

# ARBITRATO E CONCILIAZIONE NEL DIRITTO DEL LAVORO TEDESCO

di Eva Kocher

1. Diritto del lavoro e conciliazione. I. *Controversie individuali tra lavoratori e datori di lavoro*. 2.1. Procedimento conciliativo e arbitrale di tipo stragiudiziale. 2.1.1. Collegi arbitrali istituiti da contratti collettivi. 2.1.2. Commissioni arbitrali nei contratti formativi. 2.1.3. Organi conciliativi ecclesiastici. 2.2. Meccanismi conciliativi di tipo aziendale. 2.2.1. Organi arbitrali aziendali. 2.2.2. Commissioni di composizione previste nella legge sull'ordinamento aziendale su questioni relative a diritti individuali. 2.2.3. Svolgimento dei reclami per il tramite del consiglio aziendale. 2.3. Il tentativo di conciliazione davanti al tribunale del lavoro. 2.3.1. L'evoluzione storica del processo del lavoro. 2.3.2. Composizioni giudiziali e udienza di conciliazione nel processo del lavoro. 2.3.3. Prassi dell'udienza di conciliazione nelle cause di licenziamento. 2.3.4. Rapporto con la conciliazione e l'arbitrato stragiudiziali. II. *Controversie collettive tra datore di lavoro e consiglio aziendale*. 3.1. Il procedimento innanzi alla commissione di composizione a norma del § 76 BetrVG 1972. 3.1.1. Competenza, composizione e convocazione. 3.1.2. Procedura. 3.1.3. Organi di conciliazione previsti dai contratti collettivi. 3.1.4. Settore pubblico e istituzioni ecclesiastiche. 3.2. Controversie giuridiche fra datore di lavoro e consiglio aziendale. 3.2.1. Questioni giuridiche su codeterminazione e commissioni di composizione. 3.2.2. Controllo giuridico sul procedimento di decisione. III. *Controversie tra sindacati e datori di lavoro (o loro associazioni)*. 4.1. Procedura di conciliazione nelle controversie d'interesse. 4.1.1. Assenza di un obbligo di conciliazione. 4.1.2. Meccanismi arbitrali volontari. 4.1.3. La «terza via» della Chiesa. 4.2. Controversie giuridiche tra le parti stipulanti il contratto collettivo. 4.2.1. Giurisdizione arbitrale. 4.2.2. Protezione giuridica assicurata dal diritto del lavoro. 5. Controversie interne alle associazioni. 6. Tendenze.

1. La peculiarità più significativa del diritto del lavoro rispetto al diritto civile sta, probabilmente, nel suo «carattere sociale»: in virtù dei rapporti di forza esistenti fra datori di lavoro e singoli lavoratori, infatti, si stabiliscono meccanismi che hanno la funzione di bilanciare la situazione di squilibrio esistente, al fine di renderla più favorevole per il lavoratore. Ciò avviene, anzitutto, attraverso le forme dell'organizzazione sindacale dei lavoratori. Vengono inoltre fissati degli standard minimi di tutela, al rispetto dei quali i datori di lavoro sono tenuti in base alle norme che regolano i rapporti di lavoro.

\* Eva Kocher è docente di diritto del lavoro presso la *Hochschule für Wirtschaft und Politik* di Amburgo.

\*\* La traduzione dal tedesco è di Matteo Borzaga.

L'esistenza di standard minimi di tutela giuridicamente vincolanti implica che le relazioni di lavoro siano giuridificate e l'ordinamento giuslavoristico tedesco è, non a torto, proprio uno di quelli che ha la fama di essere più fortemente giuridificato. Il numero di norme cogenti nei più diversi ambiti del rapporto di lavoro è tale da apparire oggi a mala pena chiaro. Non ci sono, infatti, soltanto norme di diritto statale di fonte legislativa, regolamentare o derivanti da direttive della pubblica autorità, poiché anche gli attori sindacali hanno la facoltà di creare diritto. Nel diritto tedesco hanno efficacia normativa sia i contratti collettivi tra sindacati e datori di lavoro o associazioni di datori di lavoro che gli accordi aziendali tra consigli aziendali e datori di lavoro<sup>1</sup>.

Gli standard giuridici minimi di tutela assumono la funzione di regolamentare le relazioni di lavoro ed i tribunali vi devono far riferimento nel momento in cui espletano i propri compiti di risoluzione delle controversie. I meccanismi di arbitrato e di conciliazione si distinguono, invece, per il fatto che le loro decisioni non devono necessariamente basarsi su standard giuridici. Arbitrato e conciliazione si rifanno non solo ai diritti delle parti in lite, ma anche agli interessi di queste o di altre persone, che potrebbero essere interessate dalla decisione. La distinzione tra meccanismi giudiziali da una parte e meccanismi di conciliazione ed arbitrato dall'altra ha, in questo senso, un parallelo nella distinzione tra controversie giuridiche e controversie d'interesse. Come si vedrà, quest'ultima distinzione ha una grande importanza nel diritto processuale del lavoro tedesco<sup>2</sup>. La differenza tra i meccanismi di arbitrato e conciliazione sta, a sua volta, nel fatto che nel caso di conciliazione la decisione finale è rimessa alle parti della controversia e dunque ad una composizione di comune accordo, mentre nel caso dell'arbitrato una decisione (anche di maggioranza) può essere presa con il voto di un soggetto indipendente<sup>3</sup>.

Nel diritto del lavoro tedesco tali meccanismi di conciliazione hanno un'importanza comparativamente minore rispetto all'ordinaria procedura dinanzi ai tribunali del lavoro. Anche da questo punto di vista i rapporti di lavoro sono fortemente

<sup>1</sup> Per quanto riguarda il settore pubblico si veda, *infra*, il § 1.4.4.

<sup>2</sup> Su questa distinzione si veda Dütz, «Die Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten in der Bundesrepublik Deutschland», *RdA*, 1978, p. 291; Leinemann, «Die Arbeitsgerichte – bewährte Gerichtbarkeit mit gefährdeter Zukunft?», *BB*, 1997, p. 2323; Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz. Handkommentar*, diciannovesima edizione, 1998, § 1, nt. 12.

<sup>3</sup> Una panoramica sui diversi procedimenti di conciliazione e di arbitrato si trova in Prütting, «Schlichten statt Richten?», *JZ*, 1985, pp. 261 ss.; Schreiber, «Der Schiedsvertrag in Arbeitsstreitigkeiten», *ZfA*, 1983, p. 37 ss.; sui detti concetti si veda anche Löwisch, *Richten und Schlichten von Arbeitsstreitigkeiten in Deutschland*, in Kroeschell (a cura di), *Recht und Verfahren*, Heidelberg, 1993, pp. 205 ss., nonché Schütze, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, München, 1998, seconda edizione, nt. 1 ss. In relazione al corrispondente procedimento per la soluzione dei conflitti sul contratto collettivo il concetto di «procedimento di conciliazione» viene a volte messo in rapporto con le controversie sulle trattative, mentre quello di «procedimento arbitrale» viene utilizzato per le controversie giuridiche, Dütz, «Die Sprüche tariflich vereinbarter Schlichtungsstellen und ihre Nachprüfung», *DB*, 1968, p. 892, nt. 9 e «Die Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten...», cit. a nt. 2, p. 292; Otto, in Richardi, Wlotzke (a cura di), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, vol. 3, 1993, § 286, nt. 4.

giuridificati: per le controversie sono competenti i tribunali, i quali decidono sulla base di norme giuridiche. La legge sul processo del lavoro (*ArbGG*) del 1979 stabilisce che le commissioni arbitrali non sono ammissibili nell'ambito della tutela dei diritti individuali in senso lato. Nell'ambito dei conflitti sindacali, invece, la grande importanza attribuita dall'ordinamento all'autonomia contrattuale e di lotta sindacale delle parti ha fatto sì che non si sia prevista alcuna forma di conciliazione obbligatoria.

Analizzando più attentamente la prassi della soluzione dei conflitti si può, tuttavia, comprendere chiaramente la struttura dei diversi meccanismi di arbitrato e conciliazione. In essi, come anche seppur diversamente nelle controversie di lavoro, può distinguersi fra questioni di diritto individuale e di diritto collettivo<sup>4</sup>. Nelle controversie individuali sono soprattutto i tribunali del lavoro a far proprie funzioni tipiche della conciliazione. Sul piano sindacale aziendale una parte importante delle controversie tra consiglio aziendale e datore di lavoro viene risolta tramite le cosiddette «commissioni di composizione» che possono emettere lodi arbitrali.

## I

2.1. Per quanto concerne le controversie tra datori di lavoro e lavoratori inerenti diritti individuali, i § 4 e 101 co. 3 *ArbGG* del 1979 vietano espressamente, in primo luogo, la creazione di commissioni arbitrali<sup>5</sup>. Il motivo di tale divieto sta nel timore che gli standard di tutela vincolanti di diritto sostanziale possano, altrimenti, essere aggirati utilizzando una via d'uscita secondaria. Il divieto di creare commissioni arbitrali serve inoltre a rafforzare il ruolo dei tribunali del lavoro e la certezza del diritto<sup>6</sup>.

2.1.1. Eccezioni a questo divieto sono previste solamente per controversie di tipo collettivo tra sindacati in relazione ad un contratto collettivo (§ 101 co. I *ArbGG*, rubricato «accordo arbitrale generale») e per controversie individuali all'interno

<sup>4</sup> Sulla distinzione si veda Leinemann, «Die Arbeitsgerichte - bewährte...», cit. a nt. 2, p. 2323; Dütz, «Die Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten...», cit. a nt. 2, p. 291.

<sup>5</sup> Nel caso di contratti che prevedono un parere arbitrale la norma, secondo la giurisprudenza del tribunale federale del lavoro, non va applicata; si veda Germelmann, in Germelmann, Matthes, Prütting (a cura di), *ArbGG. Kommentar*, 1995, seconda edizione, § 4, nt. 5 ss.; Brehm, in Richardi, Wlotzke (a cura di), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, vol. 3, § 383, nt. 1; sul dibattito si veda invece Dütz, *Vertragliche Spruchstellen für Arbeitsrechtsstreitigkeiten*, in *Festschrift für Gerhard Müller*, 1981, p. 129 ss. e Dütz, *Arbeitsrechtliche Schiedsgutachten in der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung*, in *Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz*, 1999, p. 579.

<sup>6</sup> Rieble, «Die relative Verselbständigung von Arbeitnehmern - Bewegung in den Randzonen des Arbeitsrechts?», *ZfA*, 1998, p. 327 ss., ivi p. 346; Dütz, *Vertragliche Spruchstellen...*, cit. a nt. 5, p. 131; Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 4, nt. 1; Schreiber, «Der Schiedsvertrag...», cit. a nt. 3, p. 35; Löwisch, «Fragen des schiedsrichterlichen Verfahrens zwischen Tarifvertragsparteien nach § 101 Abs. 1 ArbGG», *ZfP*, 1990, n. 103, p. 22.

<sup>7</sup> Su questo punto si veda più precisamente il § 4.2.1.

di determinati gruppi professionali (§ 101 co. II *ArbGG*, rubricato «accordo arbitrale particolare»)<sup>8</sup>. In questi casi possono essere costituite commissioni arbitrali tramite un accordo tra le parti stipulanti il contratto collettivo ed in particolare tramite il contratto collettivo stesso. Le condizioni minime del procedimento, della composizione del collegio arbitrale come anche le conseguenze giuridiche del lodo sono regolati dai §§ 102 *bis* e 110 *ArbGG*. In base a queste norme il lodo arbitrale ha, tra le parti, la stessa efficacia di legge di una sentenza del tribunale del lavoro (§ 108 co. IV *ArbGG*). Nel caso di errori procedurali o giuridici si può agire in giudizio per l'annullamento in base all'art. 110 *ArbGG*<sup>9</sup>. La facoltà di costituire collegi arbitrali nelle controversie individuali è limitata, per le sue radici storiche e legate alla tradizione<sup>10</sup>, a particolari categorie professionali, quali artisti in genere e marittimi. Tuttavia va detto che queste opportunità non vengono in alcun modo utilizzate nella prassi. I suddetti collegi arbitrali vengono costituiti soltanto nel caso di controversie riguardanti gli attori<sup>11</sup>. Degno di nota è il fatto che le parti stipulanti il contratto collettivo possono prevedere il procedimento arbitrale non solo per controversie concernenti diritti previsti da contratti collettivi, ma anche per decidere di diritti derivanti dalla legge o da altre fonti. L'autonomia della parti stipulanti il contratto collettivo si spinge così più in là nel diritto processuale che in quello sostanziale<sup>12</sup>.

2.1.2. Nell'ambito del diritto individuale del lavoro la legge prevede soltanto specifici ed isolati procedimenti arbitrali e conciliativi. Così le organizzazioni di diritto pubblico dei datori di lavoro, cioè in particolare le camere di commercio, agricoltura e artigianato, possono costituire specifiche commissioni per le controversie di lavoro degli apprendisti (§ 111, co. II *ArbGG*)<sup>13</sup>. In tal caso si può adire il

<sup>8</sup> Su questi concetti Schütze, *Schiedsgericht...*, cit. a nt. 3, nt. 275; Ascheid, in *Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht*, vol. 2, 1997, 9, riga 1292.

<sup>9</sup> Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 110, nt. 6; Rieble, *Die Kontrolle des Ermessens der betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsstelle*, 1990, p. 177; Vogel, «Die Bünnenschiedsgerichtsbarkeit – ein Modell zur arbeitsrechtlichen Streitbeilegung?», *NZfA*, 1999, pp. 27 e 28.

<sup>10</sup> Löwisch, *Richten und Schlichten...*, cit. a nt. 3, p. 207.

<sup>11</sup> Langer, *Schiedsgerichte in Arbeitsachen*, in *Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes*, 1994, p. 465 ss.; Müller, Glöge, «Arbeitsrecht und Verfahrensrecht», *RdA*, 1999, p. 85; Däubler, *Das Arbeitsrecht 2*, undicesima edizione, 1998, p. 1133; meglio Richardi, Pallasch, in *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München, 1993, vol. 2, p. 192, nt. 115-118; Vogel, «Die Bünnenschiedsgerichtsbarkeit...», cit. a nt. 9, p. 26 ss.; Germelmann, «Bünnenschiedsgerichte und Arbeitsgerichtsbarkeit», *NZfA*, 1994, p. 12 ss.

<sup>12</sup> Grunsky, «Die Schlichtung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten und die Rolle der Gerichte», *NJW* 1978, p. 1834 ss., dovrebbe essere limitata ed allo stesso tempo estesa a tutte le categorie professionali; a favore dell'estensione è anche Vogel, «Die Bünnenschiedsgerichtsbarkeit...», cit. a nt. 9, p. 29.

<sup>13</sup> Inoltre vi è un organo arbitrale anche presso l'ufficio brevetti per controversie di cui al § 28 ss. della legge sulle invenzioni dei lavoratori (*Arbeitnehmererfindungsgesetz*) nonché una forma di conciliazione e di decisione provvisoria presso l'ufficio dei lavoratori marittimi a norma del § 111 co. 1, frase 2 della *ArbGG* (Buschmann, *Die betriebsverfassungsrechtliche Beschwerde*, in *Festschrift für Däubler*, 1999, p. 312; Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 111, nt. 4 ss.; nt. 12; Dütz, «Die Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten...», cit. a nt. 2, p. 296).

tribunale del lavoro soltanto se ha già avuto luogo un procedimento dinanzi alla detta commissione<sup>14</sup>.

Della commissione fanno parte, in egual numero, rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori. Una sua decisione ha la stessa efficacia di un lodo arbitrale a norma del § 102 e ss. *ArbGG* soltanto nel caso essa sia stata riconosciuta da entrambe le parti. Tale riconoscimento deve essere effettuato dalla parti entro un termine di due settimane, superato il quale non si ha più alcuna protezione giuridica.<sup>15</sup>

2.1.3. I contratti di lavoro standard di entrambe le chiese cristiane contengono nella maggior parte dei casi una clausola secondo la quale, nel caso di divergenze d'opinione, va innanzitutto chiamato in causa un organo di conciliazione ecclesiastico. Questo accordo tra le parti stipulanti il contratto di lavoro rende tuttavia possibile soltanto una forma di conciliazione stragiudiziale aggiuntiva, in quanto queste possono scegliere se vogliono, in primo luogo, ricorrere alla conciliazione in caso di controversie. L'organo conciliativo comunque non decide, ma fa soltanto delle proposte. Il ricorso ai Tribunali del lavoro non viene così escluso, in quanto ciò sarebbe assolutamente inammissibile per contrasto con le prescrizioni contenute nel § 101 *ArbGG*<sup>16</sup>.

2.2. Naturalmente anche in Germania le controversie di diritto del lavoro vengono spesso risolte di comune accordo al di fuori di procedimenti formali. Il diritto tedesco incoraggia soluzioni del genere in quanto ammette senza limiti contratti che ne modificano o risolvono altri, per la conclusione dei quali non viene richiesta né una forma particolare né un particolare procedimento. Un contratto, così, è impugnabile soltanto nel caso in cui la volontà del lavoratore sia stata viziata da violenza o dolo<sup>17</sup>. Di recente è stato altresì messo a disposizione delle parti un ulteriore mezzo di risoluzione delle controversie di lavoro, il cosiddetto «compromesso tra avvocati» (*Anwaltsvergleich*), esecutivo a norma del § 796 a-c del codice di procedura civile. Ciò significa che un accordo concluso dagli avvocati in rappre-

<sup>14</sup> Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 111, nt. 17: vale anche per le controversie in materia di licenziamento; più ampiamente sul procedimento si veda anche Ascheid, in *Kasseler Handbuch...*, cit. a nt. 8, riga 1320 ss.

<sup>15</sup> Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 111, nt. 41 ss.; sul riconoscimento del lodo si veda in particolare la nt. 45 ss. Poiché per la camere di commercio, industria e artigianato non vi è un obbligo di istituire tali organi Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, p. 111, nt. 71 li considera incostituzionali. Essi sarebbero contrari al principio costituzionale della parità di accesso alla tutela processuale.

<sup>16</sup> BAG 26.5.93, BAGE 73, 191; BAG 18.5.1999, riportata in *BB*, 1999, p. 2090.

<sup>17</sup> § 123 del codice civile (*BGB*); si veda Wank, in *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, vol. 2, § 112, nt. 25, nt. 28. Da un punto di vista di politica del diritto si è ripetutamente pretesa l'introduzione di un termine di revoca; si veda il § 16 co. 10 delle tesi del *DGB* – per una legge sul rapporto di lavoro, «Thesen für ein Arbeitsverhältnissetz», *AuR*, 1992, p. 267 ss.; Preis, in Blank (a cura di), *Arbeitsrecht im 21. Jahrhundert*, 1999, p. 43; Zwickel, *ibidem*, p. 9.

sentanza delle parti con un semplice procedimento scritto può essere reso esecutivo al pari di una sentenza<sup>18</sup>.

Ultimamente si è sempre più spesso proposto di istituzionalizzare, all'interno delle stesse aziende, procedimenti per favorire soluzioni di comune accordo<sup>19</sup>. Grunsky è, già dal 1978, favorevole ad una interpretazione restrittiva del § 101 *ArbGG*<sup>20</sup>. Ciò corrisponde all'attuale tendenza di ricercare alternative rispetto al procedimento giurisdizionale.

Organi di conciliazione stragiudiziali senza facoltà di decisione definitiva sono del tutto compatibili con il § 101 *ArbGG*<sup>21</sup>. Tuttavia modelli legislativi di questo genere sono presenti soltanto in casi isolati.

2.2.1. Prima del 1990 nell'*ex RDT* le controversie di diritto del lavoro potevano essere affrontate anche dinanzi alle cosiddette commissioni aziendali per la risoluzione dei conflitti nelle quali erano rappresentati due membri della direzione aziendale e due della direzione sindacale aziendale<sup>22</sup>. Le commissioni lavoravano secondo un principio consensuale: le decisioni potevano cioè essere prese soltanto all'unanimità. Esse sono tuttavia paragonabili agli organi di conciliazione soltanto in parte, in quanto svolgevano una doppia funzione, di rappresentanza degli interessi degli occupati da una parte e di organo educativo dall'altra<sup>23</sup>.

Al loro posto, dal 1990 al 1992, nei nuovi *Länder* federali hanno operato i cosiddetti «collegi arbitrali per il diritto del lavoro». Essi avevano il compito di elaborare una soluzione transitoria fino alla creazione di una specifica giurisdizione del lavoro e possono essere considerati, più che come commissioni per la risoluzione dei conflitti, come modelli per una eventuale conciliazione stragiudiziale in azienda<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Nel diritto del lavoro applicabile tramite il § 62 co. II della *ArbGG*; Müller, Glöge, «Arbeitsrecht und...», cit. a nt. 11, p. 85; Düwell, *Welche Zukunft haben die Gerichte für Arbeitssachen?*, in *Festschrift für Däubler*, 1999, p. 754 ss.

<sup>19</sup> In particolare Grotmann, Höfling, «Zur Lage der Arbeitsgerichtsbarkeit im Jahr 2000 – Ein Beitrag zur Verringerung der Neuzugänge», *ZfRS*, 1997, n. 18, p. 205 ss., che propone una commissione di composizione aziendale al posto del tentativo di conciliazione giudiziale.

<sup>20</sup> Grunsky, «Die Schlichtung arbeitsrechtlicher...», cit. a nt. 12, p. 1833; nello stesso senso si veda anche Vogel, «Die Bünnenschiedsgerichtsbarkeit...», cit. a nt. 9, p. 29.

<sup>21</sup> In generale Brehm, in *Münchener Handbueher...*, cit. a nt. 5, § 383, nt. 1; si veda anche *supra* § 2.1.3.

<sup>22</sup> Schmidt, Kohte, «Konfliktkommissionen in der DDR – Historische Erfahrungen als Impulse für aktuelle Diskussionen?», *ZfRS*, 1996, n. 17, pp. 263 e 275.

<sup>23</sup> Schmidt, Kohte, «Konfliktkommissionen in der DDR...», cit. a nt. 22, pp. 259-285, in particolare p. 268.

<sup>24</sup> Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (a cura di), *Forschungsbericht Arbeitsrecht 227, Schiedsstellen für Arbeitsrecht in den neuen Bundesländern*, 1993. La ricerca valuta positivamente, in particolare, la capacità alleggerimento per i tribunali del lavoro, la qualità delle decisioni e il fatto che le parti interessate le accettino di buon grado. I collegi arbitrali effettuavano spesso anche compiti di consulenza degli occupati. La loro attività era comunque fortemente influenzata dalle condizioni della scompagnata situazione economica; si veda tuttavia anche Düwell, *Welche Zukunft haben...*, cit. a nt. 18, p. 755.

2.2.2. A tutt'oggi, in caso di modificazioni o risoluzioni del contratto di lavoro, il sindacato e il consiglio aziendale non vengono, di regola, chiamati in causa. In realtà ai consigli aziendali è attribuito il compito di controllare il rispetto del diritto oggettivo anche nel caso singolo. E nella vita quotidiana dell'impresa il consiglio aziendale ha spesso, nella realtà dei fatti, una funzione di filtro per i conflitti individuali di lavoro<sup>25</sup>. Non vi è comunque, a questo riguardo, alcun formale diritto di codeterminazione che permetta al consiglio aziendale, nel caso di divergenza di opinioni, di rimettere le trattative ad un procedimento arbitrale, il cosiddetto procedimento innanzi alla commissione di composizione<sup>26</sup>. Tali competenze spettano ai consigli aziendali soltanto per la risoluzione di controversie di tipo collettivo, quelle questioni, cioè, che riguardano un notevole numero di dipendenti e che fino a quel momento non hanno avuto ancora una regolamentazione giuridica. Quando si tratti di questioni giuridiche e di materie individuali relative ad un singolo lavoratore non vi è dunque alcun obbligo, da parte del datore di lavoro, di far intervenire il consiglio aziendale.

Ciò significa anche che, viceversa, nel caso vi sia una relazione tra una questione individuale ed una controversia d'interesse di tipo collettivo, il datore di lavoro necessita, per agire, dell'approvazione da parte del consiglio aziendale. Se ad esempio la risoluzione di contratti individuali viene decisa insieme ad un licenziamento collettivo e ad altre modificazioni aziendali il consiglio aziendale, in virtù dei § 111 e 112 della legge sull'ordinamento aziendale (*BetrVG*) del 1972, ha un diritto di codeterminazione sulle decisioni del datore di lavoro. In quest'occasione, infatti, vanno conclusi dei piani sociali: essi contengono, nella prassi, per la maggior parte, regole sui presupposti di diritto del licenziamento e sull'ammontare di eventuali forme di indennizzo. Questi procedimenti non possono, tuttavia, essere qualificati come codeterminazione e arbitrato nelle controversie individuali.

Inoltre il § 76 co. VI *BetrVG* afferma che il datore di lavoro e il consiglio aziendale possono prevedere una giurisdizione arbitrale affidata ad una commissione di composizione anche nelle materie che non sono soggette a codeterminazione. Ciò vale, comunque, solo per le controversie giuridiche tra datore di lavoro e consiglio aziendale. Per le controversie individuali tra datore di lavoro e singolo lavoratore vale invece il divieto di giurisdizione arbitrale previsto dal § 101 *BetrVG*. In questo caso non possono essere costituite commissioni di composizione neppure se si tratti di questioni inerenti diritti individuali derivanti da accordi aziendali, come nel

<sup>25</sup> Schönholz, Blankenburg, in Schönholz, Blankenburg, Rogowski (a cura di), *Zur Soziologie des Arbeitsgerichtsverfahrens: die Verrechtlichung von Arbeitskonflikten*, 1979, p. 4 ss. In generale in rapporto ai compiti del consiglio aziendale nelle materie collettive ed individuali come in relazione alle funzioni dei consigli aziendali nella protezione dei diritti individuali si veda Pfarr, Kocher, *Kollektivverfahren im Arbeitsrecht*, 1998, p. 60 ss.; Ankerson, «Wahrnehmung von Arbeitnehmerrechten durch Betriebsrat und Gewerkschaft», *JuS*, 1995, p. 865 ss.; BAG, 10.06.1986, *BAGE*. Sul concetto di «codeterminazione nelle controversie Regelung» si veda meglio *infra*, al § 3.1.1.

<sup>26</sup> Sul procedimento davanti alla commissione di composizione in caso di mancanza di accordo tra datore di lavoro e consiglio aziendale si veda *infra*, al § 3.1.

caso di insorgenza di questioni giuridiche al momento dell'adozione di un piano sociale<sup>27</sup>.

Va oltre, tutt'al più, il § 102 co. VI *BetrVG*. Secondo tale disposizione, il datore di lavoro e il consiglio aziendale possono accordarsi affinché i licenziamenti necessitino dell'approvazione del consiglio aziendale. Questi accordi sono, per il datore di lavoro e per il consiglio aziendale, del tutto volontari e, nel caso sopravvengano divergenze d'opinione tra datore di lavoro e consiglio aziendale, è una commissione di composizione a decidere sull'efficacia del licenziamento e dunque anche sulle questioni di diritto ad esso inerenti<sup>28</sup>. Le decisioni di questa sono in ogni caso del tutto verificabili da un punto di vista giuridico. Il § 76 co. VII *BetrVG* stabilisce, inoltre, che la tutela giuridica innanzi al tribunale del lavoro non è in alcun modo limitata da questa procedura, per cui le commissioni di composizione svolgono, in fin dei conti, soltanto un procedimento preliminare di tipo stragiudiziale<sup>29</sup>.

2.2.3. Una disciplina legislativa espressa sulla partecipazione del consiglio aziendale nelle questioni individuali è contenuta nel § 85 co. II *BetrVG*. Si tratta di una norma concernente la proposizione dei ricorsi di singoli lavoratori presso il consiglio aziendale<sup>30</sup>, il quale, in questo frangente, non agisce in materie di propria competenza, ma ha solo una funzione di sostegno per il singolo lavoratore<sup>31</sup>. Se il consiglio aziendale ritiene che una tale rimostranza sia giuridicamente fondata deve, anzitutto, avviare delle trattative con il datore di lavoro. Qualora nel corso di tali trattative non venga raggiunto alcun accordo, il consiglio aziendale può convocare una commissione di composizione. Essa può assumere, sul punto controverso, una decisione nella forma di lodo arbitrale. Come avviene anche nelle questioni sottoposte a codeterminazione il lodo della commissione di conciliazione sottostà ad un controllo giurisdizionale limitato<sup>32</sup>.

Tale procedura è tuttavia esclusa «nel momento in cui l'oggetto del ricorso sia un diritto individuale». Il diritto del lavoro tedesco fa, in questo caso, una correlazione chiara da un punto di vista teorico: qualora si tratti di diritti individuali è obbligatorio fare ricorso ad un procedimento di tipo giurisdizionale. Se invece si

<sup>27</sup> BAG 27.10.87, AP, n. 22, sub § 76 della *BetrVG* 1972. Per il futuro Grunsky, «Die Schlichtung arbeitsrechtlicher...», cit. a nt. 12, p. 1835, propone che gli organi aziendali di conciliazione e d'arbitrato abbiano almeno la competenza a decidere sull'esistenza di diritti derivanti dagli accordi aziendali.

<sup>28</sup> Ulteriori esempi giurisprudenziali in Dütz, *Vertragliche Spruchstellen...*, cit. a nt. 5, p. 129 ss.; sul controllo giurisdizionale di questi lodi si veda, *infra*, § 3.2.1., nt. 91.

<sup>29</sup> BAG 20.11.90, AP, n. 43, sub § 76 della *BetrVG* della 1972; Wiese, in Fabricius, Kraft, Thiele, Wiese, Kreutz (a cura di), *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, vol. secondo, 1990, quarta edizione, § 85, nt. 12.

<sup>30</sup> Buschmann, *Die betriebsverfassungsrechtliche...*, cit. a nt. 13, p. 311 ss.

<sup>31</sup> Wiese, in *Gemeinschaftskommentar...*, cit. a nt. 29, § 85, nt. 14.

<sup>32</sup> Sulla procedura della commissione di composizione in particolare, come anche sul controllo da parte del tribunale del lavoro si veda *infra* 3.1.



controverte su una decisione discrezionale o d'interesse del datore di lavoro, che non può essere giudicata alla stregua di diritto individuale, allora il consiglio aziendale può esserne investito ed emettere un lodo arbitrale<sup>33</sup>. Il campo di applicazione della procedura è, dunque, relativamente limitato: non si può trattare né di materia collettiva né di un diritto individuale. Vengono, quindi, considerate in primo luogo rimostranze sull'applicazione di regolamenti collettivi aziendali, come ad esempio reclami sulla situazione del tempo di lavoro, dei carichi eccessivi di lavoro, di casi di particolare sensibilità ai rumori o agli odori, o anche sul trattamento da parte dei colleghi<sup>34</sup>.

2.3.1. Al tempo della nascita della giurisdizione del lavoro tedesca non vi era questa netta divisione fra controversie giuridiche e controversie d'interesse. La giurisdizione del lavoro è nata come una sorta di giurisdizione arbitrale. Storicamente i tribunali del lavoro sono sorti come tribunali dei mestieri: nel diciannovesimo secolo le associazioni che riunivano coloro che esercitavano una professione hanno costituito comitati interni all'associazione<sup>35</sup>, i quali dovevano conciliare nelle controversie di lavoro e poter emettere lodi arbitrali. Fino a quel momento non vi era, dunque, ancora alcuna divisione fra controversie giuridiche e controversie d'interesse<sup>36</sup>. I tribunali dei mestieri avevano, così, la funzione di fare una «concorrenza pacifica» al conflitto collettivo<sup>37</sup>.

Questi tribunali furono disciplinati dalla legge sui tribunali industriali del 1890. Essa introdusse il principio della partecipazione paritaria delle parti stipulanti il contratto collettivo con la presidenza di una persona indipendente. Quest'ultimo aspetto è stato fino ad oggi un segno distintivo centrale della giurisdizione del lavoro. Allora non si trattava in alcun modo di imporre standard giuslavoristici minimi, ma di eliminare le controversie e di tenere indenne l'ambiente di lavoro dai disturbi da esse creati<sup>38</sup>. La carica di presidente indipendente non doveva essere ricoperta da un giudice, né era permesso farsi rappresentare in giudizio da avvocati<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Anche in questo caso sulla differenza fra controversie giuridiche e controversie di interesse (*Rechts- und Regelungsstreitigkeiten*): Wiese, in *Gemeinschaftskommentar...*, cit. a nt. 29, § 85, nt. 4.

<sup>34</sup> Wiese, in *Gemeinschaftskommentar...*, cit. a nt. 29, § 85, nt. 13-16.

<sup>35</sup> Leinemann, «Die Arbeitsgerichte - bewährte...», cit. a nt. 2, p. 2322; Däubler, *Das Arbeitsrecht...*, cit. a nt. 11, p. 1096 ss.; sulla storia Prütting, *Einleitung*, nt. 1 ss., in Germelmann, Matthes, Prütting (a cura di), *ArbGG. Kommentar*, seconda edizione, 1995; si vedano anche i contributi presenti nella *Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes*, in particolare Söllner, *Die Arbeitsgerichtsbarkeit im Wandel*, p. 1 ss.; Stahlhacke, *Die Entwicklung der Gerichtsbarkeit im Arbeitssachen bis 1890*, p. 59 ss.; Weiss, *Von den Gewerbegerichten zu den Arbeitsgerichten*, p. 75 ss.

<sup>36</sup> Dütz, «Die Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten...», cit. a nt. 2, p. 292.

<sup>37</sup> Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht*, 1997, p. 1300; Weiss, *Von den Gewerbegerichten...*, cit. a nt. 35, p. 85.

<sup>38</sup> Globig, *Gerichtsbarkeit als Mittel sozialer Befriedung*, 1985, p. 179 ss.

<sup>39</sup> Prütting, in *Einleitung*, cit. a nt. 35, nt. 9; questa regolamentazione è stata modificata con la legge sul processo del lavoro del 1926, *Ibidem*, nt. 15.

I tribunali del lavoro introdotti dall'*ArbGG* del 1926 costituirono un compromesso tra «il sistema sperimentato dei tribunali degli artigiani e dei commercianti» e l'istituzione di una giurisdizione generale del lavoro, come era stato preteso dall'*ADGB* (l'unione sindacale generale tedesca)<sup>40</sup>. Oggi la procedura del lavoro nelle controversie individuali si è notevolmente avvicinata alla procedura civile dei tribunali ordinari<sup>41</sup>. Il § 46 co. II *ArbGG* del 1979 rinvia, infatti, in maniera estesa al codice di procedura civile<sup>42</sup>. In ogni caso la giurisdizione del lavoro non è più istituzionalmente ricompresa nella giurisdizione ordinaria. A partire dall'*ArbGG* del 1953, infatti, essa è autonoma da un punto di vista organizzativo<sup>43</sup>. Una particolarità va ravvisata anche nella composizione dei tribunali del lavoro. In ciascuna sezione, accanto al presidente siedono due giudici onorari che provengono dalle fila delle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori<sup>44</sup>.

2.3.2. Già nella procedura civile ordinaria è tradizionalmente presente, in Germania, una forte tendenza ad utilizzare i tribunali per giungere alla conciliazione fra le parti. Il § 279 del codice di procedura civile attribuisce espressamente ai tribunali civili tedeschi una funzione di conciliazione. Secondo il § 794 co. I, n. 1 del codice l'esecuzione forzata può derivare da una composizione, che è stata decisa davanti ad un tribunale, allo stesso modo che da una sentenza.

Negli ultimi decenni la soluzione conciliativa è stata progressivamente preferita a quella contenziosa anche nella procedura giurisdizionale. In questo caso ha avuto molto peso il dibattito sulla «azione economicamente efficiente» dei tribunali statali, il quale è da anni subentrato alla discussione sull'*access to justice*<sup>45</sup>. Inoltre si cerca di portare la soluzione dei conflitti al di fuori dei tribunali e in particolare di rafforzare il ruolo degli avvocati. È stato così introdotto il «compromesso tra avvocati» con efficacia esecutiva, che ha lo stesso valore giuridico di una

<sup>40</sup> Michel, in *Arbeitsgerichtsprotokolle der Richterinnen und der Richter Feser*, Kamphausen, Mattern, Schuldt, Wegener, seconda edizione, 1982, p. 35 ss.

<sup>41</sup> «*Urteilsverfahren*» (procedimento che conduce alla sentenza) a norma del § 46 ss. della *ArbGG* (legge sul processo del lavoro) del 1979; accanto vi è ancora oggi il «*Beschlussverfahren*» (procedimento che conduce ad una decisione) per le controversie tra datore di lavoro e consiglio aziendale (§ 80 ss. della legge sul processo del lavoro del 1979; si veda, meglio, il § 3.2., *infra*).

<sup>42</sup> Così anche già il § 24 della legge sui tribunali dei mestieri (*Gewerbegerichtsgesetz*) del 1890 (Prütting, *Einleitung*, cit. a nt. 35, nt. 9). Sulla sistematica odierna della legge sul processo del lavoro si veda Müller, Glöge, «*Arbeitsrecht und...*», cit. a nt. 11, p. 81.

<sup>43</sup> Sulla attuale discussione e per il mantenimento di tale autonomia si veda Leinemann, «*Die Arbeitsgerichte - bewährte...*», cit. a nt. 2, p. 2322 ss.; Bepler, in Blank (a cura di), *Arbeitsrecht im 21. Jahrhundert*, 1999, p. 129 ss.

<sup>44</sup> Per una valutazione si veda Grunsky, «*Die Schlichtung arbeitsrechtlicher...*», cit. a nt. 12, p. 1836 ss.

<sup>45</sup> Benda, «*Richter im Rechtsstaat*», *DRiZ*, 1979, p. 357 ss. sulla «concessione di un diritto come bene scarso» (*knapper Gut Rechtsgewährung*) ha introdotto la discussione in Germania; essa è da una parte ispirata dalla disciplina economica autonoma della «*Alternative Dispute Resolution*», presente negli Stati Uniti ed è stata dall'altra motivata dalla crisi della finanza pubblica.

composizione raggiunta davanti ad un tribunale<sup>46</sup>. Il tariffario degli avvocati è stato per questa ragione modificato in modo tale che, nel caso della conclusione di una composizione stragiudiziale, sia ora necessario pagare un onorario di 15/10. Così la semplice conclusione di una composizione può essere per gli avvocati economicamente tanto vantaggiosa quanto l'avvio di un procedimento giurisdizionale (§ 23 del regolamento federale sul tariffario degli avvocati).

La procedura innanzi al tribunale del lavoro presenta proprio nell'attività conciliativa importanti differenze rispetto al processo civile ordinario. Il § 279 del codice di procedura civile, infatti, in questo caso non si applica<sup>47</sup>. Invece, prima della vera e propria trattazione orale deve svolgersi un cosiddetto tentativo di conciliazione (§ 54 *ArbGG*). Questa istituzione rappresenta la più importante particolarità del processo del lavoro<sup>48</sup>. Nelle controversie concernenti licenziamenti l'udienza di conciliazione deve essere fissata entro due settimane dalla citazione (§ 61a, co. II *ArbGG*). Per quanto concerne il tribunale, a tale udienza prende parte soltanto il presidente<sup>49</sup>. Solo nella successiva trattazione orale partecipano anche i giudici onorari e possono essere assunte prove, prese decisioni giurisdizionali ed emesse sentenze.

L'udienza di conciliazione è orientata nella logica processuale a servire alla composizione della controversia ed all'accomodamento tra le parti<sup>50</sup>. Ed è a questo scopo che essa viene, nella prassi, molto utilizzata. Il 40% di tutte le controversie iniziate vengono concluse attraverso una composizione processuale a norma del § 794 co. I n. 1 del codice di procedura civile, la maggior parte durante l'udienza di conciliazione o in diretto rapporto temporale con essa.<sup>51</sup>

2.3.3. Il motivo di questo successo sta senza dubbio, da una parte, in una contraddizione fra il diritto sostanziale di tutela contro i licenziamenti e il diritto processuale. Nel caso di un licenziamento, che non sia socialmente giustificato, i lavo-

<sup>46</sup> Si veda sul punto, *supra*, la nt. 19.

<sup>47</sup> Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 54, nt. 2.

<sup>48</sup> Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 54, nt. 1; Müller, Glöge, «Arbeitsrecht und...», cit. a nt. 11, p. 83.

<sup>49</sup> Su questa discussione si veda Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 54, nt. 6.

<sup>50</sup> Sul procedimento in particolare Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 54, nt. 8 ss.; nt. 20 ss.; si veda anche Leinemann, «Die Arbeitsgerichte - bewährte...», cit. a nt. 2, p. 2327.

<sup>51</sup> Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 54, nt. 39-40; Müller, Glöge, «Arbeitsrecht und...», cit. a nt. 11, p. 86; dati più precisi dal 1990 al 1995 anche in Falke, Höland, «Die Rechtspraxis der Beendigung von Arbeitsverhältnissen», *ZERP-Diskussionspapier* 1997, n. 2, p. 166; dati sul 1997 in Grotmann, Höfling, «Die Arbeitsgerichtsbarkeit 1997 im Lichte der Statistik», *AuR*, 1998, p. 395; cifre più consistenti sono riportate in Hümmerich, «Die arbeitsgerichtliche Abfindung», *NZfA*, 1999, p. 342. Per quanto concerne la prassi si vedano Bauer, *Die Güterverhandlung aus anwaltlicher Sicht*, in *Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz*, 1999, p. 635 ss. e Dörner, *Die Güterverhandlung aus richterlicher Sicht*, in *Festschrift Landesarbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz*, 1999, p. 621 ss. ed in particolare p. 635 ss.; Hümmerich, «Die arbeitsgerichtliche...», cit. a nt. 51, p. 343.

ratori possono vantare, nel diritto tedesco, un diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro. Essi possono rendere effettivo questo diritto soltanto facendo istanza al tribunale<sup>52</sup>. D'altra parte, tuttavia, il diritto processuale non assicura di regola che i lavoratori possano continuare a prestare, almeno provvisoriamente, il proprio lavoro fino a che non si sia deciso sull'efficacia del licenziamento<sup>53</sup>. Ciò comporta spesso che anche il lavoratore, dopo essere stato escluso dall'azienda, non abbia più alcun reale interesse ad essere ulteriormente impiegato o, più precisamente, reintegrato. A ciò si aggiunga una perdita di fiducia, che spesso è connessa con il licenziamento. Questa dinamica conduce ad una situazione per cui la risoluzione del rapporto di lavoro in cambio di un risarcimento pare ad entrambe le parti di regola la soluzione migliore, indipendentemente dalle possibilità di successo nel procedimento contro il licenziamento<sup>54</sup>.

Un ulteriore motivo a favore della tendenza a conciliare nelle controversie di lavoro sta nello stesso istituto dell'udienza di conciliazione. Le trattative sulla possibilità di conciliare e sull'ammontare di un eventuale risarcimento non vengono mai rimesse *in toto* alle parti ed ai loro rappresentanti. I presidenti, infatti, si intromettono attivamente in questa fase. A portare avanti le trattative sono, dunque, nel diritto tedesco le stesse persone che deciderebbero con sentenza, qualora la conciliazione dovesse fallire. L'attività conciliativa dei presidenti si spinge a tal punto in avanti, che essi propongono l'ammontare dei risarcimenti e le condizioni di conciliazione. Queste proposte non sono tuttavia basate sulle conseguenze giuridiche che potrebbero essere decise in caso di sentenza. Nella prassi più del 75% dei giudici utilizza una formula approssimativa della metà dello stipendio mensile lordo per anno di occupazione. Per questa formula approssimativa, che caratterizza così fortemente l'attività conciliativa, manca un modello esplicativo<sup>55</sup>.

La legislazione di tutela contro i licenziamenti è invece del tutto orientata alla conservazione del rapporto di lavoro. Nella pratica questo scopo non viene tuttavia quasi mai raggiunto e in questo la situazione legislativa processuale gioca la propria parte:

<sup>52</sup> Soltanto in casi eccezionali sussiste tra i presupposti dei § 9 e 10 della legge sui licenziamenti del 1969 anche la possibilità di agire in giudizio direttamente sull'ammontare dell'indennizzo; cfr. Hümmerich, «Die arbeitsgerichtliche...», cit. a nt. 51, p. 343.

<sup>53</sup> Una tale pretesa sussiste soltanto nel caso in cui il consiglio aziendale abbia fatto opposizione a norma del § 102 della BetrV (§ 102 co. 5 della BetrVG del 1972). Si tratta nella prassi di un caso estremamente raro (Falke, Hölan, Rhode, Zimmermann, *Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, 1981). Inoltre vi è una pretesa alla provvisoria continuazione del rapporto di lavoro soltanto nel caso in cui il licenziamento sia manifestamente inefficace o dopo che il lavoratore ha vinto in primo grado davanti al tribunale del lavoro (BAG GS 27.2.85, AP, n. 14, sub § 611 del BGB, Beschäftigungspflicht (obbligo di continuazione del rapporto di lavoro); sulla discussione si veda Wank, *Münchener Handbuch...*, cit. a nt. 17, § 118, nt. 58 ss.).

<sup>54</sup> Su questa dinamica Blankenburg, Schönholz, Rogowski, *Zur Soziologie des Arbeitsgerichtverfahrens: die Verrechtlichung von Arbeitskonflikten*, 1979, p. 125 ss.

<sup>55</sup> Hümmerich ha condotto un'indagine su questo punto negli anni 1997 e 1998, i cui risultati sono stati pubblicati in Hümmerich, «Die arbeitsgerichtliche...», cit. a nt. 51, p. 342 ss. (p. 344; p. 348: «apokryptisches Gesetz»); egli fa anche delle ipotesi sulla formula approssimativa utilizzata.

la prevista attività conciliativa dei tribunali del lavoro fa sì che anche i licenziamenti socialmente ingiustificati siano normalmente sanzionati soltanto con risarcimenti.

2.3.4. La trattativa conciliativa dinanzi al tribunale del lavoro sembra essere stata prevista dal legislatore quale equivalente della procedura conciliativa stragiudiziale. La trattativa davanti al comitato per la formazione ha così la stessa funzione di quella dinanzi al tribunale. Se non si giunge ad un risultato di comune accordo o ad un lodo arbitrale e il procedimento viene portato davanti al tribunale del lavoro si rinuncia, di conseguenza, all'udienza di conciliazione (§ 111 co. II frase 8 *ArbGG*)<sup>56</sup>. Anche i collegi arbitrali per il diritto del lavoro, che erano attivi tra il 1990 e il 1992 nei nuovi *Länder* federali<sup>57</sup>, rimpiazzavano l'udienza di conciliazione. Grotmann-Höfling, che patrocina da un punto di vista di politica del diritto l'introduzione di una commissione di composizione aziendale, vuole per questa ragione far decadere il tentativo di conciliazione in sede giurisdizionale<sup>58</sup>.

Il tentativo di conciliazione in sede giurisdizionale viene senza dubbio considerato come molto efficace. Allora perché si dovrebbe trasferire la detta funzione dai tribunali ad altri organi simili? In relazione a ciò si pensa, a livello di politica del diritto, che in futuro possa essere possibile che il tentativo di conciliazione possa essere portato avanti, con l'accordo delle parti, anche per oltre un'udienza<sup>59</sup>. È probabilmente per il fatto che questa procedura conciliativa interna al tribunale funziona così bene che è fallita e non è stata portata avanti l'istituzione dei collegi arbitrali per il diritto del lavoro<sup>60</sup>.

Come modello per meccanismi alternativi più vicini al conflitto si pensa invece all'estensione della partecipazione dei consigli aziendali alla tutela dei diritti individuali o allo sviluppo più effettivo delle posizioni giuridiche attribuite dalla *BetrVG* ai consigli aziendali ed ai consigli del personale (nel caso si tratti di rapporti di lavoro pubblico) nelle materie di interesse collettivo<sup>61</sup>.

## II

3.1. La procedura davanti alla commissione di composizione prevista dal *BetrVG* del 1972 rappresenta l'unico procedimento arbitrale di fonte legislativa nel

<sup>56</sup> Vedi *supra* § 2.1.2.

<sup>57</sup> Vedi *supra* § 2.2.1.

<sup>58</sup> Grotmann, Höfling, «Zur Lage der Arbeitsgerichtsbarkeit...», cit. a nt. 19, p. 205 ss.; si veda *supra* la nt. 20; Grunsky, «Die Schlichtung arbeitsrechtlicher...», cit. a nt. 12, p. 1837 è fondamentale a favore di una sostituzione della procedura conciliativa giudiziale con una aziendale.

<sup>59</sup> *BT-Drucks.* 14/626.

<sup>60</sup> Düwell, *Welche Zukunft haben...*, cit. a nt. 18, p. 755; Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 111, nt. 11 propone anche di eliminare i comitati di conciliazione nelle controversie relative a rapporti formativi.

<sup>61</sup> Schmidt, Kohte, «Konfliktkommissionen in der DDR...», cit. a nt. 22, p. 280 ss.; cfr. anche Grunsky, «Die Schlichtung arbeitsrechtlicher...», cit. a nt. 12, p. 1835.

diritto del lavoro tedesco. Esso serve per decidere delle controversie tra datore di lavoro e consiglio aziendale in tutti i casi in cui il consiglio aziendale ha un diritto di codeterminazione.

3.1.1. Le facoltà di partecipazione del consiglio aziendale alle decisioni del datore di lavoro hanno qualità diverse: nelle cosiddette questioni economiche, come nel caso di licenziamenti<sup>62</sup>, al consiglio aziendale non spetta molto più che un diritto ad essere ascoltato ed informato puntualmente. Nel caso di provvedimenti personali inerenti il singolo lavoratore, quali assunzioni o trasferimenti, esso può rifiutare il proprio assenso. La decisione è sottoposta ad un controllo giurisdizionale presso i tribunali del lavoro (§ 99 *BetrVG* 1972). I diritti più forti spettanti al consiglio aziendale sono quelli inerenti alle cosiddette questioni sociali, come le definisce innanzitutto il § 87 *BetrVG* 1972: si tratta, ad esempio, della distribuzione dell'orario di lavoro nei singoli giorni della settimana, della determinazione dell'inizio e della fine dell'orario di lavoro giornaliero, delle disposizioni relative allo straordinario, della determinazione delle ferie, della vigilanza e del controllo sui dipendenti ecc. Solo in questo caso si tratta di codeterminazione «vera», «coercibile» ed «obbligatoria».

Questo tipo di codeterminazione consiste unicamente in provvedimenti di carattere collettivo, che non hanno effetto solo sul singolo lavoratore<sup>63</sup>. Codeterminazione non significa tuttavia valutazione della giustificatezza giuridica delle decisioni imprenditoriali, ma concerne la collaborazione nel procedimento che conduce alla formazione delle decisioni. Lo scopo della codeterminazione è che il datore di lavoro e il consiglio aziendale raggiungano un accordo aziendale, che ha un'efficacia normativa e vincolante per i rapporti di lavoro individuali.

In queste materie sia il datore di lavoro che il consiglio aziendale possono convocare la commissione di composizione, se non sono riusciti ad addivenire ad un accordo (§ 87 co. II *BetrVG* 1972).

La commissione di composizione è composta da un ugual numero di membri nominati dal datore di lavoro e dal consiglio aziendale e da un presidente indipendente. Per la convocazione della commissione di composizione deve solamente essere nominata la persona indipendente ed essere stabilito il numero dei membri. Nel caso il datore di lavoro e il consiglio aziendale non si accordino sulla composizione, le disposizioni necessarie possono essere decise dal tribunale del lavoro in modo relativamente rapido (§ 98 *ArbGG*)<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Sull'efficacia dell'opposizione ad un licenziamento a norma del § 102 si veda anche *supra*, nt. 54.

<sup>63</sup> Kreutz, in Fabricius, Kraft, Thiele, Wiese, Kreutz (a cura di), *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, vol. secondo, quarta edizione, 1990, § 76, nt. 9.

<sup>64</sup> Per quanto riguarda la composizione e l'istituzione della commissione di composizione si veda in particolare Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz...*, cit. a nt. 2, § 76, nt. da 7 a 21a; Hennige, *Das Verfahrensrecht vor der Einigungsstelle*, 1996, p. 76 ss.; Weber, Ehrlich, 1999, p. 14 ss.

Nella prassi vengono di solito proposti e nominati come presidenti indipendenti dei giudici del lavoro, benché ciò non sia affatto obbligatorio poiché i presidenti non debbono avere necessariamente una formazione giuridica. Ciascuna parte ha, per il resto, libertà di decisione su quale persona scegliere come membro della commissione di composizione<sup>65</sup>.

Accanto alla questione per la quale è stata convocata, la commissione di composizione deve anche autonomamente decidere della propria competenza a giudicare il caso sottoposto<sup>66</sup>. Nel procedimento previsto dal § 98 *ArbGG* il tribunale del lavoro può rifiutare l'insediamento della commissione di composizione soltanto nei casi in cui la consideri «manifestamente incompetente». Nella prassi si riesce così di fatto abbastanza velocemente a giungere alla istituzione della commissione di composizione. In ogni caso il procedimento viene spesso bloccato in seno alla stessa commissione dalla discussione di questioni giuridiche pregiudiziali<sup>67</sup>.

3.1.2. I costi della procedura dinanzi alla commissione di composizione vanno sopportati *in toto* dal datore di lavoro a norma del § 76a co. I *BetrVG*. In passato si dibatteva spesso sull'ammontare degli onorari dei presidenti e dei membri esterni, in particolare dei rappresentanti sindacali<sup>68</sup>. Il § 76a co. IV *BetrVG* autorizza il Ministro federale del lavoro e della previdenza sociale ad emanare un regolamento su questo punto, cosa finora non avvenuta. Nel 1989 si è tentato di chiarire, con una modifica legislativa del § 76a co. 3 e 4 *BetrVG*, che gli onorari non vanno calcolati sulla base del valore della causa come avviene riguardo al regolamento sugli onorari degli avvocati (*BRAGO*), ma in relazione al dispendio di tempo, alla difficoltà della controversia come anche ad un eventuale mancato guadagno<sup>69</sup>. I membri esterni ricevono nella prassi di solito i 7/10 dell'onorario dei presidenti<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Kreutz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, nt. 43 ss. sulla persona del presidente; nt. 39 ss. sui membri a latere. Oltre a questi ultimi ciascuna parte può anche nominare un avvocato per la rappresentanza giuridica nella commissione di composizione; questi non ha, al contrario dei membri a latere, diritto di voto (Kreutz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76, nt. 79 e sul suo compenso a norma del § 40 della *BetrVG*, Kreutz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76a, nt. 14); cfr. anche Bauer, «Einigungsstellen – Ein ständiges Ärgernis!», *NZfA*, 1992, p. 433, secondo cui nel 90% dei casi vengono nominati quali presidenti della commissione di composizione giudici del lavoro.

<sup>66</sup> Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz...*, cit. a nt. 2, § 76, nt. 60; Kreutz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76, nt. 93-95; Hennige, *Das Verfahrensrecht vor...*, cit. a nt. 66, p. 46 ss. sullo stato delle opinioni sul punto.

<sup>67</sup> Cfr. Kreutz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76, nt. 50 ss.

<sup>68</sup> Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz...*, cit. a nt. 2, § 76a, nt. 14 ss.; Kreutz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76a, nt. 23. A causa dei costi Bauer, «Einigungsstellen – Ein ständiges...», cit. a nt. 67, p. 436 ha proposto di organizzare la procedura come un *Regelungsverfahren* dinanzi al tribunale.

<sup>69</sup> Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz...*, cit. a nt. 2, § 76a, nt. 2; nt. 18 ss.; Kreutz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76a, nt. 21 ss.; nt. 32-34 anche sull'ammontare del compenso: tasso orario quadro da 40 a 140 marchi.

<sup>70</sup> Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz...*, cit. a nt. 2, § 76a, nt. 24. Kreutz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76a, nt. 35; sui costi si veda anche Weber, Ehrlich, 1999, p. 79 ss.

Quanto al procedimento dinanzi alla commissione di composizione il § 76 *BetrVG* contiene pochissime disposizioni. Esse riguardano innanzitutto l'istanza e la decisione<sup>71</sup>. In generale nella fase orale vengono portate avanti dettagliate trattative. Se non si raggiunge un accordo, la commissione di composizione emette un lodo arbitrale a maggioranza<sup>72</sup>. Questo ha le stesse caratteristiche di un accordo aziendale e non è giuridicamente prescritta una motivazione<sup>73</sup>. Oltre a ciò valgono i principi processuali generali, in particolare sul diritto delle parti ad essere ascoltate (*audiatur altera pars*) ed al giusto procedimento (*due process*). La fase orale non è pubblica<sup>74</sup>.

Secondo il § 76 co. 5 della *BetrVG* il lodo è soggetto al controllo giurisdizionale del tribunale del lavoro. Entro due settimane può, infatti, essere fatto valere in giudizio il superamento dei limiti del potere discrezionale. In tal caso il tribunale del lavoro può verificare se la commissione di composizione ha osservato un procedimento regolare, così come se la sua decisione si è mantenuta nel quadro dei diritti di codeterminazione e non ha violato il diritto di rango superiore<sup>75</sup>. Poiché non vi è alcun obbligo di motivazione, può essere verificato soltanto il risultato del procedimento, cioè il lodo; le considerazioni discrezionali non possono, di conseguenza, essere controllate<sup>76</sup>.

3.1.3. Il § 76, co. VIII *BetrVG* permette alle parti stipulanti il contratto collettivo di sostituire la commissione di composizione con un organo di conciliazione contrattuale<sup>77</sup>. Quest'ultimo svolge allora i compiti della commissione di composizione. Le sue decisioni hanno la stessa efficacia dei lodi di una commissione di

<sup>71</sup> Hennige, *Das Verfahrensrecht vor...*, cit. a nt. 66, p. 123 ss.

<sup>72</sup> Sul procedimento si veda ad esempio Kreuz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76, nt. 73 ss.; Weber, Ehrich, 1999, p. 33 ss.; Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz...*, cit. a nt. 2, § 76, nt. 28-45; nt. 21 in particolare sulla verifica dell'esistenza di possibili pregiudizi del presidente. Sulla posizione del presidente, sulla preparazione ed introduzione della fase orale e sull'assunzione delle prove si veda, in particolare, Hennige, *Das Verfahrensrecht vor...*, cit. a nt. 66, p. 211 ss.; sulla verifica dei possibili pregiudizi v. p. 260.

<sup>73</sup> Ammissibile secondo il *BVerfG* (tribunale costituzionale federale) 18.10.86, *EzA*, § 76 *BetrVG* 1972, n. 38. Per la critica si veda soprattutto Rieble, *Die Kontrolle des Ermessens...*, cit. a nt. 9, p. 29, p. 209 ss.

<sup>74</sup> Hennige, *Das Verfahrensrecht vor...*, cit. a nt. 66, p. 188 ss.

<sup>75</sup> Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz...*, cit. a nt. 2, § 76, nt. 71 ss.; Kreuz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76, nt. 111 ss.; Weber, Ehrich, 1999, p. 71 ss.; Hennige, *Das Verfahrensrecht vor...*, cit. a nt. 66, p. 241 ss. sulle conseguenze giuridiche di errori procedurali.

<sup>76</sup> Kreuz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76, nt. 130; più precisamente Rieble, *Die Kontrolle des Ermessens...*, cit. a nt. 9, p. 163 ss.; egli è anche a favore di un controllo del processo di decisione.

<sup>77</sup> Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz...*, cit. a nt. 2, § 76, nt. 83 e ss.; Kreuz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76, nt. 145 ss.; più precisamente in materia di procedimento Rieble, «Die tarifliche Schlichtungsstelle nach § 76 Abs. 8 *BetrVG*», *RdA*, 1993, p. 140 ss, *ivi* p. 149 ss.; Hennige, *Das Verfahrensrecht vor...*, cit. a nt. 66, p. 59 ss.



composizione a favore e contro tutti i dipendenti nell'azienda e non sono vincolanti soltanto per i membri dei sindacati stipulanti. Il suo lodo è impugnabile allo stesso modo di quello della commissione di composizione<sup>78</sup>.

3.1.4. Il diritto del lavoro tedesco vale sia per i rapporti di lavoro del settore privato che per quelli del settore pubblico. Tali rapporti di lavoro vanno, quindi, distinti soltanto da quelli dei funzionari pubblici, ai quali il diritto del lavoro non si applica, in quanto i loro rapporti di lavoro sono considerati unicamente quali rapporti di fedeltà ed assistenza di diritto pubblico.

La rappresentanza aziendale dei lavoratori del settore pubblico è sottoposta, comunque, a particolari regole. Al posto dei consigli aziendali vengono eletti dei consigli del personale. Gli accordi aventi efficacia normativa che essi concludono con i propri uffici vengono chiamati «accordi di servizio». Anche in quest'ambito vi è la possibilità, per quanto concerne le questioni sottoposte a codeterminazione e regolate da accordi di servizio, di ottenere un lodo arbitrale per il tramite della commissione di composizione. Le regole sul diritto di rappresentanza del personale spettano tuttavia ai *Länder*. Per l'amministrazione federale e per quelle di ogni singolo *Land* vale così, di volta in volta, una diversa legge sulla rappresentanza del personale<sup>79</sup>. Le competenze dei consigli del personale e di conseguenza anche delle commissioni di composizione e di quelle arbitrali si distinguono dunque da *Land* a *Land*. Le differenze non sono comunque molto marcate, come ci si potrebbe aspettare. Il Tribunale costituzionale federale ha fortemente limitato, con la propria giurisprudenza, le scelte discrezionali del legislatore. In particolare esso ritiene che il diritto di decidere in ultima istanza debba di norma spettare ad un amministratore che sia responsabile di fronte al Parlamento; una commissione di composizione non è in questo senso sufficientemente legittimata da un punto di vista democratico<sup>80</sup>.

Nelle chiese e nelle istituzioni ecclesiastiche non vengono eletti, a norma del § 118 *BetrVG* e del § 96 *BpersVG*, né consigli aziendali né consigli del personale<sup>81</sup>. Entrambe le chiese cristiane hanno invece costituito delle «rappresentanze dei collaboratori» e regolato i loro diritti in leggi sulla rappresentanza dei collaboratori. Anche queste leggi prevedono, in linea con il *BetrVG* e con le leggi sulla rappre-

<sup>78</sup> Kreuzt, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76, nt. 150; Rieble, «Die tarifliche Schlichtungsstelle...», cit. a nt. 79, p. 151.

<sup>79</sup> Panoramic in Söllner, Reinert, *Personalvertretungsrecht*, seconda edizione, 1993, p. 35 ss.; sulla codeterminazione a norma della legge sulla rappresentanza del personale federale (*Bundespersonalvertretungsgesetz, BPersVG*) v. p. 155 ss. e sulla commissione di composizione a norma della *BPersVG* v. p. 167 ss.; su tale legge anche Müller, *Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst*, quarta edizione, 1998, p. 87 ss., *BVerfGE zum Mitbestimmungsg Personalrat Schleswig-Holstein* 84.

<sup>80</sup> *BVerfG* 24.5.95, *BVerfGE* 93, p. 37-85 (p. 77 ss.) sulla legge in materia di codeterminazione dello Schleswig-Holsteins; si veda § 104 co. 3 della *BPersVG*. Critico su questa giurisprudenza è Blanke, «Antidemokratische Effekte der verfassungsgerichtlichen Demokratietheorie», *KJ*, 1998, p. 452 ss. (p. 465 ss.).

<sup>81</sup> Richardi, *Arbeitsrecht in der Kirche*, seconda edizione, 1992, p. 205 ss.; per le istituzioni ecclesiastiche p. 216 ss.

sentanza del personale, una procedura arbitrale davanti ad un organo di conciliazione in determinate materie<sup>82</sup>.

3.2. Anche nelle materie inerenti l'organizzazione sociale delle aziende ritroviamo la distinzione fra controversie giuridiche e controversie d'interesse, che abbiamo già conosciuto in relazione al § 85 *BetrVG* per le controversie individuali: per le controversie d'interesse può essere utilizzata la procedura arbitrale dinanzi alla commissione di composizione. Per le questioni giuridiche di cui al *BetrVG* sono, invece, competenti i tribunali del lavoro<sup>83</sup>. Le controversie giuridiche sul diritto di rappresentanza del personale vanno trattate dinanzi al tribunale amministrativo<sup>84</sup>. Nel diritto ecclesiastico la suddetta distinzione non vale: gli organi di conciliazione previsti in questo ambito, infatti, decidono sia di questioni giuridiche che d'interesse<sup>85</sup>.

Per le controversie tra datore di lavoro e consiglio aziendale non vale, del resto, il § 101 *ArbGG*. In questo caso sono competenti esclusivamente i tribunali del lavoro e non possono essere in nessun caso previsti per accordo collegi arbitrali. Ciò è importante anzitutto per il fatto che nel caso di controversie giuridiche è anche prevista la verifica giurisdizionale dei lodi delle commissioni di composizione. Quest'ultima può, dunque, essere effettuata solo per il tramite dei tribunali del lavoro<sup>86</sup>.

3.2.1. Nonostante questa forte distinzione, vi sono nel diritto dell'organizzazione sociale delle aziende alcuni casi (anche se pochi) in cui una commissione di composizione può decidere su questioni giuridiche. L'unico caso previsto dalla

<sup>82</sup> Panoramica sul punto in Richardi, in Richardi, Wlotzke (a cura di), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, vol. 2, § 189; Richardi, *Arbeitsrecht in...*, cit. a nt. 83, p. 239 ss. per la chiesa cattolica (vale il "regolamento quadro per una regolamentazione della rappresentanza dei collaboratori, secondo una decisione della conferenza dei vescovi del 25.11.85"); p. 280 ss. per la chiesa evangelica (determinante qui è il "modello per una legge ecclesiastica sulle rappresentanze dei collaboratori" secondo una decisione del consiglio delle chiese evangeliche tedesche del 26.5.72); informazioni sulle leggi ecclesiastiche delle chiese evangeliche statali in Richardi, *Arbeitsrecht in...*, cit. a nt. 83, p. 235. Si veda anche Bleistein, «Schlichtungsverfahren in Streitigkeiten nach der Mitarbeitervertretungsordnung der Katholischen Kirche», *RdA*, 1998, pp. 37-42.

<sup>83</sup> Sulla distinzione in questo rapporto si veda ad esempio Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz...*, cit. a nt. 2, § 1, nt. 12; Kreutz, in *Gemeinschaftskommentar zum...*, cit. a nt. 65, § 76, nt. 8 ss., nt. 20 e 21, nt. 22 ss.; Hennige, *Das Verfahrensrecht vor...*, cit. a nt. 66, p. 46 ss.

<sup>84</sup> Si veda ora, tuttavia, Düwell, *Welche Zukunft haben...*, cit. a nt. 18, p. 757, che propende per attribuire alla giurisdizione del lavoro in generale tutti i procedimenti di decisione, anche quelli in materie inerenti la rappresentanza del personale.

<sup>85</sup> BAG 25.4.89, *BAGE*, 61, 376, p. 384, accetta questa situazione nel caso in cui si tratti di organi di conciliazione che corrispondono a tribunali; Bleistein, «Schlichtungsverfahren in Streitigkeiten...», cit. a nt. 84, p. 38 ss. Si tratta di una regolamentazione transitoria valida fino alla istituzione dei tribunali ecclesiastici per le controversie di lavoro.

<sup>86</sup> Germelmann, in *ArbGG...*, cit. a nt. 5, § 4, nt. 2; BAG 20.11.90, *AP*, n. 43, *sub* § 76 *BetrVG* del 1972.

legge è rappresentato dalla composizione di opinioni discordanti relative al contenuto del dovere datoriale di informare il comitato economico sulle questioni economiche dell'impresa (§ 106 e 109 *BetrVG*). Non si tratta, in questo caso, di una controversia d'interesse, bensì del problema di come concetti giuridici imprecisi (in particolare «puntualmente» ed «ampiamente») vadano interpretati nel caso concreto<sup>87</sup>. A causa dell'attribuzione delle controversie giuridiche ai tribunali del lavoro l'opinione dottrinale dominante era favorevole all'impostazione secondo la quale tali decisioni potevano essere verificate in giudizio nella loro globalità. Secondo l'opinione del tribunale federale del lavoro (BAG) la commissione di composizione sarebbe, allora, soltanto una complicata ed inutile istanza priva di una reale ragion d'essere. Il BAG afferma, in conseguenza di tale impostazione, che la commissione di composizione ha un senso, in questo caso, soltanto se le si affidi la risoluzione delle controversie. Questa deve allora avere un proprio spazio di decisione. Alla stregua di tale ragionamento la sua decisione non accerta soltanto un diritto esistente e non è dunque, soltanto, una decisione giuridica. Essa elabora, piuttosto, un'autonoma motivazione alla pretesa avanzata. Il lodo è quindi, come anche altri lodi della commissione di composizione a norma del § 76 co. 5 *BetrVG*, sottoposto soltanto al controllo della discrezionalità<sup>88</sup>.

Questioni simili si pongono anche nel caso di costituzione di commissioni di composizione volontarie nelle materie concernenti diritti individuali. In questo caso vi è il problema della concorrenza con il § 101 *ArbGG*. Perciò la dottrina prevalente è dell'opinione che, ad esempio, i lodi della commissione di composizione che, a norma del § 102 co. VI *BetrVG*, decidono dell'efficacia dei licenziamenti, siano sottoposti ad un pieno controllo giurisdizionale<sup>89</sup>. Nel caso di altre questioni giuridiche di diritto individuale, come ad esempio in tema di interpretazione di un accordo aziendale, la commissione di composizione volontaria non può prendere alcuna decisione, ma deve operare soltanto come organo conciliativo stragiudiziale<sup>90</sup>.

3.2.2. Per quanto riguarda la decisione di controversie giuridiche tra datore di lavoro e consiglio aziendale su questioni derivanti dall'applicazione del *BetrVG* vige in altri casi un particolare procedimento davanti al tribunale del lavoro, il

<sup>87</sup> Löwisch, *Richten und Schlichten...*, cit. a nt. 3, p. 213; Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz...*, cit. a nt. 2, § 76, nt. 59.

<sup>88</sup> BAG 8.8.89, *NZfA*, 1990, p. 152 ss. (considera la decisione come un caso di determinazione unilaterale della prestazione da parte del terzo ai sensi del § 317 del *BGB*); Rieble, «Die tarifliche Schlichtungsstelle...», cit. a nt. 79, p. 148.

<sup>89</sup> Kraft, in Fabricius, Kraft, Thiele, Wiese, Kreutz (a cura di), *Betriebsverfassungsgesetz. Handkommentar*, § 102, nt. 147 per i licenziamenti straordinari e nt. 155 per i licenziamenti ordinari; di altra opinione è invece Rieble, *Die Kontrolle des Ermessens...*, cit. a nt. 9, p. 171 ss., p. 205, che vuole attribuire alla commissione di composizione lo stesso raggio d'azione che ha il datore di lavoro. Per l'istituzione di tali commissioni di composizione volontarie si vedano, *supra*, le nt. 28-30.

<sup>90</sup> BAG 20.11.90, *AP*, n. 43, sub § 76 della *BetrVG* del 1972; sul problema interviene anche Langer, *Schiedsgerichte in...*, cit. a nt. 11, p. 471 ss.; si vedano anche, *supra*, le note da 28 a 30.

cosiddetto “procedimento decisionale”<sup>91</sup>. Poiché si tratta di una procedura di tipo collettivo, in essa non vengono coinvolti soltanto richiedente e resistente, ma vengono ascoltate e ammesse a parteciparvi anche altre parti (§ 83 co. 3 *ArbGG*). Per l'accertamento dei fatti il procedimento di decisione utilizza, a norma del § 83 co. I *ArbGG*, una forma mista tra il principio dell'assunzione d'ufficio delle prove tipico del processo amministrativo e quello dispositivo tipico del processo civile<sup>92</sup>. I costi del giudizio non debbono essere pagati<sup>93</sup>.

Fino ad ora non vi era in questo procedimento alcuna fase conciliativa. Ciò può spiegarsi con il suo carattere: il procedimento decisionale è infatti di tipo oggettivo. Esso riguarda non tanto diritti soggettivi e pretese individuali quanto l'ordinamento aziendale. Si tratta di materie collettive, che ineriscono i diritti e gli interessi quanto meno di gruppi di occupati, se non di tutti i dipendenti nella loro unitarietà. Solo oggi i procedimenti decisionali possono in ogni caso essere regolati tramite una conciliazione (§ 83 *ArbGG*). E negli ultimi anni si discute di introdurre un'udienza di conciliazione anche in questo procedimento<sup>94</sup>. Ciò significa che i tribunali assumerebbero compiti di conciliazione anche nel procedimento relativo ai diritti del datore di lavoro e del consiglio aziendale.

### III

4.1. La questione più problematica inerente la conciliazione e l'arbitrato nel diritto del lavoro è, senza dubbio, quella dell'arbitrato nelle trattative per la firma del contratto collettivo. In questo campo nella Repubblica di Weimar vi era ancora la conciliazione statale obbligatoria. Essa era svolta a partire dal 1923 da un organo di conciliazione autoritativo<sup>95</sup> e pose fine a più di una lotta sindacale importan-

<sup>91</sup> Sulla storia della divisione fra procedimenti che conducono a una sentenza e procedimenti che sfociano in una decisione si veda Prütting, «Prozessuale koordinierung von kollektivem und Individualarbeitsrecht», *RdA*, 1991, p. 258; una critica alla creazione di un particolare procedimento di decisione è contenuta in Grunsky, *ArbGG*, settima edizione, 1995, § 80 nt. 5, che considera inutile la differenziazione di procedimenti che sono così poco diversi fra loro; in questo senso anche già Grunsky, «Die Schlichtung arbeitsrechtlicher...», cit. a nt. 12, p. 1837; una proposta contraria è quella di Germelmann, in *Einleitung*, cit. a nt. 5, nt. 143; egli propone da un punto di vista giuspolitico l'introduzione di un procedimento giurisdizionale collettivo generale.

<sup>92</sup> Fitting, Auffarth, Kaiser, Heither, Engels, *Betriebsverfassungsgesetz...*, cit. a nt. 2, § 1, nt. 40; sulla prassi si veda l'analisi precisa e ricca di spunti di Herbst, Reiter, Schindele, *Handbuch zum arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren*, Köln, 1994; Müller, Glöge, «Arbeitsrecht und...», cit. a nt. 11, p. 84.

<sup>93</sup> Sull'efficacia pregiudiziale cogente delle decisioni nel procedimento di decisione per le controversie individuali si veda Prütting, «Prozessuale koordinierung von kollektivem...», cit. a nt. 93, p. 260; più precisamente Pfarr, Kocher, *Kollektivverfahren...*, cit. a nt. 25, p. 61 ss.

<sup>94</sup> *BT-Drucks.* 14/626; d'accordo Bauer, *Die Güteverhandlung aus...*, cit. a nt. 51, p. 633.

<sup>95</sup> Regolamento sulla conciliazione del 30.10.1923 (*RGBI* 1923 I, 1043); su questo punto nonché sulla storia precedente si veda Steiger, *Kooperation, Konfrontation, Untergang: das Weimarer Tarif- und Schlichtungswesen während der Weltwirtschaftskrise und seine vorbedingungen*, 1998, p. 126 ss.;

te facendo sì che il contenuto del contratto collettivo fosse concordato attraverso un lodo arbitrale<sup>96</sup>.

4.1.1. Nei primi anni di vita della Repubblica federale tedesca il Tribunale federale del lavoro si allontanò ripetutamente, in molte decisioni, da questa prassi. Si tratta qui di una questione centrale del rapporto fra stato e parti stipulanti il contratto collettivo. L'autonomia delle parti stipulanti è nella Repubblica federale tedesca il principio assolutamente prevalente. Essa è assicurata dal diritto costituzionale, essendo prevista dall'art. 9, co. III della Legge fondamentale (*Grundgesetz*)<sup>97</sup>. Va detto, comunque, che il Tribunale federale del lavoro si permette, senza alcuna remora, di giudicare da un punto di vista giuridico l'ammissibilità delle forme di lotta sindacale e di sviluppare, tramite il diritto giudiziale, dei presupposti giuridici per la lotta sindacale<sup>98</sup>. Tuttavia esso non ha mai sostenuto che debbano esistere forme di conciliazione obbligatoria, ha anzi sottolineato che un previo tentativo di conciliazione non possa mai essere il presupposto di legittimità di misure di lotta sindacale. Il ricorso alla conciliazione e la predisposizione del procedimento competono all'autonomia della parti stipulanti<sup>99</sup>.

4.1.2. Nella prassi vi è tuttavia spesso un accordo spontaneo su conciliazione e meccanismi arbitrali nelle trattative contrattuali. Le parti possono rivolgersi anche ad un organo conciliativo statale, nel caso non sussista alcuna procedura di conciliazione concordata. Secondo il *Kontrollratgesetz* n. 35 del 1946 entrambe le parti debbono acconsentire a questo procedimento di tipo autoritativo, che è pubblico. Ad un lodo arbitrale dell'autorità debbono aderire entrambe le parti<sup>100</sup>. La possibilità di dichiarare i lodi vincolanti sussiste ancora oggi soltanto nel Baden. In que-

p. 132; Weiss, *Von den Gewerbegerichten...*, cit. a nt. 35, p. 85; Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 1300; Dütz, «Die Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten...», cit. a nt. 2, p. 292; Hennige, *Das Verfahrensrecht vor...*, cit. a nt. 66, p. 9 ss.

<sup>96</sup> Soprattutto sulla controversia relativa all'acciaio nella Ruhr del 1928 e le conseguenze di politica del diritto si veda Steiger, *Kooperation, Konfrontation, Untergang...*, cit. a nt. 97, p. 139 ss., p. 186 ss., p. 294 ss. sulla prassi conciliativa degli anni 1923-32.

<sup>97</sup> Otto, in *Münchener Handbuch...*, cit. a nt. 3, p. 288, nt. 12-19; Dörner, in Leinemann (a cura di), *Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht*, vol. 2, 1997, 6.1., riga 5 ss.

<sup>98</sup> Le sentenze più importanti sono: BAG 28.1.55, *AP*, n. 1, *sub art.* 9 GG in materia di lotta sindacale; BAG 21.4.71, *AP*, n. 43 sempre, *sub art.* 9 GG; BAG 10.6.80, *AP* n. 64-66 sempre, *sub art.* 9 GG; lo sviluppo giurisprudenziale è stato accettato dal tribunale costituzionale federale (*BVerfG* 26.6.91, *BVerfGE* 84, 212 (226 ss.)); si veda anche Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 32 ss.

<sup>99</sup> BAG 21.4.71, *AP*, n. 43, *sub art.* 9 GG in materia di lotta sindacale.

<sup>100</sup> Otto, in *Münchener Handbuch...*, cit. a nt. 3, § 286, nt. 15-20; più in particolare § 288, nt. 1-11. Sulla conciliazione a norma della *Kontrollratsgesetz* n. 35 del 20.8.1946 si veda anche Arnold, «Die Badische Landesschlichtungsordnung», *RdA*, 1996, p. 356 ss. *ivi* p. 360, il quale spiega la scarsa rilevanza con l'errore di aver previsto un dovere di costituzione in giudizio (p. 364); a p. 365 vi sono anche dati (sarebbe utilizzata soprattutto nel Nordrhein-Westfalen); Hennige, *Das Verfahrensrecht vor...*, cit. a nt. 66, p. 15 ss.; panoramica sulla conciliazione autoritativa nel 1976 in Dütz, «Die Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten...», cit. a nt. 2, p. 303 (descrizione a p. 298).

sto *Land* vi è un regolamento statale sulla conciliazione. Rispetto a questa forma di conciliazione obbligatoria vi sono tuttavia problemi di tipo costituzionale: nella prassi anche l'organo di conciliazione del Baden fa soltanto una proposta<sup>101</sup>.

L'importanza della conciliazione d'autorità è senza dubbio diminuita da quando, negli anni cinquanta, le parti contrattuali hanno concluso un numero sempre maggiore di accordi di conciliazione. Secondo i dati forniti da Gamillscheg, nel 1988 per il 65% di tutti i rapporti di lavoro regolamentati da un contratto collettivo esisteva un accordo, che consentiva una forma di conciliazione prima dell'inizio di una lotta sindacale<sup>102</sup>. Laddove vi è un accordo, la conciliazione può anche essere concordata *ad hoc* durante un conflitto per il contratto collettivo. E ciò avviene nella pratica<sup>103</sup>. Gli accordi di conciliazione previsti nei contratti collettivi si rifanno sia ai principi validi per la procedura di conciliazione d'autorità<sup>104</sup>, sia alle norme standard in materia di conciliazione che il DGB (Federazione dei sindacati tedeschi) e la Federazione delle associazioni dei datori di lavoro tedeschi hanno proposto nel 1950 e nel 1954<sup>105</sup>. Da un punto di vista di politica del diritto è, oggi, soprattutto dalla parte dei datori di lavoro che si spinge sulla conciliazione, affinché in futuro essa diventi una alternativa alla lotta sindacale<sup>106</sup>.

Negli accordi vigenti prevale la possibilità di convocare l'organo di conciliazione volontariamente su iniziativa di una parte, collegata con l'obbligo di partecipare alla procedura per l'altra parte<sup>107</sup>. Inoltre sono le parti stesse a regolamentare la procedura. A volte viene previsto che accanto ad un ugual numero di rappresentanti di entrambe le parti vadano chiamate una o due persone indipendenti per la

<sup>101</sup> Arnold, «Die Badische...», cit. a nt. 103, pp. 356-365 (p. 360; dati sulla rilevanza a p. 361 ss.); Müller, *Arbeitsrecht im Öffentlichen...*, cit. a nt. 81, p. 49.

<sup>102</sup> Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 1306; secondo Kirchner, «Die neue Schlichtungs- und Schiedsvereinbarung in der Metallindustrie», *RdA*, 1980, p. 129 ss, *ivi* p. 130 nel 1980 vi era una «quasi completa "regione" della conciliazione volontaria»; visione d'insieme anche in Otto, in *Münchener Handbuch...*, cit. a nt. 3, § 286, nt. 25 ed in particolare § 287.

<sup>103</sup> Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 1298.

<sup>104</sup> Dütz, «Die Sprüche tariflich...», cit. a nt. 3, p. 892.

<sup>105</sup> Otto, in *Münchener Handbuch...*, cit. a nt. 3, § 286, nt. 24; nt. 6-11 sui criteri che i diversi accordi utilizzano; importanti sono poi in particolare le questioni della vincolatività della procedura e dell'efficacia di un lodo arbitrale.

<sup>106</sup> Dichiarazione di intenti della presidenza dell'associazione dei datori di lavoro del settore metalmeccanico per la soluzione pacifica dei conflitti per il rinnovo del contratto del 5.3.1998, che propone una riforma dell'accordo di conciliazione nell'industria metalmeccanica. Si veda anche la proposta avanzata dalla dottrina (*Professorenentwurf*) di una «legge per la regolamentazione dei conflitti collettivi di lavoro» Birk, Konzen, Löwisch, Raiser, Seiter, *Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte* 1988. Essa contiene nel § 13 co. 3 l'esclusione di una conciliazione obbligatoria, ma regola allo stesso tempo un procedimento di conciliazione legislativamente fissato, nel caso le parti non si accordino in nessun modo; Commenti, p. 59 ss. Al tempo della Repubblica di Weimar i datori di lavoro erano invece contro la conciliazione mentre l'ADGB ne era il custode (Steiger, *Kooperation, Konfrontation Untergang...*, cit. a nt. 97, p. 208; p. 307 ss.; p. 312 ss.).

<sup>107</sup> Otto, in *Münchener Handbuch...*, cit. a nt. 3, § 286, nt. 9; nt. 10 sulla storia travagliata nell'industria metalmeccanica.

presidenza; altre volte viene prevista una composizione esclusivamente paritetica<sup>108</sup>. Gli accordi presuppongono di solito il fallimento delle trattative e prolungano l'obbligo di pace sindacale. Ciò significa che forme di lotta sindacale non sono escluse soltanto per il periodo di vigenza del contratto collettivo, ma anche per un ulteriore periodo di tempo. Molti accordi estendono così l'obbligo di pace a tutta la durata della procedura conciliativa ed arbitrale; l'accordo nell'industria metalmeccanica, in particolare, lo prolunga per un massimo di quattro settimane<sup>109</sup>.

Anche l'efficacia vincolante dei lodi arbitrali è diversamente regolata. A volte essi contengono soltanto delle raccomandazioni, altre volte necessitano di una accettazione delle parti stipulanti, altre volte ancora essi si sottopongono anche ad un eventuale lodo precedente<sup>110</sup>. In ogni caso i lodi sottostanno come un contratto collettivo al controllo giurisdizionale, sono cioè passibili di un semplice controllo di diritto<sup>111</sup>; essi possono inoltre essere impugnati per errori procedurali<sup>112</sup>.

Nella prassi, alle trattative contrattuali, gli accordi di conciliazione vengono applicati in misura comparativamente più rara. In Germania l'imposizione di pretese contrattuali durante una lotta sindacale è, infatti, l'eccezione piuttosto che la regola.<sup>113</sup> Tuttavia gli accordi di conciliazione hanno conquistato nella prassi della politica contrattuale collettiva un'importanza che non va sottovalutata. Degli arbitri sono stati convocati in concomitanza con tutte le importanti lotte sindacali degli ultimi decenni. Sia lo sciopero nell'industria metalmeccanica sulla settimana di 35 ore nel 1984, sia lo sciopero nel settore pubblico nel 1992 sono stati conclusi con lodi arbitrali<sup>114</sup>. Nel 1984 il lodo degli arbitri Leber e Rùthers fece a tal punto breccia da influenzare fino ad oggi la prassi di politica contrattuale collettiva<sup>115</sup>. Allora fu introdotta nell'industria metalmeccanica in diverse fasi la settimana di 35 ore,

<sup>108</sup> A proposito dei diversi modelli si veda Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 1299 ss. (un regolamento senza la presidenza è previsto nell'industria chimica); Kirchner, «Die neue Schlichtungs- und...», cit. a nt. 104, p. 136 ss. per l'industria metalmeccanica: ciascuna parte nomina una persona e sul diritto di voto si decide poi a sorte. Müller, *Arbeitsrecht im Öffentlichen...*, cit. a nt. 81, p. 49: nel settore pubblico vi sono due presidenti imparziali<sup>109</sup>. Sui diversi modelli si veda Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 1307. L'accordo è pubblicato in *RdA*, 1980, p. 165 ss.; sul punto più precisamente si esprime Kirchner, «Die neue Schlichtungs und...», cit. a nt. 104, pp. 129-138; sull'«accordo sulla procedura di conciliazione» per il settore pubblico del 26.4.1995 si veda Müller, *Arbeitsrecht im Öffentlichen...*, cit. a nt. 81, p. 48 ss.

<sup>110</sup> Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 1308; Dütz, «Die Sprüche tariflich...», cit. a nt. 3, p. 892; Otto, in *Münchener Handbuch...*, cit. a nt. 3, § 287, nt. 18-25.

<sup>111</sup> Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 1308; Dütz, «Die Sprüche tariflich...», cit. a nt. 3, p. 938 ss.

<sup>112</sup> Otto, in *Münchener Handbuch...*, cit. a nt. 3, § 287, nt. 35-43.

<sup>113</sup> Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 1298; si vedano anche i dati sulla sospensione del lavoro collegata allo sciopero in *Handelsblatt* del 1.4.1998; secondo tali dati la Germania si trova nella classifica mondiale al ventesimo posto.

<sup>114</sup> Una visione d'insieme delle lotte sindacali dal 1945 in Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 917 ss.

<sup>115</sup> Sulla sua conformità al diritto BAG, *AP*, n. 23, sub § 77 della *BetrVG* del 1972.

mentre allo stesso tempo furono concordate possibilità di flessibilizzare l'orario di lavoro settimanale.

4.1.3. Entrambe le chiese cristiane godono in Germania di uno *status* particolare. Esse non soltanto sono organizzate come enti di diritto pubblico ma, in considerazione della loro autonomia, sono altresì esonerate dall'applicazione del diritto del lavoro collettivo statale<sup>116</sup>. A non valere in quest'ambito è, in particolare, il diritto di sciopero<sup>117</sup>. Le chiese hanno invece creato proprio diritto con leggi ecclesiastiche.

Per ciò che concerne i rapporti con i sindacati e le pattuizioni collettive delle condizioni di lavoro, la maggior parte delle chiese non si sono finora ispirate al modello offerto dal diritto statale. Soltanto le chiese statali evangelico-luterane di Amburgo/Schleswig Holstein e Berlino/Brandeburgo hanno scelto la cosiddetta seconda via della negoziazione di contratti collettivi con efficacia normativa. Forme di lotta sindacale sono comunque escluse anche in quest'ambito<sup>118</sup>.

In tutte le altre chiese cristiane ed istituzioni ecclesiastiche è stata, invece, scelta una propria terza via. Secondo tale impostazione le condizioni di lavoro, in particolare orario di lavoro e retribuzione, vengono concordate in speciali commissioni per il diritto del lavoro<sup>119</sup>. In esse sono presenti uno stesso numero di rappresentanti della chiesa e dei lavoratori. Con riferimento anzitutto alla parità nelle trattative, le regole della chiesa cattolica paiono sollevare dei problemi. Esse, infatti, non permettono che funzionari sindacali non occupati presso la chiesa lavorino all'interno della commissione<sup>120</sup>. Nel caso non si giunga ad un accordo all'interno della commissione, le chiese prevedono diverse regole. Nella chiesa evangelica va convocato un comitato di conciliazione sotto una presidenza indipendente. Esso può, a norma delle regole vigenti nelle chiese statali, emettere un lodo arbitrale o rimettere la questione al sinodo per la decisione definitiva. Nella chiesa cattolica il vescovo ha sempre il diritto alla decisione finale.

Risultato di queste trattative non è un contratto collettivo quanto, piuttosto, la definizione delle condizioni generali di lavoro, cioè un contratto di lavoro standard.

<sup>116</sup> In generale Richardi, *Arbeitsrecht in ...*, cit. a nt. 83, pp. 1-5; fondamento giuridico è soprattutto l'art. 140 della Costituzione (*GG*) che si rifà tra l'altro all'art. 137 co. 5 della costituzione weimariana.

<sup>117</sup> *Id.*, *Arbeitsrecht in...*, cit. a nt. 83, p. 115; p. 119.

<sup>118</sup> *Id.*, *Arbeitsrecht in...*, cit. a nt. 83, p. 159 ss.

<sup>119</sup> *Id.*, *Arbeitsrecht in...*, cit. a nt. 83, p. 165 ss. sulle direttive dell'*EKD* per la chiesa evangelica; p. 170 ss. per i regolamenti del *KODA* (commissione per la regolamentazione del diritto del lavoro) per la chiesa cattolica; lo stesso autore ne parla anche in Richardi, Wlotzke (a cura di), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, vol. 2, § 188, nt. 9 ss., in particolare alla nt. 16 ss.; sul rapporto con l'organo di conciliazione previsto dal diritto della rappresentanza dei collaboratori si veda Bleistein, «Schlichtungsverfahren in Streitigkeiten...», cit. a nt. 84, pp. 38 e 39.

<sup>120</sup> Otto, in *Münchener Handbuch...*, cit. a nt. 3, § 278, nt. da 214 a 221, anche su un ulteriore problema, il fatto cioè che il diritto di decisione spetta in ultima istanza al vescovo e non ad un organo abbastanza indipendente.



Esso viene contrattato all'inizio del rapporto di lavoro con il lavoratore stesso e così diventa parte del diritto del lavoro individuale<sup>121</sup>.

4.2. Anche nell'ambito del diritto collettivo del lavoro il diritto tedesco distingue fra questioni giuridiche e questioni d'interesse. Nel caso di questioni d'interesse gli esposti procedimenti di conciliazione e di arbitrato vengono utilizzati quando vi sono gli accordi e le regolamentazioni relativi. Non appena invece è stato concluso un contratto collettivo, esso ha efficacia normativa e vincolante<sup>122</sup>. Ogni controversia sui diritti in esso regolati diviene per questo una controversia giuridica.

4.2.1. A volte i contratti collettivi prevedono che anche le controversie giuridiche tra le parti stipulanti sull'applicazione e l'interpretazione dei contratti collettivi siano affrontate in organi arbitrali contrattuali. Così a volte, ad esempio, vengono rimesse a tali organi le controversie sulla valutazione del lavoro e sull'inquadramento dei lavoratori<sup>123</sup>. Ciò è ammesso espressamente dal § 101 co. I *ArbGG*<sup>124</sup>. Per il procedimento valgono in ogni caso in funzione ausiliaria i § 102 e ss. della stessa legge<sup>125</sup>. Il controllo giurisdizionale su tali lodi arbitrali tramite i tribunali del lavoro si limita al controllo degli errori procedurali e di gravi ingiustizie<sup>126</sup>. Nel caso comunque si tratti di controversie fra singolo lavoratore e datore di lavoro può essere concordata una giurisdizione arbitrale solo nell'ambito del § 101 co. II *ArbGG*. Organi arbitrali e di conciliazione sono in questo caso ammissibili soltanto come una forma di organi di composizione stragiudiziali<sup>127</sup>.

4.2.2. Al di là di questi accordi sulla costituzione di collegi arbitrali la conclusione di un contratto collettivo significa che la controversia su di una questione giuridica è stata «commutata», il che voleva dire, fino a poco tempo fa, che i sindacati non avevano in mano più alcun mezzo di azione. Nel periodo di validità di un contratto collettivo vige, infatti, l'obbligo di pace contrattuale, cosicché nel caso di violazione del contratto collettivo stesso non sono ammissibili forme di lotta sin-

<sup>121</sup> Così il BAG 24.9.80, *AP*, n. 9, *sub* § 72a della legge sul processo del lavoro; Richardi, *Arbeitsrecht in...*, cit. a nt. 83, p. 191 ss. e in *Münchener...*, cit. a nt. 83, § 188, nt. 31 è invece a favore del riconoscimento di una qualità giuridica autonoma.

<sup>122</sup> Sull'efficacia normativa e la sua spiegazione dogmatica si veda Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 554 ss.

<sup>123</sup> Löwisch, *RdA*, 1993, p. 27 ss.; ulteriori esempi in Dütz, *Vertragliche Spruchstellen...*, cit. a nt. 5, p. 130.

<sup>124</sup> Dütz, *Arbeitsrechtliche Schiedsgutachten...*, cit. a nt. 5, p. 579; questo vale, secondo lui, anche per perizie arbitrali.

<sup>125</sup> Löwisch, cit. a nt. 125, p. 22 ss.

<sup>126</sup> Cfr. di nuovo BAG, 22.1.97, *AP*, n. 146, *sub* § 1 della legge sul contratto collettivo ed in particolare i contratti collettivi nell'industria metalmeccanica; dubbi a causa dell'esistenza del § 110 co. I frase 2 della legge sul processo del lavoro sono espressi da Dütz, *Arbeitsrechtliche Schiedsgutachten in...*, cit. a nt. 5, p. 575 ss.

<sup>127</sup> Cfr. *supra* § 1.5.1.

dacale. D'altra parte il contratto collettivo dà fondamento a molti diritti individuali. Le pretese del sindacato alla osservanza del contratto collettivo si rivolgevano fino a poco tempo fa soltanto contro il rispettivo partner contrattuale. In caso quest'ultimo fosse una associazione di datori di lavoro (cosiddetto «contratto collettivo associativo»<sup>128</sup>) e una singola impresa non si attenesse al contratto collettivo, il sindacato poteva soltanto pretendere dall'associazione che essa facesse pressione sul proprio iscritto). Un'azione contro l'associazione da parte dei sindacati era possibile unicamente se l'interpretazione del contratto collettivo fosse controversa (§ 9 della legge sul contratto collettivo, *TVG*). Quando un singolo datore di lavoro violava delle disposizioni contenute nel contratto collettivo soltanto i lavoratori interessati godevano perciò di una tutela giuridica. Essi tuttavia agiscono in questi termini molto di rado a causa del timore di rappresaglie da parte del datore di lavoro<sup>129</sup>.

Questa situazione insoddisfacente è stata modificata da una sentenza del Tribunale federale del lavoro del 20 aprile 1999<sup>130</sup>. Anziché a favore di una limitazione dell'obbligo di pace, nei suddetti casi la suprema giurisdizione del lavoro si è espressa per il riconoscimento di una tutela giuridica (collettiva)<sup>131</sup>. Il Tribunale federale del lavoro permette ora ai sindacati di agire in giudizio direttamente contro i datori di lavoro per omissione, qualora essi non si attengano ai contratti collettivi. Presupposto di tale azione è che la violazione del contratto collettivo si manifesti in forma collettiva, che cioè non ne sia colpito un solo lavoratore e che la violazione sia nota al datore di lavoro. In questo modo si è colmata un'importante lacuna nella tutela giurisdizionale dei diritti<sup>132</sup>.

5. Va infine rammentata la conciliazione nel caso di controversie interne alle associazioni. Da un punto di vista giuridico in Germania vige la libertà sindacale. All'interno di un'azienda o di un'impresa ci possono essere perciò sindacati in concorrenza fra loro poiché non vi è alcuna prescrizione normativa in relazione a quale sindacato sia competente alla stipula di un contratto collettivo. Quest'aspetto viene

<sup>128</sup> Sul concetto si veda Dörner, in *Kasseler Handbuch...*, cit. a nt. 99, 6.1., riga 119.

<sup>129</sup> Su questa problematica della tutela giuridica si veda in generale Pfarr, Kocher, *Kollektivverfahren...*, cit. a nt. 25, p. 44 ss.; Däubler, «Gewerkschaftliches Klagerecht gegen tarifwidrige Betriebsvereinbarungen?», *BB*, 1990, p. 2256 ss.; in particolare sulle carenze della «Einwirkungsklage» si veda Däubler, *Tarifvertragsrecht*, 1993, terza edizione, nt. 1382; Gamillscheg, «Durchsetzungsschwächen des Tarifvertrags», *AuR*, 1996, p. 357; Schwarze, «Die Einwirkungsklage als Mittel zur Beseitigung tarifwidriger Betriebsvereinbarungen?», *ZTR*, 1993, p. 230.

<sup>130</sup> BAG 20.4.99, *NJW*, 1999, pp. 3281-3287.

<sup>131</sup> Sulla concorrenza tra azione per omissione e obbligo di pace si veda Berg, *Tarifwidrige Arbeitsbedingungen im Betrieb*, in *Festschrift für Däubler*, 1999, p. 501; Däubler, «Gewerkschaftliches Klagerecht gegen...», cit. a nt. 131, p. 2261.

<sup>132</sup> Thüsing, «Der Schutz des Tarifvertrags vor den tarifvertraglich Geschützten», *DB*, 1999, p. 1552 ss.; sull'interpretazione delle singole caratteristiche si veda Kocher, «Materiell-rechtliche und prozesuale Fragen des Unterlassungsanspruchs aus Art. 9 Abs. 3 GG», *AuR*, 1999, p. 382 ss.

regolato unicamente dagli statuti organizzativi interni<sup>133</sup>. Gli ambiti di competenza previsti negli statuti dei sindacati membri della Federazione dei sindacati tedeschi (*Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB*) e di quelli come il Sindacato degli impiegati tedeschi (*Deutsche Angestellten-Gewerkschaft, DAG*) o dei sindacati cristiani, che non appartengono al *DGB*, si sovrappongono per forza di cose. Al fine di risolvere i conflitti tra questi sindacati concorrenti esiste solo la lotta politica e nessun meccanismo formale di composizione.

All'interno del *DGB* vale invece tra i sindacati membri il principio dell'unità sindacale. Per ciascuna impresa deve, di volta in volta, essere competente un solo sindacato. A questo scopo le competenze statutarie di tali sindacati sono armonizzate fra loro. Esse seguono il principio dell'associazione industriale, sono cioè ordinate per categorie. Anche in quest'ambito è tuttavia possibile che si creino delle controversie fra i diversi sindacati che appartengono al *DGB*. Per tali controversie è tuttavia previsto a norma dei § 15 e 16 dello statuto del *DGB* un procedimento arbitrale interno all'associazione, che chiarisce nel singolo caso di chi sia la competenza. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro i tribunali del lavoro, nella procedura di cui al § 2a co. II n. 4 e del § 97 *ArbGG*, devono di regola attenersi a questi lodi arbitrali. Essi danno un'interpretazione autentica o un'integrazione dei vigenti statuti<sup>134</sup>.

6. Negli ultimi decenni l'attenzione per i meccanismi di *alternative dispute resolution* è progressivamente aumentata. Sempre più spesso vengono istituiti procedimenti ed elementi procedurali alternativi. In questa tendenza si esprime un particolare modo di considerare i procedimenti giurisdizionali. Essi vengono tra l'altro visti come una forma di mediazione, con il cui aiuto possono essere eliminati dei conflitti e può essere prodotta la pace giuridica. Su questo sfondo procedure alternative ed in particolare collegi arbitrali, conciliazione e mediazione costituiscono degli equivalenti funzionali. La decisione se un conflitto debba essere risolto tramite la giurisdizione ordinaria o tramite una procedura alternativa all'interno o all'esterno dei tribunali è, allora, soltanto una decisione tra meccanismi diversamente efficaci.

Nell'ambito delle controversie d'interesse collettive e a volte anche nelle controversie giuridiche collettive, i meccanismi conciliativi ed arbitrali nel diritto del lavoro tedesco hanno una grande importanza. In particolare le esperienze della commissione di conciliazione prevista dalla *BetrVG* vengono considerate come

<sup>133</sup> BAG 17.2.70, *AP*, n. 3, sub § 2 della legge sul contratto collettivo (competenza a contrattare); Löwisch in Richardi, Wlotzke (a cura di), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht* vol. 3, § 248, nt. 67; sul procedimento si veda in particolare la nt. 70 ss.; Gamillscheg, *Kollektives...*, cit. a nt. 37, p. 531 ss.

<sup>134</sup> BAG 17.2.70, *AP*, n. 3 sul § 2 della legge sul contratto collettivo; confermata da BAG 22.11.88, *AP*, n. 5, sub § 2 della legge sul contratto collettivo. Contrario Löwisch, in *Münchener Handbuch...*, cit. a nt. 135, vol. 3, § 248, nt. 73.

molto positive. La grande importanza di meccanismi «autonomi» di risoluzione delle controversie corrisponde, così, all'autonomia contrattuale collettiva, o meglio a quella attribuita al consiglio aziendale, nel diritto sostanziale.

Per quanto riguarda l'affermazione dei diritti individuali i procedimenti che a questo scopo sono stati introdotti come procedimenti conciliativi e arbitrali hanno avuto, fino ad ora, soltanto una limitata importanza nel diritto tedesco. Nelle controversie individuali il § 101 *ArbGG* permette solo per pochi casi eccezionali l'istituzione di collegi arbitrali. Non va comunque sottovalutata l'importanza che la conciliazione di controversie assume innanzi ai tribunali del lavoro, in particolare nel quadro del tentativo di conciliazione. Il successo della conciliazione giudiziale potrebbe essere uno dei motivi per i quali l'introduzione di procedure di conciliazione stragiudiziali nell'ambito dei diritti individuali ha fino ad ora ottenuto un successo così limitato.