



S.I.N.QUADR.I.

INFORMATORE SPECIALE

Dicembre 2010

Caro Collega,

il 24 novembre u. s. è entrata in vigore la legge 183/2010 che, tra l'altro, introduce nelle controversie di lavoro nuove norme in materia di conciliazione e arbitrato molto rilevanti anche per i Quadri, che sempre più frequentemente sono costretti a subire le conseguenze di nuove politiche imprenditoriali con imposizioni perfino di mobilità interaziendali, spesso con assunzioni ex novo.

Riteniamo, pertanto, di estremo interesse per noi l'accluso parere che abbiamo richiesto ad un illustre giuslavorista, il Prof. Sebastiano Bruno Caruso, ordinario di diritto del lavoro e diritto comparato del lavoro.

Con i migliori auguri di un felice Natale da tutto il Sinqadri.



La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato nelle controversie di lavoro

Prof. Sebastiano Bruno Caruso

Il 24 novembre 2010, veicolate dalla l. n. 183/2010 (cd. "collegato lavoro"), sono entrate in vigore, tra le altre, rilevanti novità in materia di processo del lavoro e, segnatamente, in tema di conciliazione e arbitrato.

L'art. 31 della legge 183, novellando gli artt. 410 e ss. del codice di procedura civile, introduce una nuova disciplina dei due istituti, perseguendo finalità di semplificazione e deflazione del contenzioso lavoristico.

1. IL TENTATIVO FACOLTATIVO DI CONCILIAZIONE

In particolare, l'art. 31 riscrive il testo dell'art. 410 c.p.c., rendendo facoltativo, e non più obbligatorio, il previo esperimento del tentativo di conciliazione: in caso di controversia sarà adesso possibile ricorrere al giudice del lavoro senza dovere esperire, presso la Direzione provinciale del lavoro, il tentativo di conciliazione che, conseguentemente, non costituisce più condizione di procedibilità della domanda (così come disponeva l'abrogato art. 412 *bis* c.p.c.). Ai sensi del nuovo art. 410 c.p.c., infatti, *"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"*. Il tentativo facoltativo di conciliazione è adesso esperibile anche presso le sedi di certificazione di cui all'articolo 76 d.lgs. 276/2003 (art. 31, comma 13, l.183/2010). Resta, tuttavia, obbligatorio l'esperimento del tentativo di conciliazione di cui all'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003, ovvero in caso di ricorso giurisdizionale contro la certificazione (art. 410 ult. comma).

Si ritorna pertanto al regime precedente di facoltatività della conciliazione non avendo evidentemente l'istituto della conciliazione obbligatoria raggiunto l'obiettivo che si proponeva il legislatore che l'aveva introdotto: di diminuire il carico decisionale dei giudici imponendo alle parti di tentare la strada dell'accordo. La conciliazione obbligatoria si è, infatti, ridotta il più delle volte in un inutile passaggio burocratico e in una mera dilazione forzata della controversia davanti al giudice.

2. LA DISCIPLINA DELL'ARBITRATO

L'art. 31 della legge 183 introduce, poi, rilevanti innovazioni in materia di risoluzione arbitrale delle controversie lavoristiche. La filosofia di fondo che sottende questa parte della riforma contenuta nel c.d. "collegato lavoro" è di bilanciare la regolazione restrittiva dell'arbitrato che ha caratterizzato l'evoluzione legislativa in Italia dalla riforma del processo del lavoro (nel 1973) in poi.

Il legislatore ritiene che i mali che affliggono la giustizia del lavoro - lentezza, imprevedibilità e improgrammabilità dei costi per le imprese derivanti dalle decisioni dei giudici togati – derivi proprio dalla debolezza dell'istituto arbitrale che va invece riformato e incentivato.

Il legislatore dichiara, infatti, scarsa fiducia nei confronti della giustizia del lavoro amministrata da giudici professionali (in Italia, la giustizia del lavoro, è affidata a sezioni specializzate dei Tribunali

ordinari) avanzando la convinzione che una giustizia del lavoro affidata a giudici laici non professionali possa essere più efficiente e funzionale, sia per le imprese sia per i lavoratori.

La riforma non riguarda l'arbitrato su controversie collettive in auge in altri sistemi (Australia) ma solo quello riguardante le controversie individuali.

In effetti ad prima lettura sui disposti normativi introdotti, l'istituto arbitrale, alternativo alla giustizia togata, lungi dal dare una impressione di una procedura semplice e di immediata fruibilità, si presenta alquanto farraginoso, ambiguo e contraddittorio. Non è questa ovviamente la sede per una disamina di dettaglio. Solo per dare il senso di quel che si intende basti dire che, a seguito delle modifiche introdotte dal "collegato lavoro", è possibile individuare quattro "tipologie" di arbitrato che, se non si differenziano per il rito, sicuramente si differenziano per i loci istituzionali in cui l'arbitrato può essere incardinato e per i contenitori procedurali in cui l'istituto può inserirsi.

La legge prevede infatti:

- 1) **L'arbitrato presso le commissioni di conciliazione istituite presso la Direzione provinciale del lavoro**, alle quali le parti possono conferire mandato a risolvere in via arbitrale la controversia "*in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita*" (art. 412 c.p.c.); il tentativo (facoltativo) di conciliazione presso le commissioni può, dunque, concludersi, se le parti lo concordano, con la risoluzione arbitrale della controversia. Proprio perché il tentativo di conciliazione non è più obbligatorio, tale eventualità presuppone una certa convergenza tra le parti sulla risoluzione della controversia o, comunque, una certa disponibilità al "dialogo". L'arbitrato presso le commissioni di conciliazione sembrerebbe essere la forma di arbitrato più efficiente e meno costosa per le parti. Un ulteriore vantaggio potrebbe, verosimilmente, consistere nella rapidità dei tempi di risoluzione della controversia: la risoluzione arbitrale viene, infatti, affidata ad un organo (la commissione di conciliazione) che, in sede di tentativo di conciliazione, ha avuto modo di conoscere i termini della questione, sicché ci si potrebbe attendere una decisione piuttosto rapida. E' evidente però che tale forma di arbitrato, innestandosi in una procedura conciliativa facoltativa, può essere azionata soltanto se le parti hanno deciso *ex ante* di promuovere la conciliazione, considerando la controversia, almeno a discreto tasso di soluzione bonaria. Se le parti si trovano, invece, in posizione di forte contrasto risulterà altamente improbabile il ricorso alla procedura di conciliazione (non più obbligatoria) e quindi alla procedura arbitrale che nella procedura conciliativa si dovrebbe innestare.

Tra le principali novità introdotte dal collegato lavoro, riferite alla procedura arbitrale di cui è detto prima (al rito, agli effetti del lodo e al regime delle impugnazioni), ed estendibili alle altre procedure di cui si dirà, occorre segnalare le seguenti:

- o Il mandato per la risoluzione arbitrale della controversia può contenere "*l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari*" (art. 412, comma 2). Prima della riforma, sia dai sindacati sia dai legislatori pregressi, era vista con sfavore la possibilità che la legge processuale, nelle controversie di lavoro, conferisse agli arbitri un potere di decisione secondo equità; la vaghezza della norma citata, consente, d'altra parte, margini troppo ampi di decisione al collegio arbitrale. Per altro, il disposto è alquanto ambiguo e si presta alle interpretazioni più svariate che

finiranno per produrre incertezze e instabilità; il che, con ragionevole certezza, finirà per disincentivare gli operatori ad utilizzare tale strumento; secondo una tesi circolante il collegio arbitrale chiamato a decidere secondo equità sarebbe vincolato al rispetto delle norme imperative, ma non alle norme contenute nei contratti collettivi che nella maggior parte dei casi integrano e specificano le norme di legge.

- Dalla disposizione in oggetto, l'unica (in)certezza che viene fuori è che non si capisce fin dove gli arbitri possono spingersi a decidere una controversia anteponendo al giudizio - comunque rispettoso della norma di legge imperativa (tale perché normalmente favorevole al lavoratore considerandosi la finalità di tutela della parte debole un interesse pubblico e generale) - un giudizio ancorato al caso concreto (di tipo equitativo).
 - Il lodo è impugnabile ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c.: ciascuna parte può ricorrere al giudice del lavoro, entro 30 giorni dalla notificazione del lodo, nei casi previsti dall'art. 808 ter (se la convenzione di arbitrato è invalida o gli arbitri si sono pronunciati su conclusioni che esorbitano dai propri limiti; se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale; se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo; se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio). Non più, come in precedenza, per violazione di legge o di contratto collettivo. Si tratta di ipotesi di impugnazione che possono senz'altro ricorrere ma sicuramente marginali rispetto alle usuali ragioni di impugnazione di una decisione che sono normalmente mirate a devolvere ad una altra istanza decisionale l'intera controversia comprensiva di tutte le motivazioni a fondamento del ricorso presentate in prima istanza (comprese le violazioni di legge e di contratto).
 - Il lodo, depositato "nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato", su istanza della parte interessata è dichiarato esecutivo dal giudice, che ne accerta la regolarità formale (art. 412, comma 4).
- 2) L'arbitrato previsto dai contratti collettivi** sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative (**art. 412 ter c.p.c.**). La disciplina di tale forma di arbitrato è rimessa alla contrattazione collettiva (si ritiene, però, che all'arbitrato previsto dalla contrattazione collettiva non si applichino le norme sull'esecutività del lodo e che lo stesso rito, oltre che la composizione del collegio, possa essere regolata dai contratti collettivi). Il rapporto tra l'arbitrato regolato dai contratti collettivi e l'arbitrato irrituale regolato dalla legge di cui al punto successivo non è del tutto chiaro, posto che si intravede, comunque, un inevitabile intreccio tra le rispettive discipline.
- 3) L'arbitrato dinanzi al "collegio di conciliazione e arbitrato irrituale"** istituito su iniziativa delle parti e composto da tre membri: un rappresentante per ciascuna parte e un terzo, con funzioni di presidente, scelto di comune accordo tra professori universitari di materie giuridiche e avvocati ammessi al patrocinio in Cassazione (**art. 412 quater c.p.c.**). Il legislatore del 2010 ha stabilito, per tale forma di arbitrato (alla quale si applicano le disposizioni, sopra richiamate, in materia di impugnabilità ed esecutività del lodo, nonché la possibilità di decidere secondo equità), dettagliate regole procedurali (cfr. l'art. 412 quater, comma 2 e ss.). Il costo di tale procedura è a carico delle parti, le quali dovranno corrispondere il compenso all'arbitro da ciascuna nominato e al presidente (a quest'ultimo nella misura del 2% del valore della controversia indicato in ricorso). In seno al lodo il collegio arbitrale compensa le spese, o condanna al pagamento la parte soccombente, ai sensi degli artt. 91, comma 1, e 92 c.p.c.: *"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"*. L'ultimo comma del nuovo art. 412 quater prevede, a tal proposito, la possibilità che i

contratti collettivi istituiscano un “fondo per il rimborso al lavoratore delle spese per il compenso del presidente del collegio e del proprio arbitro di parte”. Da cui l'intreccio non chiarito tra arbitrato regolato dai contratti collettivi e arbitrato irrituale regolato dalla legge.

- 4) **L'arbitrato presso gli organi di certificazione di cui all'art. 76 d.lgs. 276/2003**, i quali “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” (**art. 31, comma 12, l. 183/2010**). Per tale modalità di arbitrato il legislatore si limita a stabilire che si applicano, in quanto compatibili, il 3° e 4° comma dell'art. 412 c.p.c. e, segnatamente, le norme in tema di impugnabilità ed esecutività del lodo arbitrale. In tal caso la procedura si distinguerebbe dalle altre soltanto per l'organo (la commissione di certificazione) in cui si incardina.

3. LA CLAUSOLA COMPROMISSORIA

Con clausola compromissoria si intende il patto contrattuale attraverso il quale le parti decidono di comune accordo di rimettere eventuali controversie, in atto o future, ad un collegio arbitrale anziché al giudice togato. Proprio in ragione del fatto che in Italia vige il principio del libero accesso alla giustizia, _ libertà tutelata come diritto fondamentale del cittadino (art. 24 Cost.) - e il principio che nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.), è conseguentemente vietato al legislatore di disporre del diritto di azione dei cittadini prefigurando forme di arbitrato obbligatorio. Una tale legge sarebbe incostituzionale. Pertanto la decisione di ricorrere all'arbitrato, anziché al giudice ordinario, per risolvere una controversia insorta o futura, non può essere imposta alla parti dalla legge, ma deve essere il frutto di una libera scelta consacrata in una clausola contrattuale.

Il problema è se tale scelta nei rapporti di lavoro possa essere sostanzialmente, oltre che formalmente, libera in ragione del fatto che sia nel rapporto sia nel processo, le parti si trovano in una situazione di soggettiva disparità, per cui il soggetto forte sarebbe anche in grado di imporre contrattualmente il luogo più conveniente (per lui) di aggiudicazione della controversia insorta (compreso) o futura (per via di una clausola compromissoria).

Orbene, la legge tenta di intervenire in questa delicata materia della libertà di scelta del ricorso o meno all'arbitrato consentendo (secondo alcuni imponendo indirettamente) alle parti di scegliere il ricorso all'arbitrato con una clausola (compromissoria) da inserire nel contratto, al momento della sua stipula o successivamente. Se si parte dal presupposto che il contratto di lavoro – al contrario di altri contratti - non rispecchia un vero equilibrio di potere tra le parti che si trovano in condizioni di fatto sperequate, non può che concludersi che la possibilità ad entrambe di ricorrere a clausole di devoluzione ad arbitri ex ante (ora per il futuro e per tutte le controversie) si potrebbe risolvere, di fatto, in una imposizione unilaterale da parte del datore di lavoro al lavoratore di rinunciare non solo al giudice togato, ma anche alla decisione secondo diritto e non secondo equità.

Questo l'antefatto. Al di là dei diversi organi chiamati a svolgere le funzioni arbitrali, una delle novità più controverse del collegato lavoro riguarda proprio la possibilità di stipulare clausole compromissorie, con cui datore di lavoro e lavoratore pattuiscono che le controversie derivanti dal rapporto di lavoro (con esclusione di quelle relative alla risoluzione del contratto) siano decise da arbitri. Qui si gioca per intero la partita dell'arbitrato come forma di tutela processuale alternativa alla giurisdizione ordinaria.

Sinora, infatti, l'arbitrato ha avuto scarso successo in Italia perché sia i sindacati, sia i singoli lavoratori hanno visto con disfavore questo istituto ritenuto meno affidabile, quanto a contenuto delle decisioni se non alla celerità del rito, rispetto alla giustizia togata e professionale. Si è registrata solo qualche eccezione: i dirigenti, notoriamente, hanno fatto ricorso all'arbitrato più delle altre categorie, probabilmente in ragione della natura prevalentemente economica e non normativa delle controversie che li riguardano (più questioni economiche che di vera e propria tutela normativa, al di là dei casi di licenziamento che invece vedono privilegiata, non a caso anche dai dirigenti, la sede giudiziaria ordinaria).

Ai sensi del comma 10 dell'art. 31 l. 183/2010, in particolare, *“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”*. In (parziale) considerazione dei rilievi espressi dal Presidente della Repubblica, il legislatore impone alcuni vincoli alla stipulazione della clausola compromissoria, in particolare al fine di assicurare che la scelta di devolvere la controversia ad arbitri, e non all'autorità giudiziaria, sia per il lavoratore il frutto di una scelta libera e non di una “pressione” datoriale.

In primo luogo, è possibile stipulare clausole compromissorie *“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”*. Sennonché, il legislatore “by-passa” la necessità di tale previsione (previsione introdotta con finalità di garanzia, seppur minima, dei lavoratori), disponendo che *“In assenza degli 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 convoca le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative, al fine di promuovere l'accordo. In caso di mancata stipulazione [...], entro i sei mesi successivi alla data di convocazione, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con proprio decreto, tenuto conto delle risultanze istruttorie del confronto tra le parti sociali, individua in via sperimentale, fatta salva la possibilità di integrazioni e deroghe derivanti da eventuali successivi accordi interconfederali o contratti collettivi, le modalità di attuazione e di piena operatività delle disposizioni di cui al comma 10”* (art. 31, comma 12).

Occorre, in secondo luogo, che la clausola compromissoria sia certificata dalle commissioni di certificazione di cui all'art 76 d.lgs. 276/2003. Che la certificazione possa essere sufficiente a garantire la scelta libera e consapevole del lavoratore è, tuttavia, fortemente dubbio.

In terzo luogo, il legislatore stabilisce che la clausola compromissoria *“non può essere pattuita e sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto, ovvero se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro”*. Anche tale previsione pare inidonea ad assicurare la genuinità del consenso del lavoratore, il quale, se si trova in una situazione di debolezza al momento della stipula del contratto di lavoro, continua ad esserlo nella fase iniziale del rapporto. Il lavoratore neo-assunto, infatti, difficilmente negherà il proprio consenso alla stipula della clausola compromissoria.

In seguito alle osservazioni del Presidente della Repubblica è stato apportato all'art. 31 comma 10 il correttivo per cui all'arbitrato regolato dal nuovo art. 412 e ss cpc si applica soltanto per *“le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro”* e, dunque, per le controversie nascenti dalla estinzione del rapporto di lavoro. Viene esclusa in tal modo la materia dei licenziamenti e del recesso che non può essere devoluta all'arbitrato, regolato dalle nuove disposizioni ma sottoposta agli organi giurisdizionali ordinari.