

## La tormentata via alla deflazione processuale nel “collegato lavoro alla Finanziaria”

MARCELLO BASILICO – ALBERTO GUARISO

---

Il cosiddetto “collegato lavoro alla Finanziaria 2010” è divenuto fatiscosamente legge dello Stato (n. 183 del 4 dicembre 2010) chiudendo un decennio aperto dal Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia dell’ottobre 2001. Il Ministro del lavoro di oggi ne fu uno dei coordinatori, ma è evidente dal testo delle nuove norme l’identità ispiratrice dei due atti.

Nel manifesto della politica sociale di allora v’erano le critiche verso l’impostazione precettiva, generatrice di norme inderogabili, e la centralità del modello del lavoro dipendente a tempo indeterminato. La legge 183 ha tradotto in norme queste posizioni. Incurante delle proposte giunte nel frattempo da Commissioni ministeriali e gruppi di studio, la riforma ha così proseguito la linea di navigazione intrapresa all’inizio del decennio, compiendo solo le piccole virate imposte dal vaglio di legittimità del Presidente della Repubblica.

Dal 2001 ad oggi, però, il tempo non è trascorso invano. Abbiamo assistito all’approvazione del Trattato di Lisbona ed alla copertura costituzionale della CEDU ai sensi dell’innovato art. 117, primo comma Cost. (Corte cost. 348 e 349 del 24 ottobre 2007); la Corte di Giustizia dell’Unione Europea non ha mancato di rammentare a più riprese l’esigenza di effettività delle tutele apprestate ai lavoratori, nell’esecuzione del contratto e nelle reazioni dell’ordinamento interno nel caso di loro violazione; l’inderogabilità dello schema della subordinazione *ex art.* 2094 c.c. continua a permeare il nostro sistema, condizionando l’utilità dei nuovi tipi negoziali ideati dal legislatore; l’istituto della certificazione, salutato già come veicolo d’una “derogabilità assistita” dei diritti sociali, si è rivelato inevitabilmente un simbolo inapplicato nel contesto del d.lgs 276/2003.

Di queste realtà il legislatore del 2010 non sembra essersi avveduto. Neppure le sette letture parlamentari, i rilievi presidenziali, le critiche della dottrina alla prima versione della legge hanno indotto ad una riflessione che evitasse gli errori del recente passato. La riforma si muove così sulla falsariga tracciata tempo addietro, con la tecnica discutibile cui ci stiamo ormai abituando e disposizioni disorganicamente giustapposte. Restano eluse le questioni centrali del sistema.

1. LINEE GUIDE DELLA RIFORMA. L'intento deflattivo che ha spinto alle innovazioni d'ordine processuale è naturalmente encomiabile. Ma il duplice postulato da cui muove non convince. Il primo, quello dell'eccessiva durata delle vertenze, è vero solo in parte. Trascura il fatto che almeno in una parte del territorio — nord Italia, approssimativamente — il rito dia ottima prova di sé, garantendo definizioni delle controversie in tempi più che accettabili, quasi sempre al di sotto della soglia temporale segnata dalla Corte europea per i diritti dell'uomo [sent. 26.2.92, in causa Nibbio, e 26.2.93, Trevisan]. Altrove invece la durata del contenzioso è inaccettabile, con giudici soffocati da migliaia di pendenze *pro capite* [cfr. D. COVIELLO, A. ICHINO e N. PERSICO, *Giudici in affanno*, 2009, in [www2.dse.unibo.it](http://www2.dse.unibo.it). e L. VERZELLONI, in *Dietro la cattedra del giudice*, Bologna 2009].

Si è dunque evitato ancora una volta di scandagliare le ragioni d'un processo che funziona a due o più velocità. Nessuna norma del collegato, ad esempio, riguarda il processo previdenziale, malgrado la materia contributiva ed assistenziale assorba da sola oltre il 50% del contenzioso del settore, con punte dell'80% nelle sedi meridionali in maggiore sofferenza [cfr. il progetto della *Commissione Foglia*, in «Foro it.», V, 209 segg.].

Il secondo postulato addebita la conflittualità che affligge il settore alle regole sostanziali incentrate sull'asse "norma inderogabile-giudice" [così M. TIRABOSCHI, in *Guida al lavoro* de «Il Sole-24 Ore», 2010, ottobre 2010, pag. 9]. Di qui la scelta di rimodulare le tutele proprie del lavoro dipendente, dove più si annidano le disposizioni imperative, e di ridurre gli spazi d'intervento giudiziale. A quest'ultimo fine si sono battute due vie: l'adozione dell'arbitrato come mezzo risolutivo delle controversie ed il contenimento degli spazi d'interpretazione e di controllo rimessi al giudice. È la piena continuità col Libro bianco del 2001.

Si vedrà però che limitazione dell'intervento giudiziale e ridimensionamento delle tutele del diritto di azione delle parti, soprattutto di quelle svantaggiate, sono due facce della stessa medaglia. Senza contare che

nella disciplina complessiva si coglie l'ulteriore, inespresso, obiettivo di ridurre subito i costi economici e processuali dell'impresa per le violazioni accertate dei diritti sociali.

2. CERTIFICAZIONE. Torna ad essere salutata come strumento principe di deflazione, rinvigorita dalle previsioni degli artt. 30 e 31 l. 183/2010. Nell'originario disegno del d.lgs 276/2003 essa è stata concepita come atto amministrativo di accertamento della corretta qualificazione di alcuni rapporti di lavoro, pur con diverse funzioni: di assistenza negoziale nella stipulazione del contratto (art. 78, commi quarto e quinto); di disponibilità assistita dei diritti dei prestatori di lavoro *ex art.* 2113 c.c. (art. 82 d.lgs 276); di disponibilità assistita dei diritti basati sulla disciplina del lavoro a progetto (art. 68); di certificazione qualificativa generale (art. 75).

In sintesi, le novità apportate dalla l. 183 concernono: l'efficacia oggettiva dell'istituto (art. 30, commi 2 e 3); l'ampliamento della sfera di utilizzo dell'istituto, ricordato anche con la nuova disciplina dell'arbitrato e della conciliazione stragiudiziale (art. 31, commi 10–13); l'omogeneizzazione tendenziale delle funzioni dei diversi organi certificatori (artt. 30, c. 5, e 31, c. 15).

Malgrado alcune espressioni d'ottimismo [M. TIRABOSCHI, *cit.*, pag. 10], vi sono motivi per ritenere che anche stavolta l'incisività della certificazione sia destinata a trovare ostacolo dalla valenza, nel nostro ordinamento, del principio dell'indisponibilità del tipo [cfr. Corte cost. 29.3.93, n. 121, e 31.3.94, n. 115]. Esso impone al giudice di discostarsi dalla qualificazione giuridica attribuita al contratto dalle parti quando, interpretandolo, accerti che sia stato eseguito secondo modalità proprie d'uno schema causale diverso. I comportamenti delle parti successivi alla stipulazione conservano dunque rilievo decisivo, *ex art.* 1362 cpv c.c., poiché hanno essi stessi portata negoziale [O. MAZZOTTA, *Sommministrazione e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?*, in [www.appinter.csm.it](http://www.appinter.csm.it), 2005, pag. 11].

È quanto pare ammettere, d'altronde, lo stesso legislatore nell'inciso finale dell'art. 30, secondo comma, sebbene qualche perplessità residui dal fatto che il vincolo a conformarsi per il giudice è affermato con riferimento letterale non alla *qualificazione* del contratto, compiuta dalle parti, bensì alle loro *valutazioni*. Questa disposizione, insieme coi commi immediatamente precedente e successivo, tradisce la scomposta insofferenza per l'intervento giudiziale: scomposta perché nel primo

comma fa ricorso improprio alla locuzione "clausole generali", anziché a quella, più pertinente, di "norme generali" [cfr. L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale*, in «Working papers» del Centro studi di diritto del lavoro Europeo Massimo D'Antona, n. 111/2010, pag. 9]; ma soprattutto è superflua, poiché ribadisce un limite al sindacato giurisdizionale, già costantemente affermato dalla giurisprudenza in ossequio all'art. 41 della Costituzione.

Il precetto rivolto al giudice dal terzo comma dell'art. 30 ("tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi") sembra concernere i casi di licenziamento disciplinare. L'impiego dell'espressione tenere conto, raffrontato con quelle di obbligo e divieto dei commi precedenti, suggerisce inoltre una cogenza meno rigorosa della norma. Questa conclusione è coerente coi principi regolatori della materia: basti pensare alla possibilità di ravvisare la *giusta causa* o il giustificato motivo soggettivo in fatti non contemplati espressamente dalle parti collettive, specialmente quando essi integrino condotte di per sé penalmente rilevanti [tra le altre, Cass., sez. lav., 26.5.2000, n. 6900].

Differentemente dall'art. 80 d.lgs 276/2003, l'art. 30 non contempla la facoltà d'impugnare l'atto di certificazione anche per vizio del consenso. La si può ammettere raccordando le due disposizioni, con una soluzione interpretativa che scongiurerebbe dubbi di costituzionalità della norma, ex artt. 24 e 101 Cost., altrimenti prospettabili [cfr. M. TATARELLI, *Il collegato lavoro*, in *Guida al dir.* de «Il Sole-24 Ore», 2010, ottobre-novembre 2010, pag. 118].

3. SISTEMA DI DECADENZE. Nella rassegna giocoforza sintetica delle novità della riforma non si può non menzionare l'estensione a varie ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro della decadenza prevista dall'art. 6 l. 604/66 (art. 32). L'onere inoltre è diventato duplice: d'impugnare l'atto stragiudizialmente nei 60 giorni; di depositare ricorso giudiziale o comunicare alla controparte l'istanza per tentativo di conciliazione o arbitrato, "entro il successivo termine" di 270 giorni.

La previsione, condivisibile negli obiettivi, apre questioni multiple. Le prime concernono l'individuazione del *dies a quo* del termine di 270 giorni nonché di quello, ulteriore, di 60, stabilito dal nuovo terzo comma dell'art. 6 l. 604/66, per il ricorso giudiziale in caso di esito infruttuoso della conciliazione stragiudiziale o dell'arbitrato. Fioccano già

tesi svariate sull'uno e sull'altro tema. La realtà è che — trattandosi di decadenza e dunque di materia assai delicata — ragioni di cautela imporranno scelte improntate alle soluzioni più rigorose, sicché è ragionevole attendersi ricorsi a valanga nell'immediato, per tutti i licenziamenti intimati prima dell'entrata in vigore della legge e per i quali il tentativo, allora obbligatorio, di conciliazione sia risultato vano. Proprio l'effetto, determinato dall'istanza, di posticipare il momento di deposito del ricorso potrebbe rappresentare ragione di sopravvivenza dell'istituto conciliativo, reso ormai facoltativo dall'art. 31.

Non sarà facile delineare il perimetro dell'estensione delle decadenze operata dai capoversi successivi dell'art. 32. I primi commenti tendono ad escluderne il licenziamento orale, anche perché inserito nel disegno di legge originario [L. DE ANGELIS, cit., pag. 11]. L'elemento letterale ed un'interpretazione necessariamente restrittiva del terzo comma inducono a negarne l'applicazione ai contratti a termine previsti da leggi speciali [così già Trib. Napoli 21.12.2010, per il lavoro marittimo a tempo determinato]. Occorrerà inoltre identificare, da un lato, le cause in cui si faccia effettiva questione dell'illegittimità del termine in presenza di questi contratti, e, dall'altro, il *dies a quo* dell'impugnativa nelle altre ipotesi — comma quarto, lett. c) e d) — previste. L'estensione del nuovo regime delle decadenze ai contratti a tempo determinato in corso di esecuzione (comma quarto, lett. a) o già conclusi anche in forza di norme previgenti al d.lgs 368/2001 lett. b) va coordinata col disposto dell'art. 252 att. c.c.; ma, con riguardo all'ipotesi *sub b)* va verificata prima ancora la possibile arbitrarietà della scelta di regolare una decadenza con legge diversa da quella introduttiva della fattispecie [cfr. Corte cost. 10.2.94, n. 24]. Il dubbio di legittimità costituzionale è giustificato.

4. CONSEQUENZE DELL'ILLEGITTIMA APPOSIZIONE DEL TERMINE. Tre diverse letture vengono proposte dell'art. 35, quinto comma. Una, minoritaria, ritiene la "indennità onnicomprensiva" introdotta dalla norma come sostitutiva anche della conversione in rapporto a tempo indeterminato. Altra la considera invece aggiuntiva non solo alla conversione, ma persino al risarcimento del danno maturato dalla messa in mora del datore di lavoro [in tal senso già Trib. Busto Arsizio 29.11.2010].

Intermedia è la tesi del carattere alternativo al risarcimento del danno. Essa è obiettivamente desumibile dal dato testuale dell'onnicomprendività [così Trib. Roma, 30.11.2010 e, in dottrina, A. VALLEBONA, "Una buona

svolta del diritto del lavoro: il collegato 2010”, in «Mass. Giur. lav.», 2010, 213, e P. Tosi, “Il contratto di lavoro a tempo determinato nel “collegato lavoro” alla legge finanziaria”, in «Riv. it. dir. lav.», 2010, I, 478 ss.].

Questa soluzione apre però scenari complicati. Il danno cagionato al lavoratore dall'impossibilità della prestazione per l'ingiustificato rifiuto dell'imprenditore di riceverla va commisurato all'importo delle retribuzioni perdute, detratto *l'aliunde perceptum* [Cass., sez. lav., 3.3.2007, n. 4677]; è dubbio che la forfetizzazione del risarcimento disposta dal quinto comma sia compatibile con la copertura costituzionale, *ex art.* 36, che a tale ristoro va dunque riconosciuto. Ancora più gravi sono le ombre determinate dai riflessi della durata del processo su questo diritto di natura economica. La norma così interpretata va inoltre valutata nel quadro dell'ordinamento europeo, per la regressione del livello generale e la riduzione di effettività delle tutele che essa comporta [cfr. CGCE 24.6.2010, c-98/09, Sorge]. Sono infine da apprezzare gli effetti applicativi: si pensi alle problematiche conseguenze della conversione di contratti a termine successivi, impugnati autonomamente.

La Corte costituzionale non dovrebbe tardare a sciogliere almeno alcuni di questi nodi, essendole stata rimessa la questione di legittimità della norma così interpretata [Trib. Trani, ord. 20.12.2010].

5. REGIME TRANSITORIO DELLE NORME CONTRATTI A TERMINE. L'esigenza di limitare la ricaduta economica sulle imprese delle violazioni in materia è resa più esplicita dalla previsione transitoria per le cause pendenti (art. 32 u.c.). La norma di forfetizzazione del danno da illegittima apposizione del termine assume così efficacia retroattiva.

Si va facendo strada l'opinione della sua inapplicabilità ai giudizi d'impugnazione. Le prime decisioni [App. Roma 26.11.2010] trovano riscontro in alcuni commenti [L. DE ANGELIS, cit., 12; M. TATARELLI, *Il collegato lavoro*, in *Guida al dir. de «Il Sole-24 Ore»*, 2010, 4.12.2010, pag. IX-X]. In tal senso milita la constatazione che la norma prevede la possibilità d'integrare domande ed eccezioni e richiama espressamente l'art. 421 c.p.c., senza contenere invece riferimenti al superamento del regime delle preclusioni in grado d'appello o alla disposizione dell'art. 437 c.p.c.; v'è poi l'argomento sistematico desumibile dal diverso tenore dell'art. 50 della stessa l. 183/2010. I pregiudizi sulla legittimità dell'art. 32 u.c. sono peraltro vistosi. La compressione retroattiva di diritti patrimoniali costituzionalmente tutelati pare affetta da vizi già riscontrati di recente

nell'art. 1, c. 4-*bis*, d.lgs 368/2001 [Corte cost., 14.7.2009, n. 214]. Nel caso in esame l'intervento legislativo non è teso a ripristinare situazioni giuridiche già *ab origine* previste né risponde agli scopi perseguiti dalla generale disciplina, così come vuole la giurisprudenza della Consulta; incide anzi su posizioni dotate ormai d'un elevato livello di consolidamento, in virtù della richiamata decisione 214/2009 e dell'assestamento giurisprudenziale conseguente [cfr. Corte. cost. 209/2010; 236/2009; 11/2007].

La norma dell'art. 32 c. 7 non sembra lasciare spazio, del resto, ad interpretazioni costituzionalmente orientate. Non a caso, la sua diretta illegittimità è già affacciata, seppure per casi diversi, dalle citate pronunce dei Tribunali di Trani e Napoli. È anche difficile ravvisare nella fattispecie "motivi imperativi d'interesse generale" che giustifichino l'ingerenza del legislatore nei giudizi in corso. Condivisibile appare dunque anche l'ipotesi del contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. per violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU [cfr. sent. Cedu 18.12.2008, Unedic *vs* Francia].

6. NOVITÀ RESIDUALI. Con l'art. 50 l. 183/2010 si è stabilito che ogni accertamento della natura subordinata di rapporti diversamente qualificati determini il diritto, per il lavoratore, ad un risarcimento solo forfetario, secondo i parametri di cui all'art. 8 l. 604/66. Pure in questo caso, così come per l'art. 32, c. 5, i criteri presi in prestito dalla normativa sui licenziamenti poco hanno a che vedere con la fattispecie trattata. Si sono ipotizzati analoghi rilievi d'incostituzionalità [M. Tatarelli, cit., pag. XI], sebbene il presupposto applicativo dell'art. 50 — l'offerta di assunzione da parte del datore di lavoro — renda meno eclatante il divario dal diritto risarcitorio pieno. Altre disposizioni significative, in materia strettamente lavoristica, concernono l'estensione al lavoratore privato delle regole di cui all'articolo 55-*septies* d.lgs 165/2001, già vigenti nel settore pubblico, per il rilascio e la trasmissione dell'attestazione di malattia (art. 25) e restrizioni alla fruizione di permessi per assistere portatori di *handicap grave*, di cui all'art. 33, terzo comma, l. 104/92 (art. 24): quest'ultima precisa, tra l'altro, che il diritto ai tre giorni di permesso non spetta a più d'un lavoratore per la stessa persona invalida; solo per l'assistenza al figlio è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, i quali possono fruirne alternativamente.

MARCELLO BASILICO

*Consigliere della Corte d'appello di Genova*

1. Sembrerà paradossale, ma la fuga del diritto del lavoro dalla giustizia togata, che ormai da diversi anni il legislatore vorrebbe incentivare con interventi pasticciati, non risponde mai alla domanda più banale: chi la paga, questa fuga? E perché mai un lavoratore (o un datore di lavoro) che già contribuisce al mantenimento della macchina statale con una elevata tassazione, dovrebbe poi pagarsi "in proprio" il servizio-giustizia quelle rare volte in cui ne ha effettivamente bisogno? E perché mai dovrebbe ritenere che ciò rappresenta una semplificazione nella soluzione dei conflitti, quando sa che a Milano o Torino la vituperata macchina giudiziaria è in grado di definire un contenzioso "ordinario" in un numero di mesi non superiore a quello che sarà necessario agli arbitri, senza ulteriori oneri se non quelli della assistenza legale e per di più con la garanzia di un decisore (normalmente) tecnicamente più preparato di molti arbitri privati?

Semplicissime domande che, in questo nuovo e incerto revival dell'arbitrato prodotto dalla l. 183/10, restano ancora una volta senza risposta.

Per la verità, questa volta, la fuga dalla giustizia togata appare in realtà assai più contraddittoria del solito. Il presunto rilancio dell'arbitrato si accompagna infatti alla totale resa del legislatore sul terreno, quello sì decisivo per la deflazione del contenzioso giudiziario, del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Ma su questo punto il legislatore non ha dubbi. La resa, in contraddizione con quanto avviene in ogni altro campo del diritto (si veda in particolare il tentativo obbligatorio di conciliazione introdotto dall'art. 5 d.lgs. 4/3/10 in numerose materie o quello di cui all'art. 1 c. 11 l. 249/97 per il contenzioso utente/ gestori telefonici) è qui totale e incondizionata e per certi versi inspiegabile: viene abolito il tentativo obbligatorio di conciliazione nel rapporto di lavoro privato, salvi nei casi di contratto certificato (ma aprendo complessi problemi di coordinamento tra art. 80 d.lgs. 276/03 e art.31, comma 2 l. 183/10, non essendo chiaro se l'obbligo riguardi tutti i casi di contratto certificato, ovvero i soli casi di contestazione della "erronea qualificazione del contratto" e difformità tra contratto e attuazione previsti dall'art. 80); viene abolito il tentativo obbligatorio anche per il rapporto di lavoro pubblico (con i conseguenti effetti di disincentivazione dei dirigenti per una assunzione di responsabilità nella soluzione delle controversie); viene resa enormemente più complessa la procedura per il lavoratore che volesse comunque azzardare l'utilizzo di questo strumento (basti dire non solo del ridicolo divieto

di avvalersi di fax o posta elettronica, ma soprattutto dell'onere di esporre compiutamente, sin dalla richiesta di conciliazione, "i fatti e le ragioni posti a fondamento della pretesa"); viene infine introdotta la previsione secondo la quale, una volta richiesto il tentativo di conciliazione, il termine di decadenza di 270 giorni per la proposizione del giudizio in tema di licenziamento e materie analoghe si riduce a soli 60 giorni, con ciò gravemente penalizzando — e per motivi davvero imperscrutabili — il lavoratore che avesse testardamente perseguito un'ipotesi di soluzione stragiudiziale. Ove poi si consideri che detto termine decorre anche dalla mancata adesione del datore di lavoro alla richiesta (che a sua volta si realizza omettendo il deposito di una articolata memoria difensiva nel termine di 20 giorni dalla richiesta del lavoratore) si ha il fenomenale risultato che il solo invio della richiesta inchioda il dipendente a termini di decadenza assolutamente incompatibili con una adeguata difesa.

D'altra parte la stessa introduzione di un termine di decadenza in alcune materie (per altri aspetti comprensibile) avrà comunque un effetto (più o meno modesto) di sollecitazione del contenzioso giudiziario: si pensi alle azioni di nullità del termine, o di contestazione di un trasferimento di azienda, situazioni nelle quali il lavoratore — ove non presato, dopo la formalizzazione della opposizione, dal sopraggiungere del termine di decadenza — è spesso disponibile a lasciare in sospenso la questione, in attesa di verificare le possibilità di una stabilizzazione indolore o l'effettivo andamento del rapporto alle dipendenze del nuovo imprenditore.

Tutto ciò mentre restano ancora inesplorate le strade di seri incentivi alla soluzione conciliativa delle controversie, quali possono derivare non solo dalla predisposizione di uffici efficienti, con personale professionalmente preparato nelle ormai molto studiate tecniche di mediazione e di conciliazione, ma soprattutto dalla predisposizione di incentivi significativi, in particolare sul terreno fiscale, che invece mancano totalmente: come noto, l'unico modestissimo incentivo introdotto negli anni dal legislatore (e ora reiterato con il comma 8 del nuovo art. 410 c.p.c.) è limitato al pubblico impiego ed è costituito dalla esenzione di responsabilità del rappresentante della PA che abbia conciliato, "salvo i casi di dolo o colpa grave" (previsione che ha avuto un effetto irrilevante nel favorire l'assunzione di responsabilità da parte dei dirigenti, anche perché sostanzialmente omogenea ai criteri generali della responsabilità contabile di cui all'art. 3 l. 20 dicembre 96 n. 639), mentre l'altra previsione,

contenuta nell'art. 420 c.p.c., secondo la quale il rifiuto della proposta transattiva del giudice "costituisce comportamento valutabile ai fini del giudizio" (l'espressione "del giudizio" è stata opportunamente sostituita alla precedente "della decisione" dall'art. 31, comma 4 l. 183) attiene al solo tentativo giudiziale, restando invece privo di "sanzione" il rifiuto, quand'anche immotivato, della richiesta di conciliazione stragiudiziale.

2. A fronte di tanto accanimento contro uno strumento sino a poco tempo fa osannato, ogni speranza di deflazione viene dunque riposta nell'arbitrato, senza tuttavia che vengano ipotizzate risposte alle domande prima accennate (neppure — si noti — in termini di mera sollecitazione alla contrattazione collettiva a farsi carico della questione dei costi).

La questione arbitrato è quella che, come noto, ha dato luogo al rinvio alle Camere *ex art. 74*, comma 1 Cost. da parte del Presidente della Repubblica che, nel messaggio del 31 marzo 2010, proprio con riferimento all'art. 31 l. 183 rubricato "conciliazione e arbitrato" ha formulato diversi rilievi accomunati dalla considerazione secondo cui:

La introduzione nell'ordinamento di strumenti idonei a prevenire l'insorgere di controversie ed a semplificarne ed accelerarne le modalità di definizione può risultare certamente apprezzabile e merita di essere valutata con spirito aperto: ma occorre verificare attentamente che le relative disposizioni siano pienamente coerenti con i principi della volontarietà dell'arbitrato e della necessità di assicurare una adeguata tutela al contraente debole.

V'è da dubitare che queste preoccupazioni abbiano trovato una soddisfacente risposta nella nuova formulazione dell'articolato: e anzi è certo che, pur dopo le importanti correzioni apportate, le perplessità (oltre a quelle generali di cui si è detto all'inizio) restano ancora molte.

L'art. 31 l. 183/10 prevede tre diverse tipologie di ricorso all'arbitrato. La prima è descritta al comma 5 (nuovo art. 412 c.p.c.), che consente alle parti "in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita" di conferire alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia, indicando consensualmente un termine per l'emanazione del lodo, nonché le norme invocate a sostegno delle rispettive pretese, ovvero la richiesta di decisione secondo equità: poiché, come si è visto, il ricorso alla conciliazione

avanti la Direzione Provinciale del Lavoro diventerà ora assolutamente inusuale, l'interesse per questa ipotesi arbitrale è praticamente di scuola.

La seconda tipologia, individuata dal comma 8 (nuovo art. 412-*quater*), è costituita dalla devoluzione della controversia ad un "collegio di conciliazione e arbitrato irrituale" composto da tre arbitri, di cui due nominati dalle parti e uno, con funzione di presidente, scelto fra i professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati cassazionisti di comune accordo dalle parti ovvero, in mancanza, dal Presidente del Tribunale "nel cui circondario è la sede dell'arbitrato" (oppure, in caso di disaccordo sulla sede dell'arbitrato, presumibilmente dal Presidente del Tribunale individuato secondo i criteri *ex art.* 413 c.p.c.).

Le fattispecie di arbitrato ora descritte sono regolate da una disciplina in parte comune.

Per entrambe, è previsto, come detto, che le parti possano richiedere all'organo arbitrale di decidere secondo equità. In proposito, il modestissimo limite imposto agli arbitri nel testo approvato dal Senato il 3 marzo 2010 (quello del "rispetto dei principi generali dell'ordinamento") è stato ritenuto insufficiente dal Capo dello Stato, secondo il quale non può "costituire garanzia sufficiente" per il lavoratore subordinato, in quanto inidoneo a "ricomprendere tutte le ipotesi di diritti indisponibili, al di là di quelli costituzionalmente garantiti". Sicché correttamente si era intravisto in tale disposizione un grimaldello idoneo a sovvertire ciò che resta (e non è poco) del sistema della norma inderogabile sul quale continua a poggiarsi il nostro diritto del lavoro (sul punto si veda P. ALLEVA, *Pronto il referendum, questa legge è incostituzionale*, in «Liberazione», 4.3.10).

Nella seconda versione, il limite all'equità è stato arricchito, fermo il richiamo ai principi generali dell'ordinamento, con l'apprezzabile riferimento ai "principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari": espressione che, se da un lato potrebbe essere idonea a ricomprendere molte norme attributive di diritti indisponibili (si pensi alle norme sull'orario di lavoro, sul part time, sul contratto a termine ecc.), dall'altro lascia un ampio margine di discrezionalità interpretativa che potrà sollevare più d'un problema (nello stesso senso T. TREU, *L'arbitrato? Migliorato. Grave la crisi del lavoro*, in «Il Riformista», 21 ottobre 2010): proprio quel rischio contro il quale il Presidente Napolitano, nel suo messaggio, aveva allertato il Parlamento chiarendo che "un aspetto così delicato" come la definizione dei limiti della decisione arbitrale

d'equità non può "essere affidato a contrastanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali".

Identica è anche, per le due tipologie di arbitrato, la disciplina degli effetti e della impugnabilità, peraltro coerente con la natura irrituale della procedura sancita dal comma 1 art. 412-*quater*: così "il lodo produce fra le parti gli effetti di cui agli artt. 1372 e 2113, comma 4, c.c." e "è impugnabile ai sensi dell'articolo 808-*ter*".

Il richiamo all'art. 2113 c.c. appare significativo di una impropria sovrapposizione tra diversi presupposti e finalità, essendo evidente la diversità tra il caso in esame e gli altri cui è applicabile detta disposizione. Altro è infatti il principio tradizionale su cui si fonda l'art. 2113, comma 4 c.c. nella sua funzione storica, secondo il quale la particolare sede ove interviene la manifestazione di volontà del dipendente è idonea a garantirne l'effettiva rispondenza agli interessi sostanziali del lavoratore come da lui stesso valutati, al di fuori di ogni improprio condizionamento (sicché l'inoppugnabilità della conciliazione raggiunta in sede sindacale è subordinata alla "effettività" della assistenza prestata dai rappresentanti sindacali - cfr. Cass. 3 aprile 2002, n. 4730). Altro è invece il caso del lodo arbitrale, ove la manifestazione di volontà attiene alla sola opzione in favore dell'arbitrato: un significativo passaggio insomma dalla "volontà assistita" come garanzia di tutela, alla "volontà delegata" come strumento di soluzione del contenzioso.

Quanto poi all'impugnazione, l'art. 31 l. 183/10, prevede che il lodo emesso ai sensi dei nuovi artt. 412 e 412-*quater* sia impugnabile, entro 30 giorni, dinanzi al Tribunale del Lavoro (che decide in unico grado) e, in linea con la scelta in favore dell'arbitrato irrituale, solo per i motivi tassativamente indicati all'art. 808-*ter*. Di questi, tuttavia, quelli indicati ai punti 1 e 4 paiono suscettibili di una più ampia applicazione. Essi stabiliscono rispettivamente che l'impugnazione può essere promossa "se la convenzione dell'arbitrato è invalida" e "se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo": e poiché, come si è visto, condizione essenziale per la devoluzione agli arbitri della decisione secondo equità, è il mandato di decidere nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e di quelli regolatori della materia, ciascuna parte potrà far valere il mancato rispetto di tali limiti come motivo di impugnazione. Il terzo tipo di arbitrato è infine quello previsto dal nuovo art. 412-*ter* c.p.c. che si limita a rinviare alle modalità che saranno introdotte dalla disciplina collettiva.

3. Fin qui, dunque, siamo nell'ambito di un arbitrato totalmente rimesso alla scelta del singolo e dunque quanto mai innocuo, vista la scarsa attrattiva che l'istituto ha sempre esercitato nel nostro sistema (dello stesso avviso PICCINI e PONTARIO, *La controriforma del lavoro*, in «Questione Giustizia», 2010, n. 3).

Le cose cambiano quando si considera il comma 10 dell'art. 31, a norma del quale è consentito alle parti del rapporto di lavoro stipulare una clausola compromissoria per effetto della quale devolvere ad arbitri le controversie inerenti il rapporto di lavoro, con le modalità previste dagli artt. 412 e 412-*quater* ivi compresa la decisione secondo equità, se pure con i limiti già visti.

La norma, nella stesura originaria (comma 9), imponeva due sole condizioni per la legittima sottoscrizione della clausola compromissoria: la certificazione della stessa, ai sensi del Titolo VII d.lgs. 276/03 e la previsione conforme da parte della contrattazione collettiva, salvo l'intervento suppletivo del Ministero — dopo aver “sentito le parti sociali” — in caso di inerzia di queste ultime.

Le parole già citate del Presidente della Repubblica, si riferiscono proprio alla disposizione in esame, come conferma lo stesso Capo dello Stato, affermando che “non può non destare serie perplessità la previsione del comma 9 dell'art. 31, secondo cui la decisione di devolvere ad arbitri la definizione può essere assunta non solo in costanza di rapporto allorché insorga la controversia, ma anche nel momento della stipulazione del contratto, attraverso l'inserimento di apposita clausola compromissoria: la fase della costituzione del rapporto è infatti il momento nel quale massima è la condizione di debolezza della parte che offre la prestazione di lavoro”. Nel messaggio inviato alle Camere si chiarisce inoltre che non può ritenersi sufficiente a garantire la presenza di un'effettiva volontà in capo al lavoratore il controllo esercitato dagli organi di certificazione, giacché “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”. Perplessità sono infine espresse dal Capo dello Stato sulla possibilità di intervento suppletivo da parte del Ministro del Lavoro.

All'esito di tali richiami i limiti attualmente posti alla clausola compromissoria sono i seguenti. La previsione sul punto deve essere contenuta in “accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati

dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

Se dunque la valutazione di rappresentatività è nazionale, la sede contrattuale può non esserlo, essendo con ciò abilitate anche le sedi contrattuali aziendali o territoriali (fermo restando che deve trattarsi di contratti collettivi e non di meri accordi). Facilmente prevedibili, anche per questo motivo, i complessi problemi di applicabilità della previsione a lavoratori non iscritti alle organizzazioni firmatarie del contratto che, dopo aver sottoscritto in un momento di costrizione la clausola, volessero poi fare marcia indietro facendo valere la non applicabilità del contratto collettivo, come motivo di nullità della clausola.

È confermato l'eventuale intervento suppletivo del Ministero “in assenza di accordi interconfederali o contratti collettivi”, decorsi 12 mesi dall'entrata in vigore della norma, ma il comma 11 dell'art. 31 l'ha subordinato alla preventiva formale convocazione delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative e a una moratoria di ulteriori sei mesi prima dei quali il Ministero, in attesa dell'eventuale accordo, deve astenersi dall'intervento. Il problema sollevato dal Capo dello Stato più che risolto pare dunque solo rinviato nel tempo, ma l'atteggiamento delle organizzazioni sindacali (peraltro notoriamente divise sul punto) resterà comunque decisivo, giacché una regolazione collettiva in termini restrittivi impedirebbe in ogni caso l'intervento suppletivo del Ministero (consentito solo “in assenza” di accordi) limitando con ciò fortemente la diffusione delle clausole arbitrali.

La clausola compromissoria deve essere certificata e, “all'atto di sottoscrizione della clausola”, la commissione deve accertare la effettiva volontà delle parti, assistite da un legale o dal sindacalista di fiducia (facile immaginare qualche domandina aggiuntiva di rito).

La clausola compromissoria non può riguardare le “controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro”, previsione ad un tempo paradossale e cruciale per la comprensione del pasticcio legislativo: perché se da un lato rende manifesta la persistente convinzione del legislatore che gli arbitri non debbano occuparsi “di cose serie”, dall'altro non spiega perché invece possano proficuamente occuparsi di un lavoratore che non viene pagato da mesi, o che è trasferito immotivatamente da Milano a Trapani, o che è soggetto a mobbing, cioè di vicende ove sono in gioco interessi materiali e pretese giuridiche enormemente più rilevanti di quanto avvenga per

un recesso da una piccola azienda, ove la posta in gioco è di due mensilità e mezzo.

Infine la clausola compromissoria non può essere pattuita “prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto, ovvero se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro, in tutti gli altri casi”: previsione anch’essa imbarazzante perché “formalizza” il possibile rapporto tra soggezione del dipendente e sottoscrizione della clausola, fingendo però che il *metus* possa miracolosamente cessare (anche in un’azienda soggetta a stabilità obbligatoria o in un contratto a progetto soggetto a libero recesso) a 30 giorni dalla assunzione; il tutto, in barba a quel radicamento del diritto nella vita concreta delle persone che quasi cinquant’anni fa aveva indotto la Corte Costituzionale a escludere la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto quando questo non fosse regolato dal principio di stabilità reale.

Resta l’interrogativo (un po’ retorico) del perché questa immagine di un lavoratore finalmente maturo e padrone di sé, capace di scegliere liberamente la sede ove si deciderà equitativamente dei suoi diritti, svincolato dalla protezione paterna di un’inutile norma inderogabile, pretenda di occupare la scena proprio ora, quando — come ci indicano tutte le ricerche — il “lavoro povero” (e dunque debole) aumenta la sua percentuale nel mercato e le schiere di addetti alle pulizie che invadono la city quando i manager hanno spento la luce, si fanno sempre più ampie. E resta l’interrogativo sul perché un processo del lavoro che nel pieno dei suoi 38 anni di vita, continua a dare prova qua e là — se supportato da un po’ di organizzazione e qualche risorsa — di ottima salute, debba soccombere a fronte di una incerta giustizia privata.

Anche questa volta non soccomberà, ma l’appuntamento per un’intelligente articolazione di interventi per la soluzione dei conflitti di lavoro è ancora una volta rinviato.

ALBERTO GUARISO  
*Avvocato del Foro di Milano*

