non abbiano prima tentato di risolvere le questioni tramite la mediazione. L’esempio più lampante è il decreto legislativo italiano n. 28, che punta a riformare il sistema giuridico e ad alleggerire il carico di lavoro dei tribunali italiani, notoriamente congestionati, riducendo i casi e il tempo medio di nove anni per risolvere un contenzioso in una causa civile. Chi scrive ben comprende che l’intento del legislatore comunitario sia quello di incentivare, favorire la composizione extra-giudiziale delle controversie, e non già di rendere la stessa obbligatoria. Tuttavia tale soluzione appare ispirata a sano pragmatismo e garantisce, in un quadro ordinamentale eterogeneo a livello europeo, l’immediata armonizzazione delle normative e la cessazione di ogni tentazione di dumping normativo per i gruppi multinazionali.

⁷⁹ Alcuni Stati europei hanno intrapreso varie iniziative per fornire incentivi finanziari alle parti che deferiscono cause alla mediazione: in Bulgaria, le parti ricevono un rimborso del 50% dell’imposta statale già versata per il deposito della causa in tribunale, se essa viene risolta con successo grazie alla mediazione, mentre la legge rumena prevede il rimborso totale della tassa giudiziaria, se le parti risolvono un contenzioso attraverso la mediazione; la legislazione ungherese prevede disposizioni analoghe e in Italia tutti gli atti e gli accordi di mediazione sono esenti da imposte di bollo e tasse.

L'auspicio con cui si chiude il presente lavoro è che il dibattito sulle questioni poste prosegua e sia fecondo. Le soluzioni indicate sono ovviamente opinabili e non esaustive, per cui è bene, in conclusione, rifocalizzare l'attenzione comune sui tre problemi di fondo aperti dalla potenziale verticalità collettiva in sede CAE: come rendere efficace il vigente sistema normativo, in modo che l'istituto conciliativo e quello arbitrale svolgano efficacemente la propria funzione; come evitare che si instaurino prassi lesive o elusive dei diritti fondamentali di informazione e consultazione; come promuovere e diffondere una positiva cultura della (ri)conciliazione, nella prospettiva del dialogo sociale.