

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

flash

marzo 2010 *numero speciale

Cosa cambia dopo la riforma

Sommario

Licenziamento

Giusta causa e giustificato motivo: il nuovo ruolo del giudice *2

Licenziamento: i nuovi termini

Termini e decadenze per l'impugnazione del licenziamento*4

Certificazione

Più forza al contratto certificato*5

Conciliazione

Conciliazione: non più obbligatoria e procedura più complessa *7

Arbitrato: la procedura

Tre nuove ipotesi di arbitrato *13

La clausola compromissoria

Arbitrato: la clausola compromissoria *16

Contratto a termine

Impugnazione e risarcimento*21

Contratto a progetto e altro

Novità per trasferimento del lavoratore, trasferimento d'azienda, co.co.pro*23

Spese di lite

Tutte le modifiche al codice di procedura civile dalla l. 69/2009 alla riforma del lavoro*27

SPECIALE RIFORMA

Licenziamento

Giusta causa e giustificato motivo: il nuovo ruolo del giudice

Fabio Rusconi

Prima della riforma: il ruolo dei contratti collettivi

Fino ad oggi, le nozioni di "giusta causa" e "giustificato motivo, oggettivo e

soggettivo" erano definite dal Giudice in rapporto alla legge. E' vero che i contratti collettivi, in materia di licenziamento per motivo soggettivo - disciplinare, potevano esemplificare infrazioni che giustificavano il provvedimento espulsivo, con o senza preavviso, ma, coerentemente con i principi che regolano il rapporto tra legge e contratto collettivo (ovvero con la regola che questo può derogare solo in meglio alla legge), la giurisprudenza aveva sempre ritenuto che le predette esemplificazioni valessero solo a circoscrivere i casi nei quali il datore poteva ritenere legittimamente che l'infrazione integrasse g.c. o g.m. di

licenziamento. Se dunque un comportamento negligente del lavoratore corrispondeva a quello esemplificato dal CCNL, che vi connetteva una sanzione conservativa, il datore non poteva applicare una sanzione più grave. In ogni caso, il Giudice aveva il potere - dovere di verificare, nel caso concreto, se la sanzione per il comportamento negligente del dipendente, seppur anche enunciata dal CCNL, corrispondesse alle nozioni legali di g.c. e g.m., anche sotto i profili rispettivi della gravità dell'elemento intenzionale e della proporzionalità. Le "fondamentali regole del vivere civile" e l'"oggettivo interesse dell'organizzazione",

oggi espressamente evocate dalla norma, potevano essere valutati dal Giudice rispettivamente per la valutazione della gravità dell'inadempimento e dell'elemento intenzionale, anche in ciò prescindendo dalla specifica previsione di condotte entro il codice disciplinare affisso, e in relazione alle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3 L. 604/1966).

Il nuovo vincolo del Giudice nei confronti del contratto

Il co. 3° dell'art. 30 impone oggi al Giudice di "tener conto", nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, anzitutto "delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti" nei contratti collettivi, non necessariamente nazionali (e quindi di qualunque livello, purché solo "stipulati dai sindacati

Licenziamento: le norme su giusta causa e giustificato motivo

Art. 30, comma 1

In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente.

Art. 30, comma 3

Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto, oltre che delle fondamentali regole del vivere civile e dell'oggettivo interesse dell'organizzazione, delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni. Nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, il giudice tiene egualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento.

comparativamente più rappresentativi"); ma anche delle tipizzazioni contenute "nei contratti individuali di lavoro, ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione". Il Giudice poi deve "tener conto" delle predette "fondamentali regole del vivere civile" e dell'"oggettivo interesse dell'organizzazione".

Nel successivo periodo del medesimo co. 3°, la norma specifica ulteriormente i parametri, che già l'art. 8 della L. 604/66 prevedeva per la quantificazione dell'indennità risarcitoria conseguente all'a declaratoria di illegittimità del licenziamento al di fuori dell'area di applicazione dell'art. 18 SL, imponendogli di "tener conto" di "elementi e parametri fissati dai predetti contratti" (quindi sia dai contratti collettivi che individuali stipulati come sopra) ed altri elementi, tra cui "le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro e la situazione del mercato locale".

L'art. 30, co. 1 ribadisce, anche in relazione al licenziamento ("recesso"), una regola che in verità è sempre stata recepita ed applicata dalla giustizia del lavoro, ovvero che "il controllo di legittimità è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro". La disposizione, probabilmente pensata come rafforzativo della innovazione posta dal co. 3° in tema di nozioni di g.c. e g.m., non pare tecnicamente idonea a incidere sul quadro tecnico giuridico già vigente.

Che fare

Un approccio corretto e non sensibile ai "messaggi", tanto evidenti per quanto poco efficaci sotto il profilo della tecnica legislativa, che traspaiono dalla nuova norma sosterrà, nelle vertenze giudiziarie, che la disciplina non sovverte la gerarchia e il rapporto tra le fonti del diritto del lavoro. Il precetto per cui il Giudice è obbligato a "tener conto" delle tipizzazioni di g.c. e g.m. previste dai contratti, collettivi e individuali, dovrebbe quindi far mantenere l'interpretazione resa fino ad oggi, in tema di esemplificazioni delle condotte costituenti infrazione disciplinare. Sarà sostenibile che le "tipizzazioni" di g.c. e g.m., che fossero definite nei contratti individuali, non potranno derogare in peggio rispetto a quelle eventualmente previste dal contratto collettivo; e che di queste ultime, o delle prime, il Giudice dovrà "tener conto" con modalità analoghe a prima.

Più complesso invece sarà l'impatto della nuova disciplina ove il contratto, individuale o collettivo, individui tipizzazioni di g.c. o di g.m. di carattere oggettivo, non disciplinare, rispetto alle quali non opererà il principio di proporzionalità e di gravità dell'infrazione.

In tutti i casi, il rischio maggiore è che sia il contratto individuale, in cui massima è la debolezza del lavoratore, sia pur ove stipuli "con la consulenza e l'assistenza delle commissioni di certificazione" (allude alla funzione che le commissioni hanno ex art. 81 D. Lgs. 276/2003), a "tipizzare" fattispecie che integrino g.c. o g.m. di licenziamento. E' quindi opportuno, in ragione della ancor vigente gerarchia delle fonti (per cui in ogni caso il contratto

individuale può derogare solo in meglio al contratto collettivo), che i contratti collettivi, specie nazionali, cerchino di "coprire" l'area loro demandata dalla nuova norma, per lasciar meno spazio alla contrattazione individuale.

Tenendo invece presente che non esiste, giuridicamente, gerarchia o forza diversa tra contratti collettivi di diverso livello, sarà opportuno che i Sindacati invitino le strutture di livello inferiore a particolare "disciplina interna", lasciando ai CCNL il compito di "tipizzare" fattispecie di g.c. e g.m. di licenziamento.

E' soprattutto pericoloso che i Sindacati, entro la grave spaccatura corrente in questo momento, stipulino contratti separati con "tipizzazioni" non accettate da altri: la norma non pare sensibile infatti né a criteri diversi dalla sola "rappresentatività comparativamente" maggiore (e sarà materia di confronto aperto se tale rappresentatività maggiore, in caso di contratti aziendali, vada misurata in tale ambito), né, soprattutto, all'iscrizione dei lavoratori ad un sindacato piuttosto che ad un altro.

Nelle vertenze si cercherà piuttosto di utilizzare i margini lasciati dalla lacunosa tecnica legislativa in punto di "fondamentali regole del vivere civile" e soprattutto di "oggettivo interesse dell'organizzazione": le due nozioni infatti, e specie la seconda, sembrano consentire una valutazione della oggettiva condotta datoriale, dell'efficacia e/o razionalità organizzativa del licenziamento, sino ad oggi non sindacabili dal Giudice.

Licenziamento: i nuovi termini

Termini e decadenze per l'impugnazione del licenziamento

Fabio Rusconi

Fino alla nuova legge vigeva un solo termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento, di 60 gg dalle stesse decorrenze oggi ribadite. Ma tale termine si applicava solo al licenziamento in senso proprio, individuale o collettivo (e non dunque a tutte le fattispecie diverse e

disparate cui oggi è estesa la disciplina), e solo ove fosse intimato in forma scritta. La causa poi poteva seguire in ampi termini (5 anni per i licenziamenti annullabili, senza scadenza nel caso di licenziamenti nulli).

Doppio termine di impugnazione: 60 più 180

Oggi la norma introduce un doppio termine, ugualmente perentorio, che va rispettato in entrambe le scansioni: oltre ai 60 gg per impugnare il licenziamento in via stragiudiziale (con qualsiasi lettera o telegramma, proveniente dal lavoratore o dal sindacato, purché giunga al datore

entro la scadenza predetta, trattandosi di atto "recettizio"), occorre anche che il lavoratore depositi il ricorso introduttivo della causa entro i 180 gg successivi o che almeno depositi, nello stesso termine, il tentativo di conciliazione o la richiesta di arbitrato, con una qualsiasi delle varie forme disciplinate dalla nuova normativa. In tale ultimo caso però è prevista una ulteriore decadenza ove il ricorso al giudice non sia depositato entro i 60 gg successivi al rifiuto della procedura di conciliazione o di arbitrato o al mancato accordo.

Occorre fare attenzione al fatto che l'art. 31, nel disciplinare una delle procedure conciliative, davanti alla DPL, deduce la mancata accettazione della procedura dal fatto che la parte che abbia ricevuto l'invito conciliativo non depositi nei 20 gg successivi una specifica memoria. E' quindi prudente ritenere che si debbano far decorrere dalla scadenza di tali 20 gg i successivi 60 gg a pena di decadenza per l'introduzione della causa giudiziaria.

Licenziamento: le norme su termini e decadenze

Art. 32, commi 1, 2 e 3 lett a)

Il primo e il secondo comma dell'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, sono sostituiti dai seguenti:

«Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione, ovvero dalla comunicazione dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso.»

L'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato. Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo».

Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche a tutti i casi di invalidità e di inefficacia del licenziamento.

Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano inoltre:

a) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto;

L'applicazione dei nuovi termini al licenziamento orale

Ma la modifica più pericolosa concerne l'applicazione dei termini predetti anche al licenziamento orale (co. 2° art. 32), nonché a fattispecie che non sono riconducibili tecnicamente alle nozioni proprie di "licenziamento": in particolare al "recesso del committente nei rapporti" co. co. co. o co. co. pro., al trasferimento, all'azione di nullità del termine, ed addirittura alle vertenze in cui, per interposizione illecita o somministrazione irregolare, "si chiedi la costituzione o

Certificazione

di applicazione

l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare (formale) del contratto”.

Circa i licenziamenti e le estromissioni orali (anche nei casi ulteriori predetti) il punto più delicato sarà l'individuazione della data da cui far decorrere il termine di decadenza per l'impugnazione e accertare la stessa effettività del licenziamento. E' prevedibile infatti che il datore di lavoro cercherà di dimostrare attraverso testimoni di aver licenziato oralmente il dipendente oltre 60 gg prima per giovare dell'inoppugnabilità della cessazione del rapporto. Addirittura, posto che la decadenza decorre dalla data del preavviso e non dall'estromissione di fatto dall'azienda, il datore potrebbe cercare di dimostrare, sempre attraverso testimoni, di aver comunicato oralmente la sua volontà di licenziare il dipendente, anche se il rapporto è ancora in corso di fatto: sostenendo di aver invitato il dipendente a lavorare il preavviso. Questi dunque potrebbe addirittura essere improvvisamente estromesso per asserita scadenza di un altrettanto asserito preavviso intimatogli oralmente oltre 60 gg prima e trovarsi nell'impossibilità di impugnare il licenziamento per decadenza del relativo termine.

Fermo quanto or ora detto circa i pericoli connessi al licenziamento orale (o all'affermazione che sia stato intimato un licenziamento orale) occorre chiarire che la decadenza in parola si applica alle vertenze in cui, per interposizione illecita o somministrazione irregolare, *“si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare (formale) del contratto”*, solo ove sia comunque in discussione il relativo licenziamento: la

norma infatti estende alla tipologia di rapporti l'art. 6 della L. 604/66, che disciplina l'impugnazione del licenziamento, e non certo le azioni di accertamento del rapporto o della relativa titolarità.

Che fare

Gli uffici vertenze devono prestare massima attenzione ai due termini predetti, passando prima possibile la vertenza al legale affinché possa utilizzare al meglio il già ristretto termine per il deposito del ricorso giudiziale istruendo la causa, spesso complessa (es. quella in cui si controverta sia della natura subordinata del rapporto che del licenziamento che lo abbia concluso).

Quanto al pericolo descritto, conseguente alla decadenza connessa anche al licenziamento orale, sarà necessaria una informazione capillare in favore dei lavoratori perché stiano ben attenti a manifestare il proprio interesse al rapporto in ogni caso in cui colgano che il datore possa volerli estromettere. Basterà peraltro una lettera, anche non formulata in termini tecnici o di specifica opposizione, purché dotata di data certa e prova che sia giunta al destinatario, in cui il lavoratore dichiara di voler rimanere in servizio e continuare l'attività.

Più forza al contratto certificato

Alessandro Giovannelli

I cambiamenti alle finalità e all'ambito

Cambia innanzitutto l'art. 75 della 276/2003, prima norma in materia di certificazione di lavoro. Laddove la vecchia disciplina prevedeva che *“al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione del contratto”*, oggi la riforma allarga l'ambito oggettivo entro cui si può procedere alla certificazione.

In primo luogo, infatti, la legge non parla più di finalità deflattive del contenzioso nella sola materia della qualificazione del contratto (ossia nei casi in cui è contestato se si tratta di contratto subordinato, ossia autonomo, di collaborazione o quant'altro), bensì più genericamente di *“materia di lavoro”*. La modifica lascia presupporre che il legislatore intenda far rientrare sotto l'ombrello della certificazione non solo la qualificazione del contratto, ma anche ogni altra e diversa clausola di questo: dall'orario, alle ferie, alla retribuzione. Non solo: grazie alla modifica, potranno essere certificati non solo i contratti di lavoro, ma anche ogni altro contratto in cui sia dedotta direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro. Il pensiero va ai contratti di associazione in partecipazione.

Questa prima e magari all'apparenza marginale modifica serve però come chiave di lettura per l'intento del legislatore: rendere la certificazione una prassi diffusa e generalmente applicata ad ogni nuova assunzione.

La commissione di certificazione

Cambia anche la lettera *c ter* dell'art. 76 del medesimo decreto. L'art. 76 è la norma che indica dove e come possano essere costituite le commissioni di certificazione. A norma della riforma, oltre agli enti bilaterali, alla direzioni provinciali del lavoro, alle università, e al Ministero del lavoro, le commissioni di certificazione potranno essere istituite presso i consigli provinciali dei consulenti del lavoro, nell'ambito di intese tra il Ministero delle politiche sociali e il Consiglio Nazionale dell'ordine dei consulenti del lavoro che affidino a quest'ultimo compiti di coordinamento e vigilanza.

Gli effetti della certificazione

Cambiano, però e soprattutto, anche gli effetti che la legge ricollega al contratto individuale di lavoro certificato.

Il comma 2 dell'art. 30 della legge di riforma dice che il Giudice, nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole non può discostarsi dalle valutazioni delle parti espressa in sede di certificazione se non in caso di erronea qualificazione del contratto, vizi del consenso o difformità tra quanto pattuito e quanto invece certificato.

La norma sembra voler limitare i poteri del Giudice sul contratto certificato ed obbligarlo, in sostanza, ad aderire alla prospettazione dei fatti e alla loro qualificazione giuridica così come risultante

Certificazione: le norme

Art. 30, comma 2

Nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

Art. 30, comma 4

L'articolo 75 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: «Art. 75. - (Finalità). – 1. Al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro secondo la procedura volontaria stabilita nel presente titolo».

Art. 30, comma 5

All'articolo 76, comma 1, lettera *c ter*), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «*e comunque unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, con l'attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi*».

Art. 31, comma 10, 11, 12 e 15

Gli organi di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, possono istituire camere arbitrali per la definizione, ai sensi dell'articolo 808 *ter* del codice di procedura civile, delle controversie nelle materie di cui all'articolo 409 del medesimo codice e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Le commissioni di cui al citato articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003, e successive modificazioni, possono concludere convenzioni con le quali prevedano la costituzione di camere arbitrali unitarie. Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 412, commi terzo e quarto, del codice di procedura civile.

Presso le sedi di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, può altresì essere esperito il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 410 del codice di procedura civile.

All'articolo 82 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, le parole: «di cui all'articolo 76, comma 1, lettera a),» sono sostituite dalle seguenti: «di cui all'articolo 76»;

b) è aggiunto, in fine, il seguente comma:

«1-bis. Si applicano, in quanto compatibili, le procedure previste dal capo I del presente titolo».

15. All'articolo 79 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è aggiunto, in fine, il seguente comma:

«Gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede. In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita».

Conciliazione

dall'atto di certificazione.

Il contratto di lavoro certificato resta comunque impugnabile davanti al giudice del lavoro ex art. 80 d. lgs. 276/2003. Quest'ultima disposizione, peraltro, riporta quasi la medesima espressione che si legge nella disposizione della riforma: ai sensi dell'art. 80, infatti il contratto di lavoro certificato è impugnabile davanti al giudice per erronea qualificazione, difformità tra quanto certificato e la successiva attuazione del contratto di lavoro, vizi del consenso.

In questo, l'art. 30, comma 2 della riforma non sembra aggiungere niente: per fare in modo che il giudice possa conoscere integralmente del contratto, sarà necessario contestare preliminarmente la genuinità del consenso o la congruità di quanto pattuito in sede di certificazione.

Forse più pericoloso quanto dice il comma 3, dell'art 30 della legge di riforma: nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento, infatti, il giudice dovrà tener conto di elementi e parametri fissati nel contratto individuale certificato (le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento. La legge, nell'indicare un parametro di riferimento al giudice, rischia di instaurare una prassi diffusa, che va ad incidere direttamente sul metro di valutazione e sulla parte discrezionale della formazione del convincimento del giudice: il contratto certificato - impugnato o meno per i vizi di cui abbiamo detto - rischia di diventare uno standard di riferimento per la giurisprudenza e di soppiantare in questo ruolo i contratti collettivi.

Il contratto certificato si appresta dunque a diventare, almeno nelle intenzioni del legislatore, un nuovo pilastro nella regolazione del rapporto di lavoro. Se leggiamo questo assieme alla contestuale svalutazione del contratto collettivo nazionale di categoria, a beneficio della contrattazione aziendale, sembrano i segni chiari di un disegno preciso: ricondurre il lavoro alla dimensione individuale, escludere il filtro della rappresentanza collettiva.

Altre modifiche

Presso le commissioni di certificazioni sarà possibile istituire **camere arbitrali** (art. 31, comma 10) per la risoluzione delle controversie di lavoro, nonché esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 31, comma 11).

Secondo quanto previsto dal comma 12 del medesimo articolo, infine, anche le commissioni di certificazione istituite presso le DPL e le università pubbliche e private (oltre che quelle già previste, istituite presso gli enti bilaterali) saranno abilitate a certificare le rinunce e le transazioni ex art. 2113.

Che cosa fare

Più si diffonderà la prassi di richiedere all'assunzione la certificazione del contratto di lavoro, più sarà necessario cercare di informare preventivamente chi si appresta ad entrare nel mondo del lavoro del valore del contratto individuale certificato.

Nella fase successiva, ossia quando sorgano contestazioni o sia necessario ricorrere al giudice per la tutela dei diritti del lavoratore, sarà necessario impugnare,

assieme al contratto di lavoro, anche la certificazione, adducendo vizi del consenso o la differenza tra quanto pattuito e quanto effettivamente realizzatosi nell'esecuzione del rapporto. È necessario tuttavia ricordare che il contratto individuale, anche se certificato, non è in grado di vincolare il lavoratore ad un regolamento contrattuale che preveda deroghe *in pejus* rispetto alle norme inderogabili di legge.

**Conciliazione:
 non più obbligatoria
 e procedura più
 complessa**

Andrea Ranfagni

**Non più
 obbligatorio il
 tentativo di
 conciliazione**

Con le novità in commento viene meno il tentativo obbligatorio di conciliazione. Fino alla riforma varata dal Governo, i lavoratori che intendevano proporre una causa di lavoro, erano infatti tenuti a promuovere prima un tentativo di conciliazione davanti alla Direzione Provinciale del Lavoro (DPL) o, in alternativa, quello secondo le procedure della conciliazione in sede sindacale stabilite dai contratti collettivi. Esso costituiva così una "condizione di procedibilità", nel senso che se esso non veniva fatto, a prescindere dagli esiti che in concreto aveva, il giudice del lavoro non poteva esaminare la controversia, quindi decidere. Da ora in poi, esso, grazie alla

Conciliazione e arbitrato/1: le norme

Art. 31, commi 1 - Il tentativo facoltativo di conciliazione . procedura

1. L'articolo 410 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:

«Art. 410. - (Tentativo di conciliazione). – Chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'articolo 409 può promuovere, anche tramite l'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisce mandato, un previo tentativo di conciliazione presso la commissione di conciliazione individuata secondo i criteri di cui all'articolo 413.

La comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza.

Le commissioni di conciliazione sono istituite presso la Direzione provinciale del lavoro. La commissione è composta dal direttore dell'ufficio stesso o da un suo delegato o da un magistrato collocato a riposo, in qualità di presidente, da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei datori di lavoro e da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei lavoratori, designati dalle rispettive organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale.

Le commissioni, quando se ne ravvisi la necessità, affidano il tentativo di conciliazione a proprie sottocommissioni, presiedute dal direttore della Direzione provinciale del lavoro o da un suo delegato, che rispecchino la composizione prevista dal terzo comma. In ogni caso per la validità della riunione è necessaria la presenza del presidente e di almeno un rappresentante dei datori di lavoro e almeno un rappresentante dei lavoratori.

La richiesta del tentativo di conciliazione, sottoscritta dall'istante, è consegnata o spedita mediante raccomandata con avviso di ricevimento. Copia della richiesta del tentativo di conciliazione deve essere consegnata o spedita con raccomandata con ricevuta di ritorno a cura della stessa parte istante alla controparte.

La richiesta deve precisare:

1) nome, cognome e residenza dell'istante e del convenuto; se l'istante o il convenuto sono una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, l'istanza deve indicare la denominazione o la ditta nonché la sede;

2) il luogo dove è sorto il rapporto ovvero dove si trova l'azienda o sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto;

3) il luogo dove devono essere fatte alla parte istante le comunicazioni inerenti alla procedura;

4) l'esposizione dei fatti e delle ragioni posti a fondamento della pretesa.

Se la controparte intende accettare la procedura di conciliazione, deposita presso la commissione di conciliazione, entro venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, nonché le eventuali domande in via riconvenzionale. Ove ciò non avvenga, ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria. Entro i dieci giorni successivi al deposito, la commissione fissa la comparizione delle parti per il tentativo di conciliazione, che deve essere tenuto entro i successivi trenta giorni. Dinanzi alla commissione il lavoratore può farsi assistere anche da un'organizzazione cui aderisce o conferisce mandato.

La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale ai sensi dell'articolo 420, commi primo, secondo e terzo, non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave».

sostituzione della vecchia dicitura “deve promuovere” con la nuova “può promuovere”, **diventa un tentativo di conciliazione meramente facoltativo. Il lavoratore potrà così andare direttamente dal giudice del lavoro**, senza passare prima per la procedura davanti alla Direzione Provinciale del Lavoro.

La nuova procedura di conciliazione

Qualora il lavoratore decida comunque di esperire il tentativo di conciliazione davanti alla Direzione Provinciale del Lavoro, dovrà adesso seguire una **procedura più complessa**, simile a quella che prima valeva solo per il pubblico impiego ex artt. 65 e ss. d.lgs. n. 165/2001 e che adesso è **identica sia per il privato che per il pubblico**. Il tentativo di conciliazione dovrà essere cioè introdotto con una richiesta sottoscritta dall'istante e consegnata a mano o spedita con raccomandata presso la DPL, notificata con raccomandata alla controparte, contenente una serie di elementi tra cui –l'esposizione dei fatti e delle ragioni a fondamento della pretesa. **La richiesta diventerà così una sorta di “mini ricorso”, simile a quello che introduce le cause davanti al giudice**. Se la controparte intende accettare la procedura di conciliazione, deve depositare una memoria presso la DPL entro 20 giorni dalla ricezione

Conciliazione e arbitrato/2: le norme

Art. 31, commi 2-4

2. Il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è obbligatorio.

3. L'articolo 411 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:

«Art. 411. - (Processo verbale di conciliazione). – Se la conciliazione esperita ai sensi dell'articolo 410 riesce, anche limitatamente ad una parte della domanda, viene redatto separato processo verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti della commissione di conciliazione. Il giudice, su istanza della parte interessata, lo dichiara esecutivo con decreto.

Se non si raggiunge l'accordo tra le parti, la commissione di conciliazione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia. Se la proposta non è accettata, i termini di essa sono riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti. Delle risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione il giudice tiene conto in sede di giudizio.

Ove il tentativo di conciliazione sia stato richiesto dalle parti, al ricorso depositato ai sensi dell'articolo 415 devono essere allegati i verbali e le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito. Se il tentativo di conciliazione si è svolto in sede sindacale, ad esso non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 410. Il processo verbale di avvenuta conciliazione è depositato presso la Direzione provinciale del lavoro a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale. Il direttore, o un suo delegato, accertatane l'autenticità, provvede a depositarlo nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è stato redatto. Il giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto».

4. All'articolo 420, primo comma, del codice di procedura civile, le parole: «e tenta la conciliazione della lite» sono sostituite dalle seguenti: «, tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva» e le parole: «senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione» sono sostituite dalle seguenti: «o il rifiuto della proposta transattiva del giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio».

della richiesta, a seguito del quale verrà convocata la commissione di conciliazione entro 10 giorni. Altra novità nel tentativo di conciliazione davanti alla DPL attiene all'obbligo della commissione, qualora le parti non raggiungano autonomamente un accordo, di formulare una proposta conciliativa che, se non accettata, deve essere riportata nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti in merito. Tale aspetto non è da sottovalutare poiché il nuovo art. 410 cpc stabilisce che il giudice, in sede di giudizio, tiene conto dei risultati della proposta formulata dalla commissione e del perché non sia stata accettata dalle parti.

La conciliazione davanti al Giudice

In secondo luogo, sempre in tema di conciliazione, vengono introdotte novità per quel che riguarda la conciliazione davanti al giudice. Com'è noto quest'ultimo, alla prima udienza, deve tentare di conciliare la controversia. Con le modifiche fatte all'art. 420 cpc, oltre alla mancata presenza delle parti senza giustificato motivo, **costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione finale anche l'eventuale rifiuto, senza giustificato motivo, della proposta transattiva fatta dal giudice.** Il giudice quindi ai fini del giudizio, quindi **potenzialmente anche in tema di condanna alle spese**, dovrà

ora tener conto del rifiuto delle parti o di una parte soltanto, di conciliare ai termini da lui proposti.

In terzo luogo, da sottolineare come, ai sensi del comma 2, art. 31, della legge di riforma, **rimane obbligatorio, quale "condizione di procedibilità", il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 276/03.** In sostanza, tutte le volte in cui lavoratore o datore di lavoro intendono agire contro l'eventuale certificazione per erronea qualificazione del contratto, difformità tra quanto è stato certificato e quanto nei fatti è accaduto o per vizi del consenso, dovranno obbligatoriamente passare per il tentativo di conciliazione così come disciplinato dal nuovo art. 410 cpc. e espletato di fronte alla stessa commissione di certificazione.

L'unica nota positiva: l'abolizione del TOC

Per quanto riguarda il venir meno dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione prima di andare dal giudice, questa novità è l'unica cosa positiva della riforma. Com'è noto, il tentativo obbligatorio di conciliazione è sempre stata una perdita di tempo e non portava quasi mai a risultati (o la controparte non si presentava o, se si presentava, lo faceva solo per "correttezza" senza poi conciliare). Nella maggior parte dei casi alla DPL si andava solo per mettere nero su bianco accordi già raggiunti molto tempo prima.

Essendo facoltativo, il lavoratore sarà libero di avvalersi di questa procedura che, tuttavia, appare sconsigliabile stante la complessità della stessa e l'incertezza sugli esiti. Non è infatti detto che la controparte si presenterà e, qualora lo faccia, accetti di conciliare. Da questo punto di vista, i problemi rimangono quelli di prima. Tra l'altro, l'eventuale non accoglimento della proposta conciliativa formulata dalla commissione, che può provenire teoricamente anche dal lavoratore, rischia di pregiudicare il processo davanti al giudice, il quale ora deve tenere conto dell'eventuale rifiuto. La nota eventualmente positiva è che se il lavoratore propone il tentativo di conciliazione e la controparte non lo accetta, poi nel successivo processo il giudice dovrà tener conto di ciò, chiaramente a vantaggio del lavoratore. La prudenza porta comunque a non intraprendere questa strada.

La conciliazione davanti al Giudice: rischio di incostituzionalità

Sulle modifiche all'art. 420 cpc in tema di tentativo di conciliazione davanti al giudice, esse devono essere lette negativamente. Ovviamente sono regole che valgono tanto per il datore di lavoro, quanto per il lavoratore. Se il lavoratore sarà d'accordo con la proposta transattiva del giudice e il datore di lavoro no, è chiaramente qualcosa a favore del lavoratore, in caso contrario diventa qualcosa di pericoloso per il lavoratore. Ad ogni modo, dipenderà molto da come i giudici interpreteranno questa disposizione e la relativa portata. Fino ad oggi la regola già esistente relativa all'assenza delle parti senza un giustificato motivo, non ha mai trovato grossa applicazione e comunque è un qualcosa spesso e volentieri presente nella mente del giudice e non trascritto in sentenza.

La novità introdotta deve essere più che altro guardata con attenzione e timore soprattutto in riferimento al tema delle di spese di lite e ai profili d'illegittimità costituzionale sollevati con le modifiche all'art. 91 cpc, cui si rinvia nella parte della rivista dedicata.

La possibilità di sollevare una eccezione d'illegittimità costituzionale rispetto alle nuove norme sulle spese di lite è concreta e chiaramente coinvolge anche il nuovo art. 420 cpc.

Conciliazione obbligatoria per il contratto certificato: il TOC esce dalla porta e rientra dalla finestra?

Per quanto riguarda, poi, la conciliazione contro la certificazione che rimane obbligatoria, c'è da capire quanto troverà applicazione l'istituto. Alla luce delle altre novità introdotte dalla riforma, in particolare sulla clausola compromissoria arbitrale, è facile che ci sarà un massiccio ricorso delle aziende a tale istituto. Al momento l'art. 80, comma 4, d.lgs. 276/03 parla di obbligatorietà del tentativo di conciliazione tutte le volte in cui le parti intendono contestare la certificazione per quanto attiene alla erronea qualificazione del contratto e/o alla difformità tra il programma negoziale certificato e la concreta sua attuazione e/o vizi del consenso. Se il contratto è certificato, dunque, il tentativo di conciliazione rimane obbligatorio solo se oggetto della controversia è la qualificazione del contratto (ad es. si certifica un lavoro a progetto, ma di fatto è un rapporto subordinato) ovvero la difformità tra il programma certificato e come in concreto si è svolto il rapporto (ad es. si era certificato 40 giorni di ferie, se ne è concesse solo 30) ovvero vizi del consenso del lavoratore alla stessa certificazione. Com'è prevedibile, se si ricorrerà alla certificazione del contratto di lavoro, con l'obiettivo soprattutto di certificare la clausola arbitrale, è probabile che si certificherà poi tutto, compresa la qualificazione del contratto e gli altri aspetti di disciplina del rapporto. In

Conciliazione e arbitrato/3: le norme

Art. 31, commi 5 e 6

5. L'articolo 412 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:

«Art. 412. - (Risoluzione arbitrale della controversia). – In qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita, le parti possono indicare la soluzione, anche parziale, sulla quale concordano, riconoscendo, quando è possibile, il credito che spetta al lavoratore, e possono accordarsi per la risoluzione della lite, affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia.

Nel conferire il mandato per la risoluzione arbitrale della controversia, le parti devono indicare:

1) il termine per l'emanazione del lodo, che non può comunque superare i sessanta giorni dal conferimento del mandato, spirato il quale l'incarico deve intendersi revocato;

2) le norme invocate dalle parti a sostegno delle loro pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

Il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato, sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce tra le parti gli effetti di cui all'articolo 1372 e all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile e ha efficacia di titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 474 del presente codice a seguito del provvedimento del giudice su istanza della parte interessata ai sensi dell'articolo 825.

Il lodo è impugnabile ai sensi dell'articolo 808-ter, anche in deroga all'articolo 829, commi quarto e quinto, se ciò è stato previsto nel mandato per la risoluzione arbitrale della controversia».

6. L'articolo 412-ter del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:

«Art. 412-ter. - (Altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva). – La conciliazione e l'arbitrato, nelle materie di cui all'articolo 409, possono essere svolti altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative».

questo caso, di fatto, si rischia di avere una obbligatorietà del tentativo di conciliazione comunque, con tutte le conseguenze negative che già c'erano (perdita di tempo) e che ci saranno. Tra quest'ultime il fatto che, comunque, sarà un tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 80, comma 4, d.lgs. n. 276/03, possibile solo davanti alle stesse commissioni di certificazione (quindi gli stessi soggetti che devono aver accertato la reale volontà del lavoratore) e secondo le modalità del nuovo art. 410 cpc. In secondo luogo, altro nuovo aspetto negativo, è che l'eventuale non accettazione della proposta conciliativa fatta dalla commissione di conciliazione/certificazione, potrà essere valutata dal

giudice ai sensi delle nuove disposizioni del cpc sulle spese di lite. Sicuramente se si certifica la qualificazione del contratto di lavoro (autonomo, subordinato, a progetto, etc.) ed oggetto del contendere è la qualificazione, il tentativo di conciliazione è obbligatorio. Per il resto, dipende da cosa s'intende per "difformità tra il programma negoziale e la sua successiva attuazione" e a cosa si riferisca il discorso "vizi del consenso". La prima espressione allude alla disciplina del rapporto, quindi tutti gli istituti (ferie, permessi, etc.). La seconda espressione ("vizi del consenso") potrebbe teoricamente comprendere la clausola arbitrale. Tuttavia, tali espressioni erano già presenti nella legge

ed i primi commentatori ebbero modo di sottolineare come alla fine gli strumenti d'impugnazione del contratto certificato individuati all'art. 80 del d.lgs. n. 276/03 sono utilizzabili solo qualora si contesti la qualificazione del contratto. Per il resto no. Tutto dipenderà dall'interpretazione che se ne dà e, soprattutto che ne daranno i giudici. Gli avvocati del lavoro che difendono i lavoratori dovranno certamente forzare i giudici verso l'interpretazione più restrittiva possibile. Ad ogni modo, il rischio che l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione esca da una porta (nuovo art. 410 cpc), e rientri da un'altra e con modalità più complesse è serio.

Conciliazione e arbitrato/4: le norme

Art. 31, commi 7 e 8

7. L'articolo 412-quater del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:

«Art. 412-quater. - (Altre modalità di conciliazione e arbitrato). – Ferma restando la facoltà di ciascuna delle parti di adire l'autorità giudiziaria e di avvalersi delle procedure di conciliazione e di arbitrato previste dalla legge, le controversie di cui all'articolo 409 possono essere altresì proposte innanzi al collegio di conciliazione e arbitrato irrituale costituito secondo quanto previsto dai commi seguenti.

Il collegio di conciliazione e arbitrato è composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro, in funzione di presidente, scelto di comune accordo dagli arbitri di parte tra i professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati ammessi al patrocinio davanti alla Corte di cassazione.

La parte che intenda ricorrere al collegio di conciliazione e arbitrato deve notificare all'altra parte un ricorso sottoscritto, salvo che si tratti di una pubblica amministrazione, personalmente o da un suo rappresentante al quale abbia conferito mandato e presso il quale deve eleggere il domicilio. Il ricorso deve contenere la nomina dell'arbitro di parte e indicare l'oggetto della domanda, le ragioni di fatto e di diritto sulle quali si fonda la domanda stessa, i mezzi di prova e il valore della controversia entro il quale si intende limitare la domanda. Il ricorso deve contenere il riferimento alle norme invocate dal ricorrente a sostegno della sua pretesa e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

Se la parte convenuta intende accettare la procedura di conciliazione e arbitrato nomina il proprio arbitro di parte, il quale entro trenta giorni dalla notifica del ricorso procede, ove possibile, concordemente con l'altro arbitro, alla scelta del presidente e della sede del collegio. Ove ciò non avvenga, la parte che ha presentato ricorso può chiedere che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato la sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è sorto il rapporto di lavoro o ove si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è adetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto.

In caso di scelta concorde del terzo arbitro e della sede del collegio, la parte convenuta, entro trenta giorni da tale scelta, deve depositare presso la sede del collegio una memoria difensiva sottoscritta, salvo che si tratti di una pubblica amministrazione, da un avvocato cui abbia conferito mandato e presso il quale deve eleggere il domicilio. La memoria deve contenere le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, le eventuali domande in via riconvenzionale e l'indicazione dei mezzi di prova.

Entro dieci giorni dal deposito della memoria difensiva il ricorrente può depositare presso la sede del collegio una memoria di replica senza modificare il contenuto del ricorso. Nei successivi dieci giorni il convenuto può depositare presso la sede del collegio una controreplica senza modificare il contenuto della memoria difensiva.

Il collegio fissa il giorno dell'udienza, da tenere entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la controreplica del convenuto, dandone comunicazione alle parti, nel domicilio eletto, almeno dieci giorni prima.

All'udienza il collegio esperisce il tentativo di conciliazione. Se la conciliazione riesce, si applicano le disposizioni dell'articolo 411, commi primo e terzo.

Se la conciliazione non riesce, il collegio provvede, ove occorra, a interrogare le parti e ad ammettere e assumere le prove, altrimenti invita all'immediata discussione orale. Nel caso di ammissione delle prove, il collegio può rinviare ad altra udienza, a non più di dieci giorni di distanza, l'assunzione delle stesse e la discussione orale.

La controversia è decisa, entro venti giorni dall'udienza di discussione, mediante un lodo. Il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato, sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce tra le parti gli effetti di cui agli articoli 1372 e 2113, quarto comma, del codice civile e ha efficacia di titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 474 del presente codice a seguito del provvedimento del giudice su istanza della parte interessata ai sensi dell'articolo 825. Il lodo è impugnabile ai sensi dell'articolo 808-ter, anche in deroga all'articolo 829, commi quarto e quinto, se ciò è stato previsto nel mandato per la risoluzione arbitrale della controversia.

Il compenso del presidente del collegio è fissato in misura pari al 2 per cento del valore della controversia dichiarato nel ricorso ed è versato dalle parti, per metà ciascuna, presso la sede del collegio mediante assegni circolari intestati al presidente almeno cinque giorni prima dell'udienza. Ciascuna parte provvede a compensare l'arbitro da essa nominato. Le spese legali e quelle per il compenso del presidente e dell'arbitro di parte, queste ultime nella misura dell'1 per cento del suddetto valore della controversia, sono liquidate nel lodo ai sensi degli articoli 91, primo comma, e 92.

I contratti collettivi nazionali di categoria possono istituire un fondo per il rimborso al lavoratore delle spese per il compenso del presidente del collegio e del proprio arbitro di parte».

8. Le disposizioni degli articoli 410, 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. Gli articoli 65 e 66 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono abrogati.

Arbitrato: la procedura

Tre nuove ipotesi di arbitrato

Andrea Ranfagni

L'arbitrato nell'ambito del tentativo di conciliazione

La prima novità in commento attiene all'introduzione di un nuovo articolo del codice di procedura civile: il 412 cpc, intitolato "Risoluzione arbitrale delle controversie". Tale norma prevede una prima modalità di ricorso all'arbitrato e possiamo dire che sostituisca l'unica precedentemente individuata dal vecchio art. 412-ter cpc. Analogamente, infatti, tale prima modalità di accesso all'arbitrato per risolvere una controversia di lavoro individuata dalla riforma, è direttamente connessa al tentativo di conciliazione promosso davanti alla DPL. Si dice infatti che in qualunque fase del tentativo di conciliazione o al suo termine, in caso di mancata riuscita, le parti possono affidare alla stessa commissione di conciliazione presso la DPL il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia. Prima, però, il vecchio art. 412-ter stabiliva che solo al termine del tentativo di conciliazione, se questo non era riuscito, le parti potevano concordare di devolvere la soluzione della controversia ad arbitri. Prima novità, dunque, è che adesso, in virtù del nuovo art. 412 cpc, **le parti possono decidere la soluzione arbitrale della controversia anche prima della fine del tentativo di conciliazione.**

In secondo luogo, mentre prima le parti, qualora al termine del tentativo di conciliazione decidevano di affidare la soluzione della controversia ad un arbitro, lo potevano fare solo se il contratto collettivo prevedeva tale possibilità e secondo le modalità dettate dallo stesso accordo collettivo (composizione del

collegio arbitrale, termini, criteri per la liquidazione dei compensi all'arbitro, modalità dell'istruttoria), adesso **le parti non hanno bisogno dell'autorizzazione da parte del contratto collettivo, né tanto meno devono seguire le modalità dettate dallo stesso.** Si prevede, infatti, che presa la decisione, la parti, nel conferire il mandato per la risoluzione arbitrale della controversia alla commissione di conciliazione della DPL, indicano il termine entro il quale il lodo deve essere emanato (comunque non superiore a 60 giorni), le norme invocate dalle parti a sostegno delle loro pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Si prevede, poi, che, una volta emanato il lodo arbitrale, vale a dire la decisione presa dall'arbitro, questa abbia forza di legge tra le parti e sia inoppugnabile se non nei termini descritti dal successivo comma 4. Il 4° comma del nuovo art. 412 cpc prevede che **il lodo arbitrale sia impugnabile ai sensi dell'art. 808-ter cpc, anche in deroga ai commi 4 e 5, dell'art. 825 cpc.** Ciò significa che il lodo arbitrale, una volta emanato, può essere contestato davanti al giudice del lavoro solo nei casi previsti dall'art. 808-ter, vale a dire "se la convenzione con la quale è stato dato 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"; "se gli arbitri non sono stati nominati nelle forme e nei modi stabiliti nella convenzione arbitrale"; "se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere arbitro ex art. 812 cpc (incapacità totale o parziale di agire)"; "se gli arbitri non si sono attenuti alle condizioni apposte dalle parti come condizione di validità del lodo"; "se non è stato osservato il principio del contraddittorio". Si prevede, poi, che la possibilità di contestare la decisione del lodo arbitrale davanti al giudice del lavoro possa avvenire in deroga all'art. 825, commi 4 e 5, se lo parti lo prevedono espressamente. Questo significa che **le parti possono, nel conferire il mandato**

alla commissione di conciliazione a risolvere in via arbitrale la controversia, accordarsi perché non venga impugnato il lodo per violazione di regole di legge e di contratto collettivo. Se cioè la decisione dell'arbitro non sarà conforme a regole di diritto o di contratto collettivo, essa non potrà essere impugnata per tale motivo.

L'arbitrato dei contratti collettivi

Il nuovo art. 412-ter cpc, prevede poi la **possibilità per i contratti collettivi di individuare proprie forme di conciliazione e arbitrato.** In questa maniera il lavoratore, se vorrà, potrà avvalersi anche di queste altre procedure per esperire il tentativo di conciliazione, non più obbligatorio, e l'eventuale arbitrato, che verrà espletato secondo le modalità dettate dagli stessi contratti collettivi.

L'arbitrato irrituale

Vi è poi il nuovo art. 412-quater, il quale individua una terza ipotesi di arbitrato. Si prevede cioè che, **al di là delle forme di arbitrato previste dai contratti collettivi e dell'arbitrato nell'ambito del tentativo di conciliazione ex art. 412, la parti possono sempre decidere di affidare la risoluzione della controversia ad un collegio arbitrale.** Se lo fanno e non intendono avvalersi dell'arbitrato individuato dai contratti collettivi (se questo esiste) ovvero di quello nell'ambito del tentativo di conciliazione, devono seguire la procedura indicata nello stesso art. 412 cpc. Si tratta di una forma di arbitrato del tutto nuova e, nonostante venga definita come "irrituale", la legge ne disciplina gran parte degli aspetti.

Il collegio arbitrale è composto da un rappresentante del lavoratore, da un rappresentante del datore di lavoro e da un presidente. Quest'ultimo può essere o

un professore universitario in materie giuridiche o un avvocato cassazionista ed è scelto, di comune accordo, dai due rappresentanti delle parti. Si prevede, poi, che la parte che intende ricorrere all'arbitrato debba notificare alla controparte un ricorso contenente la nomina del proprio arbitro di parte, l'oggetto della domanda, le ragioni di fatto e di diritto su cui si fonda la domanda, i mezzi di prova e il valore della controversia entro il quale si intende limitare la domanda. La domanda deve poi indicare l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, anche qui "nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento".

Il ricorso deve poi essere notificato alla controparte la quale, se accetta, nomina il proprio arbitro di parte, il quale poi provvede, entro 30 giorni, a scegliere, di comune accordo con l'altro arbitro, il presidente. Di qui poi l'inizio di un procedimento, simile a quello che avviene in Tribunale, fatto di una memoria difensiva della controparte, di una udienza, di un tentativo di conciliazione, di mezzi di prova, di una decisione (il lodo arbitrale), il quale deve essere emanato entro 20 giorni dall'udienza. Il lodo arbitrale ha, analogamente al lodo disposto ai sensi dell'art. 412, forza di legge tra le parti, è impugnabile davanti al giudice del lavoro solo nei casi previsti dall'art. 808-ter cpc e per violazione di norme di contratto collettivo e di legge, a meno che le parti non abbiano escluso espressamente ciò nel mandato a risolvere la controversia in via arbitrale. Altro aspetto, certamente da non sottovalutare, attiene poi all'efficacia di titolo esecutivo del lodo arbitrale. Si prevede cioè che, qualora la parte soccombente nel lodo non adempia alla condanna ivi contenuta, la parte vincente può depositare la decisione arbitrale presso la cancelleria del Tribunale nel cui circondario ha avuto sede l'arbitrato ed ottenere che essa sia dichiarata esecutiva da parte del giudice. In questa maniera il lodo diventa titolo esecutivo per effettuare l'esecuzione forzata nei confronti della parte perdente e non adempiente alla condanna.

Importante, infine, l'indicazione per cui il compenso dell'arbitro è pari al 2% del valore della causa dichiarato dal lavoratore nel ricorso ed è versato dalle parti per metà ciascuno. Ciascuna parte paga poi il proprio arbitro da essa stessa nominato. Vi è poi l'applicazione della regola della condanna alle spese legali. Si dispone l'applicazione degli artt. 91, comma 1, e 92 cpp, con la conseguenza che la parte soccombente del lodo dovrà pagare all'altra le spese sostenute per il compenso del presidente e del proprio arbitro di parte, nella misura dell'1% del valore della causa ed, altresì, tutte le altre spese legali sostenute, quali quelle per l'avvocato. Troveranno anche applicazione le regole della compensazione delle spese solo per gravi ed eccezionali motivi e della condanna alle spese maturate dopo la proposta conciliativa nei confronti della parte vincente, qualora questa abbia rifiutato la iniziale proposta fatta dall'arbitro e la domanda sia stata poi accolta in misura non superiore alla stessa proposta rifiutata senza giustificato motivo.

I contratti collettivi possono prevedere fondi di rimborso delle spese sostenute dai lavoratori per il compenso all'arbitro e al presidente del collegio.

I pericoli nascosti nell'arbitrato

Alla luce delle nuove disposizioni in commento, possiamo dire che emerge la volontà del legislatore di passare le controversie di lavoro agli arbitri. Se prima esisteva la possibilità di ricorrere all'arbitrato nelle controversie di lavoro solo al termine del tentativo di conciliazione, solo e soltanto se i contratti collettivi prevedevano tale possibilità e solo e soltanto secondo le procedure e i termini dei contratti collettivi, ora si individuano ben tre forme di arbitramento. Quello nell'ambito del tentativo di conciliazione, quello secondo i contratti collettivi, quello "irrituale" ai sensi del

nuovo art. 412-quater cpc. Al di là di quello ai sensi del contratto collettivo, che costituisce solo un rinvio e una possibilità che i contratti collettivi possono sfruttare, gli altri due arbitrati paiono strutturati nella stessa maniera e presentano entrambi gli stessi aspetti maggiormente preoccupanti. Quest'ultimi sono sicuramente la possibilità che nel mandato le parti concordino la possibilità di decidere secondo equità e la possibilità che le parti concordino per la non impugnazione del lodo arbitrale per violazione di regole di diritto e contratto collettivo.

I limiti della decisione secondo equità

La decisione secondo equità comporta che il collegio arbitrale decide non secondo le norme del diritto del lavoro che conosciamo (Statuto dei lavoratori e art. 18 in primis, ma anche poi tutte le norme inderogabili di legge e dei contratti collettivi), bensì secondo ciò che lo stesso collegio arbitrale ritiene sia giusto. Capiamo bene che, soprattutto in riferimento all'arbitrato irrituale, ciò che è giusto per un professore o avvocato cassazionista vicino alle aziende è diverso da ciò che è giusto per un professore o avvocato vicino ai lavoratori ed al sindacato. La legge dice, sempre in riferimento all'arbitrato irrituale, che il presidente è scelto di comune accordo. Teoricamente il lavoratore sarebbe in grado di ottenere un elemento terzo e in parziale. Il problema è che, al di là di ciò, è e rimane altamente rischiosa la decisione secondo equità, poiché si prescinderebbe da regole e valori fondamentali, come la reintegra per licenziamento illegittimo o la trasformazione a tempo indeterminato di un contratto a termine illegittimo. L'unica garanzia per il lavoratore è che comunque la decisione secondo equità dell'arbitro deve avvenire "nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento". Dipende da cosa s'intende per

quest'ultimi. Ciò è oggetto continuo di discussione tra i giuristi. Qualcuno pensa che possa essere principio fondamentale lo stesso articolo 18, anche se tale affermazione appare dura da sostenere visto che della tutela reale ne usufruiscono solo i lavoratori di aziende con più di 15 dipendenti.

Ancora, c'è chi sostiene che nell'equità non rientrerebbe la decisione in merito al regime sanzionatorio di una disciplina, ma solo l'aspetto sostanziale della stessa. Insomma, anche qui, come per altre norme pericolose della riforma, dipende dall'interpretazione che di esse se ne dà ed i margini per interpretare sono molto ampi.

E' incostituzionale l'inoppugnabilità per violazione di legge e CC?

L'altro aspetto negativo delle forme di arbitrato introdotte attiene, poi, all'impugnabilità del lodo arbitrale, la quale può, se le parti lo hanno previsto nel mandato per la risoluzione arbitrale delle controversie, essere fatta solo nei casi descritti dall'art. 808-ter cpc e non per violazione di regole di diritto e di contratto collettivo. In questa maniera, si potrebbe contestare davanti al giudice il lodo arbitrale solo su aspetti procedurali e inerenti la svolgimento dell'arbitrato in sé (ad es. la errata composizione del collegio), mai il fatto che la decisione dell'arbitro sia contro l'art. 18 per esempio. Questo aspetto è sicuramente negativo, poiché si preclude al lavoratore la possibilità di esercitare davanti al giudice i propri diritti, cosa ai limiti della costituzionalità e della violazione della libertà di adire il giudice sancita dall'art. 24 Costituzione.

I meccanismi di accesso all'arbitrato

Entrambi i due aspetti negativi delle norme sull'arbitrato (decisione secondo equità e inoppugnabilità davanti al giudice del lodo arbitrale per violazione di regole di diritto e/o di contratto collettivo) appena messi in risalto ed, in generale, il ricorso all'arbitrato in sé suscitano grande preoccupazione. L'arbitrato è, infatti, strutturato in maniera particolarmente pericolosa per l'effettiva tutela dei diritti dei lavoratori.

L'esistenza di tale possibilità di risoluzione delle controversie di lavoro, in maniera

certamente più facilmente utilizzabile rispetto al passato, desta dunque di per sé grande preoccupazione.

Vero è che bisognerà capire quanto poi, nei fatti, verrà fatto ricorso all'arbitrato.

In tal senso diventa fondamentale capire i meccanismi con i quali si arriva all'arbitrato e quanto, conseguentemente, sia effettivamente libera la scelta del lavoratore che intende fare causa di optare per l'arbitrato anziché per il giudice del lavoro.

A tal proposito è necessario distinguere quello che è il cosiddetto "compromesso" da quello che è la "clausola compromissoria". Il primo è l'accordo con il quale le parti devolvono la loro controversia ad un arbitro una volta che questa è già sorta. La seconda è, invece, una clausola del contratto di lavoro con la quale le parti si impegnano a devolvere le eventuali future controversie che potranno sorgere tra di loro ad un arbitro. In questa seconda ipotesi, dunque, le parti optano per l'arbitrato prima ancora che la controversia sia sorta.

La riforma in commento prevede entrambe le possibilità. Il compromesso si realizza nell'arbitrato ex art. 412 cpc (quello nell'ambito del tentativo di conciliazione). Lì le parti, nell'ambito del tentativo di conciliazione, quindi con una controversia già sorta, decidono di risolverla in via arbitrale affidando il mandato alla stessa commissione di conciliazione. Analogamente il compromesso potrà realizzarsi nell'arbitrato ex art. 412-ter (quello secondo contratto collettivo) e in quello ex art. 412-quater (arbitrato irrituale).

La clausola compromissoria è invece prevista dal comma 9 dell'art. 31 della legge di riforma in riferimento all'arbitrato irrituale, laddove si consente la stipulazione di una clausola compromissoria, appunto, purché certificata. Tale clausola potrà essere contenuta o direttamente nel contratto oppure costituire oggetto di separata stipulazione, ma comunque sempre prima che una controversia sia sorta.

Clausola compromissoria: la norma

Art. 31, comma 9

In relazione alle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, le parti contrattuali possono pattuire clausole compromissorie di cui all'articolo 808 del codice di procedura civile che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-quater del codice di procedura civile, solo ove ciò sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La clausola compromissoria, a pena di nullità, deve essere certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, dagli organi di certificazione di cui all'articolo 76 del medesimo decreto legislativo, e successive modificazioni. Le commissioni di certificazione accertano la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le controversie che dovessero insorgere in relazione al rapporto di lavoro. In assenza dei predetti accordi interconfederali o contratti collettivi, trascorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali definisce con proprio decreto, sentite le parti sociali, le modalità di attuazione e di piena operatività delle disposizioni di cui al presente comma.

Clausola compromissoria

Forse tutto dipende dall'incostituzionalità della clausola compromissoria certificata?

Si capisce bene, dunque, che la clausola compromissoria si pone come estremamente pericolosa, soprattutto quando è inserita direttamente nel contratto di lavoro certificato, quindi firmata dal lavoratore al momento dell'assunzione.

Se, infatti, ben consigliato (in tal senso decisivo il ruolo del sindacato o di un avvocato a cui ci si sarà eventualmente rivolti), il lavoratore che intende fare una causa per una controversia con il proprio datore di lavoro, non deciderà mai di devolverla ad un arbitro, a meno che non lo abbia già fatto in sede di assunzione in virtù di clausola compromissoria.

Il ricorso all'arbitrato rimane, dunque, una scelta realmente volontaria del lavoratore solo se fatta quando la controversia è già sorta e non prima, specialmente in fase di assunzione, quando la forza contrattuale è pari a zero e ciò che interessa è solo il trovare un lavoro, senza stare ad analizzare eventuali clausole compromissorie del contratto che ci viene proposto.

Ecco che allora probabilmente tutto ruoterà intorno al discorso sulla clausola compromissoria ed ai profili d'incostituzionalità che essa presenta, per la cui analisi si rinvia alla parte appositamente dedicata.

Arbitrato: la clausola compromissoria

Giovanni Orlandini

La norma in esame è la più controversa dell'intera riforma perché sembra aprire

scenari del tutto inediti tali da scardinare l'intero sistema di tutele del diritto del lavoro. Essa ha ad oggetto la clausola compromissoria, ovvero quella clausola apposta ad un contratto di lavoro con la quale le parti decidono di affidare ad un collegio arbitrale la soluzione delle eventuali future controversie che possano insorgere tra di loro.

Fino ad oggi clausole compromissorie che prevedono la devoluzione ad arbitri delle controversie di lavoro sono state legittime solo se ammesse e regolate dai contratti collettivi (art.806 comma 2 c.p.c. e art.5 L. 533/73). La previsione nei contratti collettivi di una clausola compromissoria rendeva possibile attribuire ad un arbitro la soluzione di una controversia, purchè venisse garantita la libertà di ricorrere all'autorità giudiziaria: il consenso ad accettare l'arbitro doveva essere esplicitato prima della designazione dello stesso ed era sempre ammesso anche il rifiuto dell'arbitro designato.

La contrattazione collettiva svolgeva, in tale sistema, una funzione autorizzatoria, nel senso che il ricorso ad arbitri era possibile solo se questa lo prevedeva e solo alle condizioni e con le modalità da questa definite. In assenza di disposizione di contratto una clausola compromissoria sarebbe stata radicalmente nulla.

Con la riforma solo apparentemente si conferma la funzione autorizzatoria della contrattazione collettiva, visto che se questa non interviene entro un anno dall'entrata in vigore della legge, la possibilità di apporre clausole compromissorie al contratto di lavoro verrà resa possibile da un DM del Ministro del lavoro. In base al nuovo regime della clausola compromissoria nel momento dell'assunzione al lavoratore può essere chiesto di prestare il proprio consenso a rinunciare a rivolgersi ad un giudice nel caso in cui ritenga siano stati violati dei suoi diritti. La genuinità del consenso

dovrebbe essere garantita dal fatto che questo deve essere manifestato, a pena di nullità della clausola, davanti agli organi di certificazione previsti dal d.lgs.276/03.

Il passaggio davanti ad un'autorità terza può rappresentare un disincentivo per il datore ad utilizzare la clausola, ma è chiaro che esso abbia una natura meramente formale non vedendosi in che modo l'organo di certificazione possa rifiutare la certificazione una volta che il datore abbia indotto il lavoratore a prestare il proprio consenso. Questa procedura conferma piuttosto l'intento del legislatore di considerare l'apposizione della clausola al contratto come un atto dispositivo da parte del lavoratore, tale dunque da precludergli la possibilità di sottrarsi in futuro al giudizio arbitrale.

Le controversie di lavoro saranno devolute a degli arbitri che decideranno nel merito delle stesse secondo le nuove regole stabilite dagli art.412 e 412 quater: il che significa che questi potranno decidere anche secondo equità, cioè senza essere vincolati da quanto previsto dalle leggi e dai contratti collettivi, e le decisioni da essi assunte (lodi) potranno essere considerate non impugnabili per violazione delle regole di diritto. E' per questo motivo che, per semplificare, si è parlato di sostanziale abrogazione dell'art. 18: la riforma prospetta infatti la possibilità che il lavoratore, nel momento in cui nei fatti è privo di alcun potere contrattuale (cioè all'atto dell'assunzione), possa rinunciare anche alla forma di tutela più forte prevista dall'ordinamento nei confronti del potere datoriale; quella appunto garantita in caso di licenziamento illegittimo. Ma è ovvio che l'effetto della riforma va ben al di là dell'art.18 dello Statuto, riguardando qualsiasi norma di legge o di contratto collettivo che attribuisce un diritto al lavoratore.

Le possibili interpretazioni

Lo scenario aperto dalla norma in esame è tale da mettere in discussione l'intero sistema del diritto del lavoro. Proprio per questo motivo è possibile prospettare diverse letture della stessa che tengano conto dei vincoli di sistema (intesi come principi costituzionali ma anche come principi generali deducibili dall'insieme delle norme lavoristiche) alla luce dei quali qualsiasi norma dell'ordinamento deve essere interpretata.

Di questi vincoli probabilmente il legislatore non ha tenuto conto, ma ciò non significa che ad essi possano sottrarsi operatori del diritto e attori sociali.

Interpretazione conforme alla Costituzione e alla CEDU

E' pacifico in giurisprudenza che le clausole compromissorie in materia di lavoro abbiano sempre carattere facoltativo, non possano cioè incidere sulla facoltà di adire l'autorità giudiziaria. Ciò non deriva dalla disciplina di legge, ma direttamente dalla Costituzione (art.24) e dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo (art.5), che riconoscono il diritto alla tutela giurisdizionale. A queste fonti ha più volte fatto riferimento la Corte di Cassazione nell'interpretare clausole compromissorie di natura collettiva che non prevedano la facoltà di adire l'autorità giudiziaria: queste o sono nulle o vanno interpretate nel senso di ammettere implicitamente tale facoltà (ex multis Cass. 4219/95). E la Corte costituzionale ha anche recentemente ribadito l'illegittimità costituzionale di norme che,

permettendo un arbitrato obbligatorio, precludano alle parti la possibilità di adire il giudice dello Stato (C.Cost. 221/05).

Dunque delle due l'una: o la norma introdotta con la riforma è incostituzionale e contraria alla Cedu, o, sulla scia della Cassazione, va interpretata in modo tale da non incidere comunque sulla facoltà del lavoratore, una volta insorta la controversia, di rivolgersi ad un giudice del lavoro.

Questa seconda linea interpretativa è confermata dall'art.5 della L.533/73 il quale, nel permettere il ricorso all'arbitrato irrituale nei soli casi previsti dalla legge e dai contratti collettivi, ribadisce che *"ciò deve avvenire senza pregiudizio delle parti di adire l'autorità giudiziaria"*. Trattandosi di norma di carattere generale non abrogata dalla riforma, il principio deve ritenersi vincolante anche in caso di stipula della clausola compromissoria in base alla norma in esame.

Interpretazione conforme ai principi dell'ordinamento

Che la clausola compromissoria non possa far venir meno il diritto di rivendicare i propri diritti davanti al giudice si può ricavare anche dai principi generali dell'ordinamento in materia di fonti del lavoro, che sono recepiti dalle norme del codice di procedura civile in materia di arbitrato non abrogate dalla riforma. Tali principi permettono di chiarire ulteriormente la portata del diritto alla tutela giurisdizionale nell'ambito del diritto del lavoro. Si tratta di ribaltare la lettura che comunemente è stata data alla riforma (e che si è prima richiamato), per sostenerne una che non comporti il

sovertimento del sistema di tutele del diritto del lavoro.

Per fare ciò è utile richiamare una distinzione fondamentale e ben nota tra i giuristi del lavoro tra "norma inderogabile" o "imperativa" e "diritto disponibile". La maggior parte delle norme del diritto del lavoro sono imperative, quindi non derogabili da parte dell'autonomia privata (né collettiva né tanto meno individuale). Vale a dire che qualsiasi clausola contenuta in un contratto individuale di lavoro che contrasta con esse peggiorando il trattamento del lavoratore è nulla di diritto. I diritti fondati su tali fonti sono dunque indisponibili, nel senso che il lavoratore non può rinunciarvi neppure volontariamente.

Il diritto, anche se riconosciuto da norma inderogabile, diventa disponibile nel momento in cui matura, cioè entra a far parte del "patrimonio" del lavoratore. Si tratta di una disponibilità parziale, perché sottoposta a limiti funzionali a garantire la genuinità della volontà dispositiva del lavoratore (ex art.2113 c.c.). In altre parole, i diritti futuri non sono mai disponibili se derivanti da norme imperative, mentre lo diventano una volta maturati. Per fare un esempio, il lavoratore non può rinunciare al diritto alla retribuzione ma può disporre delle retribuzioni scadute; così come non può disporre del diritto alla conservazione del posto di lavoro prevista dall'art.18, ma può, una volta licenziato, disporre del suo diritto alla reintegra o al risarcimento del danno.

Questa distinzione è fondamentale in materia di arbitrato perché questo non può mai avere ad oggetto "diritti indisponibili". E' quanto prevede l'art.806 c.p.c. , norma di carattere generale che apre il titolo del c.p.c. in materia di arbitrato e che vale anche al di là delle materie di lavoro: *"Le parti possono far*

decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili". Una disposizione non abrogata dall'attuale riforma e che può considerarsi necessitata, perché diversamente l'ordinamento entrerebbe in contraddizione con se stesso, derivandone la non imperatività delle norme imperative. A questo principio fa riferimento l'art.808 c.p.c. (richiamato dalla norma in commento) nel prevedere la possibilità di inserire clausole compromissorie in un contratto, *"purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato"* (cioè che non siano relative a diritti indisponibili).

Ora è del tutto evidente che se con l'apposizione in un contratto di lavoro di una clausola compromissoria si determina l'effetto di *"devolvere ad arbitri le controversie che dovessero insorgere"*, con essa il lavoratore non dispone solo di diritti disponibili ma anche di diritti indisponibili, ovvero anche di diritti futuri e non ancora maturati riconosciuti da norme imperative. Dunque, così intesa, la disposizione entra in contraddizione con gli art.806 e 808 del c.p.c.; ma dal momento che essa richiama proprio quest'ultimo articolo deve interpretarsi in maniera conforma ad esso. Da ciò consegue che la clausola compromissoria vale solo per devolvere ad arbitri controversie relative a diritti "futuri" disponibili, come sono ad esempio tutti quelli previsti da clausole del contratto individuale di lavoro che migliorano gli standard di legge o di contratto collettivo. In breve, così interpretata, la norma servirebbe soprattutto per lavoratori con qualifiche alte o dirigenziali, dotati di forte autonomia contrattuale e la regolazione del cui rapporto di lavoro è in buona parte determinata consensualmente con il datore.

In relazione ai diritti derivanti da norme imperative invece, la stipula della clausola compromissoria non dovrebbe avere efficacia se non confermata dalla volontà del lavoratore di ricorrere all'arbitro dopo che il diritto è maturato e la controversia su di esso è insorta: ovvero quando tale diritto è entrato nella sua disponibilità.

Interpretazione sistemica coerente con le altre norme in materia di arbitrato contenute nella riforma

Anche prescindendo dai vincoli di sistema sopra richiamati è possibile prospettare interpretazioni della riforma che ne riducono fortemente i rischi di un suo utilizzo disarticolante per i diritti dei lavoratori.

Il pericolo maggiore paventato con la disposizione in materia attiene alla possibilità di devolvere tutte le future controversie in materia di lavoro ad un arbitro che può decidere secondo equità e le cui decisioni possono essere sottratte al regime di impugnazione per violazione delle regole di diritto davanti ad un giudice (ai sensi degli art.412 e 412 quater richiamati). In realtà un'interpretazione sistematica delle disposizioni in questione può portare ad escludere una simile conclusione.

La legge prevede che la clausola compromissoria determina la devoluzione della controversia in sede arbitrale secondo *"le modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli art.412 e 412-quater"*. Queste norme prevedono che sia la richiesta di decidere secondo equità che la previsione di derogare al regime dell'impugnabilità secondo diritto venga presa nel momento in cui si dà mandato al

collegio arbitrale di decidere la controversia. Da ciò si può ricavare che con la clausola compromissoria ci si limita a devolvere le future controversie ad arbitri, ma non si può decidere nulla né in merito al ricorso all'equità né al regime di impugnazione del lodo: solo quando è effettivamente insorta la controversia si potrà acquisire il consenso del lavoratore su entrambi questi profili. Dunque ad esempio, anche per ipotesi ammettendo la possibilità di devolvere ad arbitri una controversia sul licenziamento, solo dopo che questo si è realizzato il lavoratore potrà (se lo vorrà) dare il suo assenso ad una decisione secondo equità e non secondo diritto, con conseguente rischio di affievolimento del suo diritto alla reintegra.

Effetti dell'accordo o contratto collettivo attuativo della riforma

L'operatività della nuova disciplina è condizionata dalla stipula di accordi interconfederali o contratti collettivi che la attuino, salvo intervento suppletivo del Ministro del lavoro dopo 1 anno dall'entrata in vigore della legge. Sotto questo profilo naturalmente i sindacati possono decidere di adottare (come nei fatti stanno facendo) strategie diverse.

Nel caso in cui si intenda attuare il rinvio, nell'accordo collettivo può essere precisata la disciplina della clausola compromissoria in maniera compatibile con i principi dell'ordinamento che si sono prima richiamati. Ed, in parte, sembra questa la strada intrapresa dalle organizzazioni sindacali stipulanti l'avviso comune del 10 febbraio. Parimenti può essere espressamente esclusa per via convenzionale la possibilità di rimettere all'arbitro la decisione secondo equità o di

concordare limiti al regime dell'impugnazione.

Resta il dubbio circa i margini di discrezionalità rimessi alle parti sociali dalla legge, visto che questa non attribuisce ai contratti collettivi la facoltà di disciplinare il regime dell'arbitrato ma (almeno così sembra ad una interpretazione letterale) solo di "prevedere" la possibilità di pattuire clausole compromissorie, fermo restando che l'arbitrato poi si svolga secondo "le modalità di espletamento di cui agli art. 412 e 421 ter". Non è quindi scontato che, attraverso l'accordo collettivo, si possa legittimamente derogare alla disciplina dettata dalla legge.

La mancata sottoscrizione dell'accordo (o degli eventuali contratti collettivi) da parte della CGIL può poi sollevare dubbi sull'efficacia dello stesso per un duplice ordine di motivi

1-La legge rinvia ad accordi o contratti stipulati "dalle" OOSS comparativamente più rappresentative. Tale nozione è da intendersi come comprensiva di tutte le organizzazioni più rappresentative (ovvero le confederali e loro articolazioni di categoria) e non può ritenersi integrata da un accordo che non sia stipulato dall'OS più rappresentativa per numero di iscritti. Vale la pena rilevare che nel d.lgs. 276/03 (c.d. riforma Biagi) il legislatore utilizza una diversa tecnica di rinvio, proprio per consentire a contratti non firmati da tutte le organizzazioni più rappresentative di svolgere la funzione di integrazione delle disposizioni di legge: lì il rinvio è operato ai contratti stipulati "da" organizzazioni più rappresentative e non "dalle", quest'ultima proposizione imponendo appunto la presenza di un accordo "unitario" tra i sindacati confederali.

Se, aderendo a questa interpretazione, l'accordo "separato" non vale ad integrare la condizione di legge, si apre però la

strada all'intervento del Ministro del lavoro con il DM.

2- Anche in presenza di un valido accordo interconfederale (e/o di futuri contratti collettivi) in materia, potrebbe essere sollevato il problema della sua efficacia per i lavoratori non iscritti ai sindacati firmatari.

Come noto infatti nel nostro ordinamento il contratto collettivo non ha efficacia erga omnes ma vincola soltanto gli iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti. Un lavoratore non iscritto al sindacato stipulante potrebbe allora contestare la legittimità della clausola in quanto apposta al contratto in forza di un accordo sindacale che non lo vincola.

La previsione della obbligatoria certificazione della clausola, funzionale proprio a legittimare atti "individuali" di disposizione di diritti non mediati dalla contrattazione collettiva, rende però difficilmente percorribile una simile strategia.

Rinvio ad arbitrati irrituali convenzionali

La legge prevede che la regolazione della clausola compromissoria sia rimessa alle parti sociali ma non consente che con essa si possano devolvere le controversie alle sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi (di cui all'art.412-ter). Si tratta di una evidente contraddizione che può giustificare ulteriori contestazioni e percorsi di "aggiramento" della norma in parola.

La norma infatti appare lesiva dell'autonomia collettiva, espressione della libertà sindacale riconosciuta dall'art.39 comma 1 della Costituzione, dal momento che preclude alle parti sociali di utilizzare la clausola compromissoria per rivolgersi alle sedi arbitrali convenzionali. Una simile preclusione non ha alcuna

giustificazione, anzi, come detto, è palesemente contraddittoria prospettando scenari che mortificano l'esercizio della contrattazione collettiva. Se infatti si legittima per via di accordo interconfederale l'utilizzo di clausole compromissorie che impongono la devoluzione delle controversie o alle commissioni presso la DPL (art.412) o alle commissioni "private" (art.412-quater), si vanifica l'eventuale decisione di dar vita a sedi arbitrali regolate dai contratti di categoria o di altro livello, pur ammessa dalla stessa legge (art.412-ter). Lo scenario sarebbe ancor più gravemente lesivo dell'autonomia sindacale in caso di adozione del DM che rende operativa la norma in commento.

In presenza di contratti collettivi contenenti clausole compromissorie che rinviano a sedi arbitrali regolate convenzionalmente ex art.412-ter, sembra potersi concludere allora per la loro piena efficacia, pena in caso contrario il vizio di illegittimità costituzionale della norma in esame. Da ciò consegue in primo luogo la facoltà di utilizzare una procedura arbitrale diversa da quella regolata dalla legge, nella quale certamente non è ammissibile né la decisione secondo equità né alcuna preclusione in merito all'impugnabilità del lodo davanti al giudice per violazione di regole di diritto. In secondo luogo, più in generale, anche da ciò potrebbe ricavarsi la conferma della facoltà del lavoratore di rivolgersi comunque all'autorità giudiziaria pur in presenza di una clausola compromissoria, visto che la devoluzione alle sedi arbitrali indicate dalla legge non sarebbe vincolante.

La clausola compromissoria nel lavoro pubblico

Nell'ambito del pubblico impiego l'utilizzo della clausola compromissoria solleva ulteriori problemi di legittimità costituzionale se con essa si prospetta la devoluzione ad arbitri delle controversie in materia di accesso all'impiego e di progressione di carriera. La Costituzione infatti, imponendo la regola del concorso

come modalità di accesso alla pubblica amministrazione a tutela dell'imparzialità e del buon andamento della stessa (art. 97), preclude la possibilità che le controversie in materie siano sottratte al giudice e devolute a sedi stragiudiziali "private".

In base alla lettera della legge è possibile comunque ritenere non applicabile al lavoro pubblico la disciplina della clausola compromissoria, nonostante il richiamo generico alle "materie di cui all'art.409 c.p.c.". Tale richiamo è infatti presente anche nelle norme relative alla conciliazione e all'arbitrato, ma per

Contratto a termine: la norma

1. Il primo e il secondo comma dell'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, sono sostituiti dai seguenti:

«Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione, ovvero dalla comunicazione dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso.

L'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato. Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo». (...)

3. Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano inoltre:

a) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto; (...)

d) all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo.

4. Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche:

a) ai contratti di lavoro a termine stipulati ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla scadenza del termine;

b) ai contratti di lavoro a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e già conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla medesima data di entrata in vigore della presente legge; (...)

5. Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

6. In presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà.

7. Le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge. 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.

Contratto a termine

estenderne l'applicazione al lavoro pubblico il legislatore ha ritenuto necessario prevederlo in una norma apposita (art.31 comma 8). Il mancato riferimento in tale norma alla disposizione in commento relativa alla clausola compromissoria, e l'assenza di qualsiasi riferimento al pubblico impiego in quest'ultima, permette di concludere per l'applicabilità della stessa ai soli rapporti di lavoro del settore privato.

In materia di arbitrato nel pubblico impiego per altro esiste già un contratto collettivo quadro (23 gennaio 2001) che regola la materia in maniera compatibile con i principi generali dell'ordinamento, prevedendo la natura facoltativa del ricorso all'arbitro ed escludendo sia il giudizio secondo equità sia limiti al sindacato del giudice in sede di impugnazione del lodo.

Contratto a termine: impugnazione e risarcimento

Andrea Danilo Conte

I nuovi termini per l'impugnazione: 60 più 180

Precedentemente alla riforma non c'era una vera scadenza entro la quale impugnare un contratto a termine che si riteneva o si sospettava illegittimo. Più semplicemente era inopportuno far trascorrere troppo tempo per evitare di essere accusati di aver prestato un implicito consenso alla risoluzione del rapporto.

La nuova norma prevede invece che qualora un lavoratore intenda agire in giudizio per sostenere la illegittimità di un

contratto a termine e per rivendicare l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, debba anzitutto impugnare il contratto a termine con un atto scritto che renda nota in maniera esplicita tale sua volontà entro 60 giorni dalla scadenza del contratto. Questa regola vale non solo per i contratti futuri ma anche per i contratti in corso al momento dell'entrata in vigore della nuova legge.

Tale obbligo di impugnare i contratti a termine con atto scritto vale anche per tutti i contratti a termine già cessati al momento dell'entrata in vigore della nuova legge. In tal caso il termine di 60 giorni decorre dalla data di entrata in vigore della nuova legge.

Una volta effettuata l'impugnazione occorre poi entro i successivi 180 giorni introdurre il ricorso dinanzi al giudice del lavoro oppure comunicare alla controparte la richiesta di tentativo di conciliazione o di arbitrato. In tale seconda ipotesi occorre, comunque, introdurre il ricorso dinanzi al giudice entro 60 giorni dal rifiuto di tali procedure o dal mancato accordo qualora le stesse abbiano avuto esito negativo.

I limiti al risarcimento

La nuova normativa limita inoltre il risarcimento che spetta a coloro i quali vincono una causa in materia di contratti a termine. Sino ad oggi al lavoratore oltre al diritto al ripristino del rapporto di lavoro a tempo indeterminato spettavano anche le retribuzioni maturate dalla messa in mora, ossia dalla esplicita offerta della prestazione lavorativa, sino all'effettivo ripristino del rapporto. La nuova norma prevede un tetto massimo, cioè che il risarcimento sia compreso tra

un minimo di 2,5 mensilità ed un massimo di 12 mensilità. Tali limite massimo è dimezzato (massimo 6 mensilità) in presenza di eventuali accordi sindacali che abbiano previsto graduatorie cui attingere per assunzioni o a tempo determinato o a tempo indeterminato.

La nuova normativa appena descritta che limita il diritto al risarcimento del danno si applica anche ai processi in corso in qualsiasi stato e grado di giudizio essi si trovino.

In pratica: come impugnare i contratti illegittimi

I cambiamenti sopra descritti impongono anzitutto una campagna di informazione dei lavoratori precari per renderli consapevoli che con le nuove norme se intendono impugnare un contratto a termine debbono farlo entro 60 giorni dalla cessazione del rapporto. Occorre poi fare uno sforzo straordinario nella prima fase immediatamente successiva all'approvazione della legge per informare tutti coloro che hanno avuto dei contratti a termine nei mesi e addirittura negli anni precedenti che se intendono impugnare tali contratti debbono farlo entro 60 giorni dall'approvazione della legge. La legge infatti, come abbiamo visto, prevede una vera e propria sanatoria per i contratti vecchi. Se essi non verranno impugnati entro 60 giorni dall'approvazione della legge non potranno più essere impugnati. A tale impugnazione, come abbiamo visto, deve seguire l'introduzione del ricorso entro i termini sopra riportati.

Co.co.pro e altro

Questa novità obbliga molti precari a decidere in tempi molto rapidi se promuovere il contenzioso. Non sempre si tratta di una decisione facile. Infatti la gran parte dei precari rinvia la decisione se aprire una controversia con il proprio datore di lavoro al momento in cui cesserà ogni rapporto. E ciò per comprensibili motivi di opportunità poiché l'avvio del contenzioso comporta quasi sempre il mancato rinnovo del contratto. Con la nuova norma il lavoratore precario non può più scegliere e si trova di fronte ad un bivio: o impugna immediatamente tutti i vecchi contratti esponendosi in questo modo ad un probabile mancato rinnovo del contratto o, sperando in un nuovo rinnovo, non impugna i contratti vecchi e neppure quelli di volta in volta in scadenza, nella consapevolezza però che in futuro non potrà più impugnare i precedenti contratti ma solo l'ultimo.

E' opportuno pertanto consigliare ai lavoratori precari di sottoporre con tempestività al vaglio di uno studio legale i contratti già scaduti per procedere ad una decisione consapevole che non precluda future rivendicazioni dei propri diritti.

I limiti al risarcimento: dubbi e prospettive

Non poche perplessità suscita anche la seconda parte della norma che limita, come abbiamo visto, il diritto al risarcimento del danno. La precedente normativa era senza dubbio più equa: le retribuzioni spettavano dalla messa in

mora dell'azienda, solitamente coincidente con l'avvio del contenzioso, sino all'effettivo ripristino del rapporto di lavoro. In questo modo eventuali lungaggini procedurali estranee alla sfera della volontà del lavoratore non ricadevano su di lui. La nuova norma si traduce senza dubbio in un vantaggio per le aziende. Porre un limite al risarcimento nella misura massima di dodici mensilità comporta la palese ingiusta conseguenza che eventuali disfunzioni o lungaggini del sistema giudiziario verranno poste a carico dell'incolpevole lavoratore. E così anche un'azione proposta con tempestività (e con la nuova norma tutte le azioni dovranno per forza di cose essere promosse con tempestività) che dovesse eventualmente protrarsi per due o tre anni a causa, ad esempio, del carico di lavoro di quell'ufficio giudiziario, darà diritto, comunque al massimo a 12 mensilità di risarcimento con una evidente disparità di trattamento rispetto, ad esempio, a quel lavoratore che ha promosso l'azione presso un ufficio giudiziario più rapido. Non solo, ma mentre sino ad oggi una eventuale condotta processuale da parte del datore di lavoro finalizzata a ritardare il più possibile la sentenza non era conveniente comportando, nel caso di sconfitta, un aumento delle retribuzioni arretrate da versare al lavoratore, in futuro sarà premiante poiché qualsiasi sia la durata del processo, l'azienda comunque non rischierà più di dodici mensilità. Come si

può capire la nuova norma appare iniqua sotto diversi profili.

Questi caratteri di ingiustizia fondata sul caso o, peggio, sulla strumentalizzazione del carico di lavoro dei Tribunali, assumono tratti di paradossalità se si considera l'ulteriore circostanza che la norma sopra descritta non si applica solo ai nuovi giudizi ma anche a tutti i giudizi in corso, in qualsiasi grado di giudizio si trovino. Ciò comporta che anche quel lavoratore che si veda confermata nei gradi successivi di giudizio la precedente sentenza positiva potrebbe però essere contestualmente condannato a restituire una parte degli arretrati percepiti, nonostante la conferma della "vittoria" in giudizio. Egli verrà infatti condannato a restituire eventuali eccedenze tra quanto percepito a titolo di arretrati e le dodici mensilità massime previste dalla nuova norma. Non sarà facile spiegare ad un lavoratore che ha vinto in primo grado una causa anche sei o sette anni prima, che la nuova sentenza ha confermato che il termine al contratto era illegittimo, ha confermato quindi la violazione della normativa operata dal datore di lavoro ma, nonostante questo, lo ha condannato a restituire una somma che talvolta può essere anche consistente in virtù di una norma retroattiva.

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza 214/2009 rendono inevitabile che anche queste nuove disposizioni siano sottoposte al vaglio della corte di legittimità.

Dubbi di costituzionalità anche per l'ennesima norma "salva Poste" contenuta nella parte finale dell'articolo. L'emanazione di norme ad esclusivo vantaggio dell'azienda Poste Italiane (e quindi delle casse dello Stato) è così consistente che ormai sarebbe possibile stilare un vero e proprio testo unico che le riunisca, un "codice postale" in esclusiva per l'azienda di stato con un contenzioso senza precedenti. Infatti, come abbiamo visto, la parte finale della norma in esame prevede che le dodici mensilità siano addirittura dimezzate nell'ipotesi in cui siano stati conclusi accordi sindacali che prevedano graduatorie di personale precario cui attingere per assunzioni o a termine o a tempo indeterminato. La norma è di apparente scarso rilievo pratico, stante, si potrebbe pensare, la esiguità della fattispecie prevista. Ma la sua relevantissima portata economica meglio si comprende se si ricorda che due diversi accordi sindacali del 13.1.2006 e del 10.7.2008 riguardanti la società postale sembrano proprio avere le caratteristiche indicate nella norma. Quindi le decine di migliaia di lavoratori reintegrati a tempo indeterminato da Poste Italiane a seguito di una sentenza dell'autorità giudiziaria, rischiano, persino nel giudizio in cassazione di vedere limitato il proprio diritto al risarcimento a sole sei mensilità e ad essere condannati alle relative restituzioni. Anche questa parte della nuova normativa dovrà pertanto essere sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale.

Co.co.pro, trasferimento del lavoratore, trasferimento d'azienda

Letizia Martini

Contratti di collaborazione e a progetto

Art. 32, comma 3, lett. b

3. Le disposizioni di cui all'art. 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano inoltre:

(...)

b) al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nelle modalità a progetto, di cui all'art. 409 numero del codice di procedura civile;

L'impugnazione del contratto

La norma estende al "recesso" esercitato dal committente nei contratto di collaborazione coordinata e continuativa nonché ai contratti a progetto i termini previsti dal comma 1 con riferimento all'impugnazione del licenziamento, descritti anche nella voce "Contratto a termine" del presente vademecum.

Entro 60 giorni dalla ricezione della comunicazione del recesso, il lavoratore deve impugnare il recesso con qualsiasi atto scritto che sia idoneo a rendere nota la propria volontà di impugnare il recesso medesimo.

Tale impugnazione non è comunque sufficiente e il lavoratore deve poi nei successivi 180 giorni scegliere fra le seguenti opzioni:

- a) depositare in cancelleria del Tribunale con funzioni di giudice del lavoro il ricorso con il quale contesta la legittimità del recesso
- b) richiedere e comunicare alla controparte la richiesta del tentativo obbligatorio di conciliazione o la volontà di promuovere l'arbitrato.

Qualora il datore di lavoro rifiuti la richiesta di tentativo di conciliazione o di arbitrato o, ove la accetti, ma non si raggiunga l'accordo, il lavoratore deve depositare il ricorso al giudice nel successivo termine di 60 giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.

Tali termini sono tutti previsti a pena di decadenza: ciò significa che ove non rispettati l'impugnazione diventa inefficace ed il "recesso" definitivo.

La novità principale consiste nella previsione di rigidi termini di impugnazione, laddove nessun termine era previsto dalla normativa previgente, anche se per cautela era già consigliabile impugnare il "recesso" nei sessanta giorni così come previsto con riferimento all'impugnazione del licenziamento.

Dunque, se prima il lavoratore aveva un ampio margine di tempo per il deposito della richiesta del tentativo (allora) obbligatorio di conciliazione e quindi del ricorso, oggi tali tempi sono rigidamente scanditi dalla norma e ove non rispettati comportano il consolidamento del recesso esercitato dal datore di lavoro.

Il problema interpretativo di non poco conto che pone la norma è che essa si

riferisce al “recesso” del committente. Si tratta quindi di capire se essa, come risulterebbe da un’interpretazione letterale della norma, si riferisca solo al recesso del committente esercitato nel corso di svolgimento del contratto o se essa si riferisca in senso generale anche alla risoluzione “naturale” del rapporto per sua scadenza o per realizzazione del progetto.

È evidente che dirimere la questione ha conseguenze il cui impatto è sicuramente notevole.

Se optiamo per l’interpretazione letterale restrittiva, limitata al recesso in corso di rapporto, gli oneri di impugnazione a pena di decadenza valgono solo nel caso in cui il lavoratore nel corso del periodo di validità del contratto riceva una formale comunicazione con la quale controparte renda nota la propria volontà di recedere dal rapporto di lavoro anticipatamente rispetto alla scadenza pattuita. Secondo questa interpretazione quindi nessun onere di impugnazione secondo la tempistica sopra descritta sussisterebbe nel caso in cui il rapporto giungesse alla sua naturale.

Va considerato anche che il recesso in corso di rapporto è ipotesi non frequente e l’espressa considerazione di essa in una esplicita norma desta qualche perplessità per la sua scarsa rilevanza pratica.

Diversamente opinando, se nel termine “recesso” dovesse farsi rientrare anche l’estinzione del rapporto alla scadenza contrattualmente prevista tali oneri di impugnazione sussisterebbero in ogni

caso e i termini decorrerebbero dalla scadenza del contratto medesimo.

Non sussistono tuttavia ragioni, stante la lettera della norma, per optare per questa seconda ipotesi e si deve ritenere che la norma si riferisca ai soli casi di recesso in senso stretto.

Che cosa fare

E’ necessario informare i lavoratori che è necessario procedere all’impugnazione del recesso entro i sessanta giorni dallo stesso e che ciò può avvenire “anche attraverso l’intervento dell’organizzazione sindacale” con una lettera nella quale si rende nota la volontà di impugnare il recesso medesimo. Sarà poi necessario rivolgersi tempestivamente ad uno studio legale che provveda agli adempimenti successivi in tempo utile per il rispetto dei termini di decadenza.

Il “cosa fare” nel caso in cui il lavoratore sottoponga all’esame del sindacato un contratto di collaborazione coordinata e continuativa o un contratto di lavoro a progetto giunto alla sua naturale scadenza secondo quanto previsto dal contratto, di cui intenda contestare la legittimità in quanto il rapporto si è sviluppato secondo le forme tipiche del rapporto di lavoro subordinato, è questione che si ricollega alla difficoltà interpretativa sopra evidenziata e, considerato ciò, il sindacato dovrebbe indirizzare il lavoratore da un legale. Ferma restando l’interpretazione sopra suggerita come preferibile, potrebbe essere opportuno, per pura prudenza, specialmente in presenza di un atto formale da parte del datore di lavoro

che ribadisca lo spirare del termine inizialmente previsto consigliare la impugnazione entro i termini sopra descritti e l’avvio della relativa procedura. Ovviamente la controindicazione di un tale orientamento prudenziale è quello che il lavoratore si espone al mancato rinnovo del contratto.

Trasferimento del lavoratore

Art. 32, comma 3, lett. c)

I trasferimento ai sensi dell’articolo 2013 del codice civile, con termine decorrente dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento

Il termine di impugnazione

Nella disciplina previgente il lavoratore che voleva impugnare il trasferimento ad altra unità produttiva non aveva un termine previsto a pena di decadenza per farlo.

La nuova normativa assoggetta l’impugnazione del trasferimento agli stessi termini di decadenza previsti per l’impugnazione del licenziamento.

Il trasferimento di cui si voglia contestare la legittimità perché disposto in assenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive richieste dall’art. 2103 c.c. deve essere impugnato con un qualsiasi atto stragiudiziale avente forma scritta idonea a rendere nota la volontà del lavoratore di contestarne la legittimità entro sessanta giorni dalla sua comunicazione. La contestazione della legittimità del

trasferimento può essere fatta anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale.

I termini e gli atti successivi da porre in essere sono gli stessi illustrati con riferimento ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, ai contratti a progetto e ai contratti a termine.

Entro i successivi 180 giorni dovrà seguire il deposito del ricorso in cancelleria del Tribunale sezione lavoro oppure il deposito della richiesta di conciliazione o la richiesta di arbitrato, anche in base a quanto previsto dal contratto individuale di assunzione.

Se la conciliazione e l'arbitrato sono rifiutati dalla controparte o non sia raggiunto l'accordo, il deposito del ricorso davanti al giudice deve avvenire entro i successivi sessanta giorni a pena di decadenza.

Che fare

E' essenziale informare i lavoratori che è necessario impugnare il trasferimento nei termini previsti. In via cautelativa, ove i tempi non consentano di verificare l'effettiva sussistenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive invocate per giustificarlo, sarà prudente inviare la lettera con la quale si rende nota la volontà di impugnare il trasferimento e rimandare ad un momento successivo la verifica e quindi le ragionevoli possibilità di introdurre un giudizio.

Fatto questo sarà consigliabile al lavoratore rivolgersi ad uno studio legale che verifichi quale delle strade sopra descritte (giudizio, tentativo di

conciliazione, arbitrato) debba essere percorsa e soprattutto se alla luce anche degli elementi fattuali riferiti dal lavoratore ci siano i presupposti per contestare l'esistenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive previste dall'art. 2103 c.c.

Trasferimento d'azienda: la norma

Art. 32, comma 4

Le disposizioni di cui all'art. 6 della legge 15 luglio 1966 n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche:

(...)

- c) alla cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'art. 2112 del codice civile con termine decorrente dalla data del trasferimento

Il termine di impugnazione

La norma si riferisce ai casi di cessione del contratto di lavoro a seguito di trasferimento di azienda o di ramo di azienda. In questo caso il lavoratore passa alle dipendenze dell'azienda cessionaria del ramo di azienda cui egli era addetto.

Anche in questo caso qualora intenda contestare la legittimità della cessione del proprio contratto di lavoro, egli deve impugnare con atto scritto in via stragiudiziale entro 60 giorni e poi depositare ricorso davanti al giudice o richiesta del tentativo di conciliazione o richiesta di promuovere l'arbitrato entro i successivi 180 giorni.

Anche in questo la novità consiste nella previsione dei citati termini per l'impugnazione a pena di decadenza.

Nella normativa previgente l'impugnazione della cessione del contratto di lavoro a seguito di trasferimento di azienda o di un ramo di essa non era soggetto ad alcun termine, fatta salva la necessità di un'impugnazione tempestiva anche in questo caso per evitare che la mancata impugnazione e l'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa alle dipendenze del cessionario potesse interpretarsi come accettazione per fatti concludenti.

Per quanto riguarda la decorrenza dei termini è opportuno evidenziare come la nuova normativa li faccia decorrere "dalla data del trasferimento" e non dalla comunicazione al lavoratore della cessione del suo rapporto di lavoro ad altro soggetto.

La norma nello stabilire il giorno di decorrenza dal trasferimento anziché dalla comunicazione al lavoratore è fortemente penalizzante in quanto quest'ultima è ovviamente successiva all'intervenuto trasferimento e, pertanto, il lavoratore al momento in cui riceve la comunicazione non avrà sessanta giorni per l'impugnazione, ma un termine più ridotto.

Sarebbe auspicabile che in sede di applicazione la giurisprudenza interpretasse la normativa nel senso che i 60 giorni debbano decorrere comunque non dal trasferimento ma da quando il lavoratore ne viene a conoscenza.

Che fare

Anche in questo caso appare determinante un'attività di corretta informazione dei lavoratori al fine di garantire una tempestiva impugnazione nei termini di legge sopra descritti.

Rivendicazione di un rapporto di lavoro con un soggetto diverso dal titolare

in ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'art. 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto

Somministrazione, lavoro interinale e appalto: i nuovi termini

La norma si riferisce ai contratti di somministrazione lavoro, di lavoro interinale (ove ancora in essere) e di appalto di manodopera in cui il lavoratore contestando la legittimità del contratto chiede che venga dichiarata la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato direttamente con l'impresa utilizzatrice o appaltatrice.

Anche con riferimento a questi contratti lo "scadenario" per le impugnazioni è quello sopra visto: 60 giorni per l'impugnazione stragiudiziale, proposizione nei successivi 180 del ricorso, del tentativo di conciliazione o

La disciplina delle spese di lite: gli articoli del codice di procedura civile come modificati dalla l. 69/2009 e dalla riforma del lavoro

91. Condanna alle spese.

Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa. Se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92.

Le spese della sentenza sono liquidate dal cancelliere con nota in margine alla stessa; quelle della notificazione della sentenza del titolo esecutivo e del precetto sono liquidate dall'ufficiale giudiziario con nota in margine all'originale e alla copia notificata.

I reclami contro le liquidazioni di cui al comma precedente sono decisi con le forme previste negli articoli 287 e 288 dal capo dell'ufficio a cui appartiene il cancelliere o l'ufficiale giudiziario.

92. Condanna alle spese per singoli atti. Compensazione delle spese.

Il giudice, nel pronunciare la condanna di cui all'articolo precedente, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue; e può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'articolo 88, essa ha causato all'altra parte.

Se vi è soccombenza reciproca o concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti.

Se le parti si sono conciliate, le spese si intendono compensate, salvo che le parti stesse abbiano diversamente convenuto nel processo verbale di conciliazione.

96. Responsabilità aggravata.

Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente

In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata.

420. Udienza di discussione della causa (primo comma).

Nell'udienza fissata per la discussione il giudice interroga liberamente le parti presenti e **tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva**. La mancata comparizione personale delle parti, o il rifiuto della proposta transattiva del giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio.

Spese di lite

dell'arbitrato. In caso di fallimento di quest'ultime due procedure altri 60 giorni per la proposizione del ricorso davanti al giudice.

Il cambiamento essenziale sta anche in questo caso nella previsione di un termine a pena di decadenza, laddove prima nessun termine era previsto e l'unico limite era rappresentato da un eccessivo decorso del tempo fra la cessazione del contratto e l'impugnazione del medesimo interpretabile come mutuo consenso allo scioglimento del rapporto di lavoro.

Sul giorno della decorrenza dei termini nulla dice la norma.

In via interpretativa potremmo ritenere applicabili le disposizioni sulla decorrenza dei termini previste con riferimento ai contratti a termine e quindi considerare che essi decorrono:

- a) per i contratti di somministrazione, di appalto e interinali in corso alla data di entrata in vigore della legge, dalla scadenza del contratto
- b) per i contratti di somministrazione, di appalto e interinali già conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge, dalla medesima data di entrata in vigore della legge.

Secondo una differente interpretazione, che appare preferibile, stante l'assenza di una esplicita previsione normativa o di un rimando a quanto invece esplicitamente previsto per i contratti a tempo determinato, i nuovi termini valgono solo per il futuro e quindi per i contratti in

corso di esecuzione e per i futuri contratti con decorrenza dalla cessazione del rapporto. Mentre nessun termine sarebbe previsto per i contratti già cessati al momento di entrata in vigore della nuova legge.

Che fare

Anche in questo caso appare determinante un'attività di corretta informazione dei lavoratori al fine di garantire una tempestiva impugnazione nei termini di legge sopra descritti.

La nuova disciplina delle spese di lite

Fabio Rusconi

Più difficile la compensazione delle spese legali

La prima, rilevante novità introdotta dalla riforma del codice di procedura è quella introdotta dalla modifica del **secondo comma dell'art. 92** in ipotesi di soccombenza del ricorrente, che potrebbe indurre il Giudice ad applicare il principio della compensazione delle spese (previa motivazione) solo in ipotesi eccezionali.

Fino ad oggi i principi basilari del diritto sostanziale e del processo del lavoro (diritto asimmetrico, che nasce e vive per tutelare la parte economicamente e strutturalmente più debole e serve per dare attuazione all'uguaglianza attraverso il tentativo di superare gli ostacoli che di fatto la negano, come proclama l'art. 3 co.

2 Cost) e la formulazione della norma, che autorizzava il Giudice a compensare le spese "per giusti motivi", avevano reso davvero infrequente la condanna alle spese del lavoratore o del sindacato, salvi casi, di solito preventivamente vagliati dalle difese, che la causa fosse davvero avventatamente proposta.

La condanna d'ufficio alle spese

L'ultimo comma dell'art. 96 cpc. poi - anche in combinato disposto con il nuovo art. 91 cpc - sembra aprire ad un intervento punitivo ed imprevedibilmente quantificabile da parte del giudice, che può oggi "anche d'ufficio, condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata".

La "regola" del carico delle spese così codificata, e la vaga possibilità della "punizione" evocata dall'art. 96 cpc, colpiranno inevitabilmente i soggetti più deboli economicamente e le domande più "povere": i costi connessi al complesso gioco processuale (ivi compresa l'ipotesi, ulteriormente pesante, di vittoria in primo o nei primi due gradi di lite seguita dalla soccombenza nel successivo: con liquidazione delle spese, e magari della "sanzione ex art. 96 cpc, anche dei gradi precedenti) potrebbero scoraggiare l'accesso alla giustizia ben più gravemente che non in solo rapporto alla apparente fondatezza o meno della domanda. Ancora, la riforma scoraggerà enormemente sia le cause per condotta

antisindacale, data la notoria ristrettezza economica delle OO. SS. (che saranno sospinte a spostare sul piano conflittuale delicate divergenze sulle regole del confronto, che solo la giustizia deve dirimere), sia ogni tentativo di criticare, in cause pilota, orientamenti giurisprudenziali non condivisibili o di proporre vertenze di principio o di principi, siccome destinate ad affrontare costi e rischi (art. 96 cpc) onerosi.

Spese e proposta conciliativa

3. Il nuovo testo dell'art. 91 cpc, nel prevedere che se il giudice *"accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'art. 92"*, pone una norma solo a sfavore del lavoratore-attore. E' solo a questi che concretamente parla il nuovo precetto, con la minaccia di condanna al pagamento di spese legali (e nemmeno una compensazione) a carico della parte parzialmente vittoriosa: possibilità che fino ad oggi era fermamente esclusa dalla giurisprudenza.

4. Il testo dell'art. 420 cpc, risultante dalla modifica apportatavi dall'art. 31 co. 4° della legge approvata il 3.3.2010, prevedendo che il giudice, oltre a tentare la conciliazione della lite, *"formula alle*

parti una proposta transattiva", ed aggiungendo che il relativo rifiuto *"senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio"*, crea un effetto davvero pericoloso.

La combinazione delle norme degli artt. 96, 91 e del nuovo 420 cpc potrebbe portare all'effetto che il giudice si determini sia sulle spese, sia sulla sanzione ulteriore posta dall'art. 96 cpc proprio perché la parte ha rifiutato la sua proposta conciliativa. Di più: facendo l'art. 91 cpc riferimento all'ipotesi di una domanda parzialmente accolta (*"in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa"*), è gioco forza, nella giustizia del lavoro ove l'attore è sempre il lavoratore o il sindacato, dedurre che la "minaccia" espressa dai combinati disposti citati sia rivolta proprio e soprattutto a questi ultimi. Con effetti ulteriormente ingiusti a mente dei principi cardine del diritto del lavoro dianzi evocati.

Che cosa fare

I legali e le OO.SS si stanno già mobilitando per far maturare, specie nella giurisprudenza, l'alternativa tra un'interpretazione della citata normativa coerente con i principi cardine del diritto e del processo del lavoro e costituzionalmente orientata - che escluda gli effetti perversi citati, del combinato disposto delle norme e ridimensioni le *"gravi ed eccezionali ragioni"* di cui all'art. 92 cpc ai *"giusti motivi"* sostanziali da sempre ritenuti

ragione di compensazione in caso di soccombenza in lite del lavoratore o del sindacato - oppure una questione di costituzionalità da porre alla Corte Costituzionale per contrasto con gli artt. 1. 2, 3, co. 2, 4, 24 e 35 Cost.

Gli uffici vertenze dei sindacati ed i legali in ogni caso dovranno fare maggior attenzione a selezionare le vertenze proponibili e a manifestare al lavoratore i rischi oggettivi, sia pur auspicabilmente solo paventati, connessi al "costo" della giustizia.

DIRITTI & LAVORO
idee e strumenti per il sindacato

MAR 2010 * NUMERO SPECIALE

a cura di
Centro Studi Diritti & Lavoro
Via della Condotta, 12
50122 - Firenze

Comitato scientifico
Avvocato Fabio Rusconi
Avvocato Andrea Danilo Conte

Direttore scientifico
Prof. Giovanni Orlandini

In redazione
Andrea Ranfagni
Alessandro Giovannelli

ha collaborato
Letizia Martini

info: dirittilavoro@gmail.com