

BREVI OSSERVAZIONI SUGLI ARTT. DA 32 A 34
DELLA LEGGE 4.11.2010 N. 183 IN G.U. 9.11.2010 N. 262 (*)¹

A. - CLAUSOLE GENERALI E CERTIFICAZIONE DEL CONTRATTO DI LAVORO; B. - CONCILIAZIONE E ARBITRATO; C. - SUL CONTRATTO A TERMINE

A. - Nel testo definitivo, modificato dal Senato il 29.9.2010 - che ha assunto la forma della Legge 4.11.2010 n. 183 - compaiono una serie di vincoli apparentemente destinati a modulare l'intervento giudiziale secondo parametri predeterminati: innanzitutto l'articolo 32 I° comma del Testo definitivo afferma che *“in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge di cui all'art. 409 cpc e 63 comma I° DLgs n. 165/2001 contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, di 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 ed al committente”*.

La stessa norma al II° comma prevede che 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 che ai sensi del titolo VIII art. 75 e ss. del DL 10.9.2003 n. 276 si riferisce ai contratti di lavoro intermittente, ripartito a tempo parziale e a progetto, oltre alle fattispecie dell'associazione in partecipazione ex art. 2549-2554 c.civ.; la certificazione può essere ottenuta anche nei contratti in cui sia dedotta, direttamente e

¹ (*) E' il testo rivisto dell'intervento svolto nell'ambito del Seminario sul tema *“Limiti all'esercizio dei diritti del lavoratore e nuovo regime delle impugnazioni e delle decadenze”* (Università di Roma, Facoltà di Giurisprudenza, Master di Diritto del lavoro, che ha avuto luogo il 18.11.2010).

indirettamente una prestazione di lavoro, sia pure secondo la procedura volontaria prevista dalla Legge Biagi.

La certificazione sembrerebbe a prima vista mantenere la collocazione marginale che ha assunto sino ad oggi, quanto meno per i problemi che più ci stanno a cuore.

Diversa è la questione del riferimento alle clausole generali ed ai contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, per quanto concerne la valutazione da parte del Giudice delle motivazioni poste a base del licenziamento e delle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo

Mentre riteniamo che il ruolo della certificazione – soprattutto nei rapporti instaurati *de facto* e senza le formalità amministrative di rito – resterà assente e/o marginale, il terzo comma dell'art. 32 potrebbe assumere un ruolo non secondario nel limitare i margini di interpretazione e di elasticità dell'intervento giudiziale in materia di licenziamento: nulla di assolutamente nuovo circa il fatto che il giudice tenga conto dei contratti collettivi di lavoro, posto che sappiamo che il c.d. codice disciplinare e la sua collocazione e/o contenuto si estende ormai anche al licenziamento una volta superata la vecchia questione del suo inserimento tra le sanzioni disciplinari anche in relazione all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.

Sicuramente limitativo per il prestatore d'opera è la parte della norma che si riferisce alla definizione delle conseguenze del licenziamento ai sensi dell'art. 8 della L. 15.7.1966 n. 604 e successive modificazioni, posto che all'uopo il giudice deve considerare i parametri fissati dai predetti contratti, 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 prima del licenziamento*.

Soprattutto quest'ultima condizione, limitata riteniamo alla c.d. tutela obbligatoria e non a quella "reale" implicante la reintegrazione del lavoratore (come comprova il richiamo all'art. 8 della L. 604), appare comunque suscettibile di un uso discrezionale assai largo, posto che o si tratta di valutare eventuali recidive – ed in questo caso il tutto concorrerebbe a legittimare una eventuale sanzione espulsiva non ricompresa nella fattispecie che ci occupa visto che l'art. 8 esclude la giusta causa o il giustificato motivo – oppure non si vede come comportamenti magari remoti e rimasti disciplinarmente irrilevanti per mancanza di sanzione meramente conservativa possano essere ripescati *ex post* per legittimare una sanzione dai contenuti traballanti.

Altrettanto singolare appare il riferimento alla situazione del mercato del lavoro, assoluta novità rispetto al precedente testo dell'art. 8, posto che sembrerebbe che si possa limitare il risarcimento del danno ed il numero di mensilità spettanti sulla base di un generico e generale riferimento quale quello sopra riportato.

* * *

Di maggior rilievo appare invece la norma che impone la limitazione del controllo giudiziale all'accertamento del presupposto di legittimità con esclusione di qualsiasi sindacato in ordine alle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro.

Riteniamo che soprattutto nella materia del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per soppressione del posto di lavoro ed inutilizzabilità *aliunde* della prestazione lavorativa, il sindacato in ordine alle componenti organizzative, produttive e tecniche da parte del giudice appaia essenziale a meno che non si ritenga che la decisione, sicuramente insindacabile, del datore di lavoro di sopprimere una determinata posizione possa legittimare il conseguente licenziamento con mero riferimento a quella specifica collocazione funzionale senza alcun ulteriore onere e/o scrutinio da parte del giudice sull'eventuale possibilità

di ricollocazione del dipendente e/o riutilizzazione della sua prestazione lavorativa magari anche in mansioni diverse da quelle pregresse.

Da questo punto di vista il riferimento dell'art. 32 I° comma al trasferimento d'azienda e recesso, all'instaurazione del rapporto di lavoro e – ancora più genericamente e generalmente – *all'esercizio dei poteri datoriali*, lasciano in realtà un amplissimo arco di poteri *de facto* in capo all'imprenditore con estrema difficoltà di sindacarne lo sconfinamento e/o l'illegittimità.

B. – L'art. 33 del testo che modifica in maniera assai radicale gli artt. 410 e ss. del cpc, introduce una serie di importanti novità: innanzitutto viene eliminato – per quanto riguarda l'impiego privato – il tentativo obbligatorio di conciliazione che ai sensi del I° comma dell'art. 410 viene lasciato alla mera facoltà delle parti del rapporto di lavoro.

La comunicazione della richiesta alla DPL interrompe la prescrizione e sospende per la durata del tentativo di conciliazione e, per i 20 giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza.

Rispetto alla precedente prassi la richiesta di esperimento del tentativo di conciliazione deve contenere tra l'altro "*l'esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della richiesta*" ed inoltre – il che avveniva precedentemente solo per la conciliazione delle controversie di lavoro pubblico – impone che se la controparte intende accettare la procedura di conciliazione dovrà depositare presso la Commissione competente, entro 20 giorni dal ricevimento della richiesta, "*una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto ed in diritto, nonché le eventuali domande in via riconvenzionale*". Ove ciò non avvenga ciascuna delle parti è libera di adire la via giudiziaria.

Rispetto alla previgente procedura, soprattutto in relazione all'art. 411 cpc, il nuovo testo aggiunge che *in caso di mancato raggiungimento dell'accordo tra le parti la commissione deve formulare una proposta per*

la bonaria definizione della controversia e se la proposta non è accettata i termini di essa sono riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti. Ulteriore rilevante innovazione è quella secondo cui la proposta formulata dalla commissione e non accettata *senza adeguata motivazione* dovrà indurre il giudice poi adito a tenerne conto in sede processuale.

Per il tentativo di conciliazione richiesto dalle parti – ulteriore novità – e non riuscito, i verbali e le memorie che lo concernono debbono essere allegati al ricorso depositato ex art. 415 cpc.

Per il deposito del processo verbale di avvenuta conciliazione e la sua esecutività sono state ribadite disposizioni sostanzialmente conformi a quelle previgenti.

Ai sensi del testo integrato dell'art. 420 I° comma cpc, il giudice del lavoro che tenta la conciliazione della lite ***deve formulare alle parti una proposta transattiva*** e la mancata accettazione senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione della causa.

* * *

La risoluzione arbitrale della controversia è regolata dagli artt. 412 e ss. del cpc ; infatti, 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, così come possono accordarsi per la risoluzione della lite ***affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia.***

A quest'ultimo fine le parti devono indicare il termine per l'emanazione del lodo che non può superare i 60 giorni dal conferimento del mandato, spirato il quale l'incarico deve intendersi revocato; devono inoltre indicare quali sono le norme a sostegno delle rispettive pretese e l'eventuale richiesta di decisione secondo equità nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia anche se

derivanti da obblighi comunitari. Il lodo che produce tra le parti gli effetti di cui agli artt. 1372 e 2113 IV° comma c.civ. è impugnabile ai sensi dell'art. 808 ter cpc e sulle relative controversie, trattandosi di lodo arbitrale irrituale, decide in unico grado il Tribunale in funzione di giudice del lavoro, nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato.

La conciliazione e l'arbitrato nelle materie di cui all'art. 409 cpc si possono svolgere anche con le modalità previste dai CCNL stipulati dai sindacati di maggiore rappresentatività.

Qualora le parti non abbiano esperito il tentativo di conciliazione ormai facoltativo e ferma la facoltà di adire la via giudiziaria, esse possono avvalersi della facoltà di costituire un collegio di conciliazione e arbitrato irrituale secondo le modalità dell'art. 412 quater, ove si contempla la possibilità di comporre il collegio con un rappresentante di ciascuna delle parti e di un terzo membro in funzione di presidente scelto di comune accordo dagli arbitri di parte *tra i professori universitari di materia giuridica e gli avvocati ammessi al patrocinio davanti alla Corte di Cassazione*.

Segue naturalmente tutta la procedura che si apre con la notifica di un ricorso che contiene la nomina dell'arbitro di parte e l'oggetto della domanda oltre alle ragioni di parte e di diritto sulla quale essa si fonda, i mezzi di prova ed il valore della controversia (si tratta in buona sostanza di qualcosa di molto simile all'attuale ricorso ex art. 414 cpc).

La parte convenuta che intende accettare la procedura nomina il proprio arbitro di parte entro 30 giorni dalla notifica del ricorso e procede alla scelta del Presidente e della sede del collegio. In mancanza chi ha presentato il ricorso può chiedere che la nomina sia fatta dal Presidente del Tribunale del circondario cui ha sede l'arbitrato. In mancanza di ciò il ricorso può essere presentato al Presidente del Tribunale del luogo in cui è sorto il rapporto, ovvero ove si trova l'azienda o una sua dipendenza

presso la quale il dipendente prestava la sua opera al momento della fine del rapporto.

Seguono una serie di disposizioni circa il funzionamento ed i tempi per l'emanazione del lodo anche con riferimento ai compensi per gli arbitri.

Le disposizioni che abbiamo da ultimo menzionate si applicano anche ai rapporti di impiego pubblico e vengono abrogati gli art. 65 e 66 del DLgs n. 165/2001.

La parte più delicata di questo complesso di disposizioni è quella in cui si prevede la pattuizione di *clausole compromissorie* di cui all'art. 808 del cpc che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli art. 412 e 412 quater sopra sintetizzati, ***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 della Legge Biagi che abbiamo sopra citato (art. 76 e successive modificazioni DLgs n. 276/2003). In tal senso le Commissioni di certificazione ***accertano l'effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le controversie insorte in relazione al rapporto di lavoro e le parti in quella sede possono farsi assistere da un legale di fiducia o da un rappresentante dell'organizzazione sindacale cui abbiano conferito mandato.***

L'art. 31 sub punto 11 del Testo approvato dalla Camera dei Deputati prevedeva che *“in assenza degli accordi interconfederali o contratti collettivi (di cui si è detto più sopra) , trascorsi 12 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 rappresentativi al fine di promuovere l'accordo. In mancanza di stipulazione dell'accordo ... entro i 6 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 delle disposizioni di cui al comma 10” (sic!).

Si tratta di una norma davvero singolare – la cui potenziale efficacia devastante è peraltro mitigata dal fatto che **la clausola compromissoria non può essere pattuita e sottoscritta prima del periodo di prova ed in ogni caso se non siano trascorsi almeno 30 giorni dalla data della sua stipula; così come non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro** – che a nostro sommo avviso condizionava pesantemente il principio di libertà sindacale di cui all’art. 39 I° comma della Costituzione visto che imponeva, attraverso un intervento del potere esecutivo, l’introduzione di norme concernenti la clausola compromissoria ed i suoi contenuti ed effetti giuridici *in assenza di un accordo e del presupposto negoziato tra i sindacati.*

Né cambia la prospettiva o il tipo di valutazione il fatto che il decreto del Ministro tenga conto delle risultanze istruttorie del confronto tra le parti sociali e individui in via sperimentale le modalità di attuazione delle disposizioni in materia.

Ci sarebbe da osservare che – recitando la norma che “*solo ove ... sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi, la clausola compromissoria può essere introdotta e pattuita nel contratto individuale di lavoro*” - l’intervento del Ministro con un suo decreto in contrasto o a prescindere dall’esistenza di un accordo tra le parti sociali possa configurare trattandosi di un organo amministrativo, un comportamento non solo limitativo della libertà sindacale ma addirittura rilevante ai fini delle tutele garantite in materia dell’art. 28 dello Statuto dei Lavoratori.

Timori più che fondati visto che il testo definitivo approvato dal Senato sub art 33 n. 9 reca un’importante modifica che – essendo stata espunta la

parte della norma concernente l'intervento con proprio decreto del Ministro del Lavoro (vedi testo approvato dalla Camera dei Deputati sopra citato) – sancisce autoritativamente che *“in assenza dei predetti accordi interconfederali o contratti collettivi, trascorsi 18 mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le disposizioni di cui al presente comma sono pienamente operative”*. Dal che deduciamo che una volta certificata la clausola arbitrale e comunque 18 mesi dopo l'entrata in vigore della legge, è dato prescindere dagli accordi e/o contratti collettivi per l'attivazione della discussa e discutibile introduzione dei meccanismi arbitrali nel contratto individuale di lavoro: naturalmente rimane irrisolto – a nostro avviso – il problema della coerenza logica e normativa dell'entrata in vigore della disciplina in materia di clausola compromissoria *anche in assenza del preventivo accordo sindacale*, il che confligge con il *“solo ove ciò sia previsto...”* ancora contemplato dal comma 8 dell'art. 33 del testo in esame: ma su ciò si contenderà ancora, come è facile prevedere, nel prossimo futuro.

C. – Nella parte del testo concernente il contratto a tempo determinato c'è una norma che conferma che il licenziamento ai sensi dell'art. 6 della L. 604/1966 deve essere impugnato a pena di decadenza entro 60 giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione dei motivi ove non contestuali.

La novità è costituita dal fatto che l'impugnazione è inefficace se non seguita entro il successivo termine di 270 giorni dal deposito del ricorso nella Cancelleria del Tribunale in funzione del Giudice del lavoro ovvero dalla richiesta del tentativo di conciliazione e/o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formatisi successivamente; se l'arbitrato o la conciliazione sono rifiutati o non viene raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere

depositato a pena di decadenza entro 60 giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.

La disposizione dell'art. 6 si applica anche esplicitamente ad una serie di fattispecie (qualificazione presupposta del rapporto di lavoro, legittimità del termine, recesso del committente, trasferimento, cessione del contratto di lavoro ex art. 2112 c.civ. ed altre ipotesi) alle quali peraltro la relativa disciplina di impugnazione e tutela era stata già estesa in via interpretativa per costante giurisprudenza. Ben diverso è il caso della nullità del termine ex art. 1, 2 e 4 DLgs 368/2001 sulla quale ci soffermeremo più avanti.

Mi astengo dal trattare compiutamente la complessa e articolata questione della vicenda, decisa anche dalla Corte Costituzionale dell'art. 2 comma 1 bis del DLgs n. 368/2001; la sentenza n. 214/2009 è stata ampiamente commentata da numerosi studiosi ed in particolare ci appare assai esauriente la nota di Salvagni in Riv. Giur. Lav. 2010 II° pag. 119 e ss.

Sappiamo che la decisione del Giudice delle Leggi è stata in gran parte influenzata dal fatto che i rinvii da parte dei Giudici di merito riguardavano soprattutto questioni concernenti l'assunzione di personale a tempo determinato da parte delle Poste Italiane con la conseguenza che la flessibilità adottata con la norma introdotta appositamente nel corpo del DLgs n. 368 si è rivelata inidonea a conseguire il risultato voluto dal legislatore nazionale, atteso che dietro l'enunciazione della pretesa finalità consistente nel soddisfare esigenze provvisorie insorte nell'ambito del c.d. *servizio postale universale*, si nascondevano in realtà esigenze permanenti e durevoli come già deciso da una importante sentenza della Corte di Giustizia CEE del 23.4.2009 e concernente la ben nota questione Angelidaki, causa C-387/07, che ha fatto applicazione pedissequa della Direttiva n. 1999/70/CE e del cosiddetto Accordo-Quadro.

Peraltro la norma di portata generale, e certamente di minor favore per il lavoratore subordinato parte di un contratto a termine, è quella di cui al punto 5 dell'art. 32 del Nuovo Testo, secondo cui "*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 dall'art. 8 della L. 604/66".

Il limite del risarcimento del danno si riduce alla metà nel caso in cui si sia in presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali o locali e aziendali che prevedono l'assunzione anche a tempo indeterminato di lavoratori già occupati con contratto a termine e inseriti nell'ambito di specifiche graduatorie.

Vogliamo innanzitutto sottolineare come una siffatta disposizione, che usa ancora l'espressione "conversione del contratto a tempo determinato", non avrebbe dovuto essere applicabile ai contratti già in vigore, ancorchè affetti da nullità non ancora dichiarata, posto che *"in materia di assunzioni dei lavoratori subordinati con illegittima apposizione della clausola di durata, trova applicazione, alla stregua del principio tempus regit actum, la disciplina vigente al momento della stipulazione del contratto a termine - nella specie, le disposizioni della l. n. 230 del 1962 - e non quella in vigore al momento della pronuncia della sentenza con effetti costitutivi - nella specie, le disposizioni del d.leg. n. 386 del 2001 - tenuto conto che la conversione del rapporto di lavoro in contratto a tempo indeterminato non costituisce una sanzione atipica ma l'effetto della nullità del termine"* (Cass. Sez. lav. 18.11.2009 n. 24330).

Nel nostro caso naturalmente va sostituita la normativa del DLgs n. 386/2001 con l'emananda Regolamentazione di cui all'Atto Parlamentare n. 1441 quater F, sub art. 34 n. 5.

Proprio al fine di aggirare questo tipo di interpretazione recepita dalla Suprema Corte il testo di legge prevede che gli effetti della Conversione secondo la nuova dizione siano applicabili anche a *tutti i giudizi, ivi*

compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della nuova disciplina.

In definitiva è ravvisabile, nel malcelato intento del legislatore, una sorta di sanatoria *ex tunc* a favore del datore di lavoro che riduca a posteriori l'incisività della conversione come prevista nella fattispecie legale previgente, sotto lo specifico profilo dell'onere di impugnazione.

Vale la pena infatti di rammentare che, secondo l'ormai consolidato orientamento della S.C., la trasformazione in un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato di più contratti a termine succedutisi tra le parti per l'effetto dell'accertata illegittimità della relativa apposizione, non consegue il diritto del lavoratore alla retribuzione per l'intero periodo, mancando una deroga al principio generale secondo cui la maturazione di tale diritto presuppone la prestazione lavorativa e la suddetta riunificazione in unico rapporto, operando *ex post* non incide sulla mancanza di una effettiva prestazione negli spazi temporali tra un contratto e l'altro (Cass. 3.3.2006 n. 4677 Sez. Lav.). Resta naturalmente il diritto a percepire la retribuzione a causa dell'impossibilità della prestazione derivante dal rifiuto del datore di riceverla a condizione che sussista un atto idoneo a collocarlo in *mora accipiendi*.

Appare quindi più delicata la questione dell'onere di impugnazione del termine apposto, atteso che secondo il pregresso orientamento della S.C., nell'azione di annullamento e conseguente conversione *non sussiste per il lavoratore cessato l'onere di impugnazione nel termine di 60 giorni previsto a pena di decadenza dall'art. 6 della L. 604/1966, atteso che il rapporto cessa per l'apparente operatività del termine stesso in ragione dell'esecuzione che le parti danno alla clausola nulla, di tal che applicandosi la disciplina della nullità in qualsiasi tempo il lavoratore può far valere l'illegittimità del termine e chiedere conseguentemente l'accertamento della perdurante sussistenza del rapporto e la condanna*

del datore a riattivarlo riammettendolo al lavoro (così cass. 21.5.2007 n. 11741 Sez. Lav.).

Si chiarisce così quale sia stato l'intento del legislatore nell'introdurre tra le decadenze (in particolare il termine di 60 giorni) l'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro ai sensi degli artt. 1, 2 e 4 del DLgs 368/2001 e successive modificazioni, *con termine decorrente dalla scadenza del medesimo* (così art. 34, comma 3, lettera d).

* * *

Possiamo comunque osservare in linea più generale che questo metodo di legiferazione volto *singulatim* contro situazioni di serie ma largamente diffuse in aziende o ambiti lavorativi peculiari appare in contrasto con i principi in materia di efficacia della fonte legale che dovrebbe essere caratterizzata dalla sua portata generale ed astratta e non volta retroattivamente a sanare situazioni insorte nell'ambito di alcune realtà aziendali amministrate in maniera discutibile, ancorchè riconducibili alla grande area della finanza pubblica e/o di pubblica utilità.

Roma, 24.11.2010

Avv. Francesco Fabbri