

## Antonello Zoppoli

### Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico \*

**SOMMARIO:** **1.** Lavoro pubblico e interventi legislativi per la risoluzione stragiudiziale delle controversie. **2.** Trasparenza legislativa e cultura giussindacale. **3.** La conciliazione nel “collegato lavoro”: la convergenza tra privato e pubblico. **4.** Arbitrato d'equità, principi regolatori della materia, norma inderogabile. **5.** (*Segue*) Equità, norma inderogabile, (in)disponibilità dei diritti. **6.** L'arbitrato nel “collegato lavoro”: le modifiche successive al rinvio alle Camere del Presidente della Repubblica. **7.** (*Segue*) Equità e norma inderogabile. **8.** (*Segue*) Lodo arbitrale ed “effetti” ex art. 2113, co. 4, cod. civ. **9.** (*Segue*) Le “disposizioni imperative” nel d.lgs. n. 165/2001. **10.** Un'occasione persa?

#### *1. Lavoro pubblico e interventi legislativi per la risoluzione stragiudiziale delle controversie*

Il testo del “collegato lavoro” alla manovra di finanza pubblica 2009, attualmente all'attenzione del Senato (d.d.l. 1167-B/*bis*), è il terzo messo a punto nel giro di pochi giorni. Esso fa seguito alla versione non promulgata dal Presidente della Repubblica<sup>1</sup> e ai successivi interventi della Com-

\* Lo scritto riproduce, con l'aggiunta di note di supporto al testo e di essenziali riferimenti dottrinali, la relazione svolta all'incontro di studio su “Certificazione, conciliazione e arbitrato nelle controversie di lavoro”, tenutosi nell'Università di Napoli Federico II, il 13 maggio 2010, e dedicato alle novità previste, in tali materie, dal “collegato lavoro” alla manovra finanziaria 2009, all'epoca in discussione al Senato. Per l'attualità dello scritto – destinato agli Studi in onore di Tiziano Treu – sono irrilevanti le pochissime modifiche apportate, alle norme che qui interessano, nella versione definitiva del “collegato lavoro” approvata con l. 4 novembre 2010 n. 183, delle quali comunque si darà notizia in nota (v. segnatamente note 32 e 60).

<sup>1</sup> Con il messaggio di rinvio alle Camere del 31 marzo 2010 ex art. 74 Cost.; su questa versione del d.d.l. v., tra gli altri, SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel “collegato lavoro”*, in *DLM*, 2010, p. 139; VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, in *Bollettino speciale Adapt*, [www.adapt.it](http://www.adapt.it), aprile 2010, p. 1 e ss.; ZOPPOLI L., *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in AULETTA F., CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO N. (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene, 2010, p. 927.

missione lavoro della Camera dei deputati, che hanno condotto al d.d.l. nuovamente approvato in aula<sup>2</sup>.

Poiché le novità in materia di conciliazione e arbitrato – di cui mi occuperò, con particolare riguardo al lavoro pubblico – sono molteplici e rilevanti, premetto che, tendenzialmente, cercherò di riflettere su talune scelte di fondo dell'intervento riformatore particolarmente delicate per implicazioni sistematiche e concrete conseguenze.

È opportuno precisare, al contempo, che, se non è questa la sede per intrattenersi su aspetti di indiscutibile impegno teorico – pure coinvolti dal tema in esame –, il discorso si svilupperà privilegiando alcuni profili di carattere generale (inerenti, cioè, al diritto comune e al diritto del lavoro *tout court*), soprattutto in relazione all'arbitrato, al quale, nella necessaria selezione, ho scelto di dedicare più spazio<sup>3</sup>. Infatti, l'analisi dei profili di carattere generale, oltre a riguardare, dopo la “privatizzazione” del pubblico impiego del decennio scorso, il lavoro tanto privato quanto pubblico, costituisce un passaggio necessario per successivamente orientarsi negli specifici problemi concernenti il secondo.

Avviandosi ad entrare nel merito dei problemi, non è inutile ricordare che l'ultimo, significativo intervento legislativo per la risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro deve proprio al pubblico impiego le sue origini. In proposito, tra i punti salienti della cd. seconda privatizzazione (1997-98)<sup>4</sup> si rinvengono importanti novità: come l'introduzione generalizzata del tentativo obbligatorio di conciliazione, accompagnata da una disciplina speciale per il lavoro con le amministrazioni pubbliche; o l'abrogazione delle importanti disposizioni in tema di arbitrato irrituale di cui all'art. 5, commi 2 e 3, della l. 11 agosto 1973 n. 533; o, ancora, la speculare (decisamente innovativa) regolazione dell'arbitrato contemplata dall'art. 412-ter cod. proc. civ. Novità, queste, almeno in parte legate al passaggio delle controversie dell'impiego pubblico alla giurisdizione ordinaria e ai conseguenti timori di ulteriore congestione della situazione giudiziaria.

Per la normativa ora in esame al Senato il discorso è, invece, diverso.

A ben vedere, gli intenti che la animano per più di un verso potrebbero non essere affatto distanti neanche da quelli sottesi alla recente, enne-

<sup>2</sup> Il 29 aprile 2010 (A.C. 4441-*quater*-D).

<sup>3</sup> Non solo perché al momento comprensibilmente al centro dell'attenzione, ma anche perché l'impianto della riforma suggerisce questa impostazione, come si vedrà in seguito.

<sup>4</sup> Realizzata con i decreti legislativi 4 novembre 1997 n. 396, 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387; intervenuti, tutti, sul d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29.

sima fase della riforma del lavoro con le pubbliche amministrazioni<sup>5</sup>. Per appurarlo, tuttavia, ci allontaneremmo dal tema di cui dobbiamo occuparci. Anche perché, in questa circostanza, il lavoro pubblico non appare in cima ai pensieri del legislatore. Decisamente significativo è il fatto che, sebbene il Presidente della Repubblica, nel suo giustamente assai apprezzato messaggio di rinvio alle Camere<sup>6</sup>, abbia richiamato l'attenzione sull'arbitrato con specifico riferimento al lavoro pubblico – precisamente sulla “evidente necessità di chiarire se ed a quali norme si possa derogare senza ledere principi di buon andamento, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 97 Cost.” – nel d.d.l., sul punto, si continua a tacere. È vero che la normativa, calibrata sul “privato”, è riferita ai rapporti di lavoro; dimodoché dalle novità sono espressamente interessate soltanto le controversie di cui all'art. 63, co. 1, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165<sup>7</sup> (art. 31, co. 9), ovvero le controversie concernenti i rapporti di lavoro “privatizzati”<sup>8</sup>, mentre non vi sono riferimenti né a quanto rimasto sotto il dominio del diritto pubblico<sup>9</sup> né alla cd. “micro organizzazione”, anch'essa peraltro “privatizzata” secondo la lettura più diffusa della riforma. È altrettanto vero, però, che pure per i rapporti di lavoro, nonostante la “privatizzazione”, le peculiarità istitu-

<sup>5</sup> Di cui alla l. d. 4 marzo 2009 n. 15 e al successivo d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 (in seguito, per comodità di esposizione, decreto 150).

<sup>6</sup> “L'alta lezione del Presidente” scrive MARESCA (*Il Sole-24 Ore*, 3 aprile 2010) “merita di essere inserita nei libri di testo di diritto del lavoro”.

<sup>7</sup> Da ora, sempre per comodità di esposizione, decreto 165; in questo decreto sono confluite, com'è noto, le norme del d.lgs. n. 29/1993. Dalle novità sono quindi escluse “le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti”, ancora rimesse alla giurisdizione amministrativa ex art. 63, co. 4, dello stesso decreto 165.

<sup>8</sup> L'ambito di applicazione delle norme in materia di conciliazione e arbitrato è, in generale, individuato tramite il riferimento all'art. 409 cod. proc. civ. (art. 31, commi 1, 6, 8, del “collegato lavoro”, che introducono, rispettivamente, i nuovi articoli 410, 412-ter e 412-quater cod. proc. civ.). Correttamente si richiamano anche le controversie previste dall'art. 63, co. 1, del decreto 165 soltanto là dove sia necessario *rimuovere* attuali differenze normative tra “privato” e “pubblico”, ossia nei casi in cui la riforma estende norme privatistiche al lavoro pubblico, ora soggetto ad una disciplina speciale (come nell'ipotesi dell'art. 31, co. 9, che, in modo lineare, prima dispone l'applicazione delle norme che contengono novità in materia di conciliazione pure ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni e poi abroga esplicitamente gli articoli 65 e 66 del decreto 65, alla stessa conciliazione dedicati) o escluso del tutto dalle regole in vigore nel “privato” (come nell'ipotesi dell'art. 31, co. 12, concernenti gli “organi di certificazione” di cui all'art. 76 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, ai quali il lavoro pubblico è attualmente estraneo: al riguardo cfr., da ultimo, ZOPPOLI L., *Certificazione*, cit., p. 935).

<sup>9</sup> Al quale, come si sa, una tradizionale impostazione considera estranea, in linea di principio, la disponibilità delle relative situazioni soggettive.

zionali del lavoro pubblico sono tutt'altro che prive di rilevanza: il legislatore, con varie tecniche e modalità, in questi anni non le ha mai trascurate. Sicché la normativa qui in esame, se per un verso è pienamente coerente con la strada imboccata nel decennio scorso, di convergenza tra “privato” e “pubblico”, per altro verso, con il suo silenzio, pecca “per eccesso”.

## 2. *Trasparenza legislativa e cultura giussindacale*

Dal messaggio del Presidente della Repubblica emerge anche un altro importante aspetto di rilievo generale del d.d.l., per queste pagine di sicuro interesse.

Il Presidente, rimarcando l’“eterogeneità” delle materie considerate nell'intero “collegato lavoro”, ne sottolinea gli “effetti negativi (...) sulla conoscibilità e comprensibilità delle disposizioni, sulla organicità del sistema normativo e quindi sulla certezza del diritto; nonché sullo stesso svolgimento del procedimento legislativo (...)”. Ebbene, guardato da tale angolazione e al di là di questa o quella ricostruzione interpretativa, dal breve dibattito sinora sviluppatosi, come dalle riflessioni che seguono, emerge che il d.d.l. risulta ancora ampiamente insoddisfacente già in relazione al nostro oggetto di indagine. Ciò preoccupa soprattutto perché, da un lato, vi sono in gioco profili che riguardano – senza esagerazioni – finanche i fondamenti del diritto del lavoro; dall'altro, perché dubbi e incertezze derivano anche da “equivoci” che non nascono oggi. Anticipando le conclusioni cui si giungerà, si può dire che, se vedrà la luce nella versione attuale, la riforma corre seriamente il rischio di una sorte segnata: finire su un binario morto o alimentare, anziché ridurre, il contenzioso.

Così veniamo ad un'ultima questione di carattere generale, in relazione alla quale vorrei sin da ora sgombrare il campo da ogni equivoco.

Chi ha appena un minimo di familiarità con il diritto del lavoro sa bene che, alla prassi e alla cultura giussindacale, non solo la conciliazione ma anche esperienze di carattere arbitrale non sono affatto estranee. Anzi, entrambe hanno trascorsi “nobili”, legati essenzialmente ad aspetti di diritto sostanziale. Penso, ad esempio, all'esperienza probivirale di fine '800, di cui è parte significativa il giudizio di equità, strettamente funzionale all'esigenza di colmare un vuoto normativo con un diritto “nuovo”<sup>10</sup>; o al

<sup>10</sup> Per il relativo dibattito, da ultimo cfr. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, 2006, p. 369.

favore che hanno incontrato gli strumenti in parola, quali mezzi di gestione dei contratti collettivi all'interno di autonome e solide relazioni sindacali, da parte sia di precise impostazioni politico-sindacali<sup>11</sup> sia di importanti elaborazioni teoriche<sup>12</sup>. Non c'è dubbio, quindi, che "lo spirito aperto" (riprendo ancora il messaggio del Presidente della Repubblica, che vi fa appello) con cui avvicinarsi a questi strumenti sia familiare ai giuslavoristi. Tuttavia, il testo che abbiamo dinanzi è, per rimanere agli esempi rammentati, emblematicamente assai distante dall'una come dall'altra esperienza richiamata<sup>13</sup>: da quella probivirale, per motivi fortunatamente evidenti, giacché di certo, oggi, non vi è alcun vuoto normativo da colmare; da quella sindacale, perché (come vedremo più avanti) di sicuro non è all'autonomia delle organizzazioni sindacali che il legislatore guarda con la riforma all'ordine del giorno. Ricordarlo è utile, non solo né tanto perché talvolta "sfugge", quanto perché (è sempre il Presidente a mettere lucidamente sull'avviso) il d.d.l. si pone come obiettivo "una incisiva modifica della disciplina sostanziale del rapporto di lavoro (...) assecondando una discutibile linea di intervento legislativo – basato sugli istituti processuali piuttosto e prima che su quelli sostanziali – di cui l'esperienza applicativa mostra tutti i suoi limiti". Ecco, questo mi sembra il vero nodo della questione: il tentativo di ridefinire l'attuale disciplina del rapporto di lavoro, per così dire, "aggirandola". Avendone la consapevolezza, la distanza dagli antecedenti storici della conciliazione e dell'arbitrato si commenta da sé.

Beninteso, qui non si intende entrare nel merito della necessità o della opportunità di intervenire sugli assetti del diritto del lavoro. Più semplicemente, si vuole porre l'accento sul fatto che, per interventi di tale portata, non possono esistere valide scorciatoie. Come afferma perentoriamente il Presidente della Repubblica, si tratta di un "intendimento riformatore certamente percorribile, ma che deve essere esplicitato e precisato". Sul punto si ritornerà.

<sup>11</sup> Come scrive GAROFALO M. G. (*Note sull'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *DLM*, 2006, p. 312) il "tradizionale favore della Cisl per l'Istituto (n.d.r.: l'arbitrato) era parte del suo contrattualismo".

<sup>12</sup> Il riferimento è al classico e fondamentale studio di GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960. Sull'argomento in generale cfr., tra i tanti, CARUSO, *Sindacato, arbitrato e conflitto collettivo*, in *DRI*, 1992, p. 47; CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Franco Angeli, 1990, *passim*.

<sup>13</sup> Al riguardo, in una prospettiva analoga, v. GAROFALO M. G., *Note*, cit., pp. 305 e ss.

### 3. *La conciliazione nel “collegato lavoro”: la convergenza tra privato e pubblico*

Cominciamo ora a guardare più da vicino i due istituti in parola, prendendo le mosse dalla conciliazione.

Come dicevo, questo istituto è destinato a subire più di una novità, benché non di rilievo teorico, sistematico e pratico uguale a quelle cui andrebbe incontro l'arbitrato se il testo all'esame del Senato giungesse in porto.

La principale novità è il ritorno alla conciliazione facoltativa, con l'abrogazione degli artt. 410-*bis* e 412-*bis* cod. proc. civ.<sup>14</sup>. Al riguardo fa pensare la recente approvazione del provvedimento, di segno diverso, sulla mediazione obbligatoria nel processo civile (d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28<sup>15</sup>). L'esperienza non positiva della conciliazione in materia di lavoro, anche nel settore pubblico, sta forse consigliando diversamente per il “collegato lavoro”. O, forse, è il complessivo, nuovo intervento di riforma a suggerire questo mutamento. Vero è che parte della dottrina, in generale, non vede di buon occhio la cd. giurisdizione condizionata<sup>16</sup>; e pure sull'obbligatorietà della mediazione nel d.lgs. n. 28/2010 mi pare che non manchino discussioni.

Da altra angolazione, va tuttavia detto che il “collegato lavoro” si inserisce comunque nella tendenza ad aumentare le sedi conciliative. In questa prospettiva, è stata criticata, in particolare, l'attribuzione di competenze a soggetti non sempre pienamente affidabili, sottolineando al contempo l'incremento della possibilità di porre in essere rinunce e transazioni sottratte ai primi tre commi dell'art. 2113 cod. civ., con il conseguenziale snaturamento della originaria funzione dell'istituto; a dispetto – si è aggiunto – di quella giurisprudenza che, nel tempo, ha via via irrigidito i requisiti necessari per l'inoppugnabilità delle conciliazioni sindacali<sup>17</sup>. In effetti, appare

<sup>14</sup> V. l'art. 31 del “collegato lavoro”, in particolare il co. 1, che riscrive l'art. 410 cod. proc. civ.; l'abrogazione degli artt. 410-*bis* e 412-*bis* cod. proc. civ. è disposta dal co. 16 dello stesso art. 31. Da notare che, per espressa previsione (co. 2 sempre dell'art. 31), si fa salvo il carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione di cui all'art. 80, co. 4, del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>15</sup> Di attuazione dell'art. 60 della l. 18 giugno 2009 n. 69.

<sup>16</sup> I relativi strumenti sono considerati soprattutto: a) contraddittori e inutili, giacché – si osserva – chi vuole trovare un accordo non ha bisogno dell'obbligatorietà; b) sostanzialmente di appesantimento burocratico e controproducenti rispetto all'obiettivo di rimediare ai ritardi della giustizia e di alleggerire il carico giudiziario, anche perché – si argomenta – chi teme di aver torto, o comunque vuole prender tempo, opta in ogni caso per la strada più lunga.

<sup>17</sup> FERRARO, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: la conciliazione. Osservazioni introduttive*, in *Bollettino speciale Adapt*, [www.adapt.it](http://www.adapt.it), aprile 2010, p. 2.

fondato il timore che tutto ciò produca una preoccupante alterazione del contenuto precettivo dell'art. 2113 cod. civ., finendo per accrescere il fenomeno della disponibilità dei diritti dei lavoratori, con uno speculare indebolimento della relativa rete di protezione. Timore perfettamente in sintonia con le novità in materia di arbitrato, che anzi potrebbero sottintendere eguali scelte di politica del diritto, ma più evidenti e di maggior rilievo già teorico-sistematico, riguardando direttamente – come vedremo – la “norma inderogabile”.

In merito alla più specifica disciplina, vale la pena notare come la regolamentazione attualmente prevista per il lavoro pubblico sia assunta a riferimento dalla riforma, segnata dai nuovi artt. 410 e ss. cod. proc. civ., dei quali si prevede espressamente l'applicazione anche alle controversie ex art. 63, co. 1, del decreto 165<sup>18</sup>. Del resto la Corte costituzionale, qualche anno fa<sup>19</sup>, prese a modello proprio la conciliazione regolata dal decreto 165<sup>20</sup>, considerando in particolare implicita, nell'art. 410 cod. proc. civ. (carente sul punto e perciò criticato), “la previsione che la richiesta di conciliazione debba indicare i termini della controversia in modo non dissimile” dalla normativa relativa al lavoro pubblico, dove si legge l'espresso riferimento alla “esposizione sommaria dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa” (art. 66, co. 3, lett. “c”, decreto 165).

Tornano alla mente, anche a tal proposito, i dubbi sull'utilità di una più o meno articolata disciplina della conciliazione, secondo i quali ciò che conta è l'effettiva volontà delle parti di giungere ad una soluzione conciliativa: rilievo da non trascurare, sebbene, a mio avviso, troppo radicale per escludere del tutto quanto, in qualche misura, può comunque agevolare la convergenza delle posizioni in contrasto.

Sicché, il lavoro pubblico, dopo aver fatto da insolita apripista al “privato”, sembra ora destinato a perdere la sua speciale disciplina della conciliazione: in stretta coerenza con il processo di convergenza tra le due aree del lavoro dipendente, che in altre vicende legislative, recentissime e non, pure ha seguito percorsi diversi<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> V. il già richiamato art. 31, co. 9, del “collegato lavoro” che – come prima ricordato – al contempo abroga gli articoli 65 e 66 del decreto 165.

<sup>19</sup> Corte cost. 13 luglio 2000 n. 276, in *MGL*, 2000, p. 1103.

<sup>20</sup> Lo sottolinea VOZA, *La peculiarità del tentativo obbligatorio di conciliazione nel lavoro pubblico*, in GAROFALO M.G., VOZA (a cura di), *La deflazione del contenzioso del lavoro. Il caso delle pubbliche amministrazioni*, Cacucci, 2007, p. 87.

<sup>21</sup> Sul tema cfr., da ultimo e per tutti, CARABELLI, CARINCI M. T., *Il lavoro pubblico in Ita-*

Dell'intervento *in itinere*, le principali novità per il “pubblico”, derivanti dai tratti di disciplina ripresi dalle attuali regole del “privato” o da nuove espresse previsioni, sarebbero, in sintesi, le seguenti: *a*) tra i criteri di individuazione della Direzione provinciale del lavoro (DPL) competente verrebbe inserito anche il luogo in cui “è sorto il rapporto ovvero si trova l'azienda”<sup>22</sup>; *b*) presso la DPL non si avrebbe più un collegio *ad hoc*, “espressione diretta dell'interesse delle parti”<sup>23</sup>, ma una commissione stabile<sup>24</sup>; *c*) il collegio *ad hoc* si ritroverebbe invece nel nuovo art. 412-*quater* cod. proc. civ., avente ad oggetto essenzialmente un'ipotesi di arbitrato, nell'ambito della quale si contempla anche la conciliazione; *d*) il procedimento risulterebbe più strutturato<sup>25</sup>; *e*) infine, l'esenzione della responsabilità di coloro che rappresentano le pubbliche amministrazioni<sup>26</sup>: 1) sarebbe ancora prevista soltanto per la conciliazione dinanzi alla DPL e in sede giudiziale (com'è nell'attuale art. 66 del decreto 165) ma non sarebbe più necessariamente legata all'adesione alla proposta del soggetto conciliatore (correlazione rivolta, evidentemente, ad evitare accordi poco genuini); 2) riguarderebbe non più solo la responsabilità amministrativa; 3) verrebbe esclusa nei “casi di dolo e colpa grave”<sup>27</sup>.

Il profilo della responsabilità richiama alla memoria quello che è sicuramente, anche in questo caso, un nodo cruciale, ossia il ruolo dirigenziale. L'utilizzazione degli strumenti in parola, come ogni altro mezzo di gestione del lavoro e dell'organizzazione, presuppone soggetti che ne interpretino, effettivamente, potenzialità e rischi, superando vecchie e nuove resistenze della burocrazia<sup>28</sup>.

lia, Cacucci, 2010; ZOPPOLI L., *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2010.

<sup>22</sup> V. attuale art. 66, co. 1, del decreto 165 e nuovo art. 410 cod. proc. civ., che rinvia all'art. 413 cod. proc. civ.

<sup>23</sup> BORGHESI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro*, in BORGHESI (a cura di), *Il processo del lavoro*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, 2005, p. 79.

<sup>24</sup> Art. 410 cod. proc. civ., attuale co. 4, e nuovo co. 3.

<sup>25</sup> V. il nuovo art. 410, co. 7, cod. proc. civ. e l'attuale art. 66, co. 4, decreto 165.

<sup>26</sup> V. il nuovo art. 410, ult. co., cod. proc. civ. e l'attuale art. 66, co. 8, del decreto 165.

<sup>27</sup> Permetterebbe il silenzio invece sulla eventuale responsabilità per la “non conciliazione”, sulla quale non di rado si pone l'attenzione.

<sup>28</sup> Oltre che nelle possibili responsabilità, i principali ostacoli sono individuati soprattutto: *a*) nei circoscritti e incrociati poteri decisionali; *b*) nelle ridotte o comunque rigide disponibilità finanziarie; *c*) nella carenza di atti di sostegno di carattere politico-amministrativo.



Discorso a sé merita invece l'art. 411 cod. proc. civ., che, per un difetto di coordinamento, non è tra le norme di cui è espressamente prevista l'applicazione anche al lavoro pubblico. In presenza di questa lacuna, non solo verrebbe meno, rispetto al decreto 165, la previsione secondo cui il "verbale costituisce titolo esecutivo"<sup>29</sup>, ma mancherebbe anche quella relativa al decreto del giudice che, su istanza di parte, dichiara tale esecutività<sup>30</sup>. E non vi sarebbe neppure la proposta formulata dalla commissione di conciliazione<sup>31</sup>, della quale, in caso di rifiuto senza motivazione, il giudice "tiene conto in sede di giudizio"<sup>32</sup>.

Della conciliazione nel lavoro pubblico c'è un ultimo punto che merita decisamente attenzione, e concerne il suo ambito oggettivo; ma esso potrà emergere in modo più nitido dopo aver esaminato le disposizioni del "collegato" sull'arbitrato.

#### 4. Arbitrato d'equità, principi regolatori della materia, norma inderogabile

Non credo di esagerare affermando che l'arbitrato sia il "centro" della riforma. In merito alla sua disciplina si addensano, almeno al momento, più numerosi e più rilevanti, dubbi e incertezze, anche radicali.

Anzitutto una premessa.

Il "collegato lavoro" riscrive gli artt. 412-ter e quater cod. proc. civ., relativi all'arbitrato irrituale<sup>33</sup>. Come chiave di lettura adotterò, in particolare, le novità attinenti all'arbitrato irrituale d'equità, e, più precisamente, al suo rapporto con la norma inderogabile, questione che, al momento, domina la scena. Me ne occuperò, in primo luogo, in generale, seguendo il necessario percorso logico in apertura annunciato: che – superfluo ribadirlo – già costituisce analisi "anche" del lavoro pubblico; in secondo luogo,

Sull'argomento v. GAROFALO, *Introduzione*, in GAROFALO M.G., VOZA, *op. cit.*, p. 17; VOZA, *op. cit.*, pp. 91 ss.; IACOVONE, *La transazione giudiziale delle controversie di lavoro pubblico tra lacune normative e responsabilità dirigenziali*, in GAROFALO M.G., VOZA, *op. cit.*, pp. 127 ss.

<sup>29</sup> Attuale art. 66, co. 5, del decreto. 165.

<sup>30</sup> Nuovo art. 411, co. 3, cod. proc. civ.

<sup>31</sup> Nuovo art. 411, co. 2, cod. proc. civ.; ora v. l'art. 66, co. 7, del decreto 165.

<sup>32</sup> Nella versione definitiva del "collegato" è stato posto riparo all'errore, richiamando anche l'art. 411 cod. proc. civ. nell'art. 31, co. 9.

<sup>33</sup> Art. 31, rispettivamente commi 5 e 8. L'aggettivazione "irrituale" è ora nella rubrica dell'art. 412-ter cod. proc. civ.; il "collegato lavoro" invece la riporta espressamente nel testo delle norme: v. i nuovi art. 412, co. 4, e 412-quater, co. 1 e 10, cod. proc. civ.

in stretto riferimento alle specificità dello stesso lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Come probabilmente si ricorderà, per l'arbitrato d'equità il "collegato lavoro" riprende le linee di politica del diritto del "Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia", presentato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali nell'ottobre 2001, all'inizio della XIV legislatura<sup>34</sup>. Si tratta, evidentemente, di un progetto coltivato da tempo.

Per cominciare a mettere un po' di ordine, conviene richiamare da subito un'importante pronuncia della Corte costituzionale, la n. 206 del 6 luglio 2004, che ha dichiarato illegittimo l'art. 113, co. 2, cod. proc. civ. "nella parte in cui non prevede che il giudice di pace (n.d.r.: nel decidere secondo equità) debba osservare i principi informatori della materia"<sup>35</sup>. Ad avviso della Corte, la "sola funzione che alla giurisdizione di equità può riconoscersi, in un sistema caratterizzato dal principio di legalità a sua volta ancorato al principio di costituzionalità, (...) è quella di individuare l'eventuale regola di giudizio non scritta che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua tuttavia dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva" (equità cd. correttiva o integrativa, e non formativa o sostitutiva). Sicché – conclude la Consulta – il giudizio di equità "non è e non può essere un giudizio extragiuridico"<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Linee trasfuse poi nel d.d.l. 848-bis, rimasto senza seguito.

<sup>35</sup> In *GCost*, 2004, I, p. 2243, con nota di GUASTINI, *Equità e legalità*. Sulla natura del giudizio equità, nella ricchissima letteratura, cfr. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato d'equità. Modelli, regole e prassi*, Giuffrè, 2006; FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Cedam, 2001; VARANO, voce *Equità (giudizio di)*, in *EGT*, XII, 1989; GRASSO E., voce *Equità (giudizio di)*, in *NDI*, app., III, Utet, 1982; FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *ED*, XV, 1966, p. 69; NASI, voce *Equità (giudizio di)*, in *ED*, XV, 1966, p. 107; DE MARINI, *Il giudizio d'equità nel processo civile (premesse teoriche)*, Cedam, 1957.

<sup>36</sup> In seguito a questa pronuncia, il riferimento ai principi regolatori della materia è stato inserito (dal d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, nell'art. 339, co. 3, cod. proc. civ.) tra i motivi di appello delle sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità (*ex art.* 113, co. 2, cod. proc. civ.) accanto alla violazione delle norme sul procedimento e delle norme costituzionali o comunitarie. Esso si rinveniva già nell'art. 113, co. 2, cod. proc. civ., prima della modifica operata dalla l. 21 novembre 1991 n. 374. È appena il caso di ricordare che, secondo un "nominalistico distinguo" di Cass. 11 gennaio 2005 n. 382 (in *RDPC*, 2005, p. 1345), giustamente criticato (DE CRISTOFARO, *Art. 339 cod. proc. civ.*, in CONSOLO, LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile (elettronico) commentato*, Ispoa, 2007, p. 4), essi non si identificherebbero con i "principi informatori della materia".

Questa autorevole indicazione, sebbene non priva di risvolti problematici, torna utile quanto meno per orientarsi nella delicata e complessa questione del significato giuridico dell'“equità” e, soprattutto, per impostare correttamente il rapporto tra equità e norma inderogabile.

Il punto di partenza sta, però, al di fuori della pronuncia della Corte costituzionale, ma è un punto pacifico: l'arbitrato in generale, compreso quindi quello equitativo, come ogni altro atto di autonomia privata, non può essere “contrario a norme imperative”<sup>37</sup>, pena la sua nullità e salvo diversa disposizione di legge (art. 1418, co. 1, cod. civ.)<sup>38</sup>.

Leggendo la sentenza n. 206/2004 della Consulta sulla base di questa premessa, si può osservare quanto segue. 1) “Principi regolatori della materia” e “norme imperative” concettualmente si collocano, rispetto all'equità, su piani distinti: i primi delimitano *in positivo* l'equità, evitandone “lo sconfinamento nell'arbitrio”, come afferma la Corte costituzionale; le seconde la delimitano *in negativo*, proibendone il contrasto con interessi che si impongono all'autonomia individuale, anche in riferimento all'arbitrato. 2) La contemporanea utilizzazione di entrambi i piani e la definizione della relativa linea di demarcazione appaiono, per intuibili ragioni, più problematiche in aree giuridiche contraddistinte da un alto tasso di eteroregolazione inderogabile. 3) L'arbitrato appartiene, direi per sua natura, ad aree dove l'autonomia delle parti incontra pochi limiti “in negativo” (cioè poche norme inderogabili): e ciò spiega pure le sue storiche difficoltà nell'ambito lavoristico (che mi pare stiano complicando anche il dibattito sul “collegato lavoro”, come vedremo).

<sup>37</sup> Come di recente si è scritto, la deroga a una norma inderogabile “realizza, né più né meno, una ipotesi di contrarietà a norma imperativa” (NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2009, p. 107).

<sup>38</sup> V., tra gli altri, CAPONI, *Natura dell'arbitrato e controversie “arbitrabili”*, in AULETTA F., CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO N. (a cura di), *op. cit.*, p. 130; RUFFINI, *Art. 806*, in particolare con osservazioni sull'art. 829, co. 3, cod. proc. civ.; BERTOLDI, *Art. 808-ter cod. proc. civ.* e MURONI, *Art. 412-ter cod. proc. civ.*, questi ultimi tre in BENEDETTI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Cedam, 2010, rispettivamente pp. 28, 87-97 e 396; GAROFALO, *Note*, cit., p. 319; BOVE, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *RArb*, 2006, p. 881; MENCHINI, *Impugnazioni del lodo “rituale”*, in *RArb*, 2005, p. 864, ancora in riferimento all'art. 829, co. 3, cod. proc. civ.; BORGHESI, *L'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi*, in CARINCI F. – ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, v, Utet, 2004, p. 1368; CRISCUOLO, *Arbitrato d'equità e norma inderogabile*, in *RArb*, 1992, p. 329; GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1963, p. 376.

5. (Segue) *Equità, norma inderogabile, (in)disponibilità dei diritti*

Così definita – sia pur schematicamente – la relazione tra equità e norma inderogabile, veniamo ad un'altra considerazione di carattere generale, ma di particolare rilievo per il diritto del lavoro, in quanto attinente all'annosa questione del rapporto tra inderogabilità della norma e (in)disponibilità dei conseguenti diritti, croce e delizia del fondamentale art. 2113 cod. civ.<sup>39</sup>. Ad essa è il caso di prestare attenzione da due punti di vista, che in prosieguo ci interesseranno molto da vicino.

Il primo investe il nocciolo della questione, ossia il criterio di sistemazione del suddetto rapporto.

La dottrina ormai prevalente, sulla scia di un'autorevole<sup>40</sup> benché (eloquentemente) “non (...) affatto nitida”<sup>41</sup> intuizione, piuttosto risalente, rifiuta l'equazione norma inderogabile-indisponibilità del diritto. Senza qui addentrarsi (per ovvi motivi) in una simile problematica, vorrei soltanto osservare, nell'economia di queste riflessioni e facendo perno sullo stesso art. 2113 cod. civ., che, se la distinzione sul piano teorico può accogliersi<sup>42</sup>, non mi pare vi siano ragioni per definire rigidamente il rapporto tra i due concetti. Piuttosto, esso potrebbe essere costruito secondo un duttile criterio *funzionale*: i due concetti infatti sono sì distinti, ma, al contempo, appaiono interrelati già sotto il profilo teleologico: il diritto può ritenersi disponibile se e nei limiti in cui la sua disposizione comunque salvaguardi le finalità sottese alla norma inderogabile. Tale a me sembra la logica seguita dal legislatore nella disciplina dell'art. 2113 cod. civ.: segnatamente, nel prevedere,

<sup>39</sup> In proposito, da ultimo, v. NOVELLA, *op. cit.*; CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, p. 341 ss.; OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *RGL*, I, 2008, p. 183 ss.; TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *DLRI*, 2008, p. 425; VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007, p. 13 ss.; MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, 2006, p. 19 e ss.

<sup>40</sup> SANTORO PASSARELLI F., *Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, in *GcCt*, 1948, p. 54.

<sup>41</sup> MAGNANI (*Disposizione dei diritti*, in *DDPCom*, v, Utet, 1990, p. 58) osserva come Santoro Passarelli cadesse in contraddizione, collegando “l'art. 2113 alla riserva contenuta nel co. I dell'art. 1418 (Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente)”.

<sup>42</sup> Il carattere inderogabile della norma attributiva di un diritto, finalizzato in linea di principio alla tutela di interessi sopraindividuali, si pone su un piano diverso rispetto alla disposizione dello stesso diritto “sorto”, volta alla realizzazione di un interesse individuale.

da un lato, l'annullabilità del negozio dispositivo di diritti derivanti da norme inderogabili, con differente *dies a quo* per l'impugnazione a seconda della sussistenza o no del rapporto; dall'altro la validità del negozio stesso se posto in essere in una sede "assistita". Logica (per alcuni profili forse discutibile, ma non priva di coerenza) inevitabilmente imperniata, al fondo, sulla classica ed emblematica tutela del prestatore di lavoro subordinato-contraente debole: che, nonostante tutto, mi pare continui, ancora oggi, a rianodare, alla fin fine meglio di altre, i diversi fili problematici di una norma così complessa come l'art. 2113 cod. civ.

Il secondo punto di vista dal quale – dicevo – è opportuno trattare la questione in parola ci conduce all'arbitrato in generale.

Non v'è dubbio che il limite imposto all'autonomia individuale dalla norma inderogabile attiene al regolamento contrattuale, di cui, detta norma, è appunto parte; attiene cioè alla fattispecie che genera il diritto oggetto poi della controversia deferita all'arbitro. Così come – a ben vedere e prescindendo dalla questione della natura dell'arbitrato irrituale – anche l'arbitrato "incrocia" sempre il regolamento contrattuale<sup>43</sup>. In linea di principio, infatti, l'arbitrato secondo le regole di diritto incrocia il regolamento contrattuale nel senso che, in relazione a tali regole, definisce l'assetto degli interessi per i profili controversi; all'abituale spazio (più o meno ampio) rimesso all'attività interpretativa, potenzialmente si aggiunge la facoltà di andare oltre le indicazioni giuridiche esistenti se e nella misura in cui esse hanno carattere "dispositivo" e in questa direzione interviene l'autonomia negoziale. L'arbitrato d'equità, invece, secondo un'impostazione strutturalmente (benché parzialmente) diversa, incrocia il regolamento contrattuale "conformandone" il contenuto, per quanto interessato dalla lite, al di là delle regole di diritto, sebbene nei (soli) limiti dei principi indicati dalla Corte costituzionale (e fatte salve eventuali norme inderogabili): attraverso l'equità, l'arbitro "riscrive", sia pur non per intero, l'assetto di interessi, in conseguenza del quale si pronuncerà, con riflessi su esistenza e/o caratteristiche della situazione soggettiva controversa<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Significativo è, al riguardo, quanto rileva FERRARO (*Rinunzie e transazioni*, in *ECT*, XXVII, Roma, 1990, p. 5): "per gli arbitrati l'invalidità del lodo è sancita in relazione alla violazione delle norme inderogabili e non alla disposizione dei diritti derivanti da queste ultime"; v. ad esempio, l'art. 5, c. 2, l. n. 533/73 (ora abrogato) o l'art. 829, commi 4 e 5, cod. proc. civ.

<sup>44</sup> La descritta incidenza dell'arbitrato sul regolamento contrattuale è senza altro coerente con la tesi – nel tempo probabilmente prevalente, anche in relazione all'evoluzione del

Si può quindi dire che l'arbitrato, per sua stessa struttura logica, interviene sul regolamento contrattuale, risultando *concettualmente incompatibile con la distinzione tra norma e disponibilità del conseguente diritto*<sup>45</sup>. Da questo punto di vista, la "disponibilità" del diritto, affermata ora nell'art. 806 cod. proc. civ.<sup>46</sup>, finisce in sostanza per estendersi anche al piano genetico del diritto stesso. Ancora una volta ha ragioni da vendere il Presidente della Repubblica: l'arbitrato d'equità è questione di diritto sostanziale.

Passando dalla riflessione generale al versante lavoristico, queste considerazioni ci ricordano, molto in sintesi, uno dei principali (se non il principale degli) ostacoli sinora incontrati dall'arbitrato d'equità nel diritto del lavoro. Le norme inderogabili, poste a tutela di interessi sopraindividuali, costituiscono un limite invalicabile, grazie al quale il singolo lavoratore ritrova la sua "integrità": sicché, su di esse al singolo è precluso intervenire

quadro normativo – che configura pure l'arbitrato irrituale alla stregua di un giudizio (cfr., per questa tesi, MONTELEONE, *Il cd. arbitrato irrituale previsto dall'art. 808-ter cod. proc. civ.*, in AULETTA F., CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO N. (a cura di), *op. cit.*, p. 550; BERTOLDI, *op. cit.*, 60 e ss., anche per una sintesi del dibattito; nella letteratura lavoristica, tra gli altri, GAROFALO M.G., *Note*, cit., 316; CECHELLA, *op. cit.*, p. 395; STOLFA, VENEZIANI, *Arbitrato nel diritto del lavoro*, in *DDPCom*, I, Utet, 1987, p. 219; PERONE, *Arbitrato in materia di lavoro*, in *NDL*, 1980, I, p. 383). Ma anche chi rinviene nell'arbitrato irrituale una "funzione essenzialmente dispositiva" (GRANDI, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *ED*, agg., I, Giuffrè, 1997, p. 115) – come tale peraltro estranea allo schema "diritto-equità" (ID., *Arbitrato e processo. Profili di qualificazione degli arbitri irrituali in materia di lavoro*, in *ADL*, 1999, p. 604) – ritiene che essa si traduca in "un nuovo regolamento sostanziale del conflitto d'interessi", producendo un "nuovo rapporto giuridico" (GRANDI, *L'arbitrato irrituale*, cit., p. 121).

<sup>45</sup> Nel momento in cui si deferisce all'arbitro la lite, l'insieme di regole che disciplina il rapporto cui la stessa attiene, in sostanza, non si può considerare definitivo: nel senso che all'arbitro si chiede di intervenire anzitutto sul quadro normativo (secondo quanto indicato nel testo), rimettendo in gioco la fattispecie genetica del diritto controverso. Di conseguenza, ciò pregiudica l'"attualità" della situazione soggettiva e quindi la sua disponibilità. Per meglio intendersi – e anticipando un punto che in prosieguo dovrà riprendersi –, anche rinvenendo nell'arbitrato natura esclusivamente dispositiva, nella prospettiva in parola vi è una sensibile differenza rispetto (non solo ovviamente alla rinunzia, dove il regolamento contrattuale è fuori discussione, rilevando soltanto la dismissione del diritto, ma anche) alla transazione. In quest'ultima è dal quadro normativo *dato* – sia pur soggettivamente ricostruito – che le parti muovono per individuare l'*aliquid datum aliquid retentum*, elemento identificativo della fattispecie (art. 1965 cod. civ.): è cioè sulla base di un quadro normativo definito – che pertanto ha un suo preciso rilievo giuridico e fattuale e dal quale derivano quindi diritti configurabili come "attuali" – che viene tracciata la "linea mediana delle reciproche posizioni di pretesa e di contestazione" (GRANDI, *L'arbitrato irrituale*, cit., p. 120).

<sup>46</sup> Non senza critiche da parte di alcuni autori: cfr. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, 2006, p. 4; GAROFALO M. G., *Note*, cit., p. 321.

con qualsiasi atto di autonomia, e quindi anche con l'arbitrato irrituale. Ciò vale, senza ombra di dubbio, per le norme inderogabili di legge. Nonostante qualche possibile incertezza, alla fin dei conti vale pure per le norme del contratto collettivo: l'inderogabilità della norma collettiva è affermata, come sappiamo, dall'art. 2113 cod. civ.<sup>47</sup> e ai nostri fini credo sia irrilevante interrogarsi sul "se" questa norma la statuisca o la presupponga. Peraltro, e per completezza, rammento che relativamente al lavoro pubblico, nel decreto 165, ci sono almeno altri due dati normativi a sostegno dell'inderogabilità della norma collettiva: l'art. 40, comma 3, concernente il rapporto tra contratti nazionali ed integrativi, e comma 4, attinente all'adempimento, da parte delle pubbliche amministrazioni, degli obblighi assunti con contratti collettivi. Aggiungo inoltre (puntualizzazione da non trascurare, come subito si vedrà) che la tesi a favore di una diversa soluzione non a caso valorizza l'attuale centrale funzione "autorizzatoria" dell'arbitrato riconosciuta alla contrattazione<sup>48</sup>.

#### 6. *L'arbitrato nel "collegato lavoro": le modifiche successive al rinvio alle Camere del Presidente della Repubblica*

Bene, sulla scorta del percorso compiuto, possiamo rivolgere l'attenzione al "collegato lavoro", sempre con l'intento di esaminare velocemente le principali novità, che filtrerò attraverso le modifiche apportate dalla Camera dei deputati in seguito ai rilievi del Presidente della Repubblica<sup>49</sup>. Cominciamo necessariamente, anche in questo caso, adottando una prospettiva comune al lavoro tanto privato quanto pubblico<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Nello stesso senso, dopo l'abrogazione dell'art. 5, commi 2 e 3, della l. n. 533/1974, v. GAROFALO, *Note*, cit., p. 325; GRANDI, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel pubblico impiego (d.lgs. n. 80/1998)*, in *LPA*, 1998, p. 805; BORGHESI, *op. cit.*, p. 1368; BOCCAGNA, *Artt. 36-39, II*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, Cedam, 1999, p. 1572.

<sup>48</sup> MAGNANI, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il d.lgs. n. 80/1980*, in *MGL*, 1999, p. 693, richiamando peraltro la tesi di GIUGNI precedente alla riforma del 1973 (in *Limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *RDL*, 1958, I, p. 75 e ss.); BORGOGELLI, *Conciliazione e arbitrato: le nuove regole e il regime di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *LD*, 2000, p. 163.

<sup>49</sup> Salvo quanto si dirà nella nota 60, le modifiche apportate dalla Camera sono state tutte confermate nella versione definitiva del "collegato".

<sup>50</sup> Come già detto l'art. 31, co. 9, richiama in proposito gli artt. 412, 412-ter, 412-quater cod. proc. civ.

Il “collegato lavoro” anzitutto cancella la centrale e generale funzione autorizzatoria della contrattazione collettiva di cui si è appena detto, contemplando, già esso stesso, l’arbitrato dinanzi alla DPL<sup>51</sup> e al collegio di cui al nuovo e completamente rivisto art. 412-*quater*<sup>52</sup>. Prevede poi sia la clausola compromissoria sia il compromesso, con esplicito riferimento alla decisione “secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari”<sup>53</sup>. Infine, espressamente stabilisce, in relazione alle due specifiche procedure arbitrali indicate, che il lodo “produce tra le parti gli effetti di cui agli articoli 1372 e 2113, quarto comma, del codice civile”<sup>54</sup>. Quest’ultima sarà la disposizione su cui finiremo per concentrarci; ma andiamo per ordine.

Le correzioni apportate alla Camera, dopo i rilievi del Presidente della Repubblica, non mi pare abbiano modificato granché il ruolo della contrattazione collettiva. La sua funzione autorizzatoria continua ad essere limitata alla sola clausola compromissoria ed è sempre soggetta alla spada di Damocle del decreto ministeriale, che interviene in sua assenza<sup>55</sup>, condizionando inevitabilmente e sensibilmente le dinamiche negoziali, di cui altera senso e peso nell’equilibrio complessivo della norma. Tanto il solo onere di *tenere conto* delle “risultanze istruttorie del confronto tra le parti sociali” (nulla di più), quanto il carattere “sperimentale” del decreto del Ministro del lavoro (con la previsione della “possibilità di integrazioni e deroghe derivanti da eventuali successivi accordi interconfederali o contratti collettivi”: tutta da concretizzare) – ossia le correzioni apportate alla Camera – non mi sembrano, anche sul punto, di reale consistenza, sì da non incidere in modo significativo su quell’equilibrio: le perplessità, a parer mio, rimangono.

Analoghe considerazioni possono farsi per la questione della condizione di debolezza del lavoratore, anch’essa non sfuggita affatto al Presidente della Repubblica<sup>56</sup>, che anzi vi ha posto l’accento in riferimento al

<sup>51</sup> Nuovo art. 412 cod. proc. civ. introdotto dall’art. 31, co. 5.

<sup>52</sup> Art. 31, co. 8.V. anche l’art. 31, co. 12, per la possibile costituzione di camere arbitrali da parte degli organi di certificazione di cui all’art. 76 del d.lgs. n. 276/2003, peraltro espressamente riferita pure al lavoro pubblico come in precedenza accennato.

<sup>53</sup> Nuovi articoli 412, co. 2, n. 2, e 412-*quater*, co. 3, cod. proc. civ.

<sup>54</sup> Nuovi articoli 412, co. 3, e 412-*quater*, co. 10, cod. proc. civ.

<sup>55</sup> Art. 31, commi 10 e 11.

<sup>56</sup> Lo sottolinea SPEZIALE (*op. cit.*, p. 145), aggiungendo il Presidente della Repubblica alla “gran maggioranza dei (...) giuslavoristi” per il rilievo cruciale attribuito alla “tutela del contraente debole.



profilo temporale della stipula della clausola compromissoria. Nella versione da ultimo approvata alla Camera<sup>57</sup>, si è in particolare previsto che la clausola: a) si può stipulare “non (...) 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”; b) “non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto”<sup>58</sup>.

Se la stipula della clausola compromissoria risulta un'ipotesi assai problematica per la tutela del prestatore di lavoro (e così è, come vedremo), queste modifiche non sono irrilevanti, ma sono anche ben lontane dall'essere appaganti. Certo, la condizione del lavoratore è diversa una volta instaurato il rapporto, tuttavia senz'altro persiste – in modo appena meno evidente – pure in seguito<sup>59</sup>, giacché la sua debolezza non si esaurisce nella fase iniziale della relazione di lavoro né scompare se vi è una tutela adeguata per quella estintiva, indubbiamente importante ma non esaustiva (altrimenti, del resto, non vi sarebbe bisogno dell'insieme di regole di disciplina della “vita” del rapporto). Il problema – mi pare l'aspetto decisivo – non è tanto l'effettiva volontà al momento della stipula della clausola, quanto la condizione del lavoratore “durante” la relazione contrattuale, che si protrae nel tempo. Rimettere al prestatore di lavoro la possibilità di rivedere, in questo o quel momento, la normativa a tutela della sua condizione *durante la vita* del rapporto avrebbe un senso soltanto se, al contempo, si contemplasse un qualche elemento che *su tale condizione* potesse incidere; diversamente si ha solo la certezza che il lavoratore “effettivamente” decide, come dire, di farsi del male da sé, consapevolmente.

L'argomento conduce a una delle questioni più dibattute: l'arbitrato equitativo.

Pure a tale proposito, in seguito ai rilievi del Presidente della Repubblica, la Camera ha apportato alcune modifiche. Ha soprattutto aggiunto,

<sup>57</sup> Art. 31, co. 10.

<sup>58</sup> Inoltre, davanti alle commissioni di certificazioni – che a pena di nullità devono certificare la clausola compromissoria – “le parti possono farsi assistere da una legale di fiducia o da un rappresentante dell'organizzazione sindacale o professionale cui abbia conferito mandato” (così sempre l'art. 31, co., 10, del “collegato”). Anche in questo caso l'attività delle commissioni di certificazione viene estesa al lavoro pubblico. Va ricordato che l'esclusione delle controversie concernenti la risoluzione del contratto era già prevista nell'“avviso comune” dell'11 marzo 2010, sottoscritto da diverse organizzazioni sindacali, tra cui non la Cgil.

<sup>59</sup> Nello stesso senso LISO, *Michelangelo ha rifatto il naso al suo David*, in *Newsletter nuovi lavori*, n. 44/2010, p. 2; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 159.

come limiti all'arbitrato, "i principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari" al richiamo ai "principi generali dell'ordinamento", presente nel testo precedente e ritenuto dal Presidente "generico"<sup>60</sup>.

Non è il caso di soffermarsi sull'individuazione dei "principi regolatori della materia". Mi limito soltanto ad una considerazione, mantenendomi sul piano di analisi sinora seguito e riprendendo le riflessioni prima sinteticamente svolte in merito all'attuale quadro normativo dell'arbitrato.

L'importante apertura ai "principi regolatori della materia", di per sé non priva di risvolti problematici, per il diritto del lavoro darebbe inizio ad un capitolo praticamente nuovo. Non che si parta da zero: penso alla diffusa opinione, dottrinale e giurisprudenziale, secondo la quale tali principi sono, in generale, da rinvenire "nelle linee essenziali della disciplina giuridica del rapporto" o nei "profili qualificanti dell'istituto"<sup>61</sup>. Il fatto è che, a parte ogni altra considerazione, nell'elaborazione giuslavoristica manca, allo stato, una riflessione sufficiente al riguardo. Pertanto, non sono difficili da immaginare le conseguenze, almeno per un buon lasso di tempo, sulla conoscibilità e sulla certezza del nostro diritto del lavoro<sup>62</sup>, giustamente ricordate dal Capo dello Stato. Per dirla con le parole della Consulta, vi è il rischio che "un'equità priva di limiti normativi possa minare alla base la certezza delle relazioni giuridiche"<sup>63</sup>, sconfinando nell'arbitrio.

Inutile insistere sulla estrema delicatezza della questione.

A ben riflettere, tuttavia, la sua esatta entità dipende da un altro cruciale punto, strettamente connesso: il rapporto tra equità e norma indero-

<sup>60</sup> Come tale, prosegue il Presidente, non "idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi di diritti indisponibili, al di là di quelli costituzionalmente garantiti", nonché suscettibile di "alimentare contenziosi" considerando i "contrastanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali".

La Camera, nel testo approvato il 29 aprile 2010 in seguito al rinvio del Presidente della Repubblica, accogliendo un emendamento dell'opposizione, aveva sostituito, in relazione alla clausola compromissoria, l'espressione "controversie che dovessero insorgere" con "controversie insorte". La correzione presentava tutti i segni della "tormentata" vicenda politica da cui aveva avuto origine, sì da assumere le sembianze di un "pasticcio" (l'art. 31, co. 10, infatti continuava a prevedere espressamente la stipulazione di una clausola compromissoria ex art. 808 cod. proc. civ., riferita testualmente a "controversie nascenti dal contratto": mio il corsivo, ovviamente). Nella versione definitiva la contraddizione è stata eliminata, facendosi riferimento soltanto alle "controversie nascenti dal rapporto di lavoro".

<sup>61</sup> MONTANARI-BACCAGLINI, *Art. 113 cod. proc. civ.*, in CONSOLO, LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile (elettronico) commentato*, Ispoa, 2007, pp. 15 e 16.

<sup>62</sup> Del medesimo avviso è SPEZIALE, *op. cit.*, p. 161.

<sup>63</sup> Così sempre Corte cost. n. 206/2004.

gabile, su cui il dibattito si sta concentrando, fornendo già risposte sensibilmente diverse e, invero, anche con una certa confusione<sup>64</sup>.

### 7. (Segue) *Equità e norma inderogabile*

Facendo tesoro delle conclusioni di carattere generale cui siamo prima giunti, “principi regolatori della materia” e “norme inderogabili” costituiscono due diverse tecniche normative di delimitazione dell’equità (in chiave “positiva” i primi, “negativa” le seconde), collocate su piani distinti ma non alternativi.

Ebbene, partendo da questa consapevolezza, si cadrebbe in errore se si deducesse, dall’introduzione dei primi, l’eliminazione o la riduzione dello spazio della seconde: si farebbe a dir poco un avventato salto logico, non avendo rintracciato il dato normativo che cancella o attenua il rilievo della norma inderogabile. Non è tale il richiamo ai principi generali dell’ordinamento e ai principi regolatori della materia, che hanno la funzione, gli uni e gli altri, di delimitare “in positivo” la decisione equitativa, rivolta al caso concreto, nell’ambito di quanto il diritto preserva all’autonomia delle parti (nell’ambito cioè delle norme dispositive). Né lo è, più al fondo, l’“equità”, che *deve comunque osservare la norma inderogabile*, quale limite imposto all’autonomia individuale *ex art. 1418 cod. civ.* Su quest’ultimo punto è opportuno spendere ancora qualche parola.

Se il legittimo ricorso all’arbitrato di equità è insito nel sistema – salvo il limite della norma inderogabile – dalla sua “esplicita” previsione si potrebbe dedurre, seguendo un’argomentazione logica già in passato avanzata, proprio la volontà legislativa di superare quel limite<sup>65</sup>; o comunque di ridurre lo spazio: risultato considerato già sufficiente per dare un senso alla nuova espressa previsione legislativa<sup>66</sup>. Benché meritevoli di attenzione, entrambe le argomentazioni non convincerebbero. La questione è davvero

<sup>64</sup> Cfr., sul punto, CORVINO, TIRABOSCHI, *L’arbitrato nelle controversie di lavoro*, in Bollettino speciale *www.adapt.it*, 7 aprile 2010; LISO, *op. cit.*, p. 3; MISCIONE, *Quale arbitrato d’equità in materia di lavoro*, in *DPL*, p. 1301; PROIA, *Collegato lavoro e rinvio alle Camere*, in Bollettino speciale *www.adapt.it*, 19 aprile 2010; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 160; TREU, *Utilità indiscussa, regolazione indispensabile*, in *Newsletter nuovi lavori*, n. 44/2010, p. 1; ID., *Bisognava scegliere una via intermedia*, in *Il Sole-24 Ore*, 1 aprile 2010; VALLEBONA, *op. cit.*, p. 3.

<sup>65</sup> Cfr. HERNANDEZ, *La via dell’equità per un arbitrato del lavoro più stabile*, in *DRI*, 1992, p. 21; FLAMMIA, *A proposito della riforma dell’arbitrato per le liti di lavoro*, in *DRI*, 1992, p. 4.

<sup>66</sup> SPEZIALE, *op. cit.*, p. 160.

cruciale e troppo complessa per essere così affrontata e risolta: un siffatto modo di ragionare, per dirla in estrema sintesi, ammetterebbe, quale logico presupposto, la possibilità di riscrivere l'attuale diritto del lavoro (di questo si tratta, giacché il diritto del lavoro “si basa essenzialmente sulla norma inderogabile”<sup>67</sup>) attraverso una *stringata formulazione normativa*, riferita soltanto all'arbitrato d'equità, concernente, come più volte sottolineato, un piano distinto da quello dell'inderogabilità. A fronte, peraltro, dell'inequivocabile e consistente ostacolo della “diversa disposizione”, necessaria per escludere la nullità dell'atto contrario a norma imperativa (art. 1418, co. 1, cod. civ.).

Che la questione sia da affrontare in tutt'altro modo, lo dimostrano, daltronde, pure alcuni interventi legislativi della seconda metà degli anni '90<sup>68</sup>, anch'essi non proprio lineari, sì da generare soluzioni molto incerte di segno profondamente diverso<sup>69</sup>: che, in sostanza, hanno chiuso le porte del diritto del lavoro all'equità.

Insomma, l'espresso riferimento alla decisione arbitrale secondo equità, che la riforma contemplerebbe per le controversie di lavoro, di per sé, non pare affatto sufficiente a sostenere decisioni arbitrali contrastanti con norme inderogabili, né di legge né di contratto collettivo: a prescindere dall'individuazione dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, *l'equità ha comunque il limite intrinseco del rispetto della norma inderogabile*.

#### 8. (Segue) *Lodo arbitrale ed “effetti” ex art. 2113, co. 4, cod. civ.*

Senonché, il ragionamento svolto, mentre trova ulteriore conferma proprio nel “collegato lavoro”, viene reso più problematico dallo stesso

<sup>67</sup> NAPOLI, *Interrogativi sulla inderogabilità*, in RGL, 2008, I, p. 157, ora anche in *Lavoro Diritto Valori*, Giappichelli, 2010, p. 51.

<sup>68</sup> Si pensi, per un verso, alla già ricordata abrogazione dei commi 2 e 3 dell'art. 5 della l. n. 533/1973, da parte dell'art. 43, co. 7, del d.lgs. n. 80/1998, concernenti l'impugnabilità del lodo irrituale per violazione di norme inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi, e, per altro verso, alla reintroduzione contestuale della stessa impugnabilità per violazione però soltanto di norme di legge nell'art. 412-*quater*, co. 1, cod. proc. civ., prevista dall'art. 39 sempre del d.lgs. n. 80/98 e dopo pochissimo tempo eliminata dall'art. 19, co. 14, del d.lgs. n. 387/1998.

<sup>69</sup> V., per tutti, da un lato, VALLEBONA, *op. cit.*; ESPOSITO, *Arbitrato e sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: logiche e modelli tra “passato” e “futuri” possibili*, in LPA, 2001, p. 343 ss. e dall'altro, GAROFALO M.G., *Note, cit.*, p. 323; BOCCAGNA, *op. cit.*, p. 1572. Cfr. anche le significative, problematiche osservazioni di VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in ADL, 1998, p. 754.

“collegato”, con soluzioni, invero, *giuridicamente improvvisate*. È necessario, sul punto, concedere qualcosa in più al piano strettamente esecutivo.

Il testo *in itinere* prevede l'impugnazione del lodo per la “sua validità (...) ai sensi dell'art. 808-ter cod. proc. civ.”<sup>70</sup> e, al contempo, stabilisce che il lodo “produce tra le parti gli effetti di cui all'articolo 1372 cod. civ. e all'articolo 2113, quarto comma, cod. civ.”<sup>71</sup>.

Eliminiamo subito un possibile dubbio.

Il richiamo all'art. 808-ter cod. proc. civ. (che indica, al co. 2, un elenco di motivi di “annullabilità” del lodo e non contiene alcun riferimento alla violazione di norme inderogabili) così come la conseguente specifica previsione dell'impugnazione dinanzi al Tribunale (che decide in unico grado) appaiono irrilevanti ai fini di quanto sin qui sostenuto. Ciò non perché tra i detti motivi vi sono la validità della convenzione di arbitrato e l'osservanza delle regole imposte dalle parti come condizioni di validità del lodo<sup>72</sup>; ma perché eventuali motivi di nullità *ex art.* 1418 cod. civ. possono comunque farsi valere, non risultando preclusi dal menzionato elenco di ipotesi riferite all'annullabilità<sup>73</sup>, evidentemente attraverso l'ordinario *iter* processuale.

Dopo questa precisazione, concentriamoci sul punto centrale, che è il seguente: il richiamo dell'art. 2113, co. 4, cod. civ., per un verso, conferma che l'equità deve fare i conti con la norma inderogabile; per altro verso, pone, in proposito, una serie di interrogativi: occorre ben intendersi.

Il quarto comma dell'art. 2113 cod. civ. – come si sa – prevede la non applicazione, alla conciliazione avvenuta in una delle varie sedi “assistite”, dei suoi precedenti tre commi, concernenti l'invalidità e la conseguente

<sup>70</sup> Norma dedicata, come si sa, all'“arbitrato irrituale” (questa già la rubrica).

<sup>71</sup> L'una e l'altra previsione sono contenute nei nuovi artt. 412 (commi 3 e 4) e 412-*quater* (co. 10) cod. proc. civ., che – come prima rammentato – disciplinano, ciascuno, una specifica ipotesi di arbitrato. Anche il già citato art. 31, co. 12, nel contemplare la possibilità, per gli organi di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003, di “istituire camere arbitrali per la definizione, ai sensi dell'art. 808-ter del codice di procedura civile, delle controversie (...)” concernenti i rapporti di lavoro nel “privato” e nel “pubblico”, richiama l'applicazione dei commi 3 e 4 del nuovo art. 412, cod. proc. civ., soltanto però “in quanto compatibile”. Al riguardo, invece, nulla si dice per le ipotesi di arbitrato previste dalla contrattazione collettiva, di cui all'art. 412-*ter* cod. proc. civ., che peraltro, a differenza dell'attuale 412-*quater*, co. 2, cod. proc. civ., tace pure in merito all'esecutività del lodo.

<sup>72</sup> Art. 808-*ter*, co. 2, lett. 1 e 4, cod. proc. civ. Valorizza la lett. 4, in particolare, SPECIALE, *op. cit.*, p. 162.

<sup>73</sup> Cfr. da ultimo, sull'argomento, BERTOLDI, *op. cit.*, p. 97; MURONI, *op. cit.*, p. 396; RUFFINI, BOCCAGNA, *Art. 827 cod. proc. civ.*, in BENEDETELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *op. cit.*, p. 326.

impugnazione delle rinunce e transazioni aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili di legge. Ebbene, se l'equità "disinnescasse", di per sé, la norma imperativa, per quale motivo richiamare l'effetto di cui al co. 4 dell'art. 2113 cod. civ.? Nessuno, immagino, risponderebbe che questo effetto riguarda la violazione dei principi generali dell'ordinamento o quelli regolatori della materia, pena una macroscopica e paradossale contraddizione con la delimitazione dell'equità entro tali principi: nel caso di loro violazione, il lodo è palesemente invalido, e nulla c'è da aggiungere. Altra ipotesi di contrasto con la norma inderogabile non potrebbe esservi se l'equità "escludesse" la norma inderogabile. Evidentemente, non è così.

I conti tornano, invece, configurando e distinguendo i principi generali dell'ordinamento/regolatori della materia, quali criteri "positivi" della decisione, e la norma inderogabile, come limite "negativo" alla medesima decisione: proprio la distinzione spiega il richiamo all'art. 2113, co. 4, cod. civ., questo sì rivolto a definire il ruolo della norma inderogabile, di cui conferma quindi la presenza.

In tal modo tuttavia, come prima accennavo, usciamo da un problema e ne entriamo in un altro. Il fatto è che la soluzione scelta, sul piano tecnico-giuridico, appare tanto delicata quanto infelice, rimanendo imbrigliata nel sistema: si da generare una risposta di "intolleranza". Ma continuiamo a procedere con ordine.

L'"effetto" di cui all'art. 2113, co. 4, cod. civ. non può che essere inteso per quello che esattamente è, secondo il suo inequivocabile dettato: la non applicazione degli altri tre commi di cui si compone la medesima norma<sup>74</sup>, a cominciare, inevitabilmente, dal primo<sup>75</sup>, che della norma definisce il contenuto prioritario. A questa affermazione conseguono, però, alcune considerazioni assai rilevanti.

Anzitutto va ribadito che neppure l'art. 2113 cod. civ. "disinnesci" la norma inderogabile, perché il suo primo comma si riferisce, pacificamente, ai diritti dalla stessa norma derivanti, che quindi resta ben salda<sup>76</sup>. Segnata-

<sup>74</sup> "Le disposizioni del presente articolo non si applicano ...": così recita il co. 4, dell'art. 2113, cod. civ.

<sup>75</sup> "Le rinunce e le transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi (...) non sono valide": così il co. 1 dell'art. 2113 cod. civ. Al primo comma seguono logicamente – benché non necessariamente (v. ad esempio l'art. 5, c. 3, l. 533/73 ora abrogato) – gli altri due.

<sup>76</sup> A questa conclusione si giunge tanto se si segue l'interpretazione che limita l'applicazione della norma ai cc.dd. diritti secondari (secondo la nota tesi di DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, pp. 271 e ss.) o comunque ad alcuni diritti

mente si riferisce soltanto a diritti *già sorti*<sup>77</sup>, non riguardando di sicuro quelli futuri, proprio perché la preventiva dismissione di questi ultimi si risolverebbe, necessariamente, in un intervento sulla “disciplina” del contratto e, quindi, ancora sulla norma inderogabile.

Se questo è, come è, l'oggetto dell'art. 2113 cod. civ., sembrerebbe allora, oltre che decisamente semplicistico, tecnicamente improponibile far appello ad un presunto senso logico del richiamo all'effetto del suo comma 4 – si badi, riferito semplicemente al “lodo” – per dedurne la *voluntas legis* di affermare l'inoppugnabilità della pronuncia arbitrale per contrasto con norme inderogabili, a prescindere – a questo punto – da ogni correlazione con la questione dell'equità<sup>78</sup>. Una siffatta interpretazione farebbe saltare

(cfr., da ultimo, sia pure in prospettiva diversa, CESTER, *op. cit.*, p. 406; TULLINI, *op. cit.*, p. 484), quanto se si accoglie la lettura, più diffusa e già prima richiamata, che, sulla base della disgiunzione tra norma inderogabile/disponibilità del diritto, riconduce nell'art. 2113, co. 4, cod. civ. (non il negozio contrastante con la norma inderogabile, che sarebbe nullo, bensì) il negozio (rinunzia o transazione) dispositivo del diritto.

<sup>77</sup> E qui non c'è distinzione da fare, essendo il punto pacifico: così, per tutti e da ultimo, cfr. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 155; in particolare per il dibattito giurisprudenziale, MURENA, *La complessità dell'art. 2113 cod. civ. nel dibattito giurisprudenziale*, in questo numero della rivista.

<sup>78</sup> È evidente che all'arbitrato d'equità non può riconoscersi il posto innovativo e di primo piano occupato nei dibattiti che hanno accompagnato la fase di gestazione della riforma. L'alternativa – altrettanto evidente – sarebbe riferire solo ad esso il richiamo all'art. 2113, co. 4, cod. civ.; cioè, *riscrivere, di proprio pugno, il dato normativo*: infatti, non c'è alcun argomento a sostegno di questa interpretazione. Piuttosto, v'è da ritenere l'opposto. La limitazione del richiamo in parola all'arbitrato equitativo non ha il minimo appiglio letterale e – giova ripeterlo – va contro l'indicazione sistematica, avallando comunque un'infondata valenza (giuslavoristica) dell'equità, architrave, così, di un'operazione per nulla lineare, che, dietro una veste processuale, riscriverebbe la logica di fondo del diritto del lavoro, a prescindere da qualsiasi correlazione con elementi di fatto: non può essere l'equità a superare la norma inderogabile – meno che mai quella “lavoristica” (che verrebbe “soppiantata” dai principi generali dell'ordinamento/regolatori della materia) – perché la seconda costituisce un limite intrinseco della prima, in quanto tale antitetica dal punto di vista giuridico-concettuale. Francamente impensabile, dunque, che l'attività creativa dell'interprete possa giungere a fare dell'arbitrato d'equità il perno della riforma (salvo, naturalmente, che l'interprete non indossi abiti altrui). Per converso, il giurista ha molte buone ragioni, da un lato, per collocare l'arbitrato d'equità sul suo piano “abituale”, benché ristretto nella nostra materia, delle norme dispositive (con la richiesta di decisione equitativa che, non interessando “per definizione” la norma inderogabile, non incrocia l'art. 2113, co. 4, cod. civ.); dall'altro, per non andare oltre quello che (come subito si vedrà) è già un improprio e assai problematico (ma inequivocabile) richiamo all'art. 2113, co. 4, cod. civ., che si può provare almeno a ricostruire in una prospettiva in qualche misura di “continuità” (per riprendere la lezione ascarelliana), riconfermando la centralità della norma codicistica, con la sua complessa relazione inderogabilità della norma-(in)disponibilità del diritto.

l'architrave dell'inderogabilità *andando ben al di là del contenuto dell'art. 2113, cod. civ.*: con buona pace sia della “diversa disposizione” richiesta dall'art. 1418 cod. civ., sia della necessità di trasparenza, tanto a cuore al Capo dello Stato. In altre parole l'art. 2113 cod. civ. risulterebbe *radicalmente snaturato* e l'arbitrato *tout court* finirebbe per essere il fulcro della riforma.

Il passaggio è molto delicato: va necessariamente approfondito, distinguendo tra clausola compromissoria e compromesso.

Per la clausola compromissoria (com'è noto attinente a controversie “nascenti”: art. 808 cod. proc. civ.), dedurre dal richiamo al comma 4 dell'art. 2113 cod. civ. l'inoppugnabilità del lodo contrario a norme inderogabili risulterebbe *palesamente e completamente improprio* per i seguenti motivi. 1) Detta clausola, attenendo per definizione (a controversie “nascenti”, ossia) a diritti futuri, sarebbe estranea all'art. 2113 cod. civ. 2) Essa riguarderebbe la gran parte delle future situazioni soggettive del lavoratore<sup>79</sup>. 3) Il conseguente arbitrato, suscettibile di occupare lo spazio “liberato” dalle norme inderogabili, conformerebbe, per sua stessa struttura logica, il contenuto del regolamento contrattuale, dal momento che (secondo quanto in precedenza rilevato) la disciplina del rapporto non potrebbe dirsi definita in modo compiuto prima della pronuncia dell'arbitro: si sarebbe così, giocoforza, oltre la mera disponibilità del diritto controverso e, con questo, ancora al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 2113 cod. civ.

Tutto ciò, a mio avviso, determinerebbe la destabilizzazione della condizione del lavoratore, privato di un quadro di regole “certo” per la sua relazione di lavoro: in sintesi, la clausola compromissoria finirebbe per avere le stesse implicazioni, individuali e collettive, di una “riscrittura” della disciplina del rapporto di lavoro, ripercuotendosi inevitabilmente sulla sua inderogabilità.

La distanza rispetto all'art. 2113 cod. civ. è senza dubbio siderale: basti rammentare nuovamente che, per unanime giurisprudenza, anche il negozio dispositivo di un solo diritto futuro (è colpito da “nullità” ed) è del tutto estraneo all'art. 2113 cod. civ.<sup>80</sup>.

V'è a questo punto un'altra riflessione da fare, ancora di maggior peso.

A parer mio, siffatta clausola compromissoria, incidendo, potenzial-

<sup>79</sup> Sono escluse, come si ricorderà, le “controversie relative alla risoluzione del contratto”, per espressa previsione del “collegato lavoro” (art. 31, co. 10).

<sup>80</sup> Per tale strada riemerge, tra l'altro, la presenza dei principi regolatori della materia (in relazione cioè, alla nullità di negozi “dispositivi” di diritti futuri).



mente e sostanzialmente, in un sol colpo, sull'intero diritto del lavoro, con immediati effetti sull'equilibrio delle parti nel rapporto di lavoro, presenterebbe: *a*) un contrasto piuttosto marcato con l'art. 3, co. 2 Cost., in quanto abbatterebbe il cardine del rafforzamento della posizione contrattuale del prestatore di lavoro subordinato, emblema della "filosofia" economico-sociale espressa nella norma in parola dal Costituente; *b*) riflessi problematici sull'art. 39, co. 1, Cost., nella misura in cui priverebbe in modo *tranchant* l'interesse superindividuale-collettivo di un indiscutibile e radicato sostegno, espressione del principio di "autotutela"<sup>81</sup>.

In conclusione, l'interpretazione – *in primis* quella costituzionalmente orientata – induce a ritenere che, là dove il "collegato lavoro" contempla la possibilità di pattuire "clausole compromissorie (...) che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-*quater* del codice di procedura civile" (art. 31 c. 10), tra queste modalità non sia da includere l'attribuzione, al lodo arbitrale, degli effetti di cui all'art. 2113, co. 4, cod. civ.

Parzialmente diverso è il discorso per il compromesso. In questo caso, come si sa, l'"oggetto della controversia" deve essere determinato<sup>82</sup> e, di conseguenza, l'arbitrato riguarderebbe specifiche situazioni soggettive già sorte. Ciò non toglie che: *a*) si sarebbe pur sempre al di là dell'art. 2113 cod. civ. perché, in virtù delle più volte illustrate caratteristiche strutturali dell'arbitrato, la controversia, se matura negli elementi di fatto, non lo sarebbe ancora in quelli "normativi", sì da andare, anche in questo caso, oltre la disponibilità di una situazione soggettiva "attuale"; *b*) di conseguenza, il lavoratore, nel decidere, in relazione a questa o a quella concreta controversia, se firmare o no il compromesso, si troverebbe a decidere, in sostanza, della regolazione dell'assetto di interessi e non semplicemente della disposizione di un diritto già maturato (e, non va dimenticato, la decisione andrebbe presa sempre "durante" il rapporto).

A differenza della clausola compromissoria, però, il compromesso non riguarderebbe, potenzialmente, tutte le situazioni soggettive del lavoratore. Differenza significativa per salvare, in relazione ad esso, il richiamo all'effetto di cui al co. 4 dell'art. 2113 cod. civ.? Potrebbe darsi, benché si sia sempre, con ogni evidenza, dinanzi a un'operazione decisamente censurabile sotto il pro-

<sup>81</sup> Per quanto concerne invece i possibili dubbi di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 24 Cost., che appaiono logicamente successivi rispetto a quelli inerenti alla disciplina del rapporto, v. nota 83.

<sup>82</sup> Art. 807 cod. proc. civ.

filo tecnico, che richiede non indifferenti acrobazie esegetiche e al contempo induce, per le sue implicazioni sostanziali, a porre di nuovo e a maggior ragione l'attenzione sull'affidabilità del soggetto terzo, della cui importanza nell'equilibrio dell'art. 2113, co. 4, cod. civ. già si è detto, in particolare a proposito della conciliazione. Il punto – giova ripeterlo – è che l'irrilevanza della norma inderogabile amplia, nella nostra materia a dir poco sensibilmente, lo spazio d'intervento dell'arbitro, collocandolo immediatamente sul piano della definizione del regolamento contrattuale, logicamente precedente a quello della mera disponibilità del diritto "attuale". Per converso, e per intenderci appieno, nella transazione o nella rinuncia il quadro giuridico di riferimento è (secondo quanto prima osservato) già definito, sì da potersi configurare un atto dispositivo di un diritto maturato. È per questo che, non facendo acrobazie esegetiche, il richiamo all'effetto di cui al co. 4 dell'art. 2113 cod. civ. non risulta applicabile neanche per il compromesso, finendo per costituire, nel "collegato lavoro", un completo fuor d'opera, e, in ogni caso, per consigliare la massima cautela nella sua applicazione<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> V'è chi, a ragion veduta, ricorda l'importante sentenza della Cass., s.u., 14 novembre 2002 n. 16044 (OLIVIERI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, relazione, "Certificazione, conciliazione e arbitrato nelle controversie di lavoro", Università di Napoli Federico II, 13 maggio 2010). Secondo questa pronuncia, la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria "deve intendersi automaticamente inserita nelle clausole compromissorie relative a controversie di lavoro". Il rilievo della tesi è qui evidente, giacché il "collegato lavoro" prevede espressamente la facoltà in parola solo per l'ipotesi di cui al nuovo art. 412-*quater*, cod. proc. civ. Tuttavia, non va trascurato che la decisione della Cassazione si inserisce in un preciso contesto normativo. Essa, infatti, fa sì riferimento all'art. 24 Cost. e all'art. 6 della Conv. 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ma, al contempo, richiama gli artt. 4 e 5 della l. n. 533/1973, sottolineando in particolare il ruolo autorizzatorio del contratto collettivo e il carattere alternativo non esclusivo dell'arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie; per converso, la Corte non considera alcuna fattispecie in cui centrale è la volontà individuale (stessa osservazione vale per precedenti pronunce della Cassazione, di eguale segno, come le sentenze 20 aprile 1998 n. 4014 e 13 aprile 1995 n. 4219). Muovendo invece dal piano individuale, il discorso dovrebbe tornare alle valutazioni svolte prima nel testo in merito alla legittimità costituzionale della clausola compromissoria anzitutto in relazione all'art. 3, co. 2, Cost. Qualora, anche collocandosi su tale piano, si giungesse comunque a dar rilievo alla conservazione della facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria, si dovrebbero estendere pure alla clausola compromissoria le riflessioni fatte a proposito del compromesso ed avere in più presente, però, che, a differenza di quanto accade con quest'ultimo, il lavoratore si troverebbe a decidere di volta in volta se ricorrere o no a detta autorità (con le evidenziate implicazioni sulla disciplina del rapporto) ritornando su un impegno già preso con il datore, giuridicamente non vincolante ma pur sempre esistente e nei fatti non irrilevante. Più in generale, sull'illegittimità delle norme di legge che prevedono l'arbitrato obbligatorio, v., tra le altre, Corte cost. 4 luglio 1977 n. 127 e 6 giugno 2005 n. 221.

Sempre in questa ottica, v'è poi da considerare che, qualora quel richiamo si salvaguardasse, ritornerebbe decisivo il problema – per intuibili ragioni da rinviare ad altra sede, ma nient'affatto trascurabile, più che mai se la riforma giunge in porto – dei diritti interessati dallo stesso art. 2113 cod. civ., quindi dei suoi confini: le ripercussioni dell'individuazione di un nucleo “duro” di diritti assolutamente indisponibili sull'area delle controversie deferibili ad arbitri sono evidenti.

Qualcuno, dinanzi a queste pagine ed alla complessiva analisi proposta, potrebbe avvertire il peso di un passato che non vuol passare. Ma sarebbe una lettura distorta. Qui non si è riflettuto su possibili operazioni di riforma, anche eventualmente delle categorie fondanti il diritto del lavoro. Come ben sappiamo, negli ultimi decenni la realtà è profondamente mutata e molta acqua è passata pure sotto i “ponti” della nostra materia, sui quali – secondo una metafora a noi giustamente cara<sup>84</sup> – “scorrono le comunicazioni tra diritto e società”. I cambiamenti, tuttavia, riguardano questo o quel profilo della disciplina e comunque presuppongono, ancora, al fondo, lo squilibrio tra le parti contrattuali e la conseguente inderogabilità della disciplina di tutela del prestatore di lavoro subordinato. Per questi motivi, qualsiasi opera di ridefinizione delle linee portanti la materia, se si vuole caratterizzanti la sua stessa identità – che è poi il riflesso della idea di società che abbiamo –, va fatta con equilibrio, consapevolezza e trasparenza: non foss'altro per un'elementare esigenza di rispetto dei circuiti democratici e per evitare che si creino più problemi di quanti se ne risolvano. Benissimo – giova ripeterlo – ha fatto il Capo della Stato ad incentrare su questo profilo l'*incipit* del suo più volte citato messaggio.

#### 9. (Segue) *Le “disposizioni imperative” nel d.lgs. n. 165/2001*

Le conclusioni raggiunte riguardano, naturalmente, anche il lavoro pubblico. E (come si diceva dapprima) costituiscono un necessario passaggio per considerarne i problemi più specifici che, da subito, emergono.

Rammentavo in apertura che, in proposito, relativamente all'arbitrato, nel d.d.l. rinviato alle Camere dal Presidente della Repubblica non v'era alcuna previsione particolare: la lacuna persiste anche nel testo ora all'esame del Senato.

<sup>84</sup> D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, Jovene, 1990, p. xx.

Sempre in apertura, osservavo pure come, su un ipotetico piano di analisi, sia possibile interrogarsi in merito agli intrecci tra la normativa in esame e la recente, nuova fase della riforma del lavoro pubblico (decreto 150), magari riflettendo sull'incidenza, dell'una come dell'altra, sulle posizioni organizzativo-contrattuali delle parti del rapporto di lavoro. È nota, infatti, la diffusa opinione secondo la quale il decreto 150 rafforzerebbe i poteri unilaterali delle amministrazioni sotto vari profili. Per seguire questa prospettiva dovremmo però ampliare sensibilmente il nostro campo d'indagine. Più opportuno, allora, limitarci a considerare quello che, ai nostri fini, è probabilmente l'elemento di maggior interesse dell'ultima fase della riforma del lavoro pubblico.

Mi riferisco all'attribuzione del "carattere imperativo" alle "disposizioni contenute" nel decreto 165 "diverse" da quelle del "capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa"<sup>85</sup>. Carattere imperativo attribuito anche alle "disposizioni" del titolo III del decreto 150<sup>86</sup>. Ricordo che a questo profilo, concernente evidentemente tanto l'arbitrato quanto la conciliazione, avevo rinviato in chiusura del paragrafo 3<sup>87</sup>.

Per quanto riguarda l'art. 2 del decreto 165 – di maggior rilievo sul piano sistematico – pur rievocandone l'originaria ispirazione<sup>88</sup>, è la prima volta, dagli inizi della "privatizzazione", che il legislatore espressamente e in modo perentorio connota le "specifiche" disposizioni (ora) contenute nel decreto 165. Immagino che presto prenderà piede (come del resto già in passato in riferimento alla originaria versione dell'art. 2) il dibattito sulla concreta individuazione delle disposizioni dal carattere "imperativo" e sulle relative conseguenze, partendo probabilmente dalla messa a fuoco dell'esatta portata innovativa della nuova previsione.

Nella stessa logica sin qui seguita, neanche su questo aspetto è il caso di addentrarsi. V'è soltanto da notare che la norma ha una valenza generale "generale", incentrata tuttavia sull'elemento della "diversità" rispetto alla

<sup>85</sup> Art. 2 dello stesso decreto 165, come appunto modificato dall'art. 33, lett. "a", del decreto 150.

<sup>86</sup> Sempre dal decreto 150, art. 29.

<sup>87</sup> Precisamente, segnalandolo come rilevante punto attinente all'ambito oggettivo della conciliazione: anche la conciliazione – come si sa – non può prescindere dalla questione della disponibilità dei diritti (art. 1966 cod. civ.).

<sup>88</sup> La versione originaria della norma faceva "salvi i limiti stabiliti dal (...) decreto per il perseguimento degli interessi generali".

disciplina “privatistica”. Non avrei molti dubbi sul fatto che la sua *ratio* si raccorda, ancora adesso, direttamente all'esigenza di tutelare i peculiari interessi sottostanti al lavoro pubblico, secondo quanto disposto dall'art. 97 Cost.; ovvero gli interessi di cui il Capo dello Stato lamentava la scarsa considerazione.

La tecnica di tutela è quella dei cosiddetti limiti “esterni”, perfettamente coerente con la “privatizzazione”. Ciò, però, non toglie che l'individuazione delle “diverse disposizioni”, dal carattere imperativo, accresca il già altissimo livello di incertezza del nuovo quadro normativo. Incertezza non minore accompagna, poi, la questione dei vincoli di dette disposizioni nei confronti delle amministrazioni dotate di questo o quel grado di autonomia. E qui bisognerà fare i conti di volta volta con le diverse previsioni “di adeguamento” al riguardo dettate (come, ad esempio, gli art. 1 e 27 del decreto 165 o l'art. 31 del decreto 150).

In merito invece agli spazi dell'arbitrato, la “indiretta” presenza dell'interesse datoriale pubblico rende necessaria un'importante precisazione alla luce delle considerazioni svolte.

Per quanto concerne le disposizioni imperative in parola, esse costituiscono un'ulteriore ragione per ritenere inapplicabile, al lodo arbitrale che incide su diritti dalle stesse norme derivanti, il richiamo “all'effetto di cui all'art. 2113, quarto comma, cod. civ.”: sul tappeto – ripeto – vi sono interessi differenti rispetto a quelli sottostanti all'art. 2113 cod. civ., che, al co. 1, contempla norme inderogabili da cui hanno origine “diritti del prestatore di lavoro”. E ciò vale non solo per l'arbitrato, senza distinzione tra clausola compromissoria e compromesso, ma anche per la conciliazione<sup>89</sup>.

Il fatto è che, per le situazioni soggettive derivanti dalle disposizioni imperative in virtù dell'art. 2 del decreto 165, la tecnica contemplata dall'art. 2113 cod. civ. risulta inadeguata “in radice”: con questa tecnica il legislatore ha risolto il rapporto tra norma inderogabile e indisponibilità dei conseguenti diritti in base ad una scelta attenta alla dimensione collettivo/

<sup>89</sup> Secondo quanto osservato in nota 8, per la clausola compromissoria l'art. 31, co. 10, del “collegato lavoro” si limita a richiamare l'art. 409 cod. proc. civ., senza riferimenti all'art. 63, co. 1, del decreto 165, perché, in relazione ad essa, non c'è da *rimuovere* alcuna differenza tra “privato” e “pubblico”: infatti, il rito del lavoro – di cui il suddetto art. 409 cod. proc. civ., come si sa, delimita i confini – trova già applicazione al “pubblico” in virtù proprio dell'art. 63, co. 1, del decreto 165, che, a suo tempo, ha rimosso la preesistente devoluzione ad “altro giudice” (così lo stesso art. 409 cod. proc. civ., n. 5).

individuale dell'interesse del lavoratore subordinato; la presenza di interessi "altri", per converso, ripropone, in termini diversi la questione.

La possibilità di non eliminare in modo radicale il ricorso all'arbitrato e alla conciliazione in relazione ai diritti derivanti dalle "disposizioni imperative" di cui si sta discutendo sembrerebbe passare, anche in questo caso, attraverso l'adozione di un criterio funzionale: si potrebbe ammettere l'utilizzazione di quegli strumenti nei limiti in cui non vi sia contrasto con le finalità della disposizione di volta in volta interessata. Soluzione evidentemente, però, assai problematica, che apre le porte a un sindacato incerto e delicato sull'esito dell'arbitrato e della conciliazione, eppure priva di alternative in assenza di specifici dati normativi in grado di escludere, a priori, un siffatto contrasto (secondo la tecnica, ad esempio, dell'art. 2113 cod. civ., incentrata su elementi di carattere strutturale).

Va da sé che, considerando le tradizionali (e particolari) difficoltà incontrate dalla conciliazione e dall'arbitrato nel lavoro pubblico, non era certo questo il quadro auspicabile. Pure da questa prospettiva, la necessità di ben altra attenzione legislativa è dinanzi agli occhi di tutti.

Non ci si può stupire a questo punto se, nel "collegato lavoro", si ritrova il riferimento "secco" alle associazioni sindacali maggiormente rappresentative<sup>90</sup> o alle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale<sup>91</sup>: nozioni, entrambe, ormai estranee al lavoro pubblico da oltre un decennio. Il tema riguarda queste pagine molto più di quanto a prima vista possa sembrare. Infatti, vi è chi ha richiamato la necessità di rivedere radicalmente l'impostazione del d.d.l., a favore di un ruolo decisamente più centrale per la contrattazione collettiva<sup>92</sup>. Linea, questa, a parer mio meritevole della massima attenzione. Certo, occorrerebbe intervenire anche su altri piani per incentivare gli strumenti giudiziali alternativi (primi fra tutti quello organizzativo). Nonostante ciò, l'apertura alla contrattazione collettiva, anzitutto ed almeno in relazione all'inderogabilità delle norme da essa previste, sarebbe assai rilevante, proprio perché appare difficile contestarne la legittimazione ad intervenire su interessi sopraindividuali rimessi alla sua regolazione. Il problema da affrontare, invero, sarebbe, ancora una volta, quello

<sup>90</sup> Art. 31, co. 6, che riscrive l'art. 412-ter cod. proc. civ.

<sup>91</sup> Art. 31, co. 10.

<sup>92</sup> TREU, *Utilità indiscussa*, cit.

della rappresentanza sindacale. In proposito – è il caso di sottolinearlo – il lavoro pubblico è sicuramente più avanti.

#### 10. *Un'occasione persa?*

In definitiva, sono molti gli argomenti che spingono a censurare l'operazione legislativa *in itinere* sul piano tanto delle scelte di politica del diritto quanto strettamente tecnico. Un'operazione impropria, dai contenuti altamente ambigui e incerti, con un arbitrato al centro della scena, enormemente e “patologicamente” sovraccaricato sul piano funzionale.

Inevitabile una reazione *di rigetto* del sistema.

Dinanzi a tutto ciò, c'è in particolare da chiedersi perché mai il lavoratore subordinato, privato o pubblico, dovrebbe accettare di fare ricorso alla nuova strada arbitrale tracciata; o perché mai la dirigenza pubblica dovrebbe superare le già annose difficoltà incontrate su sentieri decisamente meno tortuosi; o, ancora, se le stesse imprese avranno davvero interesse a correre tutti i rischi che presenta un quadro così fragile.

Insomma, qualora la riforma vedesse la luce senza altre significative modifiche, sarebbe forte il rischio di essere dinanzi a un'ennesima occasione persa. Alla fin fine, ci sarebbe da augurarselo. Non foss'altro perché un profilo appare indiscutibile: in uno scenario caratterizzato da un altissimo tasso di incertezza e da dubbi radicali, l'obiettivo deflattivo corre seriamente il pericolo di tradursi nel suo esatto contrario. Magari l'occasione persa potrebbe essere buona consigliera per riforme più trasparenti e consapevoli: come dire, per costruire, a sostegno del nostro diritto del lavoro, “ponti”, sì, nuovi, ma assai più solidi e funzionali.

#### **Abstract**

La riforma della conciliazione e dell'arbitrato, pur presentando alcune novità indiscutibili, come il ritorno alla conciliazione “facoltativa”, è contraddistinta da un alto tasso di ambiguità e incertezza. In particolare, spicca il patologico sovraccarico funzionale dell'arbitrato, con una confusa sovrapposizione tra equità e norma inderogabile e un improprio richiamo all'art. 2113, co. 4, cod. civ.: profili che toccano snodi cruciali del diritto del lavoro e mettono a serio rischio l'esito positivo dell'intervento riformatore. Per il lavoro pubblico, inoltre, non si rinviene alcun coordinamento con le disposizioni imperative poste a tutela dei peculiari interessi perseguiti dalle pubbliche amministrazioni, disposizioni a cui il legislatore sta più spesso ricorrendo negli ultimi tempi, nonostante la cd. privatizzazione.

The reform of conciliation and arbitration presents a high level of uncertainty and ambiguity, even if it introduces some innovations, such as the coming back to the “facultative” conciliation. It has to be particularly highlighted the overload of improper functions to the arbitration, with a confused superimposition between equity and “inderogability” and an inappropriate reference to Article 2113, paragraph 4, of Civil Code. These aspects touch crucial points of Labour law and risk to prevent a positive outcome of the reform. Furthermore, with reference to public employment, there is not any coordination with the imperative norms protecting the peculiar interests of the public administrations, norms that have been more and more frequently passed, despite the so-called privatisation.