

Conciliazione e collegi arbitrali irrituali

Eufranio Massi - Dirigente della Direzione provinciale del lavoro di Modena (*)

Con l'art. 31 della legge n. 183/2010 il Legislatore interviene su una materia, quella del tentativo obbligatorio di conciliazione, che per le Direzioni provinciali del lavoro ha rappresentato un aspetto preminente della loro attività a partire dal 1998 quando, con il D.Lgs. n. 80/1998, esso divenne tale dopo che, da sempre (a partire dall'art. 12, lettera d, della legge n. 628/1961 solo per rimanere agli ultimi cinquanta anni), era stato facoltativo.

Conciliazione facoltativa

Tutte le conciliazioni in materia di lavoro, in qualunque sede, a partire dal 24 novembre 2010 sono divenute facoltative: l'unica eccezione espressamente prevista, richiamata dal comma 2 dell'art. 31, riguarda quella individuata dall'art. 80, comma 4, del D.Lgs. n. 276/2003. Se si vuole impugnare un contratto certificato (ed il nuovo art. 75 del D.Lgs. n. 276/2003 amplia di molto l'ambito di applicazione, in quanto fa riferimento ai contratti che, direttamente od indirettamente, facciano riferimento ad una prestazione di lavoro), è necessario passare attraverso il tentativo di conciliazione obbligatorio avanti all'organo collegiale che ha certificato l'atto. Ovviamente, l'interesse ad espletare il tentativo obbligatorio è, in genere, del lavoratore, anche se la disposizione fa riferimento a chiunque abbia interesse come nel caso di un Ente previdenziale, o fiscale che abbia riscontrato, nel corso dell'attività posta in essere dai propri organi di vigilanza, una diffor-

mità rispetto a quanto certificato. C'è da sottolineare, tuttavia, come alla luce della Direttiva "Sacconi" del 18 settembre 2008 e delle note amministrative susseguenti, tale possibilità per gli Istituti e le Direzioni provinciali del lavoro si presenti come una strada notevolmente accidentata, in quanto gli accertamenti devono privilegiare le tipologie contrattuali «non oggetto di certificazione». Il tentativo obbligatorio deve avere quale motivazione l'erronea qualificazione del contratto, il vizio del consenso o la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione (ad esempio, si è certificata una collaborazione coordinata e continuativa a progetto ma il rapporto si è svolto, successivamente, con tutte le caratteristiche della subordinazione).

Organi conciliativi

Una prima considerazione è opportuna: cancellato il tentativo obbligatorio di conciliazione, il Legislatore ha ipotizzato più sedi presso le quali le parti, se lo desiderano, possono trovare una soluzione positiva ed inoppugnabile alla loro controversia. Infatti, accanto alle tradizionali sedi amministrative presso le Dpl o alle sedi sindacali (articoli 410 e 411 c.p.c.), si sono aggiunte le commissioni di certificazione istituite presso le Università e le Fondazioni Universitarie debitamente autorizzate, le Province, le stesse Direzioni provinciali del lavoro, gli ordini provinciali dei consulenti del lavoro, o gli Enti bilaterali. La conciliazione, peraltro, può essere raggiunta anche in sede di col-

legio arbitrale irrituale avanti alla commissione provinciale di conciliazione "trasformatasi" in tale organo, o in sede di collegio arbitrale *ex art. 412 quater c.p.c.*, o, infine, presso un qualsiasi collegio arbitrale previsto dalla contrattazione collettiva. Ovviamente, tutte le conciliazioni raggiunte "godono" del crisma della inoppugnabilità. In questo quadro di riferimento (cui può, senz'altro, aggiungersi la conciliazione raggiunta avanti al giudice) appare singolare come presso le Direzioni provinciali del lavoro sia possibile attivare tre tipologie conciliative: quella avanti alla commissione di conciliazione della quale si tratta in questa riflessione, quella monocratica *ex art. 11 del D.Lgs. n. 124/2004*, attivabile, in via generale, con una richiesta di intervento presentata alla Dpl (ma con presupposti che riguardano materie "astrattamente" sanzionabili in caso di accesso ispettivo, con esclusione di quelle con rilevanza penale) e quella avanti all'organo di certificazione *ex art. 76 del D.Lgs. n. 276/2003*. Per completezza di informazione va sottolineato come con l'art. 38 della legge n. 183/2010 sia stato esteso all'accordo sottoscritto in sede monocratica la possibilità del deposito nella cancelleria del Tribunale, con gli effetti previsti dall'art. 411 c.p.c. che si aggiunge alla inoppugnabilità già richiamata dall'art. 11 del D.Lgs. n. 124/2004.

Nota:

(*) Le considerazioni che seguono sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non impegnano in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.

Nulla dice il Legislatore sulla composizione degli organi conciliativi presso le “nuove” strutture abilitate a tentare la conciliazione facoltativa: si ha motivo di ritenere che la stessa sia rimandata alle delibere espresse nei vari regolamenti che ne disciplinano la funzionalità.

Prima di entrare nel merito della riflessione sul nuovo tentativo di conciliazione presso le Direzioni provinciali del lavoro occorre effettuare una considerazione preliminare: tutte queste ipotesi conciliative come, del resto, quelle arbitrali, in tanto potranno trovare uno «sbocco» felice, in quanto chi difende gli interessi delle parti (*in primis* i legali, i sindacalisti) credano “veramente” alla possibilità di trovare un accordo celere e dignitoso, alternativo ai tempi lunghi della nostra giustizia. Soltanto se tali principi entreranno nel loro “dna” (ci si riferisce, soprattutto, all’arbitrato) si potrà giungere ad uno sviluppo positivo di tali istituti che, non dimentichiamolo, si basano sì sulla volontarietà, ma anche sulla fiducia che lo strumento alternativo al giudizio sia effettivamente proficuo e tale da assicurare, in linea di massima, il soddisfacimento degli interessi tutelati.

Facoltatività generalizzata?

Con la sostituzione della parola «deve» con la parola «può» nell’art. 410 c.p.c. il tentativo di conciliazione, come si diceva, diviene facoltativo non solo nel settore privato ma anche in quello pubblico ove il comma 8 dell’art. 31 dopo aver abrogato gli articoli 65 e 66 del D.Lgs. n. 165/2001, afferma che alle controversie individuate dall’art. 63, comma 1, del medesimo decreto legislativo, si applica “*in toto*” la normativa del settore privato, con la conseguenza che, se fatto in sede amministrativa, il tentativo non può che essere espletato innanzi alla

commissione provinciale di conciliazione.

In sostanza, il Legislatore, operando la riforma della conciliazione nel senso della facoltatività, ha riproposto la situazione *ante* D.Lgs. n. 80/1998: ciò, ad avviso di chi scrive, pone un qualche problema operativo correlato alla permanenza o meno del tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art.* 5 della legge n. 108/1990 per i licenziamenti intimati dai datori di lavoro con un organico inferiore alle sedici unità per i quali il Legislatore, in caso di illegittimità, ha ipotizzato, in luogo della reintegra, una indennità di natura risarcitoria.

La questione (peraltro, non affrontata esplicitamente nella nota n. 3428 del 25 novembre 2010 a firma del Segretario generale, ove, anzi, il Ministero del lavoro sposa la tesi della facoltatività generalizzata) dovrà, in qualche modo, essere dipanata alla luce di due considerazioni.

La prima concerne la non abrogazione esplicita della norma appena richiamata, e la seconda è dettata dal fatto che nel periodo intercorrente tra il 1990 ed il 1998 entrambe le normative (oggi il nuovo testo del comma 1 dell’art. 410 cpc è perfettamente identico a quello allora in vigore) hanno convissuto serenamente. Indubbiamente, da un punto di vista esegetico non può che farsi riferimento all’art. 15 delle «preleggi» al Codice Civile ove si afferma che:

- a) le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del Legislatore (e questo caso, senz’altro, non ricorre);
- b) le leggi sono abrogate per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti (ma non sembra questo il caso, in quanto dal 1990 fino al 1998 - D.Lgs. n. 80/1998 - le due norme hanno convissuto serenamente ed il testo dell’art. 410 c.p.c., formulato dalla legge n. 573/1973 era, sul punto, identico all’attuale);
- c) le leggi sono abrogate in quanto le nuove norme regola-

no l’intera materia già regolata dalla legge anteriore (è questo l’appiglio normativo che potrebbe giustificare una sorta di abrogazione implicita, anche se in passato, con lo stesso testo, le due diverse disposizioni sono state vigenti contemporaneamente e la dottrina processualistica del tempo sostenne, anche dopo il passaggio alla obbligatorietà di tutti i tentativi di conciliazione, la sussistenza della normativa specifica della legge n. 108/1990).

Come in altre ipotesi anche in questo caso sarà il giudice, in ultima analisi, a dover decidere circa la sussistenza o meno della disposizione (che, peraltro, per quel che può valere, è riportata in tutte le banche dati normative), in quanto il comma 2 dell’art. 5 afferma che il mancato espletamento del tentativo è rilevabile d’ufficio nel corso della prima udienza di discussione.

Dalla facoltatività del tentativo discende (ed infatti le norme di riferimento sono state abrogate) che i sessanta giorni per il settore privato ed i novanta giorni per quello pubblico alla cui decorrenza dalla richiesta del tentativo era legata l’azionabilità del giudizio, non ci sono più.

Composizione della Commissione

Tutte le controversie di lavoro per le quali si ritiene opportuno azionare la Direzione provinciale del lavoro saranno trattate avanti alla commissione di conciliazione (o *rectius* avanti alla sotto commissione nella forma già conosciuta di tre membri) la cui composizione, però, sarà diversa, atteso che il Legislatore, innovando il precedente dettato che prevedeva la rappresentatività su base nazionale, ha, oggi, parlato di maggiore rappresentatività a livello territoriale con un ulteriore problema rispetto al passato legato al fatto che, ora, la commissione è abilitata a trattare anche le controversie del pubblico impiego per le

quali fino al 23 novembre 2010, il tentativo obbligatorio veniva effettuato avanti allo specifico collegio arbitrale costituito *ex art.* 66 del D.Lgs. n. 165/2001. La questione potrebbe avere una certa rilevanza in quelle realtà territoriali ove è alto il numero delle vertenze del settore pubblico, in quanto un organismo di rappresentanza dei datori di lavoro pubblici non c'è (manca una "Confindustria pubblica") e la stessa nota del Segretario generale del Ministero del lavoro del 25 novembre 2010 che ha fornito le prime indicazioni operative, ha invitato le articolazioni provinciali del Dicastero a ricostituire, sollecitamente, gli organi collegiali individuando le associazioni, nei vari settori, maggiormente rappresentative nel territorio provinciale (ovviamente, secondo i settori di attività), anche attraverso l'utilizzazione dei criteri seguiti per la ricostituzione dei comitati provinciali Inps (numero degli iscritti, articolazione territoriale delle associazioni, numero delle vertenze trattate sia presso la Dpl che in sede sindacale e, successivamente, inoltrate per il deposito *ex art.* 411 c.p.c., numero dei contratti integrativi od aziendali sottoscritti, numero degli accordi per la gestione delle crisi sottoscritti per le mobilità, le Cigs o le Cig in deroga, ecc.).

La nota ministeriale è ben conscia del fatto che la vecchia commissione (o sotto commissione) di conciliazione opera in "prorogatio" per quarantacinque giorni, secondo la previsione contenuta nell'art. 3 del D.L. n. 293/1994 convertito, con modificazioni, nella legge n. 444/1994 il quale consente, appunto, una ultra attività dell'organo scaduto fino all'8 gennaio 2011. È appena il caso di precisare come una conciliazione avvenuta avanti alla vecchia commissione dopo tale data non possa ottenere i crismi della inoppugnabilità.

La singolarità della norma, rispetto al passato, riguarda la presidenza della commissione

di conciliazione (peraltro, non è previsto alcun gettone per il "munus", neanche a titolo di rimborso spese): oltre che dal Dirigente o da un suo delegato essa può essere presieduta da un magistrato a riposo, senza alcuna specificazione rispetto alla "specializzazione" (amministrativa, ordinaria, contabile, ecc.) riferita all'attività svolta in passato. Non si capisce bene il ruolo di quest'ultimo: può esser nominato presidente della commissione, ma "scompare" quando il comma 4 del nuovo art. 410 c.p.c. afferma che la sotto commissione (ove, sostanzialmente, si discutono tutte le controversie) è presieduta dal Direttore o da un suo delegato. Par di capire che il «magistrato collocato a riposo» possa essere una sorta di "presidente onorario" da chiamare in causa nell'ipotesi in cui le parti chiedano alla commissione di costituirsi in collegio arbitrale irrituale per la soluzione della controversia in via alternativa al giudizio. In ogni caso, occorre sottolineare come i primi chiarimenti amministrativi forniti dal Ministero del lavoro con nota del 25 novembre 2010 non prendano mai in considerazione il «magistrato a riposo», ai fini della presidenza del nuovo organo collegiale.

Procedura

Ma come è la procedura per attivare il tentativo di conciliazione avanti alla commissione (per quelle in sede sindacale l'*iter* individuato dall'art. 410 c.p.c. non trova, in alcun modo, applicazione, cosa che, ad avviso di chi scrive, porterà, nel medio periodo, a preferire questa strada e, al contempo, nulla dice il Legislatore circa la procedura avanti agli organi di certificazione, sicché si può ipotizzare la non applicazione di quella prevista dal suddetto articolo)?

La richiesta va sottoscritta da chi la presenta (lavoratore, prestatore, datore di lavoro, committente, associato o associante in partecipazione, ecc.)

e va presentata a mano o con lettera raccomandata con avviso di ricevimento (così afferma il Legislatore) alla commissione di conciliazione. Analoga copia va inviata alla controparte.

È appena il caso di sottolineare come la richiesta possa essere congiunta: in tal caso, si ritiene che la Commissione (o sotto commissione di conciliazione) possa provvedere alla convocazione delle parti senza attendere i tempi della nuova procedura.

La nota del 25 novembre 2010 afferma che la vecchia commissione di conciliazione può convocare soltanto le controversie pendenti presentate entro il 23 novembre u.s.: ad avviso di chi scrive (anche se il ragionamento alla base di questo indirizzo fa riferimento all'ordinaria amministrazione che c'entra poco, in quanto la commissione è pienamente legittimata ad operare) la risposta è determinata da due condizioni: la necessità di rispettare i termini della procedura che portano, senz'altro (come si vedrà tra poco), oltre l'8 gennaio 2011 ed il fatto che, in genere, l'attività della commissione si sospende nel periodo natalizio. Ma detto questo, non si può, assolutamente, escludere, che in tale periodo la commissione possa convocare le parti che hanno effettuato la richiesta congiunta, nel rispetto della disponibilità di «calendario».

Delega e autentica

Due considerazioni si rendono necessarie.

La prima è che anche per la richiesta valgono le regole della rappresentanza e del mandato e dell'assistenza: nulla è cambiato rispetto al passato, nel senso che continuano a valere le regole generali in uso, in materia di delega ed autentica. Da ciò discende che la delega a conciliare e transigere può, validamente, essere rilasciata davanti ad un notaio o ad un funzionario della Direzione provinciale del lavoro mentre,

per effetto delle specifiche competenze, tale potere non sembra essere riconosciuto all'addetto comunale. Né, d'altra parte, appare più consentito all'avvocato di autenticare la firma del proprio cliente: questa prassi, seguita da alcune Direzioni provinciali del lavoro (ma mai avallata esplicitamente dalla Direzione generale per la tutela delle condizioni di lavoro) sul presupposto che il tentativo obbligatorio si inserisse in un "iter procedimentale" finalizzato al ricorso giudiziale (ove, peraltro, il legale autentica la firma del cliente), non è più ammissibile, atteso che, ora, il tentativo è facoltativo. Su questi punti la nota ministeriale è stata estremamente esplicita parlando soltanto di delega notarile o avanti ad un funzionario della Direzione provinciale del lavoro. Nel caso di una Pubblica Amministrazione (tema non trattato nella nota ministeriale) si ha motivo di ritenere che la delibera o la delega sottoscritta da chi è al vertice della stessa (es. Sindaco, Presidente della Provincia, Direttore Generale, ecc.) non abbia bisogno di alcun atto notarile o di conferma da parte del funzionario della Dpl, proprio per la posizione che nell'ambito della struttura pubblica riveste il delegante (del resto, le Direzioni provinciali del lavoro hanno sempre operato in tal modo sotto la vigenza degli articoli 65 e 66 del D.Lgs. n. 165/2001).

Posta certificata e fax

La seconda è che, pur stando al dettato letterale della norma, appare possibile l'utilizzo della posta certificata (che presuppone il possesso della stessa da parte di entrambe le parti), mentre non è perseguibile la strada della richiesta avanzata attraverso il fax, escluso esplicitamente dalla prima direttiva ministeriale.

Elementi da precisare nell'istanza

Nell'istanza vanno precisati

una serie di elementi che possono così sintetizzarsi:

a) dati identificativi del richiedente e del convenuto con l'indicazione degli indirizzi e della sede;

b) luogo ove è sorto il rapporto o dove si trova l'azienda o la dipendenza ove è addetto il lavoratore o dove prestava la propria opera all'atto della cessazione del rapporto;

c) luogo ove vanno indirizzate le comunicazioni;

d) esposizione dei fatti e delle rivendicazioni a fondamento della pretesa (ad esempio, differenze retributive, straordinari, trattamento di fine rapporto, impugnazione del licenziamento, danno biologico, ecc.): le richieste di natura economica vanno "quantificate".

La nota ministeriale afferma che i funzionari della Direzione provinciale del lavoro sono tenuti a verificare che la richiesta posseda i contenuti essenziali richiesti dalla legge ed a richiederne, in caso di mancanza l'integrazione.

Adesione della controparte

Nei venti giorni successivi al ricevimento della richiesta il soggetto che ha ricevuto può aderire al tentativo di conciliazione depositando, se vuole, le proprie contro deduzioni. Nei dieci giorni ulteriori la commissione fissa l'incontro che deve avvenire entro trenta giorni. Ovviamente, se c'è il consenso di entrambe le parti, il tentativo di conciliazione può essere espletato anche se l'adesione è intervenuta oltre il decorso dei venti giorni, dovendosi intendere tale termine puramente ordinatorio.

Da quanto appena detto si deduce che, in assenza, di consenso dell'altra parte, l'Ufficio non può convocare e, di conseguenza, l'inerzia nella convocazione, in assenza di adesione della controparte, non può essere ascritta ad un comportamento "passivo" della Direzione provinciale del lavoro.

Il problema relativo alla mancata adesione del datore di lavoro (o committente) alla richiesta del lavoratore (o prestatore) è particolarmente delicato, atteso che, trascorsi venti giorni dall'invio dell'istanza, si concretizza, anche attraverso il silenzio, una sorta di «rifiuto» della conciliazione ed è per questo che è decisivo l'invio della lettera raccomandata alla controparte.

La questione, tuttavia si pone, con maggiore importanza in caso di licenziamento, alla luce di quanto affermato all'art. 7 della legge n. 604/1966, come modificato dalla legge n. 108/1990 e dall'art. 32, comma 1 della presente legge, allorché c'è una richiesta di tentativo di conciliazione. Se il datore di lavoro rifiuta l'incontro (l'adesione, evidenziabile dalla lettera raccomandata inviata, deve avvenire entro venti giorni), il ricorso al giudice deve avvenire, a pena di decadenza, entro i sessanta giorni successivi al rifiuto (art. 32, comma 1). La stessa disposizione è applicabile anche al rifiuto della scelta arbitraria.

Se, invece, il tentativo di conciliazione è stato accettato dalla controparte (art. 7 della legge n. 604/1966) i termini per il ricorso giudiziale sono sospesi fino al giorno in cui si sottoscrive la mancata conciliazione.

Per completezza di informazione si ricorda che sia la legge n. 604/1966 che la legge n. 108/1990 (quest'ultima anche con un possibile riferimento ad un intervento del Direttore della Direzione provinciale del Lavoro, finalizzato alla individuazione del terzo membro) offrono alle parti la possibilità di definire consensualmente la controversia mediante arbitrato irrituale, ma tale disposizione che, ovviamente, si basa sull'accordo tra le parti, non ha avuto fortuna nel nostro ordinamento.

Cosa cambia nella P.A.

Anche per le Pubbliche Am-

ministrazioni cambia tutto: non c'è più la normativa specifica che porta alla costituzione del collegio arbitrale, il tentativo di conciliazione non è più obbligatorio e la commissione di conciliazione, pur se adita dal lavoratore, non può convocare le parti, se il datore di lavoro pubblico non aderisce. La nuova norma ripete, seppur in maniera diversa, quanto affermato dal vecchio art. 66, comma 8, del D.Lgs. n. 165/2001, ai fini dell'esimente di responsabilità: ora si afferma che l'adesione alla proposta conciliativa della commissione non può dar luogo, a carico del funzionario o dirigente pubblico che la sottoscrive, a responsabilità (amministrativa, contabile o disciplinare), fatti salvi i casi di dolo o colpa grave. Particolarmente importante, su questo punto, è la nota del Segretario generale del Ministero del lavoro del 25 novembre 2010, con la quale, per la prima volta, sia pure attraverso un chiarimento amministrativo e non legislativo, si ritiene che anche il funzionario pubblico che presiede la commissione o sotto commissione di conciliazione e che, magari, ha contribuito, con il proprio impegno al raggiungimento dell'accordo, sia esente dalla responsabilità appena evidenziata.

Mancato accordo e proposta di composizione bonaria

In caso di mancato accordo (art. 411, comma 2, c.p.c.) la commissione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia i cui termini debbono essere riportati nel verbale con le indicazioni espresse dalle parti (prima, nel settore privato, non c'era questo onere).

Ma che rilevanza ha la valutazione espressa dalla commissione nel successivo giudizio? Il Legislatore afferma che il giudice tiene conto del comportamento della parte se la proposta avanzata dalla commissione è stata rifiutata senza adeguata motivazione. Da ciò

si evince che pur nella facoltatività del tentativo di conciliazione che, oggettivamente, da un punto di vista procedimentale, assume una valenza minore rispetto a quello obbligatorio, una volta accettata la procedura amministrativa, la parte che rifiuta la proposta di composizione bonaria, deve motivare adeguatamente il rifiuto. Ovviamente, resta inteso che il libero convincimento il giudice se lo fa in giudizio con i mezzi probatori e che, probabilmente, al di là del mero dettato letterale della disposizione, la propria decisione sia la conseguenza di quanto accertato nel dibattimento e non di quanto espresso dalla commissione al termine di un tentativo di conciliazione e dal rifiuto espresso in quella sede dalla parte che ha rifiutato la proposta.

Piuttosto, si ritiene necessario spendere alcune parole sulla formulazione della proposta conciliativa. In un momento nel quale il numero delle trattazioni diminuisce sensibilmente per effetto della facoltatività, dovrebbe essere più facile per i componenti della commissione o sotto commissione "studiare" la controversia e, quindi, proporre una ipotesi di soluzione che, in ogni caso, è frutto della volontà dell'organo collegiale, potendo essere adottata, anche a maggioranza.

Purtuttavia, il caso "limite" rappresentato dal fatto che non sia possibile trovare un indirizzo unitario esiste (si pensi, ad esempio, ad un licenziamento nel quale a fronte della quantificazione di una indennità risarcitoria, i membri di estrazione sindacale o datoriale, restino fermi, rispettivamente, sulla reintegra o sulla conferma del provvedimento): in questa ipotesi, se ne dovrebbe dare conto nel verbale, mettendo in evidenza che l'organo collegiale non è riuscito ad esprimere un indirizzo comune.

Per completezza di informazione va sottolineato come l'art. 411 c.p.c., comma 3, declini a cosa è tenuto il ricor-

rente in giudizio dopo il «mancato accordo»: al ricorso depositato *ex art.* 415 c.p.c. vanno allegare, oltre al verbale, anche le memorie presentate dalle parti e riguardanti il tentativo non riuscito: tutto questo nell'ottica di favorire l'azione del giudice nella fase successiva e, soprattutto, in quella della possibile conciliazione «pregiudiziale».

Indicazioni operative

L'entrata in vigore della nuova normativa e l'assenza di un periodo transitorio hanno postulato, da subito, una serie di comportamenti operativi sui quali si è soffermata la nota del 25 novembre 2010 e che possono, così, sintetizzarsi:

a) i tentativi di conciliazione in discussione avanti alla commissione di conciliazione continuano ad essere espletati fino al termine: tuttavia, va fatto presente alle parti il cambiamento con la possibilità di non dover attendere la scadenza temporale dei sessanta giorni per adire il giudizio.

b) i tentativi di conciliazione del settore pubblico all'esame dei collegi arbitrali già costituiti e trattati *ex art.* 65 e 66 del D.Lgs. n. 165/2001, essendo venuta meno la disposizione da cui traevano origine, non hanno più alcun motivo di continuare. Se le parti volessero, di comune accordo, continuare, lo possono anche fare privatamente (ma il presidente, che è di parte pubblica, non può continuare, atteso che le norme di riferimento sono state abrogate), ma la procedura non ha più le caratteristiche primitive e i membri del collegio (supportati dagli indirizzi espressi dal Dirigente della Direzione provinciale del Lavoro) debbono portare a conoscenza delle stesse le novità normative, sottolineando, tra le altre cose, che non è più necessario attendere la scadenza dei novanta giorni per andare in giudizio. La prosecuzione nel tentativo di conciliazione è una strada, volontaria, che

si presenta molto accidentata, atteso che l'art. 66 del D.Lgs. n. 165/2001 (con tutte le garanzie previste) non c'è più e, soprattutto, non c'è l'inoppugnabilità garantita dal comma 5 dell'art. 66. Il presidente del collegio deve, eventualmente, acquisire la volontà delle parti di trasferire la controversia all'esame della commissione di conciliazione: se ciò si verifica invia la disponibilità alla segreteria della stessa;

c) le richieste di conciliazione sia del settore pubblico che di quello privato giacenti all'atto dell'entrata in vigore della norma vanno portate all'esame della commissione di conciliazione avvertendo le parti della novità normativa e, soprattutto, sottolineando che la mancata presenza di una delle parti non ha la rilevanza del passato. Tale soluzione, seppur non proprio consona rispetto al nuovo dettato normativo (bisognerebbe avvertire la controparte se intende aderire, cosa che da un punto di vista operativo sarebbe estremamente onerosa soprattutto nelle grosse realtà ove le richieste di conciliazione giacenti sono migliaia), ha il pregio di provare a risolvere, con buon senso, l'arretrato;

d) le richieste di conciliazione pervenute dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni, devono essere trattate con il "nuovo rito", non potendo la commissione convocare le parti se non c'è stata l'adesione preventiva del soggetto cui è stata inviata la richiesta del richiedente. In tale ottica, le eventuali richieste pervenute nel settore pubblico con l'invocazione del collegio di conciliazione ex art. 66 del D.Lgs. n. 165/2001, non possono essere accettate e si dovranno invitare gli interessati a seguire le nuove regole procedurali. Una novità rispetto al passato è rappresentata dal fatto che il verbale di conciliazione, che resta, a tutti gli effetti, inoppugnabile, non è più siglato dal solo presidente ma anche dagli altri componenti la commissione: nulla è, so-

stanzialmente, cambiato per il deposito in quanto, su istanza della parte interessata, il giudice del Tribunale lo dichiara esecutivo con decreto.

Competenza per materia

Nulla è cambiato circa le materie sulle quali la commissione di conciliazione è competente: esse sono delineate dall'art. 409 c.p.c. e, per quel che concerne il settore pubblico, dall'art. 63, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001 e riguardano:

a) il lavoro subordinato privato, a prescindere dalla tipologia contrattuale;

b) il lavoro in agricoltura anche con riferimento ai rapporti speciali, nei limiti delineati dalle legge n. 203/1982 e n. 29/1990: ciò significa, sempre con riferimento ai suddetti rapporti che essendo residuale la competenza del giudice del lavoro sui contratti agrari, è residuale anche la competenza della commissione di conciliazione sia pure facoltativa e limitata, ad esempio, al contratto di affitto all'imprenditore non coltivatore diretto;

c) i rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti che si concretizzano in una prestazione coordinata e continuativa, anche a progetto. Nel corso degli anni, in virtù di orientamenti espressi dalla Magistratura, il campo della c.d. "para subordinazione" sul quale può esprimersi il giudice del lavoro (e, di converso, la commissione di conciliazione) si è, di molto, allargato;

d) il lavoro subordinato dei dipendenti degli Enti pubblici economici;

e) il rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, ivi comprese le controversie relative all'assunzione (con esclusione delle procedure concorsuali), quelle riguardanti sia il conferimento di incarichi dirigenziali che quelle relative alla cessazione del rapporto. Dal campo di applicazione restano fuori una

serie di impiegati pubblici il cui rapporto è regolato dalla legge (e di conseguenza, la competenza a decidere è del giudice amministrativo: ci si riferisce agli appartenenti alla carriera giudiziaria, a quella prefettizia, al personale diplomatico, ai professori universitari ed agli appartenenti alle forze dell'ordine, a quelle militari ed ai vigili del fuoco.

Al contempo, nulla è cambiato anche per il radicamento della «competenza territoriale» ove occorre far riferimento all'art. 413 c.p.c. che, peraltro, prevede una procedura particolare per l'individuazione del foro competente (e, quindi, della commissione) per le controversie degli agenti e dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Termini di decadenza

Una breve riflessione è necessaria, per i riflessi sul tentativo facoltativo di conciliazione, circa i termini di decadenza fissati dall'art. 32 della legge n. 183/2010.

Intervenendo sui commi 1 e 2 dell'art. 6 della legge n. 604/1966, il Legislatore ha stabilito che:

a) il licenziamento deve essere impugnato, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione ovvero dalla comunicazione dei motivi se essa non è stata contestuale. Ciò può avvenire con qualsiasi atto scritto, anche di natura extra giudiziale o con l'intervento della propria associazione sindacale finalizzato ad impugnarlo;

b) se entro il successivo termine di duecento settanta giorni non avviene il deposito del ricorso avanti al giudice competente, l'impugnazione non produce effetti. Se il ricorrente ha chiesto il tentativo di conciliazione (il termine per aderire è di venti giorni dall'invio della lettera raccomandata o dalla consegna a mano) o la costituzione del collegio arbitrale e questi sono stati rifiutati dal datore (il rifiuto può anche es-

sere tacito ed è, in ogni caso, desumibile dalla data di spedizione della lettera) il ricorso al giudice va presentato entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo sull'espletamento della procedura arbitrale. Da quanto appena emerso discende una ovvia considerazione: in un'ottica di strategia processuale sempre meno saranno le richieste di conciliazione sui licenziamenti (ovviamente, il discorso prescinde dalla sussistenza o meno dell'art. 5 della legge n. 108/1990) di cui si è parlato in precedenza) in quanto la mancata adesione al tentativo facoltativo "brucia" un certo numero di giorni rispetto al termine massimo dei duecento settanta. Forse, e sempre in un'ottica di strategia processuale, ci si potrebbe attendere in quelle ipotesi in cui, per varie ragioni, in prossimità dei duecentosettanta giorni il ricorso giudiziale non sia pronto, ci si potrebbe attendere una richiesta del tentativo di conciliazione, finalizzata, anche in caso di mancata adesione, a "guadagnare" ulteriori sessanta giorni. È appena il caso di precisare come, ad avviso di chi scrive, il termine dei duecentosettanta giorni non trovi applicazione per i provvedimenti di recesso antecedenti il 24 novembre 2010: qui, dovrebbe valere la prescrizione quinquennale o quella, eventuale, in alcuni casi, più lunga.

c) le disposizioni della legge n. 604/1966 trovano applicazione a tutti i casi di invalidità dei licenziamenti che, secondo la nostra dottrina civilistica sono onnicomprensivi comprendendo la vasta gamma della nullità, dell'annullabilità e dell'inefficacia. Sotto quest'ultimo aspetto mentre è, senz'altro, ricompreso il licenziamento derivante da procedura collettiva di riduzione di personale, non lo è quello orale, in quanto manca il presupposto della comunicazione scritta;

d) la legge n. 604/1966 trova applicazione anche per il licenziamento che presuppone la risoluzione di questioni con-

cernenti la qualificazione del rapporto (ad esempio, un lavoratore co.co.pro. che ritiene di essere stato, a tutti gli effetti, subordinato) o la legittimità del termine (ad esempio, contratto di inserimento o della fase formativa dell'apprendistato).

Sfera di applicazione

Il nuovo articolo 32 trova piena applicazione anche:

a) al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, individuati dall'art. 409, n. 3, c.p.c.;

b) al trasferimento *ex art.* 2103 c.c., per comprovate esigenze tecniche, organizzative e produttive, con il termine di duecentosettanta giorni che decorre dalla comunicazione del trasferimento;

c) al contratto a termine *ex artt.* 1, 2 e 4 del D.Lgs. n. 368/2001, con termine decorrente dalla scadenza del contratto;

d) al contratto a tempo determinato stipulato *ex artt.* 1, 2 o prorogato (art. 4) in corso alla data del 24 novembre 2010, con termine decorrente dalla scadenza del contratto;

e) al contratto a termine stipulato anche in applicazione di disposizioni legali previgenti il D.Lgs. n. 368/2001, con decorrenza dei termini di duecentosettanta giorni a partire dal 24 novembre 2010;

f) alla cessione del contratto di lavoro *ex art.* 2112 c.c. (per trasferimento, cessione o affitto d'azienda o ramo di essa), con termine decorrente dalla data del trasferimento;

g) in ogni altro caso in cui, compresa la somministrazione irregolare *ex art.* 27 del D.Lgs. n. 276/2003, il lavoratore chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso da chi ha la titolarità del rapporto, come nel caso dell'appalto o del subappalto. La non obbligatorietà del tentativo di conciliazione porterà presumibilmente, come si di-

ceva, ad una riduzione nell'attività della commissione con un prevedibile ampliamento della conciliazione monocratica. Detto questo è facile ipotizzare come continueranno a pervenire alla commissione "richieste congiunte" finalizzate alla "sostanziale ratifica" di accordi già raggiunti. La commissione non può rifiutarsi ma deve essere cura della stessa verificare i contenuti delle conciliazioni e, magari, astenersi dalla ratifica se, ad esempio, i lavoratori rinunciano a diritti indisponibili o che non sono ancora entrati nella loro sfera di disponibilità. Ciò che è importante (ma il discorso non può essere soltanto limitato alle Direzioni del lavoro, in quanto nuovi organi si affacciano nel capo delle conciliazioni) è che i prestatori abbiano piena coscienza e volontà nella sottoscrizione delle transazioni.

Conciliazione in sede sindacale

Per quel che concerne la conciliazione in sede sindacale (anch'essa, in caso di accordo, inoppugnabile) poco è cambiato tranne che, come detto pocanzi, non trova applicazione il complesso *iter* procedurale postulato dall'art. 410 c.p.c. Anche qui, resta valida la procedura di deposito pur se l'art. 411 c.p.c. (che riguarda, in generale, il deposito del verbale di conciliazione redatto sia in sede amministrativa che in quella sindacale) è stato parzialmente riscritto.

Il comma 1, cambia, rispetto al passato, nel momento in cui, parlando della formazione del verbale di conciliazione, afferma che lo stesso deve essere sottoscritto oltre che dalle parti anche da tutti i membri della commissione (e non solo dal presidente cui, peraltro, ad avviso di chi scrive, incombe l'onere di certificare l'autografia delle parti o la loro impossibilità a sottoscrivere). Il giudice che dichiara, con decreto, su istanza di una parte interessata, l'esecutività dell'accordo è

quello della cancelleria del Tribunale ove si è formato l'atto. Ciò lo si ricava esplicitamente (il comma 1 è imperfetto e non lo dice esplicitamente) dal comma 3 ove si parla del deposito dei verbali redatti in sede sindacale.

Questioni irrisolte

Per completezza di informazione si ritiene opportuno riepilogare alcune questioni risolte, da tempo, che riguardano la materia:

a) il deposito del processo verbale di conciliazione è un atto successivo all'accordo che non riverbera in alcun modo i propri effetti sulla validità dello stesso (Cass., n. 4413/1984);

b) il deposito deve avvenire su istanza della parte interessata: ciò si spiega con il fatto che l'accordo è di per se stesso inoppugnabile e, quindi, soprattutto laddove il pagamento è avvenuto, non si ha motivo per chiedere il deposito. Ciò, invece, è conveniente allorché si è in presenza di un pagamento rateale o di impegni che si protraggono nel tempo;

c) l'inoppugnabilità dell'accordo non esclude, tuttavia, le c.d. «ipotesi generali» per un possibile ricorso riferite ad un vizio del consenso, alla indeterminabilità dell'oggetto ed alla illiceità della causa;

d) la Corte di Cassazione (Cass., n. 15371/2003) ha affermato che in caso di dettaglio analitico delle voci richiamate nell'accordo e in caso di frase finale con la quale il «lavoratore rinuncia ad ogni altra rivendicazione riferita al rapporto di lavoro», i canoni ermeneutici debbono prevalere su quelli interpretativi, con la conseguenza che se una voce specifica non è ricompresa tra quelle espresse «in dettaglio», il prestatore la possa richiedere, nonostante l'inserimento della frase appena riportata;

e) la procedura sindacale è, in genere, stabilita dagli stessi contratti collettivi: in mancanza della stessa non può che

farsi riferimento alle linee di indirizzo emanate dal Gabinetto del Ministro del lavoro il 17 marzo 1975;

f) la funzione del sindacalista nella conciliazione deve essere di «effettiva assistenza» (Cass., 12858/2003) e di «concreto supporto» (Cass., n. 13217/2008).

Ulteriori questioni operative

Il Legislatore si è preoccupato, altresì, di intervenire anche sull'attività conciliativa del giudice del lavoro esperita dallo stesso nell'udienza di discussione.

È cambiato il comma 1, dell'art. 420 c.p.c. laddove si afferma che viene tentata «la conciliazione e formulata alle parti una proposta transattiva» cui consegue che «il rifiuto della proposta transattiva del giudice, senza giustificato motivo, costituisce elemento valutabile dal giudice ai fini del giudizio».

Con la riscrittura dell'art. 412 c.p.c. il Legislatore ha previsto la possibilità che le parti durante il tentativo di conciliazione o al termine dello stesso possano rimettere volontariamente l'esame della loro controversia alla commissione che si costituisce in organo arbitrale.

Una serie di questioni operative relative alla natura del collegio arbitrale alternativo al giudizio si possono evidenziare, non ultime quelle relative al mandato, all'accettazione del «*munus*», al ruolo del funzionario pubblico, all'eventuale onerosità dell'arbitrato, al luogo ed all'orario di svolgimento dell'incarico: si tratta di cose importanti sulle quali, a breve, il Ministero del lavoro dovrà dettare alcune disposizioni interpretative e che non sono di poco conto (la nota del 25 novembre 2010 non affronta la questione). Ci si riferisce all'accettazione del «*munus*» da parte del dipendente pubblico che è presidente della commissione o sotto commissione di conciliazione (rientra

o no tra gli incarichi autorizzabili ex art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001? - ad avviso di chi scrive, no -), alla onerosità dell'incarico (si propende per una risposta positiva, anche alla luce dell'art. 814 c.p.c. ed alle norme che regolano il mandato, anche se da parte di alcuni interpreti ministeriali il collegio arbitrale dovrebbe essere gratuito, in quanto la norma darebbe lo spunto per una trasformazione «tout court» della commissione in collegio arbitrale), al luogo ed all'orario in cui il collegio arbitrale si può riunire (si ritiene che, se attività remunerata, ci si possa regolare nello stesso modo con il quale ci si comporta con i collegi arbitrali costituiti ex art. 7 della legge n. 300/1970, con prestazioni svolte al di fuori dell'orario di servizio). Ovviamente, applicando le regole del mandato, l'accettazione dell'incarico, riguarda tutti i membri della sotto commissione che possono rifiutare: in tal caso, ma questa al momento è soltanto un'ipotesi, la scelta di componente del collegio potrebbe cadere su altri membri della commissione: nulla dice la disposizione e, probabilmente, un ruolo di riferimento potrebbe essere svolto dal Presidente della Commissione (dirigente della Dpl o suo delegato, o «magistrato collocato a riposo»).

Al momento, si deve sottolineare come la norma specifica cosa le parti, di comune accordo, debbono indicare:

a) il termine per l'emanazione del lodo (che può riguardare anche tutte le questioni già portate all'esame della commissione di conciliazione, ivi compreso il licenziamento, in quanto, in questo caso, si è fuori dall'ipotesi prevista nelle clausole compromissorie) non può superare i sessanta giorni, trascorsi i quali l'incarico si intende revocato. La disposizione appare perentoria ed è finalizzata a costringere i componenti a giungere ad una decisione in tempi brevi, ma se le parti sono d'accordo, nulla esclude che le stesse, trattandosi di un incarico che trae

origine dalla loro volontà, possono concedere, a fronte di ulteriori approfondimenti, una deroga temporale che, in ogni caso, dovrà risultare da atto scritto;

b) le norme che la commissione deve applicare, ivi compresa la decisione secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari (precisazione aggiunta nel nuovo esame parlamentare, dopo i rilievi del Capo dello Stato). Ciò significa che nell'atto di conferimento vanno indicati sia le norme contrattuali sulle quali si controverte che i principi legislativi alla base della futura decisione che può avvenire anche secondo equità (con i limiti appena descritti) essendo, nel caso di specie, un collegio arbitrale irrituale. Le parti possono indicare anche le forme ed i modi di espletamento dell'attività istruttoria.

Il lodo arbitrale emanato al termine della procedura è sottoscritto dagli arbitri ed autenticato, è vincolante per le parti (ha «forza di legge» *ex art. 1372 c.c.*), è inoppugnabile *ex art. 2113 c.c.* ed ha efficacia di titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*, su istanza della parte che intende far eseguire il lodo. Ciò può avvenire, trascorsi trenta giorni dalla notifica o, prima di tale periodo, se le parti hanno accettato espressamente la decisione. Il giudice, accertata la regolarità formale, dichiara, esecutivo, con proprio decreto, il lodo.

Ipotesi di impugnabilità del lodo

In quali casi è impugnabile il lodo arbitrale?

La risposta fornita dal Legislatore è che ciò possa avvenire *ex art. 808-ter c.p.c.* Da ciò si deduce che il lodo è annullabile con ricorso al Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, nella cui circoscrizione si è svolto l'arbitrato. Esso va presentato entro trenta giorni dal-

la notificazione del lodo. Il lodo è impugnabile:

a) se la convenzione con la quale è stato dato il mandato agli arbitri è invalida o gli arbitri sono andati oltre i limiti del mandato e la relativa eccezione sia stata sollevata nel corso del procedimento;

b) se gli arbitri non sono stati nominati nelle forme e nei modi stabiliti nella convenzione arbitrale;

c) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere arbitro *ex art. 812 c.p.c.* (incapacità totale o parziale di agire);

d) se gli arbitri non si sono attenuti alle condizioni apposte dalle parti come condizione di validità del lodo;

e) se non è stato osservato il principio del contraddittorio.

Con l'*art. 412-ter*, riscritto dal comma 6 dell'*art. 31*, il Legislatore ha ribadito che le conciliazioni e l'arbitrato possono essere svolti in sede sindacale con le modalità stabilite nei contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni maggiormente rappresentative.

Arbitrato irrituale

Con l'*art. 412-quater*, riscritto dal successivo comma 7, è stata ipotizzata una forma di arbitrato irrituale molto articolata e puntuale che, ovviamente, trae la propria ragion d'essere nella volontarietà e che prescinde dall'espletamento di un qualsiasi precedente tentativo di conciliazione.

Iter procedurale

Rimandando a successivi approfondimenti le riflessioni più caratterizzanti dell'istituto, si può affermare che l'iter prevede alcuni passaggi obbligati, così sintetizzabili:

a) il collegio è composto da tre membri di cui il presidente, scelto di comune accordo, deve essere un professore universitario di materie giuridiche o un avvocato patrocinante in Cassazione. Da quanto appena detto emergono alcune considerazioni. La prima riguarda l'individuazione degli arbitri

di parte per i quali la norma non presenta alcuna preclusione, nel senso che possono essere scelti liberamente dalle parti secondo il loro libero convincimento. La seconda concerne la scelta del presidente tra le categorie professionali appena indicate: essa deve avvenire concordemente: la remissione della scelta al Presidente del Tribunale presso il cui circondario insiste la sede dell'arbitrato può avvenire soltanto su istanza della parte richiedente;

b) la parte che intende ricorrere al collegio di conciliazione ed arbitrato deve notificare la sua volontà attraverso un atto sottoscritto personalmente o da un rappresentante munito di mandato presso il quale elegge il proprio domicilio. La Pubblica Amministrazione pare esente da tale obbligo, atteso che può agire attraverso i propri organi decisionali. La nota deve contenere la nomina dell'arbitro, l'oggetto dell'istanza, le ragioni di fatto e di diritto su cui essa si fonda, i mezzi di prova ed il valore della controversia. Questi sono gli elementi essenziali, cui possono aggiungersene altri come la proposta delle norme da applicare, ivi compresa l'equità, il rispetto dei principi generali dell'ordinamento e di quelli, eventuali, regolatori della materia a livello comunitario;

c) la parte cui è stata indirizzata l'istanza se accetta la procedura deve comunicarlo con notifica al domicilio e con la nomina del proprio arbitro. Nei trenta giorni successivi gli arbitri scelgono di comune accordo il terzo membro e la sede di riunione. Quest'ultima, se non c'è un comune accordo, può essere individuata dal Presidente del Tribunale. È appena il caso di precisare che sia gli arbitri di parte che il presidente debbono, formalmente, accettare l'incarico, atteso che la procedura è su base spiccatamente volontaria.

Ma gli arbitri possono, di comune accordo, scegliere quale sede per le loro riunioni, quella della Direzione provinciale del lavoro?

In attesa di auspicabili delucidazioni amministrative, si può, al momento, escludere che la stessa possa essere individuata presso la Direzione provinciale del lavoro che, in tale procedura, non svolge alcuna funzione;

d) scelto il presidente, la parte convenuta ha trenta giorni di tempo per presentare la memoria di replica, tramite il legale cui ha conferito il mandato: l'eccezione riguarda la Pubblica Amministrazione che può farlo attraverso i propri organi decisionali;

e) il periodo successivo (dieci giorni) è dedicato alle eventuali memorie di replica e contro replica;

f) con il passaggio successivo si entra nel cuore dell'attività dell'organo: si fissa il giorno dell'udienza che deve tenersi entro i trenta giorni successivi alla scadenza del termine assegnato al convenuto per la contro replica. La data è comunicata alle parti, al domicilio designato, almeno dieci giorni prima;

g) prima di entrare nel merito della discussione il collegio esperisce il tentativo di conciliazione: se questo riesce esso è inoppugnabile ed il verbale è rimesso alla Direzione provinciale del lavoro per il successivo deposito *ex art.* 411, comma 3, c.p.c.;

h) se la conciliazione non riesce il collegio interroga le parti ed ammette le prove (documentali o testimoniali): in caso contrario passa immediatamente alla discussione orale;

i) la controversia è decisa con un lodo entro venti giorni dall'udienza di discussione;

j) il lodo produce gli effetti della inoppugnabilità *ex art.* 2113 c.c., comma 4. L'eventuale impugnativa della decisione avanti al Tribunale in funzione di giudice del lavoro che decide in unico grado, va proposta, per i motivi *ex art.* 808-ter c.p.c., entro trenta giorni dalla notificazione del lodo che, peraltro, diviene, in via generale, esecutivo, trascorso tale termine o in caso di accettazione anticipata della decisione avvenuta da entram-

be le parti. Se non c'è stata impugnazione o il ricorso è stato respinto, il lodo, su istanza della parte interessata, diviene esecutivo con decreto del giudice, una volta depositato nella cancelleria del Tribunale;

k) le spese di funzionamento del collegio arbitrale sono fissate dal Legislatore nella misura dell'1% del valore della controversia per gli arbitri di parte e del 2% per il Presidente. Ciascuna parte deve versare la metà in assegni circolari cinque giorni prima dell'inizio dell'udienza di discussione presso la sede prescelta. Le spese per i legali sono liquidate *ex art.* 91, comma 1 e 92 c.p.c.;

l) i contratti collettivi possono prevedere fondi specifici per i rimborsi delle spese sostenute dai lavoratori. Si tratta di una norma programmatica la cui assenza non avrebbe, in alcun modo, impedito alla pattuizione collettiva di intervenire: tra l'altro, parlando delle «spese vive» del collegio, non si è parlato di quelle legali conseguenti alla elezione del domicilio presso un avvocato cui è stato conferito il mandato per la presentazione del ricorso.

L'estrema complessità e puntigliosità della procedura ed il compenso che, tenuto conto delle professionalità richieste (professore universitario in materie giuridiche o avvocato cassazioni sta per l'incarico di presidente o legali quali arbitri di parte o «domiciliatari» delle comunicazioni) appare estremamente esiguo (una controversia di 10.000 euro porta ad un compenso per il presidente pari a 200 euro lordi ed a 100, sempre lordi, per l'arbitro di parte), portano, tra le altre cose, alla considerazione che, difficilmente, tale forma di arbitrato irrituale sarà praticata con una certa frequenza.

Altre forme arbitrali alternative al giudizio possono essere previste, sempre su base volontaria, qualora previsti dalla contrattazione collettiva o da un contratto individuale le cui clausole compromissorie siano

state certificate da uno degli organi a ciò deputati.

Anche le Commissioni di certificazione (Direzioni provinciali del Lavoro, Enti bilaterali, Università, Province, Ordini provinciali dei consulenti) possono svolgere, prevedendo una specifica sezione, attività di conciliazione del tutto analoga nei contenuti a quella prevista *ex art.* 410 c.p.c. e di arbitrato alternativo al giudizio. C'è da rimarcare come la disposizione legale non dica altro circa la composizione del collegio: da ciò si deduce, quindi, che saranno i singoli regolamenti organizzativi a disciplinarne la composizione e le modalità di funzionamento.

Due ultime novità

Per completezza di informazione vanno sottolineate due ultime novità interessanti.

La prima riguarda la possibilità ora concessa a tutti gli organi di certificare i regolamenti delle società cooperative (è stato abrogato l'art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003), prima riservata alle sole Province.

La seconda che si inserisce nell'art. 79 del D.Lgs. n. 276/2003 tende ad allargare gli effetti della certificazione. Infatti, qualora ci si trovi in presenza di contratti in corso di esecuzione, gli effetti dell'accertamento si producono *ex tunc*, ossia dal momento di inizio del contratto, qualora la commissione abbia tratto il convincimento che l'attuazione del medesimo, anche per il passato, sia coerente con la ricostruzione giuridica accertata: questa disposizione potrebbe, in certi contesti, rivestire aspetti di estrema delicatezza, potendo «confliggere» con accertamenti ispettivi in corso.

Clausole compromissorie

Un aspetto fondamentale dell'impianto normativo e sul quale, nel rinvio alle Camere *ex art.* 75 della Costituzione, operato dal Capo dello Stato,

si erano appuntati forti rilievi critici, è quello che si trova nel comma 10 dell'art. 31 e riguarda la possibilità che gli accordi collettivi (anche interconfederali) pattuiscono clausole compromissorie di remissione delle controversie di lavoro alle forme arbitrali disciplinate dagli articoli 412 e 412-*quater* c.p.c. La clausola compromissoria, a pena di nullità (ad avviso di chi scrive, assoluta) deve essere certificata da una commissione di certificazione *ex art.* 76 del D.Lgs. n. 276/2003.

Prima di entrare nel merito di alcuni aspetti relativi alla normativa citata, va ricordato che: **a)** il Legislatore punta, facendo proprie le volontà del Ministro del lavoro espresse sin dalla Direttiva del 18 settembre 2008, a rilanciare l'istituto della certificazione presso le apposite commissioni che, per una serie di motivi, non hanno assolutamente funzionato, avendo prodotto un numero di atti certificati, ben inferiore a quanto preconizzato: In questa logica va visto anche il recente protocollo tra lo stesso Ministro ed il Presidente delle Province italiane, siglato il 27 luglio 2010, finalizzato alla istituzione presso le Province ed i centri per l'impiego che ne sono l'emanazione, di commissioni di certificazioni, già previste dall'art. 76 del D.Lgs. n. 276/2003, ma non attuate;

b) tra i nuovi compiti assegnati alle commissioni di certificazione c'è, appunto, quello di certificare clausole compromissorie: ciò sarà possibile soltanto se la previsione contrattuale collettiva lo prevederà;

c) le commissioni di certificazioni possono essere sedi arbitrali e sedi conciliative con tutti gli effetti di inoppugnabilità previsti dagli articoli 410 e 411 c.p.c.;

d) dopo il rinvio alle Camere, si è sviluppato un acceso dibattito che ha portato ad alcuni profondi cambiamenti normativi, a seguito dell'avviso comune sottoscritto dalle Associazioni ed Organizzazioni

sindacali, ad eccezione della Cgil. I firmatari, nella prospettiva di un accordo interconfederale «riconoscono l'utilità dell'arbitrato, scelto liberamente ed in modo consapevole dalle parti, in quanto strumento idoneo a garantire una soluzione tempestiva delle controversie in materia di lavoro a favore della effettività delle tutele e della certezza del diritto». Di conseguenza, le parti si sono impegnate «a definire con tempestività un accordo escludendo che il ricorso delle parti alle clausole compromissorie poste al momento dell'assunzione possa riguardare le controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro».

Alla luce di quanto appena detto al punto d), il Legislatore ha affermato che le commissioni, all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria debbono accertare la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro. La sottoscrizione può avvenire soltanto dopo la conclusione del periodo di prova o, in alternativa, trascorsi trenta giorni dalla stipula del contratto. Nella fase di certificazione le parti possono farsi assistere da un legale di fiducia (la scelta del Legislatore sembra escludere altri professionisti, seppur esperti in materia di lavoro) o da un rappresentante dell'organizzazione sindacale o professionale cui siano iscritte od abbiano conferito il mandato.

Alcune brevi considerazioni si rendono necessarie, in attesa dei chiarimenti amministrativi che sicuramente verranno dagli organi sopra ordinati.

La prima riguarda il momento della sottoscrizione. Se non è stato previsto un periodo di prova (cosa non obbligatoria, ai sensi dell'art. 2094 c.c.) essa non può avvenire prima che sia terminato e, quindi, che il rapporto si sia stabilizzato. Vale la pena di ricordare, riferendosi ad alcuni contratti collettivi particolarmente importanti (es. edilizia, pubblici esercizi, pulizie, ecc.), come

per le basse qualifiche e per quelle, in genere, manuali, i termini della prova siano estremamente brevi.

La seconda concerne la circostanza secondo la quale la certificazione non possa avvenire prima che siano trascorsi trenta giorni dalla stipulazione del contratto: si parla di stipula e non di effettiva instaurazione del rapporto come, ad esempio, fa il comma 3 dell'art. 5, laddove, ai fini degli adempimenti in materia di comunicazioni di assunzione on-line al centro per l'impiego, si afferma che l'obbligo è fissato al giorno antecedente l'instaurazione del rapporto. Se i due momenti non coincidono, potrebbe scaturirne qualche problema interpretativo, attesa anche la considerazione che il contratto di lavoro è una scrittura privata, non soggetta ad alcuna registrazione.

Ma se le parti sociali non dovessero intervenire cosa succederà?

Il comma 11 risponde che in questo caso, trascorsi dodici mesi dal 24 novembre 2010, il Ministro convoca le Organizzazioni e le Associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative, per cercare di promuovere un accordo. Se ciò non avviene esso ha sei mesi di tempo per individuare le modalità di attuazione e di piena operatività delle clausole compromissorie. Ovviamente, deve tener conto delle risultanze della fase istruttoria scaturenti dal confronto e, in ogni caso, il suo provvedimento, ha natura sperimentale e può, in ogni momento, essere integrato o derogato da accordi collettivi od interconfederali.

Il comma 12 prevede la possibilità che gli organi certificatori istituiti presso gli Enti bilaterali, le Direzioni provinciali del lavoro, le Province, le Università pubbliche e private e le Fondazioni Universitarie, registrate presso un Albo ministeriale, i consigli provinciali dell'ordine dei consulenti, la Direzione generale per la tutela delle condizioni di lavoro, possano istituire camere arbi-

trali per la definizione delle controversie del settore privato e di quello pubblico, potendo, per motivi di economicità, esser costituiti, a livello territoriale, unitariamente. Trovano applicazione, in quanto compatibili, le regole arbitrali fissate dalla contrattazione collettiva (art. 412-ter c.p.c.) e dall'art. 412-quater c.p.c. per il c.d. collegio arbitrale presieduto dal professore universitario o dall'avvocato cassazionista. Per quel che concerne sia la decisione che i possibili gravami, si rinvia, per brevità di esposizione, a quanto riportato in precedenza, sottolineando che il lodo è annullabile:

a) se la clausola compromissoria è invalida e gli arbitri hanno pronunciato la decisione travalicando i limiti assegnati e l'eccezione è stata sollevata in sede arbitrale;

b) se gli arbitri non sono stati nominati nel rispetto della procedura indicata;

c) se il lodo è stato pronunciato da chi era privo in tutto o in parte della capacità di agire;

d) se gli arbitri non si sono attenuti a clausole espressamente definite dalle parti come condizione di validità del lodo;

e) se non è stato osservato il principio del contraddittorio.

Ovviamente, presso le sedi di certificazione può essere esperito il tentativo di conciliazione facoltativo delle controversie di lavoro ex art. 410 c.p.c. (comma 13). A tale disposizione ne sono strettamente correlate altre. La prima riguarda l'abrogazione (comma 14) delle parole «di cui all'art. 76, comma 1, lettera a)», contenute nell'art. 82 del D.Lgs. n. 276/2003: si trattava di una disposizione che consentiva soltanto alle commissioni di certificazione istituite presso gli Enti bilaterali di certificare le rinunzie e transazioni ex art. 2113 c.c.; la seconda (con il comma 1-bis inserito nell'art. 82 del D.Lgs. n. 276/2003) richiama l'applicazione di tutte le disposizioni, per quanto compatibili, contenute nel capo I del Titolo VII relativo alla

certificazione dei contratti di lavoro.

Viene, altresì, abrogato il comma 2 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 276/2003 (comma 15) che attribuiva soltanto alle commissioni di certificazione istituite presso le Province l'onere di certificare il contenuto dei regolamenti delle società cooperative concernenti la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare con i soci lavoratori: ora, tale compito è rimesso a tutti gli organi di certificazione.

Efficacia giuridica

Da ultimo, una modifica all'art. 79 del D.Lgs. n. 276/2003 che, come è noto, concerne l'efficacia giuridica della certificazione la quale ex art. 5, lettera c), della legge n. 30/2003 ha «piena forza di legge»: ciò sta a significare che essa spiega i propri effetti sia nei confronti delle parti che di terzi interessati (es. Enti previdenziali, Agenzia delle entrate, ecc.) fino al momento in cui, con sentenza di merito, non sia stato accolto un eventuale ricorso giurisdizionale, previo ricorso al tentativo obbligatorio di conciliazione avanti all'organo che ha certificato l'atto. Al comma originario se n'è ora aggiunto un altro il cui scopo è quello di allargare gli effetti della certificazione. Infatti, qualora ci si trovi in presenza di contratti in corso di esecuzione, gli effetti dell'accertamento si producono *ex tunc*, ossia dal momento di inizio del contratto, qualora la commissione abbia tratto il convincimento che l'attuazione del medesimo, anche per il passato, sia coerente con la ricostruzione giuridica accertata.

È appena il caso di puntualizzare la necessità, su questo punto, di chiari indirizzi amministrativi, anche attraverso il c.d. «codice di buone pratiche». Atteso che una certificazione *ex post*, in determinato contesti e situazioni, potrebbe

ispettivi in corso, di senso contrario.

Conseguenze deflative

Una brevissima considerazione: l'arbitrato, nelle varie forme, dovrebbe «deflazionare» il ricorso al giudice del lavoro sul quale, è bene ricordarlo, gravano, in forte misura, le c.d. «cause previdenziali», non toccate dalla attuale riforma. La materia dei licenziamenti resta fuori dalla procedura arbitrale che può riguardare soltanto altri aspetti del rapporto di lavoro. Tutto questo, seppur apprezzabile nello spirito, necessita della volontà delle parti: se questa non c'è (e ne è una dimostrazione l'art. 5 della legge n. 108/1990 che prevede, dopo il mancato accordo, la possibilità, di chiedere per il licenziamento nelle imprese sottodimensionate alle quindici unità, la costituzione di un collegio arbitrale), non c'è niente da fare. Diverso è, invece, il discorso relativo ai collegi arbitrali irrituali ex art. 7 della legge n. 300/1970 che, in questi quaranta anni, hanno trovato piena agibilità presso le parti ed hanno contribuito a risolvere, in maniera equa e veloce, una serie di vertenze di natura disciplinare.

Vale, in ogni caso, la pena di ricordare come già in molti contratti collettivi (si pensi, ad esempio, al commercio) sono presenti procedure arbitrali alternative al giudizio che sono state pensate nei rinnovi contrattuali dalle parti sociali dopo il 1998, quando ciò, in un certo senso, fu reso possibile con le modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 80/1998. Anche qui, mancando la volontà (del lavoratore ma, soprattutto, di chi lo assiste e lo consiglia sindacalmente) i risultati sono stati inferiori alle aspettative.