

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI E MERCATI, DIRITTI E TUTELE
Indirizzo in Diritto del lavoro

Ciclo XXVI

Settore Concorsuale di afferenza: 12/B2

Settore Scientifico disciplinare: IUS/07

METODI DI COMPOSIZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE
CONTROVERSIE INDIVIDUALI DI LAVORO

Presentata da: Nadia Girelli

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Prof.
Giulio Illuminati

Relatore

Chiar.mo Prof.
Alberto Pizzoferrato

Esame finale anno 2014

Sommario

Introduzione	1
---------------------------	---

CAPITOLO 1

Assetto delle fonti nella disciplina degli istituti della conciliazione e dell'arbitrato di lavoro. Ruolo e competenze della legge e del contratto collettivo

1. Quadro storico della conciliazione delle controversie di lavoro e dell'arbitrato nel settore privato e pubblico	4
2. I rilievi di legittimità costituzionale.....	19
3. Le novelle del Collegato lavoro Sacconi (l. n. 183/2010).....	25
3.1 La conciliazione	
3.1.1 Il ripristino della facoltatività del tentativo di conciliazione delle liti di lavoro	25
3.1.2 La moltiplicazione delle sedi di conciliazione quale (presunto) incentivo al suo utilizzo. La conciliazione in sede amministrativa	28
3.1.3 La conciliazione in sede sindacale e le altre sedi della conciliazione	32
3.1.4 Il giudice “conciliatore”: il tentativo di composizione della lite in sede giudiziale	34
3.2 Gli arbitrati di lavoro	
3.2.1 L'arbitrato rituale.....	40
3.2.2 L'arbitrato davanti alla Commissione di conciliazione e l'arbitrato presso gli organi di certificazione	41
3.2.3 L'arbitrato davanti al Collegio di conciliazione e arbitrato.....	43
3.2.4 L'arbitrato in sede sindacale	46
3.2.5 Un'opzione per l'arbitrato secondo equità	52
4. La novella della riforma Fornero (l. n. 92/2012): il ripristino del tentativo obbligatorio di conciliazione nei licenziamenti economici.....	55
5. La novella del Decreto del fare Letta (d.l. n. 69/2013): la mediazione civile e commerciale obbligatoria (un'inversione di tendenza apparente).....	56

6. Il ruolo della fonte contrattuale	
6.1 Il contratto collettivo come strumento di attuazione della legge	64
6.2 Il contratto collettivo come veicolo di imposizione dell'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione delle controversie di lavoro	68
6.3 Il ruolo dirimente del contratto collettivo per l'inserimento della clausola compromissoria nel contratto individuale di lavoro.....	72

CAPITOLO 2

Effettività ed efficacia degli strumenti di risoluzione delle controversie di lavoro alternativi al giudizio

1. Una valutazione sugli strumenti	
1.1 Informalità e benefici fiscali quali presupposti per l'opzione a favore dell'alternativa al giudizio.....	78
1.2 La professionalità di conciliatori e arbitri quale presupposto per la fiducia nell'alternativa al giudizio.....	84
1.3 Uno sguardo di confronto in chiave comparatistica in tema di <i>Alternative Dispute Resolution</i>	86
2. Una valutazione sui provvedimenti	
2.1 La stabilità dell'accordo conciliativo fra norme inderogabili e diritti indisponibili.....	91
2.2 La stabilità del lodo fra diritto ed equità	99

CAPITOLO 3

Analisi delle principali ipotesi applicative nell'esperienza italiana di *Alternative Dispute Resolution*

1. Il tentativo obbligatorio di conciliazione nei licenziamenti economici	104
2. La conciliazione monocratica.....	116
3. L'arbitrato per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari	125
Conclusioni	133
Bibliografia	138

INTRODUZIONE

La controversia giuridica trova origine nella contrapposizione di due o più soggetti relativamente ad una situazione sostanziale protetta dall'ordinamento, il quale al contempo offre anche gli strumenti, giudiziali e stragiudiziali, per la risoluzione del conflitto.

Autorevole dottrina processual-civilistica ha suddiviso tali strumenti fra "autonomi" e "eteronomi"¹.

Vengono descritti come autonomi quei meccanismi entro i quali sono le stesse parti in conflitto a trovare la soluzione per comporre la lite mediante un accordo; laddove, invece, il ricorso ad uno strumento eteronomo fa sì che un terzo regolamenti il rapporto tra le parti, definendo la controversia insorta.

Quanto all'esito, l'eteronomia produce provvedimenti tipici, che non possono statuire oltre i confini della lite e non possono discostarsi dalle previsioni della legge sostanziale, salvo il caso in cui le parti scelgano un giudizio secondo equità, che comunque non può estendersi oltre il diritto controverso e deve essere compiuto nel rispetto dei principi fondamentali e regolatori. Al contrario, l'autonomia produce atti risolutivi essenzialmente atipici, il cui contenuto può spaziare anche al di là del diritto controverso, consentendo così di regolamentare con un unico atto una serie di situazioni sostanziali fra le parti.

Ad una prima analisi, i metodi per la composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro che saranno oggetto della trattazione potrebbero essere agevolmente suddivisi fra autonomi (le conciliazioni) ed eteronomi (le diverse forme di arbitrato), ma a ben guardare si può discutere circa il grado di autonomia che caratterizza le conciliazioni.

La conciliazione, infatti, non coincide con la transazione: mentre quest'ultima identifica un accordo sorto spontaneamente tra le parti, la conciliazione presuppone l'intervento di un soggetto (il conciliatore), che ha il compito di guidare ed assistere i litiganti nella determinazione del contenuto dell'atto finale. La presenza del conciliatore riduce, almeno in una certa misura, l'autonomia della soluzione conciliativa. Lo si può capire meglio se ci si rammenta del potere/dovere che, come si vedrà *infra*, le più recenti riforme della disciplina della conciliazione delle liti di lavoro hanno assegnato al

¹ Cfr. LUISO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2004, 4, p. 1201.

conciliatore (compreso il giudice in funzione di conciliatore), di sottoporre alle parti una proposta per l'accordo, con la previsione di una serie di conseguenze per il caso della mancata accettazione della proposta senza giustificato motivo.

Così seppur superficialmente inquadrati, assumano essi natura autonoma o eteronoma, i metodi per la composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro si presentano come strumenti finalizzati al raggiungimento di una soluzione veloce della lite, e soprattutto maggiormente condivisa fra le parti, rispetto a quella fornita da una sentenza.

Tuttavia, dallo studio della materia emerge come sino ad ora il legislatore italiano non abbia colto appieno (o, forse, non abbia voluto cogliere) le reali potenzialità che la conciliazione e l'arbitrato, se meglio delineati, potrebbero esprimere. Pare, piuttosto, che esso li consideri come mezzi attraverso i quali tentare di deflazionare il contenzioso e che in funzione di questo scopo li abbia regolati, senza elaborare, invece, una disciplina in grado di far esprimere le potenzialità di questi strumenti e di conseguenza capace di fungere da stimolo per la diffusione di quella cultura delle *Alternative Dispute Resolution* (o, secondo l'acronimo, ADR) che costituisce un fattore essenziale per l'affermarsi degli istituti della conciliazione e dell'arbitrato.

Per cercare di far fronte allo stato della giurisdizione ordinaria, il legislatore offre la conciliazione e l'arbitrato come strumenti alternativi al processo, ma essi non sono appetibili, fatta eccezione per alcune fattispecie che ben funzionano e permettono, quindi, di ottenere risultati molto validi.

Affinché possa essere raggiunto l'obiettivo ultimo della deflazione del contenzioso che grava sui giudici del lavoro, le alternative al processo non dovrebbero essere pensate come mezzi di ripiego che non troverebbero spazio nell'ordinamento se il nostro sistema di giustizia non fosse gravato dall'enorme arretrato accumulato presso i Tribunali e le Corti d'appello.

Lo studio che segue si occuperà, innanzitutto, all'interno del primo capitolo, di ricostruire il percorso di elaborazione della disciplina legislativa dei due istituti e di analizzare il ruolo che tale disciplina attribuisce all'autonomia collettiva e le modalità con cui questo ruolo viene effettivamente esercitato.

Successivamente, nel secondo capitolo, si svolgerà una valutazione delle conciliazioni e dell'arbitrato di lavoro diretta a comprenderne la portata in termini di efficacia ed effettività. Ci si soffermerà su alcuni elementi che si ritengono essenziali per lo sviluppo delle predette caratteristiche, fra i quali vi sono i costi di utilizzo degli

strumenti e la professionalità di conciliatori ed arbitri. L'attenzione verrà poi focalizzata sui regimi di impugnazione dei provvedimenti con i quali si concludono le procedure stragiudiziali, poiché la diffusione di uno strumento di composizione delle controversie giuridiche postula necessariamente un certo grado di stabilità degli atti che lo strumento produce.

L'ultimo capitolo sarà dedicato alla disamina di quelle che si ritengono le tre ipotesi applicative di successo nell'esperienza italiana di *Alternative Dispute Resolution*, anche al fine di comprendere quali caratteristiche ne abbiano favorito la diffusione, in rapporto alle altre tipologie di conciliazione e arbitrato di lavoro.

CAPITOLO 1

ASSETTO DELLE FONTI NELLA DISCIPLINA DEGLI ISTITUTI DELLA CONCILIAZIONE E DELL'ARBITRATO DI LAVORO. RUOLO E COMPETENZE DELLA LEGGE E DEL CONTRATTO COLLETTIVO

1. QUADRO STORICO DELLA CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO E DELL'ARBITRATO NEL SETTORE PRIVATO E PUBBLICO

Uno studio della conciliazione e dell'arbitrato di lavoro che, dopo avere preso le mosse dall'analisi delle discipline regolatrici, intenda approdare ad una valutazione critica dell'utilità e dell'effettività di questi istituti nella loro identità di strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale ordinaria, non può prescindere dal ricostruire in apertura il quadro della loro evoluzione storica.

Si affronterà prima l'istituto della conciliazione e poi quello dell'arbitrato, prendendo per entrambi in considerazione sia l'ambito del lavoro privato, sia quello del pubblico impiego.

La mutazione delle regole delle conciliazioni di lavoro si è contraddistinta storicamente per il susseguirsi di logiche fondative diverse e talvolta contrapposte. Alla burocratizzazione dell'istituto, accompagnata dall'introduzione della disciplina diretta ad invalidare le transazioni raggiunte senza il rispetto di determinate garanzie, sono succedute scelte legislative che hanno fatto acquisire alle conciliazioni uno spazio applicativo maggiore, e poi riforme di senso opposto, che tale spazio hanno drasticamente ridotto.

La storia normativa della conciliazione prende avvio con i Collegi dei probiviri², organi elettivi paritetici che esercitavano contestualmente il ruolo di conciliatori, mediatori ed arbitri all'esterno del sistema giurisdizionale. In un contesto caratterizzato dalla scarsità di regole codicistiche e, di conseguenza, da consistenti vuoti normativi, i probiviri avevano il relevantissimo compito di gestire le liti di lavoro favorendone la composizione amichevole, previo esperimento di un tentativo di conciliazione che costituiva, anche a quel tempo, condizione di procedibilità della domanda davanti al giudice ovvero alla giuria, a seconda delle circostanze del caso.

I Collegi dei probiviri furono soppressi in epoca fascista e tutte le controversie di lavoro furono ricondotte nell'alveo della giustizia ordinaria³. L'intenzione era quella di

² A riguardo, si veda la l. n. 146/1983.

³ La soppressione dei Collegi dei probiviri fu disposta con il d.lgs. n. 471/1928.

organizzare il contenzioso in modo tale che questo, e i suoi esiti, potessero essere controllati, per far sì che il diritto espresso nelle aule dei Tribunali rispecchiasse l'impostazione politica del Paese. Al tentativo di conciliazione pregiudiziale della controversia si dava la forma di una denuncia obbligatoria della lite alle associazioni legalmente riconosciute, cioè alle corporazioni, che in questo modo controllavano e canalizzavano le fasi pregiudiziali⁴.

Nel Codice di procedura civile del 1940 si confermava questo assetto processuale. Il Codice sanciva, infatti, l'obbligo di informare di ogni controversia individuale l'associazione sindacale di categoria, che, ricevuta la denuncia, in collaborazione con l'associazione di appartenenza della controparte, convocava le parti presso i propri uffici per la conciliazione⁵. Il giudice adito poteva sospendere la trattazione se rilevava il difetto della denuncia preventiva. Peraltro, il tentativo di conciliazione doveva essere ripetuto se controparte presentava una domanda riconvenzionale e ciò confermava che l'intento del legislatore dell'epoca era quello di tenere sotto controllo il contenzioso, non quello di deflazionarlo⁶.

La caduta del regime fascista e la soppressione dell'ordinamento corporativo condussero alla sostituzione del tentativo obbligatorio di conciliazione con un procedimento facoltativo a cui si poteva accedere tramite gli uffici periferici del Ministero del lavoro⁷. Gli accordi collettivi interconfederali del 1950 e del 1965 definivano il ruolo del sindacato nell'ambito di queste procedure.

Così la tendenza normativa cambiava rispetto al periodo antecedente: da un lato, la facoltatività del procedimento portava nei fatti a diminuire il ricorso alla conciliazione; dall'altro, vi era la formulazione dell'art. 2113 c.c. ad impedire all'attività conciliativa di produrre risultati stabili, poiché la norma prevedeva, senza eccezione alcuna, l'invalidità delle rinunce e transazioni sui diritti derivanti al lavoratore da disposizioni inderogabili di legge o da norme corporative.

In seguito, pur mantenendo facoltativa la procedura, il legislatore mutava ancora una volta il proprio orientamento, realizzando due interventi a favore della conciliazione.

⁴ Così GRANDI M., *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel diritto italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 367 e ss.

⁵ In virtù del secondo comma della disposizione X della Carta del lavoro le associazioni professionali avevano la facoltà di tentare la conciliazione anche delle controversie individuali relative all'interpretazione e all'applicazione dei contratti collettivi.

⁶ Cfr. in tal senso PIZZOFERRATO A., *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, Padova, 2003, p. 28.

⁷ I testi normativi di riferimento furono il d.lgs. n. 381/1948 e il d.p.r. n. 520/1955.

La l. n. 604/1966 introduceva nell'ordinamento una regolamentazione dei licenziamenti individuali e una prima tutela per il dipendente che avesse subito un licenziamento ingiustificato. All'art. 7 la legge riconosceva al lavoratore la possibilità di promuovere un tentativo di conciliazione della vertenza sul licenziamento presso l'Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, prima di arrivare al giudizio e in mancanza di analoghe procedure contenute nel contratto collettivo di riferimento.

Pochi anni più tardi, con l'art. 7 Stat. lav. si consentiva al lavoratore di impugnare la sanzione disciplinare davanti ad un Collegio di conciliazione ed arbitrato, beneficiando della sospensione della sanzione fino alla definizione del procedimento.

Il carattere facoltativo della procedura passava indenne la riforma processuale compiuta con la l. n. 533/1973, in quanto il tentativo di conciliazione era considerato uno strumento funzionale alla composizione dei conflitti soltanto laddove le parti vi ricorressero volontariamente⁸.

La riforma novellava gli artt. 410 e 411 c.p.c., con cui si regolamentava lo svolgimento del tentativo di conciliazione in sede amministrativa, davanti agli organismi periferici del Ministero del lavoro in composizione collegiale, e si prevedeva quello in sede sindacale. Per quest'ultimo non si prevedevano disposizioni procedurali, né eventuali requisiti dell'Organizzazione che avrebbe rappresentato il lavoratore in sede di conciliazione.

Le modifiche più profonde apportate dalla riforma del 1973 consistevano nella determinazione delle modalità per conferire la forza esecutiva al verbale di conciliazione e nell'aggiunta del quarto comma al previgente testo dell'art. 2113 c.c. Aumentava inevitabilmente la forza attrattiva della procedura conciliativa: queste modifiche ne accrescevano in modo non trascurabile le *chance* di risultato, in virtù della sottrazione al regime dell'invalidità delle rinunce e transazioni intervenute nelle sedi conciliative.

Nel frattempo, la Suprema Corte equiparava, ai fini dell'inoppugnabilità delle rinunce e transazioni, le conciliazioni amministrative e quelle sindacali⁹.

Soltanto due decenni più tardi, il legislatore mostrava un primo segnale del cambio di tendenza che avrebbe, di lì a poco, prodotto la generalizzazione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per tutte le liti in materia di lavoro.

⁸ Si legge nella Relazione di accompagnamento del testo di riforma al Senato: “*si è convinti che le procedure conciliative operino proficuamente se volontarie, e che, altrimenti, si riducano a mere formalità*”.

⁹ Cfr. Cass. civ., 3 maggio 1975, n. 1715, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1349; Cass. civ., 20 gennaio 1977, n. 305, in *Foro it.*, 1977, I, c. 641.

Attraverso l'art. 5 della l. n. 108/1990 sui licenziamenti individuali veniva imposto l'esperimento del tentativo in tutti i casi di conflitto sui licenziamenti sottoposti al regime di tutela obbligatoria, a pena di improcedibilità in giudizio della relativa domanda e con la sospensione del processo instaurato per far dichiarare l'illegittimità del licenziamento e l'assegnazione di un termine perentorio per la sua riassunzione dopo lo svolgimento del tentativo.

I dd.lgs. n. 80/1998 e n. 387/1998 novellavano le disposizioni codicistiche in tema di conciliazione, *in primis* l'art. 410 c.p.c., e realizzavano il preannunciato cambio di rotta, con l'estensione dell'obbligatorietà del tentativo a tutte le controversie di lavoro.

L'art. 410 c.p.c., nella nuova formulazione, conservava il "doppio binario" che aveva caratterizzato il precedente regime di facoltatività del tentativo, cioè la possibilità di esperire il tentativo di conciliazione in sede amministrativa, secondo le regole di procedura indicate dal Codice, oppure in sede sindacale, con una perfetta equivalenza fra le due sedi.

L'accesso alla sede sindacale era condizionato alla sua regolamentazione da parte del contratto collettivo di riferimento; in difetto, diventava vincolante il ricorso alla sede amministrativa. La norma conteneva, quindi, un "rinvio in bianco" alle procedure conciliative di previsione contrattuale e restituiva al sindacato un ruolo da protagonista all'interno di un sistema di soluzione preventiva delle liti pensato per portare utilità e soddisfazione non soltanto alle parti del conflitto (che una procedura ben impiegata avrebbe sollevato dal peso economico e psicologico del giudizio) ma anche alla collettività, poiché il legislatore del 1998 perseguiva il dichiarato scopo di alleggerire il contenzioso e il carico di lavoro dei giudicanti¹⁰.

L'art. 410 c.p.c. delineava, poi, i profili procedurali per la sede amministrativa e agganciava l'individuazione della competenza territoriale ai criteri stabiliti dall'art. 413 c.p.c. per il giudizio ordinario.

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione delle controversie preventivo all'attivazione del giudizio e il sistema del "doppio binario" riguardavano anche il settore del pubblico impiego.

L'art. 65 del d.lgs. n.165/2001, *Testo unico sul pubblico impiego*, richiamava il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto *ex art.* 410 c.p.c., che avrebbe potuto

¹⁰ Cfr. SALOMONE R., *Conciliazione e arbitrato*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, t. III, MAINARDI S. (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XXIV, Torino, 2007, p. 695 e ss.; PIZZOFERRATO A., *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, Padova, 2003, p. 17 e ss.

svolgersi indistintamente secondo le regole dell'autonomia collettiva oppure davanti ad un Collegio di conciliazione formato presso la Direzione provinciale del lavoro, secondo la disciplina dettata dal successivo art. 66.

Qualunque ne fosse la sede, amministrativa o sindacale, anche la composizione delle liti di lavoro pubblico avrebbe validamente potuto riguardare qualunque diritto del lavoratore, anche quelli derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, in quanto il comma 5 del citato art. 66 escludeva l'applicabilità dei primi tre commi dell'art. 2113 c.c. alle conciliazioni.

L'art. 66 del Testo unico, oltre a prevedere la composizione del Collegio (che, così come la Commissione, doveva essere formato dal direttore dell'Ufficio provinciale del lavoro, o da un suo delegato in qualità di presidente, da un rappresentante dei lavoratori e da un rappresentante dei datori di lavoro), dettagliava un procedimento specifico per l'esecuzione del tentativo e sotto questo aspetto si discostava dalle regole del settore privato.

La domanda di convocazione del Collegio doveva contenere necessariamente una serie di requisiti, tra i quali spiccavano l'esposizione sommaria dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa e la nomina del proprio rappresentante, salvo delega per la nomina ad un'organizzazione sindacale. La parte destinataria della richiesta era tenuta entro trenta giorni dal suo ricevimento a depositare le proprie osservazioni scritte presso la Direzione e a nominare contestualmente il proprio rappresentante in seno al Collegio. Quest'ultimo non poteva limitarsi a ratificare le posizioni prospettate dalle parti, circostanza che, invece, spesso si verificava nelle conciliazioni di lavoro privato, ma era chiamato ad assumere un ruolo propositivo per definire la lite. Se le parti non fossero riuscite a raggiungere l'accordo, il Collegio era tenuto a sottoporre alle stesse una proposta conciliativa; il contenuto della proposta eventualmente non accettata doveva essere riportato nel verbale unitamente alle valutazioni espresse in proposito dalle parti. Il verbale di mancata conciliazione era acquisito d'ufficio dal giudice successivamente adito e diventava, così, uno degli elementi sulla base dei quali egli avrebbe formato il suo convincimento in merito alla controversia e liquidato le spese processuali.

Accomunava il settore privato e quello pubblico la previsione procedurale che imponeva al conciliatore di convocare le parti entro dieci giorni dal ricevimento della richiesta e di concludere il tentativo entro un termine massimo pari a sessanta giorni per i conflitti di lavoro privato e a novanta giorni per i conflitti di pubblico impiego. Dalla comunicazione a controparte della richiesta derivavano l'interruzione dei termini di

prescrizione e la sospensione della decadenza¹¹. Decorso il termine massimo, il tentativo si sarebbe considerato comunque eseguito ai fini della procedibilità dell'istanza in giudizio.

Se il giudice adito rilevava la mancata promozione del tentativo oppure la presentazione della domanda giudiziale prima dello scadere del termine massimo, era tenuto a sospendere il processo fissando alle parti un termine perentorio di sessanta giorni (identico per le controversie di lavoro privato e per quelle di lavoro pubblico) per la sua promozione. Espletato il tentativo, oppure decorsi dalla richiesta sessanta giorni, o novanta giorni per le controversie di pubblico impiego, le parti avevano a disposizione centottanta giorni per riassumere il processo; in difetto, il giudice ne avrebbe dichiarato d'ufficio l'estinzione.

Il comma 3 dell'art. 65 del d.lgs. n. 165/2001 introduceva una prima frattura disciplinare tra l'ambito di lavoro privato e quello di pubblico impiego, nel prevedere che *“la parte contro la quale è stata proposta la domanda in violazione dell'art. 410 c.p.c., con l'atto di riassunzione o con memoria depositata in Cancelleria almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata, può modificare o integrare le proprie difese e proporre nuove eccezioni processuali e di merito, che non siano rilevabili d'ufficio”*. In sostanza, il convenuto veniva rimesso in termini nella fase di riassunzione del giudizio e non operavano nei suoi confronti le decadenze di cui all'art. 416 c.p.c. La disparità di trattamento era totalmente ingiustificata, poiché la mancata esplicita previsione di un'identica deroga al regime delle preclusioni non impediva, con riferimento alle cause di lavoro privato, la decadenza dalla facoltà di proporre nuove eccezioni ed istanze istruttorie, anche se la causa era dichiarata improcedibile ed il giudizio sospeso.

Se l'accordo non veniva raggiunto, le parti redigevano un processo verbale ai sensi dell'art. 412 c.p.c., ove riportavano le ragioni del mancato accordo; di esse il giudice avrebbe poi tenuto conto ai fini della decisione sulle spese processuali.

Nel caso in cui la controversia veniva risolta si verificava una seconda disparità di trattamento fra privato e pubblico, anch'essa non trascurabile. In ambito privato, infatti, la procedura si concludeva con la redazione di un verbale che, ai sensi dell'art. 411 c.p.c., per diventare esecutivo doveva essere depositato, a cura delle parti o dell'Ufficio

¹¹ Secondo una consolidata giurisprudenza, la mancata sospensione del giudizio per difetto della procedura non comportava alcun profilo di nullità né determinava la rimessione della causa al giudice di primo grado se eccepita in sede di appello. In tal senso, cfr. Cass. civ., sez. lav., 8 agosto 2003, n. 12010; Cass. civ., sez. lav., 23 giugno 2003, n. 9973; Cass. civ., sez. lav., 8 ottobre 2002, n. 14414; Cass. civ., sez. lav., 20 aprile 2000, n. 189.

provinciale del lavoro, presso la Cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione era stato redatto, affinché il giudice competente, su istanza della parte interessata, ne accertasse la regolarità formale e lo dichiarasse esecutivo con decreto. Se il tentativo aveva avuto luogo in sede sindacale, il deposito doveva essere effettuato, a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale, all'Ufficio provinciale: il direttore dell'Ufficio, o un suo delegato, dopo averne verificato l'autenticità, avrebbe provveduto a depositarlo presso il Tribunale per l'ottenimento dell'esecutività.

Al contrario, il verbale di conciliazione amministrativa delle vertenze di lavoro pubblico costituiva fin da subito un titolo esecutivo. Pur comprendendosi come il legislatore intendesse in tal modo incentivare il ricorso allo strumento extragiudiziale in un settore da sempre riluttante all'utilizzo di procedure alternative al giudizio, non si può negare che la disposizione generasse una condizione di disuguaglianza irragionevole ed ingiustificata rispetto alla disciplina del settore privato, dove il verbale di conciliazione poteva essere dichiarato esecutivo dal giudice soltanto all'esito di un duplice controllo.

L'ottavo comma dell'art. 66 del d.lgs. n. 165/2001 sanciva un ultimo profilo di specialità per l'impiego pubblico. Prevedeva, infatti, l'esenzione da responsabilità amministrativa per il delegato della Pubblica Amministrazione allo svolgimento del tentativo che aderisse alla proposta conciliativa avanzata dal Collegio. E' evidente che la scelta normativa era determinata, anche in questo caso, dall'obiettivo di incentivare la composizione delle liti, ma risultava irragionevole sia la disparità rispetto al settore privato, sia la mancata estensione del medesimo regime di esenzione da responsabilità alle procedure svolte in sede sindacale, che per ogni ulteriore aspetto erano equiparate, anche nel settore del pubblico impiego, alle conciliazioni svolte in sede amministrativa.

Fino a qui l'evoluzione storica della disciplina della conciliazione. Essa, a ben vedere è avanzata di pari passo con quella dell'arbitrato, segno tangibile che questi strumenti sono stati immaginati nella mente del legislatore per comporre assieme un sistema di giustizia alternativa capace di alleviare le conseguenze dell'ingenza del contenzioso giudiziario, sebbene, lungo questo percorso, le regole della conciliazione abbiano subito modifiche dettate da logiche alterne, di favore e disfavore.

Le regole dell'arbitrato di lavoro, diversamente da quelle della conciliazione, non sono emerse in epoca fascista, bensì dopo la caduta dell'ordinamento corporativo. Da quel momento prendeva le mosse un atteggiamento legislativo di progressiva promozione dell'istituto. Questo atteggiamento si contrapponeva al divieto di stipula del

compromesso e di clausole compromissorie che vigeva nel periodo corporativo.

In particolar modo, gli accordi interconfederali sottoscritti nel 1947, nel 1950 e nel 1965, già citati, intendevano favorire l'impiego dell'arbitrato irrituale e rafforzavano, anche con riferimento a queste procedure, il ruolo del sindacato. L'arbitrato contemplato da questi accordi è stato descritto come "*fenomeno originario di giurisdizione privata intersindacale interna ai processi di contrattazione collettiva*"¹², chiamato ad operare all'esito di una procedura di conciliazione preventiva, all'interno del sistema contrattuale di riferimento.

Incisivi nel senso della promozione dell'istituto furono gli interventi compiuti dal legislatore con l'art. 7 della l. n. 604/1966 che, in caso di fallimento del tentativo di conciliazione della controversia sul licenziamento, dava alle parti la possibilità di definire la lite ricorrendo ad un arbitrato irrituale in sede amministrativa o sindacale¹³. Iniziò, così, il processo di legificazione dell'istituto.

Poco più tardi, il comma 6 dell'art. 7 Stat. lav. identificava il Collegio di conciliazione e arbitrato come una delle sedi per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari.

Durante il percorso storico di sviluppo della disciplina dell'arbitrato si è trovata la soluzione della questione teorica più complessa che ha riguardato questo istituto, cioè quella della distinzione tra arbitrato rituale, contemplato dal Codice di procedura civile, e arbitrato irrituale.

Dottrina e giurisprudenza nel corso degli anni hanno osservato che l'arbitrato rituale e quello irrituale possiedono, in realtà, la medesima essenza, perché optando per l'arbitrato, a qualunque tipologia esso appartenga, la parte rinuncia ad agire in giudizio, in favore di un procedimento alternativo, all'esito del quale il provvedimento conclusivo verrà emesso da soggetti privi della potestà di accertamento che appartiene al giudice¹⁴. Ciononostante, la natura profondamente differente dei rispettivi atti conclusivi ha portato a tracciare una distinzione netta fra le due fattispecie arbitrali, posto che la ritualità determina un provvedimento che produce gli effetti di una sentenza, mentre l'irritualità dà origine ad un atto che ha valore di contratto fra le parti e che di esse esprime la volontà ma che, con specifico riferimento all'arbitrato irrituale di lavoro, "*lungi dal concludersi*

¹² Così GIUGNI G., *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, 1960, p. 141.

¹³ L'impiego delle procedure arbitrali previste dalla formulazione al tempo vigente dell'art. 7 della l. n. 604/1966 è stata fatta salva dall'art. 18, comma 1, Stat. lav., come poi ribadito dalla norma di novellazione di cui all'art. 1 della l. n. 108/1990.

¹⁴ Cfr. Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527 in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 254 e ss.

sul terreno della mera autonomia negoziale (...) conduce ad un provvedimento, idoneo ad acquistare efficacia esecutiva, qualora non sia impugnato o l'impugnazione sia stata rigettata". Vi si aggiunge che "l'arbitrato di lavoro si differenzia dall'arbitrato rituale perché la natura di sentenza e la idoneità al giudicato da un lato devono continuare ad essere riconosciuti solo al lodo rituale, dall'altro la disciplina dell'impugnazione e dell'esecutività del lodo (...) non potrà valere se non per l'arbitrato irrituale"¹⁵.

Ne deriva la diversità delle regole procedurali da applicare alle due fattispecie arbitrali nelle controversie di lavoro.

La riforma processuale del 1973 sistematizzava la complessiva disciplina dell'istituto in ambito lavoristico.

In primo luogo, faceva venir meno il divieto di utilizzare l'arbitrato rituale per le controversie in materia di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c., al quale le parti potevano ricorrere in forza della nuova formulazione dell'art. 808 c.p.c., rubricato "*Clausola compromissoria*". Ciò, tuttavia, a condizione che la compromettibilità ad arbitri della lite fosse stata prevista all'interno di contratti o accordi collettivi, e purché la rimessione agli arbitri non pregiudicasse la facoltà delle parti di adire l'Autorità giudiziaria. Inoltre, la clausola compromissoria non poteva validamente autorizzare un pronunciamento secondo equità o dichiarare il lodo non impugnabile.

L'arbitrato irrituale era ammesso nei casi annoverati dalla legge oppure dai contratti o accordi collettivi, e l'invalidità del lodo poteva essere fatta valere solo per violazione di disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo. Si disponeva l'osservanza del secondo e del terzo comma dell'art. 2113 c.c., nella formulazione all'epoca vigente, perciò il lavoratore aveva la possibilità di impugnare il lodo entro sei mesi dalla pronuncia, mediante qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale.

L'arbitrato irrituale ne risultava piuttosto "instabile".

Nell'ottica di promuoverne l'impiego, i successivi interventi del legislatore hanno conferito maggiore stabilità all'arbitrato libero di lavoro, come si avrà modo di approfondire più avanti nella trattazione.

L'art. 5 della predetta l. n. 108/1990 indicava che, in caso di licenziamento individuale nelle imprese di minori dimensioni, il dipendente poteva evitare il tentativo di conciliazione e deferire la controversia ad un Collegio arbitrale.

I dd.lgs. n. 80/1998 e n. 387/1998 introducevano nell'ordinamento la disciplina

¹⁵ Cfr. TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999, p. 67.

dell'arbitrato irrituale di lavoro, inserendo nel Codice di rito gli artt. 412 ter e 412 quater.

La prima norma ammetteva il deferimento ad arbitri della controversia in caso di fallimento del tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c., o se comunque fosse inutilmente decorso il termine per il suo espletamento. Il ricorso all'arbitrato restava, però, sottoposto alla condizione della sua previsione da parte dei contratti o accordi collettivi nazionali, che inoltre dovevano stabilire una serie di requisiti, ossia: le modalità della richiesta di devoluzione della controversia al Collegio arbitrale e il termine entro il quale l'altra parte avrebbe potuto aderirvi; la composizione del Collegio arbitrale e la procedura per la nomina del presidente e dei componenti; le forme e i modi di espletamento dell'eventuale istruttoria; il termine entro il quale il Collegio avrebbe dovuto emettere il lodo dandone comunicazione alle parti interessate; i criteri per la liquidazione dei compensi agli arbitri.

L'art. 412 ter c.p.c. attribuiva ai contratti o accordi collettivi il potere di istituire Collegi o Camere arbitrali stabili e di deciderne i criteri per la composizione e per la distribuzione sul territorio. Stabiliva, altresì, che in sede di pronuncia del lodo dovessero trovare applicazione il meccanismo di rivalutazione dei crediti di lavoro di cui al terzo comma dell'art. 429 c.p.c. e, fatta salva una diversa disposizione della contrattazione collettiva, le regole per la liquidazione delle spese di procedura contenute nel primo comma dell'art. 91 c.p.c. e nell'art. 92 c.p.c.

L'art. 412 quater c.p.c. si occupava del regime di impugnazione del lodo e della sua esecutività. La competenza a giudicare della validità del provvedimento era assegnata in unico grado al Tribunale in funzione di giudice del lavoro nella cui circoscrizione aveva avuto luogo l'arbitrato. Il ricorso per l'impugnazione doveva essere depositato entro trenta giorni dalla notificazione del lodo; trascorso inutilmente questo termine, o se le parti avessero comunque dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale (così come se il ricorso fosse stato respinto dal Tribunale), il lodo doveva essere depositato nella Cancelleria del Tribunale, affinché il giudice, su istanza della parte interessata, provvedesse a verificarne la regolarità formale e, di conseguenza, a dichiararlo esecutivo con decreto, mediante lo stesso meccanismo che riguardava il verbale di conciliazione dei conflitti di lavoro privato.

La riforma del 1998 rafforzava gli istituti della conciliazione e dell'arbitrato di lavoro nell'intento, dichiarato, che attraverso di essi si potesse ridurre il numero delle cause giudiziali e abbreviare i tempi della giustizia ordinaria.

Molto forte era, però, il garantismo formale che interessava gli arbitrati

riducendone nei fatti l'efficacia, la quale presuppone due requisiti imprescindibili: la duttilità e la speditezza del procedimento. Esso non appariva competitivo rispetto al processo, persino nella condizione di ingolfamento in cui quest'ultimo si trovava.

Non solo: i nuovi artt. 412 ter e 412 quater c.p.c. facevano sì che, per la materia lavoristica, vi fosse uno spazio quasi esclusivo per gli arbitrati irrituali, laddove si optasse per la via arbitrale. Non valorizzando l'arbitrato rituale, che costituiva pur sempre uno strumento ulteriore offerto dall'ordinamento per affrontare le controversie di lavoro, il legislatore colpiva negativamente l'istituto nel suo complesso limitandone l'applicazione nell'ambito lavoristico.

Le scelte del legislatore del 1998 sono state oggetto di forte contestazione da parte della dottrina prevalente, che indirizzava il suo maggiore scetticismo verso l'idea secondo la quale il tentativo obbligatorio di conciliazione avrebbe costituito lo strumento per ridurre (se non addirittura risolvere) i problemi della giustizia del lavoro. Si riteneva che l'obiettivo finale avrebbe potuto essere perseguito attraverso la conciliazione soltanto se ad essa le parti si fossero accostate volontariamente, guidate da un'effettiva e condivisa intenzione di comporre la lite; altrimenti il procedimento avrebbe rappresentato un inutile formalismo¹⁶.

Le opinioni della dottrina erano confortate dalle stesse parole del legislatore che nel 1973 aveva introdotto il tentativo facoltativo di conciliazione. La Relazione di accompagnamento della riforma processuale al Senato recitava in modo cristallino: *“si è convinti che le procedure conciliative operino proficuamente se volontarie, e che, altrimenti, si riducano a mere formalità (...) l'esito positivo della procedura è immancabilmente collegato ad uno stato di disponibilità alla conciliazione delle parti: se questo sussiste saranno gli stessi contendenti a cercare un accordo, per evitare i rischi e gli oneri del giudizio, e quindi è inutile stabilire l'obbligatorietà del tentativo; altrimenti, dall'esperimento della procedura non potranno sortire risultati positivi ed allora l'averla imposta si risolverebbe in un dannoso ritardo all'accertamento giudiziale del diritto”*.

Parole che avrebbero potuto essere ripetute quasi quarant'anni dopo, alle soglie dell'approvazione del c.d. Collegato lavoro alla legge finanziaria 2010, per accompagnare il ripristino della regola della facoltatività dopo la presa d'atto del quasi totale fallimento del tentativo obbligatorio di conciliazione come via per l'alleggerimento del contenzioso

¹⁶ Fra gli altri, v. COSTANTINO G., *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzative e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 77 e ss.; TARUFFO M., *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 77 e ss.

giudiziale.

Dopo alcuni anni dall'entrata in vigore della riforma del 1998, autorevole dottrina¹⁷ guardava con profondi dubbi alla possibilità che l'arbitrato irrituale diventasse un autonomo strumento alternativo di composizione delle liti, nell'ambito di un ordinamento eteronomo caratterizzato da un altissimo grado di legificazione e da un'ampia area di indisponibilità in grado di mettere a rischio la validità degli atti compositivi. Pertanto, si osservava che gli arbitrati avrebbero potuto portare buoni frutti soltanto all'interno di un ordinamento autonomo dove la procedura costituisse un elemento del sistema di contrattazione collettiva.

Le riforme che si sono succedute nel tempo in realtà non hanno intaccato il primato della giurisdizione, che tipicamente appartiene al nostro ordinamento.

A dimostrazione dell'esattezza di queste riflessioni vi è il Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia del 2001, che nell'occuparsi della giustizia del lavoro affermava: *“In un quadro regolatorio moderno dei rapporti di lavoro anche la prevenzione e la composizione delle controversie individuali di lavoro deve ispirarsi a criteri di equità ed efficienza, ciò che senza dubbio non risponde alla situazione attuale. La crisi della giustizia del lavoro è, infatti, tale, sia per i tempi con cui vengono celebrati i processi, sia per la qualità professionale con cui sono rese le pronunce, da risolversi in un diniego della medesima, con un danno complessivo per entrambe le parti titolari del rapporto di lavoro. E' necessario anche in proposito guardare alle esperienze straniere più consolidate (dai tribunali industriali britannici ai probiviri francesi) per trarne motivo di riflessione e di approfondimento. La situazione, specialmente in alcune sedi giudiziarie, è davvero grave e deve essere affrontata con assoluta urgenza. A tal proposito il Governo considera assai interessante la proposta, da più parti avanzata, di sperimentare interventi di collegi arbitrali che siano in grado di dirimere la controversia in tempi sufficientemente rapidi. Tutte le controversie di lavoro potrebbero essere amministrate con maggiore equità ed efficienza per mezzo di collegi arbitrali. Con particolare riferimento al regime estintivo del rapporto di lavoro indeterminato, si potrebbe anche considerare a riguardo la possibilità di conferire allo stesso collegio arbitrale di optare per la reintegrazione o per il risarcimento, avuto riguardo alle ragioni stesse del licenziamento ingiustificato, al comportamento delle parti in causa, alle caratteristiche del mercato del lavoro locale”*.

¹⁷ Cfr. GRANDI M., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: problemi e prospettive*, in *Dir. rel. ind.*, 1, XIII, 2003, p. 67 e ss.

Da queste parole emerge con evidenza che la regolamentazione dell'arbitrato nell'ordinamento era vista come un tentativo di trovare soluzione ai problemi della giustizia.

La medesima logica si ritrovava l'anno seguente nel Patto per l'Italia, dove le parti sociali, fra le altre cose, si impegnavano ad elaborare forme condivise di conciliazione e di arbitrato, sempre considerando questi istituti non in se stessi, ma come mezzi da sviluppare per provare a rattoppare le lacerazioni del processo del lavoro. Una nuova riforma processuale rappresentava il primario obiettivo da perseguire per restituire vigore alla giustizia del lavoro.

Si cercava, pertanto, in quegli anni di portare all'attenzione del legislatore la necessità di occuparsi dell'arbitrato, e in generale degli istituti alternativi al giudizio, senza ingabbiarli all'interno di un rigido sistema di regole, che non si confà alla loro natura dinamica.

Di pari passo sarebbe dovuto andare lo sviluppo di un contesto culturale favorevole a questi strumenti, sia fra i professionisti e gli accademici, che, invece, hanno continuato in prevalenza a diffidare di essi, sia fra le parti sociali.

Mancava, inoltre, una garanzia della qualità, che il Libro verde dell'Unione europea del 2002 sui modi alternativi di risoluzione delle controversie annoverava tra le condizioni imprescindibili per la loro diffusione, e che consiste nella capacità di produrre soluzioni vantaggiose per entrambi i litiganti, veloci, poco costose, adeguate nei contenuti, grazie, in primo luogo, alla professionalità dei conciliatori e degli arbitri.

Sulla materia degli arbitrati di lavoro ha inciso anche il d.lgs. n. 40/2006, che ha attuato la legge delega n. 80/2005. Specificamente, per quanto qui interessa, il decreto ha revisionato l'art. 806 c.p.c. ("*Controversie arbitrabili*") e l'808 c.p.c. ("*Clausola compromissoria*"). Le norme codicistiche annoverano, ora, espressamente fra le controversie che possono essere risolte con un arbitrato rituale anche quelle di lavoro, purché ciò sia previsto dalla legge oppure dai contratti o accordi collettivi.

L'intervento di revisione dei due articoli citati ha poi fatto scomparire sia la prescrizione di nullità della clausola compromissoria che autorizzi gli arbitri a decidere secondo equità oppure che dichiari il lodo non impugnabile, sia la previsione secondo cui la stipula di un accordo compromissorio non deve pregiudicare alle parti la facoltà di adire il giudice.

In realtà, dal complesso delle disposizioni, per una parte della dottrina l'arbitrato rituale di equità risulta ancora possibile. Secondo un primo orientamento, deriva dai

commi 4 e 5 dell'art. 829 c.p.c. (“*Casi di nullità*”), che ammettono, rispettivamente, l'impugnazione del lodo pronunciato negli ambiti di cui all'art. 409 c.p.c. per violazione delle norme di diritto relative al merito della lite e per violazione dei contratti o accordi collettivi, che una clausola compromissoria con la quale si richieda agli arbitri di decidere secondo equità, o che stabilisca la rinuncia delle parti ad impugnare il lodo per violazione di legge, sarebbe priva di effetti, sebbene (e sarebbe questa la differenza rispetto al sistema antecedente la riforma) non più affetta dalla sanzione della nullità¹⁸.

Secondo un altro orientamento¹⁹ il quarto comma dell'art. 829 c.p.c. che ammette l'impugnazione del lodo rituale di lavoro per violazione delle regole di diritto, farebbe riferimento al caso in cui le parti non abbiano previsto nulla o a quello in cui esse abbiano espressamente richiesto agli arbitri una decisione secondo diritto. Laddove agli arbitri sia stato chiesto di pronunciarsi secondo equità ai sensi dell'art. 822 c.p.c. (“*Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità*”), il lodo potrebbe essere impugnato solamente per violazione delle norme di ordine pubblico, come previsto dall'art. 829, comma 3 c.p.c. La norma da ultimo citata recita, infatti, che: “*L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico*”.

A sostegno di questa opinione si è posta, poi, l'assimilazione del lodo rituale alla sentenza, con riferimento alla quale l'art. 339 c.p.c. pone una regola analoga.

Quanto alla facoltà di adire il giudice ordinario, sembrerebbe che il legislatore abbia effettivamente inteso prescrivere la vincolatività degli accordi tra lavoratore e datore di lavoro sulla risoluzione secondo arbitrato rituale delle controversie.

Il decreto del 2006 ha eliminato l'anomalia che era determinata dal fatto che, prima della riforma, il compromesso avente ad oggetto liti di lavoro era considerato invalido ai sensi dell'art. 806 c.p.c., mentre la clausola compromissoria con identico oggetto, e stipulata in presenza delle condizioni di cui all'art. 808 c.p.c., era valida. Il secondo comma dell'art. 806 c.p.c. ha infatti reso arbitrabili in via rituale le controversie di lavoro alla specifica condizione della previsione dell'arbitrato da parte della legge o dei contratti o accordi collettivi.

¹⁸ Cfr. BORGHESI D., *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 821 e ss.

¹⁹ Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. arb.*, 2008, 4, p. 459 e ss.

Tuttavia, si è instaurata la discussione circa l'operatività o meno della previsione del primo comma del nuovo art. 806 c.p.c., che esclude l'arbitrabilità delle controversie che abbiano ad oggetto diritti indisponibili, con riferimento alle liti di lavoro. La prevalente dottrina ritiene che la struttura della norma non lasci alcun dubbio sulla possibilità di risolvere secondo arbitrato rituale anche le controversie di lavoro che coinvolgono diritti indisponibili.

La legge non si è espressa sulle modalità per nominare gli arbitri. Queste sono state definite prima dall'autonomia collettiva, e poi da quella individuale, ma sempre nel rispetto del principio di imparzialità del giudicante, che nella formazione del Collegio arbitrale impone di rispettare l'equidistanza dalle parti dell'Organo. Trova origine in questo principio il contenuto del comma 4 dell'art. 832 c.p.c. ("*Rinvio a regolamenti arbitrali*"), come riformulato nel 2006, che nega alle istituzioni di carattere associativo e a quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionali la possibilità di nominare arbitri nelle controversie che contrappongono a terzi i propri associati (o comunque gli appartenenti alla categoria professionale). Si ritiene che questa norma possa trovare applicazione anche con riferimento all'arbitrato irrituale del lavoro²⁰.

Il legislatore della riforma ha rivisto anche il testo dell'art. 829 c.p.c. ("*Casi di nullità*"). Oltre a quanto si è già detto sul giudizio di equità, la dottrina si è chiesta se la diversa formulazione dei commi 4 e 5 (il primo indica che l'impugnazione per violazione delle regole di diritto nelle controversie di lavoro è sempre ammessa, mentre il secondo afferma che, nelle stesse, il lodo può essere impugnato anche per violazione di contratti e accordi collettivi) stia ad intendere l'esistenza di regimi differenti per le due fattispecie, in forza dei quali l'impugnazione del lodo per violazione del contratto collettivo, e non quella per violazione della legge, potrebbe essere negata su volontà concorde delle parti. Questa interpretazione viene però esclusa dallo stesso testo della legge, che identifica la previsione dell'arbitrabilità della controversia all'interno dell'accordo collettivo come condizione imprescindibile, innanzitutto, per la devoluzione agli arbitri della controversia e rende pertanto difficile che l'autonomia individuale possa stabilire se gli arbitri, nel decidere, debbano attenersi al contenuto del contratto collettivo.

Il decreto del 2006 si è occupato anche dell'arbitrato irrituale, introducendo nel Codice una norma a questo intitolata, ossia l'art. 808 ter c.p.c.

Questa norma contiene la disciplina di carattere generale dell'arbitrato irrituale, ed

²⁰ Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. arb.*, 2008, 4, p. 459 e ss.

è proprio nella dinamica del rapporto fra legge generale e legge speciale che doveva (e deve) essere letta la relazione fra l'art. 808 ter c.p.c. e le norme dedicate agli arbitrati irrituali di lavoro. L'art. 808 ter c.p.c. dovrebbe, pertanto, trovare applicazione agli arbitrati di lavoro soltanto se le disposizioni speciali non stabiliscono diversamente, e comunque presupponendo la compatibilità dei sistemi di disciplina.

In questa ottica è apparsa, e appare tuttora, non immediata l'armonizzazione delle due discipline sotto il profilo dell'impugnazione del lodo.

L'art. 808 ter c.p.c. elenca, infatti, cinque cause di annullamento del lodo, e più precisamente: se la convenzione di arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel corso del procedimento; se gli arbitri non sono stati nominati nel rispetto delle forme e dei modi fissati nella convenzione arbitrale; se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro ai sensi dell'art. 812 c.p.c.; se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo; se non è stato osservato nel procedimento il principio del contraddittorio. A questi si aggiungono la contrarietà del lodo a norma imperativa di legge o di contratto collettivo e l'errore essenziale e riconoscibile sul fatto, posto che il lodo non pare sottrarsi alla disciplina dei contratti in genere.

La disciplina degli arbitrati irrituali di lavoro non prevedeva nulla a riguardo. L'art. 412 quater c.p.c. si limitava a menzionare genericamente eventuali controversie sulla validità del lodo. Gli studiosi hanno esteso, allora, i motivi di annullamento elencati dall'art. 808 ter c.p.c. agli arbitrati di lavoro, da far valere, però, nel termine e secondo le modalità che tracciava l'art. 412 quater c.p.c.

Infine, sempre nell'ottica del coordinamento della disciplina generale e speciale, la previsione contenuta nell'art. 808 ter c.p.c., che nega l'applicabilità dell'art. 825 c.p.c. sul deposito del lodo emanato all'esito di un arbitrato rituale, non è risultata incompatibile con la procedura di cui all'art. 412 quater c.p.c. per l'attribuzione della forza esecutiva al lodo irrituale, in quanto le due norme avevano ambiti operativi differenti e si è pertanto ritenuto che potessero convivere²¹.

2. I RILIEVI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Sul percorso di evoluzione storica delle discipline dell'arbitrato e della

²¹ Cfr. BORGHESI D., *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 821 e ss.

conciliazione di lavoro hanno inciso anche gli interventi della Corte costituzionale, che hanno riguardato i profili più delicati dei due istituti.

Fin dall'inizio, la dottrina ha manifestato seri dubbi circa l'idoneità del tentativo obbligatorio di conciliazione a conseguire quella deflazione del contenzioso che il legislatore ha sempre posto come ragione e scopo degli interventi che hanno interessato gli strumenti alternativi al processo, come è emerso dalla ricostruzione del quadro storico.

Molti studiosi hanno segnalato il rischio che il tentativo obbligatorio di conciliazione potesse risolversi in un mero passaggio burocratico, e dunque in un obbligatorio "*parcheggio della controversia presso uffici rassegnati a fungere da parcheggio*"²², con quanto avrebbe potuto conseguirne sul piano della legittimità costituzionale della disciplina, in particolare rispetto all'art. 24 Cost. Nell'obbligo di esperire il tentativo si ravvisava un limite all'esercizio dell'azione in giudizio per la tutela dei propri diritti. Tanto più essendo già largamente diffusa fra i commentatori la riflessione per la quale l'utile funzionamento delle procedure conciliative necessita che ad esse ci si accosti perché realmente si intende trovare un accordo per mettere fine alla lite.

Le perplessità si sono manifestate sin dall'entrata in vigore della l. n. 108/1990.

La Corte costituzionale interveniva nel dibattito con la sentenza n. 82 del 1992²³ per mettere in evidenza i punti di forza dell'istituto. La Consulta indicava, infatti, che "*l'adempimento di un onere, lungi dal costituire uno svantaggio per il titolare della pretesa sostanziale, ne rappresenta il modo di soddisfazione più pronto e meno dispendioso*" e ridimensionava il peso del tentativo obbligatorio di conciliazione nella sua accezione di vincolo all'azione in giudizio, escludendo che esso potesse determinare "*una secca subordinazione dell'azione al previo esperimento di una diversa tutela giurisdizionale, costringendo il singolo, in un primo tempo, a rivolgersi ad un organo non giudiziale*".

Invero, già una parte degli studiosi aveva ammesso che l'esperimento dell'azione in giudizio potesse legittimamente venire condizionato, purché non si trattasse di condizioni tali da rendere impossibile o eccessivamente arduo l'esercizio del proprio diritto di difesa²⁴.

La generalizzazione dell'obbligatorietà del tentativo portava comunque a

²² Così espressamente VACCARELLA R., *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p.744.

²³ Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82, . in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 20 e ss. con nota di BALLETTI E.

²⁴ Cfr. BORGHESI D., *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato nei licenziamenti*, in CARINCI F. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, Napoli, 1991, p. 229 e ss.

sollevare molte questioni di legittimità costituzionale davanti alla Corte.

Pochi mesi dopo l'entrata in vigore della riforma del 1998 veniva sottoposta al vaglio della Corte la denuncia di un eccesso di delega con riferimento alla legge delega n. 59/1997 che, stando all'ordinanza di rimessione, all'art. 11 avrebbe circoscritto la materia delegata ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e non avrebbe fatto esplicita menzione del carattere obbligatorio del tentativo di composizione delle liti²⁵.

Si denunciavano anche una possibile ingerenza del legislatore delegato nelle attribuzioni della magistratura *ex art. 134 Cost.* e il differimento nel tempo degli effetti garantistici dell'intervento del giudice²⁶.

La Corte interveniva a sciogliere anche questi dubbi di costituzionalità. La nota sentenza n. 276 del 2000 ha statuito la legittimità costituzionale degli artt. 410, 410 bis, 412 bis c.p.c., nella formulazione all'epoca vigente, sia con riferimento all'art. 76 Cost., giudicando insussistente la violazione dei contenuti della legge delega, sia con riferimento agli artt. 24 e 134 Cost.²⁷.

Infatti, la Corte non ravvisava nel tentativo obbligatorio di conciliazione una limitazione della prerogativa di agire in giudizio, bensì un presupposto processuale che interessava *“unicamente le modalità di esercizio dell'azione e dunque, interessa solo il diritto di difesa delle parti, la cui prospettata violazione viene a torto assunta come necessariamente menomativa di tali attribuzioni”*. La Corte riteneva che con la previsione della regola dell'obbligatorietà del tentativo fosse stato realizzato un compromesso tra le esigenze di decongestionamento dei carichi giudiziari e le esigenze di effettività della funzione giurisdizionale, e che tale compromesso fosse del tutto ragionevole. Ciò in quanto l'obbligo di espletare il tentativo di conciliazione tendeva, da una parte, a soddisfare l'interesse generale alla deflazione del contenzioso attribuito al giudice ordinario e, dall'altra parte, ad offrire ai soggetti in conflitto l'opportunità di ottenere un soddisfacimento dei propri diritti più immediato di quello che avrebbero potuto conseguire attraverso il processo.

Inoltre, l'esercizio del diritto di azione non appariva in alcun modo ostacolato dall'espletamento del tentativo ma, tutt'al più, ritardato, per un tempo massimo (sessanta o novanta giorni, a seconda che si trattasse di lavoro privato o di impiego pubblico) che la

²⁵ Pret. Lecce, ord. 25 novembre 1998, in *Not. giur. lav.*, 1999, p. 265 e ss.

²⁶ Trib. Parma, ord. 23 luglio 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 800 e ss.

²⁷ Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro it.*, 2000, I, 2752.

Corte giudicava “*obbiettivamente limitato e non irragionevole*” e utile sia ad evitare il malfunzionamento del sistema giudiziario, sia a favorire la composizione delle liti in maniera più soddisfacente per le parti.

Anche le altre garanzie connesse all’esperienza della procedura a parere della Consulta rendevano la disciplina immune da censure di illegittimità: la richiesta del tentativo sospendeva il decorso dei termini di prescrizione e di decadenza; il giudice si limitava a sospendere il processo che fosse stato iniziato prima della richiesta di conciliazione; l’attore poteva comunque tutelare il proprio diritto in via cautelare senza alcun impedimento.

Quanto, poi, alle perplessità manifestate circa l’efficienza dello strumento, nella stessa sentenza del 2000 la Corte deduceva che l’eventuale inefficienza dell’assetto del tentativo obbligatorio di conciliazione non sarebbe stata sufficiente di per sé a porre in contrasto con l’art. 24 Cost. le norme che lo prevedevano, perché la mancata efficienza di uno strumento di protezione avrebbe potuto tradursi nella violazione di una norma costituzionale soltanto in quanto la violazione derivasse direttamente dalla legge così come formulata e non dalle modalità più o meno efficaci della sua applicazione.

Sull’eccesso di delega i giudici osservavano che la volontà del legislatore era quella di estendere il regime di obbligatorietà del tentativo anche al settore privato, come dimostrato dall’inciso contenuto al comma 4, lett. g), del menzionato art. 11 della legge delega sulle “*misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso*”.

Con questa sentenza la Corte costituzionale confermava quanto già sostenuto in una decisione resa in precedenza sul meccanismo di cui all’art. 5 della l. n. 108/1990²⁸.

Anche in altri pronunciamenti la Corte esprimeva il medesimo principio e confermava la sua posizione rispetto agli artt. 24 e 134 Cost.²⁹.

Alcuni commentatori restavano comunque fermi sulla propria posizione e non condividevano la sentenza n. 276 del 2000 della Corte, così come non avevano condiviso la sentenza n. 82 del 1992. Le ragioni del dissenso stavano nell’idea per cui le norme che condizionano l’esercizio dell’azione all’esecuzione di adempimenti preliminari avrebbero dovuto essere valutate in concreto, con riferimento alla loro effettiva utilità come filtro delle controversie, e attraverso i parametri tradizionalmente impiegati dalla Corte stessa,

²⁸ Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82, in *Foro it.*, 1992, I, 1023.

²⁹ Corte cost. 16 maggio 2000, n. 144, in *Giur. Cost.*, 2000, p. 1373; Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 398, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1777.

non, invece, attraverso criteri che da questa parte della dottrina venivano giudicati meramente formali³⁰.

Venendo ora all'arbitrato, si osserva che le questioni sulle quali è stata chiamata ad esprimersi la Corte costituzionale attengono essenzialmente alla relazione con la giurisdizione ordinaria.

La prima pronuncia della Corte risale al 1958³¹. Al suo interno è stato elaborato il ragionamento a cui si sarebbero uniformate le successive sentenze in materia.

La Consulta affermava l'illegittimità costituzionale delle norme che escludono, per una determinata categoria di controversie, la competenza del giudice in favore dell'arbitrato; pertanto dichiarava contrario a Costituzione l'arbitrato che sia la legge stessa a rendere obbligatorio e vincolante.

Al divieto di devoluzione obbligatoria delle controversie agli arbitri, invece, per la Corte del 1958 non è sottoposta l'autonomia contrattuale. Di conseguenza sono validi il compromesso e le clausole compromissorie che dispongono la risoluzione in arbitrato della controversia, a patto, tuttavia, che le parti abbiano optato per l'arbitrato, e quindi rinunciato a ricorrere all'autorità giudiziaria, mediante una scelta effettivamente libera e volontaria.

L'osservazione della Corte che consente all'autonomia contrattuale di fare ciò che è vietato alla legge, ai regolamenti e a ogni norma autoritativamente imposta, fa sorgere qualche perplessità; ma il principio di riequilibrio risiede proprio nella condizione per cui la stipula del compromesso o della clausola compromissoria deve essere il frutto di una manifestazione di volontà libera e consapevole di ciascuna delle parti.

La decisione di compromettere ad arbitri la controversia, nel ragionamento della Consulta, costituisce un modo di disporre del diritto di azione tutelato dall'art. 24 Cost. ed è pertanto legittima, se volontariamente assunta.

La sentenza n. 127 del 1977³² rappresenta un'altra tappa di rilievo nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sull'arbitrato.

La pronuncia ribadisce come la volontarietà dell'opzione renda legittimo l'arbitrato, in quanto la Costituzione garantisce a ognuno il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi; così, *“il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (come uno*

³⁰ Fra gli altri, v. TRISORIO LIUZZI G., *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato di lavoro nelle controversie di lavoro provato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 958.

³¹ Corte cost. 22 aprile 1958, n. 35.

³² Corte cost. 4 luglio 1977, n. 127.

dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, comma 1 Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma 1 Cost. (...) sicché la «fonte» dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa". Essa pone altresì l'attenzione sul disequilibrio delle parti che caratterizza il rapporto di lavoro, sotto il profilo della forza economica, e quindi contrattuale, per derivarne, come conseguenza, che a monte del libero ed utile impiego dell'arbitrato dovrebbe collocarsi un maggiore equilibrio economico fra le parti.

La sentenza n. 152 del 1996³³ ha approfondito ulteriormente quest'ultimo aspetto, con l'esito di rafforzare il "peso" della genuinità della scelta del singolo per l'arbitrato nell'ambito della valutazione della legittimità di quest'ultimo.

La questione sottoposta al giudizio di costituzionalità riguardava l'art. 16 della l. n. 741/1981 relativa alle procedure per l'esecuzione delle opere pubbliche, nella parte in cui stabiliva che la competenza arbitrale non poteva essere derogata con un atto unilaterale dei contraenti, ma soltanto con clausola inserita nel bando o nell'invito di gara, oppure nel contratto in caso di trattativa privata.

La questione veniva sollevata in relazione agli artt. 24 e 102 Cost., in quanto si ravvisava nella norma una fattispecie di arbitrato obbligatorio dove l'opzione per il giudizio in luogo dell'arbitrato poteva essere esercitata esclusivamente dalla pubblica amministrazione appaltatrice con proprio atto autoritativo e il privato che partecipava alla gara o alla trattativa non poteva cambiare tale scelta.

La pronuncia precisava che, richiedendosi *"l'accordo delle parti per derogare alla competenza arbitrale, si rimette pur sempre alla volontà della sola parte che non voglia tale accordo derogatorio, l'effetto di rendere l'arbitrato concretamente obbligatorio per l'altro soggetto che non l'aveva voluto"*, essendo *"sufficiente la mancata intesa sulla deroga della competenza arbitrale per vanificare l'apparente facoltatività bilaterale dell'opzione"*.

Si ravvisava quindi anche in una situazione di questo tipo una fattispecie di arbitrato obbligatorio per una delle parti del rapporto.

L'arbitrato non sarebbe risultato obbligatorio se, anche dopo l'aggiudicazione dell'appalto e fino alla nomina degli arbitri per la decisione della controversia, ciascuna delle parti avesse potuto optare per la giurisdizione ordinaria.

³³ Corte cost. 9 maggio 1996, n. 152, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 1.

3. LE NOVELLE DEL COLLEGATO LAVORO SACCONI (L. N. 183/2010)

La disciplina delle conciliazioni e quella dell'arbitrato di lavoro sono state significativamente riformate dalla l. n. 183/2010, c.d. Collegato lavoro alla legge Finanziaria 2010, entrata in vigore il 24 novembre 2010 dopo un tormentato *iter* legislativo protrattosi per ventisette mesi³⁴.

L'approvazione in via definitiva del Collegato lavoro è stata anticipata da numerosi interventi di modifica del testo normativo, sia precedenti sia successivi al suo rinvio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica.

Con un messaggio del 31 marzo 2010, infatti, il Capo dello Stato, pur esprimendo apprezzamento per la valorizzazione degli strumenti alternativi al processo compiuta nel testo, lo rinviava alle Camere. La ragione principale di questa scelta era rappresentata dalle disposizioni in materia di arbitrato, che il Presidente riteneva inadeguate a garantire che la scelta della parte debole del rapporto di devolvere ad arbitri le eventuali controversie che fossero insorte con il datore di lavoro fosse realmente libera e consapevole.

Il messaggio del Presidente Napolitano esprimeva, in sostanza, gli stessi timori che molti anni addietro aveva espresso la Corte costituzionale.

Questo intervento normativo, e specialmente l'art. 31 della legge, ha configurato le norme che, ad oggi, regolamentano i due istituti.

Vedremo se tali norme stiano portando o meno verso la realizzazione del traguardo auspicato (anche) dal legislatore del 2010, cioè la deflazione del contenzioso.

Si tratterà, in primo luogo, la riforma della conciliazione, a partire, naturalmente, dalla novità principale, costituita dal ripristino della facoltatività del tentativo di conciliazione delle liti preventivo all'azione in giudizio.

3.1 LA CONCILIAZIONE

3.1.1 IL RIPRISTINO DELLA FACOLTATIVITÀ DEL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE DELLE LITI DI LAVORO

Con la reintroduzione della facoltatività del tentativo di composizione delle liti di lavoro, il legislatore sembra aver accolto le critiche che la maggior parte della dottrina aveva indirizzato alla regola dell'obbligatorietà. In effetti, la regola dell'obbligatorietà

³⁴ Cfr. CAZZOLA G., *Collegato lavoro: una storia lunga ventisette mesi*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 2, p. 249.

non ha portato i risultati che si erano attesi in termini di alleggerimento dei carichi giudiziari. Taluni hanno addirittura rilevato come se ne sia, anzi, pagato il prezzo di un ulteriore rallentamento dei tempi del processo, perché il tentativo obbligatorio di conciliazione si sarebbe spesso tradotto in un adempimento burocratico, eseguito senza aspettative dalle parti³⁵.

Sembra che il legislatore abbia voluto dare ascolto anche alle osservazioni della Corte costituzionale sulla necessità che i litiganti si avvicinino alla conciliazione con la volontà effettiva di comporre la controversia prima del (e fuori dal) giudizio, quindi con lo spirito adatto a produrre buoni esiti.

La novella Sacconi ha mantenuto un'eccezione alla regola della facoltatività, rappresentata dall'esperimento obbligatorio del tentativo di conciliazione *ex art. 80*, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003 nell'ipotesi in cui si intenda agire in giudizio per contestare la certificazione del contratto di lavoro. Tale eccezione è stata fatta salva dall'art. 31, comma 2, della l. n. 183/2010.

Quindi, le vertenze per mezzo delle quali si intende accertare che nell'atto di certificazione sussistono vizi del consenso, oppure l'erronea qualificazione del contratto o, ancora, che tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione è intercorsa una difformità, devono essere precedute dall'esperimento della conciliazione, da svolgere innanzi alla stessa Commissione di certificazione.

L'identificazione del conciliatore con l'organo certificatore risulta con ogni evidenza dettata dalla volontà del legislatore di rafforzare (e rendere più credibile) la certificazione, che altrimenti, secondo le voci di numerosi studiosi della materia, apparirebbe un istituto persino "*inconcludente*"³⁶.

L'art. 80 del d.lgs. n. 276/2003 non appresta un procedimento specifico per l'esecuzione di questo tentativo, perciò si ritengono ad esso applicabili, sempre nei limiti della compatibilità, le nuove regole del tentativo facoltativo.

Quanto alla natura di questo istituto, in assenza di indicazioni specifiche da parte della legge appare logico considerarlo una condizione di procedibilità della domanda in giudizio, e non una condizione di inammissibilità della domanda, perché tale era considerato, fuori da ogni dubbio, prima della novella del 2010. Del resto, questo istituto

³⁵ Cfr. FERRARO G., *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: profili generali*, in CINELLI M., FERRARO G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Torino, 2011, p. 47 e ss.

³⁶ Cfr. MUTARELLI M.M., *Ipotesi residue di conciliazione obbligatoria*, in CINELLI M., FERRARO G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Torino, 2011, p. 83.

rappresentava un'ipotesi specifica del generale tentativo obbligatorio di conciliazione che interessava tutte le controversie lavoristiche. Vi è poi da considerare che il condizionamento dell'azione per motivi di inammissibilità è ritenuto in contrapposizione con la Carta costituzionale. L'improcedibilità della domanda, infatti, mantiene la causa pendente davanti al giudice per il tempo necessario a sanare il vizio che ha determinato l'improcedibilità stessa e, una volta eseguito l'adempimento richiesto, il processo può essere riassunto. Al contrario, l'inammissibilità della domanda fa cessare la litispendenza e, con essa, cessano tutti gli effetti sostanziali e processuali della domanda. Se ne deduce che il meccanismo dell'inammissibilità contrasta con l'art. 24 Cost. perché impedisce di accedere con immediatezza alla tutela giurisdizionale dei propri diritti, che mette a rischio di estinzione a causa del decorso del tempo. Questo non si verifica se la domanda viene dichiarata improcedibile. L'interpretazione trova fondamento anche nella giurisprudenza della Consulta che aveva accertato la legittimità dell'art. 5 della l. n. 108/1990, il quale aveva reso obbligatorio il tentativo di conciliazione nelle controversie sui licenziamenti individuali. La Corte aveva affermato che l'esperimento della procedura faceva sospendere il processo e non elideva gli effetti della domanda che fosse stata presentata in giudizio senza che i soggetti in lite avessero prima tentato la conciliazione³⁷.

L'approvazione del Collegato lavoro ha richiamato il dibattito che si era sviluppato dopo l'entrata in vigore dei decreti del 1998, circa l'introduzione della disciplina generale del tentativo obbligatorio di conciliazione e la sopravvivenza o meno dell'ipotesi specifica di obbligatorietà del tentativo prevista dal citato art. 5 della l. n. 108/1990 con riferimento alle imprese di minori dimensioni. La norma in questione, infatti, non è mai stata espressamente abrogata.

I commentatori dell'epoca si erano suddivisi fra due orientamenti interpretativi. Il primo orientamento riteneva che l'art. 5 fosse stato colpito da una tacita abrogazione per effetto dell'art. 15 disp. prel. c.c., che prevede, appunto, l'abrogazione automatica di una disciplina nell'ipotesi in cui l'intera materia alla quale la disciplina si riferisce sia stata regolamentata da parte di una legge successiva. Nello specifico, la prescrizione dell'art. 5 sarebbe stata abrogata per effetto dell'entrata in vigore dei decreti del 1998, che avevano generalizzato l'obbligatorietà del tentativo³⁸. A questa lettura ha aderito anche la Corte di cassazione, con una sentenza che ha preceduto di alcuni anni l'approvazione del

³⁷ Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 20 e ss., con nota di BALLETTI E.

³⁸ *Ex multis*, MAGRINI S., *La "piccola riforma" della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. prat. lav.*, 1998, p. 1587 e ss.

Collegato lavoro³⁹. Il secondo orientamento sosteneva, invece, che l'art. 5 fosse rimasto in vita e continuasse ad operare nel proprio specifico ambito di riferimento, sulla base del principio giuridico per il quale la legge generale posteriore non può derogare alla legge speciale precedente⁴⁰.

La maggiore condivisibilità del primo orientamento è stata ribadita dai commentatori della l. n. 183/2010, e tale orientamento si ritiene di condividere, oltre che per le ragioni di diritto che si sono esposte, anche perché esso appare più opportuno in un'ottica di economia normativa e certezza del diritto.

Per un principio da lungo tempo condiviso in dottrina e giurisprudenza, che considera istantaneo e non retroattivo l'effetto abrogativo, è escluso che il Collegato lavoro abbia riportato in vita una norma abrogata, quale l'art. 5 della l. n. 108/1990, per avere novellato la norma abrogatrice, cioè l'art. 410 c.p.c.

3.1.2 LA MOLTIPLICAZIONE DELLE SEDI DI CONCILIAZIONE QUALE (PRESUNTO) INCENTIVO AL SUO UTILIZZO. LA CONCILIAZIONE IN SEDE AMMINISTRATIVA

Il legislatore del 2010 ha voluto alimentare la "buona conciliazione" e, per farlo, è ricorso anche all'espedito della moltiplicazione delle sedi conciliative. In questo modo, però, si è esposto alle critiche che derivano dall'aver attribuito competenze così delicate, come quelle che attengono alla composizione delle controversie di lavoro, a organismi e soggetti non adeguatamente, e soprattutto non appositamente, formati.

E' stata però configurata una procedura conciliativa dettagliata e rigorosa, che ricalca quella prevista per l'esperimento del tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro pubblico sino all'entrata in vigore del Collegato. Se da un lato questa procedura pone una serie di regole probabilmente pensate dal legislatore per indurre le parti a svolgere con attenzione il tentativo di conciliazione nella speranza che esso si concluda positivamente, dall'altro, essa allontana dall'istituto della conciliazione per via della sua eccessiva rigidità.

Bisogna, tuttavia, dare conto del fatto che le sedi conciliative hanno in realtà adottato prassi più semplici e rapide della procedura di legge.

E' diffusa innanzitutto la prassi della richiesta congiunta alla competente Direzione territoriale del lavoro della convocazione per l'espletamento del tentativo di

³⁹ Cass. civ., sez. lav., 19 giugno 2006, n. 14087, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 188 e ss., con nota di PARDINI A.

⁴⁰ *Ex multis*, TISCINI R., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1087 e ss.

conciliazione facoltativo. Lo stesso Ministero del lavoro ha predisposto un apposito modulo di richiesta congiunta⁴¹ che il lavoratore e il datore di lavoro richiedenti possono compilare con i propri dati (compresa, per quanto riguarda il lavoratore, l'indicazione del contratto collettivo applicato al rapporto e, per quanto riguarda il datore di lavoro, l'indicazione del numero dei dipendenti occupati in azienda all'atto della richiesta) e con la descrizione dell'oggetto della controversia, ed inviare alla Direzione territoriale affinché questa proceda a convocarli per la sottoscrizione dell'accordo già raggiunto.

La prassi, dunque, ha aggirato la volontà del legislatore di fare in modo che la fase conciliativa, peraltro resa facoltativa, non si limitasse ad essere il momento di ratifica di un'intesa già raggiunta in altra sede dalle parti, ma si trasformasse, anche attraverso la predeterminazione di un procedimento rigoroso, in un vero momento di confronto per l'elaborazione dell'accordo.

La prassi dimostra il fallimento della procedura di cui al nuovo art. 410 c.p.c. Essa è applicabile a tutte le controversie di lavoro, sia del settore privato, sia di pubblico impiego, con espressa abrogazione per mano del Collegato lavoro degli artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001. Sono stati abrogati dall'art.31 del Collegato anche gli artt. 410 bis e 412 bis c.p.c.; sono stati, invece, novellati gli artt. 410, 411, 412, 412 ter e 420, comma 1, c.p.c.

Il procedimento per la conciliazione in sede amministrativa presso gli uffici ministeriali, di cui all'art. 410 c.p.c., dovrebbe prendere avvio da una domanda di parte di convocazione della Commissione di conciliazione presso la Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente. La competenza territoriale deve essere individuata secondo i parametri dettati dall'art. 413 c.p.c.

La Commissione è composta dal direttore dell'ufficio stesso o da un suo delegato o da un magistrato collocato a riposo, in qualità di presidente, da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei datori di lavoro e da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei lavoratori, designati dalle rispettive Organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale. Quando ve ne sia la necessità (ma è ciò che comunemente accade, anche per far fronte alla scarsità di risorse umane a tale scopo disponibili), le Commissioni affidano l'esecuzione del tentativo di conciliazione a proprie sottocommissioni, presiedute dal direttore della Direzione territoriale del lavoro o da un suo delegato, che rispecchino la composizione prevista dal terzo comma. In ogni

⁴¹ Il modulo può essere scaricato dal sito istituzionale del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, alla sezione dedicata alla modulistica.

caso per la validità della riunione è necessaria la presenza del presidente e di almeno un rappresentante dei datori di lavoro e almeno un rappresentante dei lavoratori.

Il Collegato lavoro ha introdotto una novità anche nella composizione della Commissione (o delle sottocommissioni) di conciliazione, che può essere presieduta dal direttore dell'Ufficio del lavoro, ma in alternativa anche da un magistrato collocato a riposo in qualità di presidente. La novità sembra essere stata dettata dall'esigenza, da più parti avvertita prima della riforma, di rendere l'Organo collegiale professionalmente più qualificato e più autorevole. A quanto consta, però, la previsione non è stata sfruttata a beneficio del migliore funzionamento della conciliazione, in quanto restano a presiedere le Commissioni amministrative i funzionari ministeriali. Forse questo accade per prassi e per fare in modo che la gestione dell'attività conciliativa resti una prerogativa ministeriale. Ad ogni modo non è facile trovare magistrati in pensione disposti a svolgere questi compiti dietro compensi modesti⁴². Si tratterebbe di trovare persone disposte a svolgerli per assicurare un servizio ai cittadini, alla collettività e al sistema della giustizia, e a mettere in secondo piano il proprio interesse ad un compenso elevato.

Nel prevedere che la Commissione debba essere composta da quattro rappresentanti del datore di lavoro (e quattro supplenti) e da quattro rappresentanti dei lavoratori (e quattro supplenti), i quali devono essere designati dalle Organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale, la legge del 2010 ha accolto un'istanza emersa nella precedente esperienza, che aveva evidenziato l'opportunità di valorizzare la rappresentanza sindacale decentrata: si è fatto riferimento al criterio della maggiore rappresentatività piuttosto che a quello, ormai molto utilizzato dalle leggi sul lavoro, della rappresentatività comparativa.

Tornando all'atto introduttivo della procedura, l'art. 410 c.p.c. prescrive che la richiesta di esperimento del tentativo, che la parte interessata può presentare anche per il tramite dell'associazione sindacale alla quale conferisce mandato, deve necessariamente contenere una serie di requisiti. Essi mutuano i requisiti che erano previsti dall'art. 66 del Testo unico sul pubblico impiego. Si tratta, più precisamente, di: nome, cognome e residenza dell'istante e del convenuto (se l'istante o il convenuto sono una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, l'istanza deve indicare la denominazione o la ditta nonché la sede); il luogo dove è sorto il rapporto ovvero dove si trova l'azienda o sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli

⁴² Cfr. FERRARO G., *La conciliazione*, in CINELLI M., FERRARO G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Torino, 2011, p. 64.

prestava la sua opera al momento della fine del rapporto; il luogo dove devono essere fatte alla parte istante le comunicazioni inerenti alla procedura; l'esposizione dei fatti e delle ragioni posti a fondamento della pretesa.

Si ritiene opportuno mettere in evidenza proprio quest'ultimo requisito, che il Collegato lavoro ha reso ancora più rigoroso rispetto al suo precedente valevole nelle controversie di pubblico impiego: i fatti e le ragioni posti a fondamento della pretesa non possono essere esposti in maniera soltanto sommaria.

La prosecuzione del procedimento dipende dal fatto che questo venga accettato dalla controparte. In caso affermativo, l'accettazione deve essere comunicata mediante il deposito, presso la Commissione ed entro venti giorni dal ricevimento della domanda introduttiva, di una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto alle pretese della parte richiedente, nonché le eventuali domande in via riconvenzionale. Ove ciò non avvenga, ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria.

Nei dieci giorni successivi al deposito della memoria la Commissione deve convocare le parti all'incontro per l'esperimento del tentativo, che dovrà compiersi entro i successivi trenta giorni. Dinnanzi alla Commissione il lavoratore può farsi assistere anche da un'Organizzazione cui aderisce o conferisce mandato.

L'art. 411 c.p.c. disciplina ora il processo verbale di conciliazione e prevede che se la conciliazione esperita ai sensi del precedente art. 410 c.p.c. (l'art. 410 bis c.p.c. è stato abrogato dal Collegato lavoro) riesce, anche limitatamente ad una parte della domanda, deve essere redatto e sottoscritto un processo verbale di avvenuta conciliazione, che dovrà essere poi depositato presso la Direzione territoriale del lavoro a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale. Il direttore, o un suo delegato, accertatane l'autenticità, deve a sua volta depositare il verbale nella Cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione esso è stato redatto. Il giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto.

Per il caso in cui le parti non siano invece in grado di raggiungere un accordo, la norma assegna alla Commissione quel ruolo propositivo e propulsivo che l'art. 66 del d.lgs. n. 165/2001 già riconosceva ai Collegi di conciliazione. La Commissione è chiamata, infatti, a formulare una proposta per la composizione della controversia. Se la proposta non è accettata, i termini sono riassunti nel verbale, nel quale devono essere riportate altresì le valutazioni espresse in proposito dalle parti. Delle risultanze della proposta formulata dalla Commissione e non accettata senza adeguata motivazione il

giudice tiene conto in sede di giudizio.

L'ultimo comma dell'art. 411 c.p.c. indica, infatti, che il verbale di mancata conciliazione ed ogni altro documento concernente la procedura devono essere allegati al ricorso successivamente depositato in giudizio ai sensi dell'art. 415 c.p.c.

Il giudice potrà pertanto prendere in considerazione il comportamento tenuto dalle parti in sede di conciliazione non soltanto per decidere sulle spese del giudizio.

L'ultimo comma dell'art. 411 c.p.c. precisa che al tentativo di conciliazione svolto in sede sindacale non trova applicazione la procedura di cui all'art. 410 c.p.c. Ciononostante si osserva che, come era prevedibile, per l'elaborazione delle procedure di conciliazione la contrattazione collettiva ha preso a modello la procedura configurata dalla legge. Si tratta comunque di procedure più rapide, meno rigide e meno complicate rispetto a quella di cui all'art. 410 c.p.c., le quali, per giunta, non producono alcuna conseguenza sull'eventuale giudizio successivo.

La previsione di regole comuni per la conciliazione delle controversie di lavoro privato e di quelle che riguardano l'impiego pubblico ha fatto venire meno le ingiustificate disparità di trattamento che esistevano fra i due settori. Tuttavia, il Collegato lavoro ha conservato, per l'ambito del lavoro pubblico, un peculiare regime di esenzione da responsabilità per i funzionari pubblici che prendono parte alle trattative per la conciliazione delle vertenze in sede stragiudiziale o giudiziale. Ai sensi dell'ultimo comma del nuovo art. 410 c.p.c., infatti: *“La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale ai sensi dell'articolo 420, commi primo, secondo e terzo, non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave”*.

Ne sorge anche il timore che l'ampia discrezionalità operativa riconosciuta da questa norma ai funzionari pubblici possa favorire comportamenti che contrastano con i principi costituzionali di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa.

3.1.3 LA CONCILIAZIONE IN SEDE SINDACALE E LE ALTRE SEDI DELLA CONCILIAZIONE

L'art. 412 ter c.p.c., come novellato nel 2010, conferma che il tentativo di conciliazione facoltativo può essere esperito anche in sede sindacale, in alternativa alla sede amministrativa, secondo le regole fissate nei contratti collettivi. La norma specifica che deve trattarsi dei contratti sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente

rappresentative.

Anche l'art. 412 c.p.c. contiene alcune novità in materia di conciliazione. La norma (che prima della riforma era dedicata al verbale di mancata conciliazione) prende in considerazione la possibilità che le parti, dopo avere avviato la procedura dell'art. 410 c.p.c., e pertanto in qualunque fase del tentativo di conciliazione o al suo termine in caso di mancata riuscita, indichino la soluzione, anche parziale, sulla quale eventualmente concordano e si accordino per la risoluzione della lite in via arbitrale, dando a tal fine mandato alla stessa Commissione.

La norma configura una fattispecie che, in concreto, non ha trovato applicazione e che ha lasciato fin da subito perplessi quanto alla competenza dei funzionari ministeriali e dei rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro che compongono la Commissione ad assumere la veste di arbitri. Ad ogni modo, volendosene analizzare anche gli aspetti positivi, si deve osservare che essa ammette la possibilità di una conciliazione parziale delle liti, che, pur rappresentando, come si è anticipato, un'ipotesi difficile da realizzare, opera a beneficio della diffusione dell'istituto.

Viene fatto riferimento ad un arbitrato libero e si chiede alle parti di assegnare alla Commissione il termine entro cui dovrà essere emanato il lodo, che comunque non può superare sessanta giorni dal conferimento del mandato, pena la sua tacita revoca. Inoltre, le parti devono riportare le norme invocate a sostegno della propria pretesa e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità la controversia, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari.

Al lodo emanato all'esito di questo particolare procedimento viene esplicitamente riconosciuta la natura negoziale e se ne dichiara l'impugnabilità ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c.

Alle descritte sedi di conciliazione si aggiungono, ai sensi del comma 9 dell'art. 31 della l. n. 183/2010, quelle di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003, ossia gli Organismi deputati alla certificazione dei contratti di lavoro, e precisamente: gli Enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento o a livello nazionale; le Direzioni provinciali del lavoro e le Provincie, secondo quanto stabilito da apposito decreto ministeriale; le università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie; il Ministero del lavoro nei casi in cui l'impresa abbia sedi in più realtà territoriali; i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro. Si può parlare di una vera e propria proliferazione delle sedi conciliative e anche con riferimento a questa fattispecie sono forti i dubbi

sull'effettiva capacità professionale degli Organismi di certificazione a svolgere un compito tanto delicato e importante.

Il Collegato lavoro non ha regolamentato un regime transitorio, che, quindi, è stato gestito secondo le regole previste dalle disposizioni sulla legge in generale e sulla base di alcuni chiarimenti che sono stati forniti con la citata Circolare del Ministero del lavoro del 25 novembre 2010.

Per il principio secondo cui “*tempus regit actum*”, le richieste di conciliazione spedite o depositate prima del 24 novembre 2010, giorno di entrata in vigore della riforma, sono state gestite sulla base delle regole precedenti. Ne consegue che le cause avviate in giudizio prima del 24 novembre 2010 senza che fosse stata tentata la conciliazione avrebbero dovuto essere sospese dal giudicante, con assegnazione alle parti del termine massimo di sessanta giorni per promuovere il tentativo ai sensi della passata formulazione dell'art. 412 bis c.p.c.

In proposito, la Circolare ministeriale disponeva che le Commissioni già insediate continuassero a svolgere l'attività conciliativa per un periodo ulteriore di quarantacinque giorni dall'entrata in vigore della l. n. 183/2010, cioè fino al 7 gennaio 2011, data entro la quale avrebbero dovuto essere costituiti gli Organismi conciliativi sulla base dei nuovi criteri.

Quanto alle vertenze pendenti, la Circolare chiariva che, fino alla stessa data del 7 gennaio 2011, le Commissioni avrebbero trattato in regime di *prorogatio* le controversie in carico alle Direzioni provinciali del lavoro. Le Commissioni erano, però, tenute ad informare le parti circa la non obbligatorietà del tentativo, precisando che avrebbero comunque potuto scegliere di portare a termine la conciliazione per ottenere una transazione. Successivamente, e cioè a partire dal 10 gennaio 2011, le Commissioni di nuova costituzione si sarebbero occupate delle istanze volontarie.

Per il lavoro pubblico, la Circolare stabiliva, invece, che i Collegi di conciliazione avrebbero interrotto *ope legis* le loro funzioni il 24 novembre 2010; a quella data le parti delle vertenze ancora aperte avrebbero potuto scegliere se abbandonare la procedura conciliativa oppure se proseguirla davanti alla Commissione istituita presso la Direzione del lavoro territorialmente competente.

3.1.4 IL GIUDICE “CONCILIATORE”: IL TENTATIVO DI COMPOSIZIONE DELLA LITE IN SEDE GIUDIZIALE

Il testo dell'art. 420, comma 1, c.p.c. è stato dapprima modificato per opera del

quarto comma dell'art. 31 del Collegato lavoro, ed è stato successivamente integrato dall'art. 77 del d.l. n. 69 del 2013, c.d. Decreto del fare del governo Letta, poi convertito dalla l. n. 98/2013.

La norma codicistica si occupa dell'udienza (o, come solitamente accade, delle udienze) di discussione delle cause in materia di lavoro.

Con il suo primo comma la norma dispone ora che il giudice, in apertura della prima udienza, interroghi liberamente le parti, tenti la conciliazione della lite e sottoponga alle parti stesse una proposta transattiva o conciliativa della vertenza. Il rifiuto della proposta senza motivo giustificato è assunto a comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio, al pari dell'ingiustificata mancata comparizione delle parti alla prima udienza.

Il Collegato lavoro aveva qualificato solo come transattiva, e non anche come conciliativa, la proposta formulata dal giudice in udienza. La ragione per la quale il Decreto del fare ha integrato la norma affiancando al sostantivo "proposta" anche l'aggettivo "conciliativa" è data dal fatto che la formulazione del testo elaborata dal Collegato lavoro risultava imprecisa, perché l'aggettivo "transattiva" era stato inserito impropriamente nel contesto al quale si riferisce l'art. 420 c.p.c.

Conciliazione e transazione, infatti, non esprimono il medesimo concetto. I testi normativi che richiedono al conciliatore di formulare una proposta non la definiscono "transattiva", *in primis* l'art. 11 del d.lgs. n. 28/2010 che ha disciplinato la mediazione delle cause civili e commerciali e che descrive quella del mediatore come una "*proposta di conciliazione*".

La transazione è un contratto tipico, che per realizzarsi non richiede la presenza, attiva o passiva che sia, di un terzo oltre le parti. L'accordo di conciliazione, invece, viene elaborato all'interno di un contesto ove è presente un terzo, il conciliatore appunto, che ha il compito di guidare le parti alla composizione della lite (formulando o meno una proposta).

Il solo carattere transattivo indicato dal legislatore del 2010 faceva sì che il giudice fosse in realtà coinvolto in un atto che apparteneva esclusivamente alle parti. Di conseguenza, stando alla lettera della norma che si sta analizzando, il giudice non avrebbe potuto intervenire per indurre le parti a ragionare sulla fondatezza giuridica delle loro posizioni. Egli avrebbe potuto convincerle a conciliare soltanto utilizzando l'argomento della lentezza del processo che le avrebbe aspettate se non avessero definito la lite e dei rischi connessi a tale lentezza. Si sarebbe compiuta, così, quella che è stata definita una

deflazione “cattiva”⁴³. Mentre una deflazione “buona” è propria di quel sistema in cui la parte che ha torto è portata a conciliare non dallo spauracchio della lentezza del giudizio ordinario, né dal potere del conciliatore di formulare una proposta che, se non accettata, potrebbe determinare conseguenze negative, ma dalla consapevolezza che l’alternativa alla conciliazione è invece un processo rapido e giusto⁴⁴.

L’omissione della proposta da parte del giudice non è sanzionata, perciò il processo non ne subisce conseguenze. L’orientamento giurisprudenziale consolidato sulla rilevanza dell’esperimento del tentativo di conciliazione *ex art. 420 c.p.c.*, se per un verso riconosce il carattere formalmente obbligatorio dell’adempimento, dall’altro esclude che la sua omissione possa invalidare il giudizio o la sentenza⁴⁵. Questa logica si estende anche all’ipotesi specifica dell’omissione della proposta nell’ambito di quello stesso procedimento.

L’intervento del giudice nel procedimento conciliativo con l’elaborazione della proposta trasforma la conciliazione da facilitativa a valutativa, come spiegano gli studiosi. Nella prima tipologia il conciliatore (in questo caso il giudice) non esprime le proprie valutazioni sulle pretese delle parti e si limita a stimolarne il dialogo, per fare in modo che raggiungano l’accordo, di cui sono esclusivamente le parti ad individuare i contenuti. Al contrario, nella conciliazione valutativa, il conciliatore assume una funzione propositiva e attiva proprio per la determinazione del contenuto dell’accordo, verso il quale condurrà le parti (inevitabilmente) anche sulla base del suo convincimento in merito alla vicenda.

Nella disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali introdotta dal d.lgs. n. 28/2010, di cui si tratterà *infra*, sono state ricomprese entrambe le tipologie conciliative, posto che la mediazione è definita come “*l’attività comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*”. La redazione della proposta, per l’ipotesi di mancata definizione dell’accordo tra le parti, è una facoltà del mediatore, e diventa un obbligo solo “*se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento*”.

⁴³ Così, CHIARLONI S., *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 752 e ss.

⁴⁴ Cfr. VOZA R., *La proposta transattiva del giudice del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2011, 10, p. 990.

⁴⁵ V. in proposito, LOMBARDINI I., *L’udienza di discussione della causa*, in BORGHESI D. (a cura di), *Il processo del lavoro*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2005, p. 225 e ss.

Ma la vera criticità contenuta nel nuovo art. 420, comma 1, c.p.c. è che la formulazione della proposta induce il giudice a “svelare”, almeno in parte, il proprio convincimento rispetto alla vicenda, rischiando di perdere, nel prosieguo del giudizio, la propria necessaria terzietà e imparzialità.

Il compito assegnato al giudice è molto delicato: nel tentare la conciliazione egli dovrebbe riuscire sia ad esprimersi in modo tale da non condizionare la volontà delle parti, pur dovendo invogliarle alla composizione della controversia, sia a non anticipare il proprio convincimento. Per rispettare il ruolo di terzo nel processo, che il primo comma dell’art. 111 Cost. gli attribuisce, nel tentare la conciliazione il giudice dovrebbe procedere mettendo in rilievo alle parti le criticità delle loro posizioni, così come prospettate negli atti introduttivi del processo, e delineando poi alcune possibili soluzioni alternative della vertenza, nelle quali le parti possano trovare le basi per l’accordo. Invece, la riforma chiede al giudice di identificare concretamente il contenuto di un accordo equo e appetibile per i soggetti in lite.

Vi è, tuttavia, un’altra problematica da prendere in considerazione nell’affrontare questo argomento, e cioè quella correlata alla previsione del primo comma dell’art. 420 c.p.c. che rende “*comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio*” il rigetto ingiustificato della proposta fatta alle parti in causa. Tale previsione rievoca quella che consente oggi al giudice di tenere conto del rifiuto senza una “*adeguata motivazione*” della proposta conciliativa formulata dalla Commissione nello svolgimento del tentativo di conciliazione in sede amministrativa. Il Collegato lavoro ha aggravato le conseguenze del rifiuto della proposta della Commissione, posto che il precedente testo dell’art. 412, comma 4, c.p.c. consentiva al giudice di tenere in considerazione le risultanze del verbale di mancata conciliazione amministrativa o sindacale per la (sola) decisione sulle spese del processo e non agganciava la sanzione al rifiuto di una eventuale proposta di accordo.

Per le liti di lavoro pubblico, il Testo unico del 2001 richiedeva che i termini della proposta avanzata dal Collegio di conciliazione, e non accettata, fossero riassunti nel verbale conclusivo, assieme alle valutazioni delle parti, e che il verbale fosse acquisito nel successivo procedimento. All’esito del procedimento era concesso al giudice di utilizzare il comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa come elemento di valutazione per il regolamento delle spese di causa. La dottrina aveva recepito con perplessità tale previsione. In particolare, si era osservato che l’attribuzione di un valore anche soltanto lontanamente probatorio al comportamento delle parti in sede conciliativa poteva essere utile per l’economia processuale, e di questo avrebbe beneficiato anche il

percorso di formazione del convincimento del giudice; allo stesso tempo, però, essa spostava l'attenzione delle parti dalla conciliazione alla fase processuale nonché alla futura decisione della causa⁴⁶.

Per evitare gli inconvenienti negativi, le conseguenze che derivano oggi dalla mancata accettazione della proposta del mediatore nell'ambito della mediazione delle controversie civili e commerciali attengono esclusivamente alla suddivisione delle spese processuali.

Nel rito del lavoro, invece, il rigetto della proposta conciliativa sembra avere rilevanza, più che ai fini della decisione sulle spese, per l'attività in giudizio, e quindi anche per la decisione della causa. Ciò risulta eccessivo.

Secondo una parte della dottrina, si tratterebbe di una previsione persino “*inutile e in fondo pericolosa*”⁴⁷. L'inutilità è correlata al fatto che, anche in assenza di questa specifica indicazione normativa, già prima dell'entrata in vigore della l. n. 183/2010 il giudice avrebbe potuto sottoporre alle parti in causa una proposta per definire la vertenza e tenere conto del suo irragionevole rifiuto. La pericolosità della previsione, invece, viene collegata alla lettura della norma (come si è visto, in realtà, non prevalente) che ritiene obbligatoria e vincolante la formulazione della proposta da parte del giudice. Questa lettura potrebbe portare a formulare proposte anche quando ciò sia del tutto inopportuno, se non addirittura impossibile: ad esempio, nel giudizio per impugnazione di una sanzione disciplinare minore formulare una proposta che, presumibilmente, contemplerà la riduzione della sanzione, significherebbe dichiarare implicitamente che l'infrazione è stata commessa.

La medesima dottrina ricorda che, nel primo periodo di applicazione dell'art. 32 del d.lgs. n. 80/1998, che aveva integrato il d.lgs. n. 29/1993 con l'art. 69 bis, introducendo la procedura di conciliazione delle controversie di pubblico impiego, nell'ambito della quale, in difetto di accordo, il Collegio di conciliazione doveva formulare una proposta per la bonaria definizione della lite, dopo le prime difficoltà derivate dalla rigida applicazione della lettera della norma, i Collegi dichiaravano sempre più di frequente che risultava per loro impossibile formulare una proposta.

Ci si è poi chiesti quando il rifiuto della proposta sia ingiustificato, posto che l'azione in giudizio a garanzia dei propri diritti è costituzionalmente tutelata e rappresenta una prerogativa fondamentale.

⁴⁶ BORGHESI D., *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova, 2002, p. 238 e ss.

⁴⁷ MISCIONE M., *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in *Lav. giur.*, 2011, 1, p. 5 e ss.

Inoltre occorre tenere in considerazione che la proposta viene formulata prima dell'istruttoria e un rifiuto potrebbe sembrare ingiustificato se lo si valuta alla fine del processo ed apparire invece pienamente giustificato se lo si valuta con riferimento al momento in cui la proposta è stata formulata, in ragione della situazione processuale che esisteva in quel momento. La parte potrebbe, infatti, avere rigettato la proposta perché confidava che l'istruttoria sarebbe andata in una determinata direzione ma inaspettatamente ciò non si è verificato.

Con riferimento all'istituto della conciliazione nel processo viene sottolineata anche la rilevanza di un altro fattore, cioè l'elemento psicologico del giudice.

E' naturalmente molto importante per un procedimento equilibrato che il giudice non manifesti, anche irrazionalmente, la propria insoddisfazione per il fallimento del tentativo di conciliazione. Gli studi sulle dinamiche psichiche della fase conciliativa evidenziano il rischio che, sotto il profilo psicologico, il giudice possa cedere alla frustrazione nel caso in cui le parti rispondano al suo impegno per la composizione della lite con un rigetto, dando corso ad una reazione che potrebbe addirittura assumere un "*carattere aggressivo e oscuramente minaccioso-vendicativo*"⁴⁸.

Di fondamentale importanza per la buona riuscita delle pratiche conciliative è pertanto l'approccio psicologico del giudicante. La fase della conciliazione richiede sensibilità e prudenza, mentre d'altro canto esclude formalismi inutili.

Per esercitare adeguatamente il ruolo di conciliatore, il giudice dovrebbe già conoscere, alla prima udienza, le pretese delle parti e gli elementi posti a fondamento di tali pretese, e l'organizzazione del sistema e del lavoro dovrebbe essere tale da consentire una definizione rapida delle conciliazioni.

Al contrario, è noto che i nostri giudici, specialmente quelli del lavoro, sono gravati dal peso del contenzioso. Di conseguenza, è possibile, se non probabile, che il giudice, alla prima udienza non abbia ancora avuto modo di approfondire le posizioni delle parti in modo adeguato a svolgere un tentativo di conciliazione efficace, nel quale impiegare utilmente, in funzione della composizione della vertenza, tutti gli elementi messi sul tappeto del giudizio.

Anche queste difficoltà organizzative rendono la conciliazione complicata. Anzi, persino una proposta giusta ed equilibrata potrebbe essere rigettata per la possibilità, piuttosto concreta, di acquisire un vantaggio dalla presumibile lunga durata del processo e

⁴⁸ Così, MUNTONI G., *Dinamiche psichiche nel tentativo di conciliazione*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 613 e ss.

da tutto ciò che potrebbe accadere durante il suo corso.

3.2 GLI ARBITRATI DI LAVORO

3.2.1 L'ARBITRATO RITUALE

Oggi sono operativi due modelli di arbitrato, validi per le controversie di lavoro privato e per quelle di lavoro pubblico. Anche la disciplina dell'arbitrato è uscita, infatti, dal Collegato lavoro uniformata per i due settori di impiego.

Il primo modello è costituito dall'arbitrato rituale di cui al Titolo VIII del Libro IV del Codice di procedura, al quale si è già fatto riferimento ricostruendo il quadro storico dell'evoluzione della normativa.

Salvo espresso divieto di legge, le parti possono demandare all'arbitrato rituale la risoluzione di qualunque controversia che non abbia ad oggetto diritti indisponibili, comprese le controversie di lavoro ma a condizione che ciò sia previsto dalla legge o da contratti o accordi collettivi. L'attivazione dell'arbitrato richiede, inoltre, la stipula del compromesso o della clausola compromissoria regolati, rispettivamente, dall'art. 807 e dall'art. 808 c.p.c.

L'estensione dell'arbitrato rituale alle materie di cui all'art. 409 c.p.c. è disposta dal secondo comma dell'art. 806 c.p.c., come novellato dalla riforma del 2006. Stando al primo comma dello stesso articolo non possono essere devolute ad arbitrato rituale le liti su diritti indisponibili: la prevalente dottrina ammette però l'arbitrato rituale su diritti indisponibili nell'ambito delle controversie di lavoro, alle quali non applica il primo comma dell'art. 806 c.p.c.

Benché la novella del 2006 abbia eliminato la precedente correlazione diretta tra divieto di pronunciare secondo equità e nullità dell'accordo compromissorio, e l'art. 821 c.p.c. consenta genericamente alle parti di chiedere agli arbitri una pronuncia di equità, l'art. 829, comma 4, n.1, c.p.c. stabilisce che il lodo emesso in relazione alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. sia sempre impugnabile per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. Tuttavia, si è visto che, in funzione del complesso delle disposizioni, una parte della dottrina sostiene che sia ancora possibile l'arbitrato rituale d'equità.

Il procedimento di arbitrato rituale del lavoro, così come il regime delle impugnazioni e dell'esecutività del lodo, segue le disposizioni generali dettate dal Codice. Dunque, oltre quanto previsto dall'art. 829 c.p.c., il lodo, che per espressa previsione

dell'art. 824 bis c.p.c. produce i medesimi effetti di una sentenza, può essere impugnato per ragioni di nullità davanti alla Corte d'Appello nel cui distretto ha avuto sede l'arbitrato, entro novanta giorni dalla notificazione del lodo oppure per revocazione o per opposizione di terzo, secondo i termini e le forme stabiliti dagli artt. 395 e ss. c.p.c.

Quanto alla dichiarazione di esecutività del lodo, l'art. 825 c.p.c. prevede che la parte interessata ne faccia istanza al Tribunale nella cui circoscrizione l'arbitrato si è svolto, depositando una copia del lodo nonché l'atto che contiene la convenzione di arbitrato. Una volta accertata la regolarità formale del lodo, il giudice lo dichiarerà esecutivo con decreto.

3.2.2 L'ARBITRATO DAVANTI ALLA COMMISSIONE DI CONCILIAZIONE E L'ARBITRATO PRESSO GLI ORGANI DI CERTIFICAZIONE

Il secondo (e principale) modello di arbitrato per le controversie di lavoro è rappresentato dall'arbitrato irrituale. In ordine alla distinzione tra l'arbitrato rituale e l'arbitrato libero, la giurisprudenza di legittimità ha, anche di recente, fornito un'indicazione interpretativa, affermando che *“Al fine di determinare se si verta in tema di arbitrato rituale o irrituale, occorre interpretare la clausola compromissoria alla stregua dei normali canoni ermeneutici ricavabili dall'art. 1362 cod. civ. e, dunque, fare riferimento al dato letterale, alla comune intenzione delle parti, e al comportamento complessivo delle stesse, anche successivo alla conclusione del contratto, senza che, il mancato richiamo nella clausola alle formalità dell'arbitrato rituale deponga univocamente nel senso dell'irritualità dell'arbitrato, ovvero possa essere invocato il criterio, residuale, della natura eccezionale dell'arbitrato rituale, dovendosi tenere conto delle maggiori garanzie offerte da tale forma di arbitrato quanto all'efficacia esecutiva del lodo, al regime delle impugnazioni, alle possibilità per il giudice di concedere la sospensiva”*⁴⁹. Ed ancora, sempre al fine di identificare le caratteristiche distintive dell'arbitrato rituale e dell'arbitrato libero, la Suprema Corte ha posto l'accento anche sulla natura del provvedimento che conclude la procedura arbitrale e ha indicato che *“La distinzione tra arbitrato rituale e irrituale, avendo entrambi natura privata, non può più impernarsi sul rilievo che nel primo le parti tendono a una decisione sul piano giurisdizionale, per aver affidato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, ma deve fondarsi sulla circostanza che nell'arbitrato rituale esse intendono ottenere un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art.*

⁴⁹ Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2013, n. 26135, in *Giust. civ. mass.*, 2013.

825 c.p.c., con l'osservanza del regime formale di cui agli art. 816 e ss. c.p.c., mentre in quello irrituale esse si propongono di rimettere all'arbitro la soluzione di controversie insorte o insorgende soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alle stesse parti, le quali si impegnano ad accettare la decisione come espressione della loro volontà. In questa ottica interpretativa non può essere omessa la considerazione - formulata ab antiquo dalla dottrina e alla quale ora, in un contesto normativo nuovamente mutato, ha dato base legislativa l'art. 808 ter della legge di riforma dell'arbitrato n. 40 del 2006 - secondo la quale, costituendo l'arbitrato irrituale un istituto atipico, derogatorio dell'istituto tipico regolato dalla legge sfornito delle garanzie all'uopo previste dal legislatore, in mancanza di una volontà derogatoria chiaramente desumibile dal compromesso o dalla clausola compromissoria, il deferimento ad arbitri della soluzione di determinate controversie costituisce normalmente espressione della volontà delle parti di fare riferimento all'istituto tipico dell'arbitrato regolato dal codice di rito civile”⁵⁰.

Focalizzando ora l'attenzione sull'arbitrato irrituale, ci si occuperà delle quattro fattispecie di arbitrato irrituale che il Collegato lavoro ha configurato nel 2010 concretizzando una logica legislativa di favore (quantomeno sul piano formale) nei confronti dell'istituto.

Iniziando l'analisi dalle fattispecie che trovano in concreto la minore applicazione (se non, addirittura, nessuna applicazione, come era stato pronosticato dai commentatori all'entrata in vigore della l. n. 183/2010) si deve richiamare in primo luogo l'arbitrato amministrativo davanti alla Commissione di conciliazione presso la Direzione del lavoro.

In questa fattispecie, contemplata dall'art. 412 c.p.c., si condensano conciliazione ed arbitrato e viene ad evidenza la stretta connessione che esiste tra i due istituti.

La norma consente che, in qualunque fase della procedura di esperimento del tentativo di conciliazione oppure alla sua conclusione in caso di esito negativo del tentativo, le parti possano decidere di trasformare la sede conciliativa in sede arbitrale, chiedendo concordemente alla Commissione di risolvere la controversia in via di arbitrato irrituale. E' riconosciuta alle parti anche la facoltà di optare per un giudizio di equità.

Le criticità che interessano questa forma arbitrale sono già state sottolineate *supra*, trattando delle procedure conciliative introdotte dal legislatore del 2010.

Vi è, poi, la fattispecie arbitrale prospettata dal comma 10 dell'art. 31 della l. n.

⁵⁰ Cass. civ., sez. I, 18 febbraio 2008, n. 3933, in *Giust. civ.*, 2009, 6, I, p. 1405.

183/2010, che consente agli organi di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 76/2003 di istituire Camere arbitrali stabili per la definizione delle controversie di lavoro ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c. Il riferimento è, quindi, alla procedura di arbitrato rituale, ma viene fatta salva la possibilità per le parti di scegliere la via di una determinazione contrattuale.

3.2.3 L'ARBITRATO DAVANTI AL COLLEGIO DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO

L'arbitrato in sede amministrativa di cui all'art. 412 quater c.p.c. ha assunto la qualifica di arbitrato irrituale "ordinario" per le controversie di lavoro.

Prima della riforma del 2010 il ricorso all'arbitrato irrituale per le controversie di lavoro era consentito dall'art. 412 ter c.p.c. soltanto se il tentativo di conciliazione della controversia fosse fallito o se fosse decorso il termine massimo previsto dalla legge per il suo espletamento, e a condizione che i contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro contemplassero tale facoltà. Ai sensi dell'art. 412 ter, comma 1, lett. a), c.p.c., gli accordi avevano il compito di stabilire le modalità della richiesta di devoluzione della controversia al Collegio arbitrale, il termine entro il quale controparte avrebbe potuto aderirvi, la composizione del Collegio e le modalità procedurali per lo svolgimento dell'arbitrato. Quanto alle spese del procedimento, salva diversa indicazione della contrattazione collettiva, trovavano applicazione gli artt. 91, comma 1, e 92 c.p.c.

La disciplina dell'impugnazione del lodo doveva ricercarsi nel combinato disposto degli artt. 808 ter, comma 2 e 412 quater c.p.c.

Oggi, ferma restando la facoltà di ciascuna delle parti di adire l'autorità giudiziaria e di avvalersi delle procedure di conciliazione e di arbitrato previste dalla legge, l'art. 412 quater c.p.c. consente ai soggetti in conflitto di deferire la soluzione della controversia ad un Collegio costituito da un rappresentante di ciascuna parte e da un presidente individuato di comune accordo dagli arbitri già nominati oppure, in mancanza, designato dal presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato, tra professori universitari di materie giuridiche ed avvocati patrocinanti in Cassazione (pertanto, si osserva con qualche perplessità, non necessariamente esperti di diritto del lavoro).

La parte che intende ricorrere all'arbitrato deve notificare all'altra un ricorso contenente, oltre alla nomina del proprio arbitro, l'indicazione dell'oggetto della domanda, le ragioni di fatto e di diritto sulle quali è fondata la domanda stessa, i mezzi di prova, il valore della controversia, il riferimento alle norme che si invocano a sostegno della propria pretesa e l'eventuale richiesta di decidere la controversia secondo equità.

A differenza del passato, le attività difensive delle parti sono incanalate in una

rigida sequenza predeterminata, nella quale si rinviene l'eco del processo. Anche a proposito di questo istituto, come per la conciliazione amministrativa, il legislatore ha irrigidito la procedura assimilandola a quella del giudizio, forse per dare maggiori garanzie di tutela alle parti. Però l'arbitrato ne è risultato indebolito, perché la riforma ha inciso proprio sull'aspetto che dovrebbe costituire il punto di forza e la peculiarità dell'arbitrato, cioè la fluidità del procedimento: le parti della vertenza vengono collocate dalla procedura di cui all'art. 412 quater c.p.c. su fronti contrapposti, in maniera non troppo diversa da quanto accade in sede di giudizio.

La sequenza di ricorso, memoria difensiva, replica dell'attore, controreplica del convenuto è scandita da termini piuttosto stretti, ed in questo la dottrina ha rinvenuto il desiderio del legislatore di irrigidire ulteriormente la procedura mediante un sistema di preclusioni simile a quello che opera nel giudizio. E' vero che l'art. 412 quater c.p.c. non indica a pena di decadenza i termini per il deposito degli atti, ma la norma, al comma 5, chiede che nella memoria difensiva vengano riportate *“le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, le eventuali domande in via riconvenzionale e l'indicazione dei mezzi di prova”* e al comma 6 indica che la replica e la controreplica non possono modificare il contenuto, rispettivamente, del ricorso e della memoria difensiva. Pertanto la replica e la controreplica potranno contenere solamente le eccezioni e le deduzioni, anche istruttorie, strettamente finalizzate a contestare la posizione della controparte o riguardanti gli eventuali vizi della procedura (che costituiranno motivi di impugnazione del lodo).

Oltre alle critiche generate dalla rigidità che caratterizza la procedura, vi è un problema che deriva dalla disparità creata dalla norma fra il ricorso e la memoria difensiva, e di conseguenza tra le due controparti. Un altro problema attiene al decorso dei termini per il deposito.

Se il ricorso può essere dalla parte *“sottoscritto, salvo che si tratti di una pubblica amministrazione, personalmente o da un suo rappresentante al quale abbia conferito mandato e presso il quale deve eleggere il domicilio”*, la memoria deve essere *“sottoscritta, salvo che si tratti di una pubblica amministrazione, da un avvocato cui abbia conferito mandato e presso il quale deve eleggere il domicilio”*.

La replica deve essere depositata entro dieci giorni, che non decorrono, stando al comma 6, dalla scadenza del termine per il deposito della memoria difensiva, bensì dal deposito stesso. Quindi, per non rischiare di perdere il termine, il ricorrente dovrebbe di fatto controllare ogni giorno presso la sede dell'arbitrato se la memoria è stata effettivamente depositata dalla controparte. La stessa cosa dovrebbe fare quest'ultima, in

quanto essa è tenuta a depositare la controreplica nei dieci giorni successivi al deposito della replica.

Una questione più grave riguarda il caso in cui la parte convenuta inserisca nella memoria difensiva una domanda riconvenzionale.

Secondo la dottrina⁵¹, la presentazione di una domanda riconvenzionale estende il giudizio arbitrale ad una domanda nuova che, come tale, il ricorrente dovrebbe avere il diritto di sottoporre alla decisione del giudice. Se poi egli fosse obbligato ad accettare l'estensione dell'arbitrato alla domanda nuova si verificherebbe una violazione dell'art. 24 Cost. Al ricorrente dovrebbe quindi essere riconosciuta la facoltà di rifiutare l'arbitrato sulla domanda riconvenzionale. Se il ricorrente non opponesse il proprio rifiuto, ed anzi si difendesse nel merito rispetto alla domanda riconvenzionale, ciò implicherebbe una tacita accettazione dell'estensione ad essa dell'oggetto dell'arbitrato.

Tale interpretazione sembra trovare conferma nella previsione, da parte dell'art. 808 ter, comma 2, n. 1, c.p.c., della possibilità di contestare il lodo che abbia pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti purché la relativa eccezione sia stata sollevata nel procedimento arbitrale.

Criticabile risulta anche il termine, indubbiamente stretto, di dieci giorni dal deposito della memoria, concesso al ricorrente per depositare la replica che conterrà le difese relative alla domanda riconvenzionale.

Non solo. La sequenza degli atti costruita dall'art. 412 quater c.p.c. si chiude con la controreplica del convenuto, senza che possano essere depositati, all'occorrenza, ulteriori atti. Perciò, mentre il convenuto ha la possibilità di esprimersi sulla domanda riconvenzionale all'interno di due atti, il ricorrente potrà farlo solo nella replica.

Aumentano, così, le disparità di trattamento fra le parti dell'arbitrato irrituale ex art. 412 quater c.p.c.

L'udienza per la discussione della vertenza deve tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito della controreplica da parte del convenuto. All'udienza, gli arbitri sono tenuti ad esperire il tentativo di conciliazione e laddove questa riesca, troveranno applicazione le disposizioni del Collegato lavoro sul verbale di conciliazione. Se invece la lite non viene conciliata e il Collegio non ritenga che si possa procedere all'immediata discussione orale della vertenza, si effettuerà l'istruttoria

⁵¹ Cfr. DONZELLI R., *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in CINELLI M., FERRARO G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Torino, 2011, p. 106 e ss.

assumendo le prove richieste dalle parti e ammesse dagli arbitri.

Si prevede che il lodo debba essere pronunciato entro venti giorni dall'udienza di discussione e che lo stesso produrrà tra le parti gli effetti di un contratto.

Per acquistare efficacia esecutiva il lodo deve essere depositato presso la Cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione ha avuto luogo l'arbitrato. Il giudice, su richiesta della parte interessata, ne accerta la regolarità formale e lo dichiara esecutivo con decreto. In realtà, oltre alla regolarità formale, il Tribunale deve verificare che il lodo sia diventato definitivo; deve, quindi, verificare che sia decorso inutilmente il termine per impugnarlo oppure che le parti abbiano dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale oppure, ancora, che l'impugnazione sia stata respinta dal Tribunale.

Il lodo esecutivo va collocato tra gli *“altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva”* indicati dall'art. 474, comma 2, n. 1, c.p.c., non potendo rientrare né tra le scritture private, né tra gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale, indicati, rispettivamente, ai numeri 2 e 3 dello stesso articolo.

Il lodo può essere impugnato entro il termine di trenta giorni dalla sua notifica ad opera di una delle parti.

I motivi per impugnare il lodo sono quelli annoverati dal secondo comma dell'art. 808 ter c.p.c.; a questi motivi si aggiungono le ragioni di nullità assoluta per violazione di norme di ordine pubblico o di quelle norme inderogabili che esulano dall'operatività del regime delineato dall'art. 2113 c.c.

3.2.4 L'ARBITRATO IN SEDE SINDACALE

La fattispecie di arbitrato irrituale che ha trovato la maggiore applicazione dopo l'approvazione del Collegato lavoro (ma, ad ogni modo, ciò si era verificato anche sotto la vigenza della precedente disciplina) è costituita dall'arbitrato in sede sindacale di cui all'art. 412 ter c.p.c.

La norma affida la regolamentazione dell'istituto e lo svolgimento della procedura all'autonomia collettiva.

Il legislatore si è limitato ad indicare che questa tipologia di arbitrato si svolge presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative, alle quali il Collegato lavoro riserva pertanto ampi spazi di operatività.

Prima della riforma del 2010 l'autonomia collettiva si occupava della regolamentazione dell'unica forma di arbitrato irrituale prevista per la materia del lavoro.

Oggi, la contrattazione collettiva ha la possibilità di gestire una sola fra le diverse fattispecie di arbitrato libero esistenti. Ciononostante i primi quattro anni di operatività della nuova disciplina hanno dimostrato come la sede sindacale abbia mantenuto la centralità di cui godeva in precedenza. La ragione primaria non può non risiedere nella fluidità che caratterizza le procedure arbitrali configurate dalla contrattazione collettiva rispetto alla procedura delineata dall'art. 412 quater c.p.c. Inoltre, la sede sindacale resta un ambiente più protetto e più sereno per le parti, in confronto a quello dell'udienza davanti ai funzionari ministeriali o ai membri di un organo di certificazione.

Proseguendo con l'analisi della lettera normativa, si osserva che la rubrica dell'art. 412 ter c.p.c. contiene il primo indice della nuova impostazione data dalla l. n. 183/2010: la precedente rubrica "*Arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi*" è stata sostituita da "*Altre modalità di conciliazione ed arbitrato previste dalla contrattazione collettiva*". Inoltre, da una norma complessa e puntuale nella quale si predeterminavano i contenuti della disciplina di fonte contrattuale, si è passati ad una norma di semplice rinvio alla contrattazione.

Sino all'approvazione del Collegato l'arbitrato irrituale, nelle modalità disciplinate dalla contrattazione collettiva, è stato utilizzato principalmente nelle ipotesi in cui la legge stessa prendeva in considerazione il ricorso all'arbitrato (prima fra tutte l'ipotesi dell'impugnazione delle sanzioni disciplinari *ex art. 7 Stat. Lav.*) e per le vicende relative al licenziamento dei lavoratori appartenenti ad alcune categorie per le quali non opera né il regime di tutela obbligatoria, né quello di tutela reale. Fra queste si indicano la categoria dei dirigenti e quella dei calciatori professionisti come maggiormente esemplificative. Per questi lavoratori l'arbitrato ha rappresentato soprattutto una forma di garanzia per ottenere un risarcimento in caso di licenziamento⁵².

I contratti collettivi della categoria dirigenziale anche prima del 2010 prevedevano, infatti, la devoluzione agli arbitri delle controversie che avessero avuto origine dal rapporto di lavoro⁵³. Le clausole sull'arbitrato contenevano regolamentazioni tendenzialmente simili da contratto a contratto.

Tali regolamentazioni, poi, non si differenziavano significativamente da quelle

⁵² In riferimento alla categoria dei calciatori, si veda la l. n. 91/1981 ("*Norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti*").

⁵³ Si vedano, ad esempio, il CCNL Direttori amministrativi e Dirigenti di aziende editrici di giornali quotidiani del 26 luglio 2000 (art. 27); CCNL Dirigenti di aziende produttrici di beni e servizi del 24 novembre 2004 (art. 19); CCNL Dirigenti di aziende del terziario e della distribuzione di servizi del 27 maggio 2004 (art. 30); CCNL Dirigenti delle imprese creditizie, finanziarie e strumentali del 10 gennaio 2008 (art. 30).

contenute nelle clausole dell'Accordo interconfederale tra Confservizi Cispel, da un lato, e CGIL, CISL e UIL, dall'altro, firmato il 15 giugno 2000, e dell'Accordo interconfederale tra Confapi e CGIL, CISL e UIL del 20 dicembre 2000.

I due Accordi interconfederali citati sono gli unici accordi interconfederali tuttora esistenti in materia per il settore del lavoro privato.

Gli Accordi interconfederali si sono occupati di dare attuazione ai decreti del 1998, individuando ciascuno una procedura conciliativa e una procedura arbitrale, che soltanto in parte si differenziano le une dalle altre.

Si ritiene interessante vedere la diversa impostazione delle rispettive Premesse.

L'Accordo Confservizi Cispel richiama innanzitutto lo scopo dell'intervento del legislatore del 1998, che è stato indicato nel *“dettare misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso, anche per mezzo delle procedure stragiudiziali di conciliazione e di arbitrato preorganizzate dai contratti o accordi collettivi di lavoro”*. Nell'ambito della finalità di decongestionamento del contenzioso così individuata *“Confservizi Cispel e Cgil, Cisl e Uil intendono dare ulteriore attuazione alle previsioni legislative predisponendo efficienti procedure stragiudiziali di composizione delle controversie, sostitutive degli interventi della giurisdizione statale fermo restando quelle già in atto”*.

Nell'Accordo Confapi, invece, la configurazione delle procedure per la composizione stragiudiziale delle controversie non è qualificata come risposta alla richiesta del legislatore di trovare gli strumenti per alleggerire il contenzioso, ma viene ricondotta alla *“necessità di fornire alle imprese e ai lavoratori strumenti alternativi, efficaci e più rapidi per la risoluzione delle controversie di lavoro”*. La Premessa prosegue spiegando che *“l'iniziativa nasce dalle evidenti problematiche che le imprese ed i lavoratori incontrano nell'affrontare le controversie di lavoro”* e, solo come conseguenza, deduce che *“quindi, nella prospettiva di contribuire al decongestionamento del contenzioso giudiziario in materia di lavoro ed in applicazione della normativa vigente, in cui il legislatore esplicita la volontà di inserire strade alternative, il ricorso alla conciliazione ed arbitrato rappresenta una opportunità, volontariamente scelta, per una rapida soluzione delle controversie e per una riduzione degli oneri per le parti e per la collettività”*.

L'Accordo Confapi contiene la visione corretta del sistema degli strumenti alternativi al giudizio, che non dovrebbe essere costruito in modo prettamente strumentale a portare soccorso alla giustizia del lavoro.

Quanto alle procedure, si può osservare che, per la conciliazione, entrambi gli Accordi stabiliscono che la Commissione sia composta da due soli membri (nell'Accordo Confservizi Cispel sono indicati un rappresentante dell'organizzazione sindacale aderente alla Confederazione firmataria e un rappresentante della Confservizi Cispel; nell'Accordo Confapi sono indicati un componente designato da ciascuna Associazione territoriale delle piccole e medie imprese aderenti alla Confapi e uno designato dalle organizzazioni territoriali di Cgil, Cisl e Uil). Entrambi gli Accordi evitano di fornire indicazioni operative per l'esecuzione del tentativo (l'Accordo Confservizi Cispel non va oltre l'istruzione secondo cui *“il tentativo di conciliazione viene svolto con libertà di forme, anche tramite più riunioni, e deve esaurirsi entro sessanta giorni dalla data del ricevimento della richiesta”*; l'Accordo Confapi dice che *“La Commissione potrà decidere le formalità di procedura e le eventuali ulteriori riunioni cui potranno partecipare esperti individuati di comune accordo dai conciliatori. In ogni caso il tentativo di conciliazione dovrà essere espletato entro sessanta giorni dalla data di ricevimento della comunicazione da parte dell'organizzazione proponente”*).

E' interessante sottolineare che tutti e due gli Accordi ammettono la possibilità di una conciliazione parziale, il cui contenuto deve essere indicato nel verbale, il quale poteva acquisire efficacia esecutiva attraverso il procedimento che era delineato dall'art. 411 c.p.c.

Anche per l'arbitrato, che, nel rispetto del dettato dell'originario art. 412 ter c.p.c., è indicato come strumento a cui sarebbe stato possibile ricorrere in caso di fallimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, o comunque decorso il termine per esperirlo, i due Accordi definiscono prescrizioni simili.

Si mette in evidenza come gli Accordi convergano anche sulle modalità da seguire per la scelta del presidente del Collegio (formato da tre membri) in difetto di accordo fra le parti sulla nomina. E' previsto che il presidente venga scelto da una lista (che l'Accordo Confapi precisa essere *“territoriale”*) revisionabile ogni due anni e formata da nominativi di giuristi e/o esperti della materia, di comune accordo oppure, in mancanza, seguendo il criterio della rotazione.

Non sono previste formalità per lo svolgimento dell'istruttoria. L'Accordo Confapi riconosce che *“il Collegio potrà liberamente sentire le parti interessate, le persone che risultino informate dei fatti nonché esperti di fiducia. Nei termini perentori fissati dal Collegio, le parti possono depositare presso la segreteria la documentazione utile”*. A queste indicazioni, l'Accordo Confservizi Cispel aggiunge che l'eventuale

istruttoria della controversia debba svolgersi in forma prevalentemente orale, secondo le modalità fissate dal Collegio. E' comunque concesso alle parti di depositare, oltre alla documentazione utile, anche memorie e repliche, se consentito dal Collegio.

A proposito del lodo l'Accordo Confservizi Cispel si limita a disporre che il provvedimento venga deliberato a maggioranza dei voti degli arbitri; che possa acquisire l'esecutività secondo le regole dell'art. 412 quater c.p.c.; che possa essere impugnato davanti al Tribunale *“per errore, violenza e dolo, nonché per inosservanza delle disposizioni previste dall'art. 412 ter c.p.c., delle norme inderogabili di legge e di quanto previsto nel presente accordo”*. Il secondo Accordo indica che: *“Le decisioni del Collegio, ivi compreso il lodo, sono assunte nel rispetto delle norme dell'articolo quattro e delle norme inderogabili di legge nonché sulla base dei risultati dell'istruttoria prevista dall'articolo cinque, comunque a maggioranza dei voti degli arbitri”*; il lodo deve contenere le motivazioni di merito, diventa esecutivo nell'osservanza delle regole dell'art. 412 quater c.p.c. e può essere impugnato *“per quanto previsto dall'art. 412 quater c.p.c. e in caso di violazione di quanto richiesto dalle parti ai sensi del punto 4 lettera c”*, ossia il rispetto delle norme inderogabili contenute nei contratti collettivi.

Vi sono, poi, clausole in ordine ai compensi degli arbitri. Si può dire che, a tal riguardo, entrambi gli Accordi non predeterminano i parametri per calcolare i compensi e rimettono alle firmatarie di stabilire i criteri per determinare il compenso dei presidenti lasciando a carico di ciascuna parte il compenso del proprio arbitro.

Infine si osserva che, nella logica di esaltare le peculiarità degli strumenti alternativi al giudizio enunciata in Premessa, l'Accordo Confapi, in conclusione, riconnette l'arbitrato e la conciliazione (che già era fallita, o che non aveva avuto luogo) dando al Collegio arbitrale il potere di conciliare la vertenza su richiesta congiunta delle parti, in qualunque momento del giudizio arbitrale, secondo le regole del tentativo di conciliazione.

Nel settore pubblico era stata data attuazione alle previsioni dell'art. 412 ter c.p.c. con il Contratto collettivo nazionale quadro in materia di procedure di conciliazione ed arbitrato del 23 gennaio 2001.

La dichiarata funzione dell'Accordo era quella di introdurre e disciplinare *“procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato quale fattore di decongestione e alleggerimento del circuito giudiziario in grado, altresì, di garantire ai lavoratori pubblici e alle amministrazioni una risoluzione celere ed adeguata delle controversie di lavoro, funzionale non solo ad una giustizia realmente efficace ma anche ad una*

riduzione dei costi sociali ed economici delle controversie stesse”.

Nell’Accordo, definito come un accordo collettivo in materia di conciliazione e arbitrato, in realtà la conciliazione integra una fase propedeutica alla procedura arbitrale e l’accordo non contempla un momento conciliativo scisso dalla fase arbitrale. Se la conciliazione riesce, il procedimento si estingue; altrimenti, prosegue e si conclude con l’emanazione del lodo. Resta ferma la facoltatività dell’arbitrato. L’arbitro è unico e può produrre un accordo conciliativo che ha gli stessi effetti di quello che poteva essere raggiunto in sede di conciliazione obbligatoria. L’arbitro, in considerazione della particolare natura e rilevanza del contratto collettivo proprie esclusivamente del sistema regolativo del lavoro pubblico, è chiamato a decidere sulla base della legge e del contratto. Se, per decidere, l’arbitro ritenga che sia necessario risolvere una questione pregiudiziale interpretativa rispetto ad una clausola contrattuale, sospende il giudizio e informa le parti che se vogliono continuare la procedura, devono dichiarare per iscritto che accetteranno la decisione dell’arbitro sul punto interpretativo controverso. Quindi il lodo non potrà essere impugnato in relazione a quel profilo.

L’arbitro unico poteva essere scelto di comune accordo o sorteggiato all’interno di liste arbitrali che ne assicurassero la competenza, la professionalità e l’indipendenza. Le liste erano gestite da Camere arbitrali stabili dislocate presso le Direzioni regionali del lavoro. Inoltre, era costituita una “cabina di regia” tra l’ARAN e i sindacati per la gestione dell’implementazione delle procedure e per la formazione delle liste arbitrali.

L’Accordo del 2001 ha costruito un compiuto percorso alternativo alla via giudiziaria che tuttavia, a differenza dell’arbitrato di cui al Collegato lavoro, vincolava l’arbitro, nell’esercizio della propria attività di giudizio, all’osservanza delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo. Agli arbitri, quindi, non solo non veniva attribuita la possibilità di decidere secondo equità, ma neppure veniva affidata alcuna funzione integrativa del precetto legale o contrattuale che andasse oltre l’ovvia funzione integrativa propria di ogni attività interpretativa.

Ad oggi non è stato stipulato un nuovo accordo quadro su conciliazione e arbitrato e l’operatività dell’Accordo del 2001 si ritiene sia venuta meno per effetto della novella dell’art. 412 ter c.p.c., di cui l’accordo costituiva l’attuazione, ed anche per effetto del d.lgs. n. 150/2009.

L’entrata in vigore del Collegato ha assegnato una grande discrezionalità alla contrattazione in materia di arbitrato, liberandola dai vincoli del previgente art. 412 ter c.p.c. L’autonomia collettiva ha ora l’opportunità di elaborare sistemi arbitrali davvero

utili, che sfruttino appieno le peculiarità dell'istituto; inoltre la contrattazione ha la possibilità, muovendosi entro il suo ampio spazio di manovra, di costruire procedimenti capaci di mettere in connessione la conciliazione e l'arbitrato, così da agevolare la composizione delle liti attraverso l'impiego di tutti i mezzi che il nostro ordinamento offre.

Sulla scorta delle precedenti considerazioni, è evidente che sia per ragioni storiche, sia per ragioni connaturate alla funzione stessa del soggetto collettivo, le forme di arbitrato in sede sindacale godono di un privilegio intrinseco; ciò anche per la capacità del sindacato di porsi sempre tempestivamente al servizio delle istanze dei lavoratori e di curarne gli interessi. In quest'ottica, cioè quella di tutelare gli interessi del lavoratore, non può negarsi il ruolo che può assumere l'arbitrato soprattutto in funzione di una veloce definizione della controversia.

3.2.5 UN'OPZIONE PER L'ARBITRATO SECONDO EQUITÀ

La valutazione secondo equità si riteneva già ammessa per gli arbitrati irrituali di lavoro prima dell'entrata in vigore della l. n. 183/2010, sebbene non mancasse qualche voce di senso contrario. Quindi, parlando di equità, la modifica apportata dalla riforma del 2010 che viene in rilievo è piuttosto l'equiparazione dell'arbitrato irrituale alle conciliazioni di cui all'art. 2113, comma 4, c.c., equiparazione che rende il lodo non impugnabile per violazione di norma inderogabile di legge o di contratto collettivo.

Il Presidente della Repubblica, nel messaggio di rinvio alle Camere del testo normativo, aveva colto le problematiche connesse a questa previsione. Egli aveva evidenziato che la prospettata regolamentazione dell'arbitrato sarebbe stata in grado di incidere sulla disciplina sostanziale del rapporto di lavoro individuale, che è fondata in prevalenza su norme inderogabili, o comunque disponibili esclusivamente in sede di contrattazione collettiva, ed avrebbe reso tale disciplina estremamente flessibile.

Su questo punto, il legislatore del 2010 non ha dato ascolto alle critiche contenute nel messaggio presidenziale e ha introdotto con il proprio intervento la non impugnabilità del lodo anche se contrario a norme inderogabili di legge o di contratto collettivo.

Con la novella del quarto comma dell'art. 2113 c.c. il legislatore sembra avere inteso perseguire un duplice obiettivo: rendere più stabili i provvedimenti arbitrali e attenuare le rigidità della disciplina sostanziale del lavoro che deriva dalle norme inderogabili.

Dopo il rinvio alle Camere da parte del Capo dello Stato la logica e l'impianto della riforma non hanno subito variazioni significative.

Quanto al giudizio secondo equità, la variazione è stata circoscritta all'apposizione di un limite ulteriore alla valutazione che, oltre i "*principi generali dell'ordinamento*", deve rispettare i "*principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari*".

E' opinione diffusa che l'equità nell'arbitrato di lavoro non possa essere intesa come equità formativa o costitutiva, dove l'arbitro crea la regola, bensì debba essere intesa come equità correttiva, che non confligge con la norma ma ne adatta il contenuto al caso concreto⁵⁴. Sembrerebbe che il legislatore abbia cercato di irrigidire i vincoli per il giudizio di equità, ma l'intervento correttivo non è stato incisivo.

Quanto al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, non si tratta di un limite incisivo, sia perché il riferimento risulta troppo ampio e generico mentre avrebbe potuto essere limitato alle norme di ordine pubblico, sia perché esso è servito più che altro per escludere il carattere extragiuridico del giudizio di equità che lo avrebbe portato a confliggere direttamente con la Costituzione.

Il riferimento ai principi regolatori della materia costituisce un'applicazione dell'insegnamento espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 206 del 2004. Tuttavia, come si vedrà meglio *infra*, in quell'occasione la Corte non fu chiamata a statuire cosa dovesse intendersi per principi regolatori, ma più genericamente a valutare la costituzionalità di una norma che aveva cancellato il richiamo e il rispetto di quei principi a proposito del giudizio di equità compiuto dal giudice di pace. Perciò la dichiarazione di incostituzionalità della norma fu basata essenzialmente sulla valutazione del rischio, giudicato oltre la soglia di ammissibilità, che il giudizio di equità potesse trasformarsi in un giudizio extragiuridico⁵⁵.

La Suprema Corte ha di recente richiamato la citata sentenza della Consulta per precisare che le sentenze pronunziate dal giudice di pace secondo equità possono essere impugnate, fra l'altro, proprio in ragione della pronuncia del 2004, per violazione dei principi informatori della materia. La Corte specifica che tali ultimi principi sono quelli ai

⁵⁴ SPEZIALE V., *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *Dir. lav. mercati*, 2010, p. 159 e ss.

⁵⁵ Sul medesimo tema, recentemente Cass. civ., sez. VI, 11 febbraio 2014, n. 3005, in *Giust. civ. mass.* 2014, ha indicato che "*In tema di impugnazione delle sentenze del giudice di pace pronunziate secondo equità, l'appello per violazione dei principi regolatori della materia è inammissibile, ai sensi dell'art. 342 cod. proc. civ., qualora non indichi il principio violato e come la regola equitativa individuata dal giudice di pace si ponga con esso in contrasto*".

quali il legislatore si è ispirato nel dettare la regolamentazione della materia. Essi differiscono dai “*principi regolatori*” che vincolavano il conciliatore all’osservanza delle “*regole fondamentali del rapporto*”, descritte come le regole desunte dal complesso delle norme preesistenti con le quali il legislatore aveva disciplinato il rapporto stesso, che conducevano il conciliatore ad applicare alla fattispecie una regola equitativa derivata, per astrazione generalizzante, dalla disciplina positiva⁵⁶.

Non molto tempo prima dell’approvazione del Collegato lavoro l’espressione “*principi regolatori della materia*” era stata impiegata all’interno dell’art. 339 c.p.c., a seguito della riforma realizzata con il d.lgs. n. 40/2006. La disposizione riguardava l’appellabilità delle sentenze pronunciate secondo equità dal giudice di pace. La modifica del testo nel 2006 era derivata dalla citata pronuncia della Corte costituzionale n. 206 del 2004, che aveva censurato l’art. 113 c.p.c. per illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevedeva che il giudice di pace fosse tenuto a osservare i principi informatori della materia. A riguardo, la giurisprudenza di legittimità è intervenuta a chiarire appunto che, ai sensi dell’art. 339, comma 3, c.p.c., le sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità a norma dell’art. 113, comma 2, c.p.c., sono appellabili esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento, per violazione delle norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia, che vanno specificamente dedotti in sede di appello⁵⁷.

Ma l’introduzione dell’obbligo per gli arbitri di attenersi ai principi regolatori della materia, se per un verso è risultata opportuna e si conforma alla pronuncia della Consulta che aveva posto questo obbligo perché appariva imprescindibile che il giudizio di equità fosse situato “*in quel medesimo ordinamento nel quale trovano il loro significato la nozione di diritto soggettivo e la relativa garanzia di tutela giurisdizionale*”, per altro verso non costituisce una misura sufficiente a impedire che il giudizio arbitrale indebolisca il sistema delle tutele inderogabili del lavoratore, come segnalato dal Presidente Napolitano, se non si condividono quelle teorie secondo le quali il richiamo dei principi regolatori della materia farebbe rientrare tra i termini della valutazione di equità le norme inderogabili, al cui interno si troverebbero i principi regolatori.

Quanto all’espressione “*anche derivanti da obblighi comunitari*” riferita ai principi generali dell’ordinamento e a quelli regolatori della materia, si ritiene che si tratti

⁵⁶ Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2011, n. 15460, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 9, 1202.

⁵⁷ Cass. civ., sez. VI, 16 aprile 2012, n. 5985, in *Dir. e giust. online*, 17 aprile 2012.

di un richiamo superfluo, perché i principi generali del diritto comunitario sono anche principi generali del nostro ordinamento. L'inserimento dell'espressione da parte del legislatore trova una spiegazione se si distingue tra gli obblighi comunitari di immediata applicazione, che già rientrano automaticamente fra i principi generali del nostro ordinamento, e gli obblighi posti dalle fonti di diritto comunitario che non hanno diretta applicazione nell'ordinamento degli Stati membri e devono essere recepiti.

4. LA NOVELLA DELLA RIFORMA FORNERO (L. N. 92/2012): IL RIPRISTINO DEL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE NEI LICENZIAMENTI ECONOMICI

La materia in analisi è stata toccata di recente, ad opera della riforma Fornero del lavoro (l. n. 92/2012), da una innovazione che, sebbene sembri sottendere un'inversione di tendenza rispetto alla logica seguita dal Collegato lavoro nel ridisegnare la disciplina delle conciliazioni, in realtà ha arricchito il nostro ordinamento di un istituto che sta avendo un buon successo, anche in relazione allo scopo della deflazione dei carichi giudiziari.

Rinnovando completamente l'art. 7 della l. n. 604/1966, il comma 40 dell'art. 1 della legge di riforma impone al datore di lavoro che rientri nel requisito dimensionale previsto dall'art. 18 Stat. lav., il quale intenda procedere ad un licenziamento per motivi economici, cioè per le *“ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”* annoverate nella seconda parte dell'art. 3 della medesima l. n. 604/1966, di promuovere, prima di intimare il licenziamento, un tentativo di conciliazione davanti alla competente Direzione territoriale del lavoro.

La procedura obbliga il datore di lavoro a comunicare alla Direzione territoriale del lavoro, e per conoscenza al lavoratore, l'intenzione di procedere al licenziamento, i motivi per i quali intende farlo e le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione che intende garantire al lavoratore interessato dal recesso.

La convocazione del datore di lavoro e del lavoratore da parte della Direzione territoriale del lavoro dovrebbe intervenire entro sette giorni dal ricevimento della richiesta. La procedura dovrebbe poi concludersi entro venti giorni dal momento in cui la Direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione: se entro questo termine le parti non hanno raggiunto l'accordo, ovvero se è decorso il termine senza che l'incontro abbia avuto luogo, il datore di lavoro è legittimato a comunicare al lavoratore il licenziamento.

Il comportamento tenuto dalle parti durante l'esperimento del tentativo di conciliazione e, nello specifico, la mancata accettazione della proposta formulata dalla Commissione, assumono un rilievo del tutto particolare nella successiva causa di impugnazione del recesso. Il giudice potrà, infatti, tenerne conto ai fini della condanna alle spese di causa, ma anche per determinare l'ammontare dell'indennità risarcitoria a cui si riferisce l'art. 18, comma 7, Stat. lav. Infatti, il legislatore della riforma ha stabilito che l'omissione del tentativo e, in generale, la violazione della procedura, rendono inefficace il licenziamento, ma il rapporto di lavoro viene comunque risolto e al lavoratore spetta unicamente un'indennità risarcitoria proporzionata alla gravità della violazione commessa dal datore di lavoro e contenuta fra un valore minimo che corrisponde a sei mensilità retributive ed un valore massimo che corrisponde a dodici mensilità retributive.

La conclusione dell'accordo sulla risoluzione del rapporto è incentivata mediante il riconoscimento al lavoratore del diritto a percepire l'ASPI, la nuova Assicurazione sociale per l'impiego introdotta sempre dalla riforma Fornero. L'ASPI sostituisce le indennità di disoccupazione e di mobilità e normalmente la legge la esclude per i casi di dimissioni e di risoluzione consensuale del rapporto. Se l'accordo viene raggiunto, potrà inoltre essere previsto l'affidamento del lavoratore licenziato ad un'agenzia per agevolare la ricollocazione professionale.

L'analisi di questo istituto verrà approfondita nell'ultimo capitolo dell'elaborato, che sarà dedicato a quelle che si ritengono le tre fattispecie compositive di successo nel nostro ordinamento giuridico. Esse sono la rappresentazione di ciò che può dirsi una "buona conciliazione" e un "buon arbitrato".

In questo punto della trattazione ci si è quindi limitati a delineare i contorni normativi dell'istituto.

5. LA NOVELLA DEL DECRETO DEL FARE LETTA (D.L. N. 69/2013): LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE OBBLIGATORIA (UN'INVERSIONE DI TENDENZA APPARENTE)

Per poter compiere una valutazione completa dell'effettività e dell'efficacia della disciplina delle conciliazioni di lavoro si ritiene opportuno metterla a confronto con la mediazione delle vertenze civili e commerciali. Anch'essa è stata oggetto di diversi interventi legislativi, oltre che di un recente intervento della Corte costituzionale.

Pochi mesi prima della promulgazione della l. n. 183/2010 e della conseguente

reintroduzione della facoltatività del tentativo di composizione extragiudiziale delle liti di lavoro, il nostro legislatore introduceva, con il d.lgs. n. 28/2010, l'obbligo del preventivo esperimento della via conciliativa per un ampio novero di liti in materia civile e commerciale.

Il decreto ha attuato la delega contenuta nell'art. 60 della l. n. 69/2009, che a sua volta ha recepito la direttiva 2008/52/CE con la quale l'Unione europea ha chiesto agli Stati membri di realizzare gli interventi utili a promuovere la risoluzione delle controversie fuori dal giudizio, e in particolare tramite il ricorso alla mediazione, che il decreto ha appunto regolamentato.

Alla mediazione, per concorde volontà della parti, può essere sottoposta qualunque controversia in materia civile o commerciale vertente su diritti disponibili.

L'art. 4, comma 3 del decreto impone agli avvocati l'obbligo di informare il proprio assistito, all'atto del conferimento dell'incarico, circa la possibilità di avvalersi dello strumento conciliativo per la composizione della controversia, al fine di beneficiare, altresì, delle agevolazioni fiscali e contributive contemplate dal medesimo corpo normativo. L'art. 17 dichiara, infatti, esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie o natura gli atti, i documenti e i provvedimenti relativi al procedimento di mediazione e prevede l'esenzione del verbale di accordo dall'imposta di registro entro il limite di valore di € 50.000.

Decorso un anno dall'entrata in vigore della normativa, e quindi a partire dal 20 marzo 2011, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del decreto l'esperimento del tentativo di conciliazione diventava obbligatorio per tutte le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

L'obbligatorietà della mediazione (non imposta ma ammessa dalla direttiva europea) pareva aver realizzato una netta inversione di tendenza rispetto al ripristino della facoltatività del ricorso all'istituto in relazione alle controversie di lavoro.

Nonostante gli esiti non entusiasmanti ottenuti dal tentativo obbligatorio nell'ambito delle controversie di lavoro, non si esclude che l'impiego del medesimo strumento nelle controversie che non coinvolgono un diritto essenziale e delicatissimo quale quello al lavoro, sulla base di una procedura guidata da mediatori adeguatamente formati, possa conseguire risultati utili. Occorre, poi, tenere in considerazione che la

reintroduzione della facoltatività del tentativo in ambito lavoristico potrebbe essere stata dettata, non dalla presa d'atto di un totale fallimento dell'istituto, bensì da un *favor* del legislatore verso l'arbitrato tra le diverse possibili alternative al processo.

La Relazione del Guardasigilli sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011 evidenziava come l'attuazione della delega relativa all'introduzione in maniera generalizzata della mediazione quale mezzo di definizione delle liti civili e commerciali fosse indirizzata a mettere a disposizione delle parti uno strumento generale alternativo alla via giudiziale. Nella medesima sede, il Ministro della giustizia, pur ritenendo i dati statistici relativi al 2011 ancora prematuri per formulare una valutazione degli effetti della riforma sulla domanda di giustizia, sottolineava che il *trend* delle domande di mediazione iscritte era risultato in crescita nel corso dell'anno 2011, e ciò si era verificato anche se l'istituto della mediazione obbligatoria non aveva ancora ricevuto completa attuazione.

Nel periodo compreso fra il 21 marzo 2011, data di entrata in vigore dell'obbligatorietà della mediazione, e il 31 dicembre 2011, stando ai dati pubblicati dal Ministero della giustizia⁵⁸, sono state depositate complessivamente 60.810 domande di mediazione ai sensi del d.lgs. n. 28/2010. L'aderente è comparso nel 36% dei casi (il *trend* è stato registrato in crescita nel periodo di riferimento), nell'ambito dei quali la percentuale di raggiungimento dell'accordo è stata del 52%.

Le domande di mediazione iscritte nel 2012 risultavano 154.879. Il *trend* di comparizione dell'aderente si riduceva nel corso dell'anno, fino a raggiungere nel quarto trimestre del 2012 la percentuale del 21,2%, mentre la percentuale di raggiungimento dell'accordo registrata sempre nel quarto trimestre dell'anno era pari al 38%.

Il decreto è stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale a seguito di una ordinanza di rimessione del TAR Lazio, e il vaglio ha avuto esito negativo: nella sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012 la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il decreto per eccesso di delega legislativa, proprio nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione, del tutto incoerente, secondo i giudici, con la normativa europea.

La disposizione censurata, ossia il primo comma dell'art. 5, contemplava infatti un modello di mediazione obbligatoria e pertanto *“non può trovare fondamento né nella disciplina dell'UE, che si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione*

⁵⁸ I dati statistici relativi alla mediazione ex d.lgs. n. 28/2010 sono pubblicati sul sito internet del Ministero della giustizia all'indirizzo www.giustizia.it.

da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purchè sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie; né nella legge di delegazione, la quale, tra i principi e criteri direttivi di cui all'art. 60, comma 3, non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione, dovendosi altresì escludere che possa farsi ricorso alla finalità ispiratrice del detto istituto, consistente nell'esigenza di individuare misure alternative per la definizione delle controversie civili e commerciali, anche al fine di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali; né il carattere obbligatorio della mediazione è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia, sicchè sussiste il denunciato eccesso di delega in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010".

Nonostante l'intervento parzialmente abrogativo della Corte costituzionale, il legislatore, con il d.l. n. 69 del 2013, c.d. Decreto del fare, convertito dalla l. n. 98/2013, è intervenuto nuovamente sulla materia, in parte sostituendo e in parte integrando le disposizioni del d.lgs. n. 28/2010, con il risultato di mantenere in vita, nella sostanza, quanto censurato dalla Consulta, ossia l'esperimento della procedura di mediazione come condizione di procedibilità della domanda in giudizio per talune categorie di controversie.

Introducendo, dopo l'abrogato comma 1, il comma 1 bis dell'art. 5, il Decreto del fare ha ripristinato l'esperimento della procedura di mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione nelle stesse controversie indicate dal comma 1, eccettuate esclusivamente quelle per il risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, ma con l'aggiunta delle controversie per il risarcimento dei danni da responsabilità sanitaria. Viene altresì qualificata come condizione di procedibilità della domanda anche in sede di appello la mediazione c.d. delegata dal giudice, il quale può ora disporre che le parti tentino la mediazione, una volta valutati la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti (in precedenza il giudice poteva invece rivolgere alle parti soltanto un invito in tal senso).

Le nuove disposizioni in materia di mediazione sono diventate operative decorsi trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto, cioè a partire dal 20 settembre 2013.

Le parti sono ora tenute a partecipare alla procedura di mediazione obbligatoria con l'assistenza di un avvocato e la durata massima del procedimento è fissata in tre mesi.

L'obbligo di esperire la mediazione non ricorre nei procedimenti per ingiunzione (inclusa l'opposizione), per convalida di licenza o sfratto (sino al mutamento del rito), di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, nei giudizi possessori, nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, nei giudizi in Camera di consiglio, nell'azione civile esercitata nel processo penale.

La ripristinata obbligatorietà è però temporanea, essendo stata prevista per un periodo di quattro anni dall'entrata in vigore del comma 1 bis dell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010.

L'obbligo si intende adempiuto con la partecipazione al primo incontro convocato davanti al mediatore per fornire alle parti le informazioni sulla funzione e sulle modalità di svolgimento della mediazione. Questo incontro sarà completamente gratuito (fatte salve le spese di avvio) se le parti decidono di non proseguire nella procedura.

Il Decreto del fare ha reintrodotto, con il comma 4 bis dell'art. 8, la disposizione, dichiarata incostituzionale, che contemplava gli effetti negativi della mancata adesione alla mediazione, consentendo al giudice successivamente adito di trarre argomenti di prova *ex art. 116 c.p.c.* dalla mancata partecipazione all'incontro e prevedendo altresì la condanna della parte costituita che non abbia partecipato al procedimento senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio. Così come la mancata ingiustificata accettazione della proposta formulata dal mediatore, laddove ad essa corrisponda il contenuto del provvedimento conclusivo del giudizio, comporta l'esclusione della ripetizione delle spese sostenute dopo la formulazione della proposta dalla parte vincitrice che l'ha rifiutata, nonché la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente nel medesimo periodo e al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli artt. 92 e 96 c.p.c.

Altre importanti novità riguardano l'accordo raggiunto in sede di mediazione che, una volta sottoscritto anche dagli avvocati delle parti, costituisce titolo esecutivo senza necessità di omologa da parte del presidente del Tribunale. Inoltre è reso trascrivibile l'accordo che accerta l'avvenuta usucapione.

Con la Circolare del 27 novembre 2013, il Dipartimento per gli affari di giustizia – Reparto mediazione ha fornito alcune linee interpretative e alcune direttive in materia.

Si ritiene interessante ai fini di questo studio esaminare i chiarimenti forniti dalla Circolare in ordine all'indennità dovuta per il primo incontro di mediazione e alle spese di avvio del procedimento. La Circolare chiarisce che il termine “*compenso*” di cui all'art. 17, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010 non include le spese di avvio del procedimento. Le spese di avvio sono dovute da entrambe le parti comparse al primo incontro. Nel caso in cui la parte invitante non sia comparsa al primo incontro, nessuna indennità può essere richiesta alla parte invitata che sia viceversa comparsa. Oltre alle spese di avvio dovranno essere corrisposte le spese vive documentate. Le spese di avvio sono stabilite in misura fissa ed unitaria e riguardano i costi che gravano sull'organismo di mediazione per poter avviare il procedimento di mediazione (ricezione della istanza, visione da parte della segreteria, fascicolazione e registrazione, comunicazione all'altra parte dell'inizio della procedura etc., cioè tutte le attività di segreteria prodromiche alla mediazione vera e propria svolta dal mediatore). Esse sono determinate nella misura fissa di € 40.

Il Ministero della giustizia ha registrato al 31 dicembre 2013, con riferimento all'intero anno 2013, l'iscrizione di 41.604 procedimenti, naturalmente con una maggiore incidenza in questo periodo, rispetto ai precedenti periodi di osservazione, delle iscrizioni volontarie, sempre nell'ambito del d.lgs. n. 28/2010. E' tornata a salire rispetto al 2012 la percentuale di comparizione dell'aderente, pari al 32,4%, così come quella di raggiungimento dell'accordo, risalita al 42,4%.

E' forse presto per svolgere un bilancio dell'effettiva utilità dell'istituto della mediazione, ma deve osservarsi comunque che la normativa in materia ha generato numerosi dubbi interpretativi sin dalla sua entrata in vigore.

I punti più problematici dell'istituto sono contenuti nel profilo relativo ai rapporti tra mediazione e processo. Innanzitutto, la “giurisdizione condizionata”. Su questo tema la Corte costituzionale si è pronunciata con la citata sentenza n. 276 del 2000 con cui aveva rigettato la questione di costituzionalità sollevata rispetto agli artt. 410, 410 bis e 412 bis c.p.c. in relazione agli artt. 24 e 76 Cost., affermando che l'obbligatorietà del “filtro” non è di per sé incostituzionale, se non impedisce o non rende particolarmente difficile l'accesso alla via giurisdizionale, e quindi se rappresenta una mera condizione di procedibilità.

Sulla legittimità dei sistemi di accesso condizionati si è pure di recente espressa la

Corte di giustizia. I giudici hanno affermato che il principio della tutela giurisdizionale effettiva non osta ad una normativa nazionale che impone il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca a una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione, non generi costi (oppure generi costi non elevati) per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità per accedere alla procedura di conciliazione e sia comunque possibile chiedere e ottenere provvedimenti provvisori nelle eccezionali ipotesi d'urgenza⁵⁹.

Il secondo dei punti più criticati è quello che riguarda le garanzie della professionalità e della competenza dei mediatori.

I soli requisiti generali di “*serietà*” e di “*efficienza*” degli enti pubblici e privati abilitati a costituire gli Organismi di mediazione menzionati dalla normativa non paiono sufficienti ad assicurare la prestazione di un servizio di elevata qualità. I requisiti richiesti per l'accreditamento dell'Ente di mediazione presso il Ministero e per l'iscrizione nell'apposito Registro non si riferiscono alla professionalità dei mediatori, non fissano modalità per acquisirla e parametri per valutarla, mentre è chiaro che il successo della mediazione (e tutti gli altri strumenti per la composizione stragiudiziale delle controversie) dipende molto dalla fissazione di specifici requisiti di accesso, di regole sulla formazione e sulla specializzazione dei mediatori, di garanzie, di doveri e di responsabilità.

Tuttavia, bisogna mettere in evidenza che il Decreto del fare ha aggiunto all'art. 16 del d.lgs. n. 28/2010 (“*Organismi di mediazione e registro. Elenco dei formatori*”) il comma 4 bis, che statuisce che gli avvocati iscritti all'albo siano di diritto mediatori e che gli avvocati iscritti ad Organismi di mediazione debbano essere adeguatamente formati in materia di mediazione e conservare la propria preparazione svolgendo percorsi di aggiornamento teorico-pratici a questo indirizzati. Inoltre il successivo comma 5 dispone l'istituzione presso il Ministero della giustizia, tramite con decreto ministeriale, dell'elenco dei formatori per la mediazione. Il decreto stabilisce i criteri per l'iscrizione, per la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché per lo svolgimento dell'attività di formazione, che deve essere tale da garantire elevati livelli di formazione dei mediatori. Lo stesso decreto è chiamato a stabilire la data a decorrere dalla quale la

⁵⁹ Corte giust. UE, 18 marzo 2010, causa C-317/08, C-318/08, C-319/09 e C-320/09, in *Giur. it.*, 2010, 2585.

partecipazione all'attività di formazione assuma per il mediatore la qualità di requisito di qualificazione professionale.

Con il decreto del Ministero della giustizia n. 180 del 2010 sono stati determinati i criteri e le modalità di iscrizione e di tenuta del Registro degli Organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione. Ai fini dell'iscrizione dell'Organismo nel Registro, il decreto richiede, fra le altre cose, la verifica dei requisiti di qualificazione dei mediatori, ai quali è richiesto: il possesso di un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale o, in alternativa, l'iscrizione a un Ordine o ad un Collegio professionale; il possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione; il possessori una serie di requisiti di onorabilità, consistenti nel non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa, non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici, non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza e non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.

Per poter svolgere le funzioni di mediatore, i soggetti interessati devono pertanto avere compiuto una formazione specifica e sottoporsi ad un percorso di aggiornamento della durata di due anni. A completamento, il decreto del Ministero della giustizia n. 145/2011, di modifica e integrazione del decreto del 2010, ha disposto che, durante il biennio di aggiornamento, i mediatori debbano partecipare, in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti, e che *“gli affari di mediazione”* siano ad essi assegnati in base a *“criteri inderogabili predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale (...) desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta”*.

Quanto alla previsione del comma 4 bis dell'art. 16 del d.lgs. n. 28/2010 secondo la quale *“gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori”*, si ritiene di escludere, considerando il complesso della normativa, che gli avvocati possano esercitare la funzione di mediatore al di fuori di un Organismo di mediazione, sia perché ai mediatori è fatto divieto di percepire compensi direttamente dalle parti, sia perché tutto il sistema è fondato sul presupposto che la mediazione si svolga nell'ambito di un Organismo specializzato e assoggettato a controlli e responsabilità.

Si apprezzano le disposizioni in materia di formazione dei mediatori, ai quali è garantito quel percorso formativo specifico che non è configurato, invece, per i futuri conciliatori e arbitri nell'ambito lavoristico. Complessivamente, ci si può però domandare se il metodo prescelto dal legislatore per diffondere una cultura della mediazione sia

quello corretto, o se il legislatore abbia piuttosto cercato di raggiungere l'obiettivo della diffusione della mediazione imponendola nei fatti forzatamente alle parti in lite.

6. IL RUOLO DELLA FONTE CONTRATTUALE

6.1 IL CONTRATTO COLLETTIVO COME STRUMENTO DI ATTUAZIONE DELLA LEGGE

Nel contesto delle discipline legislative della conciliazione e dell'arbitrato di lavoro così delineato, la contrattazione collettiva ha assunto un ruolo di particolare rilievo, soprattutto in ordine al secondo dei due istituti citati.

Si richiama, innanzitutto, in proposito il commento che si è dedicato nelle pagine precedenti agli Accordi interconfederali che nel 2000 e nel 2001 si sono occupati delle procedure conciliative e arbitrali rispettivamente in relazione al settore del lavoro privato e a quello del pubblico impiego.

Inoltre, si richiama in questa sede quanto si è detto circa l'ampia discrezionalità che la formulazione dell'art. 412 ter c.p.c. successiva all'intervento del Collegato lavoro riconosce all'autonomia collettiva per la definizione di procedimenti conciliativi e arbitrali.

A completamento dell'analisi del ruolo della fonte contrattuale nella determinazione degli strumenti per la composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro si intende approfondire la più criticata novità che la l. n. 183/2010 ha apportato in materia di arbitrato, cioè la disciplina delle clausole compromissorie nel contratto di lavoro; tuttavia ci si soffermerà prima sulla disamina delle modalità con cui la contrattazione collettiva stipulata dopo il 2010 è intervenuta sulle procedure di conciliazione e di arbitrato.

Si ritiene di poter suddividere in due gruppi i contratti collettivi che contengono disposizioni su conciliazione ed arbitrato, escludendo quei contratti che contemplano l'apposizione della clausola compromissoria, di cui si dirà *infra*.

Rientrano nel primo gruppo i contratti che attuano la disciplina di legge elaborando alcune procedure conciliative e arbitrali che sono descritte dal contratto stesso come facoltative e alternative ai procedimenti che possono essere svolti nella sede amministrativa secondo le regole fissate dalla legge.

Come si vedrà, le clausole contrattuali prevedono procedure che assumono a modello quelle di legge, rendendole tuttavia più fluide e più agevoli per i soggetti in lite;

per esempio, per quanto riguarda le procedure arbitrali, escludendo la possibilità di presentare domande riconvenzionali che, invece, la procedura di cui all'art. 412 quater c.p.c. consente al convenuto di proporre e che è stata oggetto di dibattito in dottrina.

Il Contratto Credito del 19 gennaio 2012⁶⁰ indica all'art. 11, rubricato *“Conciliazione delle controversie individuali di lavoro e arbitrato”*, che: *“Al fine di promuovere e favorire, in alternativa al ricorso giudiziale, una soluzione più rapida e meno onerosa delle controversie individuali di lavoro, sono previste le seguenti procedure facoltative di conciliazione ed arbitrato, in attuazione dell'art. 412 ter c.p.c.”*.

Proseguendo nella disamina secondo un ordine cronologico di stipula degli accordi si pone l'attenzione sulla precisione con la quale il Contratto Anffas del 31 luglio 2012⁶¹ dà conto delle previsioni normative attraverso quattro articoli distinti. L'art. 88 è rubricato *“Tentativo facoltativo di conciliazione in sede sindacale”* e riferisce come *“Per le controversie individuali che dovessero sorgere in ordine al trattamento economico e normativo della lavoratrice o del lavoratore, stabilito dalla legge, da accordi o dal presente contratto, la conciliazione e l'arbitrato (ai sensi delle normativa vigente) possono essere svolti presso le sedi delle organizzazioni sindacali alle quali il lavoratore aderisce o a cui ha conferito mandato, ai sensi dell'articolo 31 comma 6 della legge 183 del 2010, che sostituisce l'articolo 412 ter c.p.c.”*. La norma si chiude dichiarando che le parti sono libere di seguire le procedure che riterranno più opportune in caso di fallimento del tentativo.

Il successivo art. 89 è dedicato al *“Tentativo facoltativo di conciliazione presso la Commissione di conciliazione della Direzione provinciale del lavoro”* e ricorda ai lavoratori che la conciliazione può essere promossa anche presso le Commissioni di conciliazione istituite nelle sedi amministrative, individuate secondo i criteri dell'art. 413 c.p.c. nel rispetto dei commi da 1 a 5 dell'art. 31 della l. n. 183/2010.

Ad occuparsi dell'*“Arbitrato irrituale”* è l'art. 90 del Contratto. La norma specifica la facoltà delle parti di devolvere ad arbitri (oltre che agli Organismi conciliativi) la risoluzione delle controversie sul trattamento economico e normativo del lavoro, usufruendo o della procedura di cui all'art. 412 quater c.p.c. o di quella in sede sindacale di seguito descritta ai sensi dell'art. 412 ter c.p.c.

Infine, l'art. 91 fa esplicitamente salva l'opzione per il processo ordinario:

⁶⁰ Contratto collettivo nazionale di lavoro per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali del 19 gennaio 2012.

⁶¹ Contratto collettivo nazionale di lavoro per le lavoratrici ed i lavoratori dipendenti dalle strutture associative ANFASS-ONLUS 2010-2010 del 31 luglio 2012.

rubricata “*Facoltà delle parti di adire l’Autorità giudiziaria*”, la disposizione sancisce che: “*E’ sempre fatta salva la facoltà delle parti di adire l’Autorità giudiziaria senza esperire le procedure di cui al precedente art. 88, 89, 90. Per tutto quanto non previsto negli articoli 88, 89, 90, si fa riferimento alla legislazione vigente*”.

Il Contratto Assicurazioni (società di assistenza) del 3 dicembre 2012⁶² rubrica l’art. 55 “*Collegio di conciliazione ed arbitrato*” e vi disciplina la procedura di conciliazione a cui le parti possono fare riferimento per esperire il tentativo facoltativo di conciliazione *ex art. 410 c.p.c. delle vertenze (anche collettive) relative ai rapporti di lavoro di cui all’art. 409 c.p.c., nonché, sempre in applicazione dell’art. 412 ter c.p.c., vi specifica le modalità dell’arbitrato in sede sindacale, che vengono estese anche alle controversie per l’impugnazione delle sanzioni disciplinari ai sensi dell’art. 7 Stat. lav. e alle controversie relative all’interpretazione ed applicazione del contratto collettivo.*

Ed ancora, il Contratto Avis del 15 maggio 2013⁶³ specifica le previsioni di legge attraverso tre articoli.

All’art. 80, “*Tentativo facoltativo di conciliazione in sede sindacale*”, il contratto indica che “*Per le controversie individuali che dovessero sorgere in ordine al trattamento economico e normativo dei dipendenti, stabilito dalla legge, da accordi e dal presente contratto, la conciliazione e l’arbitrato, ai sensi della normativa vigente, possono essere svolti presso le sedi delle organizzazioni sindacali alle quali il lavoratore aderisce o a cui ha conferito mandato, ai sensi dell’art. 31 comma 6 della legge 183 del 2010, che sostituisce l’art. 412 ter c.p.c.*”. Quanto al procedimento da esperire, il contratto precisa che esso si svolgerà davanti ad una Commissione composta da due membri, uno per ciascuna delle parti, che dovranno provvedere a nominarlo entro dieci giorni dalla richiesta di esperimento del tentativo; “*nella riunione le parti potranno essere assistite da persona o associazione di fiducia. Il tentativo di conciliazione dovrà essere espletato entro trenta giorni dalla presentazione della richiesta. Trascorso tale termine il tentativo si considera comunque espletato. Ove il tentativo di conciliazione riuscisse, sarà formato processo verbale, redatto in quattro originali, sottoscritto dalle parti interessate e dai componenti della Commissione i quali certificano l’autografia della sottoscrizione delle parti. Il processo verbale di avvenuta conciliazione è depositato presso la DTL competente per territorio a cura di una delle parti. Una delle parti*

⁶² Contratto collettivo di lavoro per i dipendenti delle società di assicurazione assistenza e le aziende di servizi intrinsecamente ordinate e funzionali alle stesse del 3 dicembre 2012.

⁶³ Contratto collettivo nazionale di lavoro dei dipendenti AVIS del 15 maggio 2013.

interessata, può presentare istanza al giudice che accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto. Per la validità e, quindi, l'inoppugnabilità, di una transazione stipulata in sede di conciliazione sindacale è necessaria l'assistenza e la sottoscrizione da parte del legittimo rappresentante della Organizzazione sindacale di fiducia del lavoratore. Ove non dovesse riuscire il tentativo, le parti saranno libere di seguire le procedure che riterranno più opportune”.

Il successivo art. 81 si occupa del “*Tentativo facoltativo di conciliazione presso la Commissione di conciliazione della Direzione territoriale del lavoro*”, per ricordare che, con riferimento alle medesime controversie che costituiscono l’ambito operativo dell’art. 80, “*il lavoratore può promuovere anche tramite l’Organizzazione alla quale aderisce o a cui ha conferito mandato, un tentativo di conciliazione presso la Commissione di conciliazione, istituita presso le Direzioni provinciali del lavoro, individuate secondo i criteri dell’art. 413 c.p.c., nel rispetto dell’articolo 31 della legge n. 183 dell’anno 2010, commi 1, 2, 3, 4 e 5”.*

L’art. 82 del contratto si occupa, infine, dell’ “*Arbitrato irrituale*”, al quale, come ulteriore possibilità, potranno essere devolute le eventuali controversie sul trattamento economico e normativo dei lavoratori “*ai sensi dell’art. 31 comma 8 della legge 183 del 2010, che sostituisce l’articolo 412 quater c.p.c., ferma restando in un caso come nell’altro la facoltà di una delle parti di adire l’Autorità Giudiziaria o di avvalersi delle procedure di conciliazione ed arbitrato. Il Collegio di conciliazione e arbitrato è composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro, in funzione di presidente, scelto di comune accordo dagli arbitri di parte tra i professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati ammessi al patrocinio davanti alla Corte di cassazione. La parte che intenda ricorrere al Collegio di conciliazione e arbitrato deve notificare all’altra parte un ricorso sottoscritto, personalmente o da un suo rappresentante al quale abbia conferito mandato e presso il quale deve eleggere il domicilio. Se la parte convenuta intende accettare la procedura di conciliazione e arbitrato nomina il proprio arbitro di parte, il quale entro trenta giorni dalla notifica del ricorso procede, ove possibile, concordemente con l’altro arbitro, alla scelta del presidente e della sede del Collegio. La parte convenuta, entro trenta giorni da tale scelta, deve depositare presso la sede del Collegio una memoria difensiva. Entro dieci giorni dal deposito della memoria difensiva il ricorrente può depositare presso la sede del Collegio una memoria di replica senza modificare il contenuto del ricorso. Nei successivi dieci giorni il convenuto può depositare presso la sede del Collegio una*

controreplica senza modificare il contenuto della memoria difensiva. Il Collegio fissa il giorno dell'udienza, da tenere entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la controreplica del convenuto, dandone comunicazione alle parti, nel domicilio eletto, almeno dieci giorni prima. All'udienza il Collegio esperisce il tentativo di conciliazione. Se la conciliazione riesce, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal presidente del Collegio che ha esperito il tentativo, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Il processo verbale è depositato a cura delle parti alla Cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione è stato formato. La parte interessata può presentare istanza al giudice per ottenere il decreto di esecutività del verbale di conciliazione. Se il tentativo di conciliazione si è svolto in sede sindacale, il processo verbale di avvenuta conciliazione è depositato presso l'Ufficio provinciale del lavoro a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale. La parte interessata può presentare istanza al giudice per ottenere il decreto di esecutività del verbale di conciliazione. Se la conciliazione non riesce si seguono le disposizioni dell'articolo 31 comma 8 della legge 183 del 2010".

6.2 IL CONTRATTO COLLETTIVO COME VEICOLO DI IMPOSIZIONE DELL'OBBLIGO DI ESPERIRE IL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

Il secondo gruppo di contratti è costituito da quegli accordi che vincolano le parti della controversia all'esperimento di un tentativo di conciliazione preventivo all'instaurazione del giudizio, andando oltre le indicazioni di legge.

Per fornire un'esemplificazione di questo gruppo contrattuale si richiamano alcuni accordi di recente sottoscrizione.

Il Contratto Agricoltura (Contoterzismo) del 21 giugno 2012⁶⁴ dedica l'art. 39 alle "Controversie" e vi riferisce che: *"In caso di controversia tra datore di lavoro e lavoratore, dipendente dall'applicazione di leggi, contratto collettivo o, comunque, in dipendenza del rapporto di lavoro, qualora le parti stesse non raggiungano l'accordo direttamente, la controversia individuale dovrà essere demandata alle rispettive organizzazioni sindacali territoriali, le quali, entro 15 giorni dalla richiesta di una delle parti, esperiranno il tentativo di composizione della vertenza. Se la controversia discende dal riconoscimento della qualifica in rapporto alle mansioni effettivamente svolte dal*

⁶⁴ Contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori dipendenti delle imprese che esercitano attività di contoterzismo in agricoltura del 21 giugno 2012.

lavoratore, dalla mancata od erronea applicazione dell' articolato del presente contratto, il tentativo di amichevole componimento sarà espletato con l'assistenza di due esperti, nominati dalle organizzazioni sindacali cui aderiscono od abbiano conferito mandato, il datore di lavoro ed il lavoratore”.

Più di recente, il Contratto Lavoro domestico del 21 maggio 2013⁶⁵ ha intitolato il proprio art. 46 “*Commissioni territoriali di conciliazioni*” e vi ha stabilito che: “*Per tutte le vertenze individuali di lavoro relative all'applicazione del presente contratto, le parti esperiranno, prima dell'azione giudiziaria, il tentativo di conciliazione, di cui all'art. 410 e seguenti del Cod. Proc. civ.*”.

Di particolare interesse, anche in considerazione dell'estensione della categoria professionale alla quale si riferisce, e di ancora più recente stipula, è il Contratto Turismo del 18 gennaio 2014 stipulato da Federalberghi e FILCAMS-CGIL, FISASCAT-CISL e UILTUCS-UIL⁶⁶.

All'art. 33 il Contratto disciplina le “*Procedure per la conciliazione delle vertenze individuali*”, demandando le vertenze relative ai rapporti di lavoro subordinato all'esame della Commissione di conciliazione prima dell'azione giudiziaria: “*La Commissione di conciliazione in sede sindacale è composta da un rappresentante della locale Organizzazione sindacale degli imprenditori alla quale l'azienda aderisce e/o conferisce mandato e da un rappresentante della locale Organizzazione sindacale dei lavoratori alla quale il dipendente è iscritto e/o conferisce mandato. La Commissione ha sede presso la Commissione paritetica o presso il Centro di servizio o presso l'Ente bilaterale territoriale, cui compete l'istituzione di un'apposita segreteria. La richiesta di conciliazione, che deve contenere gli elementi essenziali della controversia, deve essere inviata presso la sede della Commissione, a mezzo raccomandata con avviso di ricevuta o altro mezzo equipollente. La segreteria della Commissione, ricevuta la richiesta, convoca le parti per una riunione da tenersi entro dieci giorni dal ricevimento della richiesta stessa, invitandole a designare entro otto giorni le Organizzazioni cui aderiscono e/o conferiscono mandato. La comunicazione di cui al comma precedente interrompe la prescrizione e sospende per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza. Il tentativo di conciliazione deve essere espletato entro sessanta giorni dalla presentazione*

⁶⁵ Ipotesi di contratto collettivo nazionale di lavoro sulla disciplina del rapporto di lavoro domestico del 21 maggio 2013.

⁶⁶ Contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti dalle aziende dal settore turismo del 20 febbraio 2010 rinnovato il 18 gennaio 2014.

della richiesta. Dell'esame di ogni vertenza deve essere redatto verbale sia nel caso di composizione della stessa, sia nel caso di mancato accordo. In caso di mancata comparizione di una delle parti, la segreteria rilascerà alla parte interessata la relativa attestazione. I verbali di conciliazione o di mancato accordo, redatti in sei copie, dovranno essere sottoscritti dalle parti interessate e dai componenti la Commissione. I verbali di mancato accordo dovranno contenere le ragioni del mancato accordo e potranno indicare la soluzione anche parziale sulla quale le parti concordano. La segreteria della Commissione, su richiesta della parte più diligente, deposita una copia del verbale presso la Direzione del lavoro competente per territorio ai sensi degli artt. 411 e 412 c.p.c.". La norma precisa infine che le decisioni della Commissione non determinano un'interpretazione autentica delle clausole del contratto collettivo, né degli accordi territoriali, che resta demandata alla Commissione paritetica.

Il successivo art. 34 disciplina il "Collegio arbitrale", a cui le parti possono deferire la risoluzione delle controversie se il tentativo di conciliazione facoltativo di cui all'art. 410 c.p.c. oppure il tentativo di conciliazione previsto dall'art. 33 del contratto per le vertenze che coinvolgono i lavoratori subordinati non hanno avuto esito positivo, e in alternativa al ricorso all'Autorità giudiziaria. Il Collegio è istituito a cura delle associazioni territoriali aderenti alle Organizzazioni stipulanti. La procedura prevede che "l'istanza della parte, avente medesimo oggetto e contenuto dell'eventuale precedente tentativo di conciliazione e contenente tutti gli elementi utili a definire le richieste, sarà presentata, attraverso l'Organizzazione a cui la parte stessa aderisce e/o conferisce mandato, alla segreteria del Collegio arbitrale, e contemporaneamente all'altra parte. L'altra parte è tenuta a manifestare la propria eventuale adesione al Collegio arbitrale entro il termine di quindici giorni dal ricevimento dell'istanza, con facoltà di presentare contestualmente o fino alla prima udienza uno scritto difensivo. Entrambe le parti possono manifestare la propria volontà di rinunciare alla procedura arbitrale con dichiarazione scritta da recapitare alla segreteria del Collegio fino al giorno antecedente alla prima udienza. Il Collegio è composto da tre membri, uno dei quali designato dalla Organizzazione imprenditoriale territorialmente competente, un altro designato dall'Organizzazione sindacale territoriale a cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato, un terzo con funzioni di presidente nominato di comune accordo dalle predette Organizzazioni territoriali. I due membri designati in rappresentanza di ciascuna delle parti possono coincidere con coloro che hanno esperito la conciliazione nell'interesse delle stesse parti. In caso di mancato accordo sulla designazione del Presidente del

Collegio, quest'ultimo verrà estratto a sorte tra i nominativi compresi in un'apposita lista di nomi non superiori a sei, preventivamente concordata o, in mancanza di ciò, sarà designato, su richiesta di una o di entrambe le Organizzazioni predette, dal Presidente del Tribunale competente per territorio. Il Presidente del Collegio nominato di comune accordo dura in carica un anno ed il suo mandato è rinnovabile. Il Presidente del Collegio, ricevuta l'istanza provvede a fissare entro quindici giorni la data di convocazione del Collegio il quale ha facoltà di procedere ad una fase istruttoria secondo modalità che potranno prevedere: a) l'interrogatorio libero delle parti e di eventuali testi; b) l'autorizzazione al deposito di documenti, memorie e repliche a cura delle parti o dei procuratori di queste; c) eventuali ulteriori elementi istruttori. Il Collegio emetterà il proprio lodo entro 45 giorni dalla data della prima riunione, dandone tempestiva comunicazione alle parti interessate, salva la facoltà del Presidente di disporre una proroga fino ad un massimo di ulteriori quindici giorni, in relazione a necessità inerenti lo svolgimento della procedura. I compensi per gli arbitri saranno stabiliti in misura fissa. Le funzioni di segreteria del Collegio sono svolte dalla segreteria di cui all'art. 33. Le parti si danno atto che il Collegio arbitrale ha natura irrituale ed è istituito ai sensi e per gli effetti della legge 11 agosto 1973, n. 533, e successive modificazioni e integrazioni, e svolge le proprie funzioni sulla base di apposito regolamento. Il lodo arbitrale acquista efficacia di titolo esecutivo, osservate le disposizioni dell'art. 412 quater del codice di procedura civile”.

Il Contratto collettivo prevede, poi, all'art. 35 le “*Procedure di conciliazione ed arbitrato relative alle sanzioni disciplinari*” alternative rispetto a quella di cui all'art. 7 Stat. lav., in virtù del comma 7 della norma statutaria che fa salve le eventuali “*analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro*”. La disposizione indica che: “*Ferme restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria o di avvalersi delle procedure previste dall'art. 7 della legge n. 300/1970, il lavoratore al quale è stata applicata una sanzione disciplinare può promuovere, nei venti giorni successivi, anche per mezzo dell'Organizzazione sindacale dei lavoratori alla quale è iscritto e/o conferisce mandato, la costituzione, tramite la segreteria della Commissione di conciliazione, di un Collegio di conciliazione e arbitrato. Il Collegio di conciliazione ed arbitrato è composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro scelto di comune accordo o, in difetto di accordo, estratto a sorte da un elenco di esperti istituito presso la Commissione stessa. L'elenco di cui al comma precedente è formato da sei esperti indicati di comune accordo dalle locali Organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e*

dalle locali Organizzazioni sindacali dei lavoratori aderenti alle Organizzazioni stipulanti il presente contratto. La segreteria della Commissione di conciliazione, ricevuta la richiesta, invita il datore di lavoro a nominare il proprio rappresentante in seno al Collegio. Qualora il datore di lavoro non provveda a nominare il proprio rappresentante entro dieci giorni dal ricevimento dell'invito di cui al comma precedente, la sanzione disciplinare non ha effetto. La sanzione disciplinare resta sospesa fino alla pronuncia da parte del Collegio. Se il datore di lavoro adisce l'autorità giudiziaria, la sanzione disciplinare resta sospesa fino alla definizione del giudizio”.

Così suddivisi i contratti collettivi che si occupano delle procedure di conciliazione e di arbitrato, per rendere conto delle diverse modalità di approccio della contrattazione collettiva alla materia, si tratterà ora il tema della clausola compromissoria inserita nel contratto individuale di lavoro ai sensi del Collegato lavoro e il ruolo svolto a riguardo dalla contrattazione collettiva.

6.3 IL RUOLO DIRIMENTE DEL CONTRATTO COLLETTIVO PER L'INSERIMENTO DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA NEL CONTRATTO INDIVIDUALE DI LAVORO

Con riguardo a tutti i rapporti di cui all'art. 409 c.p.c., il comma 10 dell'art. 31 del Collegato lavoro ha introdotto la possibilità per il datore di lavoro e il lavoratore di pattuire una clausola compromissoria mediante la quale essi si impegnano a devolvere agli arbitri, e non al giudice del lavoro, le controversie che dovessero insorgere in relazione al rapporto.

Come è ben noto, il compromesso è un accordo “contestualizzato” rispetto al caso concreto, poiché la controversia che si decide di deferire agli arbitri è già insorta. Con la clausola compromissoria, invece, le parti del contratto a cui la clausola accede decidono per il futuro che tutte le controversie che dovessero tra loro insorgere non saranno decise in Tribunale, ma in arbitrato.

L'apposizione della clausola compromissoria ai contratti di lavoro era stata espressamente ammessa dall'art. 808 c.p.c. nel testo precedente la riforma del 2006, a condizione che l'arbitrato fosse previsto dai contratti collettivi, e comunque senza che ne risultasse pregiudicata la libertà delle parti di rivolgersi al giudice per azionare la propria pretesa. Questa condizione sembrava d'altronde poter annientare la clausola sempre e comunque. La contraddizione era stata superata interpretando la normativa come se questa avesse inteso riferire la conservazione della garanzia del giudice ordinario al solo caso del compromesso e non a quello della clausola compromissoria. Era precluso alla

clausola di autorizzare un giudizio di equità, nonché di dichiarare la non impugnabilità del lodo.

La riforma del 2006 revisionava l'art. 808 c.p.c. cancellando ogni riferimento alle controversie di lavoro e trasferiva nell'art. 806 c.p.c. il solo vincolo della previsione dell'arbitrato da parte della legge o della contrattazione collettiva e non quello della necessaria salvezza del giudizio ordinario. Non veniva trasferito il divieto del giudizio di equità. Tutto ciò lasciava intendere una liberalizzazione della clausola compromissoria, anche per un giudizio arbitrale d'equità. Tuttavia la riforma del 2006 riscriveva anche l'art. 829 c.p.c. al cui comma 4 viene fatta salva per le controversie di lavoro l'impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. Da questa disposizione alcuni derivavano la sopravvivenza dell'arbitrato di equità, nonostante questo fosse sparito dalla lettera della norma. Ora, se è vero che il giudizio di equità non è di per sé un giudizio in violazione delle norme inderogabili, è anche vero che il comma 4 del nuovo art. 829 c.p.c. veniva ad incidere quantomeno sulla stabilità del lodo pronunciato in base ad essa, se non sulla validità della clausola compromissoria che lo prevedesse⁶⁷.

Il Collegato lavoro è intervenuto sul tema senza intervenire sul Codice di procedura civile, ponendosi come disciplina speciale: la disciplina generale della clausola compromissoria resta quella dell'art. 808 c.p.c.

Oltre ad avere suscitato grandissime perplessità nella dottrina, il comma 10 dell'art. 31 della l. n. 183/2010 ha rappresentato il motivo principale del rinvio alle Camere del testo normativo da parte del Presidente della Repubblica.

La disposizione rimanda alle modalità di esercizio dell'arbitrato di cui agli artt. 412 e 412 quater c.p.c. Ne consegue senza dubbio che le parti stipulanti possono oggi optare anche per un giudizio arbitrale di equità.

All'apposizione della clausola sono state poste una condizione ed alcune limitazioni.

La condizione si colloca "a monte" rispetto alle limitazioni; in essa si rinviene il ruolo dirimente della contrattazione collettiva nell'ambito di questa tematica. Infatti, la clausola compromissoria potrà essere apposta al contratto individuale *"solo ove ciò sia previsto da accordi interconfederali o da contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano*

⁶⁷ CESTER C., *La clausola compromissoria nel Collegato lavoro 2010*, in *Lav. giur.*, 2011, 1, p. 23 e ss.

nazionale". Il comma 11 dell'art. 31 indicava poi che, in assenza di tali accordi o contratti, una volta che fossero trascorsi dodici mesi dall'entrata in vigore della legge, il Ministro del lavoro avrebbe potuto esercitare la facoltà di convocare le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative per tentare di raggiungere l'accordo. Ove le parti sociali non avessero raggiunto l'accordo, il Ministro avrebbe potuto regolare la materia con un proprio decreto "*in via sperimentale*".

Quanto alle limitazioni, vale per tutte il giudizio di insufficienza che la dottrina prevalente ha espresso a loro riguardo ritenendo che i limiti posti dalle legge all'inserimento della clausola compromissoria nel contratto individuale non siano sufficienti a superare le problematiche legate a questo istituto.

Più precisamente, sotto il profilo temporale, la legge stabilisce che la clausola non può essere stipulata prima che sia terminato il periodo di prova, se previsto dal contratto, oppure prima che siano decorsi trenta giorni dalla sottoscrizione del contratto. E' chiaro che il lavoratore, peraltro appena assunto, si trova in una condizione di debolezza contrattuale rispetto al datore di lavoro che presumibilmente gli impedirà di esprimere la propria eventuale contrarietà all'apposizione della clausola e lo porterà ad accettare le condizioni imposte dal datore di lavoro.

Sotto il profilo dei possibili contenuti della clausola, il comma 10 ne eccettua dall'ambito di operatività le liti che ineriscono la risoluzione del contratto. Questa esclusione è stata aggiunta nel testo del Collegato lavoro dopo il rinvio alle Camere da parte del Capo dello Stato. Egli, pur avendo apprezzato l'impegno assunto dalla maggior parte delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e delle associazioni delle imprese con la Dichiarazione comune dell'11 marzo 2010 a definire con tempestività accordi interconfederali nei quali si sarebbe appunto convenuto che la clausola compromissoria non avrebbe potuto riguardare le liti sulla risoluzione del rapporto, affermava che "*solo il legislatore può e deve stabilire le condizioni perché possa considerarsi effettiva la volontà delle parti di ricorrere all'arbitrato; e solo esso può e deve stabilire quali siano i diritti del lavoratore da tutelare con norme imperative di legge e quali normative invece demandare alla contrattazione collettiva*".

Il legislatore ha posto un altro limite all'inserimento della clausola compromissoria nel contratto di lavoro. Lo ha subordinato, a pena di nullità, alla certificazione della clausola ad opera degli organi di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003, allo scopo di accertare la genuinità del consenso prestato dal lavoratore alla sottoscrizione del patto. La funzione delle procedure di certificazione, che rispondono alla finalità

ultima di ridurre il contenzioso sulla qualificazione dei contratti di lavoro e sull'interpretazione delle relative clausole, è quello di verificare che il contenuto delle clausole contrattuali corrisponda all'effettiva volontà delle parti stipulanti. La verifica viene compiuta ricorrendo al meccanismo che in dottrina viene definito della "volontà assistita", in quanto il soggetto debole del rapporto dovrebbe appunto beneficiare dell'assistenza e della consulenza dei membri della Commissione di certificazione.

Anche a questo proposito il Presidente della Repubblica esprimeva forti perplessità. L'accertamento ad opera degli organismi di cui all'art. 76 del d.lgs n. 276/2003 appariva anch'esso una tutela insufficiente per la parte debole della relazione di lavoro, perché *"tali organi – anche a prescindere dalle incertezze sull'ambito dei relativi poteri, che scontano più generali difficoltà di acclimatemento dell'istituto – non potrebbero che prendere atto della volontà dichiarata dal lavoratore, una volta che sia stata confermata in una fase che è pur sempre costitutiva del rapporto e nella quale permane pertanto una ovvia condizione di debolezza"*.

Si avverte tuttora la mancanza di un sistema per il controllo dell'operato delle Commissioni di certificazione tale da assicurare che la funzione di consulenza e di informazione circa le conseguenze della sottoscrizione della clausola compromissoria venga esercitata correttamente a beneficio del prestatore di lavoro che si accinge a concludere il contratto. Tuttavia, anche laddove l'organo di conciliazione adempia adeguatamente al proprio dovere di assistenza e di informazione, lo squilibrio di potere che caratterizza il rapporto indurrà con buona probabilità il soggetto che offre la propria prestazione di lavoro ad accettare quanto proposto dal datore di lavoro. Le censure espresse in proposito dal Presidente Napolitano non sono state accolte dal Parlamento.

Il Parlamento non ha accolto neppure le censure che il Capo dello Stato aveva indirizzato alla previsione della possibilità per le parti di richiedere con la clausola compromissoria una decisione secondo equità. La facoltà di disporre in contratto per una decisione arbitrale di equità non può non rafforzare la valutazione di inadeguatezza delle protezioni giuridiche offerte al lavoratore dalla disciplina dell'arbitrato del 2010. Risultava una garanzia insufficiente il generico riferimento al rispetto dei principi generali dell'ordinamento *"che non appare come tale idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi di diritti indisponibili, al di là di quelli costituzionalmente garantiti; e comunque un aspetto così delicato non può essere affidato a contrastanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, suscettibili di alimentare contenziosi che la legge si propone invece di evitare"*.

Particolari perplessità si nutrono ancora oggi in merito all'estensione della possibilità di ricorrere a questo tipo di arbitrato anche in materia di pubblico impiego, per il timore che attraverso giudizi di equità si finisca per incidere sui principi di buon andamento, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 97 Cost.

Nonostante sia chiaro che il giudizio di equità non è un giudizio reso fuori da un sistema di regole né contro le regole e che, in considerazione dell'attuale realtà del mercato del lavoro, tale giudizio può rappresentare semplicemente una possibilità ulteriore per le parti, è indispensabile che entrambe vi optino sulla base di una genuina e consapevole manifestazione di volontà. Come affermava il Presidente della Repubblica nel proprio Messaggio, risulta imprescindibile un intervento legislativo che definisca *“in modo puntuale modalità tempi e limiti che rendano il ricorso all'arbitrato – nell'ambito del rapporto di lavoro – coerente con la necessità di garantire l'effettiva volontarietà della clausola compromissoria e una adeguata tutela dei diritti più rilevanti del lavoratore (da quelli costituzionalmente garantiti agli altri che si ritengano ugualmente non negoziabili)”*.

Soltanto assicurando un'adeguata tutela del lavoratore, seppure rapportata alle peculiarità delle procedure di conciliazione ed arbitrato, le modifiche normative potranno contribuire alla diffusione dei due istituti nel settore delle liti lavoristiche e alla formulazione di un giudizio positivo sulla loro efficienza.

In ordine allo stato di applicazione delle clausole compromissorie, si osserva che non vi è, ad oggi, notizia di un intervento del Ministro del lavoro. Invece, nonostante le previsioni di senso opposto, diversi sono stati i contratti collettivi che, a partire dal 2011, hanno riconosciuto alle parti del rapporto di lavoro la facoltà di pattuire clausole compromissorie per devolvere al Collegio arbitrale le controversie che dovessero derivare dal rapporto.

Vista la particolare rilevanza della questione, si ritiene di riferire, almeno in parte, in questa sede sulla citata contrattazione.

Il Contratto collettivo nazionale per i dipendenti di agenzie di sicurezza sussidiaria non armata e degli istituti investigativi sottoscritto il 28 gennaio 2011 fra AISS, UGL e Federterziario all'art. 30 ha individuato l'arbitrato quale metodologia vincolante per le associazioni firmatarie e i loro assistiti da impiegare nell'ipotesi di controversie sui contenuti o sulle tipologie contrattuali contemplate dallo stesso contratto collettivo, richiamando espressamente il comma 10 dell'art. 31 della l. n. 183/2010, fatto salvo il

ricorso alla Commissione paritetica di conciliazione costituita nell'ambito dell'ente bilaterale di riferimento.

L'accordo del 26 febbraio 2011, ratificato con modifiche il 6 aprile 2011, fra la CONFCOMMERCIO e la FISASCAT-CISL, la FILCAMS-CGIL, la UILTUCS-UIL per il settore del commercio e del terziario (ma nella parte che interessa non sottoscritto dalla FILCAMS-CGIL), all'art. 38 bis consente alle parti di pattuire, nell'ambito dei contratti individuali di lavoro, clausole compromissorie per la devoluzione ad arbitri delle liti sorte dal rapporto di lavoro, con specifica esclusione, oltre che delle controversie relative ai licenziamenti, di quelle relative ad infortuni e malattie professionali e ad episodi di *mobbing* o molestie sessuali. La disposizione aggiunge che la clausola non può essere sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova, se pattuito, ovvero se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro. Essa esclude, altresì, la sottoscrivibilità della clausola ad un'ipotesi non prevista dalla legge, ossia quella della lavoratrice, dall'inizio del periodo di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino.

Sempre nel settore del commercio, l'accordo del 15 marzo 2011 tra Confesercenti, UILTUCS e FISASCAT ha previsto, all'art. 38 bis, la possibilità di pattuire nei contratti individuali clausole compromissorie dirette a rimettere in via preventiva al Collegio arbitrale le liti derivanti dal rapporto di lavoro, ad eccezione delle liti che riguardano il licenziamento, gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, le vicende di *mobbing*, le molestie sessuali sul lavoro. La norma contrattuale specifica, poi, che la clausola compromissoria non può essere pattuita prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto, oppure prima che siano trascorsi trenta giorni dalla stipulazione del contratto di lavoro, nonché dalle lavoratrici, dall'inizio della gravidanza sino al compimento di un anno di età del figlio.

Si segnala anche l'accordo del 28 maggio 2012 tra ASSOCED e UGL, contenente l'ipotesi di rinnovo del contratto collettivo di lavoro per i dipendenti dei centri di elaborazione dati, per le società tra professionisti costituite ai sensi dell'art. 10, l. n. 183/2011, per gli studi di professionisti non organizzati in ordini e collegi e per le agenzie di servizi per il disbrigo di pratiche amministrative. L'accordo prevede, infatti, un articolo rubricato "*Clausola compromissoria*", di contenuto identico a quello delle corrispondenti norme vigenti nel settore del commercio e che richiama anch'essa specificamente il comma 10 dell'art. 31 del Collegato lavoro.

CAPITOLO 2

EFFETTIVITÀ ED EFFICACIA DEGLI STRUMENTI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO ALTERNATIVI AL GIUDIZIO

1. UNA VALUTAZIONE SUGLI STRUMENTI

1.1 INFORMALITÀ E BENEFICI FISCALI QUALI PRESUPPOSTI PER L'OPZIONE A FAVORE DELL'ALTERNATIVA AL GIUDIZIO

Dopo avere analizzato la disciplina legislativa e contrattuale della conciliazione e dell'arbitrato di lavoro, si intende ora compiere una valutazione sull'effettività e sull'efficacia degli strumenti, complessivamente intesi, e dei provvedimenti che tali strumenti producono.

A tal fine, occorre innanzitutto rinnovare alla memoria l'obiettivo sotteso dal legislatore al Collegato lavoro, per comprendere se i procedimenti conciliativi e arbitrali che sono fuoriusciti dall'intervento di riforma si siano rivelati idonei o meno a rispondervi.

L'obiettivo dichiarato dal legislatore del 2010 è stato quello, più volte citato, della riduzione del contenzioso che pesava sui giudici del lavoro. Si tratta, dunque, di un obiettivo concreto e misurabile.

Si osserva fin da subito che il Collegato lavoro ha gravato la propria incisività di una lacuna di non poco conto. Il testo ha preso in considerazione solo marginalmente il contenzioso previdenziale e assistenziale che rappresenta quasi i due terzi delle cause di lavoro instaurate davanti ai giudici. Così, la capacità deflattiva della novella è risultata circoscritta in partenza, perché l'impatto delle nuove misure sull'efficienza della complessiva giustizia del lavoro è stato limitato a priori.

Vi è stato anche chi ha affermato che l'azione legislativa sia stata, in realtà, guidata da uno scopo ben diverso da quello deflattivo, e questo è andato a discapito dell'efficacia delle nuove misure⁶⁸. Per sostenere questa teoria sono state richiamate le parole espresse da uno fra i principali sostenitori della riforma sui risultati attesi dalla sua applicazione: *“Liberare il lavoro dal peso della cattiva regolazione. Da un formalismo giuridico esasperato. Causa ed effetto di un contenzioso abnorme”*⁶⁹, che non è dovuto alle regole processuali, ma dipende *“dalle norme di diritto sostanziale – incentrate*

⁶⁸ Cfr. SPEZIALE V., *I limiti alla giustiziabilità dei diritti nella riforma del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 1, p. 25 e ss.

⁶⁹ TIRABOSCHI M. *Premessa*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010*, n. 183, Milano, 2010, p. XIII.

sull'asse "norma inderogabile - giudice" e [dalla] cultura conflittuale e antagonista che la pervade", in una "prospettiva di arretramento dello Stato dalle questioni del lavoro per lasciare spazio, in una ottica sussidiaria e partecipativa, alle libere dinamiche della contrattazione collettiva e del bilateralismo e, laddove adeguatamente sostenuta, anche alla stessa contrattazione individuale tra lavoratore e datore di lavoro"⁷⁰.

Se ne è dedotto il tentativo di aggirare l'ostacolo costituito dal rispetto delle norme inderogabili del diritto del lavoro (ipotesi rafforzata dall'introduzione di un arbitrato di equità).

Vi è poi chi ha denunciato espressamente il tentativo del legislatore di "togliere le cause ai giudici del lavoro, accusati internamente di partigianeria" e di "neutralizzare l'art. 18 St. lav. concedendo agli arbitri la possibilità di negare la reintegrazione", ritenendo del tutto inverosimile che tramite la riforma della disciplina dell'arbitrato si sia effettivamente voluto ridurre la domanda di giustizia pubblica, posto che il ricorso all'arbitrato non è consentito in relazione alle controversie che costituiscono la stragrande maggioranza del contenzioso, ossia quelle in materia di previdenza⁷¹.

La posizione è stata condivisa da altra autorevole dottrina⁷² che, con toni meno critici ma non per questo meno incisivi, ha escluso che la disciplina del Collegato lavoro sia in grado di realizzare obiettivi di deflazione del contenzioso e di certezza del diritto. Tale dottrina, anzi, ha identificato nella riforma la fonte di una nuova incertezza per i rapporti di lavoro.

Iniziando dalla conciliazione la valutazione sugli strumenti, si osserva innanzitutto come il ripristino della facoltatività del tentativo sia apparso in contrasto con la dichiarata logica deflattiva, oltre che in controtendenza con le previsioni del d.lgs. n. 28/2010 sulla mediazione delle controversie civili e commerciali. Le conciliazioni non sono state adeguatamente incentivate da parte del legislatore, mentre le mediazioni civili e commerciali sono state incoraggiate tramite la previsione di specifiche misure fiscali e tramite la previsione dell'inutilizzabilità, nel corso del giudizio, delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite durante la fase di mediazione, diversamente da quanto accade con riferimento al verbale di mancata conciliazione.

La scelta di eliminare l'obbligo di tentare la conciliazione della lite prima del

⁷⁰ TIRABOSCHI M., *Giustizia del lavoro: la riforma nel Collegato*, in *I Supplementi di Guida al Lavoro – Collegato lavoro*, Milano, 2010, p. 8-9.

⁷¹ MISCIONE M., *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in *Lav. giur.*, 2011, 1, p. 7.

⁷² Fra gli altri, DE ANGELIS L., *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 2, p. 399 e ss.

processo è stata presumibilmente dettata dal fatto che il tentativo obbligatorio non ha dato buoni frutti e si è per lo più trasformato in un adempimento burocratico inevitabile per poter azionare la propria pretesa in giudizio, se non addirittura in un “*parcheggio della controversia presso uffici rassegnati a fungere da parcheggio*”⁷³. Si deve però anche rendere conto del fatto che vi sono stati alcuni studi in materia, e in particolare uno studio realizzato nel 2002, che non hanno riportato risultati disastrosi⁷⁴; inoltre, non pochi commentatori hanno rilevato che il tentativo obbligatorio di conciliazione almeno in astratto abbia avuto buone possibilità di ottenere risultati più proficui e che questi siano stati ostacolati prevalentemente dalla scarsa competenza giuridica dei conciliatori e da un atteggiamento degli operatori e dei cittadini poco fiducioso (e forse ostile) rispetto alla devoluzione delle liti a soggetti differenti dal giudice del lavoro.

In ogni caso i risultati conseguiti dall’esperienza del tentativo obbligatorio di conciliazione non corrispondono a quanto il legislatore intendeva con esso ottenere e a quanto ci si auspicava.

E’ vero pure che il tentativo facoltativo di conciliazione in vigore prima della modifica apportata dal d.lgs. n. 80/1998 all’art. 410 c.p.c. si era dimostrato ineffettivo: ad esso le parti facevano ricorso quasi esclusivamente per formalizzare accordi già raggiunti in un’altra sede, a garanzia della validità degli accordi conclusi su diritti derivanti al lavoratore da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo, così beneficiando dell’applicazione dell’art. 2113, comma 4, c.c.

Apprestando regole procedurali particolarmente stringenti, il legislatore del Collegato lavoro ha forse voluto scongiurare il riproporsi del medesimo insuccesso del regime di facoltatività e favorire lo sviluppo di un approccio consapevole alla conciliazione. Per fare questo ne ha eliminato il carattere di adempimento burocratico, ma i commentatori ritengono che quelle stesse regole sortiranno l’effetto opposto di scoraggiare il ricorso alla conciliazione. La nuova procedura postula, infatti, che la richiesta di esperimento del tentativo abbia un contenuto simile a quello di un vero e proprio ricorso introduttivo dell’azione in sede giurisdizionale e che la parte destinataria, nel caso intenda accettare la richiesta, debba depositare presso la Commissione di conciliazione una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, nonché

⁷³ Così VACCARELLA R., *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull’arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 744.

⁷⁴ Cfr. MATTEINI G., *La conciliazione e l’arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il d.lgs. n. 80/1998: è stato proprio un fallimento?*, in *Lav. e dir.*, 2002, p. 657 e ss.; PIZZOFERRATO A., *Giustizia privata del lavoro (Conciliazione e arbitrato)*, Padova, 2003, p. 218 e ss.

le eventuali domande riconvenzionali.

Ne deriva che entrambe le parti sono in qualche modo costrette dalla procedura ad anticipare le proprie strategie.

Non solo: per l'ipotesi di mancato accordo, il comma 3 dell'art. 31 della l. n. 183/2010 impone alla Commissione di conciliazione di formulare una proposta che, se non accettata, deve essere riportata nel verbale di mancata conciliazione unitamente alle valutazioni espresse a riguardo dalle parti; della mancata accettazione della proposta senza adeguata motivazione il giudice successivamente adito è chiamato a tenere conto.

Anche questa previsione impedisce al datore di lavoro e al lavoratore di condurre la procedura in assoluta libertà, a discapito della buona riuscita del tentativo.

Lo stesso ragionamento a proposito delle rigidità delle procedure può essere fatto per l'arbitrato definito dal Collegato lavoro. Come sostenuto dai commentatori all'avvento del Collegato lavoro e come dimostrato dai fatti nel corso di questi anni⁷⁵, la rigidità delle regole procedimentali ha spinto a rivolgersi piuttosto alle sedi sindacali e alle procedure meno rigide apprestate dall'autonomia collettiva.

Perciò la conciliazione e l'arbitrato di lavoro regolamentati dalla l. n. 183/2010, e attualmente vigenti nel nostro ordinamento, mancano in primo luogo di un requisito che pare essenziale per la loro efficacia e, ancora prima, per far sì che i cittadini siano portati ad optare per la via stragiudiziale invece che per il processo, cioè l'informalità e la duttilità della procedura. Al contrario, le regole stabilite dal legislatore imbragano i due istituti in maglie strette non troppo diverse da quelle del giudizio e arrivano fino ad individuare conseguenze di non poco conto per l'ipotesi in cui la conciliazione in sede amministrativa venga rigettata.

Ben si comprende come tutto questo non possa che far rifuggire i due istituti o in favore della "tradizione" del processo, o in favore delle procedure alternative governate dai sindacati, o in favore delle prassi che aggirano quanto previsto dal legislatore e fanno in modo che la sede conciliativa non sia un luogo di confronto costruttivo ma il luogo in cui formalizzare un accordo definito altrove.

Il secondo fondamentale presupposto per la diffusione degli strumenti alternativi alla giustizia risiede nei costi (bassi) e nei benefici fiscali (alti).

Quanto alla conciliazione, il quadro normativo di riferimento si colloca nel d.p.r.

⁷⁵ DE ANGELIS L., *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 2, p. 412.

n. 917/1986, cioè il *Testo unico sulle imposte sui redditi*.

L'art. 6 del Testo unico stabilisce al secondo comma che *“I proventi conseguiti in sostituzione di redditi, anche per effetto di cessione dei relativi crediti, e le indennità conseguite, anche in forma assicurativa, a titolo di risarcimento di danni consistenti nella perdita di redditi, esclusi quelli dipendenti da invalidità permanente o da morte, costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti o perduti”*. Quindi nella nozione di reddito di lavoro è compreso il risarcimento del danno per la parte destinata a reintegrare il patrimonio del percettore per le perdite subite e per le spese sostenute (cioè il danno emergente) con l'unica eccezione dei danni dipendenti da invalidità permanente o morte; sono invece esclusi gli indennizzi risarcitori del lucro cessante in quanto emolumenti sostitutivi di un reddito che il danneggiato non ha potuto conseguire per effetto dell'evento lesivo.

La giurisprudenza ha indicato che *“i proventi conseguiti in sostituzione di redditi e le indennità conseguite a titolo di risarcimento di danni consistenti nella perdita dei redditi costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti o perduti; le somme percepite dal contribuente a titolo risarcitorio sono soggette a imposizione soltanto se, e nei limiti in cui, risultino destinate a reintegrare un danno concretatosi nella mancata percezione di redditi, mentre non costituisce reddito imponibile (...) ogni risarcimento inteso a riparare un pregiudizio di natura diversa”*⁷⁶. Ancora, alle somme corrisposte al lavoratore nell'ambito di una transazione *“deve essere presuntivamente attribuita, al di là delle qualificazioni formalmente adottate dalle parti, la natura di ristoro della perdita di retribuzioni che la prosecuzione del rapporto avrebbe implicato, e quindi il risarcimento di un danno qualificabile come lucro cessante (...) di guisa che alla distinta causale del relativo esborso deve corrispondere un'adeguata prova il cui onere spetta al contribuente”*⁷⁷.

L'art. 17 del Testo unico, dedicato alla *“Tassazione separata”*, al primo comma indica che l'imposta si applica separatamente, ai sensi della lett. a), sulle *“indennità e somme percepite una volta tanto in dipendenza della cessazione dei predetti rapporti, comprese (...) le somme e i valori comunque percepiti, al netto delle spese legali sostenute, anche se a titolo risarcitorio o nel contesto di procedure esecutive, a seguito di provvedimenti dell'autorità giudiziaria o di transazione relativi alla risoluzione del rapporto di lavoro”*, e ai sensi della lett. c), sulle *“indennità percepite per la cessazione*

⁷⁶ Cass. civ. 2 settembre 2003, n. 12789, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 9.

⁷⁷ Cass. civ. 12 gennaio 2009, in *Dir. eco. assicur.*, 2009, 1, p. 391.

dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, di cui al comma 2 dell'art. 49, se il diritto all'indennità risulta da atto di data certa anteriore all'inizio del rapporto nonchè, in ogni caso, le somme e i valori comunque percepiti, al netto delle spese legali sostenute, anche se a titolo risarcitorio o nel contesto di procedure esecutive, a seguito di provvedimenti dell'autorità giudiziaria o di transazioni relativi alla risoluzione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa”.

L'assoggettamento a tassazione con le modalità di cui all'art. 17 del Testo unico, e il conseguente obbligo del datore di lavoro di effettuare la ritenuta ai sensi dell'art. 23 del d.p.r. n. 600/1973, è applicabile sia alle transazioni proprie, ossia a quelle vicende nelle quali il negozio transattivo si limita a modificare il rapporto controverso, sia alle transazioni novative, cioè quelle transazioni in cui le parti sostituiscono al rapporto sottostante un diverso rapporto giuridico. Ciò in quanto la nozione di reddito da lavoro dipendente *ex art. 49 e 51 del Testo unico* è individuata *“in relazione al rapporto di lavoro”*, e il dato testuale dell'art. 17 lett. a) e c) del Testo unico indica *“a titolo transattivo”* senza fare distinzioni.

Pertanto, l'opinione è che il regime fiscale di cui godono le conciliazioni di lavoro nel nostro ordinamento sia un elemento ben posto a sostegno dell'opzione alternativa ai costi del processo.

Quanto all'arbitrato, invece, e più precisamente all'arbitrato in sede amministrativa di fonte legislativa, vi sono molte perplessità che ne riguardano i costi.

L'art. 412 quater c.p.c. contiene una disposizione sul compenso degli arbitri. Per il presidente del Collegio il compenso *“è fissato in misura pari al 2% del valore della controversia dichiarato nel ricorso ed è versato dalle parti, per metà ciascuna, presso la sede del Collegio mediante assegni circolari intestati al presidente almeno cinque giorni prima dell'udienza”*, mentre ciascuna parte è tenuta a versare il compenso per il proprio arbitro. Si aggiunge che *“le spese legali e quelle per il compenso del presidente e dell'arbitro di parte, queste ultime nella misura dell'1% del suddetto valore della controversia, sono liquidate nel lodo ai sensi degli articoli 91, primo comma, e 92”*.

E' molto probabile che la disciplina dei compensi degli arbitri abbia rappresentato uno degli ostacoli principali alla diffusione dell'istituto: da un lato per via dell'obbligo di anticipare una parte delle spese, dall'altro perché il compenso del presidente è fissato nel 2% del valore della controversia dichiarato all'interno della domanda e non è semplice trovare un professore universitario o un avvocato patrocinante in Corte di Cassazione disposto a lavorare per un onorario di questa entità.

Il costo complessivo dell'arbitrato che emerge dalle disposizioni di legge è pari al 4% del valore della controversia; a questo devono aggiungersi le spese legali. C'è poi l'eventualità che le spese vengano compensate, o addirittura accollate interamente al lavoratore.

L'arbitrato è indubbiamente gravoso dal punto di vista economico.

L'art. 412 quater c.p.c. prevede all'ultimo comma che “*i contratti collettivi nazionali di categoria possono istituire un fondo per il rimborso al lavoratore delle spese per il compenso del presidente del Collegio e del proprio arbitro di parte*”. Forse con questa disposizione il legislatore ha voluto lasciare la possibilità ai contratti collettivi di finanziare la difesa del lavoratore se questi non avessero disciplinato una propria procedura arbitrale; o forse ha voluto dare al lavoratore l'opportunità di scegliere l'arbitrato in sede amministrativa pur in presenza di un arbitrato di elaborazione contrattuale.

1.2 LA PROFESSIONALITÀ DI CONCILIATORI E ARBITRI QUALE PRESUPPOSTO PER LA FIDUCIA NELL'ALTERNATIVA AL GIUDIZIO

Fino all'entrata in vigore della l. n. 183/2010, le Commissioni ed i Collegi di conciliazione si sono dimostrati poco adeguati alla gestione delle procedure e hanno spesso seguito una logica certificativa di accordi che non avevano contribuito ad elaborare, o di mero recepimento della decisione delle parti di non conciliare⁷⁸.

L'art. 31 del Collegato lavoro conclude, al comma 18, disponendo che l'attuazione delle norme in esso contenute, in materia di conciliazione e arbitrati, non deve gravare la finanza pubblica di nuovi o maggiori oneri.

Gli auspicati effetti deflattivi diminuirebbero i costi economici che pesano sull'amministrazione della giustizia. Perciò si è osservato efficacemente che la previsione delle alternative al processo avrebbe dovuto essere accompagnata da un investimento da parte dello Stato funzionale all'aumento della loro qualità, per ottenere, così, anche un alleggerimento della spesa a carico della Pubblica Amministrazione.

L'aumento dei compiti assegnati alle Direzioni del lavoro ad opera della riforma del 2010 avrebbe richiesto una immediata e significativa riqualificazione professionale dei funzionari ministeriali, sia sul piano della preparazione giuridica, sia su quello delle altre competenze e capacità che un conciliatore ed un arbitro devono necessariamente

⁷⁸ Cfr. SANTAGADA G., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (Gazzetta Ufficiale 5 marzo 2010, n. 53)*, Roma, 2012, p.12

possedere per svolgere un buon lavoro. Il conciliatore, in particolar modo, deve essere formato a svolgere una mediazione delle posizioni dei soggetti in lite che sia ben congegnata, che tenga conto di tutti i fattori in gioco nel caso concreto, strettamente giuridici e non, e che sia in grado di tutelare la genuinità delle manifestazioni di volontà della parte più debole del rapporto.

La “*clausola delle riforme a costo zero*”⁷⁹ ha costituito, quindi, un ulteriore ostacolo all’efficienza e all’efficacia della conciliazione e dell’arbitrato, perché la Pubblica Amministrazione non ha potuto arruolare nuovo personale da dedicare (magari in via di “specializzazione”) alla composizione stragiudiziale dei conflitti, né ha potuto organizzare un percorso di formazione professionale per i conciliatori, come invece sarebbe stato opportuno fare e come è stato fatto con riferimento alla mediazione civile e commerciale per rafforzare le competenze e la professionalità dei mediatori.

Taluni hanno criticato la decisione di eliminare l’obbligatorietà del tentativo di conciliazione perché ritengono che il tentativo obbligatorio di conciliazione, se adeguatamente potenziato, *in primis* appunto con la garanzia della professionalità dei conciliatori, sia l’unico strumento idoneo a filtrare le controversie di lavoro.

Per avere un’idea concreta degli esiti ottenuti dalla conciliazione dopo il venir meno della regola dell’obbligatorietà si è presa visione dei dati statistici pubblicati dal Ministero del lavoro⁸⁰, con riferimento al settore privato, dal 2010 al momento in cui si scrive.

I *report* ministeriali sull’attività conciliativa delle Direzioni del lavoro hanno registrato nel 2010, ancora sotto il vigore della regola dell’obbligatorietà, 283.900 istanze, con un lieve calo rispetto all’anno precedente, pari a circa il 7%. Ne è stato effettivamente trattato soltanto il 26%, ma bisogna evidenziare che nel 61% dei casi l’attività conciliativa si è conclusa positivamente. Gli indennizzi hanno registrato un incremento del 40% rispetto all’anno precedente.

E’ vero, però, che in buona parte dei casi, se non nella maggiore, le liti definite davanti al conciliatore erano già state composte fra le parti fuori dalla sede ministeriale.

Entrato a regime il Collegato lavoro, a poco più di un anno dalla riforma, il Dirigente della Direzione territoriale del Lavoro di Modena rilevava “*una drastica*

⁷⁹ In tal senso, NICOLINI C.A., *Riforme a costo zero (art. 31, comma 18)*, in CINELLI M., FERRARO G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Torino, 2011, p. 215 e ss.

⁸⁰ I dati sono pubblicati sul sito internet del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, all’indirizzo <http://www.lavoro.gov.it/AreaLavoro/RapportiLavoro/controversie/Pages/statistichecontroversiedilavoro.aspx>.

riduzione delle vertenze trattate avanti all'organo conciliativo amministrativo", anche a motivo della scarsa "appetibilità" della nuova procedura di attivazione.

Nel 2011, a fronte di una diminuzione del 77% del numero delle istanze rispetto al 2010 (le istanze sono state 64.300), il 41,5% di esse è stato trattato tramite la procedura di conciliazione e nel 97% dei casi l'esito è stato favorevole.

Le controversie instaurate nel 2012 sono state 61.718, in lieve calo rispetto al 2011, ma è aumentata la percentuale di trattazione ad oltre il 50% delle controversie.

1.3 UNO SGUARDO DI CONFRONTO IN CHIAVE COMPARATISTICA IN TEMA DI *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*

Con la direttiva 2008/52/CE il Parlamento e il Consiglio europeo hanno posto all'attenzione degli Stati membri l'importanza di disciplinare all'interno dei propri ordinamenti tipologie di strumenti alternativi al processo per la risoluzione delle controversie.

L'Italia ha dato attuazione alla direttiva mediante l'approvazione del d.lgs. n. 28/2010, con il quale è andata oltre il contenuto della direttiva, introducendo nel nostro ordinamento l'istituto della mediazione obbligatoria pochi mesi prima dell'entrata in vigore della l. n. 183/2010, che ha determinato l'eliminazione del tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie dello specifico settore lavoristico.

La Corte costituzionale, come si è visto, ha dichiarato l'illegittimità delle norme del decreto che prevedevano la fattispecie di mediazione obbligatoria, per eccesso di delega rispetto alle previsioni degli Organi europei. Nonostante questo, il Decreto del fare ha ripristinato la fattispecie obbligatoria, assegnandole caratteristiche e modalità che non si distaccano molto rispetto a quelle previste nella precedente formulazione del testo normativo.

Questa è stata la risposta dell'ordinamento italiano alla direttiva europea in materia di ADR. Valutando assieme la vicenda che ha interessato la mediazione e le alterne vicende che hanno riguardato la conciliazione di lavoro (e l'arbitrato, che ad essa è strettamente e logicamente correlato) si può dedurre che l'atteggiamento dell'ordinamento italiano verso gli strumenti per la composizione stragiudiziale dei conflitti dimostra la mancanza di una cultura delle ADR, che è un elemento imprescindibile per la diffusione di questi istituti, e che non si sviluppa attraverso l'imposizione del loro utilizzo, come invece il legislatore ha scelto di fare.

Ben diverso è l'atteggiamento degli altri ordinamenti europei verso il sistema

delle ADR, così come molto diverse sono state le risposte alla direttiva europea del 2008.

La direttiva si è occupata dei metodi per la composizione stragiudiziale delle controversie con l'obiettivo di condurre gli Stati membri a sviluppare modalità per l'accesso alla giustizia diverse dal processo.

La Commissione europea con il Libro verde del 2002 già aveva sottolineato la necessità di sviluppare metodologie alternative al processo, in special modo proprio con riferimento all'ambito delle controversie di lavoro.

Le previsioni della direttiva sono state destinate sia allo sviluppo di strumenti per le mediazioni che possiedono elementi transfrontalieri, sia allo sviluppo di sistemi di mediazione esclusivamente interni. L'ambito applicativo di riferimento è quello delle controversie civili e commerciali su diritti disponibili.

Veniva indicato agli Stati membri di apprestare delle discipline capaci di garantire l'idoneità e la professionalità dei mediatori, proponendo a tale scopo anche la redazione di codici volontari di condotta e la creazione di meccanismi per la verifica della qualità dell'attività di mediazione.

Si precisava, laddove ve ne fosse stato bisogno, che l'accesso alla giurisdizione non avrebbe mai potuto essere impedito, neppure per mano di quelle discipline nazionali, ammesse dal diritto europeo, che contemplano fattispecie di mediazione obbligatoria. Inoltre, si precisava che doveva essere consentito alle parti di iniziare un procedimento giudiziale oppure di rivolgersi agli arbitri nel caso in cui risultassero in scadenza termini di prescrizione o di decadenza nel corso della procedura di mediazione.

L'incentivo alla mediazione di maggiore rilievo che gli Stati erano chiamati ad adoperare consisteva nella previsione di meccanismi per fare in modo che gli accordi sulla composizione della lite acquistassero l'efficacia di titolo esecutivo. Come elementi di base per i meccanismi che gli Stati avrebbero dovuto sviluppare, la direttiva annoverava il consenso di tutte le parti alla richiesta di esecutività e lo svolgimento di un controllo sostanziale sul contenuto dell'accordo, per verificare che esso non fosse in contrasto con la legge dello Stato nel quale veniva presentata la richiesta di esecutività.

Per la diffusione dello strumento, si chiedeva agli Stati di diffondere le informazioni sulla mediazione e sui servizi di mediazione, anche attraverso i professionisti del diritto, chiamati ad informare i propri clienti sulla possibilità di accedere alla mediazione. Purtroppo nulla diceva la direttiva a proposito di un fattore di riuscita fondamentale, che più volte si è invocato nel corso di questa trattazione, ossia la formazione degli operatori del diritto, avvocati, giudici e mediatori.

Tutti gli Stati membri hanno dato attuazione alla direttiva. In questa sede si darà conto delle modalità attuative seguite dalla Francia e dalla Spagna, due Paesi di *civil law* che possiedono un ordinamento civile non dissimile dal nostro, e dalla Gran Bretagna, per cogliere il differente approccio riservato alle ADR nell'ambito degli ordinamenti di *common law*.

Nel sistema francese vige già da diversi anni il sistema dei “Modes alternatifs de résolution des conflits” (MARC). L'ordinamento francese possiede quindi un sistema di alternative alla giustizia molto sviluppato, che ne annovera diverse tipologie e che pone l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle sedi amministrative, presso i “Conseilles de prud'hommes”, come una fase prodromica al processo del lavoro.

Il Codice di rito designa la conciliazione in sede giudiziale (“*médiation judiciaire*”) come una missione del giudice che, sempre nell'ambito di controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, può decidere di nominare un mediatore per aiutare le parti nella composizione della vertenza, dietro loro consenso. E' il giudice a fissare la data dell'udienza successiva, la durata del tentativo di mediazione e il compenso per il mediatore. Il processo viene sospeso per un periodo non superiore a tre mesi, prorogabili una sola volta se richiesto dal mediatore. Il tentativo di mediazione può concludersi in qualunque momento ad iniziativa di una delle parti, del mediatore o del giudice; in mancanza di un diverso accordo delle parti, se la mediazione fallisce il giudice non è messo a conoscenza di quanto accaduto nel corso del tentativo né delle ragioni del suo fallimento.

Lo sviluppo della cultura della conciliazione in Francia è stato determinato anche dall'attenzione riservata dal legislatore alla figura del conciliatore stragiudiziale (“*conciliateur de justice*”) che si occupa gratuitamente presso i “*tribunaux d'instance*” della composizione delle controversie civili su diritti disponibili, fuori dal processo oppure su delega da parte del giudice del medesimo “*tribunal d'instance*”.

Vi sono, poi, forme di mediazione istituzionale, offerte da organismi privati, simili ai nostri Collegi di conciliazione ed arbitrato istituiti presso le Camere di commercio oppure presso le organizzazioni dei professionisti o le associazioni aziendali.

Nonostante l'ordinamento francese fosse, quindi, già dotato di un buon sistema di ADR, la direttiva del 2008 è servita da spinta ad intensificare la promozione degli strumenti esistenti e ad apportarvi qualche miglioramento da parte del legislatore. Il legislatore non è però intervenuto sul sistema della conciliazione delle controversie di lavoro, che è rimasto invariato rispetto al periodo antecedente, fatta eccezione per le

controversie che hanno carattere transfrontaliero, con riferimento alle quali il legislatore francese ha compiuto un intervento attuativo della direttiva.

Circa gli altri aspetti trattati dalla direttiva, ed in particolar modo circa la figura del mediatore, l'intervento attuativo del legislatore francese si è limitato a indicare che il mediatore opera con imparzialità, competenza e diligenza, senza regolamentare tale figura e la sua formazione.

L'attuazione della direttiva da parte dell'ordinamento spagnolo, invece, non è servita a riordinare e implementare un sistema già esistente, ma a creare tale sistema, prima inesistente.

L'ordinamento nazionale non contemplava una disciplina generale della mediazione, ma solamente qualche disposizione di settore.

Attuando la direttiva con il *Decreto-Ley 5/2012* del 5 marzo 2012, in ritardo di circa un anno rispetto alla scadenza prevista, il legislatore spagnolo interveniva profondamente sulla materia delle ADR.

La disciplina che ne è fuoriuscita si applica a tutte le controversie civili e commerciali, transfrontaliere oppure di esclusiva rilevanza interna. Ne sono state escluse, tuttavia, le liti di lavoro, alle quali continua ad applicarsi una regolamentazione speciale, che postula l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda.

Quanto alla figura del mediatore, il decreto legge spagnolo consente che il mediatore possa operare come libero professionista oppure come componente di un istituto di mediazione, a carattere privato o pubblico, che sarà pertanto responsabile in solido con il mediatore. Il Ministero della giustizia e le pubbliche amministrazioni sono chiamati a curare la formazione iniziale e permanente del mediatore. Quali ulteriori requisiti, il decreto segnala il possesso di un titolo di laurea e una formazione specifica impartita da parte di enti accreditati.

Per quanto riguarda il rapporto fra mediazione e processo, l'intera disciplina della mediazione si basa sulla valorizzazione dell'autonomia della parti e non ricorrono ipotesi di mediazione obbligatoria. Le parti devono però essere informate della facoltà di accedere alla mediazione, o comunque di comporre in via stragiudiziale la lite, e possono di comune accordo chiedere al giudice della causa di sospendere il processo per tentare la mediazione. Naturalmente la mediazione può essere stimolata anche direttamente dal giudice, che può invitare i soggetti in lite a partecipare a quella che viene definita la "sessione informativa" sulla mediazione. Durante questa prima sessione del

procedimento, il mediatore informa le parti sul proprio ruolo, sulla propria formazione, sulla propria esperienza, sull'istituto della mediazione e sugli effetti dell'eventuale accordo. Se le parti intendono procedere con la mediazione una volta ricevute tutte le necessarie informazioni, si apre la "sessione costitutiva", di mediazione vera e propria, finalizzata, appunto, alla costituzione dell'accordo per la composizione della vertenza.

Una peculiarità della procedura di mediazione spagnola è rappresentata dal fatto che l'accordo, per diventare esecutivo, deve essere trasferito in un atto pubblico da parte di un notaio.

A proposito dei Paesi di *common law*, occorre in primo luogo osservare come questi ordinamenti siano da sempre dediti alla risoluzione delle controversie mediante il raggiungimento di una transazione fra le parti, con l'assistenza degli avvocati. Più di recente hanno assunto rilievo anche le ADR, il cui sviluppo ha trovato terreno fertile all'interno di un ordinamento di questo tipo, molto più duttile ed adattabile alle circostanze della fattispecie concreta rispetto a quelli di *civil law*, ancorati al diritto positivo.

L'ordinamento inglese riconosce al giudice un ruolo propositivo di "case management" all'interno del processo, al quale corrisponde il compito di condurre la controversia in modo tale da favorirne rapidamente la definizione (anche solo parziale) mediante la sottoscrizione di un accordo in sede di conciliazione giudiziale. Il giudice può anche promuovere la devoluzione della controversia in ADR laddove lo ritenga opportuno ("court referred mediation") e sospende il processo.

Anche se l'adesione alle ADR è facoltativa, il giudice può sanzionare economicamente le parti al momento della statuizione sulle spese del processo se pensa che la mancata adesione alla ADR proposta dall'altra parte sia stata irragionevole.

In Inghilterra esiste anche un servizio di mediazione per le controversie di minore portata ("Small Claims Mediation Service"). Si tratta di un servizio gratuito che per la stragrande maggioranza dei casi si svolge telefonicamente, senza l'intervento degli avvocati.

Pertanto, in un ordinamento così strutturato, la direttiva del 2008 non è stata percepita come una fonte di innovazione e la sua attuazione è stata limitata all'ambito delle controversie transfrontaliere.

Ad oggi, la diffusione della mediazione stragiudiziale è una tendenza che accomuna, volenti o nolenti, i legislatori di tutti gli Stati europei. Ognuno di questi è stato chiamato a dare attuazione alla direttiva del 2008 e lo ha fatto sulla base della propria

cultura giuridica. Spesso il legislatore nazionale è andato oltre le prescrizioni della direttiva e ha inciso sul sistema della mediazione nel suo complesso, creandolo laddove non esisteva, come nel caso della Spagna, oppure implementandolo, come accaduto in Francia, oppure apportando interventi minimali ad un sistema già ben funzionante, come nel caso dell'Inghilterra.

Anche il legislatore italiano è andato oltre le richieste dell'Europa, per tentare di diffondere la cultura della mediazione, e delle ADR in generale, all'interno di un ordinamento che conserva ancora parte di quella diffidenza che per lungo tempo ha riservato alle vie alternative al processo. Il legislatore però ha forzato eccessivamente la mano ed è stato censurato da una sentenza di illegittimità costituzionale.

2. UNA VALUTAZIONE SUI PROVVEDIMENTI

2.1 LA STABILITÀ DELL'ACCORDO CONCILIATIVO FRA NORME INDEROGABILI E DIRITTI INDISPONIBILI

Volendo trattare della stabilità dei provvedimenti nei quali confluiscono le procedure conciliative e quelle arbitrali, occorre occuparsi dell'art. 2113 c.c. e in particolar modo del contenuto del suo ultimo comma.

In realtà, nell'affrontare la questione del rapporto tra la conciliazione, le norme inderogabili e i diritti indisponibili, occorre per completezza richiamare anche l'art. 1966 c.c., "*Capacità a transigere e disponibilità dei diritti*", che al secondo comma statuisce che "*La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti*".

L'art. 2113 c.c. è posto dall'ordinamento a garanzia dei lavoratori e indica al primo comma che "*le rinunce e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 del codice di procedura civile, non sono valide*".

Si è discusso innanzitutto su quali negozi integrino le rinunce e le transazioni di cui parla la norma.

La rinuncia è un negozio unilaterale che la dottrina civilistica ritiene non recettizio e irrevocabile; nell'ambito dei diritti che attengono al rapporto di lavoro la rinuncia assume però il carattere recettizio perché si concretizza in un atto destinato a produrre

effetti anche nella sfera del datore di lavoro⁸¹.

Per la definizione del concetto di transazione si rimanda a quanto detto nel capitolo precedente.

L'orientamento che prevale in dottrina e giurisprudenza ritiene che l'espressione “*rinunce e transazioni*” contenuta nell'art. 2113 c.c. sia una “*semplice endiadi*” e comprenda, perciò, sia gli atti di rinuncia e di transazione propriamente intesi, sia tutte le altre manifestazioni della volontà del lavoratore che in concreto determinano una rinuncia⁸².

L'invalidità della transazione o della rinuncia avente ad oggetto diritti che derivano da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo deve essere invocata dal lavoratore impugnando l'atto entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, oppure entro sei mesi dalla data della sottoscrizione della rinuncia o della transazione se questa è stata sottoscritta a rapporto già cessato. L'impugnazione può essere effettuata tramite qualsiasi atto scritto del lavoratore, anche a carattere stragiudiziale.

Dal raffronto fra le citate norme del Codice la conciliazione e i diritti indisponibili che risiedono nelle norme inderogabili sembrerebbero due concetti inconciliabili nel nostro ordinamento. Ma se ci si focalizza sull'ordinamento giuslavoristico, ed è ciò che interessa in questa sede, l'inconciliabilità dei due concetti sfuma: l'area della “indisponibilità assoluta” dei diritti si restringe, per lasciare spazio a quell'area di “indisponibilità relativa” nella quale vengono collocati i diritti che derivano ai lavoratori dalle disposizioni inderogabili della legge lavoristica e dai contratti collettivi.

Questa variazione del rapporto “classico” fra conciliazione e diritti indisponibili è determinata proprio dall'art. 2113 c.c.

La norma permette ai lavoratori di ottenere, con una unilaterale manifestazione di volontà, l'annullamento dell'atto per mezzo del quale hanno abdicato ai diritti derivanti da una fonte inderogabile, ma viene fatta eccezione per quegli atti che sono stati sottoscritti in alcune sedi “protette”. Il quarto e ultimo comma dell'art. 2113 c.c., nella formulazione successiva all'entrata in vigore del Collegato lavoro, esclude dall'ambito di operatività dei suoi primi tre commi la “*conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185, 410, 411, 412 ter e 412 quater del codice di procedura civile*”.

⁸¹ V. fra gli altri, FERRARO G., *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 1.

⁸² Così PERA G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Art. 2113, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1990, p. 49.

La presenza di un soggetto terzo, ossia il conciliatore, nelle sedi menzionate dal quarto comma dell'art. 2113 c.c. è considerata una garanzia sufficiente della genuinità della volontà abdicativa espressa dal lavoratore.

La questione legata all'art. 2113 c.c. più ampiamente dibattuta in dottrina e giurisprudenza è stata quella di individuare le tipologie dei diritti del lavoratore che rientrano nel sistema definito dall'art. 2113 c.c., e perciò di stabilire se la sanzione dell'invalidità di cui al primo comma colpisca le rinunce e le transazioni che abbiano ad oggetto qualsiasi diritto del lavoratore derivante da disposizione inderogabile, oppure se la specifica categoria dei diritti indisponibili ne fosse sottratta, per restare sottoposta al più stringente regime della nullità.

La questione è di grande importanza, perché, nel primo caso, le rinunce e le transazioni sottoscritte nelle sedi "protette" elencate al quarto comma della norma sarebbero valide anche se avessero ad oggetto diritti indisponibili derivanti da disposizioni inderogabili; nel secondo caso, invece, le rinunce e transazioni aventi ad oggetto diritti indisponibili derivanti da disposizioni inderogabili sarebbero sempre nulle in forza del diritto comune, anche se non impugnate nei termini e con le modalità di cui al secondo e al terzo comma dell'art. 2113 c.c. e anche se stipulate nelle sedi "protette".

Che l'invalidità a cui fa riferimento il primo comma della norma non coincida con la nullità è pacifico fra gli studiosi; diverse sono però le teorie interpretative che non si fermano al (comunque indicativo) dato letterale per dedurre che l'invalidità non coincide con la nullità. Ad esempio, alcuni fondano l'argomentazione sul fatto che l'art. 2113 c.c. prevede uno specifico termine entro il quale l'atto invalido deve essere impugnato a pena di decadenza, perché questa previsione è incompatibile con l'imprescrittibilità tipica dell'azione di nullità⁸³; altri, invece, sostengono che il regime della nullità non potrebbe in alcun modo accordarsi con la possibilità di convalida dell'atto concessa dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.

L'opinione diffusa intende l'invalidità come annullabilità.

Tuttavia autorevole dottrina ritiene che non si possa dare una soluzione sicura alla questione del rapporto tra l'art. 2113 c.c. e i diritti indisponibili, tanto più se si considera che gli studiosi si sono suddivisi su posizioni molto distanti fra loro e che la giurisprudenza, dal canto suo, si è conformata attorno ad un orientamento della Suprema Corte, il quale si fonda sopra un compromesso che può essere ancora messo in

⁸³ Recentemente, MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2013, 917.

discussione⁸⁴.

La Corte di cassazione considera che fra le norme inderogabili menzionate dal primo comma dell'art. 2113 c.c. rientrano tutte le norme che riconoscono diritti ai lavoratori, ad esclusiva eccezione di quelle norme (residuali rispetto alle altre) che qualificano esplicitamente come derogabili o disponibili i diritti che esse riconoscono. Fra queste ultime, si possono collocare, a titolo esemplificativo, le norme che prevedono i superminimi. La Corte individua anche il diritto del lavoratore di risolvere consensualmente il proprio rapporto di lavoro o di recedere da esso presentando liberamente le dimissioni: *“Il lavoratore, nell'ambito dei suoi diritti, può liberamente disporre del diritto di impugnare il licenziamento, facendone oggetto di rinunce o transazioni, che sono sottratte alla disciplina dell'art. 2113 c.c., che considera invalidi e perciò impugnabili i soli atti abdicativi di diritti del prestatore di lavoro derivanti da prestazioni inderogabili di legge o dei contratti collettivi o accordi collettivi; infatti, l'interesse del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro rientra nell'area della libera disponibilità, come è desumibile dalla facoltà di recesso ad nutum, di cui il medesimo dispone, dall'ammissibilità di risoluzioni consensuali del contratto di lavoro e dalla possibilità di consolidamento degli effetti del licenziamento illegittimo per mancanza di una tempestiva impugnazione”*⁸⁵. E pertanto: *“Nell'ipotesi in cui la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, o le dimissioni (riferibili ad un diritto disponibile del lavoratore e quindi sottratte alla disciplina dell'art. 2113 c.c.) siano poste in essere nell'ambito di un contesto negoziale complesso, il cui contenuto investa anche altri diritti del prestatore derivanti da disposizioni inderogabili di legge o dall'autonomia collettiva, il precetto posto dall'art. 2113 cit. trova applicazione in relazione all'intero contenuto dell'atto (che è quindi soggetto a impugnazione), sempre che la clausola relativa alle dimissioni non sia autonoma ma strettamente interdipendente con le altre e che i diritti inderogabili transatti siano noti e specificati, non potendosi desumere da una formula generica contenuta in una clausola di stile”*. Quest'ultima fattispecie aveva ad oggetto l'impugnazione di un accordo transattivo tra il datore di lavoro e alcuni lavoratori

⁸⁴ Cfr. BORGHESI D., *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, I, p. 121 e ss.

⁸⁵ Cass. civ., sez. lav., 19 ottobre 2009, n. 22105, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 10, p. 1461. Di recente, nello stesso senso, Cass. civ., sez. VI, 18 marzo 2014, n. 6265, in *Dir. giust.*, 2014, 19 marzo, nella quale la Corte ha ribadito che le rinunce e le transazioni che hanno ad oggetto la cessazione del rapporto di lavoro, anche se stipulate in sede di conciliazione sindacale, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c.; pertanto sono irrilevanti, attesa la non impugnabilità della risoluzione consensuale del rapporto, gli eventuali vizi formali del procedimento di formazione della conciliazione sindacale.

che comprendeva la risoluzione consensuale dei rapporti di lavoro. La Corte confermava la sentenza d'appello impugnata, che aveva escluso che la transazione in oggetto integrasse un atto complesso poiché aveva ritenuto che la clausola nella quale appariva la rinuncia a diritti indisponibili dei lavoratori non specificasse e non rendesse noti tali diritti, ma fosse in realtà una mera clausola di stile e che, quindi, l'unico effettivo oggetto della transazione fosse un diritto rinunciabile e disponibile da parte del lavoratore, ossia il diritto di recedere dal rapporto di lavoro in cambio di un corrispettivo, nell'ambito di una ristrutturazione produttiva della società datrice di lavoro⁸⁶.

Ciò posto, per definire gli ambiti di operatività dei due regimi di invalidità-annullabilità e di nullità degli atti che riguardano i diritti che da tali norme derivano, questo orientamento della Cassazione non distingue tra diritti disponibili e diritti indisponibili, bensì tra atti dispositivi che riguardano diritti futuri, cioè diritti che non sono ancora entrati nel patrimonio del lavoratore, e atti che coinvolgono, invece, quei diritti che sono già entrati a far parte del patrimonio del lavoratore nel momento della stipula della rinuncia o della transazione: questi ultimi rientrano nel regime dell'annullabilità dell'art. 2113 c.c., dal quale esulano i primi. Nel regime di nullità definito dal diritto comune rientrano solo le rinunce e le transazioni che riguardano diritti futuri derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo⁸⁷.

Pertanto sono invalide, anche se stipulate secondo le forme e nelle sedi indicate dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., le rinunce e le transazioni che incidono sul momento genetico del diritto spettante al lavoratore violando la norma inderogabile. Questi accordi sono radicalmente nulli.

Talora la Suprema Corte ha utilizzato una diversa prospettiva nel pronunciarsi sulla questione. In questi casi i giudici non hanno distinto gli atti abdicativi a seconda che questi avessero ad oggetto diritti futuri oppure diritti già realizzatisi, bensì a seconda che questi avessero ad oggetto i diritti indisponibili della persona del lavoratore oppure le pretese patrimoniali che da tali diritti derivano o che derivano, comunque, da norme inderogabili. Ciò in quanto l'art. 2113 c.c. viene definita una "*norma ellitticamente riferita ai diritti di natura retributiva e risarcitoria derivanti ai lavoratori dalla lesione di fondamentali diritti della persona (ad esempio, il diritto alla salute, al riposo settimanale, alle ferie, alla previdenza e all'assistenza ecc., gli atti dimissori dei quali*

⁸⁶ Cass. civ., sez. lav., 13 agosto 2009, n. 18285, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 9, 1260. In senso conforme, Cass. civ., sez. lav., 8 gennaio 2009, n. 171, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 1, p. 200.

⁸⁷ *Ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 13 luglio 1998, n. 6857, in *Notiz. giurisp. lav.*, 1998, p. 754.

rimangono soggetti al più radicale regime invalidante della nullità ex art. 1418, comma 1, c.c., proprio delle norme imperative); alle pretese patrimoniali cioè che il lavoratore abbia maturato in conseguenza del mancato godimento di quei diritti”⁸⁸. Si tratta, però, di una impostazione minoritaria e poco accreditata, perché sottopone a regimi diversi i due aspetti di un’unica realtà e pure perché, come è stato osservato dalla richiamata dottrina, anche il diritto alla retribuzione sarebbe indisponibile in astratto, mentre è un diritto disponibile se viene considerato nelle sue manifestazioni concrete. Nel contestare tale impostazione, la giurisprudenza ha indicato che: “La qualificazione di indisponibilità (o meglio di limitata disponibilità) dei diritti del lavoratore, in quanto derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti e accordi collettivi, non dipende dalla loro natura retributiva o risarcitoria né riguarda solo le situazioni soggettive derivanti dalla lesione di diritti fondamentali della persona, essendo correlata alla fonte che regola queste situazioni soggettive”⁸⁹.

Dalle interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali maggioritarie si ricava che il regime dell’annullabilità di cui all’art. 2113 c.c. interessa anche i diritti indisponibili del lavoratore (già entrati a far parte del suo patrimonio), che quindi non sono “assolutamente indisponibili”.

Sembra, dunque, che “la storica incompatibilità tra diritti indisponibili e conciliazione, pur non essendo smentita, il linea di principio, sia oggetto di una lenta erosione”, per favorire il ricorso allo strumento conciliativo, a beneficio del singolo e del sistema giustizia in generale.

Così stando le cose, il ruolo del conciliatore, la sua professionalità e l’effettività dell’assistenza fornita al lavoratore nelle sedi conciliative sono stati individuati come elementi indispensabili ad assicurare che l’attività conciliativa tratti in modo adeguato la parte socialmente ed economicamente debole del rapporto di lavoro, nonché i diritti, persino indisponibili, che essa può coinvolgere.

A proposito dell’assistenza nella sede conciliativa, tralasciando i casi nei quali il lavoratore affronta la conciliazione con l’assistenza di un avvocato, la giurisprudenza si è espressa circa il ruolo dei rappresentanti sindacali e lo ha fatto addirittura affermando che, affinché le rinunce e transazioni su diritti indisponibili possano ritenersi inoppugnabili, è essenziale che il lavoratore sia stato “effettivamente assistito” da parte dei propri rappresentanti sindacali, che sono gli unici ed essere considerati in grado di impedire

⁸⁸ Cass. civ., sez. lav., 3 aprile 1999, n. 3233, in *Notiz. giurispr. lav.*, 1999, p. 321.

⁸⁹ Cass. civ., sez. lav., 12 maggio 2008, n. 11659, in *Dir. e giust. online*, 2008.

l'invalidità delle rinunce e transazioni, sebbene stipulate in una delle sedi "protette"⁹⁰.

Quest'ultima impostazione appare eccessiva, non potendosi far derivare l'inoppugnabilità delle rinunce e delle transazioni sui diritti indisponibili dalle modalità dell'assistenza sindacale. Se così fosse, si dovrebbe persino concludere automaticamente per la non impugnabilità di tutte le rinunce e transazioni definite con l'assistenza di un avvocato, mentre ciò è stato escluso per evidenti motivi sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza⁹¹.

Tuttavia, anche di recente la Suprema Corte ha affermato che *"In materia di atti abdicativi di diritti del lavoratore subordinato, le rinunce e le transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro previsti da disposizioni inderogabili di legge o di contratti collettivi, contenute in verbali di conciliazione conclusi in sede sindacale, non sono impugnabili, a condizione che l'assistenza prestata dai rappresentanti sindacali - della quale non ha valore equipollente quella fornita da un legale - sia stata effettiva, così da porre il lavoratore in condizione di sapere a quale diritto rinunci e in quale misura, nonché, nel caso di transazione, a condizione che dall'atto stesso si evinca la questione controversa oggetto della lite e le reciproche concessioni in cui si risolve il contratto transattivo ai sensi dell'art. 1965 cod. civ."*⁹².

E' comunque una garanzia imprescindibile, per la valida manifestazione della volontà in sede conciliativa, l'attività svolta dal conciliatore, il quale deve essere terzo, imparziale e professionalmente formato.

Occorrono poi alcune garanzie procedurali. E' interessante proporre a questo riguardo la lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 336 del 2001⁹³, di grande rilievo rispetto alle tematiche del titolo esecutivo stragiudiziale e dell'esecuzione degli obblighi di fare in esso contenuti. La Consulta ha indicato in quell'occasione che il controllo preventivo della fungibilità degli obblighi di fare può essere svolto anche *"in sede di formazione dell'accordo conciliativo da parte del giudice che lo promuove e sotto la cui vigilanza può concludersi soltanto se la natura della causa lo consenta"*. Pertanto, al conciliatore (qualsiasi esso sia, non soltanto il giudice in funzione di conciliatore, come nel caso di specie) è assegnato un ruolo che non può circoscriversi alla formalizzazione di quanto già concordato fra le parti in altra sede; deve trattarsi di un ruolo propositivo, che

⁹⁰ Cass. civ. 22 ottobre 1991, n. 11167, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2789.

⁹¹ Sulla prospettiva *de iure condendo* di rendere inoppugnabili le transazioni dei lavoratori purché questi siano assistiti da un difensore v. GHEZZI G., *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2000, p. 205.

⁹² Cass. civ., sez. lav., 23 ottobre 2013, n. 24024, in *Guida al diritto*, 2013, 46, 46.

⁹³ Corte cost. 12 luglio 2001, n. 336, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2380.

deve estendersi sino all'esercizio di un'attività di controllo sul merito diretta a verificare la fungibilità, o meno, delle obbligazioni che le parti hanno reciprocamente assunto sottoscrivendo l'accordo.

Si accorda all'interpretazione giurisprudenziale la tendenza assunta dal legislatore negli ultimi anni. Una vistosa, e discussa, manifestazione di tale tendenza è l'art. 82 del d.lgs. n. 276/2003, che conferisce alle sedi di certificazione dei rapporti di lavoro di cui all'art. 76 del medesimo decreto la competenza a certificare anche le rinunce e le transazioni di cui all'art. 2113 c.c. "*a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse*". Il richiamo all'art. 2113 c.c., secondo un primo orientamento della dottrina, che però sembra oggi superato, non sarebbe sufficiente a determinare l'inoppugnabilità dell'atto ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo del Codice. L'istituto della certificazione, infatti, è finalizzato ad attestare che la volontà delle parti alla rinuncia o alla transazione si è formata liberamente e consapevolmente ed è quindi effettiva; dell'Organo di certificazione non è invece propria la funzione di guida e di controllo della conciliazione. Quindi, ai sensi dell'art. 82 la certificazione avrebbe la funzione di attribuire certezza alla qualificazione dell'atto, attestandone la natura abdicativa o transattiva per evitare le discussioni sull'applicazione o meno dell'art. 2113 c.c. nella fattispecie concreta⁹⁴.

Sembra oggi prevalere l'interpretazione che differenzia la certificazione delle rinunce e transazioni dalla certificazione dei contratti di lavoro di cui all'art. 75 e ss. del d.lgs. n. 276/2003, il quale ritiene che la certificazione di cui all'art. 82 produca gli effetti prescritti dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. Questa opinione si fonda sulla riflessione per cui l'interpretazione che al contrario nega tali effetti rende inutile la norma, non ravvisandosi un interesse delle parti autonomo rispetto all'interesse ad ottenere l'inoppugnabilità dell'atto e la certezza legale circa la sua natura dispositiva. Le parti non troverebbero di alcuna utilità ricorrere prima alla certificazione e poi alla Commissione di conciliazione per conseguire l'inoppugnabilità del negozio⁹⁵. Si riconosce, quindi, una qualche utilità all'art. 82 solo se lo si arricchisce con la previsione dell'ultimo comma

⁹⁴ Fra gli altri, SPEZIALE V., *Le commissioni di certificazione e le rinunce e le transazioni*, CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in BELLOCCHI P., LUNARDON F., SPEZIALE V. (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, Milano, 2004, p. 234.

⁹⁵ TURSI A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in MAGNANI M., VARESI P.A. (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali: commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, 2005, p. 608; GRAGNOLI E., *sub art. 82*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2004, p. 856.

dell'art. 2113 c.c., che determina l'inoppugnabilità delle rinunce e delle transazioni certificate che incidono su diritti indisponibili⁹⁶

All'art. 82 possono affiancarsi altri istituti legislativi, quali, ad esempio, la conciliazione nel trasferimento d'azienda *ex art.* 2112, comma 2, c.c., la disponibilità collettiva dei diritti individuali nel trasferimento d'azienda *ex art.* 47 della l. n. 428/1990, la disponibilità sindacale dei diritti individuali nelle procedure concorsuali⁹⁷.

Le normative elencate, la disciplina delle conciliazioni e dell'arbitrato prodotta dalla l. n. 183/2010 e specialmente l'inserimento delle disposizioni che regolamentano gli arbitrati di lavoro nel quarto comma dell'art. 2113 c.c. sembrano tutte concretizzare una tendenza del legislatore a ricercare le modalità per consentire alle parti del rapporto di superare il limite dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche e quello della indisponibilità dei diritti dei lavoratori, anche se ciò è consentito a condizione che avvenga all'interno di contesti "protetti". Se è vero però che si tratta di contesti nei quali viene (o comunque dovrebbe) essere assicurato alle parti un certo livello di assistenza, è vero allo stesso tempo che sono pur sempre organi non giurisdizionali a gestire procedure capaci di incidere sull'inderogabilità della disciplina sostanziale del rapporto di lavoro.

2.2. LA STABILITÀ DEL LODO FRA DIRITTO ED EQUITA'

Durante i lavori preparatori del Collegato lavoro, i commentatori avevano insistito sulla necessità che con la legge di riforma si risolvessero, una volta per tutti i nodi problematici connessi al trattamento processuale del lodo. Nel vigore della precedente disciplina non era sicuro, infatti, se la violazione delle norme inderogabili di legge da parte del lodo assurgesse o meno a motivo di impugnazione del provvedimento.

Il legislatore del 2010 ha pensato di affrontare la questione dell'incidenza delle norme inderogabili sulla stabilità del lodo secondo una modalità che non ha consentito di risolvere definitivamente i dubbi interpretativi. Il legislatore si è, infatti, limitato ad arricchire l'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. del riferimento alle conciliazioni avvenute nell'ambito delle procedure di arbitrato di cui all'art. 412 ter e 412 quater c.p.c.

In ogni caso, come si è già riferito nel paragrafo precedente, l'interpretazione maggioritaria ritiene che gli accordi e i lodi raggiunti nelle sedi "protette" elencate all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. non siano impugnabili neppure se dispongono sui

⁹⁶ DE ANGELIS L., *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 261.

⁹⁷ Per maggiore completezza, v. ALBI P., *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Milano, 2013, p. 119.

diritti indisponibili che sono derivati al lavoratore da norme inderogabili. Il richiamo effettuato dall'art. 2113 c.c. alla conciliazione intervenuta ai sensi degli artt. 412 ter e 412 quater c.p.c. presuppone con tutta evidenza la considerazione che vi sia una sostanziale omogeneità tra l'atto che definisce l'arbitrato irrituale e le rinunce e transazioni di cui al primo comma dello stesso articolo. Alla base di questa considerazione si trova il riconoscimento del lodo come disposizione negoziale del diritto controverso.

Dunque il lodo di equità non si sottrae all'impugnazione per violazione di norme inderogabili perché pronunciato appunto secondo equità, ma semmai perché inoppugnabile *ex art. 2113, comma 4, c.c.* e nei limiti in cui questa norma garantisce l'inoppugnabilità.

Quanto alla fattispecie di cui all'art. 412 c.p.c., ossia la risoluzione arbitrale della controversia da parte della Commissione di conciliazione, in considerazione del rinvio che il terzo comma dell'art. 412 c.p.c. svolge all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., che a sua volta non annovera la predetta norma del Codice di rito fra quelle elencate al suo ultimo comma, si sono sviluppate due opinioni, la prima delle quali sembra prevalere in dottrina⁹⁸. Secondo questa impostazione, la disposizione dell'art. 412 c.p.c. secondo la quale il lodo irrituale produce fra le parti gli effetti di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. non deve intendersi nel senso che ne risulta esclusa l'applicazione alla fattispecie in esame dei primi tre commi dell'art. 2113 c.c. Di conseguenza, il lodo non sarebbe impugnabile per inosservanza delle norme inderogabili di legge e del contratto collettivo; né potrebbe prospettarsi un'ipotesi di nullità del lodo *ex art. 1418 c.c.* per violazione delle norme inderogabili. Il secondo orientamento, che appare in realtà più conforme al dato letterale dell'art. 412, commi 3 e 4, c.p.c. sostiene, invece, che il rinvio all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. impedirebbe l'applicazione dei primi tre commi dell'art. 2113 c.c. al lodo. In tal modo non si precluderebbe la sindacabilità del lodo per violazione di norme inderogabili, ma si escluderebbe la deducibilità del vizio nel termine e con le forme indicati dai primi tre commi della norma.

La maggior parte delle critiche rivolte alla l. n. 183/2010 hanno riguardato la facoltà di scegliere per un giudizio arbitrale secondo equità, che il legislatore permette di esercitare anche al momento dell'apposizione della clausola compromissoria.

L'osservazione più diffusa è quella che considera il giudizio di equità inidoneo a tutelare in modo adeguato il lavoratore e foriero di incertezza. Ampi spazi interpretativi

⁹⁸ BERTOLDI V., *L'arbitrato in materia di lavoro (paradossi e problemi irrisolti)*, in PUNZI C. (a cura di), *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. III, Padova, 2012, p. 87 e ss.

sono stati lasciati dalla previsione che la decisione di equità debba essere resa “*nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari*”.

Non è stato revocato in dubbio che la valutazione secondo equità sia vincolata ai principi costituzionali e a quelli di derivazione comunitaria, a cui si aggiungono i principi fondamentali del nostro ordinamento che la Corte costituzionale ha stabilito debbano essere individuati negli orientamenti di carattere generale che si desumono dall’intero sistema delle norme vigenti⁹⁹.

Al contrario, il richiamo dei “*principi regolatori della materia*” ha fatto molto discutere. La questione consisteva nello stabilire se i principi regolatori comprendessero oppure no le norme inderogabili di legge e di contratto collettivo. Si deve riconoscere in proposito che l’originario intento del legislatore del 2010 con ogni probabilità era di eludere proprio l’applicazione delle norme inderogabili, non soltanto con riferimento all’arbitrato di equità, ma all’arbitrato irrituale in genere. Dal canto suo, la dottrina sostenitrice della riforma sottolineava come la causa del passato insuccesso dell’arbitrato dovesse essere individuata nel vincolo del rispetto delle norme inderogabili e nella possibilità di impugnare il lodo a motivo della loro violazione¹⁰⁰.

Alcuni commentatori propendono comunque per la teoria inclusiva, che fondano sui contenuti della sentenza della Corte costituzionale n. 206 del 2004. Nella pronuncia la Corte escludeva che il giudizio equitativo possa avere carattere “extragiuridico”, perché altrimenti sconfinerebbe nell’arbitrio, e affermava che esso non può sottrarsi al rispetto dei “*medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva*”. Tali principi, secondo la giurisprudenza di legittimità sull’art. 113 c.p.c., oggetto della sentenza della Consulta, devono essere individuati non solo con riguardo agli istituti generali, ma anche in relazione al tipo di rapporto dedotto specificamente nel giudizio, poiché la fattispecie normativa astratta “*nei suoi elementi essenziali e non (secondari), costituisce il limite invalicabile per la determinazione, in via equitativa, delle conseguenze giuridiche*”¹⁰¹. Non a caso un Autore non ostile alla riforma apportata dalla l. n. 183/2010¹⁰², nel

⁹⁹ Cfr. Corte cost. 15 giugno 1956, n. 6; Corte cost. 12 dicembre 1988, n. 1107.

¹⁰⁰ VALLEBONA A., *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 907; CORVINO A., TIRABOSCHI M., *L’arbitrato nelle controversie di lavoro*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2011, n. 183*, Milano, 2011, p. 41.

¹⁰¹ Cfr. Cass., sez. un., 15 giugno 1991, n. 6794, in *Foro it.*, 1991, I, 2717; Cass., sez. un. 15 ottobre 1999, n. 716, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3246.

¹⁰² PROIA G., *Le clausole compromissorie*, in PROIA G., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Milano, 2011, p. 145.

descrivere le caratteristiche del giudizio arbitrale secondo diritto e di quello secondo equità, lamentava che *“il risultato dei due modelli di decisione, nella sostanza, tenderà a coincidere, con disincentivo ulteriore all’impiego dell’arbitrato, anche da parte dei datori di lavoro”*.

Muovendosi nel solco tracciato dalla suddetta sentenza della Corte costituzionale, qualcuno¹⁰³ ha ritenuto che l’inderogabilità delle regole costituisca essa stessa un *“canone normativo fondamentale”* del diritto del lavoro e che pertanto, al fine di evitare che la disposizione del Collegato lavoro *“si smentisca da sola”*, il giudizio di equità vada sottratto al rispetto dell’inderogabilità delle sole regole contrattuali collettive, fatta eccezione per quelle norme collettive a cui la legge ha affidato il compito di integrare la disciplina inderogabile di legge.

Secondo altro Autore¹⁰⁴, la *ratio* normativa indurrebbe invece a identificare i principi regolatori del diritto con i *“principi estraibili da quelle norme che possono essere considerate espressione dei canoni fondamentali di regolazione della materia”*.

La teoria dell’inclusione delle norme inderogabili fra i *“principi regolatori della materia”* contrasta nettamente con la modifica apportata dal Collegato lavoro all’ultimo comma dell’art. 2113 c.c. il quale estende il regime di validità delle rinunce e delle transazioni su diritti derivanti al lavoratore dalle disposizioni inderogabili di legge e di contratto collettivo (purché si tratti di diritti, se anche indisponibili, già appartenenti al patrimonio giuridico del lavoratore) alle conciliazioni intervenute ai sensi degli artt. 412 ter e 412 quater c.p.c. Il comma richiama l’arbitrato in sede sindacale e quello *“ordinario”*, che può essere reso anche secondo equità.

Dalla combinazione dell’art. 2113, comma 4, c.c. e dell’art. 808 ter, comma 2, n. 4, c.p.c. potrebbe ricavarsi che il lodo irrituale sia impugnabile per violazione di norma inderogabile quando la norma stessa sia stata individuata dalle parti come condizione di validità del lodo.

Della disposizione di cui all’art. 808 ter, comma 2, n. 4, c.p.c. possono essere fornite diverse letture. In base ad una prima lettura, la disposizione consentirebbe appunto alle parti di indicare quale condizione di validità del lodo l’esatta osservanza da parte degli arbitri delle norme applicabili al merito della controversia, legittimando così una impugnazione del lodo per errore di diritto. Secondo una diversa lettura, la disposizione

¹⁰³ DE ANGELIS L., *Il tentativo di conciliazione e l’arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziari*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 2, p. 423.

¹⁰⁴ DEL PUNTA R., in AA. VV., *Opinioni sul “collegato lavoro”*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 141.

sarebbe invece idonea a ricomprendere soltanto l'ipotesi di violazione di regole procedurali e quella di errata individuazione del criterio di giudizio da parte degli arbitri.

Ma la natura di negozio dispositivo che è riconosciuta al lodo irrituale rende irrilevanti come motivi di impugnazione gli eventuali errori sul giudizio commessi dagli arbitri. Recente giurisprudenza, sia di legittimità, sia di merito, ha osservato in tal senso che la natura dell'arbitrato irrituale e del lodo che esso produce fanno sì che il lodo possa essere impugnato soltanto per gli eventuali vizi che incidono sulla manifestazione di volontà¹⁰⁵. L'errore di giudizio assume rilievo come motivo di impugnazione esclusivamente nel caso in cui esso integri gli estremi della essenzialità e riconoscibilità di cui agli art. 1429 e 1431 c.c.; mentre non rileva l'errore commesso dagli arbitri con riferimento alla determinazione adottata in base al convincimento raggiunto dopo aver interpretato ed esaminato gli elementi acquisiti: *“Il lodo arbitrale irrituale è impugnabile solo per i vizi che possono vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale, come l'errore, la violenza, il dolo o l'incapacità delle parti che hanno conferito l'incarico o dell'arbitro stesso. Al riguardo l'errore rilevante è solo quello attinente alla formazione della volontà degli arbitri, che si configura quando questi abbiano avuto una falsa rappresentazione della realtà per non avere preso visione degli elementi della controversia o per averne supposti altri inesistenti, ovvero per non avere dato come contestati fatti pacifici o viceversa, mentre è preclusa ogni impugnativa per errori di diritto, sia in ordine alla valutazione delle prove che in riferimento alla idoneità della decisione adottata a comporre la controversia”*¹⁰⁶.

La disposizione di cui all'art. 808 ter c.p.c., comma 2, n. 4 va pertanto riferita alla violazione delle norme sostanziali che le parti abbiano chiesto di applicare al merito della vertenza e non contrasta con il regime di inoppugnabilità del lodo per violazione delle norme inderogabili.

¹⁰⁵ Nella giurisprudenza di merito, in tal senso, fra le altre, Corte d'appello L'Aquila 15 dicembre 2010, n. 456. Con riferimento al settore del pubblico impiego, nella vigenza dell'Accordo quadro ARAN del 23 gennaio 2001, v. Trib. Bologna 5 novembre 2008, n. 551, in *Il lavoro nelle p.a.*, 2009, 1, p. 139, ove si affermava che *“Poiché il lodo arbitrale irrituale previsto dal CCNQ 23 gennaio 2001 per il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche ha natura negoziale, esso non è impugnabile per errori di diritto, ma solo per i vizi che possono vulnerare le manifestazioni della volontà negoziale”*.

¹⁰⁶ Cass. civ., sez. I, 6 febbraio 2009, n. 2988, in *Guida al diritto*, 2009, 12, p. 50.

CAPITOLO 3

ANALISI DELLE PRINCIPALI IPOTESI APPLICATIVE NELL'ESPERIENZA ITALIANA DI *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*

1. IL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE NEI LICENZIAMENTI ECONOMICI

Come si è visto nel primo capitolo, il d.lgs. n. 80/1998 concludeva il percorso di privatizzazione del pubblico impiego che aveva condotto alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione e all'attribuzione al giudice del lavoro della competenza per le controversie attinenti alle relazioni di pubblico impiego. Il medesimo decreto rendeva obbligatorio l'esperimento del tentativo di conciliazione delle liti di lavoro prima dell'instaurazione della controversia in giudizio.

Più di recente, il d.lgs. n. 28/2010 ha introdotto la mediazione civile e commerciale obbligatoria per alcune categorie di controversie. In relazione a tali controversie il decreto generalizzava il tentativo obbligatorio di conciliazione preventivo all'avvio della causa in Tribunale che, di lì a pochi mesi, l'entrata in vigore della l. n. 183/2010 avrebbe fatto venir meno nel settore lavoristico. Peraltro il d.lgs. n. 28/2010 assumeva espressamente come modello di riferimento il tentativo di composizione stragiudiziale delle controversie sperimentato nel settore lavoristico, come emerge dalla Relazione illustrativa del decreto. Il decreto intendeva favorire la mediazione in genere, poiché oltre alla mediazione obbligatoria ne promuoveva anche la forma facoltativa, quella delegata e quella concordata.

La l. n. 92/2012, ossia la riforma Fornero del lavoro, è ritornata sull'istituto del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle liti di lavoro, introducendo l'esperimento di un nuovo tentativo obbligatorio di composizione dei conflitti in sede stragiudiziale, riferito però alla sola vicenda del licenziamento per motivo economico.

A ben vedere, la fattispecie conciliativa prevista nel 2012 non si conforma nella sostanza alle precedenti fattispecie obbligatorie e presenta superiori probabilità di successo.

Diversamente dalle fattispecie conciliative obbligatorie di cui il nostro ordinamento ha avuto esperienza fino al 2010, questa procedura stragiudiziale non rappresenta una condizione di procedibilità per l'eventuale causa di impugnazione del licenziamento in Tribunale: essa costituisce una condizione di validità del licenziamento.

Vi è di più, perché solo in apparenza la procedura costituisce una fase stragiudiziale di composizione del contenzioso, visto che, al suo avvio, non esiste ancora l'atto da impugnare. Di conseguenza, se la procedura dovesse risultare viziata sotto il profilo processuale, i vizi non produrrebbero conseguenze e il giudizio verrebbe definito con una sentenza di merito che accoglie la domanda dichiarando invalido il licenziamento.

Il comma 40 dell'art. 1 della riforma Fornero ha modificato completamente l'art. 7 della l. n. 604/1966. Ora tale articolo impone al datore di lavoro che rientri nel requisito dimensionale previsto dall'art. 18 Stat. lav., il quale intenda procedere ad un licenziamento per ragioni economiche, cioè per le *“ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”* previste dalla seconda parte dell'art. 3 della medesima l. n. 604/1966, di promuovere, prima di adottare l'atto di recesso, un tentativo di composizione della vertenza davanti alla competente Direzione territoriale del lavoro. Il tentativo è finalizzato a raggiungere un accordo con il lavoratore che, nella migliore delle ipotesi, potrebbe perfino evitare il licenziamento.

La revisione dell'art. 7 della l. n. 604/1966 ha fatto venire meno l'arbitrato irrituale di cui la norma si occupava prima della riforma.

Va sottolineato in primo luogo che questa procedura ha un ambito di applicazione doppiamente circoscritto: per un verso dalla tipologia delle vicende alle quali la procedura trova applicazione e per altro verso dalle dimensioni dell'azienda datrice di lavoro.

La logica che ha guidato il legislatore della riforma potrebbe essere stata quella di indurre i datori di lavoro (che tuttavia, nel complesso, vengono agevolati dal legislatore) a porre maggiore attenzione nel momento dell'individuazione del motivo sotteso al licenziamento economico, laddove questo effettivamente ricorra. La procedura conferisce, infatti, il carattere di solennità alla comunicazione del datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro.

La procedura appare appetibile, perché, se la fase conciliativa produce un esito positivo, il licenziamento potrebbe essere addirittura evitato, e comunque, in caso di risoluzione del rapporto, l'accordo riconoscerà al lavoratore che ha perso il posto una serie di benefici. Il raggiungimento dell'accordo eviterà, altresì, al sistema della giustizia il peso di una nuova causa instaurata in giudizio.

La procedura obbliga il datore di lavoro a comunicare alla Direzione territoriale

del lavoro, e per conoscenza al lavoratore, l'intenzione di procedere al licenziamento, i motivi del recesso e le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato che l'imprenditore si impegna ad apprestare.

La convocazione del datore di lavoro e del dipendente da parte della Direzione territoriale del lavoro dovrebbe intervenire entro sette giorni dalla ricezione della richiesta e la procedura dovrebbe concludersi entro venti giorni dal momento della trasmissione della convocazione da parte della Direzione.

Se entro il predetto termine di venti giorni le parti non definiscono l'accordo, oppure se il termine di sette giorni decorre senza che sia stato convocato l'incontro, il datore di lavoro è legittimato a comunicare al lavoratore il licenziamento.

Dottrina e giurisprudenza si sono espresse sulla perentorietà del termine di sette giorni per la convocazione dell'incontro conciliativo, che decorre dal ricevimento della richiesta da parte della Direzione territoriale del lavoro. La dottrina ha specificato che, nonostante la perentorietà del termine, la convocazione compiuta dalla Commissione oltre il termine non potrebbe produrre conseguenze negative a carico delle parti, e più precisamente non potrebbe invalidare la procedura. Anzi, la convocazione oltre la scadenza del termine consentirebbe alle parti di non presentarsi legittimamente all'incontro e in particolare permetterebbe al datore di lavoro di intimare il licenziamento¹⁰⁷. Se le parti rispondessero alla convocazione effettuata tardivamente dalla Direzione territoriale del lavoro, la procedura potrebbe avere luogo regolarmente ma in qualità di procedura facoltativa.

Rispetto al procedimento, si pone in evidenza che esso si svolge innanzi alle stesse Commissioni che si occupano dei tentativi facoltativi di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c.

Dell'art. 410 c.p.c. trovano applicazione all'istituto di cui all'art. 7 della l. n. 604/1966 le disposizioni che dettano i criteri per l'individuazione della Commissione competente, compresa la disposizione che consente di assegnare il procedimento a sottocommissioni. Non sembra invece che possano trovare applicazione le altre disposizioni dell'art. 410 c.p.c., salvo che ad esse sia fatto espresso rinvio.

Il sesto comma dell'art. 7 fissa un termine di venti giorni per l'esperimento della

¹⁰⁷ In questo senso, in dottrina v. BORGHESI D., *Conciliazione e procedimento speciale dei licenziamenti per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 910; nella giurisprudenza di merito v. Trib. Brindisi 25 febbraio 2013, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2013, p. 1027, con nota di MARINELLI F., *L'anno zero della giurisprudenza di merito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento: le prime ordinanze post Riforma Fornero*.

procedura di conciliazione, a partire dalla trasmissione della convocazione. A differenza del termine di sette giorni che si è sopra commentato, questo termine non è espressamente qualificato come perentorio dalla legge. La dottrina tende comunque a ricavare dal tenore complessivo della disciplina che l'inutile decorrenza del termine di venti giorni determini la decadenza delle parti. Questa tesi si fonda sul dato letterale della norma: il comma 6 prevede che sia necessario l'accordo delle parti per proseguire oltre la scadenza dei venti giorni la discussione della vertenza per tentare di raggiungere l'accordo e legittima il datore di lavoro a comunicare il licenziamento una volta che sia decorso il termine. Pertanto questo termine ha natura essenziale.

Il comportamento tenuto dalle parti durante l'esperimento del tentativo di conciliazione, e in particolare l'eventuale decisione di non accettare la proposta di accordo formulata dalla Commissione, assume un rilievo peculiare nella successiva causa di impugnazione del licenziamento davanti al giudice del lavoro. Il giudice potrà, infatti, tenere conto del comportamento delle parti sia ai fini della condanna alle spese di causa, sia per la determinazione dell'indennità risarcitoria alla quale si riferisce l'art. 18, comma 7, Stat. lav. Dunque, la mancata accettazione della proposta di accordo potrà rilevare nella determinazione dell'importo dell'indennità che dal sistema di tutele introdotto dalla riforma Fornero è riconosciuta come misura prevalente al lavoratore illegittimamente licenziato.

Questa previsione rievoca le disposizioni del d.lgs. n. 28/2010 che sono state dichiarate incostituzionali dalla sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2012. Intercorrono però alcune differenze importanti. Il decreto del 2010 individuava le sanzioni conseguenti al comportamento delle parti in sede di mediazione nel conferimento al giudice successivamente adito del potere di trarre argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c. da quel comportamento oppure del potere di applicare una sanzione pecuniaria in misura proporzionale al valore del contributo unificato o, ancora, di effettuare una determinata distribuzione delle spese di lite. Per l'art. 7, invece, il comportamento delle parti nella fase del tentativo di conciliazione incide sul diritto all'indennità risarcitoria di cui al nuovo art. 18, comma 7, Stat. lav., perché il comportamento delle parti assurge ad uno dei parametri per la determinazione dell'ammontare dell'indennità fra la misura minima e quella massima indicate dalle legge. Perciò le conseguenze del comportamento delle parti si dispiegano sotto il profilo delle prerogative sostanziali, e non meramente processuali, come invece sarebbe stato preferibile perché in questo modo il giudice viene abilitato a quantificare un diritto

sostanziale anche sulla base di un comportamento che previene il processo. Questa circostanza si aggiunge alla problematica che riguarda anche il sistema delle sanzioni del d.lgs. n. 28/2010 e che deriva dal fatto che le parti dovrebbero essere libere di rifiutare la conciliazione senza che ciò produca per loro delle conseguenze sul piano processuale, perché resta fermo il diritto delle parti a volere ed ottenere una sentenza per risolvere la lite¹⁰⁸.

Il legislatore del 2012 ha stabilito che l'omissione del tentativo di conciliazione di cui all'art. 7 della l. n. 604/1966, e in generale la violazione della procedura, genera l'inefficacia del licenziamento successivamente intimato. Tuttavia il rapporto di lavoro viene risolto e al lavoratore viene unicamente attribuito il diritto a percepire l'indennità risarcitoria da quantificare in misura proporzionale alla gravità della violazione commessa dal datore di lavoro, tra un minimo corrispondente a sei mensilità retributive e un massimo corrispondente a dodici mensilità retributive. Per il caso della completa omissione della procedura la giurisprudenza di merito conferma la risoluzione del rapporto riconoscendo al lavoratore licenziato il diritto a percepire l'indennità risarcitoria nella misura massima delle dodici mensilità¹⁰⁹.

Il licenziamento comunicato all'esito della procedura in analisi ha effetto retroattivo, poiché, per espressa disposizione della legge, esso decorre dalla data della comunicazione datoriale con cui è stato iniziato il procedimento conciliativo. E' fatto salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla corrispondente indennità sostitutiva; resta impregiudicato il diritto del lavoratore di far valere in giudizio l'eventuale difetto sostanziale contenuto nella giustificazione del recesso.

Una parte della dottrina ha ritenuto che la previsione della retroattività del recesso costituisca l'ingranaggio per favorire il migliore funzionamento della fase conciliativa, perché vi ravvisa l'intenzione del legislatore di evitare l'inconveniente che, durante il periodo di svolgimento del tentativo di conciliazione, si verificano vicende capaci di incidere sulla realtà sostanziale determinando l'illegittimità di un licenziamento che sarebbe stato legittimo se intimato al momento della comunicazione datoriale alla Direzione del lavoro¹¹⁰.

¹⁰⁸ TISCINI R., *La procedura conciliativa che precede il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo*, in LUISSO F.P., TISCINI R., VALLEBONA A., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, p. 47.

¹⁰⁹ Trib. Perugia 7 marzo 2013, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2013, p. 1027.

¹¹⁰ BORGHESI D., *Conciliazione e procedimento speciale dei licenziamenti per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 912.

I presupposti del licenziamento devono essere valutati con esclusivo riferimento al momento della comunicazione.

Non manca chi individua nella retroattività degli effetti del licenziamento comunicato all'esito della procedura la pecca principale della novità legislativa ritenendo che la retroattività crei una situazione di incertezza in ordine alla prosecuzione del rapporto, il quale, considerando i tempi della procedura e le possibili cause di sospensione, potrebbe ipoteticamente protrarsi per un considerevole lasso temporale¹¹¹.

Il legislatore pone un incentivo di non poco conto al raggiungimento dell'accordo sul licenziamento. Viene riconosciuto al lavoratore che abbia sottoscritto l'accordo il diritto all'ASPI, che sostituirà le indennità di disoccupazione e di mobilità e che di regola la legge esclude per i casi di dimissioni e di risoluzione consensuale del rapporto. Potrà, inoltre, essere previsto l'affidamento del lavoratore licenziato ad un'agenzia, per la sua ricollocazione professionale.

Non possono non condividersi le osservazioni della dottrina secondo la quale l'utilità di questa procedura di conciliazione è condizionata alla capacità della Commissione di conciliazione di rispettare le tempistiche dettate dalla legge. Altrimenti la procedura si risolverebbe in un inutile onere a carico del datore di lavoro. A ben vedere, a parere di chi scrive, il nuovo sistema di tutele per il licenziamento illegittimo, che contempla la possibilità di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro soltanto per l'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto addotto a fondamento del licenziamento per motivi economici, accedendo, in difetto, il lavoratore soltanto ad un'indennità fra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità (con il rischio di attestarsi sul minimo), potrebbe far ottenere a questo strumento più rilevanti risultati rispetto al generale tentativo obbligatorio di conciliazione in vigore fino al 2010 per le controversie in materia di lavoro.

Il legislatore sembra avere condiviso l'orientamento di quella giurisprudenza che distingue il licenziamento per motivi economici da quello irrogato, sempre per motivo oggettivo, ma per superamento del periodo di comporta ovvero per la sopraggiunta inidoneità fisica o psichica del lavoratore. La procedura di cui all'art. 7 della l. n. 604/1966 si applica alle sole ipotesi di licenziamento per motivi economici¹¹².

¹¹¹ TOPO A., *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *Dir. prat. lav.*, supplemento n. 33, del 15 settembre 2012, p. 66.

¹¹² Cfr. Cass. civ., sez. lav., 31 gennaio 2012, n. 1404, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 1, 100.

La ragionevolezza di questa distinzione è dimostrata dal fatto che l'art. 4, comma 3, della l. n. 68/1999 già prevede uno specifico regime a favore dei dipendenti diventati inabili al lavoro, i quali beneficiano di un percorso di sostegno da svolgere presso gli Uffici competenti. Essa è dimostrata anche dal fatto che la stessa legge del 1999 prevede, per l'ipotesi del licenziamento dei lavoratori disabili assunti in adempimento degli obblighi di legge, una procedimentalizzazione del recesso preordinata ad accertare l'effettiva incompatibilità fra le variazioni apportate dall'imprenditore all'organizzazione del lavoro e la permanenza in azienda del disabile, oppure fra l'aggravamento delle condizioni psico-fisiche del disabile e l'organizzazione aziendale¹¹³.

La ragione dell'esclusione della fattispecie del licenziamento per superamento del periodo di comportamento dall'ambito di operatività dell'obbligo di esperimento del tentativo di conciliazione viene individuata nell'incertezza circa la durata dello stato di malattia del dipendente, che esclude la praticabilità di un utile tentativo di conciliazione. Tanto più che il tentativo rischierebbe di non avere alcun oggetto di discussione, perché non potrebbe facilmente dirsi in sede di conciliazione se e quando il lavoratore potrebbe riacquistare la propria idoneità al lavoro e a quali mansioni¹¹⁴.

A neppure un anno di distanza dall'entrata in vigore della riforma Fornero il legislatore è nuovamente intervenuto sulla materia con il d.l. n. 76/2013, c.d. Pacchetto lavoro del Governo Letta, convertito dalla l. n. 99/2013.

Il comma 6 dell'art. 7 della l. n. 604/1966 è stato implementato di un ultimo periodo il quale dispone, come si è anticipato, che: *“la mancata presentazione di una o entrambe le parti al tentativo di conciliazione è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c.”*. E' stata anche inserita la precisazione che la procedura di conciliazione non trova applicazione in caso di licenziamento irrogato per superamento del periodo di comportamento, nonché nel caso di licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi d'appalto ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano

¹¹³ Si era pronunciato a proposito dell'applicazione della procedura di cui all'art. 7 della l. n. 604/1966 ai casi di licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica Trib. Taranto 16 gennaio 2013, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2013, p. 338, con nota di FERRARESI M., *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*.

¹¹⁴ TOPO A., *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *Dir. prat. lav.*, supplemento n. 33, del 15 settembre 2012, p. 68.

nazionale, e nel caso di interruzioni di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività e chiusura del cantiere.

Il *vademecum* ministeriale del 22 aprile 2013 ha chiarito che, in caso di mancata presentazione del datore di lavoro all'incontro per l'espletamento del tentativo di conciliazione presso la Direzione territoriale del lavoro, il personale incaricato è tenuto a redigere il verbale di mancata presenza e la procedura si considera comunque espletata, con la conseguenza che l'efficacia del licenziamento si produce comunque dalla data di comunicazione di avvio del procedimento.

Nella stessa ottica si pone la novella del Pacchetto lavoro. Disponendo che la mancata presentazione di una o di entrambe le parti al tentativo di conciliazione sia valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c., il legislatore ha attribuito al giudice adito nell'eventuale successivo processo il potere di desumere argomenti di prova dalla omessa comparizione delle parti.

La nuova disposizione viene ad affiancarsi a quanto già previsto dal comma 8 dello stesso art. 7 nella formulazione successiva all'entrata in vigore della riforma Fornero, secondo cui: *“Il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, settimo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile”*. Dunque, il complessivo atteggiamento tenuto dalle parti nella fase precontenziosa è valutato dal giudice ai fini della condanna al pagamento delle spese processuali e della quantificazione dell'indennità risarcitoria che spetta al lavoratore per l'illegittimità del licenziamento.

Questa procedura appare utile, perché obbliga il datore di lavoro a dialogare con il lavoratore sulle ragioni e sulle conseguenze del recesso prima che questo venga intimato, nella sede amministrativa, alla presenza di funzionari ministeriali, per trovare soluzioni alternative al licenziamento (ma ciò accade raramente) o soluzioni di natura economica, che servano di sostegno al lavoratore nel periodo successivo alla cessazione del rapporto. Anche il lavoratore potrebbe avere interesse a definire in questa fase la vicenda, tenuto conto dei tempi del processo e del fatto che la scelta di procedere in giudizio e la durata del processo non inciderebbero utilmente sull'ammontare dell'indennità spettante in caso di dichiarazione dell'illegittimità del licenziamento

L'utilità della procedura è determinata anche dal fatto che, nell'accordo di

risoluzione del rapporto, le parti hanno la possibilità di risolvere anche altre questioni di natura economica fra esse pendenti e che riguardano il rapporto di lavoro cessato. Le questioni oggetto dell'accordo sarebbero risolte in via definitiva, con applicazione del regime di inoppugnabilità *ex art. 410 c.p.c.*¹¹⁵.

Per gli aspetti fiscali e contributivi, l'accordo stipulato ai sensi dell'art. 7 della l. n. 604/1966, anche laddove preveda somme diverse dall'indennità per la consensuale risoluzione del rapporto, è sottoposto allo stesso regime fiscale di favore delle transazioni di cui si è detto parlando delle conciliazioni di lavoro.

Quanto al regime contributivo, la Circolare dell'INPS n. 263 del 1997 ha precisato che l'individuazione del regime da applicare nella fattispecie deve prescindere dall'identità formale che i contraenti hanno attribuito alla transazione e presuppone una verifica concreta sulla effettiva natura delle somme erogate, che serva ad accertare se queste somme siano di natura retributiva, con tutto ciò che ne deriva in termini di imponibilità contributiva.

Sulla disciplina dell'istituto è intervenuta, a chiarimento, la Circolare del Ministero del lavoro n. 3 del 16 gennaio 2013.

La Circolare ha esplicitato che le Commissioni competenti per l'esperimento di questo tentativo di conciliazione sono esclusivamente quelle indicate dall'art. 410 c.p.c. Esse sono ritenute dalla Circolare le Commissioni più equilibrate, in quanto sono *“espressione delle Organizzazioni datoriali e sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale”*. I criteri per individuare la Commissione territorialmente competente all'esperimento di questo tentativo di conciliazione non sono, però, quelli di cui all'art. 413 c.p.c., ma si concentrano nell'unico parametro del luogo di svolgimento dell'attività da parte del dipendente.

Rispetto al possesso del requisito dimensionale da parte dei datori di lavoro, la Circolare ha chiarito che l'Ufficio territoriale del Ministero del lavoro a cui è indirizzata la comunicazione dell'intenzione di licenziare per ragioni economiche deve limitarsi a prendere atto della scelta del datore di lavoro di attivare la procedura, senza verificare l'effettivo possesso del requisito dimensionale, dovendosi presupporre che il datore di lavoro abbia correttamente calcolato le proprie dimensioni.

La Circolare esplicita che il calcolo dell'organico aziendale deve essere fatto da parte del datore di lavoro avendo riguardo alla c.d. normale occupazione che egli ha

¹¹⁵ MASSI E., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo*, in *La Circolare di Lav. e prev.*, 29, 2012, p. 12 e ss.

registrato nei sei mesi precedenti e prendendo in considerazione a tal fine gli occupati in modo continuativo nell'azienda nel corso del periodo di misurazione. I lavoratori *part time* devono essere conteggiati *pro quota*, in relazione all'orario pieno contrattuale, così come i lavoratori intermittenti e i lavoratori in *job sharing*. Sono esclusi dal computo dell'organico aziendale, ai fini dell'applicazione dell'art. 7 della l. n. 604/1966, gli apprendisti, i lavoratori con contratto di inserimento o reinserimento, i lavoratori somministrati, il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea retta e collaterale.

Con la risposta ad interpello n. 27 del 20 settembre 2013 il Ministero del lavoro ha precisato che fra i datori di lavoro interessati rientrano anche le agenzie per il lavoro autorizzate alla somministrazione di lavoro, se ricorre per loro il requisito dimensionale e se il licenziamento interessa un lavoratore a tempo indeterminato che si trova alle dirette dipendenze dell'agenzia oppure un dipendente a tempo indeterminato dell'agenzia inviato in missione nell'ambito di un contratto di somministrazione.

Con la Circolare sono state fornite anche le prime indicazioni operative. Alla Commissione è stato assegnato un ruolo attivo, poiché l'Organo è chiamato ad agevolare anche in modo propositivo la conclusione dell'accordo, *in primis* prospettando alle parti le soluzioni alternative alla cessazione del rapporto di lavoro, come ad esempio il demansionamento del lavoratore, il suo trasferimento oppure una riduzione a *part time* del rapporto.

Si è detto che l'intervento del Pacchetto lavoro sull'art. 7 della l. n. 604/1966 ha determinato la sottrazione dall'ambito di operatività della procedura di alcune ipotesi di licenziamento per motivo oggettivo che apparivano in effetti incompatibili con la natura e con lo scopo della procedura. La procedura è stata indirizzata ai casi di licenziamento per motivo economico. Questa tipologia di licenziamento secondo la giurisprudenza¹¹⁶ rientra nell'esercizio della libertà di scelta riconosciuta all'imprenditore per la gestione della propria azienda. Come è noto la decisione di licenziare per ragioni economiche non è censurabile nel merito, ma soltanto sotto il profilo della sua effettività e non pretestuosità.

Nella fattispecie del licenziamento per ragioni economiche l'adeguatezza della motivazione non può essere valutata sulla base di (in realtà inesistenti) parametri di legge o contrattuali. La valutazione può essere compiuta esclusivamente dal giudice secondo il suo convincimento sui fatti, e più precisamente sull'effettività della scelta imprenditoriale

¹¹⁶ Da ultimo, Cass. civ., sez. lav., 9 luglio 2012, n. 11465.

di modificare l'organizzazione aziendale, della soppressione del posto del lavoratore interessato dal licenziamento e dell'impossibilità di impiegare diversamente il lavoratore all'interno dell'azienda, anche in mansioni di livello inferiore rispetto a quelle svolte al momento del licenziamento. La reintegra è ammissibile solo nelle ipotesi di evidente infondatezza delle denunciate ragioni oggettive, poiché essa rappresenta ora una tutela giuridica di ultima istanza.

In questo contesto, l'istituto di cui all'art. 7 della l. n. 604/1966 rappresenta il filtro principale delle decisioni dell'imprenditore e sembra rispondere anche all'intento di ridimensionare gli effetti del consolidato orientamento giurisprudenziale sul licenziamento economico, che identifica questa tipologia di recesso come una misura estrema. Emerge anche la volontà del legislatore di facilitare i datori di lavoro e la riduzione dei costi della gestione d'impresa con il rendere più agevole l'intimazione dei licenziamenti per motivi economici e con il legittimare, in alternativa al recesso, l'adozione di misure comunque utili all'imprenditore, come il demansionamento e il trasferimento dei dipendenti.

Il Pacchetto lavoro ha escluso dall'operatività della norma il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporta e ha così recepito le indicazioni che erano già state fornite a riguardo dalla Circolare del 2013 e, prima, dagli studiosi. Inoltre ha escluso i licenziamenti intimati in conseguenza di cambi d'appalto, quando seguono alla cessazione del rapporto di lavoro con il primo datore le assunzioni presso altro datore di lavoro, per effetto di apposite clausole sociali che assicurano la continuità occupazionale sancita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; nonché per completamento delle attività e per chiusura del cantiere nel settore delle costruzioni edili.

Il Ministero ha anche chiarito con l'interpello n. 1 del 22 gennaio 2014, in risposta ad un quesito di Confindustria, che non sembrano sussistere motivazioni di ordine giuridico per ritenere che un vizio di natura procedimentale non sia ammissibile alla disciplina civilistica di cui al citato art. 2113 c.c. con i conseguenti corollari in ordine all'efficacia degli atti transattivi conclusi in tale sede sindacale. Ciò significa che l'*iter* del nuovo art. 7 della l. n. 604/1966 non incide sulla previsione dell'art. 2113, comma 4, c.c. il quale riconosce il valore della inoppugnabilità alle rinunce e transazioni avvenute in sede "protetta", quale risulta essere la sede sindacale. Il caso oggetto dell'interpello era quello della conciliazione conclusa in sede sindacale, nella quale il lavoratore aveva

rinunciato al diritto di impugnare il licenziamento anche se questo era stato effettuato senza il rispetto della procedura di cui all'art. 7: la conciliazione è valida, perché l'introduzione della procedura lascia inalterata la disciplina e gli effetti dell'art. 2113, ultimo comma c.c.

La riforma Fornero ha previsto un sistema permanente di monitoraggio e di valutazione che ha il compito di elaborare rapporti annuali sullo stato di attuazione delle singole misure introdotte dalla l. n. 92/2012, per derivarne eventuali interventi di miglioramento della loro funzionalità.

Nel gennaio 2014 è stato pubblicato il primo *report* ministeriale, dal titolo: “*Il primo anno di applicazione della legge 92/2012*”¹¹⁷. Il documento riferisce i risultati di applicazione delle misure, suddividendole fra quelle che determinano flessibilità in entrata e quelle che determinano flessibilità in uscita, tra le quali è annoverato il tentativo di conciliazione di cui al nuovo art. 7 in analisi.

A proposito dell'andamento delle cessazioni dei rapporti di lavoro il documento riporta che: “*Con riferimento alla dinamica dell'intero periodo della crisi manifestatasi nel mercato del lavoro a partire dal secondo semestre 2008, si può notare come il calo delle attivazioni dovuto al periodo recessivo si trasferisce sulle cessazioni dei rapporti di lavoro, il cui andamento è fortemente influenzato dalle cessazioni dei rapporti a tempo determinato, che costituiscono nel secondo trimestre 2013, il 63,5% delle cessazioni totali. Le cessazioni per licenziamento sono in diminuzione dall'inizio del 2013 e costituiscono circa il 9% delle cessazioni. Tra le varie tipologie di licenziamento, il giustificato motivo oggettivo rappresenta circa il 75% del totale dei licenziamenti. Rispetto alla dimensione aziendale, nell'arco dei dodici mesi successivi all'entrata in vigore della riforma, i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo sono avvenuti per il 75% nelle imprese con meno di quindici addetti*”.

Vengono riferiti i dati relativi alle pratiche di conciliazione in materia di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo giunte alle Direzioni territoriali del lavoro a partire dal secondo semestre del 2012. Purtroppo, però, questo resoconto è stato realizzato in modo non approfondito, visto che il Ministero si è limitato a riferire che, nel primo semestre del 2013, sono state avviate 11.430 pratiche, il 14,8% in più rispetto al secondo semestre dell'anno precedente, e ad assicurare che: “*nei prossimi mesi il Ministero avvierà una ricognizione al fine di esplorare in maniera dettagliata i dati*

¹¹⁷ Quaderno n. 1 – gennaio 2014, *Sistema di monitoraggio permanente delle politiche del lavoro*, in www.lavoro.gov.it

relativi a questa tipologia di conciliazioni”.

E' inserita solamente una tabella statistica, che mette a confronto le regioni italiane sul numero delle conciliazioni avviate ma non fornisce alcun approfondimento utile per comprendere meglio l'andamento dell'istituto. Nulla dice il documento circa l'esito delle procedure attivate, perciò non è possibile dare conto, nel momento in cui si scrive, della percentuale di procedure che si sono concluse con esito positivo nonché, per esempio, della media dell'ammontare delle somme riconosciute in sede di transazione, in rapporto alla consistenza dell'ultima retribuzione percepita dal lavoratore, un'informazione, quest'ultima, che potrebbe essere utile per riflettere sul funzionamento dell'istituto.

2. LA CONCILIAZIONE MONOCRATICA

In merito alle cause che hanno spesso trasformato il tentativo di conciliazione obbligatorio delle liti di lavoro in un adempimento burocratico è stato osservato alcuni anni fa che: *“I motivi che in questi anni hanno prodotto un progressivo rallentamento delle procedure amministrative di conciliazione sono diversi e vanno dall'eccessivo numero delle controversie depositate che non consente alla commissione (o alle sottocommissioni) provinciali di conciliazione ed ai funzionari che le presiedono di programmare i lavori secondo logiche cadenzate, dalla scarsità di tempo a disposizione per lo studio e l'esame delle pratiche, dall'assenza di gettoni di presenza (anche a titolo di rimborso spese) per i componenti esterni impegnati tutti i giorni per più ore nell'attività dell'organo collegiale, dall'interesse talora non dissimulato dei legali di adire comunque il giudice ordinario e di non trovare, in quella sede prima del giudizio di merito, una soluzione conciliativa. A ciò si aggiunga che se la commissione (o la sottocommissione) non è al completo, la stessa non può operare, con prevedibili problemi connessi alle aspettative dei cittadini utenti”*¹¹⁸.

All'esigenza di alleggerire il carico di lavoro dei giudici, che si è cercato di fornire una risposta anche mediante il rafforzamento di un istituto alternativo al giudizio che è stato introdotto nel nostro ordinamento dagli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 124/2004. Questo strumento si è dimostrato dotato di una efficacia.

Si tratta delle conciliazioni monocratiche.

Di questa tipologia di conciliazione non può non darsi conto nell'ambito di uno

¹¹⁸ MASSI E., *Le conciliazioni presso le Direzioni Provinciali del Lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, n. 35/2005.

studio che si prefigge di indagare l'efficienza e l'efficacia degli istituti per la composizione delle controversie di lavoro in via stragiudiziale messi a disposizione dall'ordinamento e di individuare le caratteristiche che ne favoriscono la diffusione e quelle che, al contrario, tale diffusione ostacolano.

Le conciliazioni monocratiche funzionano bene, da lungo tempo, perché forniscono una risposta rapida alle vertenze e offrono benefici sia al datore di lavoro, sia al lavoratore, sia alla collettività: queste forme conciliative evitano un gran numero di potenziali cause in giudizio. Tuttavia, le conciliazioni monocratiche non sono ancora giunte ad esprimere il loro massimo potenziale, probabilmente perché non sono state adeguatamente valorizzate.

Gli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 124/2004 contemplano, rispettivamente, la conciliazione monocratica preventiva rispetto all'attività ispettiva (o, se ne ricorrono le circostanze, contestuale ad essa) e la conciliazione in caso di diffida accertativa. Entrambe le procedure si svolgono in sede amministrativa. Soltanto la prima assume la denominazione legislativa di “*conciliazione monocratica*” e sarà oggetto di approfondimento.

La conciliazione monocratica trova applicazione, per previsione del primo comma dell'art. 11 del d.lgs. n. 124/2004, nei casi in cui sia stato richiesto un intervento ispettivo alla Direzione del lavoro e da questo intervento siano emersi gli elementi utili ad una soluzione in via conciliativa della controversia. In presenza di questi elementi, la Direzione del lavoro competente per territorio può (discrezionalmente) attivare la procedura di conciliazione sulle questioni che sono emerse durante l'intervento.

La norma prosegue specificando che le parti possono partecipare alla procedura con l'assistenza di Associazioni o Organizzazioni sindacali, oppure di professionisti a cui abbiano conferito specifico mandato.

Se le parti raggiungono l'accordo conciliativo, si redige un verbale di conciliazione, al quale, per previsione di legge, non trovano applicazione i primi tre commi dell'art. 2113 c.c. Si applica invece il quarto comma dell'art. 2113 c.c. Queste conciliazioni producono, quindi, gli stessi effetti delle altre conciliazioni raggiunte nelle sedi “protette”: esse sono valide e inoppugnabili anche se incidono su diritti derivanti da norme inderogabili.

Il Collegato lavoro ha aumentato notevolmente la portata dell'istituto perché ha inserito la descrizione delle specifiche modalità per il conferimento dell'esecutività al verbale, che prima non compariva nella norma. Il verbale di accordo è dichiarato

esecutivo con decreto del giudice competente, su istanza della parte interessata.

Il procedimento ispettivo si estingue con il versamento, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali e assicurativi riferiti alle somme concordate in sede conciliativa in relazione al periodo lavorativo riconosciuto dalle parti, nonché delle somme dovute al lavoratore in forza del verbale di conciliazione. In difetto, in virtù delle modifiche apportate alla norma ad opera della l. n. 183/2010, l'attività ispettiva prosegue e ad essa si aggiungerà l'azione in giudizio del lavoratore per ottenere il pagamento del credito riconosciuto dal datore di lavoro nel verbale di conciliazione, che costituisce titolo esecutivo.

Se l'accordo non viene raggiunto, anche a causa dell'assenza di una o di entrambe le parti, la Direzione del lavoro prosegue con gli accertamenti ispettivi.

L'ultimo comma dell'art. 11 ammette che una "*analoga procedura conciliativa*" possa avere luogo nel corso dell'attività di vigilanza, sempre su discrezione dell'ispettore, se egli ritenga che vi siano i presupposti per una soluzione conciliativa. In tal caso, su consenso delle parti interessate, l'ispettore informa la Direzione del lavoro competente del fatto che provvederà a dare inizio alla procedura secondo le disposizioni del medesimo art. 11.

La seconda tipologia di conciliazione è contemplata dal successivo art. 12, rubricato "*Diffida accertativa per crediti patrimoniali*".

Si tratta di una procedura conciliativa che il datore di lavoro può promuovere presso le Direzioni del lavoro entro trenta giorni dalla notifica della diffida a corrispondere i crediti patrimoniali che spettano ai lavoratori a fronte delle inosservanze alla disciplina contrattuale commesse dal datore di lavoro e accertate durante l'attività ispettiva.

Pure in questo caso l'accordo verbalizzato dalle parti è sottratto all'applicazione dei primi tre commi dell'art. 2113 c.c. L'accordo rende inefficace la diffida.

In difetto di accordo tra le parti, la diffida acquista il valore di accertamento tecnico e l'efficacia di titolo esecutivo attraverso un provvedimento del direttore della Direzione del lavoro competente.

A proposito di questa seconda forma conciliativa ci si è chiesti in dottrina se essa debba svolgersi secondo le regole dell'art. 410 c.p.c. oppure secondo la procedura della conciliazione monocratica indicata all'art. 11 del d.lgs. n. 124/2004. L'orientamento

maggioritario è favorevole alla seconda ipotesi¹¹⁹; esso è stato avvalorato dalla Circolare ministeriale n. 24 del 30 giugno 2004 in materia di conciliazioni monocratiche. La Circolare ha esplicitamente rimandato, per l'esperimento del tentativo di conciliazione *ex art. 12 del d.lgs. n. 124/2004*, alle modalità procedurali previste dall'art. 11 del medesimo decreto. Fra le altre cose, la Circolare ha anche evidenziato che questa procedura non incide sullo svolgimento del procedimento ispettivo, a differenza della conciliazione monocratica.

Le due tipologie conciliative hanno espresso lo spirito che ha permeato tutta la riforma dell'attività ispettiva compiuta con il d.lgs. n. 124/2004, che l'art. 8 della legge delega n. 30/2003 aveva identificato nella creazione di un *“raccordo efficace fra la funzione di ispezione del lavoro e quella della conciliazione delle controversie individuali”*. Il decreto ha inciso sul ruolo e sui poteri dell'ispettore del lavoro: il suo tradizionale potere di repressione delle inosservanze è stato stemperato e ad esso sono state affiancate nuove prerogative funzionali alla prevenzione delle violazioni.

L'opzione per la monocraticità si correla alle previsioni del Libro verde del 2002 della Commissione europea¹²⁰, che aveva evidenziato l'importanza dell'attribuzione del ruolo di conciliatore all'Organo pubblico e la preferenza, appunto, per una conciliazione a carattere monocratico. Anche la Corte di cassazione si è pronunciata a favore della monocraticità della conciliazione¹²¹, affermando il principio secondo cui *“l'intervento dell'Ufficio Provinciale del Lavoro in sé idoneo a sottrarre il lavoratore a quella condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro, che rende sospette di prevaricazione da parte di quest'ultimo le transazioni e le rinunce intervenute nel corso del rapporto in ordine a diritti previsti da norme inderogabili, sia allorché detto organismo partecipi attivamente alla composizione delle contrastanti posizioni delle parti, sia quando in un proprio atto si limiti a riconoscere, in una transazione già delineata dagli interessati in trattative dirette, l'espressione di una volontà non coartata del lavoratore”*.

La disposizione normativa che permette anche al funzionario con qualifica ispettiva di dare inizio al tentativo di conciliazione dimostra il superamento del conflitto di interesse che in passato si temeva potesse verificarsi tra il ruolo ispettivo e quello

¹¹⁹ Fra gli altri, RAUSEI P., *Diffida accertativa per crediti patrimoniali*, in MONTICELLI C.L., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Milano, 2004, p. 224.

¹²⁰ Libro verde della Commissione europea relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale del 19 aprile 2002.

¹²¹ Cass. civ. 12 dicembre 2002, n. 17785, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, p. 607.

conciliativo dell'ispettore che fosse venuto a conoscenza in sede di conciliazione delle inosservanze commesse dall'imprenditore e che, successivamente, fosse stato adibito ad eseguire gli accertamenti ispettivi presso la medesima azienda. La Circolare n. 24 del 2004 ha indicato che il conciliatore può essere scelto *“sia tra i funzionari con adeguata e specifica professionalità maturata in tale ambito, sia tra i funzionari in possesso della qualifica ispettiva, in quanto idonei a trattare la fattispecie da conciliare nell'ottica di un possibile seguito ispettivo”*.

Pertanto, il timore che potesse verificarsi un conflitto di interessi è stato superato attraverso una nuova considerazione della qualifica ispettiva, la quale viene ora ritenuta un valore aggiunto nell'ambito dell'attività conciliativa. Ciò in virtù dell'esperienza e della professionalità dell'ispettore-conciliatore e anche in ragione del fatto che l'attività ispettiva successiva all'eventuale fallimento della conciliazione ne giova in termini di efficacia. Lo stesso Ministero, qualche anno dopo l'approvazione del decreto del 2004, nella Circolare n. 36 del 26 novembre 2009, specificamente diretta a fornire indicazioni operative per dare piena ed effettiva attuazione all'istituto della conciliazione monocratica, auspicava che nell'attività conciliativa venisse coinvolto il più alto numero possibile di ispettori.

La scelta discrezionale di avviare o meno la procedura conciliativa è affidata al dirigente periferico, che dovrà basare la scelta sopra una valutazione di opportunità. La decisione è comunque condizionata al fatto che siano emersi elementi utili nella direzione della composizione della vertenza.

La Circolare n. 36 del 2009 esclude la possibilità di tentare la conciliazione nella sola ipotesi in cui la richiesta di intervento riguardi direttamente fattispecie che integrano gli estremi di un reato.

Il dirigente assegna poi l'incarico ad un funzionario che, stando alla Circolare n. 24 del 2004, è tenuto a convocare i soggetti interessati dalla conciliazione *“nel più breve tempo possibile, tenuto conto delle finalità deflattive dell'istituto”*.

La lettera di convocazione deve contenere le questioni segnalate nella richiesta di intervento, che saranno oggetto dell'attività compositiva. Deve trattarsi di questioni che riguardano crediti patrimoniali dei lavoratori, come ad esempio la mancata corresponsione delle retribuzioni o il mancato versamento di differenze contributive. Se i crediti coinvolti sono certi, liquidi, esigibili e fondati su prova scritta, troverà applicazione lo strumento della diffida accertativa.

Laddove siano emersi dall'accertamento fondati indizi di inosservanze di

rilevanza penale a carico dell'imprenditore, l'ispettore, in qualità di ufficiale di Polizia giudiziaria, deve procedere ai sensi dell'art. 347 c.p.p.: egli è tenuto a comunicare al Pubblico Ministero la notizia di reato nelle modalità indicate dalla norma.

La Circolare del 2009 precisa, poi, che l'accordo può prevedere il pagamento al lavoratore di importi a mero titolo transattivo, per la definizione della controversia.

Anche lo svolgimento di questa forma di conciliazione è riservata alle Commissioni di certificazione se sono interessati rapporti di lavoro certificati.

Il verbale di accordo, che è inoppugnabile, produce effetti molto importanti nei confronti dei terzi rappresentati dagli istituti previdenziali, a differenza del verbale di conciliazione *ex art.* 410 c.p.c., i cui effetti giuridici si producono solamente in relazione alle parti. L'estensione degli effetti del verbale a soggetti diversi dalle parti è una forte spinta alla diffusione della conciliazione monocratica, perché la rende più efficace.

Una parte della dottrina ha ritenuto che l'accordo possa essere opposto ai terzi e consenta alle parti di definire la natura del rapporto di lavoro e l'effettivo periodo di lavoro¹²². L'accordo verrebbe così ad incidere anche sugli aspetti contributivi, che sarebbero in realtà sottratti alla disponibilità delle parti visto che l'adempimento del verbale estingue il procedimento ispettivo.

Altri studiosi¹²³ hanno criticato tale interpretazione, che hanno giudicato incostituzionale perché intaccherebbe il principio di assoluta indisponibilità da parte dell'autonomia privata degli aspetti contributivi del rapporto di lavoro e il principio per il quale sulle obbligazioni contributive non si producono gli effetti della transazione che riguarda la retribuzione¹²⁴. Una recente giurisprudenza di merito ha statuito che la conciliazione monocratica opera sul piano dei rapporti tra il datore di lavoro e il lavoratore, ed eventualmente sul piano amministrativo dell'accertamento ispettivo di competenza delle Direzioni territoriali del lavoro, ma non vincola l'INPS e in nessun caso può pregiudicare l'autonomo rapporto contributivo che intercorre con l'ente previdenziale¹²⁵.

L'interpretazione che si attiene al dato letterale del quarto comma dell'art. 11 del

¹²² RAUSEI P., *Conciliazione monocratica: vantaggi e limiti*, in *Dir. prev. lav.*, 2006, p. 313; ZOLI C., *La conciliazione monocratica*, in NOGLER L., ZOLI C. (a cura di), *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della l. 14 febbraio 2003, n. 30*, in *Nuove leggi civili commentate*, p. 951.

¹²³ Fra questi, BORGHESI D., *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 128.

¹²⁴ Cfr. ad esempio, Cass. civ. 28 luglio 2009, n. 17495, in *Racc. Foro it.*, 2009, voce *Previdenza sociale*, p. 254.

¹²⁵ Trib. Ascoli Piceno 23 aprile 2010, n. 349, in *Dir. lav. Marche*, 3-4, 2010, p.375.

d.lgs. n. 124/2004 sostiene che la norma disponga senza alcun dubbio l'estinzione del procedimento ispettivo con riferimento al periodo di lavoro riconosciuto dalle parti nell'accordo, il quale genera la spontanea regolarizzazione del rapporto di lavoro¹²⁶.

Un altro forte incentivo all'impiego di questo strumento è l'immediatezza del risultato. Il lavoratore ottiene in tempi piuttosto brevi (quegli stessi tempi brevi che sempre si invocano quando si parla di conciliazione e di arbitrato di lavoro, ma che rappresentano ancora un obiettivo non raggiunto) il pagamento dei propri crediti e, se ne sia il caso, il riconoscimento dell'esistenza del rapporto di lavoro con il datore di lavoro. Dal canto suo, l'imprenditore evita che vengano irrogate a suo carico le sanzioni con cui si sarebbe presumibilmente concluso il procedimento ispettivo che lo ha interessato; evita anche una possibile azione in giudizio del lavoratore a garanzia delle proprie posizioni.

La conciliazione monocratica contempera positivamente: l'interesse del lavoratore a ricevere in tempi rapidi il pagamento delle proprie spettanze e la regolarizzazione della propria posizione contributiva, senza dover a tal fine sostenere i costi della giustizia ordinaria; l'interesse del datore di lavoro a sottrarsi al procedimento ispettivo; l'interesse della Direzione territoriale del lavoro ad avere più personale a disposizione da destinare alle situazioni di maggiore gravità; l'interesse dell'INPS ad incassare i contributi previdenziali, e il relativi interessi, con riferimento a tutto il periodo oggetto dell'accordo.

Il datore di lavoro può pagare ratealmente il debito previdenziale e assicurativo riconosciuto nell'accordo conciliativo. Per questa ipotesi, la Circolare n. 24 del 2004 ha precisato che l'estinzione del procedimento ispettivo si determina una volta verificato l'avvenuto pagamento delle somme dovute al lavoratore da parte del datore di lavoro e una volta comunicati alla Direzione del lavoro competente l'ammissione al pagamento rateale del debito previdenziale e assicurativo e l'avvenuto versamento della prima rata del debito.

Quanto alla esecutività del verbale di accordo, come si è visto essa è stata introdotta dalla l. n. 183/2010. In precedenza nulla diceva l'art. 11 a riguardo e quindi il lavoratore doveva agire in giudizio per ottenere il riconoscimento del proprio credito nei confronti del datore di lavoro prima di poterlo mettere ad esecuzione.

Gli studi statistici sulla conciliazione monocratica ne dimostrano l'efficacia, anche se lo strumento potrebbe ottenere una diffusione ancora più ampia.

Nel 2011 il ricorso alla conciliazione monocratica è aumentato di circa il 5%

¹²⁶ Fra gli altri, CINELLI M., *La conciliazione monocratica e la diffida accertativa*, in CINELLI M., FERRARO G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro*, Torino, 2011, p. 92.

rispetto all'anno precedente: su 10.568 conciliazioni avviate, 8.334 hanno avuto esito positivo, pari a circa il 79%¹²⁷.

Questi dati sono rimasti praticamente invariati nel 2012: il 61% delle 41.304 richieste di intervento pervenute è stato trattato attraverso la procedura di conciliazione monocratica; nel 42% di queste entrambe le parti sono comparse e nel 78% le vertenze si sono concluse con l'accordo¹²⁸.

Per il 2013 il Ministero del lavoro ha esaltato l'utilità degli istituti della conciliazione monocratica e della diffida accertativa, descrivendoli come “*strumenti di straordinaria importanza in grado di garantire una rapida ed efficace soddisfazione dei crediti pecuniari vantati dal lavoratore*”. Nel 2013, il 56% delle richieste di intervento prevenute è stato trattato in sede conciliativa; nel 39% dei casi entrambe le parti sono comparse, con una percentuale di esito positivo pari al 77%¹²⁹.

Alla conciliazione monocratica *ex art.* 11 del d.lgs. n. 124/2004 le Direzioni del lavoro tendono ad attribuire un ruolo strategico nella programmazione degli interventi ispettivi. La logica adottata è quella di concentrare gli accessi *in loco* (e il personale) nelle situazioni di evidente gravità e con riferimento ai settori produttivi più a rischio, impiegando invece lo strumento della conciliazione monocratica per gestire le richieste di intervento provenienti da singoli lavoratori¹³⁰. La Circolare del 2009 si poneva a favore dello sviluppo di una strategia operativa che limitasse le visite su richiesta di intervento alle situazioni di maggiore gravità, fra le quali collocava le situazioni in cui ad essere denunciate sono irregolarità che assumono rilevanza penale e quelle in cui le violazioni datoriali coinvolgono una pluralità di lavoratori, non soltanto il richiedente l'intervento.

Il Ministero del lavoro è tornato a sottolineare l'importanza del ruolo della conciliazione monocratica nell'ambito della programmazione strategica dell'attività ispettiva con la Circolare n. 6 del 4 marzo 2014, che ha declinato in chiave operativa i profili più strettamente tecnici contenuti nel Codice di comportamento degli ispettori adottato nel 2006 e di recente revisionato. Il Codice viene descritto nella Circolare come un vero e proprio *vademecum* per la corretta esecuzione dell'attività ispettiva in

¹²⁷ Cfr. *Rapporto annuale sull'attività di vigilanza in materia di lavoro e previdenziale anno 2011*, in www.lavoro.gov.it.

¹²⁸ Cfr. *Rapporto annuale sull'attività di vigilanza in materia di lavoro e previdenziale anno 2012*, in www.lavoro.gov.it.

¹²⁹ Cfr. *Rapporto annuale sull'attività di vigilanza in materia di lavoro e previdenziale anno 2013*, in www.lavoro.gov.it.

¹³⁰ MASSI E., *Ispezioni: valorizzato il ruolo della conciliazione monocratica*, in *Dir. prat. lav.*, 2/2010, p. 67 e ss.

osservanza delle innovazioni legislative introdotte in materia anche dal Collegato lavoro.

Nell'occuparsi delle attività propedeutiche all'accertamento, la Circolare trasmette l'importanza di una adeguata programmazione delle attività, indispensabile all'ottimizzazione delle risorse e a far acquistare un carattere strategico all'intervento. Viene messa in evidenza la necessità che la richiesta di intervento sia più circostanziata possibile, anche al fine di rendere più semplici e più agevoli le successive attività di accertamento o di conciliazione monocratica. Con riferimento a quest'ultima vengono richiamate la Circolare n. 36 del 2009, che si è sopra analizzata, nonché la Lettera circolare n. 7165 del 16 aprile 2012 e la Direttiva del Ministero del 18 settembre 2008.

Con la Lettera circolare del 2012 il Ministero del lavoro ha infatti fornito indicazioni ulteriori per la corretta applicazione dello strumento di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 124/2004, dopo l'entrata a regime del Collegato lavoro. In particolar modo la Circolare ha precisato che il verbale di conciliazione assume il valore di titolo esecutivo, su decreto del giudice, se gli accordi raggiunti in sede di conciliazione monocratica non vengono spontaneamente adempiuti dal datore di lavoro.

Con la Direttiva del 2008, invece, il Ministero aveva inteso rilanciare *“la filosofia preventiva e promozionale”* sottesa al d.lgs. n. 124/2004. Richiamava a questi fini *“la centralità di una visione delle attività di vigilanza attenta alla qualità ed efficacia dell'azione ispettiva”*, che sia sostanziale e non burocratica. Essenziali, a questo proposito, la professionalità, la competenza tecnica, l'esperienza e le capacità dell'ispettore, la cui attività non deve tradursi nell'esercizio di una forma di potere repressivo, ma deve contribuire alla realizzazione di un cambiamento culturale nella logica della legalità e all'implementazione delle *“policy – locali, nazionali, ma anche comunitarie e internazionali – di sostegno a una crescita equilibrata e socialmente sostenibile”*. In questa logica, la programmazione diventa un momento fondamentale dell'attività ispettiva.

L'educazione alla legalità passa anche attraverso la diffusione di istituti come quello della conciliazione monocratica, il cui esito positivo presuppone un accurato studio degli obiettivi operativi e della realtà territoriale interessata dalle vicende. La logica strategica per cui le richieste di intervento provenienti dai singoli lavoratori devono costituire lo spunto per avviare un tentativo di conciliazione monocratica è basata anche sul fatto che, generalmente, alla richiesta di intervento fa seguito una situazione di *“rottura”* dei rapporti interpersonali tra denunciante e denunciato, tale da mettere in allerta il datore di lavoro sulla possibilità di ricevere una visita ispettiva. In queste

situazioni l'efficacia della visita ispettiva risulterebbe pertanto ridotta, mentre la procedura di conciliazione monocratica potrebbe produrre validi risultati.

Nella direzione strategica tracciata dalla Direttiva nel 2008 prosegue ancora oggi il Ministero, allo scopo di potenziare un istituto che può ancora dare grandi risultati.

3. L'ARBITRATO PER L'IMPUGNAZIONE DELLE SANZIONI DISCIPLINARI

L'arbitrato trova una particolare diffusione come strumento di impugnazione delle sanzioni disciplinari alternativo all'instaurazione del giudizio, nel settore di lavoro privato e in quello del pubblico impiego.

La diffusione dell'istituto è determinata non soltanto dalle previsioni legislative che lo contemplano, ma anche e soprattutto dalle previsioni della contrattazione collettiva che specificano quelle legislative.

Quanto al settore del lavoro privato, è l'art. 7 Stat. lav., dedicato alle “*Sanzioni disciplinari*”, a proporre, ai commi 6 e 7, il ricorso all'arbitrato come modalità alternativa per l'impugnazione della sanzione disciplinare ricevuta dal lavoratore. Per favorire il ricorso allo strumento arbitrale viene posto un incentivo di non poco momento, che consiste nell'effetto della sospensione della sanzione, che si ha soltanto nel caso dell'opzione per l'arbitrato. Il lavoratore deve optare per l'arbitrato entro venti giorni dall'irrogazione della sanzione, e ne ottiene la sospensione della sanzione.

Potrebbe capitare che il datore di lavoro abbia già applicato la sanzione nel momento in cui il lavoratore decide di scegliere la procedura arbitrale. In questo caso, si sospendono soltanto gli effetti della sanzione che non si sono ancora realizzati¹³¹.

La sanzione perde definitivamente efficacia se entro dieci giorni dall'invito da parte dell'Ufficio provinciale del lavoro il datore di lavoro non provvede a nominare il proprio rappresentante in seno al Collegio oppure se nello stesso termine egli non deposita presso la Cancelleria del Tribunale il ricorso finalizzato a chiedere al giudice l'accertamento della legittimità della sanzione conservativa irrogata al dipendente.

L'orientamento interpretativo prevalente ritiene che il datore di lavoro che non aderisce all'arbitrato debba agire in giudizio nel termine di dieci giorni dall'invito a nominare l'arbitro per far sì che la sanzione disciplinare non perda la sua efficacia¹³². Taluni ritengono che questo orientamento sia a rischio di incostituzionalità per violazione

¹³¹ Cass. civ., sez. lav., 23 luglio 1985, n. 4336, in *Notiz. giur. lav.*, 1985, p.564.

¹³² MONTUSCHI L., voce *Sanzioni disciplinari*, in *Dig. disc. comm.*, XIII, Torino, 1996, p. 166; Cass. civ., sez. lav., 17 gennaio 1998, n. 397, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 287.

dell'art. 24, comma 1, Cost., in quanto il termine di dieci giorni concesso al datore di lavoro per agire in giudizio a pena di decadenza sarebbe troppo breve¹³³. Ma la questione si risolve in virtù del pacifico orientamento per il quale il datore di lavoro può impedire la perdita di efficacia della sanzione che ha comminato depositando la domanda di esperimento del tentativo facoltativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c. Così il decorso del termine di decadenza si sospende sino a venti giorni dalla conclusione della procedura di conciliazione¹³⁴.

E' ancora discusso se, ed in quale misura, la scelta dell'arbitrato escluda per il lavoratore la possibilità di adire successivamente il giudice sulla medesima questione. L'opinione che appare maggioritaria sostiene che l'opzione per l'arbitrato comporti la rinuncia al giudizio davanti al Tribunale, a condizione che l'arbitrato giunga a definizione con l'emanazione del lodo. Nell'eventualità in cui il lodo non fosse emanato, il lavoratore potrebbe rivolgersi al giudice per contestare la medesima sanzione¹³⁵. Secondo un altro orientamento, l'azione in giudizio sarebbe impedita dall'iniziale opzione per l'arbitrato a meno che la mancata emanazione del lodo sia dipesa dalla volontà delle parti¹³⁶.

Si dà conto anche di una recente giurisprudenza di merito la quale ha affermato che il lavoratore possa revocare la propria manifestazione di volontà a favore dell'arbitrato e instaurare la causa in giudizio fino al completamento della procedura indicata dalla legge per la costituzione del Collegio arbitrale, e più precisamente fino a quando tutti gli arbitri non abbiano accettato per iscritto l'incarico¹³⁷.

Nel silenzio della legge, si potrebbe intendere che l'art. 7 Stat. lav. consente al lavoratore di scegliere fra l'arbitrato rituale e quello libero. La giurisprudenza di legittimità è però intervenuta a chiarimento, sancendo la natura irrituale dell'arbitrato a cui si riferisce l'art. 7 Stat. lav., nonché dell'arbitrato configurato dalla contrattazione collettiva di riferimento sempre in relazione all'impugnazione delle sanzioni disciplinari. Quella contemplata dall'art. 7 Stat. lav. (e dalla contrattazione collettiva che ad esso rimanda) è comunque una forma di arbitrato distinta dalle fattispecie di cui agli artt. 412 ter e 412 quater c.p.c.

¹³³ Cfr. BORGHESI D., *Gli arbitrati in materia di lavoro*, in VALLEBONA A. (a cura di), *Il diritto processuale del lavoro*, in PERSIANI M., CARINCI F., *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IX, Padova, 2013, p. 686.

¹³⁴ Ancora con riferimento al deposito della domanda di esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione previgente all'entrata in vigore della l. n. 183/2010, v. Cass. civ., sez. lav., 8 giugno 2011, n. 12457, in *Giust. civ. mass.*, 6, 2011, 866.

¹³⁵ *Ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 17 giugno 1999, n. 6081.

¹³⁶ *Ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 17 settembre 1993, n. 9568.

¹³⁷ Cfr. Trib. Roma, 15 giugno 2012.

Il lodo pronunciato all'esito della procedura può essere impugnato in sede giudiziale in ordine alle valutazioni che rientrano nella discrezionalità riconosciuta agli arbitri. Fra queste rientrano, ad esempio, l'accertamento dei presupposti fattuali per l'irrogazione della sanzione, le valutazioni relative al materiale probatorio e alle scelte operate per comporre la controversia. L'impugnazione potrà essere fondata soltanto su vizi capaci di inficiare il pronunciamento degli arbitri per alterata percezione della realtà ovvero falsa rappresentazione dei fatti, cioè per vizi che concernono la formazione e la manifestazione della volontà negoziale o, ancora, per inosservanza delle disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo, con esclusione degli errori di giudizio¹³⁸.

L'impugnazione del lodo pronunciato ai sensi dell'art. 7 Stat. lav. viene assoggettata alle disposizioni e ai termini di cui all'art. 412 quater c.p.c.

Non è possibile impugnare per via arbitrale la sanzione disciplinare del licenziamento: le previsioni dei commi 6 e 7 dell'art. 7 Stat. lav. sono circoscritte alle sanzioni disciplinari conservative.

La Corte costituzionale ha esteso alla sanzione di massima gravità l'applicazione dei soli primi tre commi dell'art. 7 Stat. lav., cioè delle regole del procedimento disciplinare¹³⁹. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità dei primi tre commi dell'art. 7 Stat. lav. "*interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, per i quali detti commi sono espressamente richiamati dalla norma legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro*". La dottrina ha precisato, sulla base della statuizione della Corte, che per impugnare il licenziamento disciplinare si può ricorrere ai sistemi di impugnazione stragiudiziali, alle altre tipologie arbitrali, al giudizio ordinario o a quello cautelare¹⁴⁰.

Sono però fatte salve quelle clausole dei contratti collettivi che ammettono il ricorso all'arbitrato anche per la fattispecie del licenziamento disciplinare.

Per maggiore completezza si deve precisare che anche il lavoratore al quale è stata comminata una sanzione conservativa può impugnare la sanzione utilizzando una delle quattro forme arbitrali introdotte dal Collegato lavoro, e non seguire le previsioni dell'art. 7 Stat. lav. Le parti sarebbero, così, sottratte all'applicazione dei termini ivi indicati; d'altro canto, il lavoratore non usufruirebbe del principale beneficio correlato all'opzione per l'arbitrato contemplato dalla norma statutaria, ossia la sospensione dell'efficacia della

¹³⁸ Cfr. Cass. civ., sez. un., 1° dicembre 2009, n. 25253, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 12, 1652.

¹³⁹ Corte cost. 29 novembre 1982, n. 204, in *Giust. civ.*, 1983, I, 15.

¹⁴⁰ Così ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2003, p. 359.

sanzione conservativa.

Vista l'estensione del fenomeno, si ritiene di analizzare in questa sede, quale esemplificazione delle previsioni dell'autonomia collettiva sulla materia, le clausole contrattuali che riguardano il settore ferroviario, dove è tradizionalmente molto diffuso il ricorso all'arbitrato come modalità per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari.

Il Contratto collettivo relativo al settore delle Attività ferroviarie, sottoscritto il 20 luglio 2012 e attualmente in vigore, dedica al "*Procedimento disciplinare*" il proprio art. 66, che rimanda alla precisa tipologia di arbitrato per la contestazione delle sanzioni disciplinari. La clausola non richiama, invece, l'art. 412 ter c.p.c., a riprova del fatto che si tratta di due distinte tipologie di arbitrato.

La norma riprende, all'ultimo comma, il contenuto dell'art. 7 Stat. lav. e, facendo esplicitamente salva la possibilità di ricorrere al giudice, specifica la facoltà del lavoratore che abbia ricevuto una sanzione disciplinare di impugnarla davanti al Collegio di conciliazione e arbitrato, la cui composizione e i cui compiti sono indicati dal successivo art. 67.

Il lavoratore deve, se crede, optare per l'arbitrato entro gli stessi venti giorni prescritti dalla norma statutaria, che decorrono a partire dal ricevimento della comunicazione del provvedimento disciplinare. Il ricorso all'arbitrato deve essere compiuto mediante istanza scritta al Collegio, che il lavoratore può inoltrare personalmente oppure anche per il tramite dell'Organizzazione sindacale alla quale sia iscritto o conferisca mandato.

Ai sensi dell' art. 67, il Collegio di conciliazione e arbitrato viene costituito dall'azienda e dalle Organizzazioni sindacali firmatarie presso le sedi che vengono individuate a livello aziendale, ed è composto da un presidente, scelto di comune accordo tra le parti, preferibilmente tra docenti universitari, ordinari ed associati, magistrati in pensione, dirigenti della Direzione del lavoro, per garantire la professionalità e la competenza dell'Organismo, oltre ad un membro designato dall'azienda e ad uno designato dalle Organizzazioni sindacali. In difetto di accordo sulla scelta del presidente, si adirà la Direzione provinciale del lavoro, cui compete la nomina del presidente *ex art. 7 Stat. lav.*

Quanto al procedimento, il contratto indica che il Collegio decide "*con equo apprezzamento dei fatti e di ogni circostanza e può, oltre che confermare o annullare, ridurre la sanzione o sostituirla con altra di diversa specie e minore gravità*". E' molto ampio il potere decisionale conferito agli arbitri per il raggiungimento della soluzione più

adeguata al caso concreto.

La sanzione disciplinare conservativa resta sospesa fino all'emanazione del lodo.

Se l'azienda non provvede entro dieci giorni dall'invito rivolto a nominare il proprio arbitro rappresentante, la sanzione disciplinare non ha effetto; ma se, nello stesso termine, il datore adisce il Tribunale la sanzione resta sospesa fino alla conclusione del giudizio.

Le parti hanno convenuto di operare, ciascuna per la propria competenza, affinché i Collegi di conciliazione e arbitrato possano pronunciarsi entro sessanta giorni dalla loro attivazione e affinché, con riguardo ai casi di particolare necessità, il Collegio possa autonomamente stabilire di prolungare i lavori, senza superare però il termine massimo di centoventi giorni dalla data di attivazione del Collegio.

E' noto che l'art. 7 Stat. lav. non trova applicazione alla categoria dei dirigenti. Le regole del procedimento disciplinare applicabili a questa categoria di lavoratori sono pertanto contenute all'interno della contrattazione collettiva di riferimento, la quale solitamente rinvia, per quanto attiene all'impugnazione della sanzione disciplinare eventualmente ricevuta dal lavoratore, ad un Collegio di conciliazione ed arbitrato. Così come questo accade con riferimento alle controversie relative al licenziamento del dirigente, posto che ad esse non possono trovare applicazione né le disposizioni della l. n. 604/1966, né le previsioni dell'art. 18 Stat. lav.; dunque, come si è avuto modo di vedere *supra*, l'arbitrato è tradizionalmente previsto dalla contrattazione collettiva dedicata alla categoria dirigenziale come strumento di contestazione del licenziamento, finalizzato ad ottenere il pagamento dell'indennità supplementare (rispetto alle spettanze di fine rapporto) a carattere risarcitorio per la perdita del posto di lavoro, e talora anche di risoluzione delle altre controversie nascenti dal rapporto.

Quanto al settore del pubblico impiego, si osserva innanzitutto che il regime della responsabilità disciplinare dei lavoratori trova la sua disciplina all'interno del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dal d.lgs. n. 150/2009, c.d. riforma Brunetta, e in particolar modo agli artt. da 55 a 55 novies.

Le modifiche di maggiore rilievo apportate in materia dalla riforma Brunetta si rinvencono, per quanto concerne l'oggetto di questo elaborato, nel privilegio assegnato alla fonte legislativa, con il conseguente ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva, e nell'indicazione, per legge, delle regole e dei tempi del procedimento disciplinare, con l'eliminazione contestuale della possibilità di impugnare le sanzioni disciplinari in via stragiudiziale davanti al Collegio di conciliazione.

In ossequio alla nuova impostazione assegnata dalla riforma Brunetta al settore del pubblico impiego, il d.lgs. n. 150/2009 ha modificato l'art. 55 del Testo unico escludendo che la contrattazione collettiva possa prevedere procedure finalizzate all'impugnazione in via stragiudiziale delle sanzioni disciplinari. Il terzo comma dell'art. 55 statuisce, infatti che: *“La contrattazione collettiva non può istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari”*. La disposizione fa salva esclusivamente la facoltà dei contratti collettivi di prevedere procedure di conciliazione non obbligatoria da impiegare nei soli casi di infrazioni disciplinari per i quali sono contemplate sanzioni conservative. Si tratta di un tentativo di conciliazione da instaurare e concludere entro non più di trenta giorni dalla contestazione dell'addebito e comunque prima dell'irrogazione della sanzione. L'intento di questa particolare procedura è quello di giungere ad una rideterminazione della sanzione che si intendeva comminare al lavoratore, con il vincolo per cui la sanzione concordemente determinata all'esito del procedimento non può essere di specie diversa rispetto a quella prevista, dalla legge o dal contratto collettivo, per l'infrazione per la quale si procede. Dunque la sanzione non può essere modificata in una sanzione diversa di minore gravità e la conciliazione può avere ad oggetto solamente la misura della sanzione conservativa che è prevista per l'infrazione commessa dal lavoratore, e non il tipo di sanzione. Queste limitazioni hanno reso un istituto di difficile applicazione e nei fatti poco praticato. La sanzione *“concordata”* non può essere impugnata.

Si aggiunge che l'art. 72, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 150/2009 ha abrogato l'art. 56 del Testo unico, che era appunto rubricato *“Impugnazione di sanzioni disciplinari”* e che, per l'ipotesi in cui i contratti collettivi non avessero istituito apposite procedure di conciliazione e arbitrato, attribuiva ai lavoratori la possibilità di impugnare le sanzioni disciplinari in arbitrato, davanti al Collegio di conciliazione di cui all'art. 66 del Testo unico (articolo peraltro già abrogato dal Collegato lavoro), secondo le modalità e con gli effetti previsti dal sesto e settimo comma dell'art. 7 Stat. lav.

La disciplina previgente trovava riscontro anche nell'Accordo quadro ARAN del 23 gennaio 2001 che, all'art. 6, precisava che le sanzioni disciplinari potevano essere impuginate mediante richiesta di conciliazione e arbitrato ai sensi dell'art. 2 e seguenti, ossia mediante il ricorso all'Arbitro unico. L'articolo statuiva, inoltre, che durante la vigenza dell'Accordo e con le medesime regole ivi previste, le sanzioni disciplinari potevano essere impuginate davanti ai soggetti di cui all'art. 59, commi 8 e 9 del d.lgs. 29/93; in tal caso il lavoratore non avrebbe però potuto successivamente ricorrere

all'Arbitro unico. La Corte di cassazione era intervenuta in materia per fornire un'interpretazione del predetto art. 6 tale da renderlo congruente con la disciplina di legge. La Corte indicava quindi che: *“Con riferimento al rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, l'art. 6 del contratto collettivo nazionale quadro in materia di procedure di conciliazione e arbitrato del 2001 va interpretato nel senso che: la previsione dell'impugnazione delle sanzioni disciplinari dinanzi ai Collegi arbitrali di disciplina, previsti dall'art. 59 del d.lg. n. 29 del 1993 (ora art. 55 del d.lg. n. 165 del 2001), è limitata solo all'individuazione dei Collegi; tali Collegi emettono un lodo irrituale ai sensi degli art. 59 bis, 69 e 69 bis del d.lg. n. 29 del 1993 (ora art. 56, 65 e 66 del d.lg. n. 165 del 2001) e 412 ter c.p.c. (come modificato dall'art. 19 del d.lg. n. 387 del 1998); tale lodo non è identificabile con quello rituale di cui all'art. 59, comma settimo, d.lg. n. 29 del 1993, trattandosi di lodo previsto dalla contrattazione collettiva; la sua impugnazione è disciplinata dall'art. 412 quater. Si deve, invece, escludere — sulla base di un'interpretazione letterale e sistematica della suddetta norma — che le parti abbiano inteso far rivivere con il contratto quadro l'intero sistema delle impugnazioni riferibile all'art. 59 cit., destinato, secondo la previsione legislativa, a cessare di efficacia proprio con la contrattazione collettiva. Conseguentemente, è inammissibile l'impugnazione del suddetto lodo proposta dinanzi alla Corte d'appello, non essendo possibile la traslatio iudici al tribunale competente)”*¹⁴¹.

La decisione del legislatore del 2009 di impedire la via stragiudiziale per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari contrasta con il *favor* che il legislatore della Collegato lavoro, solamente un anno più tardi, è sembrato riservare all'istituto dell'arbitrato, promuovendolo sia nel settore privato, sia nel settore pubblico, attraverso l'unificazione delle procedure e assegnando un ruolo di grande importanza in materia alla contrattazione collettiva. Oggi il lavoratore del settore pubblico che riceve una sanzione disciplinare può impugnarla solamente davanti al giudice del lavoro, come statuito espressamente dal secondo comma dell'art. 67 del d.lgs. n. 150/2009 (*“Resta ferma la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari, ai sensi dell'articolo 63 del decreto legislativo n. 165 del 2001”*).

Dall'altro lato, l'eliminazione dell'impugnazione in sede stragiudiziale risulta perfettamente congruente con la logica ispiratrice della riforma Brunetta a proposito dell'assetto delle fonti, che, anche in relazione all'ambito del procedimento disciplinare,

¹⁴¹ Cass. civ., sez. lav., 12 novembre 2012, n. 19645, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 11, 1290.

ha determinato il ridimensionamento dello spazio operativo della contrattazione collettiva e il corrispondente ampliamento del ruolo regolativo della legge. Ma è pur vero che, a quanto consta, l'esperienza arbitrale dell'impugnazione delle sanzioni disciplinari irrogate ai pubblici dipendenti si era dimostrata fallimentare, a causa principalmente del lassismo riscontrato nelle pronunce dei Collegi, e pertanto l'intervento del legislatore del 2009 ha fatto venir meno le situazioni che a tale lassismo davano causa¹⁴².

¹⁴² MARTELLONI F., *La responsabilità disciplinare del personale non dirigenziale*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in FIORILLO L., PERULLI A., *Il nuovo diritto del lavoro*, vol. I, Torino, 2013, p. 563.

CONCLUSIONI

Le difficoltà nelle quali si trova il nostro sistema della giustizia sono state più volte richiamate nel corso della trattazione. L'area della giustizia del lavoro registra una particolare sofferenza, in ragione delle delicate posizioni sostanziali di cui essa è chiamata ad occuparsi, che coinvolgono aspetti essenziali della vita delle persone¹⁴³. Gli arretrati sono notevoli e continuano a crescere, soprattutto se si guarda al contenzioso previdenziale e assistenziale, che rappresenta la maggioranza assoluta del contenzioso lavoristico.

Non si tratta di un problema contingente, perché sono le stesse caratteristiche della società moderna e lo sviluppo del diritto del lavoro nella direzione della flessibilizzazione e della moltiplicazione delle tipologie contrattuali ad accrescere le occasioni di controversie.

Anche l'Unione europea ha denunciato i ritardi della giustizia del lavoro, perché questi vanno direttamente a discapito della tutela dei diritti della parte meno forte del rapporto di lavoro, cioè il lavoratore. Nel Libro verde del 2002 si metteva in evidenza la necessità per gli Stati membri di affrontare le problematiche connesse al funzionamento e ai tempi della giustizia del lavoro non solo mettendo in campo una riforma del processo del lavoro idonea a renderlo più veloce e più snello, ma anche attraverso lo sviluppo delle forme alternative di risoluzione delle controversie¹⁴⁴.

I due interventi dovrebbero andare di pari passo, completarsi e implementarsi, così che il cittadino possa avere a disposizione una gamma ben congegnata di strumenti per la risoluzione delle liti, tutti adeguatamente disciplinati, all'interno della quale egli possa scegliere lo strumento più utile ad affrontare la vertenza sulla base delle circostanze del caso specifico e delle peculiarità degli strumenti stessi, e non secondo il criterio del male minore. Molte controversie possono essere risolte meglio utilizzando strumenti diversi dal processo, correlati alle prassi aziendali e produttive, più confacenti alle loro caratteristiche e alle esigenze delle parti e della fattispecie.

Il nostro legislatore, invece, si è sempre occupato delle procedure conciliative e degli arbitrati intendendoli come strumenti per raggiungere il fine della deflazione del contenzioso e come tali disciplinandoli; non è intervenuto a regolamentare questi istituti

¹⁴³ Cfr. TREU T., *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione et arbitrato*, in *Dir. rel. ind.*, 1/XIII, 2003, p. 78 e ss.

¹⁴⁴ Cfr. Commissione europea, *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, 19 aprile 2002 Com (2002), p. 196.

con il primario obiettivo di creare degli strumenti validi di per se stessi, esaltandone le peculiarità e facendo in modo che essi potessero esprimere tutta la loro potenzialità: li ha disciplinati per renderli funzionali all'alleggerimento del carico giudiziario. Perciò il legislatore del 1998 ha imposto l'obbligo dell'esperimento del tentativo di conciliazione preventivo per tutte le controversie di lavoro e nella stessa logica il legislatore del 2010 ha imposto la mediazione con riferimento ad un'ampia categoria di vertenze civili e commerciali e l'ha reintrodotta dopo le censure pronunciate dalla Corte costituzionale.

Il legislatore ha cercato di imporre forzatamente una cultura delle alternative al giudizio che per svilupparsi richiede, invece, la fiducia negli strumenti, che è determinata dalla loro efficienza e dalla loro effettiva appetibilità.

Il ripristino della facoltatività del tentativo di composizione in via stragiudiziale delle controversie di lavoro riflette un approccio più corretto all'alternativa al giudizio, perché la procedura conciliativa che dà esiti positivi per le parti del conflitto e per il sistema della giustizia è quella alla quale le parti ricorrono volontariamente e consapevolmente in quanto intendono definire la lite fuori dal processo. I non significativi risultati raggiunti dall'istituto del tentativo obbligatorio di conciliazione non sono stati un elemento sufficiente a compensare i rallentamenti nell'accesso alla giustizia e l'impiego poco proficuo del personale ministeriale che esso ha determinato.

D'altro canto, però, alla reintroduzione della facoltatività del tentativo di conciliazione si è accompagnato un controproducente irrigidimento della procedura, che contrappone le parti in modo non molto diverso rispetto a quanto accade in sede di giudizio, che obbliga le parti a redigere una serie di atti che rievocano quelli giudiziari e che pone tutta una serie di conseguenze negative a carico delle parti laddove queste scelgano di non concludere l'accordo pur avendo avviato la procedura. Al contrario, le procedure alternative al giudizio si diffondono se si distinguono dal giudizio, e non se ne costituiscono una sorta di fotocopia. Esse richiedono informalità e fluidità, sia che si tratti delle procedure conciliative, sia che si tratti degli arbitrati. La ritualizzazione e il garantismo non sono caratteristiche che appartengono a un sistema ben funzionante di modelli alternativi al processo.

Per questo motivo le procedure di origine contrattuale hanno più successo di quelle disciplinate dalla legge. Dovrebbe quindi dovrebbe essere ampliato il ruolo delle parti sociali nella promozione delle forme di giustizia privata, che saranno così più adeguate al contesto produttivo in cui il lavoratore e il datore di lavoro si collocano.

Troveranno probabilmente applicazione le clausole compromissorie che il

Collegato lavoro ha consentito di inserire all'interno dei contratti individuali di lavoro, a condizione della loro previsione da parte dell'autonomia collettiva e del rispetto di alcune limitazioni fissate dalla legge. Si è visto, infatti, che la contrattazione collettiva, nonostante gli auspici e i pronostici di senso opposto, ha iniziato a recepire nelle proprie clausole la facoltà prospettata dal Collegato lavoro. E' pur vero che ne deriva una spinta alla diffusione dell'arbitrato, ma la notazione è negativa, perché l'istituto porta comunque al configurarsi di una sorta di imposizione della via stragiudiziale al soggetto debole del rapporto, che non è certo il segnale di uno sviluppo effettivo della cultura delle *Alternative Dispute Resolution*.

Gli strumenti compositivi saranno una valida alternativa al processo se saranno "alternativi" anche sotto il profilo dei costi del procedimento, e tale non oggi l'arbitrato regolamentato dal legislatore. La disposizione che lascia aperta la possibilità ai sindacati di predisporre fondi per il finanziamento dell'accesso all'arbitrato pone un elemento positivo, ma si parla, appunto, di una mera possibilità.

Lo strumento, sia esso arbitrato o conciliazione, deve essere conveniente sotto diversi aspetti oltre a quello economico, e deve esserlo per entrambe le parti del rapporto. La diffusione dell'istituto della conciliazione monocratica dimostra che questo è un fattore di successo imprescindibile: i benefici della conciliazione monocratica si riflettono sul lavoratore, che ottiene l'immediato pagamento del proprio credito partecipando ad un procedimento che ben si differenzia dal processo; il datore di lavoro evita l'applicazione delle sanzioni amministrative e regola il rapporto di lavoro, con beneficio dell'intera collettività; l'Amministrazione Pubblica incamera il pagamento dei contributi non versati; il giudice del lavoro è sollevato dalla controversia.

E' di immediata percezione la capacità attrattiva di una procedura così strutturata.

Se si guarda al tentativo di conciliazione preventivo all'intimazione dei licenziamenti economici introdotto dalla riforma Fornero, che pure sembra stia avendo buoni risultati (ma restiamo in attesa di informazioni più precise da parte del Ministero del lavoro), si può notare come questo istituto non si limita a voler apportare il beneficio della conciliazione alle parti. Esso, innanzitutto, si colloca "a monte" dell'emanazione dell'atto (ossia il licenziamento) che potrebbe essere foriero dell'instaurazione di una nuova causa in Tribunale, e si pone come passaggio disincentivante la via giudiziale. Dopodiché, esso prevede un procedimento piuttosto rapido e snello: gli unici vincoli sono quelli imposti al datore di lavoro, che è chiamato a formulare la comunicazione dell'intenzione di licenziare nella quale deve sviscerare i motivi sui quali si fonderebbe il

recesso e ad assumersi la responsabilità di sostenere, almeno parzialmente, le conseguenze del licenziamento. La procedura conduce le parti a svolgere un confronto reale fra le rispettive posizioni: questo confronto non è rinviato allo “scontro” in giudizio.

Mediante il confronto, e con la partecipazione-assistenza dei funzionari ministeriali, il licenziamento potrebbe persino essere evitato. I benefici della scelta conciliativa si produrrebbero per entrambe le parti, perché se da un lato il lavoratore mantiene il posto di lavoro, dall'altro lato ne risulta alleggerito il “peso” economico del lavoratore sopra un'impresa che si trova a dover gestire una situazione di crisi o comunque una riorganizzazione richiesta da ragioni produttive. Ciò in quanto il lavoratore potrebbe, per esempio, essere legittimamente assegnato a mansioni di livello inferiore oppure, altrettanto legittimamente, il suo orario di lavoro potrebbe essere modulato a *part-time*.

La scelta conciliativa risulta concorrenziale rispetto al processo anche se l'accordo non evita il licenziamento, perché, se da un lato il datore di lavoro può legittimamente licenziare (e viene quindi scongiurata la causa per l'impugnazione del recesso che altrimenti sarebbe stata molto probabilmente instaurata), dall'altro lato il lavoratore ottiene dal datore di lavoro la garanzia di una serie di misure di “accompagnamento” con riferimento al periodo successivo al licenziamento; consegue inoltre il diritto alla percezione dell'ASPI ed evita di dover affrontare un processo che si snoderebbe su più gradi di giudizio e che peraltro si concluderebbe probabilmente con il solo riconoscimento dell'indennità risarcitoria, laddove il giudice dichiarasse l'illegittimità del licenziamento.

Pertanto il legislatore dovrebbe sviluppare strumenti “generali” per la composizione in via stragiudiziale delle controversie che si ispirino agli strumenti “specifici” e alle loro caratteristiche di successo.

Inoltre, si dovrebbe pensare a delineare un percorso di formazione professionale specializzata per i conciliatori e gli arbitri, così come è stato previsto dalla disciplina della mediazione civile e commerciale.

Ma anche una buona azione riformatrice non risolverebbe, d'un colpo, tutti i problemi del sistema giudiziario del lavoro. Appare imprescindibile, infatti, l'adozione da parte dei Presidenti dei Tribunali e delle Corti d'appello di buone prassi organizzative, che rivolgano in primo luogo il lavoro dei giudici verso l'arretrato, per il suo smaltimento.

Tali prassi devono condurre alla riduzione dei tempi di lavoro. Questo obiettivo

non può che essere perseguito ottimizzando l'organizzazione del lavoro, ad esempio attraverso una calendarizzazione delle udienze della singola causa secondo tempi più concentrati, ed evitando di avviare contemporaneamente la trattazione di più vertenze. A una programmazione più concentrata nel tempo delle udienze della singola causa corrisponderebbe una maggiore concentrazione sulla vertenza da parte del giudice, che la risolverebbe di conseguenza in tempi più rapidi, non essendo costretto dalla dilazione delle udienze a ricominciare ogni volta daccapo lo studio della vicenda. Di conseguenza si accorcerebbero i tempi complessivi del processo.

Si è rivelato emblematico in tal senso il caso del Tribunale civile di Torino che, sotto la direzione del proprio Presidente (oggi Presidente della Corte d'appello di Torino), a partire dal 2001 ha abbattuto l'arretrato costituito dalle cause da anni pendenti e ha ridotto significativamente la durata dei processi.

A tal fine, il Presidente ha adottato un meccanismo la cui essenza risiede nel trattare prima le cause vecchie, poi le cause di nuova instaurazione: il Tribunale è passato efficacemente dal metodo LIFO (“*last in, first out*”) al metodo FIFO (“*first in, first out*”). Si è trattato di una misura “a costo zero” che, nei primi cinque anni di applicazione, ha consentito lo smaltimento del 26% dell'arretrato.

Per implementare e rafforzare l'incisività di questo metodo, il Presidente del Tribunale ha disposto la “targatura” per anno dei documenti, cioè l'analisi del “magazzino” dell'arretrato, che fino a quel momento si conosceva solo in numeri assoluti, e l'analisi dei flussi delle vertenze, per portare i magistrati a fornire risposte, laddove possibile, seriali e standardizzate e, di conseguenza, più rapide. A questo si è aggiunta la previsione di regole più stringenti per la fissazione dei rinvii e circa la frequenza delle udienze, nonché per la specifica gestione della fase dell'assunzione delle prove testimoniali, che rischia di prolungarsi più di ogni altra fase del processo.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro*, vol. I, Torino, 2013.

AA.VV., *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, in Carinci F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, t. III, in Bessone M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XXIV, Torino, 2007.

AA.VV., *Opinioni sul “collegato lavoro”*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 141.

AA.VV., *Per una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, p. 360.

ALBI P., *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Milano, 2013.

AIELLO F., *Impugnativa del licenziamento e regime delle decadenze*, in *Lav. giur.*, 2012, 4, p. 344.

AMATO F., MATTONE S. (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Milano, 2011.

BALLISTRERI M., *Riforma dell'art. 18: parallelismo delle tutele*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 24, p. 1504.

BASCHERINI G., *Licenziamento, mobbing, processo del lavoro*, Milano, 2009.

BASENGHI F., RUSSO A., *Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti: contributi sulla legge n. 183/2010*, Torino, 2012.

BATTISTA L., *Le nuove conciliazioni e gli arbitrati nelle controversie di lavoro: dottrina e aspetti operativi, formulario, repertorio di giurisprudenza*, Milano, 2000.

BENASSI G., *La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*, in *Lav. giur.*, 2012, 8-9, p. 749.

BERNINI A.M. – SOLDATI N., *Codice della conciliazione e dell'arbitrato*, Milano, 2007.

BERTOLDI V., *Art. 808 ter c.p.c.*, in Consolo C. (diretto da), *Codice di Procedura Civile Commentato*, III, Milano, p. 1655.

BORGHESI D., *L'arbitrato ai tempi del collegato lavoro*, in *Judicium*, 2010, p. 13.

BORGHESI D., *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p.821.

BORGHESI D., *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in Carinci F., Miscione M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e*

politiche attive, in *Dir. prat. lav.*, supplemento n. 33, del 15 settembre 2012, p. 14.

BORGHESI D., DE ANGELIS L., *Il processo del lavoro e della previdenza*, Padova, 2013.

BORGOGELLI F., *Conciliazione e arbitrato: le nuove regole e il regime di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Diritto sindacale*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. II, Milano, 2004.

BOVE M., *Conciliazione e arbitrato nel collegato lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 125.

BUFFA F. (a cura di), *“Collegato lavoro” e tutela giurisdizionale (artt. 30-33 della legge 4 novembre 2010, n. 103)*, in *Quad. mass.*, 2011, 1.

BUONOCORE C.I., *La mediazione ex d. lgs. n. 28/2010: una procedura conciliativa aggiudicativa travestita da facilitativa?*, in *Lav. giur.*, 2012, 2, p. 125.

CAPONI R., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, in *Foro. it.*, 2003, V, 167.

CARABELLI U. – CARINCI F., *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010.

CARINCI F., *Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 6, p. 529.

CARINCI F., *Il Collegato...scollegato*, in *Giur. it.*, 2011, 11.

CAZZOLA G., *Collegato lavoro: una storia lunga ventisette mesi*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 2, p. 249.

CECHELLA C., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, n.4, p. 448.

CECHELLA C., *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 178.

CENTOFANTI S., *Accordi preventivi e accordi contingenti per la scelta delle forme di arbitrato nel Collegato lavoro 2010*, in *Lav. giur.*, 2011, 1, p. 99.

CESTER C., *La clausola compromissoria nel Collegato lavoro 2010*, in *Lav. giur.*, 2011, 1, p. 23.

CHIARLONI S., *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim.*, 2000, I, p. 454.

CINELLI M., FERRARO G., *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Torino, 2011.

CINELLI M., FERRARO G., *La giustizia del lavoro nella visione del “collegato”*: crisi

del processo e tecniche deflattive, in Cinelli M., Ferraro G. (a cura di), *Contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, XXI, Torino, 2011.

CONFORTINI M., *Clausola compromissoria: regole “per” decidere e regole “del” decidere*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 8-9, p. 565.

CUOMO ULLOA F., *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008.

DALFINO D., *Il “futuro passato” della mediazione civile in Italia*, in *Giur. it.*, 2012, 1.

DALFINO D., *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011.

DE ANGELIS L., *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, in *Lav. giur.*, 2011, 2, p. 157.

DE ANGELIS L., *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 2, p. 399.

DE CRISTOFARO M., *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in *Lav. giur.*, 2011, 1, p. 57.

DE MICHELE V., *La riforma del processo del lavoro nel Collegato 2010*, in *Lav. giur.*, 2011, 1, p. 107.

ESPOSITO M., *Arbitrato e sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: logiche e modelli fra passato e futuri possibili*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, n.2/2001, p. 323.

FALCONE A., *Tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali*, in *Il Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, a cura di Amoroso G., Di Cerbo V., Fiorillo L., Maresca A., Milano, 2007.

FAZZALARI E. (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006.

FERRARI G., *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale nell'impiego pubblico, contrattualizzato e non, nella L. n. 183 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, p. 1032.

FERRARO G., *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: profili generali*, in CINELLI M., FERRARO G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010 n. 183*, Torino, 2011, p. 47.

FOCARETA F., POZZOBON C., *Giurisdizione, tentativo obbligatorio di conciliazione e arbitrato*, Roma, 2002.

FOCCILLO F., *La conciliazione e l'arbitrato nel pubblico impiego. Fattispecie antiche per procedimenti attuali*, Salerno, 2004.

- FOGLIA R., *Domanda di giustizia e processo del lavoro*, in *Giur. it.*, 2001, VI, p. 1289.
- FORNACIARI M., *Natura, di rito e di merito, della questione circa l'attribuzione di una controversia ai giudici statali oppure agli arbitri*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 463.
- GAROFALO M.G. – VOZA R. (a cura di), *La deflazione del contenzioso del lavoro: il caso delle Pubbliche Amministrazioni*, Bari, 2007.
- GHEIDO M.R., *Licenziamenti individuali e collettivi*, in *Prat. fisc. prof.*, 2012, 34, p. 42.
- GIANCOTTI G., *Il novellato tentativo di conciliazione nelle cause concernenti i rapporti di lavoro*, in *Giur. it.*, 2012, 1.
- GIANNITI P. (a cura di), *La disciplina dell'autotutela: nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Padova, 2010.
- GIOVANARDI C.A., GUARNIERI G., LUDOVICO G., TREGLIA G., *Conciliazione in sede sindacale e cessazione della materia del contendere in Cassazione*, in *Lav. giur.*, 2011, 9, p. 950.
- GIOVANARDI C.A., GUARNIERI G., LUDOVICO G., TREGLIA G., *Impugnazione del licenziamento, decadenza e richiesta del tentativo di conciliazione*, in *Lav. giur.*, 2011, 2, p. 207.
- GRANDI M., *Arbitrato e processo. Profili di qualificazione degli arbitrati irrituali in materia di lavoro*, in *Diritto e processo del lavoro*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. I, t. I, Milano, 2004.
- GRANDI M., *L'arbitrato che fa bene ai lavoratori*, in *Conquiste del lavoro*, del 29 ottobre 2010, p. 6.
- GRANDI M., *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, in *Riv. trim.*, 1991, p. 421.
- GRANDI M., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: problemi e prospettive*, in *Dir. relaz. ind.*, 2003, p. 67.
- GRANDI M., *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel diritto italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 383.
- GRANDI M., *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel pubblico impiego (d.lgs. n.80/1998)*, in *Lav. pub. amm.*, 1998, p. 791.
- IUDICA G. (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2012.
- LA CHINA S., *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011.
- LOY G. (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, Padova, 2000.

LUCCHETTI G., *Il “collegato lavoro” alla prova dei fatti: conciliazione, certificazione, arbitrato e welfare privato nel nuovo c.c.n.l. del commercio*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 4-5, p. 942.

LUISO F.P., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 379.

LUISO F.P., *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 462.

MASSI E., *Conciliazione e collegi arbitrali irrituali*, in *Dir. prat. lav.*, 2011, 2, p. 69.

MASSI E., *Conciliazione delle controversie di lavoro e arbitrato*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, 46, p. 2671.

MASSI E., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo*, in *Circ. lav. prev.*, 23 luglio 2012, 29, p. 12.

MATTEINI P., *La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il d.lgs. n. 80/1998: è stato proprio un fallimento?*, in *Lav. e dir.*, 2002, p. 657.

MESSINEO D., GRASSO L., *La tutela del lavoratore nella conciliazione monocratica*, in *Lav. giur.*, 2011, 2011, p. 433.

MICCOLIS G., *La conciliazione e la disciplina del nuovo processo introdotto con il d.lgs. n.5 del 2003*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 97.

MIMMO M., *Così la procedura nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *La Riforma del lavoro. Guida pratica alla legge 92/2012*, in *Guida norm.*, luglio 2012, p. 52.

MIRANDA B., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione e l'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro*, Padova, 2005.

MISCIONE M., *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in *Lav. giur.*, 2011, 1, p. 5.

MISCIONE M., *Le certificazioni di lavoro*, in *Lav. giur.*, 2011, 8, p. 761.

MISCIONE M., *Proposte per il mercato e interventi sul processo del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 3, p. 213.

MISCIONE M., GAROFALO D. (a cura di), *Il collegato lavoro 2010: commentario alla legge n. 183/2010*, Assago, 2011.

NASCOSI A., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007.

NOVIELLO G., *Gli strumenti deflattivi del contenzioso*, in AA.VV., *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso dopo il Testo unico sul pubblico impiego*, Milano, 2001.

NOVIELLO G., *L'arbitrato disciplinare nell'impiego pubblico privatizzato*, in *Il lavoro*

nelle Pubbliche Amministrazioni, n.6/2001, parte I, p. 997.

PESSI R., *Le novità in tema di arbitrato e di conciliazione in materia di lavoro*, in *Giur. it.*, 2011, 12.

PICCININI A., PONTERIO C., *La controriforma del lavoro*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 3.

PIVETTI M., *La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 1, p. 151.

PIZZOFERRATO A., *Giustizia privata del lavoro (Conciliazione e arbitrato)*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXII, Padova, 2003.

PROIA G., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Milano, 2011.

PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Assago, 2012.

PUNZI C., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 400.

RUBINO - SAMMARTANO M. (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009.

RUBINO – SAMMARTANO M., *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006.

SALOMONE R., *Conciliazione e arbitrato*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, t. III, Mainardi S. (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, in Bessone M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XXIV, Torino, 2007, p. 689.

SANTAGADA F., *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008.

SASSANI B. SANTAGADA F. (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (Gazzetta Ufficiale 5 marzo 2010, n. 53)*, Roma, 2012.

SERRA D., *Il tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro pubblico: da obbligatorio a facoltativo dopo il c.d. Collegato lavoro*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, n. 3, p. 559.

SIGNORINI E., *Conciliazione e arbitrato nel processo del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, n.5/2003.

SOCCI A.M., *L'arbitrato e la conciliazione nel lavoro pubblico e privato: aggiornato al Collegato lavoro (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, Milano, 2011.

SPEZIALE V., *I limiti alla giustiziabilità dei diritti nella riforma del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 1, p. 25.

- TALAMUCCI D., SEMBOLINI R. (a cura di), *Dizionario dell'arbitrato*, 2002.
- TARANTINO G., *Impugnazione del lodo arbitrale: al Giudice solo un controllo di legittimità*, in *Dir. gius.*, 2012, p. 766.
- TARTAGLIONE L., *Conciliazione e arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 2000.
- TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008.
- TIRABOSCHI M. (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2011, n. 183*, Milano, 2011.
- TIRABOSCHI M., *Giustizia del lavoro: la riforma nel Collegato*, in *Guida lav.*, ottobre 2010, p. 8.
- TISCINI R., *La procedura conciliativa che precede il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo*, in LUIISO F.P., TISCINI R., VALLEBONA A., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, p. 35.
- TISCINI R., VALERINI F., *Il tentativo di conciliazione*, in Sassani B., Tiscini R. (a cura di), *I profili processuali del collegato lavoro*, Roma, 2011, p. 18.
- TOPO A., *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in Carinci F., Miscione M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *Dir. prat. lav.*, supplemento n. 33, del 15 settembre 2012, p. 62.
- TOSI P., *L'arbitrato nel "Collegato lavoro" alla legge finanziaria 2010*, in *Lav. giur.*, 2010, 12, p. 1171.
- TREU T., *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione ed arbitrato*, in *Dir. relaz. ind.*, 2003, p. 78.
- TRISORIO LIUZZI G., *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 948.
- TULLINI P., *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2013, p. 147.
- VACCARELLA R., *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 741.
- VALLEBONA A., *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2009.
- VALLEBONA A., *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 902.
- VALLEBONA A., *Una buona svolta nel diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 212.

VERDE G., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 371.

VOZA R., *La proposta transattiva del giudice del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2011, 10, p. 986.