

CICLO DI SEMINARI SU "PUBBLICO IMPIEGO PRIVATIZZATO E 'COLLEGATO LAVORO' (L.4.11.2010, N.183)"

Venerdì 25.3.2011

Relazione sul tema:

Ambito e limiti della clausola compromissoria e criteri di definizione dell'arbitrato

SOMMARIO – 1)In generale: le fonti del giudizio arbitrale(compromesso e clausola compromissoria); evoluzione della disciplina positiva dell'arbitrato con particolare riferimento al settore delle controversie di lavoro; 2)La clausola compromissoria nel collegato lavoro:a)il testo originario; b)il messaggio presidenziale di rinvio; c)la formulazione definitiva; d)valutazioni sulla compatibilità della formulazione definitiva con i principi costituzionali; 3)Problematiche relative al ricorso all'equità quale criterio di definizione dell'arbitrato irrituale 4)Accenni al riflesso del giudizio arbitrale sulla tutela previdenziale

Le tematiche relative all'ambito di applicazione della clausola compromissoria nel settore delle controversie di lavoro(come delineato all'art.31, c.10. della l.183 del 2010) e ai criteri di definizione del conseguente giudizio arbitrale costituiscono due tra gli aspetti maggiormente discussi e controversi del testo del "collegato".

Non a caso, entrambi questi aspetti sono stati espressamente richiamati nel messaggio con il quale il Presidente della Repubblica, il 31 marzo 2010, ha rinviato alle Camere il testo originariamente approvato, ai sensi dell'art.74 Cost..

1)IN GENERALE: LE FONTI DEL GIUDIZIO ARBITRALE(COMPROMESSO E CLAUSOLA COMPROMISSORIA): EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA POSITIVA DELL'ARBITRATO CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL SETTORE DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

Il primo aspetto, ovvero quello dell'ambito di estensione della clausola compromissoria, impone una necessaria premessa relativa alla distinzione tra le fonti del giudizio arbitrale, a loro volta rappresentate dal compromesso e dalla clausola compromissoria; in particolare, mediante il compromesso le parti deferiscono al giudizio degli arbitri controversie già insorte tra le stesse, mentre attraverso la clausola compromissoria le parti deferiscono agli arbitri controversie non ancora insorte concernenti un determinato atto o rapporto.

Sul piano della qualificazione nell'ambito delle generali categorie privatistiche, appare prevalente l'opinione che riconduce tanto il compromesso quanto la clausola compromissoria al *genus* contrattuale; in ogni caso, entrambi non possono essere qualificati come atti processuali ma come dei negozi, non danti peraltro vita ad obbligazioni a contenuto patrimoniale, costituendo unicamente il necessario presupposto logico della rinuncia alla giurisdizione ordinaria e della devoluzione al giudizio degli arbitri.¹

Quanto al loro contenuto esso è duplice, riscontrandosi innanzi tutto un accordo tra le parti volto a deferire il giudizio agli arbitri e, contestualmente, un mandato nei confronti degli stessi (sia che siano stati o meno già nominati) inquadrabile sotto la fattispecie della *locatio operis*.

Come è noto, la disciplina generale dell'arbitrato è stata una di quelle sottoposte a maggiori e più frequenti interventi riformatori nell'ambito dell'ultimo ventennio, pure caratterizzato da ripetute riforme del codice di procedura civile attuate mediante la tecnica della novellazione.

Nella disciplina risultante per effetto dell'entrata in vigore del d.lg. 2 febbraio 2006, n.40, tanto per il compromesso (art.807 c.p.c.) quanto per la clausola compromissoria (art.808 c.p.c.) devono intendersi operanti i limiti stabiliti, in via generale, dall'art.806 c.p.c., a propria volta contenente la sola espressa esclusione della deferibilità agli arbitri di controversie relative a diritti indisponibili (con un riferimento espresso, come appresso si vedrà, alle controversie in materia di lavoro); d'altra parte il suddetto d.lg. ha regolato, per la prima volta nel nostro ordinamento processuale, l'istituto dell'arbitrato libero (o

¹ PUNZI, voce *Arbitrato I) Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc.Giur.*, vol II, Roma, 1995

irrituale), espressamente menzionato nell'art.808-ter c.p.c., qualificandone espressamente l'esito quale "determinazione contrattuale".

Per quanto riguarda specificamente l'ambito lavoristico², la l.11 agosto 1973, n.533, aveva regolato la materia negli artt.4 e 5; l'art.4, operando sul testo dell'art.808 c.p.c., aveva previsto la compromettibilità in arbitrato rituale delle controversie di lavoro solo qualora ciò fosse stato contemplato da contratti o accordi collettivi di lavoro e senza pregiudizio della facoltà di adire l'autorità giudiziaria, oltre a stabilire l'impugnabilità del lodo per violazione e falsa applicazione degli accordi medesimi(art.829) sancendo altresì l'espresso divieto di autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità; l'art.5, invece, sottoponeva ai medesimi limiti di ammissibilità la possibilità di dar luogo all'arbitrato libero disponendo altresì che il lodo arbitrale fosse sottoposto allo stesso regime previsto per l'art.2113 c.c.³(previsione, quest'ultima, successivamente espunta dall'art.43 del d.lg. 80 del 1998), nonché l'"invalidità" dello stesso per violazione di disposizioni "inderogabili di legge ovvero di contratti e accordi collettivi" e facendo in ogni caso salva la facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria.

Si trattava di una previsione assolutamente restrittiva che, di fatto, negando il carattere vincolante della clausola compromissoria, escludeva sostanzialmente l'arbitrato(rituale e irrituale) quale possibile modalità di definizione delle controversie, tanto che Gino Giugni aveva espressamente parlato di un intervenuto "massacro" dell'istituto nel diritto del lavoro⁴, anche in considerazione del fatto che, in linea generale il testo dell'art.806 c.p.c., escludeva del tutto l'ammissibilità del compromesso per tali controversie.

Tale espressa previsione, quindi, faceva ritenere la non ammissibilità generale del compromesso e la sola ammissibilità, con i limiti predetti, della clausola compromissoria, sia pure con una soluzione che aveva destato particolari perplessità in dottrina, vista la

² Per una panoramica storica inerente i limiti di ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie di lavoro, anche in relazione al regime antecedente rispetto alla l.533/73, si veda FLAMMIA, voce *Arbitrato III) Arbitrato e conciliazione in materia di lavoro*, in *Enc.Giur.*, vol.II, Roma, 1999

³ Nel testo riformato dall'art.6 della stessa l.533/73, corrispondente a quello tuttora vigente

⁴ Le parole di Giugni sono state spesso richiamate da parte dei commentatori orientati in senso spiccatamente favorevole nei confronti dell'estensione del campo di applicazione dell'arbitrato(si veda VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il 'collegato' 2010*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, 210), ma deve sottolinearsi che, alla base di tale concetto, vi era l'aspirazione alla valorizzazione di forme di conciliazione idonee a ridurre la conflittualità sociale, in un quadro di rapporti di forza assai diverso da quello attuale; va pure ricordato, sul piano storico, che lo sfavore del legislatore per l'arbitrato era anche dovuto alla deludente esperienza dei collegi instaurati in virtù degli accordi interconfederali del 1950 e 1965 in materia di licenziamenti individuali

sicura maggiore "pericolosità" di quest'ultima sotto il profilo della deroga rispetto alla giurisdizione ordinaria⁵.

Il chiaro sfavore dell'ordinamento per l'arbitrato irrituale venne solo parzialmente corretto dal d.lg.31 marzo 1998, n.80, il quale abrogò i cc.2 e 3 dell'art.5 della l.533/73(con il conseguente riferimento al regime previsto dall'art.2113 c.c. in relazione all'impugnabilità della decisione arbitrale, oltre che alla non validità del lodo in caso di violazione di disposizioni inderogabili di legge e di contratti collettivi), introducendo altresì forme di definizione tramite arbitrato irrituale in sede di espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione(e quindi all'esito di compromesso, come previsto dall'art.412-ter c.p.c., introdotto dallo stesso d.lg.80 del 1998⁶, con disposizione aventi quindi carattere speciale rispetto al generale divieto di deferibilità tramite compromesso contenuto nell'art.806 c.p.c., nel testo allora vigente), ma solo nel caso in cui la contrattazione collettiva prevedesse tale facoltà⁷.

Poteva quindi ritenersi che, anche per effetto della riforma del 1998, rimanesse sostanzialmente immutato lo sfavore del legislatore per l'istituto dell'arbitrato nel settore lavoristico; il ricorso all'arbitrato rituale, difatti, era sostanzialmente reso del tutto residuale dalla persistente previsione della facoltà di adire l'autorità giudiziaria.

Analoga considerazione, al di là delle speciali ipotesi introdotte nell'art.412-ter c.p.c., era formulabile per l'arbitrato irrituale, stante il mantenimento in vigore dell'art.5, c.1, della l.533/73, per il quale peraltro non era previsto l'espresso divieto della determinazione secondo equità.⁸

La riforma adottata con il d.lg. 40 del 2006 ha quindi riscritto l'art.808 c.p.c., eliminando ogni riferimento alle controversie di lavoro e prevedendo in via generale, nell'art.806 c.p.c., la compromettibilità in arbitri delle controversie di lavoro solo qualora previsto

⁵ CESTER, "La clausola compromissoria nel Collegato lavoro 2010", in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1/2011, pag.23

⁶ La qualificazione dell'arbitrato previsto dall'art.412-ter c.p.c. come irrituale fu prevista dall'art.19, n.12, d.lg. 29 ottobre 1998, n.387; Il successivo art.412-quater c.p.c. stabiliva l'impugnabilità del relativo lodo solo per violazione di disposizioni inderogabili di legge e difetto "assoluto" di motivazione, disposizione poi eliminata dall'art.19, c.14, del d.lg. 29 ottobre 1998, n.387, cit.; anche per effetto dell'eliminazione di tale ultimo inciso, doveva sottolinearsi che il lodo arbitrale irrituale era da considerarsi sottoposto ad un regime di stabilità maggiore rispetto a quello del lodo rituale(Cass.23 febbraio 2006, n.4025)

⁷ La giurisprudenza di legittimità ha comunque ritenuto che le disposizioni previste dagli artt.412-ter e 412-quater c.p.c., con particolare riferimento al regime di impugnabilità del lodo, fossero da considerare applicabili a tutte le ipotesi di arbitrato irrituale, anche qualora previste dalla legge(Cass.2 febbraio 2009, n.2576)

⁸ Discusso in dottrina era se il regime previsto dall'art.808 c.p.c. fosse applicabile anche all'arbitrato irrituale

dalla legge o da contratti collettivi(senza alcuna indicazione vincolante in ordine al relativo livello di contrattazione); scompariva altresì il riferimento al divieto di decisione secondo equità, peraltro desumibile dal novellato testo dell'art.829 c.p.c., stabilente l'impugnabilità del loro pronunciato nelle materie previste dall'art.409 c.p.c. tanto per violazione delle regole di diritto che degli accordi o contratti collettivi(con conseguente disciplina derogatoria rispetto al disposto generale dell'art.822 c.p.c. in ordine ai criteri di definizione dell'arbitrato rituale).

Quanto all'arbitrato irrituale, la disciplina del 2006(che per la prima volta, come detto, ha previsto l'istituto qualificandone espressamente l'atto definitorio sotto il profilo contrattuale, senza menzione espressa di criteri inderogabili di definizione ai fini della validità del lodo che non fossero quelli "imposti" dalle parti) non ha innovato la disciplina introdotta nel 1998 che ne prevedeva, come detto, l'esperibilità come prosecuzione della fase conciliativa mentre rimaneva peraltro immutata e vigente la disciplina prevista dall'art.5, c.1, della l.533/73, con la conseguente ammissibilità dell'arbitrato libero nei casi previsti dalla legge e con salvezza della facoltà di adire comunque l'autorità giudiziaria.

2)LA CLAUSOLA COMPROMISSORIA NEL COLLEGATO LAVORO: a)il testo originario; b)il messaggio presidenziale di rinvio; c)la formulazione definitiva; d)valutazioni sulla compatibilità della formulazione definitiva con i principi costituzionali

A) Tutte le innovazioni in materia di arbitrato introdotte dal "collegato" si trovano contenute nel corpo dell'art.31 il quale, nel testo originariamente approvato il 3.3.2010, al c.9 così ha disposto in ordine al tema specifico della clausola compromissoria:

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.

Il legislatore aveva quindi deciso, con una tecnica che appare sul punto decisamente opinabile, di non intervenire sul testo delle disposizioni del codice di rito regolanti l'arbitrato (come invece disposto in ordine alle norme regolatrici del tentativo di conciliazione e alla relative modalità di risoluzione della controversia in tale fase stragiudiziale, inserite nel capo riguardante le controversie di lavoro) ma di operare con disposizioni a carattere speciale.

Il testo dell'originario c.9 quindi, prevedeva la possibilità di concludere clausole compromissorie facenti rinvio alle modalità di espletamento previste dagli artt.412 e 412-quater, come riformati dai commi precedenti, dettanti modalità di definizione dell'arbitrato(nel caso dell'art.412 c.p.c. a seguito della proposizione del tentativo di conciliazione) sia pure in conformità alle previsioni autorizzative degli accordi collettivi, stabilendo peraltro una facoltà di supplenza dell'autorità amministrativa in caso di mancata regolamentazione in sede sindacale.

Tanto l'art.412 c.p.c. che l'art.412-quater c.p.c., già nel testo originario, prevedevano delle tipologie di arbitrato sicuramente qualificabili come irrituali, stante l'espressa qualificazione della natura contrattuale della determinazione arbitrale⁹.

B) Proprio il c.9 fu uno dei punti fatto espresso oggetto del messaggio di rinvio alle Camere redatto dal Presidente della Repubblica il 31 marzo 2010 il quale, in modo esplicito, censurò (in relazione al disposto dell'art.24 Cost.) la previsione della facoltà di deferire la controversia agli arbitri, *"non solo in costanza di rapporto allorché insorga la*

⁹ Sia nel testo originario che nel testo definitivo, l'art.412 c.p.c. prevede la definibilità mediante arbitrato irrituale di una controversia per la quale fosse stato proposto il tentativo di conciliazione(reso facoltativo se non per controversie inerenti i contratti "certificati") mentre l'art.412-quater c.p.c. autorizza genericamente la deferibilità di ogni controversia al collegio arbitrale ma sempre, deve ritenersi, a seguito della proposizione del tentativo di conciliazione; l'art.412-ter c.p.c. fa invece generico rinvio alle altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva

controversia, ma anche nel momento della stipulazione del contratto, attraverso l'inserimento di apposita clausola compromissoria", sul punto, si osservava nel messaggio di rinvio che "la fase della costituzione del rapporto è infatti il momento nel quale massima è la condizione di debolezza della parte che offre la prestazione di lavoro".

Il messaggio presidenziale sottolineava quindi le perplessità in ordine sia all'ammissibilità di una clausola compromissoria stipulata al momento della conclusione del contratto di lavoro subordinato; d'altra parte, come sottolineato immediatamente dai commentatori (e come rilevato, sia pure in modo incidentale, anche dal Capo dello Stato), l'ambito potenziale della clausola compromissoria si estendeva a tutti gli aspetti relativi al rapporto di lavoro, ivi comprese le controversie relative alla risoluzione del rapporto; ne conseguiva, quindi, che la facoltà di deferire agli arbitri la facoltà di decidere secondo equità poteva potenzialmente scardinare il regime di tutela previsto in materia di licenziamenti individuali (con particolare riferimento a quella di tipo reale prevista dall'art.18 dello Statuto dei Lavoratori)¹⁰.

D'altra parte, il messaggio presidenziale sottolineava in modo esplicito il carattere generico della disciplina inerente il meccanismo surrogatorio affidato, in assenza di pattuizioni collettive, al Ministro del lavoro e il pericolo che tale intervento potesse dare luogo ad un vero e proprio meccanismo di delegificazione, senza neanche le garanzie apprestate dalla disciplina generale contenuta nell'art.17, c.2, della l.400 del 1988.

C) Va quindi rilevato che i rilievi contenuti nel messaggio presidenziale hanno trovato solo parziale accoglimento nel testo licenziato definitivamente dalle camere, il cui c.10 stabilisce che:

10. 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 rinviando 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

¹⁰ Sul punto, deve ricordarsi che l'11.3.2010 le principali organizzazioni sindacali (datoriali e dei lavoratori) avevano espresso una dichiarazione comune in cui si erano impegnate a non inserire tra le controversie oggetto della clausola compromissoria quelle relative alla risoluzione del rapporto di lavoro e analogo impegno aveva espresso il Ministro del Lavoro in ordine agli atti di sua competenza

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, all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria, la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro. 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, in tutti gli altri casi. La clausola compromissoria non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro. Davanti alle commissioni di certificazione le parti possono farsi assistere da un legale di loro fiducia o da un rappresentante dell'organizzazione sindacale o professionale a cui abbiano conferito mandato.

Il successivo c.11 prevede altresì che

11. In assenza degli accordi interconfederali o contratti collettivi di cui al primo periodo del comma 10, 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 dell'accordo di cui al periodo precedente, 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.

Come si vede, il testo definitivo dei cc.10 e 11(in cui era stato suddiviso il contenuto del precedente c.9) si limitava ad accogliere(e solo parzialmente) il punto relativo al momento di ammissibilità della sottoscrizione della clausola oltre che quello relativo all'ambito oggettivo delle controversie preventivamente deferibili agli arbitri, prevedendo altresì a dettare disposizioni più puntuali in ordine alle modalità dell'intervento ministeriale sostitutivo.

Difatti, il testo definitivo prevede che la clausola stessa possa essere conclusa non antecedentemente alla conclusione del periodo di prova o comunque prima di 30 giorni dalla conclusione del contratto, implicitamente sanzionando con la nullità(per violazione di norme imperative) la clausola stipulata antecedentemente a tale momento.

In realtà, come visto, il senso del rilievo presidenziale non risiedeva tanto nell'invito a predisporre precisi sbarramenti temporali quanto nel sottolineare la non opportunità di prevedere clausole compromissorie aventi il significato di una rinuncia permanente alla giurisdizione.(anche considerando che, attraverso l'implicita abrogazione dell'art.5, c.1, l.533/73, veniva espunta dall'ordinamento la riserva della facoltà di adire in ogni caso l'autorità giudiziaria anche in presenza di una clausola di arbitrato irrituale).

Proprio in tale ottica, va rilevato come la previsione di uno sbarramento temporale, peraltro assai limitato, non vale certo ad attribuire al prestatore di lavoro una forza contrattuale di rango superiore rispetto a quella assunta al momento della conclusione del contratto¹¹.

La mitigazione della pericolosità della previsione, nell'intenzione del legislatore, era quindi stata affidata, sin dal testo originariamente approvato, al meccanismo della certificazione della clausola compromissoria, affidata agli organismi previsti dall'art.76 del d.lg. 276 del 2003, aventi in questo caso il compito di valutare la "effettiva volontà" delle parti di compromettere in arbitri le controversie nascenti dal contratto; competenza che si aggiungeva a quelle prevista, in via generale, dagli artt.77-79 dello stesso d.lg..

Sul punto relativo alla valenza da attribuire all'atto emesso dall'organismo di certificazione che, come è noto, hanno rappresentato uno dei cardini della riforma Biagi, sono state formulate diverse soluzioni dottrinali.

In sintesi, all'atto emesso dalle commissioni di certificazione deve essere attribuita natura di atto amministrativo dichiarativo(l'art.6 del d.m. 21 luglio 2004 lo qualifica, impropriamente come "provvedimento"), inquadrabile nella sottocategoria delle certazioni, se si ritiene che la stessa crei una qualità giuridica prima non esistente in relazione al contratto ovvero in quella degli accertamenti in senso stretto, se si ritiene che l'atto si limiti a valutare l'esatta qualificazione del contratto sulla base dei comuni criteri interpretativi attribuendogli(e non creandola) la relativa qualificazione giuridica¹².

¹¹ Può anzi sottolinearsi che il momento di conclusione del periodo di prova costituisce forse il momento di minore forza contrattuale del lavoratore, potendo la sua mancata conferma essere disposta in sostanziale carenza di motivazione e con un regime probatorio, in ordine all'eventuale sussistenza di un motivo illecito, particolarmente sfavorevole per il prestatore: quindi, appare certo difficile ipotizzare che al termine del periodo di prova e prima dell'assunzione definitiva il lavoratore disponga di una forza contrattuale tale da poter rifiutare la sottoscrizione della clausola

¹² Peraltro di "accertamento" parla espressamente il testo dell'art.79, c.1, del d.lg. 276 del 2003; sulla distinzione tra atti di accertamento e atti di certazione, si veda GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, pag.916 e segg.

Nell'ambito della clausola compromissoria, sostanzialmente, il compito dell'organismo di certificazione sarebbe quello di accertare, oltre alla conformità della stessa rispetto alla disciplina sostanziale, anche l'assenza di vizi del consenso, fermo restando che non rimane preclusa l'impugnazione del contratto certificato sotto tale profilo (eventualmente in sede pregiudiziale rispetto alla proposizione di una domanda giudiziale nell'ambito delle materie previste dall'art.409 c.p.c.), anche in relazione al disposto dell'art.80 del d.lg. 276 del 2003, che pure limita la facoltà di impugnazione dell'atto di certificazione¹³ in ordine ai soli profili attinenti l'esatta "qualificazione" del contratto ovvero in ordine alla difformità tra programma negoziale certificato e programma attuato in via di fatto.

In linea generale, l'istituto della certificazione, nato con l'espresso intento di ridurre il contenzioso nella materia lavoristica (ex art.5 della relativa legge delega 30 del 2003, intento ribadito nell'art.75 del d.lg.) non ha certo dato risposte adeguate alla volontà espressa dal legislatore; difatti, le controversie lavoristiche, come noto all'operatore, non nascono certo da difficoltà di qualificazione del rapporto ma proprio dalla difformità tra la volontà consacrata nel contratto e svolgimento effettivo del rapporto medesimo¹⁴.

In relazione al profilo specifico relativo alla clausola compromissoria, appare pure abbastanza evidente che la garanzia della certificazione della clausola si manifesta assai labile, anche perché non si vede quali siano gli strumenti di cui, in via di fatto (anche in relazione alla mancata previsione di poteri di carattere istruttorio) gli organismi possano avvalersi al fine di valutare l'assenza di quelli che sono i vizi del consenso previsti dalle disposizioni codicistiche.¹⁵

In relazione alle controversie potenzialmente compromettibili in arbitri, il testo definitivo è peraltro intervenuto su quello che aveva rappresentato il punto forse più discusso della formulazione originaria, in ordine allo specifico aspetto dell'impossibilità di deferire agli arbitri tutte le questioni inerenti la risoluzione del rapporto.

¹³ Ma in realtà la dottrina ritiene concordemente che l'impugnazione riguardi il contratto certificato e non l'atto di certificazione

¹⁴ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle ricorrenti controversie riguardanti la corrispondenza del rapporto rispetto a un contratto di prestazione a progetto e, in genere, a tutti i giudizi inerenti il c.d. lavoro irregolare

¹⁵ Il d.m. 21 luglio 2004 prevede che gli organismi di certificazione abbiano unicamente la facoltà di esaminare la documentazione presentata e di disporre eventuali modifiche e integrazioni del contratto (art.3) oltre che di sentire personalmente le parti (art.5)

Sembra quindi opportuno conferire a tale richiamo, al solito non impeccabile sotto il profilo della chiarezza, un significato particolarmente ampio in modo da coinvolgere tutte le causali di risoluzione del rapporto e tutte le situazioni giuridiche soggettive ad essa in qualche modo conseguenti.

Pertanto, scontata l'esclusione delle questioni inerenti la legittimità del licenziamento, dovranno ritenersi non deferibili agli arbitri tutte le questioni conseguenti alla validità della clausola appositiva del termine nonché alla validità delle dimissioni in rapporto alla normativa generale e alle discipline settoriali; sicuramente vanno anche escluse dall'ambito di estensione della clausola pure le controversie coinvolgenti i soci lavoratori di cooperative (anche in relazione alle conseguenze sul rapporto di lavoro dalla cessazione del rapporto sociale).

Più incerta sembra la disciplina applicabile a controversie che tendano ad accertare la permanenza del rapporto, sia pure in capo a soggetto diverso rispetto all'originario stipulante (si pensi alle ipotesi di somministrazione irregolare ovvero alle controversie relative alla validità del trasferimento d'azienda) così come quelle relative al trattamento di fine rapporto, quando non si controverta in ordine ai soli criteri di quantificazione dello stesso ma sull'accertamento dell'incidenza di voci retributive non riconosciute nel corso del rapporto.

Quanto alle condizioni di ammissibilità, la disposizione prevede comunque che la conclusione della clausola compromissoria sia consentita solo qualora prevista dalla contrattazione collettiva coinvolgente le organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; la disposizione, quindi, non fa riferimento ad alcun livello di minimo contrattazione pur affidando espressamente la legittimazione alle associazioni più rappresentative "sul piano nazionale", evitando quindi qualsiasi riferimento all'eventuale valenza della conclusioni di contratti applicati nell'unità produttiva¹⁶.

Pertanto, appare tuttora di difficile inquadramento, anche nella formulazione definitiva, l'ambito dell'intervento "sostitutivo" ministeriale previsto nel c.11 dell'art.31(c.9 del testo

¹⁶ Come previsto in varie disposizioni attualmente regolanti la materia delle rappresentanze sindacali

originario, pure esso oggetto di rilievo nel messaggio presidenziale e che non prevedeva, in tale fase, alcuna audizione dei sindacati).

In base al testo del c.11 appare abbastanza evidente che, in assenza di una pattuizione collettiva, il Ministro viene abilitato a regolamentare, con un atto amministrativo generale, le ipotesi e le modalità di espletamento dell'arbitrato, per quanto non espressamente previsto dal c.10 e dalle disposizioni ivi richiamate anche, se rispetto al testo originariamente licenziato, si prevede che, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, l'organo politico possa convocare le parti sociali al fine di promuoverne la conclusione entro il termine di un ulteriore anno.

Il meccanismo surrogatorio, va detto, appare di difficile inquadramento anche in forza di una tecnica legislativa abbastanza approssimativa.

Sembra comunque ragionevole ipotizzare che, in assenza di regolamentazione collettiva e del successivo intervento ministeriale, sia inibita la conclusione di clausole compromissorie; peraltro, la disposizione evita di qualificare sul piano della gerarchia delle fonti l'atto del ministro, cui peraltro non sembra non potersi riconoscere natura regolamentare.¹⁷

Ma, in particolare, sembrano risultare incerti i confini di esercizio del potere sostitutivo; innanzi tutto, non essendo neanche previsto (come detto) il rinvio ad un determinato livello di contrattazione, né sul piano categoriale e né su quello territoriale, la lettera della legge sembra autorizzare il Ministro, in assenza di un accordo di tipo interconfederale, ad intervenire in qualsiasi settore, anche in ambiti territorialmente determinati, in cui non sia intervenuta una pattuizione collettiva applicabile; ma il tenore del testo sembra attribuire uno spazio all'intervento sostitutivo anche in quei casi in cui l'autonomia collettiva nulla abbia stabilito sull'ambito di operatività della clausola ovvero abbia lasciato ambiti non regolamentati.

D'altra parte, risultano del tutto sfumati i limiti di interventi sul piano del contenuto del decreto ministeriale, individuati genericamente dalla legge nelle modalità di attuazione e nell'esigenza di garantire la piena operatività del disposto del c.10.

¹⁷ In linea di principio, l'atto amministrativo generale è quello che produce effetti per una pluralità indeterminata di destinatari regolando peraltro situazioni puntuali e concrete

Sembra pertanto che, assodato che i criteri di definizione dell'arbitrato lasciano aperto il ricorso all'equità(su cui *infra*), il decreto ministeriale sia abilitato sostanzialmente ad individuare gli organismi concretamente deputati alla procedura e le sue modalità di costituzione.

Del tutto incomprensibile, poi, il riferimento al carattere "sperimentale" del provvedimento(che ovviamente non ne implica alcuna differenziazione sul piano della resistenza in relazione ai principi di gerarchia delle fonti), a meno che lo stesso non si intenda come un vincolo a recepire comunque le risultanze del confronto con le parti sociali e a disporre le integrazioni e revoche determinati dagli accordi successivi.

Tale ultimo inciso, d'altra parte, rende evidente che anche eventuali accordi successivi allo spirare dei termini e all'intervento sostitutivo non determinino alcuna riespansione della competenza originariamente attribuita all'autonomia collettiva, che avrà valore solo qualora ulteriormente recepita dal decreto ministeriale¹⁸.

D)Così riassunti gli aspetti fondamentali della disciplina rimane quindi da valutare se la normativa licenziata definitivamente dal Parlamento sia da considerarsi comunque corrispondente al sistema sul piano della tenuta costituzionale.

A tale proposito, come sottolineato nel messaggio presidenziale di rinvio, la giurisprudenza della Consulta ha più volte dichiarato l'illegittimità di disposizioni prevedenti ipotesi di arbitrato obbligatorio, ritenendo che solo la volontà concorde delle parti(unita al dato della disponibilità del diritto) possa consentire deroghe al principio della tutela giurisdizionale desumibile dal combinato degli artt.24 e 102 della Costituzione¹⁹; proprio in relazione a tale aspetto, il messaggio presidenziale adombrava la non sufficiente garanzia in ordine all'effettiva "volontarietà" di una rinuncia alla giurisdizione operata, una volta per tutte, al momento dell'assunzione, tra parti

¹⁸ Va incidentalmente rilevato che rimane comunque fatta salva la possibilità di fare ricorso ad una clausola compromissoria che introduca un arbitrato di carattere rituale, per i quali rimangono fermi i limiti generali previsti dagli artt.808 e 829 c.p.c.; in linea generale, quindi, non può ritenersi(come pure adombra qualche commentatore, cfr.CESTER, *La clausola compromissoria nel 'collegato lavoro' 2010*, cit.) che, attesi i limiti previsti dalle norme del codice di rito in ordine alla persistente riserva in favore della contrattazione collettiva e dell'impugnabilità del lodo anche per violazione di regole di diritto, non sia concepibile una clausola compromissoria che deferisca a un arbitrato rituale materie ora sottratte a quello irrituale e, in particolare, quelle relative alla risoluzione del rapporto.

¹⁹ Principio enunciato sin dalla sentenza 127 del 1977 e poi ribadito in pronunce quali quelle aventi nn.448/91, 381/97 e 221/05

evidentemente non dotate di pari forza economica e contrattuale, sottolineando espressamente che non appariva affatto sufficiente la garanzia apprestata dall'intervento degli organi di certificazione²⁰.

Va quindi rilevato che le modifiche apportate all'esito del rinvio non appaiono, di per sé, né sufficienti né rassicuranti; come detto, la previsione di un limite temporale per l'ammissibilità della conclusione della clausola non appare idonea a garantire al lavoratore una forza contrattuale equivalente né i poteri degli organismi di certificazione appaiono sicuramente adeguati al fine di valutare i reali rapporti di forza sottesi all'assetto di interessi formalizzato nel contratto mentre nemmeno può ritenersi rassicurante, sotto tale profilo, la facoltà di farsi assistere da un legale di fiducia o da un rappresentante sindacale (non trattandosi di garanzia prevista a pena di nullità o annullabilità della clausola).

D'altra parte, sicuramente non contribuisce a dissipare i dubbi di tenuta sul piano costituzionale la previsione di un meccanismo surrogatorio potenzialmente idoneo ad elidere l'autonomia collettiva in relazione alle modalità di espletamento del giudizio arbitrale.

Unico rimedio astrattamente idoneo a garantire la tenuta costituzionale della normativa sarebbe stato quello di prevedere una nuova e necessaria manifestazione di volontà da parte del lavoratore al momento dell'insorgere concreto della lite²¹, oltre che la facoltà di recesso unilaterale dalla clausola.

Rimangono quindi riscontrabili, anche nella formulazione definitiva, forti dubbi di legittimità in ordine a una disciplina che, oltre a disincentivare il ricorso alle forme ordinarie di tutela giurisdizionale, si presenta sicuramente idonea a indebolire le garanzie apprestate al lavoratore del complesso delle disposizioni sostanziali vigenti, il tutto in contrasto con le disposizioni della Carta fondamentale che tutelano il lavoro oltre che con il principio di eguaglianza sostanziale dettato dall'art.3, c.2²².

²⁰ Di cui il messaggio sottolineava, con espressione significativa, la "difficoltà di acclimatamento dell'istituto"

²¹ Era questo il contenuto dell'emendamento presentato dall'ex ministro Damiano e originariamente approvato dalla Camera il 28 aprile 2010

²² In questa sede, basti solo ricordare che la disposizione contenuta nell'art.3, c.2, Cost., pur se comunemente ritenuta di natura programmatica, ben può costituire parametro di legittimità sotto il profilo della ragionevolezza; va anche ricordato che il messaggio presidenziale faceva espresso riferimento alla necessità di garantire adeguati meccanismi di tutela del "contraente debole"

3)PROBLEMATICHE RELATIVE AL RICORSO ALL'EQUITA' QUALE CRITERIO DI DEFINIZIONE DELL'ARBITRATO IRRITUALE

Infine, deve evidentemente essere affrontata la tematica relativa ai criteri giuridici di definizione dell'arbitrato svolto in seguito alla conclusione della clausola compromissoria essendo come detto pacifico, in virtù del rinvio agli artt.412 e 412-quater c.p.c., che si tratti di arbitrato irrituale e che, come detto, deve ritenersi implicitamente abrogato(ex art.15 delle preleggi) il disposto dell'art.5, c.1, l.533/73 in ordine alla facoltà di adire comunque l'autorità giudiziaria; difatti, in entrambi i predetti articoli, viene stabilita(tanto nel testo originario che in quello definitivo) la facoltà di consentire agli arbitri la decisione secondo equità.

Tale problematica involge, in particolare, quella relativa al ricorso all'equità quale criterio di definizione del giudizio arbitrale.

Il rinvio alle "modalità di espletamento" previste dai suddetti articoli può essere inteso come una generica autorizzazione a consentire una decisione secondo equità; peraltro, come sottolineato nei commenti, il rinvio può anche determinare qualche problema interpretativo, visto che l'art.412 c.p.c. prevede che il mandato conferito agli arbitri(coincidenti con la commissione di conciliazione istituita presso la Direzione provinciale del lavoro) , espresso nel corso della fase conciliativa stragiudiziale, debba indicare la concorde intenzione delle parti di autorizzare la decisione secondo equità, mentre l'art.412-quater demanda tale richiesta alla sola volontà della parte ricorrente²³.

Sembra preferibile la soluzione interpretativa che autorizza, in ogni caso, la decisione secondo equità e che il rinvio al disposto dell'art.412-quater, attesa la potenziale inconciliabilità delle due disposizioni, debba essere inteso come riferito alle puntuali modalità procedurali ivi previste.

²³ Tale rinvio deve pure essere interpretato nel senso di escludere le modalità di definizione dettate tanto dall'art.412-ter oltre che la competenza delle camere arbitrali istituite dagli organismi di certificazione, ai sensi dell'art.31, c.12 del collegato

Sicuramente più garantistica sembra peraltro la soluzione, accolta dai primi commentatori²⁴, secondo la quale il rinvio a tali disposizioni comporterebbe anche la necessità di una puntuale manifestazione, ad opera delle parti, della volontà di autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità al momento del concreto insorgere della controversia²⁵.

D'altra parte, va evidentemente sottolineato che il rinvio ai criteri di equità ben potrà essere previsto in via generale, oltre che dalla fonte collettiva, anche dalla clausola compromissoria certificata posta a monte.

Ma il profilo evidentemente più critico sta proprio nell'esatto ambito di delimitazione del criterio dell'equità e quindi sulle modalità di definizione dell'arbitrato irrituale.

Va rilevato, in particolare, che il testo originariamente approvato dalle Camere prevedeva che l'arbitrato irrituale previsto tanto dall'art.412 che dall'art.412-quater c.p.c. potesse essere definito secondo equità con il rispetto del solo limite dei "*principi generali dell'ordinamento*".

Sotto tale profilo, il messaggio presidenziale di rinvio rilevava che tale formulazione non poteva non destare seri motivi di "perplexità", in quanto:

nell'arbitrato di equità la controversia può essere risolta in deroga alle disposizioni di legge: si incide in tal modo sulla stessa disciplina sostanziale del rapporto di lavoro, rendendola estremamente flessibile anche al livello del rapporto individuale. Né può costituire garanzia sufficiente il generico richiamo del rispetto dei principi generali dell'ordinamento, che non appare come tale idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi di diritti indisponibili, al di là di quelli costituzionalmente garantiti; e comunque un aspetto così delicato non può essere affidato a contrastanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, suscettibili di alimentare contenziosi che la legge si propone invece di evitare.

Il contenuto e il senso del rilievo presidenziale hanno quindi trovato recepimento in seno al testo definitivo il quale, tanto nel corpo del rinnovato art.412 c.p.c. che in quello dell'art.412-quater c.p.c., stabilisce che il ricorso all'equità può essere consentito non solo

²⁴ Tra essi CESTER, *La clausola compromissoria nel Collegato lavoro 2010*, cit.

²⁵ Peraltro, il rinvio tanto all'art.412 che all'art.412-quater pone, accogliendo tale soluzione, ulteriori problemi interpretativi potendosi ritenere che le modalità di definizione con rinvio alla prima disposizione citata implicino necessariamente che la clausola compromissoria preveda l'espletamento del tentativo di conciliazione ivi regolato

nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento ma anche dei "*principi regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari*".

Tanto premesso, devono essere formulate alcune osservazioni di tipo generale in relazione ad una tematica (di ampiezza tale da non poter essere ovviamente riassumibile in questa sede) come quella relativa al ruolo dell'equità nell'ambito del giudizio civile e, in particolare, nella giustizia del lavoro.

Sotto il profilo sostanziale, il ruolo dell'equità può assumere rilevanza sia in sede di interpretazione del contratto(art.1371 c.c.) che nell'ambito della definizione del suo contenuto, tanto in linea generale(ai sensi dell'art.1374 c.c.) quanto in relazione a specifiche disposizioni di rinvio.

Proprio in senso integrativo, il ricorso all'equità assume particolare rilevanza nell'ambito del diritto del lavoro: basti pensare all'ampissima problematica relativa alla determinazione giudiziale dell'equa retribuzione, in relazione ai poteri conferiti al giudice ai sensi dell'art.2099 c.c.(in cui il criterio dell'equità pure non viene espressamente richiamato), ovvero agli altri specifici rinvii operati in ambiti come quello della determinazione del periodo massimo di compenso ovvero dell'indennità dovuta in caso di infortunio o malattia in mancanza di determinazione da parte di fonti primarie o collettive.

Proprio nell'ambito del diritto del lavoro, la positivizzazione del ricorso all'equità in specifici ambiti, unita all'ampio utilizzo delle clausole generali di correttezza e buona fede e di concetti legislativamente indeterminati (come quelli relativi alle causali idonee a giustificare il recesso individuale) hanno posto da sempre la dottrina a fronte del problema di individuare precisi punti di riferimento per l'esercizio del potere giudiziale, al fine di evitare quello che è stato definito un approccio "ideologico" all'amministrazione della giustizia del lavoro²⁶.

Deve però rilevarsi che, nel caso che qui ci interessa, non si controverte in ordine all'equità di tipo interpretativo o integrativo, ma a quella di tipo "sostitutivo", in cui cioè al giudice è demandato il potere di decidere mediante tale criterio pure nell'ambito di rapporti giuridici che trovano piena regolamentazione nell'ambito della disciplina

²⁶ Per una panoramica sul risalente dibattito dottrinario su questo aspetto, si veda PICCININI, voce *Equità*, IV) *Diritto del lavoro*, in *Enc.Giur*, vol.XII, Roma, 1996

positiva e che costituisce comunque un *posterius* logico rispetto all'utilizzo del criterio di integrazione equitativa²⁷.

Nel nostro ordinamento, tale giudizio era originariamente previsto (come "necessario") di fronte all'abolita figura del giudice conciliatore (art.113 c.p.c.) oltre che per i giudizi attinenti genericamente diritti disponibili, previa concorde richiesta delle parti (art.114 c.p.c.).

Va ricordato che il testo dell'art.113 c.p.c. prevedeva originariamente il rispetto dei "principi regolatori della materia" e che tale inciso era stato soppresso dall'art.3 della l.389/84; la giurisprudenza di legittimità, riguardo alla previgente formulazione della norma, era giunta alla conclusione che il limite rappresentato dall'osservanza dei principi regolatori della materia costituisse una sufficiente garanzia affinché la sentenza di equità non contraddicesse l'ordinamento ed i suoi principi generali, né confliggesse con l'esigenza di una tutela giurisdizionale dei diritti delle parti, secondo una regola di legge che fosse comunque controllabile in sede di giudizio di legittimità (così, testualmente, le Sezioni unite nella sentenza 15 giugno 1991, n. 6794).

A seguito dell'eliminazione del predetto inciso ad opera dell'art.3 cit., la giurisprudenza aveva comunque ritenuto che fosse rimasto fermo il limite del rispetto delle disposizioni costituzionali e di quelle comunitarie (Cass.SS.UU. 716/99).

A modificare tale quadro normativo era quindi intervenuta la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n.206 che, nell'ambito del giudizio ora deferito al giudice di pace aveva dichiarato la disposizione prevista nel c.1 dell'art.113 c.p.c. come costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevedeva che il giudice dovesse necessariamente osservare anche i principi "informativi" della materia; in particolare, la Consulta rilevava come, diversamente intesa, l'equità avrebbe assunto una configurazione di criterio quasi contrapposto alla legge anziché rivestire la funzione "*di individuare l'eventuale regola di giudizio non scritta che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla*

²⁷ Sorprende quindi che anche autorevoli commentatori (si veda, per esempio, VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro; il 'collegato' 2010*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, pag.210 e segg., peraltro redatto dopo l'originaria approvazione da parte delle Camere) abbiano ritenuto coerente con il sistema l'estensione di un arbitrato di equità in relazione all'ampio potere discrezionale riservato al giudice dalla legislazione sostanziale, in tal modo operando un'impropria sovrapposizione tra il piano dell'equità integrativo e quello dell'equità sostitutiva

stregua tuttavia dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva: principi che non potrebbero essere posti in discussione dal giudicante, pena lo sconfinamento nell'arbitrio, attraverso una contrapposizione con le proprie categorie soggettive di equità e ragionevolezza”.

Tale assunto è stato peraltro pure tenuto presente dal legislatore che, nell'ambito del d.lg. 40 del 2006, ha espressamente stabilito che le sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità siano impugnabili in Cassazione anche per violazione dei “principi regolatori della materia”(art.339 c.p.c. nuovo testo).

Deve rilevarsi come non sussista piena corrispondenza tra il concetto di principio “informatore” , richiamato dalla Consulta nella sentenza del 2004 e quello di principio “regolatore” richiamato nel precedente testo dell’art.113 c.p.c. oltre che nel vigente art.339 c.p.c.; sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che i principi “informativi” siano quelli preesistenti alla regola dettata dal legislatore mentre quelli “regolatori” siano i principi positivizzati nel complesso delle disposizioni disciplinanti una determinata materia ²⁸.

I criteri desumibili dal *corpus* di disposizioni positive e dai principi dettati dal giudice delle leggi inducevano quindi a ritenere che l’equità sostitutiva dovesse essere contenuta nell’ambito di limiti ben determinati.

In relazione specifica al giudizio arbitrale, come definito dopo il d.lg. 40 del 2006, se alcuna questione si poneva nell’ambito dell’arbitrato rituale(come si è visto, comunque sottoposto ad impugnazione per violazione delle regole di diritto, nelle materie lavoristiche, ai sensi dell’art.829 c.p.c.), non poteva ravvisarsi analogo limite nell’ambito della definizione dell’arbitrato irrituale, sia in considerazione dell’espressa natura “contrattuale” del lodo prevista dall’art.808-ter c.p.c. sia del mancato richiamo ai criteri di definizione del giudizio tra le potenziali causali di nullità del lodo.

Fatta questa premessa, appare quindi evidente come la precedente formulazione del testo del collegato, attraverso il rinvio ai soli “principi generali dell’ordinamento” si ponesse in evidente contrasto con il suddetto *corpus* di principi in materia dei limiti posti all’equità sostitutiva nel giudizio civile ma anche come, attesa la sua limitazione all’arbitrato irrituale, non si ponesse, di per sé, un problema di legittimità della disposizione sotto la

²⁸ In tale senso Cass.11.1.2005, n.382, Cass.30 maggio 2007, n.12691 e Cass.22 aprile 2009, n.9534

violazione del principio di uguaglianza rispetto ai principi posti nell'esercizio della giurisdizione(lasciando ovviamente intatti i profili in ordine alla valutazione della ragionevolezza della disposizione).

Peraltro, la formulazione conclusiva della disposizione riconduce la definizione del giudizio arbitrale secondo equità a limiti sostanzialmente coincidenti con quelli generali posti all'equità sostitutiva; difatti, il legislatore recepisce espressamente il rinvio ai principi regolatori della materia(concetto che, in base alla distinzione operata dalla giurisprudenza di legittimità, finisce per essere più determinato e ristretto rispetto a quello di principi informatori) oltre che, con formulazione peraltro ultronea, a quelli dettati dalla normativa comunitaria, automaticamente operanti in virtù del carattere di primazia del diritto dell'Unione Europea.

Può quindi sicuramente concludersi che, nella decisione secondo equità, agli arbitri residui un potere discrezionale alquanto ristretto in quanto il rispetto dei principi regolatori inibisce loro la disapplicazione di disposizioni inderogabili e comunque tali da concretizzare principi desumibili dalle disposizioni positive.

Nell'ambito del giudizio instaurato in virtù della clausola compromissoria(dalla quale, come detto, esulano in ogni caso le questioni relative alla risoluzione del rapporto) rimangono quindi sicuramente inderogabili dal lodo arbitrale principi, ad esempio, quali quello previsto dall'art.2103 c.c. in ordine all'illegittimità della destinazione del dipendente a mansioni inferiori a quelle di assunzione, quello relativo ai criteri di retribuzione del lavoro straordinario o quello relativo al rispetto dei principi desumibili dall'art.7 dello Statuto dei lavoratori in ordine all'irrogazione di sanzioni disciplinari di tipo conservativo.

Pertanto, sembra difficile ipotizzare un arbitrato che finisca per determinarsi in contraddizione con le disposizioni di legge dettate in favore del lavoratore e qualificabili come "inderogabili" in relazione al disposto generale dell'art.2113 c.c..

La formulazione finale del testo contribuisce sicuramente ad attenuare anche alcuni rilevanti aspetti problematici che si ponevano in tema di arbitrato per le controversie di pubblico impiego, settore cui le disposizioni dei rinnovati artt.412 e 412-quater sono espressamente dichiarate applicabili dall'art.31, c.9, del "collegato".

Anche tale aspetto, difatti, era stato menzionato nel messaggio presidenziale di rinvio, in cui si sottolineava che:

“perplexità ulteriori suscita la estensione della possibilità di ricorrere a tale tipo di arbitrato anche in materia di pubblico impiego: in tal caso è particolarmente evidente la necessità di chiarire se ed a quali norme si possa derogare senza ledere i principi di buon andamento, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 97 della Costituzione.”

L'estensione dell'arbitrato di equità al pubblico impiego presenta alcuni aspetti ancora controversi (si pensi in particolare alla conciliabilità di tale disciplina con il divieto previsto dall'art.55 del d.lg. 165 del 2001, come sostituito dall'art.68 del d.lg. 150 del 2009 che vieta alla contrattazione collettiva di istituire organismi di impugnazione stragiudiziale in materia di sanzioni disciplinari salve procedure di conciliazione “non obbligatorie”, mentre l'art.73 stabilisce in via transitoria la non ammissibilità dell'impugnazione delle sanzioni di fronte a collegi arbitrali di disciplina).

D'altra parte, in relazione ai principi “regolatori” della materia, dovrebbe ritenersi sicuramente non consentito al collegio arbitrale il sindacato di atti amministrativi di macrororganizzazione e comunque non consentita la disapplicazione dell'atto presupposto al di fuori dei generali limiti conferiti sul punto al giudice ordinario (anche in relazione ai vizi sindacabili); rimane peraltro fortemente perplessa la possibilità di deferire un giudizio di equità in materie potenzialmente in grado di avere riflessi sulla finanza pubblica non senza rilevare che tale tipo di scelta legislativa appare anche in sostanziale contrasto con la filosofia delle riforme contenute nella l.15 del 2009 e nel successivo d.lg. 150 del 2009, tese a rimarcare la specialità del rapporto di lavoro pubblico e a limitare lo spazio di derogabilità delle disposizioni legislative.

Va infine riservato un breve cenno all'aspetto relativo all'impugnabilità della decisione arbitrale la quale, come detto, tanto nell'ambito del riformato testo dell'art.412 c.p.c. che in quello dell'art.412-quater viene espressamente qualificato come atto contrattuale sottoposto alla disciplina prevista dagli artt.1372 e 2113, c.4, c.c. ; il lodo è quindi dichiarato impugnabile ai sensi del disposto dell'art.808-ter c.p.c. mediante un'ordinaria azione di cognizione per la quale il legislatore del collegato, in ottica deflativa, ha peraltro

previsto un breve termine per la proposizione dell'istanza oltre che la non appellabilità della relativa sentenza.

Peraltro, l'elencazione dei motivi di invalidità indicati nell'art.808-ter c.p.c. non pare avere carattere esaustivo; difatti(a parte la sicura azionabilità di eventuali vizi di nullità assoluta), attesa la espressa limitazione dei criteri di decisione dell'arbitrato(e, in particolare, visto l'espresso riferimento ai principi regolatori della materia) deve ritenersi che la decisione possa essere impugnata ogni qual volta tali limiti siano stati disattesi, poiché la determinazione contrattuale, in questo caso, non potrebbe che ritenersi nulla per violazione di principi di ordine pubblico, in riferimento ai principi generali contenuti nell'art.1343 c.c..

4)ACCENNI AL RIFLESSO DELLA DEFINIZIONE DEL GIUDIZIO ARBITRALE SULLA TUTELA PREVIDENZIALE

Un accenno va infine riservato, in relazione alle specifiche problematiche trattate in questa sede, alla materia del contenzioso previdenziale.

Sul punto, l'art.9 della l.533 del 1973, nel sostituire il capo V del titolo III delle disposizioni di attuazione del c.p.c., aveva sancito il divieto assoluto, in materia previdenziale, degli arbitrati rituali e irrituali e delle cosiddette collegiali mediche.

Le preclusioni verso le modalità di definizione arbitrale delle controversie, sancite dalla legge di riforma del processo del lavoro, devono ritenersi tuttora vigenti non essendovi stato alcun intervento innovatore sul punto.

Come è noto, il sistema della previdenza sociale è dato dalla combinazione di due rapporti giuridici tra loro distinti; ovvero, da un lato il rapporto avente ad oggetto l'obbligazione contributiva, intercorrente tra il soggetto tenuto al versamento dei contributi previdenziali e l'ente tenuto all'erogazione delle prestazioni e, dall'altro, il rapporto giuridico previdenziale in senso stretto, avente ad oggetto l'obbligo di erogazione delle prestazioni nei confronti dell'assistito all'avverarsi dell'evento previsto dalla normativa.

In ordine al rapporto contributivo, d'altra parte, deve anche rilevarsi che costituisce principio generale dell'ordinamento quello della c.d. automaticità delle prestazioni(art.2116 c.c.), di modo che queste ultime sono dovute anche qualora il soggetto obbligato non abbia versato regolarmente i contributi nei limiti della relativa prescrizione, decorsa la quale l'avente diritto ha a disposizione vari strumenti predisposti dall'ordinamento(dall'ordinaria azione risarcitoria alla speciale tutela prevista dal r.d. 1338 del 1062, art.13).

Va quindi rilevato che le situazioni soggettive sottese ai rapporti giuridici predetti, con particolare riferimento a quelle facenti capo al lavoratore, devono ritenersi assistite, stante la funzione della previdenza sociale e la consacrazione dei relativi diritti nell'ambito della Carta costituzionale(art.38) oltre che delle fonti sopranazionali(art.34 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea), dal requisito dell'indisponibilità, per cui deve ritenersi sicuramente coerente con il sistema l'assoluto divieto della devoluzione delle relative controversie in arbitri, sia in ordine al rapporto contributivo che a quello previdenziale propriamente detto.

Ciò posto, è chiaramente evidente che le decisioni arbitrali, rituali e irrituali, attinenti al rapporto di lavoro siano chiaramente suscettibili di riflettersi sulla situazione previdenziale del lavoratore e, in particolare, sul punto relativo alla delimitazione dell'obbligazione contributiva facente capo al datore di lavoro, rilevando che, come è noto agli operatori, nell'ambito delle controversie individuali di lavoro costituisce spesso parte della *causa petendi* anche la richiesta formulata nei confronti del datore di regolarizzare la posizione contributiva(fermo restando che l'ente previdenziale può azionare la pretesa alla riscossione dei contributi sulla base dell'accertamento statuito in sentenza).

Ne consegue che il potenziale riflesso delle statuizioni attinenti al rapporto di lavoro sulla posizione contributiva costituisce ulteriore argomento sistematico che dovrebbe indurre a restringere entro confini ben precisi il deferimento al giudizio arbitrale non condotto secondo regole di diritto e a far sì che, quanto meno, lo stesso si muova secondo quei "limiti certi e condivisi" auspicati nel messaggio del Presidente della Repubblica più volte citato.

Roma, 23.3.2011

Attilio Mari