



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Luigi de Angelis

Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"./T – 121/2011



© Luigi de Angelis 2011
Presidente della sezione lavoro della Corte d'Appello di Genova
lgdeangelis@tin.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*

Luigi de Angelis

Presidente della sezione lavoro della Corte d'Appello di Genova

1. La finalità di certezza dei rapporti di lavoro e di deflazione giudiziaria nella l. n. 183/2010.....	2
2. Contraddizioni inflattive: ad esempio, il regime transitorio dei contratti a termine.	3
3. Il tentativo di conciliazione pregiudiziale.	10
4. Il tentativo di conciliazione giudiziale.....	15
5. Il cuore della riforma: l' arbitrato irrituale	16
5.1. In particolare, il criterio di giudizio dell' equità, il lodo e la sua impugnazione.	20
5.2. Cenni a sedi arbitrali e a procedimento.	25
6. Considerazioni conclusive.	26

* Il presente scritto sviluppa la relazione al convegno *Le novità del collegato lavoro (L. 4 novembre 2010, n. 183)*, organizzato dall'Università degli studi di Pavia-Dipartimento di studi giuridici, Dottorato in diritto privato, Curriculum diritto del lavoro e relazioni industriali (Pavia, 7 febbraio 2011). E' destinato, come gli atti del convegno, a DRI, 2011.

1. La finalità di certezza dei rapporti di lavoro e di deflazione giudiziaria nella l. n. 183/2010.

Già alla prima lettura della legge n. 183/2010 se ne coglie con chiarezza l' intento di valorizzare la certezza dei rapporti giuridici. Questo non solo e non tanto al fine di conferire agli operatori economici e sociali prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei loro comportamenti, quanto di rendere più efficiente attraverso la riduzione della domanda una giustizia del lavoro notoriamente in crisi.

L'efficienza della giustizia del lavoro già era stata presa in considerazione negli interventi normativi del biennio precedente, ma nella diversa logica del contrasto all' abuso del processo, sia inteso come strumentale impiego della tutela giurisdizionale, sia inteso come inutile dispendio di attività all' interno del giudizio.¹ Qui, appunto nella differente prospettiva della valorizzazione della certezza dei rapporti giuridici, si è invece pensato al rafforzamento della certificazione dei contratti e, più in generale, al contenimento dei poteri interpretativi e di controllo del giudice, cui si accompagnano, con efficacia dal 31 dicembre 2011 a seguito dell' art. 31, comma 1 *bis* introdotto dall' art. 2, comma 54, l. n. 10/2011 di conversione del d.l. n. 225/2010,² la restrizione dei tempi e la collocazione di ostacoli formali per l' accesso alla giurisdizione con riguardo ad alcune rilevanti materie, e, soprattutto, la valorizzazione della giustizia alternativa a quella statale, e, in particolare, dell' arbitrato irrituale; giustizia alternativa la cui forte penalizzazione ad opera della l. n. 533/1973 era stata intaccata debolmente da successivi interventi normativi e su cui già il *Libro bianco* dell' ottobre 2001 aveva puntato.³

Ho già espresso altrove⁴ i miei dubbi circa la effettiva valenza innovativa delle regole sulla certificazione e sul contenimento dei suddetti

¹ Cfr. se si vuole, L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra ragionevole durata e interventi normativi del biennio 2008-2009*, in *ADL*, 2010, 104 ss., 106 ss., 114 ss. (anche in AA. AA., *Il processo civile riformato*, diretto da M. Taruffo, Zanichelli, Bologna, 2010, 448 ss.).

² Sui problemi posti da tale disposizione di discutibile fattura tecnica cfr. i primi commenti di F. SCARPELLI, *Il nuovo regime delle decadenze*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il "collegato"*, a cura di O. Mazzotta, Jurismaster editore, Montecastrilli, 2010, 55 ss.; P. ALBI, *Impugnazioni e decadenze. Del licenziamento e delle fattispecie assimilate*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il "collegato"*, 75 ss.

³ Cfr. M. MISCIONE, *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in *LG*, 2011, 6; sulla "via del Governo alla giustizia privata" nel *Libro bianco* (e nel ddl. n. 848), sulle relative tensioni politiche, sindacali, giuridiche e sul ripensamento contenuto nel *Patto per l' Italia* cfr. A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell' economia*, diretto da F. Galgano, vol. XXXII, Cedam, Padova, 193 ss. 200 ss.

⁴ L. de ANGELIS, *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, in *LG*, 2011, 160 ss.

poteri del giudice,⁵ ed altrove ho anche fatto cenno alla problematicità della portata *linearmente* deflattiva (v. appresso) di tali regole, nonché ad un qualche problematico interesse alla pure non limpida normativa in tema di tempi e modalità di accesso al giudizio.⁶ Qui riprenderò invece, segnatamente, il tema dell' arbitrato e del tentativo di conciliazione, quest' ultimo ritornato ad essere facoltativo – salva un' ipotesi particolare: v. *infra* - in controtendenza con quanto previsto per varie materie dal d.lgs. n. 28/2010⁷ e in contraddizione con la logica deflattiva di cui si è detto (v., però, ancora *infra*),⁸ come facoltativo era con la l. n. 533 cit.

2. Contraddizioni inflattive: ad esempio, il regime transitorio dei contratti a termine.

Delle riflessioni che toccano il tema della deflazione giudiziaria devono però avvertire dagli effetti di *deflazione cattiva*⁹ che possono accompagnarsi ad alcuni istituti (v. la certificazione); deflazione cattiva qui intesa come autolimitazione di fatto o obliquo scoraggiamento nell' esercizio dei diritti figli dell' equivoco dato dal crisma di ufficialità dell' operazione certificatoria e della correlata, pure inesistente, intangibilità

⁵ Conf. M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell' art. 30 l. n. 183 del 2010*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il "collegato"*, cit., 10 ss., spec. 20 ss., 31 ss.; L. NOGLER, *Opinioni sul "collegato lavoro"*, in *DLRI*, 2011, 124 ss., 132; L. de ANGELIS, *ibid.*, 133 ss.; per differente posizione cfr. C.A. NICOLINI, *Certificazione dei contratti e contenzioso nel "Collegato lavoro"*, in *LG*, 2011, 353 ss.

⁶ L. de ANGELIS, *Collegato lavoro 2010*, cit., 161 ss.; favorevole, pur rilevando la farraginosità della disciplina, è A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *MGL*, 2010, 212; ID., *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *MGL*, 2010, 902 ss.; *contra*, tra gli altri, V. SPEZIALE, *La certificazione e l' arbitrato dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, n. 118, in www.unict.it, 6 ss.; L. MENGHINI, *Il nuovo regime delle decadenze nel Collegato lavoro 2010*, in *LG*, 2011, 41 ss.; L. GIASANTI, *Novità in materia di contratti a tempo determinato*, in *QL*, 2011, n. 1, 24 ss., anche in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il "collegato"*, cit., 106 ss. (da ora le citazioni dalla rivista); F. SCARPELLI, *Il nuovo regime delle decadenze*, cit., 34 ss.. Per un approfondito quadro dei vari problemi che la disposizione pone cfr. altresì P. ALBI, *Impugnazioni e decadenze*, cit., 60 ss.

⁷ Cfr. Marco DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in *LG*, 2011, 58, il quale però pone in luce le differenze tra tentativo di conciliazione e tentativo di mediazione.

⁸ Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell' arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *DLM*, 2010, 142, con riguardo al testo rinviato alle Camere dal Presidente della Repubblica.

⁹ Mutuo, come ho già fatto in altre occasioni, la terminologia da S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia nel settore civile*, ne *La giustizia tra diritto e organizzazione*, Atti del convegno nazionale sul tema (Torino, 13-15 novembre 1987), Tipografia Scaravaglio & c., Torino, 18 ss.; anche, con il titolo *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in *RTDPC*, 1988, 754.

degli impegni (invalidi) presi. Sono del parere, pur pensando da tanto tempo che la deflazione *buona* sia un valore, che un ordinamento non debba auspicare e debba anzi rifiutare una deflazione cattiva,¹⁰ non solo in quanto essa non è commendevole sul piano etico, ma in quanto ne mina la credibilità e l' autorevolezza, per questo alla fine non pagando neppure sul piano deflattivo.

Come pure, non può non rilevarsi come la l. n. 183 cit. taccia, o consideri marginalmente,¹¹ sulla parte di contenzioso, quello previdenziale e assistenziale, che secondo l' ultima relazione del primo presidente della corte di cassazione sull' amministrazione della giustizia rappresenta quasi i due terzi delle cause sopravvenute avanti i giudici del lavoro del Paese,¹² in tal modo restringendo la (già problematica) portata deflattiva delle misure introdotte ad un' area limitata di controversie, e quindi limitandone già *a priori* l' impatto sull' efficienza della complessiva giustizia del lavoro.¹³

Vi è altresì da segnalare che tale problematica portata deflattiva deve poi scontare la notevolissima incertezza, con le conseguenti ricadute espansive del contenzioso, legata ad alcuni aspetti della disciplina, anche sostanziale, della l. n. 183.

A quest' ultimo riguardo un esempio è dato dalla c.d. normativa transitoria in materia di contratti a termine. Si tratta di un esempio di particolare significatività in ragione del numero elevatissimo di controversie pendenti avanti i giudici del lavoro, e sulle quali già si era abbattuto *in area*¹⁴ un precedente intervento legislativo (v. art. 4, comma 1 *bis* d.lgs. n. 368/2001), vulnerato dalla corte costituzionale (v. appresso), che era stato pensato essenzialmente con riguardo ai contratti a termine stipulati da una società per azioni a capitale pubblico. E quello della suddetta disciplina transitoria è appunto solo un esempio: si pensi,

¹⁰ Cfr., se vuoi, L. de ANGELIS, *Giustizia del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, 134 ss.; ID., *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *RIDL*, 1994, I, 339 ss.

¹¹ Così M. CINELLI, G. FERRARO, *La giustizia del lavoro nella visione del "collegato": crisi del processo e tecniche deflattive*, in AA. VV., *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, a cura di M. Cinelli e G. Ferraro, Giappichelli, Torino, 2011, XXI; M. CINELLI, *Le controversie previdenziali ed assistenziali*, in AA. VV., *Il contenzioso del lavoro*, cit., 326 ss., che tiene conto di quanto previsto dagli artt. 33 e 38 l.n. 183/2010.

¹² 281.719 di cause di previdenza contro 150.734 di cause di lavoro, privato e pubblico: cfr. E. TARQUINI, *Prime riflessioni su conciliazione ed arbitrato nella l. 4 novembre 2010, n. 183*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il collegato*, cit., 90 ss.

¹³ Conf. M. CINELLI, G. FERRARO, *op. loc. ult. cit.*; R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 146 ss.; E. TARQUINI, *Prime riflessioni*, cit., 90.

¹⁴ E non solo: v. l' art. 2, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 368/2001 e le relative delicatissime questioni che ha posto, sulle quali cfr. P. GHINOY, *Il contratto di lavoro a tempo determinato tra flessibilità e sicurezza: profili giurisprudenziali*, di prossima pubblicazione in *QL*, 2011, § 2.

per riferirmi ad altri profili, ai dubbi interpretativi che pongono le nuove disposizioni sui termini e i modi d' accesso alla giurisdizione cui prima si è fatto cenno.¹⁵

Ebbene, sicuramente non giova alla certezza giuridica e alla deflazione giudiziaria il fatto che valga anche "per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge" (art. 32, comma 7, l. cit.) la sostituzione del regime risarcitorio di diritto comune derivante, per *jus receptum*, dalla nullità dell' apposizione del termine, con un risarcimento del danno commisurato ad un certo numero di mensilità di retribuzione determinato, all' interno di un minimo e di un massimo, in ragione di una serie di parametri (art. 32, comma 5, l. cit.).

Sempre l' art. 32, comma 7 cit. ha poi precisato che, "con riferimento a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e 6, il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile".

La ora trascritta precisazione era inevitabile dal momento che la disposizione sui giudizi pendenti riguarda per definizione i processi già iniziati, per i quali, pertanto, le allegazioni e le prove relative ai suddetti parametri non potevano essere contenute negli atti introduttivi delle liti e nelle memorie costitutive; per cui i giudici non sarebbero stati in grado, o potevano non esserlo, di utilizzare i parametri stessi, con la conseguenza che la nuova regola non avrebbe potuto funzionare appunto nei giudizi pendenti.

Sennonché, sempre la precisazione mette in crisi l' onnicomprensività del testo ("tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti...") innanzitutto in quanto ciò che è in esso contemplato è incompatibile con il giudizio avanti la corte di cassazione, nel quale non può esservi istruttoria. In proposito, in una recente ordinanza¹⁶ il giudice di legittimità, prendendo forse spunto dai rilievi contenuti in una relazione

¹⁵ Per l' indicazione di alcuni dubbi interpretativi, cfr., ad es., E. GRAGNOLI, *Nuovi profili dell' impugnazione del licenziamento*, in *ADL*, 2011, 45 ss.; G. MIMMO, *Decadenza e regime sanzionatorio: come il "collegato lavoro" ha modificato la disciplina del contratto a termine*, in *ADL*, 2011, 90 ss.; E. BOGHETICH, *Tutela dei diritti del lavoratore e nuovi termini di decadenza*, *ADL*, 2011, 71 ss.

¹⁶ Cfr. Cass. ord. 28 gennaio 2011, n. 2112, in *MGL*, 2011, 41, con nota di A. VALLEBONA, *Indennità per il termine illegittimo: palese infondatezza delle accuse di incostituzionalità*, anche in *QL*, 2011, n. 2, 59, con commento di F. NISTICO', *Il Collegato lavoro al (primo) vaglio della Consulta*.

del proprio Ufficio del massimario,¹⁷ ha riconosciuto che le su riportate "espressioni si riferiscono espressamente al giudizio di merito", ma ha poi rilevato, richiamando Corte cost. 14 luglio 2009, n. 214,¹⁸ che la diversità di trattamento sostanziale tra lavoratori discriminerebbe gli stessi per il fatto meramente accidentale della pendenza del processo avanti il giudice di merito o avanti la corte di cassazione. Utilizzando, pertanto, la tecnica dell' interpretazione costituzionalmente orientata ha ritenuto che il nuovo regime si applichi appunto anche se il giudizio al momento dell' entrata in vigore della l. n. 183 cit. penda avanti la corte di cassazione, la quale, si badi bene, dovrebbe cassare la pronuncia che non ne ha tenuto conto con rinvio al giudice di merito, a che esso determini, esercitati i poteri previsti dall' art. 421 c.p.c., l' ammontare dell' indennità.¹⁹ Così facendo, però, l' ordinanza in questione, che pure ha il merito di non avere accolto la provocatoria tesi *contra voluntatem legis*, anch' essa presente nel già esistente dibattito sul collegato²⁰ e nella suddetta relazione, secondo cui la nuova disciplina configurerebbe una penale che si aggiunge al regime risarcitorio,²¹ rompe con il testo dell' art. 32, comma 7 per il quale è il giudice della causa pendente – e quindi, nell' ipotesi contemplata, la stessa corte di cassazione e non il giudice della fase rescissoria - a dover provvedere agli adempimenti in questione²². L' ordinanza non considera,

¹⁷ In data 8 gennaio 2011, redatta da F. BUFFA. Cfr., nella medesima direzione, P. TOSI, *Le impugnazioni con decadenza nel Collegato lavoro 2010*, in *LG*, 2010, 20 ss.; G. MIMMO, *Decadenza e regime sanzionatorio*, cit., 103 ss.

¹⁸ In *FI*, 2010, I, 46, con nota di A.M. PERRINO, e in altre riviste.

¹⁹ Analogamente cfr. G. IANNIRUBERTO, *Il contratto a termine dopo la l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *MGL*, 2011, 21 ss.

²⁰ Cfr. B. COSSU, F.M. GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato*, in *MGL*, 2010, 898 ss., che pure – 899 – danno atto che è una tesi difforme dall' intenzione del legislatore quale esplicitata nei lavori parlamentari; in giurisprudenza, Trib. Napoli 21 dicembre 2010, in *QG*, 2010, 198; Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010, in *GLav*, 2010, n. 49 (m.), con commento critico di F. PUTATURO DONATI, *Sulla natura della nuova sanzione per conversione del contratto a termine; contra*, tra gli altri, P. TOSI, *Le impugnazioni con decadenza*, cit., 19; F. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno nel contratto a termine*, in *AA. VV.*, *Il contenzioso del lavoro*, cit., 292 ss.; L. GIASANTI, *Novità*, cit., 36 ss.; M. MISCIONE, *Il Collegato lavoro 2010*, cit., 13, pur se problematicamente; Trib. Roma 28 dicembre 2010; Trib. Milano 29 novembre 2010, in *Boll. Adapt.*

²¹ La tesi ci riporta indietro nel tempo, *mutatis mutandis*, alla sofisticata lettura dell' art. 18 l. n. 300/1970, isolata in dottrina, disattesa dalla corte di cassazione e resa poi improponibile dalla modifica introdotta dalla l. n. 108/1990, di M. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1973, 41 ss.; ID., *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, in *LD*, 1988, 104 ss.; ID., *La difficile strada della coercizione indiretta*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, II, Jovene, Napoli, 1989, 1189 ss.

²² *Contra*, P. TOSI, *Le impugnazioni con decadenza*, cit., 21; F. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento*, cit., 296.

inoltre, che sempre il testo della legge richiama l' art. 421 cit. inerente i poteri istruttori ufficiosi del giudice di primo grado e non l' art. 437 c.p.c., che contempla i diversi poteri ufficiosi del giudice d' appello, quel giudice che ha emesso la sentenza cassata e avanti al quale va rinviata la causa a seguito della pronuncia rescindente.²³

Circa quest' ultimo aspetto, si è in senso contrario rilevato da un autore che anche il giudice d' appello dovrebbe esercitare i poteri dell' art. 421 – e non quelli del giustamente (suo ad avviso) non richiamato art. 437 c.p.c. – a fronte della mancata applicazione della disposizione da parte del primo giudice, vuoi per una errata scelta interpretativa, vuoi per la posteriorità del nuovo diritto;²⁴ rilievo cui va obiettato che in tal caso, e non ove fosse applicabile l' art. 437, dovrebbe però essere stato introdotto motivo di censura in punto, che invece per definizione manca e per il quale la legge non ha previsto la riapertura dei termini, in cui appunto si risolve la disciplina dell' art. 32, comma 7 cit. E sempre l' ordinanza n. 2112 cit. e le tesi dottrinali nello stesso senso non considerano che è stata invece prevista la rimessione in termini per la eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni, la quale è sistematicamente congeniale e vorrei tipica del giudizio di primo grado, e non dei motivi di impugnazione; circostanza, questa, che chiude più in generale, e quindi al di là dei prima trattati aspetti istruttori, il cerchio nella direzione non solo dell' inapplicabilità del nuovo regime al giudizio di cassazione ma anche all' appello.²⁵

A tale proposito in due sentenze emesse qualche giorno prima dell' ordinanza in questione,²⁶ e in altra successiva,²⁷ il giudice di legittimità ha ritenuto inammissibile l' esame dell' applicabilità alle ipotesi di specie dell' art. 32, comma 5 cit. sul rilievo della mancanza dei motivi e del quesito di cui all' art. 366 *bis* c.p.c. in ordine alle conseguenze patrimoniali della nullità dell' apposizione del termine, e quindi del formarsi del giudicato interno sul capo posto che esso, secondo la corte, costituisce capo autonomo.

²³ Conf. V. DE MICHELE, *La riforma del processo del lavoro nel Collegato lavoro 2010*, in *LG*, 2011, 112 ss.;

²⁴ Cfr. P. TOSI, *Le impugnazioni con decadenza*, cit., 21.

²⁵ A. VALLEBONA, *Indennità per il termine illegittimo*, cit., 51; ID., *Il Collegato lavoro*, cit., 905; ID., *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, cit., 213 ss.; de ANGELIS, *Collegato lavoro 2010*, cit., 162; L. GIASANTI, *Novità in materia*, cit., 43; M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *MGL*, 2010, 886 ss.; ID., *Entità del risarcimento fissata dal giudice*, in *GDir.* 2010, n. 48, inserto, IX ss.

²⁶ Cfr. Cass. 3 gennaio 2011, n. 65 e Cass. 4 gennaio 2011, n. 80, la prima con medesimo presidente e relatore di Cass. ord. n. 2212 cit., la seconda con diverso relatoreXXX.

²⁷ Cfr. Cass. 23 marzo 2011, n. 6634.

Già tale autonomia *di per sé* non convince.²⁸ La cessazione del rapporto di lavoro connessa alla *validità* dell' apposizione del termine scaduto implica infatti automaticamente il venir meno del risarcimento del danno derivante dall' *invalidità*, che di esso costituisce una premessa logica necessitata.²⁹ E' allora corretto che si censuri da parte del datore di lavoro, in cassazione o in appello, una sentenza che abbia accertato la nullità del termine e nulla si lamenti quanto al risarcimento, che per ipotesi può essere stato puntualmente quantificato o addirittura quantificato erroneamente ma a vantaggio del datore di lavoro, e che però viene a mancare con la cessazione del rapporto di lavoro (a seguito dell' accoglimento dell' impugnazione). Il giudicato si formerebbe nell' ipotesi opposta, in cui si sia ritenuta l' invalidità dell' apposizione del termine. Ma anche in considerazione di un caso come questo la ragionevolezza della disciplina richiederebbe che la riapertura dei termini fosse consentita.

Vi è poi che sempre la riapertura dei termini XXX è sacrosantamente legata appunto alla novità della disciplina, sicché una legge che la ritenesse applicabile al giudizio di cassazione – e, lo si ripete, è lo stesso, all' appello – non poteva non contemplarla espressamente anche per esso pena l' evidente, irragionevole iniquità del risultato giudiziale.

E' invece molto più lineare e corrispondente alla struttura anche testuale delle disposizioni ritenere – ed in tal senso è la prevalente giurisprudenza di merito già formatasi,³⁰ pur se prima (ma qualche pronuncia anche dopo) di Cass. ord. n. 2112 cit (da allora la maggior parte dei giudici hanno rinviato le cause in attesa della decisione del giudice delle leggi) - che i giudizi pendenti per cui opera l' art. 32, comma 5 siano sì *tutti*, ma quelli di primo grado, ai quali, si è detto, è congeniale che il giudice possa autorizzare le eventuali integrazioni delle domande e delle eccezioni e rispetto ai quali può esercitare i poteri dell' art. 421, e per i quali ovviamente non si pone la questione dei motivi d' impugnazione.

A quest' ultimo proposito alla luce della nuova legge si deve forse ritenere che tale esercizio, se necessario, come recita l' art. 32, comma 7, non sia discrezionale ma obbligatorio, in punto la disposizione fortificando il carattere cogente della regola rispetto agli approdi già XXX rafforzati

²⁸ Conf., in punto, F. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno*, cit., 297.

²⁹ Dubbi in proposito solleva P. TOSI, *Le impugnazioni con decadenza*, cit., 21

³⁰ Cfr. App. Genova 12 gennaio 2011, e altre della corte genovese; App. Milano 15 dicembre 2010; App. Roma 30 novembre 2010, in *QG*, 2010, 201; *contra*, Trib. Roma 28 dicembre 2010, cit.

raggiunti dall' interpretazione giurisprudenziale dell' art. 421,³¹ ed evitando profili di incostituzionalità, *sub specie* dell' art. 24 cost., derivanti dal rapportare la difesa non ad un diritto ma al solo potere-dovere del giudice.

E' infine importante sottolineare come il restringimento ai giudizi di primo grado della disciplina non pare *di per sé* porsi in tensione con la carta-base, come la corte di cassazione ha invece ritenuto per adottare in quanto *adeguatrice* la interpretazione opposta: solo nel primo caso non è infatti intervenuto un accertamento sulla validità dell' apposizione del termine, negativo o positivo che sia; caso che è peraltro molto diverso dalla norma *controchiovenda* (contenuta nell' art. 4, comma 1 *bis* d.lgs. n. 368 del 2001) presa in esame dalla corte costituzionale nella decisione richiamata da Cass. n. 2112/2011 cit. e contemplante la applicazione del regime meno favorevole per il lavoratore non *anche* ai giudizi in corso ma *solo* ad essi, in tal modo facendo sì che il processo non servisse per ottenere quello e proprio quello che è riconosciuto dalla tutela sostanziale, ma per perderlo.

Altri sono i profili di costituzionalità della nuova disciplina, alcuni dei quali messi in luce da Cass. ord. 2112/2011 cit. nel sottoporla allo scrutinio del giudice delle leggi³² e ai quali se ne potrebbero aggiungere altri ancora. E anch' essi concorrono a ribadire quanto dicevo all' inizio del paragrafo – a questo mi è servita, ed esemplificativamente, la lunga digressione – e cioè che la normativa adottata non solo non risponde all' intento di rafforzamento della certezza dei rapporti e di deflazione sotteso alla l. n. 183, ma lo tradisce laddove crea serissimi margini d' incertezza interpretativa e costituzionale, e quindi inflazione giudiziaria, in una materia, lo si ribadisce, presente in quantità rilevantissima nelle aule di giustizia.³³ E che inflazione se la corte di cassazione deve cassare le

³¹ Mi riferisco all' indirizzo, ormai consolidato, che configura come potere-dovere e non più come potere discrezionale, il potere istruttorio officioso del giudice di cui all' art. 421 c.p.c.: cfr., ad es., Cass. 10 dicembre 2008, n. 29006, in *RFI*, 2008, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 99; Cass. s.u. 17 giugno 2004, n. 11353, in *FI*, 2005, I, 1135, con nota di E. FABIANI, *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori d' ufficio del giudice del lavoro*. In argomento cfr., da ult., M. TARUFFO, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario al c.p.c.*, a cura di S. CHIARLONI, libro primo: Disposizioni generali art. 112-120, Zanichelli, Bologna, 2011, 477.

³² La questione di costituzionalità, in riferimento agli arrtt. 117, 11, e 111 cost. è stata sollevata anche da Trib. Trani ord. 20 dicembre 2010, in *MGL*, 2011, 41, con la citata nota di A. VALLEBONA; anche in *QL*, 2011, n. 2, 59, con l'anch' esso citato commento di F. NISTICO'.

³³ Conf. A. VALLEBONA, *Indennità per il termine illegittimo*, cit., 51; spunto in tal senso è nel messaggio motivato alle Camere del Presidente della Repubblica (v. *infra*, § 5), come

sentenze d' appello e i giudici appunto di appello devono riaprire l' istruttoria nelle cause in cui l' apposizione del termine sia ritenuta illegittima! Senza dire dello sconcerto, e quindi della caduta di credibilità verso il sistema, che il cambio *in movimento* di disciplina non può non provocare nei confronti delle parti che già hanno ottenuto una pronuncia sulla base della normativa precedente.

3. Il tentativo di conciliazione pregiudiziale.

Ritornando al tentativo di conciliazione, si è già accennato a come sia tornato ad essere facoltativo (v. art. 31, comma 1, l. n. 183/2010, che ha sostituito l' art. 410 c.p.c.) – e trattandosi di disciplina processuale la connessa eliminazione della sospensione e improcedibilità del giudizio in mancanza di proposizione del tentativo obbligatorio è di immediata applicazione e si applica quindi anche ai giudizi in corso ³⁴ secondo quanto già previsto nel d.l.l. n. 1163 (c.d. Sacconi) della scorsa legislatura, evidentemente sull' idea molto diffusa che il tentativo obbligatorio non abbia dato buoni frutti divenendo anzi un inutile orpello burocratico che ha allungato di qualche mese i tempi del processo sì da essere in pratica demolito dalla corte di cassazione.³⁵ In un progetto³⁶ redatto anch'esso in precedente legislatura ed anch' esso partecipe di quell' idea, si era invece lasciata l' obbligatorietà del tentativo di conciliazione, e si era però unificata la disciplina per il lavoro privato e per quello pubblico e si era prevista qualche misura di rafforzamento di motivazioni e attrezzatura culturale degli organi conciliatori. Soprattutto, si era conferito alla fase conciliativa legalmente disciplinata – restavano,

riconosce P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria*, in *RIDL*, 2010, I, 484, anche nota 11.

³⁴ Cfr. A. VALLEBONA, *Il Collegato lavoro*, cit., 906; A. CORVINO, M. TIRABOSCHI, *La conciliazione in materia di lavoro e la conciliazione obbligatoria per i contratti certificati*, in AA. VV., *Collegato lavoro Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, a cura di M. Tiraboschi, Gruppo24ore, Milano, 2011, XXX, 22; *contra* M. MISCIONE, *Il Collegato lavoro*, cit., 10, anche sulla base della circolare 25 novembre 2010, prot. 11/1/0003428/MA002.A001, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali; G. FERRARO, *La conciliazione*, in AA. VV., *Il contenzioso di lavoro*, cit., 70.

³⁵ Così Marco DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale*, cit., 58, anche riferimenti alla nota 2; cfr. altresì (R. TISCINI), F. VALERINI, *Il tentativo di conciliazione*, in AA. VV., *I profili processuali del collegato lavoro*, a cura di B. Sassani e R. Tiscini, Dike giuridica editrice, Roma, 2011, 18 scrive di reazione del legislatore all' inefficienza del tentativo di conciliazione, ma ad un tempo sostiene sia pure problematicamente la non con divisibilità della scelta del ritorno alla facoltatività.

³⁶ Si tratta del c.d. Progetto Foglia, che può leggersi in *FI*, 2007, V, 209 ss., preceduto dalla relazione generale (189 ss.); relazione generale e testo del Progetto possono altresì leggersi in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro*, a cura di A. Allamprese e L. Fassina, Ediesse, Roma, 2007, 187 ss., e, rispettivamente, 227 ss.

infatti, ma a certe condizioni, il tentativo in sede sindacale e avanti le direzioni provinciali del lavoro – un carattere precontenzioso endogiudiziale, nel senso d' innestarla nel procedimento ex art. 414 ss. c.p.c.³⁷

In realtà, uno studio redatto nel 2002 su dati sì risalenti ma riferentesi ad anni particolarmente significativi ci dice che i risultati dell' obbligatorietà del tentativo fossero migliori di quanto dicesse la *vulgata*.³⁸ Essi avrebbero poi potuto essere ancora più proficui se non ci fosse stata una diffusa cultura pregiudizialmente ostile, che ebbe forte sostegno nella assoluta mancanza di investimenti e sforzi formativi sui conciliatori individuati dalla normativa, e, ancor prima, nella disattenzione al problema da parte della legislazione di allora; profili cui in qualche modo s' intendeva ovviare, l' ho prima accennato, nel progetto Foglia (che pure per il resto mi è in altra sede³⁹ parso non condivisibile). E' stato questo un gravissimo limite di quella che continuo a ritenere una buona opzione, dal momento che la capacità di comprensione giuridica delle singole vicende, la motivazione a far bene e l' autorevolezza del conciliatore sono cruciali al fine di aumentare le possibilità di buon esito del tentativo.

L' idea negativa dei risultati dell' obbligatorietà del tentativo di conciliazione immanente al ritorno alla sua facoltatività non impedisce la contraddizione di tale ritorno con lo spirito deflattivo di cui si è detto, confortata anche dall' assoluta ineffettività del tentativo facoltativo di conciliazione prima della modifica dell' art. 410 da parte del d.lgs. n. 80 del 1998, che veniva utilizzato solo per formalizzare e rendere intangibili, ai sensi dell' art. 2113, comma 4, c.c., intese già raggiunte altrove.

Il collegato lavoro ha voluto forse risolvere la contraddizione puntellando la disciplina appunto del tentativo facoltativo con regole procedurali – pure da alcuni apprezzate in quanto razionalizzatrici -⁴⁰ che dovrebbero rafforzarne l' effettività e che invece non sembrano idonee a ciò.

Circa il tentativo facoltativo di conciliazione avanti le commissioni di conciliazione (o avanti il collegio di conciliazione e arbitrato irrituale: v. *infra*) – sono utilizzabili anche altre sedi, prime fra tutte quelle previste

³⁷ Per considerazioni critiche in proposito cfr. M. MAGNANI, *Quale riforma per il processo del lavoro?*, in *DRI*, 2007, 351.

³⁸ Cfr. P. MATTEINI, *La conciliazione e l' arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il d.lgs. 80/1998: è stato proprio un fallimento?*, in *LD*, 2002, 657 ss.; conf. A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata*, cit., 218 ss.

³⁹ Cfr. L. de ANGELIS, *Rilievi critici al Progetto Foglia di riforma del processo del lavoro*, in *ADL*, 1247 ss.

⁴⁰ Cfr. Marco DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative*, cit., 58.

dalla contrattazione collettiva⁴¹ – si tratta di regole procedurali abbastanza articolate (art. 31, comma 1, cit.) e che ricalcano quanto attualmente previsto per il tentativo di conciliazione obbligatorio per le controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.⁴² Esse appaiono poco congeniali ad un tentativo di conciliazione facoltativo anche per i costi che XXX sottendono e che rendono ancor più problematica la concreta utilizzazione dello strumento,⁴³ e che si spiegano in ragione della maggiore probabilità di successo del tentativo in una situazione di maggiore contezza della controversia da parte dell'organo conciliatore, nonché in ragione del fatto che in qualunque fase del tentativo di conciliazione avanti le commissioni o al termine di esso le parti, se appunto il tentativo non sia riuscito, possono accordarsi affinché l'organo conciliativo decida in sede d'arbitrato. E l'arbitrato, pur se irrituale, richiede come tale un *minimum* di regole della fase introduttiva oltre che della trattazione, dell'istruttoria e della decisione. A maggior ragione norme procedurali sono stabilite per il tentativo facoltativo di conciliazione innanzi il collegio di conciliazione e arbitrato irrituale che la legge pure contempla all'art. 31, comma 8 (che ha sostituito l'art. 412 *quater* c.p.c.); tentativo il quale, in caso di mancata conciliazione, sfocia necessariamente in arbitrato irrituale, che si conclude, previo interrogatorio delle parti e ammissione ed assunzione delle prove, se occorrenti, ovvero immediatamente, con lodo. L'art. 31, comma 6, che ha sostituito l'art. 412 *ter*, stabilisce poi che la conciliazione e l'arbitrato in materia possono essere svolti anche presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative.

L'utilizzazione del tentativo avanti la commissione è ulteriormente scoraggiata dal fatto che, ai sensi dell'art. 31, comma 3, che ha sostituito l'art. 411 c.p.c., la commissione, in caso di mancato accordo, deve formulare una proposta i cui termini, se essa non è accettata, vanno riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti, il quale va allegato nel successivo giudizio in uno con le memorie delle parti (v. *infra*), e nel fatto che appunto in sede di giudizio il giudice deve tener conto (deve intendersi, ai fini delle spese: v. ancora *infra* circa la proposta fatta dal giudice nel tentativo di conciliazione giudiziale) delle risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata

⁴¹ Per rilievi critici al riguardo cfr. V. SPEZIALE, *La riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, cit., 417.

⁴² Tra gli altri, E. GHERA, L. VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *MGL*, 2010, 868.

⁴³ Per un giudizio icasticamente negativo cfr. M. MISCIONE, *Il collegato lavoro*, cit., 9.

senza adeguata motivazione.⁴⁴ Senza dire che se la parte destinataria della richiesta intenda accettare la procedura deve depositare presso la commissione di conciliazione, entro venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le difese e le eccezioni di fatto e di diritto, nonché le eventuali domande riconvenzionali, così venendo ad anticipare – cioè a scoprire - *ante causam* la sua strategia difensiva.

Ove ciò non avvenga, la legge, a differenza di quanto previsto nel già richiamato Progetto Foglia ma nella più razionale logica dell'obbligatorietà del tentativo *ivi* contemplata, non prevede preclusioni con riguardo al successivo giudizio di merito, e queste, incidendo sul diritto di difesa, non sembrano ricavabili dalla perentorietà del disposto anche con riguardo al termine (come non sembra preclusa la modifica o l'integrazione della strategia processuale). Conseguenza dell'inosservanza della disposizione pare allora essere che la commissione possa in tal caso non dar corso alla fissazione, nei giorni successivi al deposito, della comparizione delle parti per il tentativo ai sensi di quanto dispone il secondo periodo dell'art. 410, comma 7 c.p.c. Ulteriore conseguenza è l'altra stabilita dal periodo immediatamente seguente, e cioè che "ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria". Il che significa pure che, altrimenti, e cioè se a fronte dell'istanza vi sia stato il deposito della memoria correttamente formulata, le parti *non siano libere*, nel senso che la eventuale domanda giudiziale da loro introdotta sia improponibile.⁴⁵ L'abrogazione dell'art. 412 *bis* c.p.c. ad opera dell'art. 31, comma 15 l. n. 183/2010 si coordina allora con l'art. 410, comma 7 cit. ritenendosi che, per non essere obbligatorio il tentativo, il suo mancato espletamento non può più incidere sulla procedibilità dell'azione giudiziale, ma se ad esso si è fatto facoltativamente ricorso da entrambe le parti l'azione medesima è *medio tempore* paralizzata appunto ai sensi dell'art. 410, comma 7. Se così non fosse, del resto, ci troveremmo di fronte ad una procedimentalizzazione priva di senso.

Tutto ciò potrebbe in qualche modo condurre, per converso, alla valorizzazione del tentativo di conciliazione in sede sindacale,⁴⁶ in quanto ad esso non si applicano le regole procedurali previste dall'art. 410 (art. 411, comma 3, nuovo testo) ma quelle – eventualmente meno impegnative - stabilite dalla contrattazione collettiva, né si applicano le regole dell'art. 411, comma 3 che si riferiscono alla conciliazione appunto esperita ai sensi dell'art. 410.

⁴⁴ Conf. V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione*, cit., 142.

⁴⁵ *Contra*, Marco DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative*, cit., 60.

⁴⁶ Conf. E. GHERA, L. VALENTE, *op. loc. ult. cit.*

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione pregiudiziale è invece rimasta con riguardo all' ipotesi prevista dall' art. 80, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, e cioè quella di chi intenda proporre ricorso giudiziale contro la certificazione dei contratti di lavoro, istituto avente espressa finalità deflattiva già nel d.lgs. n. 276/2003 e che ora è stata confermato con riguardo alla qualificazione dei contratti di lavoro ed esteso a tutto il contenzioso in materia di lavoro.⁴⁷

Prevedendosi l' obbligatorietà di tale tentativo si è voluta rafforzare in qualche modo la modesta vigoria di questo istituto,⁴⁸ anche se l' abrogazione dell' art. 412 bis c.p.c. ha posto il problema delle conseguenze della mancata attivazione del tentativo medesimo, per qualcuno essa non essendo assistita da sanzione,⁴⁹ per altri dovendosi applicare per analogia l' art. 5 d.lgs. n. 28/2010 cit.⁵⁰ o l' art. 443 c.p.c., direttamente o per analogia a seconda che l' impugnazione della certificazione sia proposta o meno da enti previdenziali o a fini previdenziali.⁵¹

L'obbligatorietà è invece scomparsa con riguardo ad altre ipotesi di tentativo di conciliazione tipizzate e peraltro a mio avviso già travolte dalla disciplina generale contenuta nella novellazione dell' art. 410 c.p.c. attuata dall' art. 36, comma 1, d.lgs. n. 80/1998, come l'ipotesi di cui all' art. 5 l. n. 108/1990.⁵²

Merita infine di essere sottolineato che a norma dell' art. 31, comma 9, l. n. 183/2010 "Le disposizioni degli articoli 410, 411, 412, 412-ter e 412-quater del codice di procedura civile si applicano anche alle controversie di cui all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165". Sicché "gli articoli 65 e 66 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono abrogati". E' stata quindi eliminata la differenza di disciplina del tentativo di conciliazione tra rapporti di lavoro alle dipendenze dei privati e rapporti di lavoro alle dipendenze di

⁴⁷ Cfr. A. CORVINO, M. TIRABOSCHI, *Il rilancio della certificazione: nuovi ambiti di operatività e "tenuta" giudiziaria*, in AA. VV., *Collegato lavoro Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183, cit.*, 9.

⁴⁸ G. FERRARO, *La conciliazione nelle controversie di lavoro*, in AA. VV., *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di A. Vallebona, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. IX, Cedam, Padova, 2011, 606, scrive di "fine di assicurare una qualche credibilità alle procedure di certificazione".

⁴⁹ Cfr. P. SORDI, *Controversie, stesso iter per tutti i datori*, in *GDir.*, 2010, n. 48, inserto, XIV.

⁵⁰ M. BOVE, *ADR nel collegato lavoro (Prime riflessioni sull' art. 31 legge 4 novembre 2010)*, in *Judicium – Saggi- Diritto dell' arbitrato*, in *judicium.it*, 2011, 2.

⁵¹ M.M. MUTARELLI, *Ipotesi residue di conciliazione obbligatoria*, in AA. VV., *Il contenzioso, cit.*, 87 ss.

⁵² Conf. M.M. MUTARELLI, *Ipotesi residue, cit.*, 89 ss.; G. FERRARO, *La conciliazione, cit.*, 606, con qualche problematicità.

pubbliche amministrazioni quale introdotta per il tentativo allora obbligatorio dal d.lgs. n. 80/1998.

4. Il tentativo di conciliazione giudiziale.

Alla facoltatività del tentativo di conciliazione pregiudiziale si contrappone la perdurante obligatorietà del tentativo di conciliazione una volta iniziato il giudizio. Alla predetta trasformazione del tentativo di conciliazione pregiudiziale da obbligatorio in facoltativo si accompagna anzi una accentuazione del ruolo del giudice nel tentativo di conciliazione giudiziale,⁵³ che si realizza nel fatto che appunto il giudice, nel corso del tentativo, debba formulare una proposta transattiva il cui ingiustificato rifiuto costituisce comportamento valutabile ai fini del giudizio (art. 411, comma 4, c.p.c.).

L'accentuazione del ruolo è però modesta.⁵⁴ La disposizione, infatti, volendo disciplinare gli effetti del rifiuto ingiustificato della proposta del giudice, lo fa con una tecnica peculiare e diversa da quella adottata in materia di tentativo di conciliazione pregiudiziale. Lo fa, infatti ampliando il testo dell' art. 420, comma 1, c.p.c. nel senso di contemplare accanto all' ipotesi della mancata comparizione personale delle parti all' udienza di discussione senza giustificato motivo l' ipotesi del rifiuto della proposta transattiva del giudice sempre senza giustificato motivo, stabilendo che mancata comparizione delle parti e rifiuto "costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio". Si tratta però di una tecnica legislativa ingenua in quanto non considera che a differenza che nell' ipotesi originaria in cui l' effetto in tanto può prodursi in quanto negli atti sono presenti allegazioni di fatto delle parti sulle quali il comportamento di chi non compare all' udienza di discussione gioca quale elemento di convincimento, ciò è un *non sense* con riguardo alla proposta del giudice che da tali allegazioni prescinde. Se allora vuole invece darsi un senso alla disposizione la si deve interpretare, così come è per il tentativo pregiudiziale, ritenendosi che riguardi il solo piano delle spese⁵⁵ – ecco la modestia dell' accentuazione del ruolo - come già si poteva ricavare sistematicamente, perfino per il rifiuto della proposta avanzata dalle parti, utilizzando l' argomento a *fortiori*, dall' art. 412, comma 4, c.p.c. Senza dire dell' art. 45, comma 10, l. n. 69/2009, che ha sostituito il secondo periodo del primo comma dell' art.

⁵³ Cfr. S. MARETTI, *Il nuovo assetto della giustizia del lavoro*, in *MGL*, 2011, 94.

⁵⁴ Per diversa valutazione cfr. S. MARETTI, *op. loc. ult. cit.*; A. VALLEBONA, *Una buona svolta, cit.*, 215.

⁵⁵ Nello stesso senso, anche se con percorso argomentativo in parte differente, cfr. MARCO DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative, cit.*, 61; altresì S. MARETTI, *op. loc. ult. cit.*

91 c.p.c., per il quale il giudice, se abbia accolto la domanda in misura non superiore ad eventuale proposta conciliativa rifiutata senza giustificato motivo, condanna la parte rifiutante, salva l' applicazione della regola generale in tema di compensazione (art. 92 c.p.c., e successive modificazioni), al pagamento delle spese maturate dopo la formulazione della proposta.

Piuttosto, l' obbligo del giudice di fare una proposta se non può condurre a rivedere l' orientamento secondo cui l' omissione del tentativo non incide sul restante processo e in particolare sulla validità della sentenza costituendo una mera irregolarità, può accentuare il rilievo della violazione sul piano disciplinare.

5. Il cuore della riforma: l' arbitrato irrituale

Il cuore della riforma di cui ci si occupa è la valorizzazione dell' arbitrato, anzi dell' arbitrato irrituale (v. artt. 412, comma 3, 412 *quater*, comma 1, 412 *ter* c.p.c. nel combinato disposto con l' art. 2113, comma 4, c.c., 31, comma 12 l. n. 183/2000)⁵⁶ - nulla è infatti innovato con riguardo all' arbitrato rituale - attuata dai commi da 5, 6, 8, 11 e 12 dell' art. 31 l. n. 183 cit. in parte riscrivendo gli artt. 412, 412 *ter* e 412 *quater* del c.p.c., in parte direttamente con proprie disposizioni. In proposito adopero e continuerò ad adoperare nel prosieguo il singolare in ragione dei tratti comuni di disciplina, anche se si dovrebbe piuttosto parlare di arbitrati irrituali, posto che la fattispecie unitaria contemplata dall' art. 5 l. n. 533/1973, nel testo originario e in quello residuo dalle modifiche che si sono poi succedute nel tempo, si è ora frammentata in più fattispecie.⁵⁷

⁵⁶ Cfr. D. BORGHESI, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, in AA. VV., *Il diritto processuale del lavoro*, cit., 650, e ID., *L' arbitrato ai tempi del collegato lavoro*, in *Judicium - Saggi-Processo civile*, in www.judicium.it, 2010, 13 ss., ed *ivi* anche critica della scelta legislativa, pur se in continuità con opzioni precedenti, dell' adozione del modello irrituale d' arbitrato. Secondo G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all' arbitrato nel collegato lavoro*, in *Judicium*, in *Saggi - Diritto dell' arbitrato*, *Judicium.it*, 2010, 12 ss., il collegato ha voluto sottrarre l' arbitrato alla rigida dicotomia rituale/irrituale, visto che il modello prefigurato, al di là del *nomen* adoperato, condivide con l' arbitrato irrituale il solo regime dell' impugnazione del lodo.

⁵⁷ Cfr. G. AMOROSO, *Prime riflessioni sull' arbitrato irrituale nella nuova regolamentazione dell' art. 31 della legge n. 183 del 2010*, relazione al convegno *Collegato lavoro: cosa cambia*, organizzato dal Consiglio superiore della magistratura - Ufficio distrettuale per la formazione decentrata della corte d' appello di Genova e dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano, sezione ligure (Genova, 17 dicembre 2010), § 1; v., altresì, S. CENTOFANTI, *Accordi preventivi e accordi contingenti per la scelta delle forme di arbitrato nel Collegato lavoro 2010*, in *LG*, 2011, 99 ss., 104 ss.; P. TOSI, *L' arbitrato nel "Collegato lavoro" alla legge finanziaria 2010*, in *LG*, 2010, 1171, che pone in luce il

Ho detto di cuore della riforma – e per certi versi avrei anche potuto dire di pancia per qualche cedimento della razionalità a favore dell'istinto - in quanto le nuove disposizioni gli affidano parte significativa degli obiettivi deflattivi pur lasciandone la facoltatività, come del resto necessitato alla stregua della giurisprudenza della corte costituzionale.⁵⁸ Si tratta di disposizioni - vale la pena di sottolinearlo - che non si riallacciano⁵⁹ alla classica visione di Giugni, che valorizzava la giurisdizione domestica quale prolungamento dell' autonomia collettiva, e quindi come forma di amministrazione collettiva dei soli diritti di origine contrattuale (collettiva), non dei diritti stabiliti per legge;⁶⁰ visione verso cui ho già espresso la mia propensione quando si è cominciato a dibattere, a seguito del *Libro bianco* e del d.d.l. n. 848, di rivitalizzazione dell' arbitrato.⁶¹

Ebbene, appunto l' arbitrato irrituale con riguardo a tutte le controversie di cui all' art. 409 c.p.c.⁶² è ora consentito anche se non previsto dalla legge, e, soprattutto, dai contratti e accordi collettivi, come invece stabilivano l' art. 5, comma 1, l. n. 533/1973 e l' art. 412 *ter* c.p.c. quale inserito dall' art. 39, comma 1, d.lgs. n. 80/1998. Per questo si è scritto da alcuni,⁶³ con trasporto forse eccessivo, di superamento del monopolio legale-sindacale e di travolgimento dell' idolatria per la giustizia statale. Maggiore stabilità è stata poi conferita al lodo irrituale dal novellato terzo comma dell' art. 412, per il quale il lodo, "sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce gli effetti di cui all' art. 1372 e all' art. 2113, quarto comma, del codice civile", ciò facendo ritenere che anche la violazione della norma inderogabile⁶⁴ renda intangibile il lodo (v., però, *infra*).⁶⁵

carattere confusionale della pluralità di sedi e modelli di procedimento arbitrale irrituale messi a disposizione dal legislatore.

⁵⁸ Cfr., tra le tante, Corte cost. 24 aprile 1998, n. 325, in *FI*, 1998, I, 2332; per ulteriori riferimenti cfr. E. TARQUINI, *Prime riflessioni*, cit., 96 ss.

⁵⁹ Conf. G. FERRARO, in *Per una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori*, Atti della tavola rotonda che ha avuto luogo presso il Cnel il 23 aprile 2010, in *RGL*, 2010, 383.

⁶⁰ Cfr. G. GIUGNI, *I limiti legali dell' arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *RDL*, 1958, I, 83 e 87. Per l' assoggettamento del lodo libero al limite del rispetto delle norme imperative di legge cfr., invece, Aut. op. ult. cit., 75 ss.

⁶¹ Cfr. *si vis*, L. de ANGELIS, *Modificazioni della tutela sostanziale e giurisdizione del lavoro: profili attuali*, in *Il futuro del diritto del lavoro: dall' inderogabilità alla destrutturazione*, Atti del Convegno di studi organizzato dall' Università di Catania – facoltà di Economia e dal Centro nazionale di diritto del lavoro "Domenico Napoletano" – sezione di Catania (Catania, 10-11 maggio 2002), a cura di C. Romeo, in *DL*, Quaderni, n. 8, 2003, 31.

⁶² Cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione e l' arbitrato*, cit., 19.

⁶³ Cfr. A. VALLEBONA, *Il Collegato lavoro*, cit., 907.

⁶⁴ Non è questa la sede per approfondire la nozione d' inderogabilità anche nel classico rapporto con i diritti indisponibili: se, al riguardo, è obbligato il richiamo a R. DE LUCA TAMAIO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Milano, 1976, *passim*, si

Al testo attuale si è pervenuti dopo un percorso inusualmente tormentato.⁶⁶

Si era originariamente previsto di sottoporre la decisione delle controversie di lavoro ad arbitri non solo attraverso compromesso ma anche mediante clausola arbitrale certificata (la certificazione avente in questo caso un ruolo di assistenza della volontà) e ove l' apposizione fosse consentita da accordi interconfederali o contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero, se non stipulati entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, da provvedimento ministeriale. Si era anche stabilito che agli arbitri fosse riconosciuto nel compromesso o nella clausola compromissoria il potere di decidere d' equità, pur se nel rispetto dei principi generali dell' ordinamento.

E' però intervenuto il noto messaggio motivato alle Camere del 31 marzo 2010 del Presidente della Repubblica,⁶⁷ che a mio avviso contiene le pagine più chiare e lucide tra quelle già scritte sul collegato. Nel messaggio, pur apprezzandosi l' intento di introdurre strumenti idonei a prevenire l' insorgere di controversie e di accelerarne le modalità di definizione, si sono espressi (ineccepibili) dubbi di ordine costituzionale circa la possibilità di pattuizione della clausola compromissoria da parte di un soggetto particolarmente debole nella fase di costituzione del rapporto. Si sono altresì sollevate perplessità riguardo alla flessibilizzazione della disciplina sostanziale del rapporto di lavoro immanente al riconoscimento agli arbitri del potere di decidere secondo equità, ciò peraltro, quanto ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, ponendo anche la necessità di chiarire se e a quali norme si potesse derogare senza ledere i principi di buon andamento, trasparenza ed imparzialità dell' azione amministrativa di cui all' art. 97 cost. Ancora, il Presidente della Repubblica ha rilevato la non conformità

vedano altresì, di recente, *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Modena, 18-19 aprile 2008), Giuffrè, Milano, cd.rom (le relazioni di C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, e di P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, anche in *DLRI*, 2008, 341 ss., e, rispettivamente, 423 ss.). Su inderogabilità e norme inderogabili cfr. altresì M. NOVELLA, *L' inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, *passim*, ed *ivi*, 246 ss., anche ampio esame del suddetto rapporto tra norme inderogabili e diritti indisponibili.

⁶⁵ Cfr. A. VALLEBONA, *L' arbitrato irrituale nel sistema del diritto del lavoro dopo la legge n. 183/2010*, in *MGL*, 2010, 853; altresì V. SPEZIALE, *La certificazione e l' arbitrato*, *cit.*, 23, ed *ivi* riferimenti bibliografici in nota, che approfondendo la questione giunge poi a soluzione diversa.

⁶⁶ Per una valutazione fortemente negativa di tale percorso cfr. T. TREU, in *Per una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori*, *cit.*, 360 ss.

⁶⁷ Il messaggio presidenziale può leggersi in *FI*, 2010, V, 107 ss.

ai principi generali dell'ordinamento e l'incoerenza del riconoscimento dei suddetti poteri suppletivi al Ministero del lavoro e delle politiche sociali con l'impostazione dello stesso comma 9 dell'art. 31 del collegato.

Ciò ha portato ad alcune modifiche. A seguito di emendamento del testo da parte della commissione lavoro della Camera si è consentita la stipulazione di clausola compromissoria solo dopo la stabilizzazione del rapporto di lavoro, escludendola, però, reeppendosi quanto previsto in una intesa sindacale non sottoscritta dalla Cgil, con riguardo alla materia della risoluzione del rapporto. Con l'approvazione di un ulteriore emendamento approvato dalle commissioni riunite 1a e 11a del Senato si è poi stabilito che le commissioni di certificazione debbano accertare la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri, "all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria", le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro". Si è altresì previsto che se le parti abbiano richiesto il giudizio d'equità questo debba avvenire nel rispetto, oltre che dei principi generali dell'ordinamento secondo quanto già stabiliva il testo rimandato alle Camere, pure "dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari" (art. 412, comma 2, n. 2 c.p.c. novellato dall'art. 31, comma 5, l. n. 183).

Restano, riguardo ai rilievi mossi dal Presidente della Repubblica, la flessibilizzazione della normativa sostanziale attraverso una modifica di quella processuale – la cui tensione con la carta base è stata però da alcuni messa in dubbio⁶⁸ e la debolezza a resistere del lavoratore non assistito da tutela reale e magari precario, non distante da quella che portò la corte costituzionale alla sentenza 10 giugno 1966, n. 63 in tema di decorrenza della prescrizione, ad una proposta del datore di lavoro di previsione della clausola compromissoria.XXXX⁶⁹

Vi è poi da dire che la circostanza che la decisione arbitrale d'equità⁷⁰ debba essere resa rispettandosi pure i principi regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari, allinea forse in punto la

⁶⁸ Cfr. A. VALLEBONA, in *Per una tutela effettiva*, cit., 378, pur l'autore non apprezzando, a differenza del compromesso, la clausola compromissoria.

⁶⁹ Cfr. D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi*, cit., 10; ID., *Gli arbitrati in materia di lavoro*, cit., 655 ss.; R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 149; L. de ANGELIS, *Uno sguardo su conciliazione e arbitrato nella l. n. 183/2010*, in *QL*, 2011, n. 1, 17, anche in AA. VV., *Il diritto del lavoro dopo il "collegato"*, cit., 87; spunto in S. MARETTI, *op. loc. cit.* Per considerazioni critiche più generali cfr. A. ZOPPOLI, *Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, 426 ss.; V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., 39 ss.; altresì G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato*, cit., 11 ss.

⁷⁰ Secondo alcuni prevista con riguardo al solo compromesso e non anche alla clausola compromissoria: cfr. S. CENTOFANTI, *Accordi preventivi e accordi contingenti*, cit., 104.

regola a costituzione⁷¹ ma lascia aperti spazi interpretativi assai ampi, anche perché nell'elaborazione lavoristica manca, allo stato, un riflessione sufficiente al riguardo (v. *infra*);⁷² spazi interpretativi che non giovano a quella certezza dei rapporti in chiave deflattiva di cui prima si è detto.

Ulteriori perplessità suscita l' avere lasciato al Ministero del lavoro e delle politiche sociali poteri suppletivi delle mancate intese sindacali (art. 31, comma 10); perplessità le quali non appaiono superate dal fatto che tali poteri vadano esercitati dopo la convocazione senza esito in tempi lunghi delle parti sociali al fine del raggiungimento di un accordo e che si tratti di poteri riconosciuti in via sperimentale (per quanto tempo?) fatta salva la possibilità di integrazioni e deroghe derivanti da eventuali accordi interconfederali e contratti collettivi (non meglio specificati) e tenendo conto "delle risultanze istruttorie del confronto delle parti", come recita un testo di non facile comprensione ed effettività normativa.⁷³ Ed altri dubbi pone la mancanza di una precisazione, sollecitata nel messaggio presidenziale e ripresa in alcuni emendamenti non approvati dalla commissione lavoro, relativa all' utilizzo del giudizio d' equità per i rapporti di lavoro alle dipendenze con le pubbliche amministrazioni.⁷⁴

5.1. In particolare, il criterio di giudizio dell' equità, il lodo e la sua impugnazione.

Ritornando all' equità, che rappresenta una delle potenziali, più scottanti questioni del nuovo arbitrato⁷⁵ anche perché, come rilevato sempre nel messaggio del Presidente della Repubblica, attraverso di essa le modifiche processuali possono incidere indirettamente sulla disciplina sostanziale e, in particolare, sulle asse portanti della nostra materia, deve trattarsi di equità integrativa e non sostitutiva o formativa,⁷⁶ come è normativamente espresso attraverso il suddetto riferimento ai principi

⁷¹ Cfr. R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 141; L. ANTONINI, G. CANAVESI, *Brevi considerazioni su alcune questioni di costituzionalità della disciplina dell' arbitrato*, in AA. VV., *Collegato lavoro Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, cit., 54 ss.

⁷² Così A. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 428; D. BORGHESI, *L' arbitrato ai tempi*, cit., 30, e ID., *Gli arbitrati in materia di lavoro*, cit., 675, scrive dei principi regolatori della materia come "araba fenice".

⁷³ In proposito v. i rilievi di A. ZOPPOLI, *Riforma della conciliazione*, cit., 426; per una posizione più morbida in punto cfr. C. CESTER, *La clausola compromissoria nel Collegato lavoro 2010*, in *LG*, 2011, 28 ss.

⁷⁴ Cfr. A. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 437 ss.

⁷⁵ Così R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 137.

⁷⁶ Diversamente, R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 138. Sull' equità integrativa o suppletiva e l' indennità sostitutiva, quest' ultima necessaria o concordata cfr., da ult., A. CARRATTA, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, cit., 314 ss. e, rispettivamente, 321 ss., ed *ivi*, in nota, completi riferimenti.

regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari.⁷⁷ In tal modo la riforma si colloca nel solco delle indicazioni provenienti dalla sentenza 6 luglio 2004, n. 206 della corte costituzionale resa con riguardo all' art. 113, comma 2 c.p.c.,⁷⁸ secondo le quali il giudizio equitativo non è e *non può essere* extragiuridico altrimenti sconfinando nell' arbitrio, ma deve osservare, pur nella sua peculiarità che è nel risolvere la controversia nel modo più adeguato alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, i medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva, i quali, secondo la giurisprudenza di legittimità formatasi con riguardo al citato art. 113, vanno identificati non solo con riguardo agli istituti generali ma anche con riguardo al singolo tipo di rapporto dedotto in giudizio.⁷⁹ Per questo, e cioè per consentire la verifica del rispetto di tali principi, gli arbitri (ed il giudice in sede d' impugnazione del lodo) devono esporre il procedimento logico diretto a riempire di contenuti la formula generica appunto dell' equità.⁸⁰

Fermo ciò, gli arbitri, se investiti del potere di decidere secondo equità, possono determinarla in modo conforme alle regole giuridiche,⁸¹ legali e contrattuali, vuoi se esse siano richiamate espressamente al fine di puntualizzare tale formula, vuoi in mancanza di tale richiamo, per cui il lodo non è per questo censurabile se non dimostrandone l' iniquità rispetto al caso concreto.⁸²

Quanto detto sulla natura integrativa del giudizio equitativo e sull' obbligo di rispetto dei principi regolatori della materia pone prepotentemente sul tappeto la questione della doverosità dell' applicazione da parte degli arbitri d' equità delle norme inderogabili del diritto del lavoro;⁸³ norme le quali sono normalmente tali, e ciò, attraverso l' art. 2113, comma 1, c.c., anche se di origine contrattuale collettiva.⁸⁴

⁷⁷ Sono così superate le preoccupazioni di L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D' Antona, unict.it*, 2010, 25, espresse sulla base del testo approvato dalle Camere prima del rinvio da parte del Presidente della Repubblica.

⁷⁸ In *FI*, 2007, I, 1365, con nota di P.C. RUGGIERI, *Il giudizio di equità necessario, i principi informativi della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace a norma dell'art. 113, 2° comma, c.p.c.*

⁷⁹ Cfr. Cass. s.u. 15 giugno 1991, n. 6794, in *FI*, 1991, I, 2717; G. COSTANTINO, *Opinioni, cit.*, 172.

⁸⁰ Così, puntualmente, G. COSTANTINO, *Opinioni, cit.*, 173, che richiama Cass. 23 giugno 2009, n. 14611, in *RFI.*, 2009, voce *Sentenza civile*, n. 18.

⁸¹ Conf. R. DEL PUNTA, *Opinioni, cit.*, 138.

⁸² Cfr. G. COSTANTINO, *Opinioni, cit.*, 173.

⁸³ Nel senso dell' applicabilità cfr., tra gli altri, G. COSTANTINO, *Opinioni, cit.*, 173 ss., che per questo ritiene costituzionalmente legittima la normativa.

⁸⁴ In tal senso cfr. A. ZOPPOLI, *Riforma, cit.*, 425.

Nell' approfondire il problema, mi sembra, innanzitutto, debba continuarsi a ritenere, con riguardo a *qualsiasi* arbitrato (cioè secondo diritto e secondo equità), che fuoriesca dall' ambito di previsione dell' art. 2113, comma 4, c.c. l' area che un autore ha chiamato della *nullità assoluta*, "che include quelle determinazioni che, incidendo sul momento genetico del diritto e disponendo per il futuro, finiscono per definire una regolamentazione del rapporto diversa da quella prevista dalla legge".⁸⁵ l' art. 2113, comma 4 cit., richiamato, si è detto, dall' art. 412, comma 3, novellato attiene infatti, anche secondo la giurisprudenza, ai diritti già maturati e non comprende invece la c.d. rinuncia preventiva.⁸⁶ E questo vale pure, a mio avviso, per l' arbitrato da compromesso laddove disponga anche sull' assetto futuro del rapporto.⁸⁷

Va poi rilevato che, sempre secondo il novellato art. 412, comma 3, il lodo (irrituale, lo si ripete) produce gli effetti propri di un contratto (art. 1372 c.c.) ed è impugnabile (annullabile) in unico grado avanti il tribunale in funzione di giudice del lavoro della circoscrizione in cui si trova la sede dell' arbitrato solo per i vizi di cui all' art. 808 *ter* c.p.c., cui si deve aggiungere, stante appunto il su indicato riferimento agli artt. 1372 e 2113, comma 4 c.c., e quindi l' elaborazione in argomento, l' azione di annullamento per vizi della volontà e incapacità naturale (del collegio arbitrale).

Ma tornando al giudizio equitativo, quanto prima detto fa però logicamente e sistematicamente ritenere, onde escludere la presenza nella legge di una sorta di corto circuito, che se *di per sé* rimettersi al giudizio equitativo sia consentito, si possa altresì impugnare il lodo per violazione dei principi regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari, sicché il riferimento all' art. 2113, comma 4 cit., piuttosto che sancire la non impugnabilità del lodo, sta a significare la non applicabilità dei commi precedenti al quarto, e, in particolare, del meccanismo d' impugnazione previsto dal secondo e terzo comma dell' art. 2113.⁸⁸

⁸⁵ Cfr. D. BORGHESI, *L' arbitrato ai tempi*, cit., 14 ss.

⁸⁶ Cfr., ad es., Cass. 14 dicembre 1998, n. 12548, in *NGL*, 1999, 248.

⁸⁷ Per analoghe conclusioni, pur se con un *iter* argomentativo in parte diversamente elaborato, cfr. A. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 430 ss. S. BOCCAGNA, *L' impugnazione del lodo arbitrale*, in AA. VV., *Il contenzioso del lavoro*, cit., 153 ss., invece, distingue tra arbitrato di tal tipo nascente da clausola compromissoria (nullo) e arbitrato nascente da compromesso (valido).

⁸⁸ Cfr. altresì C.A. NICOLINI, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato (art. 412-quater c.p.c.)*, in AA. VV., *Il contenzioso del lavoro*, cit., 195 ss.; M. BOVE, *ADR nel collegato lavoro*, cit., 20, nota 35; V. SPEZIALE, *La certificazione e l' arbitrato*, cit., 27, che prospetta anche altra lettura riduttiva del richiamo.

A questo punto il discorso va inevitabilmente riportato sull'accennato aspetto del dovere comprendersi o meno in detti principi le norme inderogabili.

Secondo un autore la *ratio* normativa induce a ritenere che i principi regolatori della materia non comprendano tutte le disposizioni inderogabili – ché tutte sono tali nella nostra materia, per cui diversamente la disposizione si smentirebbe da sola – ma devono essere riferiti ai “principi estraibili da quelle norme che possono essere considerate espressione dei canoni fondamentali di regolazione della materia”.⁸⁹ Sennonché, a parte la complessità di distinzione tra le norme lavoristiche e a parte la sopra segnalata insufficienza dell'elaborazione sempre lavoristica in punto, a me pare che l'inderogabilità delle regole sia tutt'oggi, per stare al lessico di cui sopra, canone normativo fondamentale del diritto del lavoro. Si può e si deve allora evitare che l'art. 31, comma 5 si “smentisca da solo” ritenendo piuttosto che il giudizio d'equità sia sganciato dall'inderogabilità delle regole contrattuali collettive che possono così essere ritenute non espressione dei canoni fondamentali di regolazione.⁹⁰ In tal modo si dà ulteriore pregnanza al richiamo, nell'art. 31, comma 5 cit., al solo quarto comma dell'art. 2113 c.c. e quindi non anche al primo comma. E ciò, è il caso di sottolinearlo, non è certamente poca cosa,⁹¹ stante il rilievo anche numerico del contenzioso del lavoro legato alla contrattazione collettiva, a maggior ragione se si ritenga, come a mio avviso va fatto, che a tali regole vadano aggiunte quelle di legge flessibilizzate attraverso l'intervento, contemplato sempre dalla legge, della contrattazione collettiva o *aliunde*. Per converso devono ritenersi far parte del patrimonio inderogabile le norme collettive cui la legge abbia delegato poteri di completamento della disciplina legale inderogabile.⁹²

In definitiva, la non impugnabilità è a mio avviso limitata al giudizio di fatto e a quello sulle norme derogabili, come sopra intese.⁹³

⁸⁹ Cfr. R. DEL PUNTA, *Opinioni, cit.*, 143 ss., che ad esempio, ritiene non inclusa nei principi regolatori l'art. 18 l. n. 300/1970.

⁹⁰ *Contra*, espressamente, R. DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in AA. VV., *Il contenzioso del lavoro, cit.*, 134.

⁹¹ Come riconosce R. DEL PUNTA, *Opinioni, cit.*, 142,

⁹² Cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato, cit.*, 34.

⁹³ Per impostazioni contrarie, diversamente articolate, che valorizzano il vincolo dell'inderogabilità cfr. A. ZOPPOLI, *Riforma, cit.*, 429 ss.; G. COSTANTINO, *Opinioni, cit.*, 173 ss., per il quale, in particolare, la impugnabilità del lodo e la sua nullità deriva già dalla nullità della clausola compromissoria ai sensi dell'art. 808 *ter*, comma 2 (*contra*, P. TOSI, *L'arbitrato nel “Collegato lavoro”, cit.*, 1171, che pone in luce che la invalidità della convenzione di cui all'art. 808 *ter* c.p.c. riguarda i soli vizi della volontà, e che richiama anche due sentenze della corte di cassazione antecedenti ovviamente alla riforma attuata con il collegato; A. VALLEBONA, *Il Collegato lavoro, cit.*, 906 ss., ed *ivi*, 907, anche una

Ancora esigenze logiche e sistematiche, come è stato puntualmente rilevato, fanno ritenere che ciò a maggior ragione – altrimenti la situazione sarebbe paradossale⁹⁴ in quanto il lodo secondo diritto sarebbe soggetto ad un controllo nettamente inferiore di quello secondo equità⁹⁵ - debba valere quando gli arbitri abbiano deciso secondo diritto.⁹⁶ E a conclusione analoga giunge, sia pure con qualche differente sfumatura argomentativa, chi sostiene che la combinazione tra art. 2113, comma 4, cit. e art. 808 *ter* cit. faccia ritenere, per risolvere la contraddizione tra disposizioni, l'impugnabilità del lodo irrituale per violazione di norma inderogabile quando, nel caso di arbitrato secondo diritto, la norma stessa sia stata posta alla base della decisione e, nell'ipotesi dell'arbitrato secondo equità, in ragione del corrispondere, tale norma, ai principi regolatori della materia o a quelli di fonte costituzionale o comunitaria.⁹⁷

Un fatto è comunque palese: che abbondino anche da questa angolazione i profili d'incertezza, e quindi di controindicazione con le finalità deflattive sottese alla legge n. 183,⁹⁸ tanto più se si considera che – lo si è detto – vanno rispettati anche “i principi generali dell'ordinamento.” E senza dire del riferimento agli obblighi comunitari,⁹⁹ e senza dire, su di un piano completamente diverso, che, come ha ritenuto la corte di cassazione con riguardo alla violazione dei principi informativi

critica dell' “interpretazione sleale” dell' art. 412 *quater*, comma 1, dopo la modifica attuata dall' art. 19, comma 14, d.lgs. n. 387 del 1998); R. DONZELLI, *La risoluzione arbitrale*, cit., 134. Secondo D. BORGHESI, *Gli arbitrati in materia*, cit., 673 ss.; ID., *L' arbitrato ai tempi*, cit., 29, l' area d' insindacabilità-inoppugnabilità del lodo, anche d' equità, dovrebbe essere ristretta al giudizio di fatto e a quello relativo all' applicazione di norme derogabili (non meglio specificate). A. CORVINO, M. TIRABOSCHI, *L' arbitrato nelle controversie di lavoro*, in AA. VV., *Collegato lavoro*, cit., 41 ss., sostengono che, purché l' arbitrato non incida sulla regolamentazione generale per il futuro del rapporto di lavoro, la decisione secondo equità, stante il richiamo all' art. 2113 c.c., può anche ledere norme inderogabili, dovendo però gli arbitri rispettare i principi formatori della materia derivanti anche dall' ordinamento comunitario, altrimenti violando i limiti del compromesso o della clausola compromissoria. In tal caso il lodo sarebbe annullabile ai sensi dell' art. 808 *ter*, n. 4 c.p.c. E' chiaro, dunque, come per tali autori le norme inderogabili non necessariamente rientrano nei principi informativi.

⁹⁴ Cfr. D. BORGHESI, *Gli arbitrati in materia*, cit., 672; ID., *L' arbitrato ai tempi*, cit., 27.

⁹⁵ Cfr. MARCO DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative*, cit., 68; altresì P. TOSI, *L' arbitrato nel “Collegato lavoro”*, cit., 1172; altresì, R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 142.

⁹⁶ *Contra*, A. VALLEBONA, *L' arbitrato irrituale*, cit., 853.

⁹⁷ Cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione e l' arbitrato*, cit., 26 ss.

⁹⁸ Conf. A. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 428; altresì P. TOSI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁹ Per approfondimento in punto cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione e l' arbitrato*, cit., 29 ss.; cenno in proposito in CESTER, *La clausola compromissoria*, cit., 35.

da parte del giudice di pace, la sentenza del tribunale è impugnabile in cassazione ai sensi dell' art. 360, n. 3 c.p.c.¹⁰⁰

Ulteriore ragione di problematicità del ricorso alla giustizia privata va ancora ravvisata, da un' angolazione completamente diversa, nella prevista modesta entità del compenso del presidente del collegio nell' ipotesi di cui all' art. 412 *quater* c.p.c. novellato.¹⁰¹ A proposito di compensi, la legge è muta con riguardo ai compensi degli arbitri nella diversa ipotesi dell' arbitrato deferito dalle parti alla commissione di conciliazione (v. § successivo) "in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine" (art. 412, comma 1, c.p.c. novellato), facendo così sorgere il problema della gratuità o meno del compito da parte della commissione.¹⁰²

5.2. Cenni a sedi arbitrali e a procedimento.

Il procedimento arbitrale può essere svolto nelle sedi e nei modi e con le regole previste dalla contrattazione collettiva sottoscritta dalle associazioni maggiormente rappresentative, come stabilisce l' art. 412 *ter*, nuovo testo. Inoltre – e per questo si è prima detto di frammentazione dell' arbitrato¹⁰³ - può svolgersi avanti le commissioni di conciliazione ai sensi dell' art. 412 c.p.c., avanti il collegio di conciliazione ed arbitrato singolarmente costituito ai sensi dell' art. 412 *quater* c.p.c. e composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un presidente scelto di comune accordo tra professori universitari di materie giuridiche e avvocati patrocinanti in cassazione (art. 412 *quater*, comma 2, nuovo testo), avanti le camere arbitrali presso gli organi di certificazione ai sensi dell' art. 31, comma 6 l. n. 183 cit. A quest' ultimo riguardo è da sottolineare che, a differenza di quanto stabilito per le commissioni di conciliazione, nella rosa di chi può fare da presidente del collegio XX non sono qui previsti, accanto ai professori universitari di materie giuridiche e agli avvocati cassazionisti, i magistrati a riposo, che invece possono appunto presiedere le commissioni di conciliazione istituite presso la direzione provinciale del lavoro (v. art. 410, comma 3, c.p.c., nel testo

¹⁰⁰ Cfr. Cass. 27 ottobre 2005, n. 20927, in *RFI*, 2005, voce *Procedimento civile davanti al giudice di pace*, n. 62; R. DEL PUNTA, *Opinioni*, cit., 142.

¹⁰¹ Cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione e l' arbitrato*, cit., 17 ss.

¹⁰² In proposito cfr. R. DONZELLI, *La risoluzione arbitrale*, cit., 135 ss., per il quale, vista la clausola d' invarianza finanziaria stabilita dall' art. 31, comma 16, l. n. 183/2010 che fa sì che per l' attività lo Stato non possa corrispondere nulla ai componenti della commissione, si dovrebbe ritenere che il compenso va corrisposto loro dalle parti con riguardo alla sola attività arbitrale, di natura privatistica (mandato, del quale si presume l' onerosità ai sensi dell' art. 1709 c.c.) a differenza di quella pubblicistica precedente.

¹⁰³ Icasticamente G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all' arbitrato*, cit., 1, scrive che come Scilla l' arbitrato ha ora più teste o, se si vuole, più tronchi.

sostituito dall' art. 31, comma 1, del collegato). Ciò, forse, nella logica di evitare che essi, in costanza di servizio e in particolare negli ultimi anni della carriera, possano essere influenzati nel loro lavoro da future prospettive d' impiego come arbitri. Il che non è, però, per il caso in cui le parti in qualunque fase del tentativo di conciliazione si accordino per la risoluzione arbitrale della lite affidando alla commissione di conciliazione il mandato in punto (art. 412, comma 1, c.p.c.).

Il procedimento, stando alle regole legali, è soggetto ad una disciplina abbastanza sobria, e sfocia o nella raggiunta conciliazione – gli arbitri hanno l' obbligo di effettuare il relativo tentativo - o nel lodo.

E' infine discusso – e la natura di impugnazione di un negozio giuridico dello strumento in questione mi fa propendere per la tesi negativa - se il giudice che abbia dichiarato la nullità del lodo possa poi decidere il merito della controversia in via rescissoria.¹⁰⁴

6. Considerazioni conclusive.

Il percorso della certezza del diritto e della deflazione giudiziaria tracciato dal collegato lavoro è dunque accidentato, e il titolo di questo scritto già lo anticipava. Ma non è solo questo. E' anche che fa tappa in qualche località non amena tra cui la non linearità delle intenzioni e un' equità che può essere iniqua. Soprattutto, non conduce il viaggiatore dove vuole andare. Ed è questo il peggior inconveniente di un percorso, che fa pensare avesse qualche ragione chi, a proposito di una riforma in materia di diritto fallimentare, ha scritto di rimpiangere un legislatore inerte.¹⁰⁵

¹⁰⁴ In senso positivo, con riguardo al caso in cui sia stato conferito agli arbitri il potere di decidere secondo equità, cfr. G. COSTANTINO, *Opinioni, cit.*, 174; *contra*, S. BOCCAGNA, *L' impugnazione, cit.*, 160, sul rilievo, che ho mutuato nel testo, della natura di impugnativa negoziale e non di mezzo d' impugnazione in senso tecnico del rimedio in questione; per D. BORGHESI, *L' arbitrato ai tempi, cit.*, 34, ID., *Gli arbitrati, cit.*, 677 ss., la pronunciabilità sul merito nel caso in cui il tribunale abbia dichiarato la nullità del lodo è dubbia.

¹⁰⁵ Cfr. M. FABIANI, *Nuovi fallimenti e regime transitorio nel rimpianto di un legislatore inerte*, nota a App. Venezia 20 ottobre 2006, Trib. Mondovì 24 ottobre 2006, Trib. Salerno 23 ottobre 2006, Trib. Pistoia 21 luglio 2006, in *FI*, 2006, I, 3494.