

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Diretta da

E. Balletti, A. Bellavista, E. Gragnoli, F. Lunardon

A. Pizzoferrato, G. Proia, R. Santucci



Considerazioni preliminari alla riforma del processo civile in materia di lavoro

a cura di

Enrico Gragnoli e Ilaria Bresciani



G. Giappichelli Editore

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Diretta da

E. Balletti, A. Bellavista, E. Gragnoli, F. Lunardon, A. Pizzoferrato, G. Proia, R. Santucci

Considerazioni preliminari alla riforma del processo civile in materia di lavoro

a cura di

Enrico Gragnoli e Ilaria Bresciani



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0126-3

ISBN/EAN 978-12-211-7967-5 (ebook - pdf)

Il volume è pubblicato con fondi iscritti nel bilancio del Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali dell'Università degli Studi di Parma.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
GIAMPIERO PROIA <i>Introduzione</i>	VII
ENRICO GRAGNOLI, ILARIA BRESCIANI <i>Le prospettive della riforma del processo civile</i>	1
LUIGI DE ANGELIS <i>Il processo dei licenziamenti tra agonie e speranze</i>	25
LUCA PASSANANTE <i>La riforma delle impugnazioni: note a prima lettura</i>	39
SANDRO MAINARDI <i>Negoziazione assistita e rapporto di lavoro pubblico</i>	61
ENRICO GRAGNOLI <i>La riforma del processo civile, la conciliazione e le controversie di lavoro</i>	81

INTRODUZIONE

Giampiero Proia*

1. – La legge 26 novembre 2021, n. 206, ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi aventi come oggetto principale il “*riassetto formale e sostanziale del processo civile*”, e come obiettivo la “*semplificazione, speditezza e razionalizzazione*” di tale processo, da realizzare “*nel rispetto della garanzia del contraddittorio*” (art. 1, comma 1).

L’ampiezza del “*riassetto*”, in relazione al quale può parlarsi (forse più propriamente) di riforma, risulta già dal numero dei commi dell’articolo unico che individuano i campi di intervento e i principi e criteri direttivi impartiti al legislatore delegato (commi da 3 a 26), ai quali si aggiungono le altre misure direttamente previste dalla legge delega (commi da 27 a 44).

L’incontro di studio, svoltosi il 18 febbraio 2022, ha inteso promuovere un primo approfondimento dei contenuti della legge delega, anche nella prospettiva di offrire contributi utili ai fini dell’opera di predisposizione dei decreti legislativi.

Nel lasso di tempo intercorso tra lo svolgimento dell’incontro e la pubblicazione del presente volume, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministero della Giustizia, ha approvato, in esame preliminare, due decreti legislativi di attuazione della legge delega¹. I contributi scritti qui raccolti tengono conto, nei limiti del possibile, anche del modo in cui gli schemi dei decreti intendono dare attuazione alle indicazioni fornite dal legislatore delegante.

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università Roma Tre.

¹Cfr. il Comunicato stampa del Consiglio dei Ministeri n. 91 del 28 luglio 2022, nel quale, sinteticamente, si rileva che gli istituti previsti “*puntano a fornire risposte più celeri alle esigenze quotidiane dei cittadini nel rispetto delle garanzie*”.

2. – I primi commenti della dottrina processualciviltistica sembrano usare la tecnica pittorica del “*chiaroscuro*”, privilegiando le “*nuances*” sfumate. E, in effetti, anche a mio avviso sarebbero fuor di luogo tanto toni entusiastici quanto “*bocciature*” radicali.

Da un lato, l’approccio dello studioso non può essere limitato alla critica sterile o, come a volte accade, ad una vera e propria “*caccia all’errore*”. Doveroso è, a mio avviso, un approccio ispirato a quella che un Maestro del diritto del lavoro chiamava l’interpretazione “*leale*” rispetto alle intenzioni del legislatore, perché esse, nei limiti consentiti dagli ordinari canoni ermeneutici (art. 12 delle preleggi), possano trovare svolgimento coerente nella fase della metabolizzazione applicativa dello *jus novum*.

È anche vero, però, che, d’altro lato, l’urgenza imposta dagli impegni europei è una condizione oggettivamente sfavorevole rispetto alle esigenze di ponderazione richieste dagli ambiziosi obiettivi della riforma. E, da qui, è inevitabile si possano ravvisare lacune, imprecisioni o difetti di coordinamento che la dottrina non può esimersi dall’evidenziare, nello spirito costruttivo di segnalare ciò che potrebbe o dovrebbe essere emendato.

Del resto, anche sul piano di una valutazione complessiva, la cautela dei primi commenti è giustificata dalla delusione per le aspettative “*tradite*” dalla serie di interventi a ciclo continuo che, negli ultimi anni, hanno inutilmente tentato di risolvere il problema di fondo del processo civile, rappresentato dalla intollerabile lunghezza della sua durata. Vi è oramai piena consapevolezza che la soluzione del problema non vada ricercata tanto nella disciplina del processo, quanto nei presupposti organizzativi e culturali che ne condizionano in maniera decisiva il suo funzionamento.

Anche al di fuori della materia che oggi trattiamo, la storia più recente è ricca di riforme nelle quali pur genuine istanze di modernizzazione naufragano sugli scogli costituiti da inefficienze strutturali trascurate (per mancanza di visione o, più semplicemente, di risorse economiche) da parte del legislatore.

Da quest’ultimo punto di vista, tuttavia, e qui riemergono le *nuances* cui accennavo, ragioni di cauto ottimismo trovano alimento proprio dalle disponibilità finanziarie che il rispetto degli impegni europei potrebbe liberare. Disponibilità che, in particolare, dovrebbero essere destinate al rafforzamento dell’“*ufficio del processo*”, anche se ogni valutazione al riguardo resta sospesa in attesa di poterne registrare le concrete ricadute applicative.

Più a monte, la discussione tra studiosi ed operatori è destinata a concentrarsi sul profilo della congruenza del bilanciamento prefigurato dalla riforma tra l’esigenza di riduzione dei tempi del processo e l’esigenza di un

processo “*giusto*”, posto che quest’ultimo presuppone una durata ragionevolmente contenuta ma anche il pieno rispetto del principio del contraddittorio e la garanzia di meccanismi che tendano alla ricerca del massimo grado possibile dei risultati della giustizia umana.

A questo proposito, pongo un dubbio che spesso ricorre tra i giuslavoristi, i quali si interrogano sulle ragioni per le quali, dovendo perseguire l’obiettivo di “*semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo, nel rispetto della garanzia del contraddittorio*”, non si sia ritenuto di poter utilizzare il modello del processo del lavoro che tanta buona prova di sé ha dato in una esperienza oramai quasi di mezzo secolo di vita.

Un’esperienza che, secondo un giudizio pressoché unanime, ha offerto evidenti risultati positivi in termini di contenimento della durata dei processi senza manifestare significativi *vulnera* dei diritti di difesa e che, pur volendo considerare talune peculiarità non estensibili *tout court* all’intera gamma del contenzioso civile, avrebbe potuto essere adattata a quest’ultimo con gli opportuni adeguamenti.

Solo per fare un esempio, si può accennare al fatto che la semplificazione più rilevante introdotta dal rito speciale delle controversie di lavoro è rappresentata dalla concentrazione degli scritti introduttivi (ricorso e memoria), con il collegato meccanismo delle decadenze e delle preclusioni, mentre la riforma che commentiamo prevede ancora, dopo gli atti introduttivi dell’attore e del convenuto, altri due scritti difensivi prima dell’udienza (invece dei tre scritti dopo l’udienza previsti dal riformando art. 183, comma 6, c.p.c.

3. – Con riferimento al processo del lavoro, è da dire che i punti incisi dalla riforma, se rapportati all’ampiezza di quest’ultima, sono tutto sommato quantitativamente limitati. Ciò non di meno essi riguardano aspetti di notevole interesse, sia teorico che pratico, poiché, da un lato, investono la fondamentale disciplina della impugnazione dei licenziamenti, e, d’altro lato, estendono il procedimento di negoziazione assistita anche alle controversie di lavoro.

Per quanto riguarda l’impugnazione dei licenziamenti, lo schema del decreto legislativo approvato il 28 luglio 2022 (che introduce nel Libro II, Titolo IV, del codice di rito un Capo 1-*bis*) si muove praticamente a “*rimebacciate*” con la legge delega.

E così, al fine di “unificare e coordinare” i diversi regimi oggi vigenti, l’art. 37, lett. e), dello schema di decreto dispone l’abrogazione del c.d. “*rito Fornero*” trovando in ciò l’unanime consenso (se non il plauso) della

magistratura e della dottrina, che avevano da subito avvertito l'inutile complicazione derivante dalla stravagante introduzione di quel rito speciale. Allo stesso tempo, l'art. 31 dello schema di decreto dispone che, quando è proposta domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, la trattazione e la decisione della causa hanno "*carattere prioritario rispetto alle altre pendenti nel ruolo del giudice*", prevedendo a tal fine le opportune e coerenti disposizioni procedurali (tra le quali è da segnalare il potere attribuito al giudice di abbreviare i termini del procedimento stesso).

Ed ancora, nella piana attuazione dei principi della legge delega, viene prevista la riconduzione al rito delle controversie di lavoro delle "*azioni di impugnazione dei licenziamenti dei soci delle cooperative*". Più che opportuna, ad evitare prevedibili dubbi, è la precisazione che, in tali azioni, il giudice decide anche sulle questioni relative al rapporto associativo eventualmente proposte, estendendo altresì la sua competenza ai casi in cui la cessazione del rapporto di lavoro derivi dalla cessazione del rapporto associativo.

Infine, viene espressamente previsto che l'azione di nullità dei licenziamenti discriminatori può essere proposta con i riti speciali (art. 38 d.lgs. n. 198/2006 e art. 28 d.lgs. n. 150/2011), oltre che con il rito *ex art.* 409 c.p.c., chiarendo la necessaria alternatività della scelta del ricorrente (*adita una via, altera non data*).

4. – Tuttavia, pur senza voler sminuire l'importanza delle norme in materia di licenziamenti, la novità più importante, ed anche più discussa, riguarda la già richiamata estensione della negoziazione assistita alle controversie di lavoro. Estensione realizzata mediante l'eliminazione del divieto previsto dalla parte finale dell'art. 2, comma 3, lett. b) del d.l. n. 132/2014 (lasciando, però, fermo il divieto che l'oggetto della controversia riguardi "*diritti indisponibili*") e l'inserimento, in quello stesso decreto legge, di un art. 2-ter, contenente le disposizioni speciali applicabili alla "*negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*".

Lo schema di decreto legislativo, nel recepire testualmente i principi della legge delega e mantenendo ferma la facoltà delle parti di ricorrere alle modalità di conciliazione e arbitrato previste dall'art. 412-ter del codice di rito, precisa che l'attivazione della negoziazione assistita non costituisce "*condizione di procedibilità*" della domanda giudiziale. Allo stesso tempo, si chiarisce opportunamente che ciascuna parte deve essere assistita da (almeno) un avvocato, e che "*può*" essere assistita anche da un consulente del lavoro, respingendo così correttamente la forzata tesi che proponeva di

interpretare la legge delega nel senso dell'obbligatorietà della contestuale assistenza del consulente del lavoro.

Resta, infine, da segnalare la disposizione che ha acceso vivaci contrasti tra le forze sociali e gli studiosi, con la quale viene riconosciuta l'applicabilità (e quindi gli effetti di "*stabilità*") del comma 4 dell'art. 2113 c.c. all'accordo raggiunto all'esito della procedura di negoziazione assistita.

Non si può negare che una tale innovazione vada ad incidere su un asse portante della cultura giuslavoristica, che ha sempre visto con rigido sfavore la disponibilità in sede privata dei diritti del lavoratore derivanti da disposizioni inderogabili della legge o della contrattazione collettiva.

Ma, da altro punto di osservazione, si replica che l'apertura alla disponibilità di tali diritti in sedi non pubbliche è già contenuta nel testo (ancora) vigente dell'art. 2113 laddove legittima la stipulazione di conciliazioni anche in sede sindacale. E si aggiunge, correttamente, che l'assistenza del legale non sembra offrire garanzie minori per il lavoratore di quante ne possa offrire un sindacalista o lo stesso funzionario dell'Ispettorato territoriale del lavoro, avanti i quali, nell'esperienza concreta, già oggi, molto spesso, vengono soltanto formalizzati accordi negoziati dalle parti con la sola assistenza dei rispettivi legali.

Cosicché, l'odierna scelta del legislatore, che – come detto – lascia fermo il divieto generale di stipulare convenzioni di negoziazione assistita che riguardino "*diritti indisponibili*" (ai sensi della prima parte della lett. b) dell'art. 2, comma 2, del d.l. n. 132/2014), sembra semplicemente riconoscere, in modo non irragionevole, la funzione sociale ricoperta dall'avvocato nel nostro ordinamento, avvalendosi delle potenzialità che quella funzione può esplicare ai fini del più ampio obiettivo di promozione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

Anche su tale delicato profilo della riforma, così come sui tanti altri appena sfiorati in questi brevi cenni, restiamo in attesa di ricevere lumi dai contributi degli autorevoli studiosi che hanno partecipato al seminario e che hanno accettato di offrire, e di ciò li ringraziamo, le loro riflessioni negli scritti che seguono.

LE PROSPETTIVE DELLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

Enrico Gragnoli *, Ilaria Bresciani **

1. La tradizione della riforma del 1973

Nel tracciare una sintesi dell'esperienza aperta con la legge n. 533/1973 e in corso, si legge in un contributo ancora inedito¹ che, «se è forse eccessiva l'enfasi di chi ha scritto che il processo del lavoro ha trionfato², non può non riconoscersi che molti dei dubbi sull'opportunità di un differente rito per le controversie individuali di lavoro e di previdenza e sulle peculiarità del rito stesso sollevati» negli anni '70³ «sono stati fugati e anzi il giudizio sul rito medesimo ha trovato larghissimi consensi». Per studiosi del diritto sostanziale, la legge n. 533/1973 ha comunque rappresentato un evento fondamentale, per molte ragioni, a cominciare dalle novità dell'art. 2113 c.c. e dell'art. 409, n. 3, c.p.c. e, come testimonia il seminario di cui ora si pubblicano gli atti, non avrebbe potuto lasciare indifferente una significativa trasformazione.

A dimostrare il risalto della legge n. 533/1973 sul piano sostanziale, basta richiamare l'art. 409, n. 3, c.p.c. Nonostante, anticipata dalla legge Vigorelli⁴, la norma sia stata spesso vista come il presupposto normativo di

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Parma.

** Ricamatore di Diritto del lavoro – Università di Sassari.

¹ L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, p. 25 ss. del dattiloscritto.

² A. VALLEBONA, *Il trionfo del processo del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 566 ss.

³ G. FABBRINI, *Intervento*, in *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, in *Atti del convegno organizzato dall'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 12-13 giugno 1971, Giuffrè, Milano, 1971, 132 ss.; M. CAPPELLETTI, *Intervento*, *ibidem*, 295 ss.; E. FAZZALARI, *intervento*, *ibidem*, 132 ss.

⁴ M. PERSIANI, *Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 827 ss.

una ulteriore categoria⁵ e, talora, il segno dell'introduzione di un negozio tipico, sarebbe stata da preferire la pure minoritaria interpretazione restrittiva della disposizione, poiché essa non ha interferito con l'art. 2094 c.c. e con la qualificazione del contratto di lavoro subordinato, ma è stata il riflesso di una revisione dell'art. 2222 c.c. Nel suo ambito, si era già attenuata l'importanza dell'esecuzione istantanea della prestazione e, cioè, del fatto che, come ha tante volte detto un grande studioso⁶, il verbo compiere vale il latino *perficere* e significa portare a compimento, e l'art. 409, n. 3, c.p.c. è stato il riconoscimento espresso della configurabilità di prestazioni autonome a esecuzione non istantanea, ma, appunto, continuative, per usare le parole evocative dello stesso art. 409, n. 3, c.p.c.⁷

Tale prospettiva era emersa prima della legge n. 533/1973 e questa è stata il coronamento, non il motore di un cambiamento, il quale, però, ha investito la concezione del lavoro autonomo, con un potere del committente di determinare o di contribuire a stabilire giorno per giorno il fare dovuto, appunto nelle sue trasformazioni, indotte anche dall'intervento del creditore e, comunque, condizionate dall'evolversi del contesto organizzativo⁸. Né questa visione del carattere continuativo della prestazione si è più modificata⁹, nonostante i ripetuti interventi, i quali hanno preso spunto dall'art. 409, n. 3, c.p.c., come è accaduto per il decreto n. 276/2003, le sue evoluzioni e il decreto n. 81/2015, tutti protesi a contenere il numero di rapporti comunque accettati nella loro durata.

La società e la sua sensibilità, non la legge n. 533/1973 hanno conferito un nuovo taglio all'art. 2222 c.c., ridimensionando quella idea di esecuzione istantanea insita nel verbo "compiere" o, meglio, in quello *perficere*, che il testo aveva preservato¹⁰, proprio a volere una distinzione strutturale e radicale dalla subordinazione, almeno nella figura residuale del lavoro au-

⁵ Sull'impianto dell'art. 409, n. 3, c.p.c., v. R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2003, 9 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *Dir. lav.*, 2023, I, 7 ss.

⁶ M. DELL'OLIO, *La subordinazione nell'esperienza italiana*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 710 ss.

⁷ M. PEDRAZZOLI, *Le complicazioni dell'inutilità: note critiche sul lavoro a progetto*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, Bologna, 2006, 119 ss.

⁸ M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 174, 2013, 9 ss.

⁹ F. MARTELLONI, *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in *Lav. dir.*, 2006, 353 ss.

¹⁰ M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 23 ss.

tonomo e, per tale ragione, nel modello più importante sul piano concettuale. L'ampliamento dell'area dell'autonomia è stato il frutto dei comportamenti collettivi, ai quali il diritto si è uniformato, come è inevitabile¹¹. Non a caso, il successo dell'art. 409, n. 3, c.p.c., eccessivo rispetto all'oggettivo significato della disposizione, è stato dovuto al suo incontro con una esperienza desiderosa di trovare una conferma prescrittiva alle sue convinzioni su più articolate forme di distinzione fra autonomia e subordinazione.

Poche vicende meglio dell'introduzione dell'art. 409, n. 3, c.p.c. possono illustrare le pesanti interferenze della legge n. 533/1973 sui temi tipici del diritto sostanziale. Le riforme del 2022 non hanno un simile intento di modificazione complessiva del disegno processuale; proprio oggi si scrive che, nell'ultimo decennio, «il processo civile è stato attraversato da un incessante e da più parti giustamente criticato movimento tellurico (che chissà se si assesterà con il decreto legislativo n. 149/2022!), e questo su di una idea di fondo diversa dall'efficienza e per la quale una giustizia che non funziona o funziona male rappresenta un costo, anche in termini di scoraggiamento degli investimenti all'interno e dall'esterno del Paese»¹²; anzi, «il binomio efficienza-effettività dei diritti è divenuto accessorio delle ragioni dell'economia, tanto più ora che a un miglioramento del funzionamento della giustizia civile (...) è legato il conseguimento dei fondi del Pnrr»¹³. Sebbene il contesto si sia così trasformato rispetto al 1973 (e secondo linee certo non positive, per la complessiva razionalità dell'ordinamento), l'interesse del diritto sostanziale per il sistema processuale non può venire meno, e lo dimostra la pubblicazione degli atti di questo seminario, con un sentito ringraziamento a tutti coloro che hanno partecipato.

Come traspare dai contributi di questa ricerca e, prima ancora, dalle relazioni del convegno, le trasformazioni adottate dalla riforma del 2022 non si sono accentrate sull'impianto complessivo della legge n. 533/1973, considerata in qualche modo in via indiretta, per esempio a proposito della nuova regolazione dell'atto di appello, come riflesso incidentale di modifi-

¹¹ M. PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro, decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, Bologna, 2004, 721 ss.

¹² L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 5 ss. del dattiloscritto.

¹³ L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 5 ss. del dattiloscritto.

cazioni più articolate. Queste hanno un impatto significativo sulle controversie di lavoro e previdenziali, e lo dimostrano i timori manifestati da più parti per la nuova struttura del ricorso introduttivo al giudizio di secondo grado e per le rettifiche a quello di legittimità. Tuttavia, il modello dell'art. 409 ss. c.p.c. non è cambiato né nelle sue linee essenziali, né nelle sue connotazioni qualificanti, se non per alcuni aspetti centrali, a dire il vero estranei alle idee del 1973, cioè per l'introduzione della negoziazione assistita e per la revisione completa del sistema processuale delle controversie sui licenziamenti.

Non basta considerare tali due aspetti, poiché, seppure derogatorio in forza di una consolidata tradizione, il modello dell'art. 409 ss. c.p.c. subisce influssi dalle complessive trasformazioni del 2022 e i successivi contributi ne danno conto. Tuttavia, in modo quasi inevitabile, l'attenzione è attratta da tali due profili, cui, non a caso, sono dedicati interventi appositi. La soppressione dell'art. 1, comma 47 ss., della legge n. 92/2012 è da guardare con favore, se non altro dal punto di vista professionale, per la connessa semplificazione processuale. Positiva è anche la valutazione della nuova forma di conciliazione, che permette ai difensori di chiudere il negoziato con atti inoppugnabili ai sensi dell'art. 2113 c.c.

2. La conciliazione e il suo significato in tema di controversie di lavoro

Mentre la differenza fra inderogabilità e limiti al potere di disposizione affonda in un sistema recepito dallo stesso art. 2113 c.c.¹⁴ (e non costruito in alcun modo da tale precetto), nulla avrebbe costretto il legislatore a stabilire che da atti inderogabili dovessero derivare diritti disponibili nelle forme e con i vincoli dell'art. 2113 c.c. Sarebbe stata accettabile una soluzione diversa, per esempio impostata in tema di ferie, poiché, in tale ambito, il diritto è irrinunciabile, per principio costituzionale. Le differenze fra la disciplina dell'inderogabilità e quella dei limiti al potere di disporre non derivano da considerazioni teoriche, ma da contingenti e ragionevoli scelte compiute dall'ordinamento, anche per evidenti ragioni di promozione della certezza nei rapporti di lavoro. Se mai, si deve cercare di spiegare per quali più generali motivazioni l'art. 2113 c.c.¹⁵ indichi i modi di legittima

¹⁴ RUNGALDIER, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1980, I, 291 ss.

¹⁵ S. SCIARRA, *Contratto collettivo*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, IV, 1989, 60 ss.

disposizione e non ritenga preferibile collegare all'avvenuta applicazione di leggi o di clausole inderogabili il sorgere di posizioni soggettive indisponibili.

Anzi, «è improprio ragionare, in termini generalizzanti, di frustrazione dello scopo perseguito dalla normativa inderogabile»¹⁶ per la mancata introduzione di un regime di assoluta indisponibilità, poiché questo non è «un argomento idoneo in sé a sostenere la compenetrazione tra inderogabilità e indisponibilità»¹⁷. In sostanza, la limitata possibilità di disporre ha un fondamento testuale preciso nell'art. 2113 c.c. Se mai, vi è da chiarire perché solo in alcuni casi (per esempio, in tema di ferie o di sciopero) all'inderogabilità si accompagni una indisponibilità assoluta e la scelta compiuta dall'art. 2113 c.c. induce a chiedersi per quali motivazioni i due problemi abbiano ricevuto soluzioni prescrittive differenti¹⁸. Come a ragione si è osservato, «se alla base della imperatività della norma sta un interesse superindividuale (anche se in ipotesi realizzabile attraverso la soddisfazione dell'interesse del singolo), non vi è alcuna difficoltà ad ammettere che essa si arresti alla fase successiva, quando, avvenuta tale attribuzione, l'interesse superindividuale può dirsi realizzato e si rientra nell'ambito di un interesse meramente individuale»¹⁹ o, forse, di uno nel quale tali componenti prevalgono su quelle collettive.

Persino i limiti del potere di disposizione avrebbero riflessi collettivi²⁰, ma tali aspetti sono meno significativi di quanto accada a proposito della costruzione²¹ e dell'attuazione delle regole e, quindi, dell'approvazione di leggi inderogabili e della stipulazione dei contratti collettivi. Nella società capitalistica e, dunque, basata sullo sfruttamento dei mezzi di produzione di massa e sulla connessa debolezza sociale dei lavoratori, solo leggi inderogabili li tutelano e devono essere nulli accordi difformi dal relativo paradigma di protezione²². A maggiore ragione, questo vale per le intese sinda-

¹⁶ C. CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 992 ss.

¹⁷ C. CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, cit., 992 ss.

¹⁸ G. GIUGNI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *Dir. lav.*, 1979, I, 3 ss.

¹⁹ M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, V, 1990, 60 ss.

²⁰ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, 238 ss.

²¹ M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, II ed., Utet, Torino, 2003, 5 ss.

²² F. SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. econ.*, 1950, 299 ss.

cali; se si riflette sulla loro origine e sul modo del loro imporsi, è agevole verificare che hanno acquisito il loro spazio proprio in quanto inderogabili, sebbene ciò faccia emergere nella loro struttura un momento di autorità²³, peraltro indispensabile.

Tale caratteristica li rende una alternativa rilevante al negozio individuale²⁴; infatti, si deve impedire che, sfruttando le sue risorse e la sua condizione di proprietario delle strutture produttive, il datore di lavoro possa mettere in pericolosa concorrenza reciproca i prestatori di opere, approfittando del disagio dell'uno e dell'altro per costringerli ad accettare accordi sempre più sfavorevoli, con quel "gioco al ribasso" tipico di situazioni caratterizzate dall'assenza di attività sindacale. Se mai, ora vi è competizione persino fra diversi contesti economici, per la grande facilità della circolazione dei capitali e delle merci, così che gli ordinamenti attraggono spregiudicati investimenti per la minore salvaguardia del lavoro e per le prospettive di maggiori speculazioni e di più alti profitti²⁵.

Non ha valore un negozio sindacale derogabile²⁶, il quale non realizza e, anzi, rinnega il suo scopo. Con l'inderogabilità, l'intero ordinamento mostra la prospettiva collettiva degli accordi e delle disposizioni eteronome, che si impongono sulle tentazioni capitalistiche²⁷. Lo stesso non si può dire per i limiti al potere di disposizione, poiché tali intese si situano dopo l'applicazione delle fonti legali e delle clausole e quando hanno esplicato i loro effetti. In questo momento, la sorte di ciascun diritto ha minore rilevanza collettiva, proprio perché si discute di quanto è occorso e, quindi, i limiti all'indisponibilità non evitano in sé alcun "gioco al ribasso", ma salvaguardano solo la libera formazione della volontà, nonostante le eventuali deficienze di informazione, di risorse patrimoniali, di consigli avveduti²⁸.

Nel riguardare l'esercizio del potere di disposizione, l'art. 2113 c.c. si preoccupa di quelle che potremmo chiamare le strutturali "asimmetrie in-

²³ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, 42 ss.

²⁴ P. TOSI, *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 615 ss.

²⁵ A. PERULLI, *Diritti sociali e mercato globale*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 939 ss.

²⁶ F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Rappresentanza sindacale e mandato nel contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 916 ss.

²⁷ U. ROMAGNOLI, *Un diritto da ripensare*, in *Lav. dir.*, 1995, 467 ss.

²⁸ G. TRIONI, *Il sistema del diritto sindacale dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, 587 ss.

formative” delle quali soffre il lavoratore²⁹. Per converso, l'inderogabilità permette l'esplicarsi del negoziato sindacale, e contrattazione e inderogabilità sono un binomio inscindibile³⁰. Lo stesso ragionamento vale per le norme legali, che avrebbero scarso significato se, ai fini della loro applicabilità, facessero riferimento a manifestazioni di volontà di soggetti, come i prestatori di opere, in condizioni ovvie di debolezza sociale. Però, mentre, in ordine al potere di disposizione, l'obbiettivo dell'art. 2113 c.c. è di assicurare la libera e razionale formazione della volontà (nella consapevolezza del fatto che, spesso, la transazione è una soluzione equa), non vi sarebbe contrattazione collettiva senza inderogabilità.

È persuasiva la tesi tradizionale per cui i negozi transattivi e abdicativi «non possono considerarsi contrari alle norme che contemplano l'attribuzione dei diritti (...), perché non tendono a una esclusione o limitazione dell'acquisto da parte di colui in cui favore sono predisposti, ma a una disposizione di diritti già acquistati (...). Pertanto, mentre i negozi contrari alle norme imperative indicate possono essere nulli, i negozi di rinuncia e transazione, possono, senza contraddizione, essere semplicemente annullabili»³¹. Per questa strutturale e convincente contrapposizione fra l'inderogabilità e i vincoli all'esercizio del potere di disposizione³² (non collegati da un nesso ineliminabile), non vi è difficoltà a vedere nell'art. 2113 c.c. l'espressa conferma dell'inderogabilità del contratto collettivo³³, se non si vuole più dare risalto all'art. 2077 c.c.³⁴, come è necessario. Le obiezioni sollevate sul punto ripropongono un collegamento non persuasivo fra due separate componenti prescrittive proprie dell'art. 2113 c.c. Per un verso,

²⁹ O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 cod. civ.*, Giappichelli, Torino, 2011, 183 ss.

³⁰ V. già V. SIMI, *L'efficacia del contratto collettivo*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo tratt. dir. lav.*, Cedam, Padova, 1973, 314 ss.

³¹ F. SANTORO, PASSARELLI, *L'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, cit., 53 ss.

³² P. TOSI, *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, cit., 615 ss.

³³ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113 cod. civ.*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Giuffrè, Milano, 1990, 159 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, 357 ss.; S. SCIARRA, *Contratto collettivo*, cit., 60 ss.; RUNGALDIER, *Osservazioni sull'inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all'art. 2113 cod. civ.*, cit., 291 ss.

³⁴ A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, 181 ss.

esso ribadisce come, nell'assolvimento della funzione normativa, le clausole degli accordi collettivi siano inderogabili³⁵ e, per altro verso, pone limiti al potere di disposizione del prestatore di opere, senza che una disciplina debba seguire negli svolgimenti la sorte dell'altra.

3. Le novità sulla composizione delle controversie

L'introduzione della negoziazione assistita in tema di controversie di lavoro si inserisce in una materia fondamentale e da sempre travagliata. A proposito dell'inderogabilità del contratto collettivo, l'art. 2113 c.c. enuncia un principio comunque immanente nel nostro ordinamento³⁶ e, se mai, desumibile dall'art. 39 Cost.³⁷. Infatti, come dottrina e giurisprudenza³⁸ hanno sempre dovuto riconoscere, non vi può essere accordo sindacale se non ha clausole inderogabili. Quindi, l'art. 2113 c.c. riepiloga quanto già doveva essere ricavato dalla stessa nozione di intesa collettiva e, pertanto, dall'art. 39, comma 1, Cost., che presuppone tale categoria nel fondare la libertà sindacale.

Tuttavia, la riflessione sul collegamento fra l'inderogabilità e i limiti legali al potere di disposizione ha conosciuto una singolare parabola, poiché, in una prima fase, gli sforzi si sono orientati sull'obbiettivo di estendere alle rinunce e alle transazioni istituti propri dell'inderogabilità³⁹ e, in particolare, una generale sanzione di nullità, che colpisse in sé l'atto, non solo nelle ipotesi dell'art. 1966, comma 2, c.c. Quindi, si è cercato per un lungo periodo di dedurre dall'inderogabilità delle leggi e dei contratti l'indispos-

³⁵L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 1976, 35 ss.

³⁶Sull'impossibilità di ricavare l'inderogabilità dal diritto comune, v. M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972, 9 ss.; G. VARDARO, *L'inderogabilità del contratto collettivo e le origini del pensiero giuridico-sindacale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 537 ss.

³⁷In senso critico sull'applicazione dell'art. 2077 c.c., v. G. VARDARO, *Le origini dell'art. 2077 cod. civ. e l'ideologia giuridico-sindacale del fascismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1980, 454 ss.

³⁸G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in AA.VV., *Il contratto collettivo di lavoro, Atti del terzo congresso nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, 33 ss.

³⁹R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 238 ss.

nibilità assoluta delle posizioni soggettive “primarie”⁴⁰, se non di quelle risarcitorie e secondarie, così che gli atti relativi dovessero essere considerati nulli e non solo annullabili, a prescindere dalle forme di stipulazione e, di conseguenza, dall’applicazione dell’art. 2113, comma 4, c.c. Come detto, tale tesi non è fondata.

Nell’ultima fase del dibattito⁴¹, sebbene tali questioni non siano state accantonate, si assiste a ragionamenti di ispirazione opposta, perché, con un dichiarato taglio innovativo, si cerca di riferire all’inderogabilità figure proprie dei vincoli attinenti al potere di disposizione⁴². In particolare, seppure in ambiti differenti e con finalità non sempre coerenti, si sostiene che alcune forme di stipulazione potrebbero consentire non l’esclusione dell’impugnazione per rinunce e transazioni, ai sensi dell’art. 2113, comma 4, c.c., ma, addirittura, valide deroghe a fonti legali o ad accordi sindacali⁴³. In tale caso, l’intervento delle associazioni permetterebbe di introdurre deroghe altrimenti vietate⁴⁴. Non può essere accettata l’idea di trasporre a proposito dell’inderogabilità figure che hanno un preciso significato se applicate al potere di disposizione⁴⁵, come è per l’assistenza sindacale e, ora, per quella del difensore. Se la creazione di previsioni inderogabili è sempre in funzione di un interesse superindividuale⁴⁶, il consentire una modificazione *in peius* da parte dell’accordo stipulato dai singoli provoca il pro-

⁴⁰ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 258 ss.

⁴¹ Su nuove prospettive del contratto individuale, E. GHERA, *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, vol. I, Cacucci, Bari, 1999, 503 ss.

⁴² R. VOZA, *Norma inderogabile a autonomia individuale assistita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 653 ss.; V. PINTO, R. VOZA, *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 482 ss.; P. ICHINO, *Norma inderogabile e valorizzazione dell’autonomia individuale nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, 77 ss.; F. SCARPELLI, *Spunti per la tutela del lavoro nel rapporto: autonomia negoziale individuale e sostegno collettivo*, in F. AMATO (a cura di), *I “destini” del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1998, 101 ss.

⁴³ A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, 1992, I, 480 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, 59 ss.

⁴⁴ G. PROSPERETTI, *L’autonomia privata tra inderogabilità e flessibilità delle tutele*, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 599 ss.

⁴⁵ Sull’esperienza in altri settori dell’ordinamento, v. R. VOZA, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, cit., 603 ss.

⁴⁶ C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 348 ss.

rompere di esigenze diverse da quelle protette dalla fonte eteronoma o dal negozio sindacale.

Per sua natura, l'autonomia individuale risponde a specifiche aspettative valutate da ciascun lavoratore, per un verso esposto ai ricatti delle imprese e, per altro verso, se anche così non fosse, propenso a dare importanza solo al suo "particolare" e certo non a quella più generale visione strategica che dovrebbe caratterizzare il contratto collettivo o l'intervento del legislatore⁴⁷. Il passaggio dal negozio inderogabile a quello derogabile (seppure nel rispetto di talune forme) sottolinea interessi individuali in luogo di quelli collettivi, comunque sottesi all'esercizio dell'autonomia sindacale⁴⁸. Poco importano la forma o le modalità di stipulazione dell'intesa fra il lavoratore e l'impresa; quindi, non altera il quadro l'assistenza delle associazioni, anche ad ammettere che siano capaci di destreggiarsi in questioni così complesse. Ai sensi dell'art. 2113, comma 4, c.c., il sindacato interviene a correggere o limitare asimmetrie informative⁴⁹, non a caso operando in difficile concorrenza con le commissioni di conciliazione e le autorità di certificazione e, a maggiore ragione, con i giudici, i migliori consulenti di cui un lavoratore possa disporre, se vogliono esplicare tale funzione con tempo e impegno.

Comunque, l'art. 2113 c.c. e il suo rinvio a transazioni e rinunce valide, perché concluse con l'assistenza di soggetti qualificati, hanno visto una modificazione significativa⁵⁰ e si è accentuato il rilievo della correzione delle "asimmetrie informative" rispetto alla dimensione conciliativa in senso proprio, cioè all'avvicinamento delle posizioni, per la composizione del contrasto. Con l'eccezione del giudice (se animato da buona volontà, come, a dire il vero, capita per lo più), nelle altre fattispecie in grado di garantire il carattere definitivo dell'intesa, la mediazione è rara⁵¹, se non si

⁴⁷ M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. DELL'OLIO, G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Cedam, Padova, 1980, 252 ss.

⁴⁸ G. TRIONI, *Il sistema del diritto sindacale dalla rappresentanza alla rappresentatività*, cit., 587 ss.; M. NAPOLI, *Potere sindacale e diritti individuali nella gestione dei processi di riorganizzazione dell'impresa*, in *Pol. dir.*, 1983, 23 ss.; P. TOSI, *Rappresentanza sindacale e autonomia individuale*, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 114 ss.

⁴⁹ M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1974, I, 41 ss.; P. PETINO, *Composizione delle liti e ruolo del sindacato*, Giuffrè, Milano, 1989, 37 ss.

⁵⁰ P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 423 ss.

⁵¹ Invece, v. M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, cit., 41 ss.

prendono in esame i precedenti contatti preparatori⁵². La riduzione delle “asimmetrie informative” non è in contraddizione con una iniziativa che entri nel merito del conflitto e miri al suo superamento⁵³, ma la prima prospettiva appare centrale, per l’attuale esperienza, in cui i soggetti sindacali e quelli pubblici si dedicano per lo più a garantire la legittimità degli atti di disposizione, in luogo di crearne le premesse⁵⁴. Questa evoluzione potrebbe essere considerata riduttiva rispetto all’idea della conciliazione come superamento delle controversie⁵⁵. Tuttavia, la frequenza degli accordi riduce la possibilità di una effettiva azione di avvicinamento e si stempera tale ruolo⁵⁶, riservato a una parte delle liti e, spesso, rimesso ai colloqui interlocutori fra professionisti⁵⁷. Nella sua concezione originaria, la conciliazione prevedeva la presenza sindacale⁵⁸, ma l’evoluzione ha ridimensionato questo aspetto⁵⁹.

4. La struttura e la funzione delle conciliazioni del nostro ordinamento

Se la conciliazione è un procedimento funzionale al componimento della controversia o, comunque, alla stipulazione della transazione o della rinuncia⁶⁰, il terzo ha il «compito di aiutare le parti a individuare il contenu-

⁵² A. ZOPPOLI, *La riforma della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 411 ss., con riguardo alla situazione successiva alla legge n. 183/2010 e al concetto complessivo di conciliazione.

⁵³ L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 121, 2011, 9 ss.

⁵⁴ Invece, v. M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2011, 57 ss.

⁵⁵ E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, 357 ss.

⁵⁶ M. BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 125 ss.

⁵⁷ C. CECHELLA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 446 ss.

⁵⁸ M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, cit., 41 ss.

⁵⁹ A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro. Conciliazione e arbitrato*, in F. GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, Cedam, Milano, 2000, 45 ss.

⁶⁰ G. DE STEFANO, *Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Giuffrè, Milano, 1959, 14 ss.

to dell'atto»⁶¹. Con una ricerca classificatoria, si distinguono due modelli, «quello facilitativo (o di autocomposizione della lite) e quello valutativo (o di eterocomposizione)»⁶² e, a ragione, si ravvisano nel nostro ordinamento solo esempi del primo, seppure con notevole varietà⁶³, perché sia assicurata l'inoppugnabilità dell'atto⁶⁴. Del resto, il legislatore ravvisa sfaccettature meritevoli di considerazione, sebbene in un quadro unitario⁶⁵. Né questo è alterato dall'ordinaria possibilità di agire per la declaratoria della nullità o l'annullamento, secondo il diritto privato, poiché tali azioni si aggiungono a quella dell'art. 2113 c.c.⁶⁶.

Non sorprende la funzionalità di ciascuna ipotesi conciliativa a più obiettivi⁶⁷, desumibili dal quadro regolativo o, spesso, dall'esperienza successiva e dalla connessa inclinazione subita dai procedimenti; il contenimento delle “asimmetrie informative”, la garanzia della coerenza delle transazioni, l'eliminazione o la riduzione di clausole nulle, l'abbassamento del numero dei giudizi, il coordinamento fra le ragioni del singolo dipendente e quelle collettive, in specie a proposito dell'applicazione dei negozi sindacali, coesistono nella disciplina vigente, seppure con un suo andamento incerto e con tante soluzioni, così che maggiore ordine sarebbe auspicabile. Tuttavia, a proposito della presenza di più fini, non vi è motivo di scandalo, poiché, in quanto decisione di notevole valore giuridico e sociale, la transazione evoca molte aspettative, con riflessi nella normativa.

⁶¹ F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1204 ss.

⁶² P. ALBI, *Indisponibilità dei diritti, inderogabilità delle norme, effettività dei diritti nel rapporto di lavoro*, in L. CALCATERRA (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Le riforme del quinquennio 2011-2015. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 112 ss.

⁶³ P. ALBI, *Indisponibilità dei diritti, inderogabilità delle norme, effettività dei diritti nel rapporto di lavoro*, cit., 112 ss.

⁶⁴ F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., 1202 ss.

⁶⁵ A ragione, sul carattere tassativo delle fattispecie cui l'art. 2113 c.c. collega l'inoppugnabilità di rinunce e transazioni, v. Cass. 15 giugno 1987, n. 5274, in *Mass. giur. lav.*, 1987, 368.

⁶⁶ R. SALOMONE, *Conciliazione e arbitrato*, in S. MAINARDI (coord. da), *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, tm. III, Giappichelli, Torino, 2007, 689 ss.

⁶⁷ M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1065 ss.

Vi è da pensare che, ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. q), della legge n. 208/2021, con il diretto intervento degli avvocati e dei consulenti del lavoro, la vocazione conciliativa della negoziazione assistita potrebbe acquisire maggiore spazio e la procedura potrebbe comportare trattative effettive, soprattutto affidate per intero ai protagonisti del conflitto, con la consulenza e l'assistenza nella stipulazione dell'intesa, con la stabilità dell'art. 2113, comma 4, c.c. Ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. q), della legge n. 208/2021, la negoziazione assistita rimane facoltativa e non può costituire condizione di procedibilità, a differenza di quanto era stato previsto. A maggiore ragione, si immagina una opportunità, non un vincolo, con un probabile ruolo attivo dei difensori, chiamati a cooperare e a cercare una composizione del contrasto, sulla base di una analisi della vicenda e con un ruolo sia di consulenza, sia di ricerca di un accordo. A questi aspetti è dedicato il successivo contributo.

5. *Il nuovo regime processuale delle controversie sui licenziamenti*

Se la complessiva riforma pone perplessità⁶⁸, merita apprezzamento l'abrogazione dell'art. 1, comma 47 ss., della legge n. 92/2012⁶⁹, se non altro per l'irrazionalità di immaginare una riduzione dei tempi del processo per l'introduzione di un procedimento a cognizione sommaria. Ora è solo sancito l'obbligo di prioritaria trattazione nel caso di proposizione di una domanda volta a ottenere un ordine di reintegrazione e «non sono previste le conseguenze giuridiche della mancata osservanza della regola (...) e la cui violazione (...) può rilevare sul piano disciplinare ove ne ricorrano gli altri presupposti»⁷⁰.

Pertanto, nello stesso giudizio trovano spazio le domande sia sul licenziamento, sia su altre questioni, a cominciare da quelle retributive, e l'art. 441-*bis*, comma 4, c.p.c. «ha rilievo con riguardo» al fatto che il giudice deve «assicurare la concentrazione della fase istruttoria e della decisione

⁶⁸P. BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 46 ss.

⁶⁹A.D. DE SANTIS, *Le controversie sui licenziamenti*, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, Cacucci, Bari, 2022, 209 ss.

⁷⁰L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 6 ss. del dattiloscritto.

alle domande di reintegrazione prevedendo all'uopo nel calendario udienze riservate»⁷¹. Non vi sono più rischi di declaratoria di inammissibilità di talune domande e, comunque, sono molto ridimensionate e, anzi, superate le tensioni addotte dall'art. 1, comma 47 ss., della legge n. 92/2012. Si può dubitare del rispetto del dovere di trattazione prioritaria e le sanzioni disciplinari sono un debole presidio, ma ciò non fa rimpiangere il vecchio, frammentato regime, e la ricomposizione del processo sulle controversie inerenti a rapporti cominciati prima e dopo il 7 marzo 2015 è coerente con l'art. 3 Cost. e con una basilare razionalità prescrittiva.

Non meno opportuno è l'art. 441-*bis*, comma 6, c.p.c. sulla devoluzione al rito dell'art. 409 ss. c.p.c. delle «controversie aventi a oggetto l'impugnazione del licenziamento dei soci delle cooperative», va da sé di produzione e lavoro, con il potere del giudice di decidere «anche sulle questioni relative al rapporto associativo». La novità risolve noti dubbi⁷² ed è apprezzabile, se non altro per la semplificazione⁷³. A tale fine, poco importa che l'estinzione del rapporto di lavoro derivi dal relativo recesso o da una deliberazione di esclusione⁷⁴.

Per i licenziamenti discriminatori⁷⁵, l'art. 441-*quater* c.p.c. consente di agire ai sensi dell'art. 409 c.p.c. o, «ricorrendone i presupposti, con i riti speciali»⁷⁶. Peraltro, la «proposizione della domanda relativa alla nullità» preclude la «possibilità di agire» poi con un diverso rito. Come a ragione si commenta, «la diversità del tipo di controversia esclude che il criterio preclusivo sia applicabile alla peculiare azione promossa dal consigliere per la parità»⁷⁷, la cui azione non può comportare svantaggi per i terzi.

⁷¹ L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 6 ss. del dattiloscritto.

⁷² V. MAIO, *Di alcuni profili processuali problematici (e connessi risvolti sostanziali) del lavoro nelle società cooperative*, in *Variuz. temi dir. lav.*, 2017, 330 ss.

⁷³ D. DALFINO, *Un solo rito e un solo giudice per le controversie in materia di licenziamento ed esclusione del socio lavoratore di cooperativa (o quasi)*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 3, 10 ss. (dell'estratto).

⁷⁴ D. DALFINO, *Un solo rito e un solo giudice per le controversie in materia di licenziamento ed esclusione del socio lavoratore di cooperativa (o quasi)*, cit., 10 ss.

⁷⁵ L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, in corso di pubblicazione, 31 ss.

⁷⁶ C. ROMEO, *Le controversie sui licenziamenti dopo il rito Fornero*, in *Mass. giur. lav.*, 2023, 103 ss.

⁷⁷ L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 31 ss. del dattiloscritto.

A volere ragionare dal punto di vista del diritto sostanziale, il risultato complessivo dell'intervento è molto opportuno⁷⁸, sebbene si ritorni al modello anteriore all'adozione della legge n. 92/2012, con correttivi. Per chi non ha mai avuto simpatia per tale riforma (e basti pensare alle novità in tema di prescrizione per comprendere le ragioni di tale diffidenza), l'allontanamento progressivo dalle strategie del 2012 è sempre da guardare con apprezzamento e vi è da sperare che la revisione delle trasformazioni relative sia appena cominciata. Anzi, il legislatore dovrebbe riflettere sulla situazione insostenibile emersa a proposito della prescrizione estintiva e dedicare a essa tutta la sua attenzione.

6. Le udienze

Ha avuto grande risalto la discussione sulla compatibilità con il sistema dell'art. 409 ss. c.p.c. della trattazione scritta⁷⁹, soprattutto in nome della difesa dell'oralità e in contrapposizione a una allegata "disumanizzazione" del processo⁸⁰, ma «la erronea trattazione scritta raramente (...) può riflettersi sulla nullità del procedimento e della sentenza», salvo il caso, improbabile, in cui «abbia avuto luogo una violazione del contraddittorio e se la parte che di ciò si lamenti deduca lo specifico pregiudizio che le sia derivato»⁸¹. Se si guarda alle conseguenze applicative, tanto basta perché sia ridimensionato il rilievo della questione, invece notevole sul versante teorico.

Se non ci si inganna, seppure con soluzioni prescrittive non sempre limpide, la riforma accresce il potere del giudice sull'impostazione dell'udienza; qualunque previsione può essere smentita, a maggiore ragione in questa materia, ma ci si può attendere nei fatti un uso energico di tali prerogative, per l'affiorare di convinzioni soggettive sulle migliori strategie di potenziamento dell'efficienza. In fondo, questo è l'obbiettivo dell'ultimo legislatore⁸²; seb-

⁷⁸C. ROMEO, *Le controversie sui licenziamenti dopo il rito Fornero*, cit., 115 ss.

⁷⁹L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 10 ss. del dattiloscritto.

⁸⁰G. SCARSELLI, *Mala tempora currunt. Scritti sull'ultima riforma del processo civile*, Pacini, Pisa, 2022, 127 ss.

⁸¹L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 12 ss. del dattiloscritto.

⁸²D. DALFINO, *Un solo rito e un solo giudice per le controversie in materia di licenziamento ed esclusione del socio lavoratore di cooperativa (o quasi)*, cit., 2 ss.

bene sia difficile l'interpretazione delle norme sulla trattazione scritta, dovrebbe essere poco limitabile la tentazione di una loro lettura individuale, con curvature frutto delle differenti convinzioni su quanto consenta la massima accelerazione del processo. La prassi è già in questa prospettiva e i segnali aumentano. Come si obietta, «c'è (...) da chiedersi se debba divenire definitiva (...) la rottura di un modello e dei tre notissimi principi chiovendiani che ne sono alla base, che (...) è un buon modello e che (...) ha funzionato meglio di altri»⁸³.

Tuttavia, l'impulso della legislazione di contrasto all'epidemia e qualche tentazione giurisprudenziale anteriore e solo rafforzata dagli eventi del 2020 portano a molte letture soggettive delle disposizioni processuali sull'udienza; del resto, se si pone il fine prioritario dell'efficienza e del contenimento dei tempi, si può immaginare una concezione differente dei metodi di perseguimento di questi scopi, persino con qualche forzatura del testo e della sua più persuasiva interpretazione. Né vi sono troppe reazioni negative dei difensori, se non altro consapevoli dell'inutilità di impugnazioni defatiganti e senza speranza realistica di successo. Questa situazione si può consolidare, come può trovare risalto crescente l'udienza in collegamento audiovisivo, la quale suscita meno o nessun dubbio di compatibilità con l'idea alla base dell'art. 409 ss. c.p.c.⁸⁴.

7. Il ricorso introduttivo al giudizio di appello

Oltre alla previsione di un cosiddetto rito semplificato, ai sensi dell'art. 437-*bis* c.p.c., la nuova disciplina ricalca quella dell'art. 342 c.p.c. e, come si legge nel contributo qui pubblicato e dedicato alle impugnazioni, «oltre a prevedere una insidiosa prescrizione, a pena di inammissibilità, di una esposizione chiara, sintetica e specifica dei motivi di appello, risulta più analitica rispetto alla formulazione originaria»⁸⁵. Appare convincente l'espressione "insidiosa", poiché è idonea a intimorire i difensori, come mostra la prima esperienza, e la comminazione dell'inammissibilità in relazione alla struttura del ricorso (e, nella logica dell'art. 342 c.p.c., dell'atto di citazione)

⁸³ L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 12 ss. del dattiloscritto.

⁸⁴ L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 13 ss. del dattiloscritto.

⁸⁵ L. PASSANANTE, *La riforma delle impugnazioni: note a prima lettura*, in questa Opera.

sottolinea non solo l'importanza delle tecniche di redazione, ma la loro diretta rilevanza processuale e sull'ammissibile proposizione dell'impugnazione, con l'attribuzione al giudice di uno spazio che la sua discrezionalità potrebbe estendere.

A proposito dell'identificazione del "capo della decisione" oggetto della censura, il saggio di seguito inserito in questa ricerca assume una posizione equilibrata, ricordando che per "capo" si deve intendere tanto quello che decide sulla domanda, quanto quello concernente una questione di diritto o di merito⁸⁶. Si può discutere sul modo corretto di identificare nell'atto lo stesso "capo" e non sono impossibili eccessi di formalismo, ma, come si avverte in modo persuasivo, «parrebbe preferibile un approccio maggiormente analitico, senza che questo necessariamente si traduca in una copiatura all'interno dell'atto di appello di brani della sentenza gravata»⁸⁷. Se non ci si inganna, l'ultima regolazione non deve essere letta come se imponesse una forma vincolata per l'appello, neppure, a maggiore ragione, nelle controversie dell'art. 409 ss. c.p.c., né nell'impostazione dei motivi, né nell'identificazione del loro oggetto. Se mai, visto il tenore letterale, può essere considerata obbligatoria la stessa articolazione delle censure in motivi, ma l'innovazione ha scarso rilievo applicativo, poiché tale tecnica era di quasi universale attuazione e tale dovrebbe rimanere. Sebbene le recenti soluzioni siano «ispirate a una idea di efficienza economicistica»⁸⁸, l'interpretazione del vecchio art. 434, comma 1, c.p.c. era stata equilibrata⁸⁹. È azzardato avanzare previsioni sugli orientamenti del prossimo futuro, sebbene la prosecuzione di tale percorso ermeneutico sia auspicabile. In fondo, la critica alla decisione del giudice di primo grado ne deve tenere in considerazione gli enunciati e deve muovere da questi, senza alcun divieto di riproporre le argomentazioni rese in precedenza, purché utili alla confutazione delle conclusioni raggiunte e a invocare un differente esito del processo.

A ragione ci si interroga sul concetto di "sinteticità" e sul nesso con l'inammissibilità e si afferma: «ritengo la sinteticità un valore da più angolazioni, ma ritengo altresì che la valutazione che le è propria abbia un tasso di opinabilità e incertezza talmente elevato da non dovere potere incidere

⁸⁶ L. PASSANANTE, *La riforma delle impugnazioni: note a prima lettura*, cit.

⁸⁷ L. PASSANANTE, *La riforma delle impugnazioni: note a prima lettura*, cit.

⁸⁸ L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 27 ss. del dattiloscritto.

⁸⁹ V. Cass., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199, in *Foro it.*, 2018, I, 978, con nota di G. BALENA, *I rassicuranti chiarimenti delle Sezioni unite sul contenuto dell'atto di appello*.

su di un effetto tombale della controversia come è quello dell'inammissibilità dell'impugnazione previsto per legge»⁹⁰. La critica alla riforma è pungente e, sul versante interpretativo, dovrebbe suggerire un ricorso prudente a tale potere del giudice di sindacato sul tenore e sulla struttura dell'atto di appello, perché sia evitata una irragionevole lesione del diritto di difesa, a fronte di conseguenze pesanti per apprezzamenti in sé soggettivi⁹¹. Vi è da chiedersi che cosa si attendano gli autori della riforma in ordine alla promozione dell'efficienza da tali misure, le quali, se applicate senza ponderazione ed equilibrio, potrebbero fomentare un conflitto fra l'avvocatura e la magistratura. Se mai tali contrapposizioni dovessero investire la redazione dell'atto di appello, non vi sarebbe alcun possibile vantaggio per la spedita conduzione delle controversie e, quindi, per il soddisfacimento delle esigenze delle parti. Solo un clima di relativa concordia e la mancata dispersione delle energie in polemiche a lungo andare inutili, se non controproducenti, potrebbero dare impulso all'auspicato raggiungimento di obiettivi di efficienza in senso lato.

8. *La revocazione della sentenza e la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*

È stato espresso apprezzamento per l'estensione dei casi di revocazione della sentenza dei giudici ordinari passata in giudicato⁹², quando il contenuto sia dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione o a uno dei suoi protocolli (art. 391-*quater* c.p.c.)⁹³. Sebbene il tema esuli da quelli inerenti al modello dell'art. 409 ss. c.p.c., sarà consentita qualche riflessione. Sul versante ricostruttivo, l'opinione positiva è persuasiva. A fronte del dichiarato contrasto tra il deciso e tali fonti di diritto internazionale pattizio, un simile rimedio sana una discrasia dell'ordi-

⁹⁰ L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 28 ss. del dattiloscritto.

⁹¹ L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 29 ss. del dattiloscritto.

⁹² L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 29 ss. del dattiloscritto; L. PASSANANTE, *La riforma delle impugnazioni: note a prima lettura*, cit.

⁹³ L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, cit., 29 ss. del dattiloscritto.

namento. Devono ricorrere condizioni (considerate cumulative)⁹⁴ date dal fatto che la violazione abbia pregiudicato un diritto di stato della persona e che l'equa indennità liquidata dalla Corte ai sensi dell'art. 41 della Convenzione non sia idonea a compensare le conseguenze della trasgressione⁹⁵.

A fronte di un ricorso serrato all'intervento della Corte europea⁹⁶, l'art. 391-*quater* c.p.c. può aprire una trasformazione significativa del sistema processuale e, soprattutto, portare a frequenti contestazioni delle sentenze della Suprema Corte, nell'auspicio di un contrasto con la Corte europea. Molto dipende dall'interpretazione della locuzione "diritto di stato", appunto centrale nell'art. 391-*quater* c.p.c. e dall'estensione attribuita a tale categoria. Se si opterà per una ricostruzione estensiva, dovrebbero essere destinate a moltiplicarsi le occasioni per la sottoposizione alla Corte europea di questioni risolte con sentenza passata in giudicato e, in qualche modo, si può immaginare uno strutturale appesantimento dei processi, quasi con una riapertura di molti con la contestazione di soluzioni cui si era giunti in apparenza in via definitiva. Poiché la giurisprudenza della Corte europea ha un ruolo crescente nel diritto del lavoro⁹⁷, i conflitti fra differenti orientamenti si potrebbero moltiplicare.

Sebbene riguardi in via incidentale le controversie di lavoro, merita un accenno il primo caso di applicazione dell'art. 363-*bis* c.p.c.⁹⁸, inerente a una questione in materia previdenziale⁹⁹. Essa è stata dichiarata inammissibile¹⁰⁰, con la motivazione per cui «l'esistenza di sentenze della Suprema Corte preclude l'applicazione dell'art. 363-*bis* c.p.c., poiché la questione non è nuova». Se tale posizione si consoliderà, la norma non potrà influire sulla soluzione di conflitti giurisprudenziali e l'impostazione può essere in linea con la lettera della disposizione, forse meno con il suo spirito. In sostanza, il citato decreto vede il concetto di novità in senso assoluto, così riducendo l'ambito di applicazione dell'istituto.

⁹⁴ L. PASSANANTE, *La riforma delle impugnazioni: note a prima lettura*, cit.

⁹⁵ L. PASSANANTE, *La riforma delle impugnazioni: note a prima lettura*, cit.

⁹⁶ L. TORSELLO, *Persona e lavoro nel sistema Cedu. Diritti fondamentali e tutela sociale nell'ordinamento multilivello*, Cacucci, Bari, 2019, 35 ss.

⁹⁷ L. TORSELLO, *Persona e lavoro nel sistema Cedu. Diritti fondamentali e tutela sociale nell'ordinamento multilivello*, cit., 35 ss.

⁹⁸ L. PASSANANTE, *La riforma delle impugnazioni: note a prima lettura*, cit.

⁹⁹ V. Trib. Taranto 30 marzo 2023, ord., in *www.dirittolavorovariazioni.com*.

¹⁰⁰ V. Cass., Primo Presidente, 9 maggio 2023, decr., in *www.dirittolavorovariazioni.com*.

Riferimenti bibliografici

- ALBI P., *Indisponibilità dei diritti, inderogabilità delle norme, effettività dei diritti nel rapporto di lavoro*, in L. CALCATERRA (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Le riforme del quinquennio 2011-2015. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 112.
- BALENA G. *I rassicuranti chiarimenti delle Sezioni unite sul contenuto dell'atto di appello* (nota a Cass., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199), in *Foro it.*, I, 2018, 978.
- BALLESTRERO M.V., *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1989, 357.
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977.
- BIAVATI P., *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 46.
- BOVE M., *Conciliazione e arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 125.
- BOVE M., *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1065.
- CAPPELLETTI M., *Intervento*, in *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, in *Atti del convegno organizzato dall'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 12-13 giugno 1971, Giuffrè, Milano, 1971, 295.
- CECCHIELLA C., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 446.
- CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 348.
- CESTER C., *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 992.
- DALFINO D., *Un solo rito e un solo giudice per le controversie in materia di licenziamento ed esclusione del socio lavoratore di cooperativa (o quasi)*, in *Lav. dir. Eur.*, n. 3, 2021.
- DE ANGELIS L., *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 121, 2011.
- DE ANGELIS L., *Il processo del lavoro: un tragitto di mezzo secolo tra difesa del rito differenziato e frenesia di cambiamento*, in questo Volume.
- DE CRISTOFARO M., *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro*, in *Lav. giur.*, 201157.
- DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.
- DE LUCA TAMAJO R., *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2003.
- DE SANTIS A.D., *Le controversie sui licenziamenti*, in G. COSTANTINO (a cura di),

- La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, Cacucci, Bari, 2022, 209.
- DE STEFANO G., *Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Giuffrè, Milano, 1959.
- DELL'OLIO M., *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. DELL'OLIO, G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Cedam, Padova, 1980, 252.
- DELL'OLIO M., *La subordinazione nell'esperienza italiana*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 710.
- DESSI O., *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 cod. civ.*, Giappichelli, Torino, 2011.
- FABBRINI G., *Intervento*, in *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, in *Atti del convegno organizzato dall'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 12-13 giugno 1971, Giuffrè, Milano, 1971, 132.
- FAZZALARI E., *intervento*, in *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, in *Atti del convegno organizzato dall'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 12-13 giugno 1971, Giuffrè, Milano, 1971, 132.
- GHERA E., *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, vol. I, Cacucci, Bari, 1999 503.
- GIUGNI G., *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in AA.VV., *Il contratto collettivo di lavoro*, *Atti del terzo congresso nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, 33.
- GIUGNI G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *Dir. lav.*, I, 1979, 3.
- GRANDI M., *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, I, 1974, 41.
- ICHINO P., *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1990, 77.
- ICHINO P., *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996.
- LUISO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1204.
- MAGNANI M., *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2013.
- MAGNANI M., *Disposizione dei diritti*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, V, 1990, 60.
- MAIO V., *Di alcuni profili processuali problematici (e connessi risvolti sostanziali) del lavoro nelle società cooperative*, in *Variet. temi dir. lav.*, 2017, 330.
- MARTELLONI F., *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in *Lav. dir.*, 2006, 353.
- MENGONI L., *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 1976, 35.
- MOROZZO DELLA ROCCA F., *Rappresentanza sindacale e mandato nel contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 916.
- NAPOLI M., *Potere sindacale e diritti individuali nella gestione dei processi di riorganizzazione dell'impresa*, in *Pol. dir.*, 1983, 23.

- PASSANANTE L., *La riforma delle impugnazioni: note a prima lettura*, in questa *Opera*.
- PEDRAZZOLI M., *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in AA.VV. *Il nuovo mercato del lavoro, decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 721.
- PEDRAZZOLI M., *Le complicazioni dell'inutilità: note critiche sul lavoro a progetto*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, Bologna, 2006, 119.
- PERA G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113 cod. civ.*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Giuffrè, Milano, 1990.
- PERSIANI M., *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972.
- PERSIANI M., *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 23.
- PERSIANI M., *Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2010, 827.
- PERULLI A., *Diritti sociali e mercato globale*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2000, 939.
- PETINO P., *Composizione delle liti e ruolo del sindacato*, Giuffrè, Milano, 1989.
- PINTO V., VOZA R., *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2002 482.
- PIZZOFERRATO A., *Giustizia privata del lavoro. Conciliazione e arbitrato*, in F. GALLANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, Cedam, Milano, 2000.
- PIZZOFERRATO A., *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *Dir. lav.*, I, 2023, 7.
- PROSPERETTI G., *L'autonomia privata tra inderogabilità e flessibilità delle tutele*, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 599.
- REDENTI E., *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1905, 357.
- ROMAGNOLI U., *Un diritto da ripensare*, in *Lav. dir.*, 1995, 467.
- ROMEO C., *Le controversie sui licenziamenti dopo il rito Fornero*, in *Mass. giur. lav.*, 2023, 103.
- RUNGGALDIER, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1980, 291.
- RUSCIANO M., *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, II ed., Utet, Torino, 2003.
- SALOMONE R., *Conciliazione e arbitrato*, in S. MAINARDI (coord. da), *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, tm. III, Giappichelli, Torino, 2007, 689.
- SANTORO PASSARELLI F., *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. econ.*, 1950, 299.
- SCARPELLI F., *Spunti per la tutela del lavoro nel rapporto: autonomia negoziale individuale e sostegno collettivo*, in F. AMATO (a cura di), *I "destini" del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1998, 101.

- SCARSELLI G., *Mala tempora currunt. Scritti sull'ultima riforma del processo civile*, Pacini, Pisa, 2022.
- SCIARRA S., *Contratto collettivo*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, IV, 1989, 60.
- SIMI V., *L'efficacia del contratto collettivo*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo tratt. dir. lav.*, Cedam, Padova, 1973.
- TORSELLO L., *Persona e lavoro nel sistema Cedu. Diritti fondamentali e tutela sociale nell'ordinamento multilivello*, Cacucci, Bari, 2019.
- TOSI P., *Rappresentanza sindacale e autonomia individuale*, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 114.
- TOSI P., *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 615.
- TRIONI G., *Il sistema del diritto sindacale dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, 587.
- TULLINI P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 423.
- TURSI A., *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996.
- VALLEBONA A., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, I, 1992, 480.
- VALLEBONA A., *Il trionfo del processo del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 566.
- VARDARO G., *L'inderogabilità del contratto collettivo e le origini del pensiero giuridico-sindacale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 537.
- VARDARO G., *Le origini dell'art. 2077 cod. civ. e l'ideologia giuridico-sindacale del fascismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1980, 454.
- VOZA R., *Norma inderogabile a autonomia individuale assistita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 653.
- ZOPPOLI A., *La riforma della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 411.

IL PROCESSO DEI LICENZIAMENTI TRA AGONIE E SPERANZE *

Luigi de Angelis **

1. Ancora una riforma del processo civile

Affidato, ora, ad una legge di delegazione, con poche disposizioni, che qui non interessano, non bisognose di decreti attuativi il tormento del processo continua, spinto dall'idea che alla sua inefficienza possa ovviarsi attraverso la modifica delle regole processuali; un'idea ora accompagnata, però, come fu per la prima volta con la legge n. 533/1973¹, da una diversa misura organizzativa, l'ufficio per il processo, che ci si può permettere, così sottraendosi alla mannaia delle riforme a costo zero, per le risorse date dall'ormai famosissimo PNRR². Nel frattempo, le misure dettate dalla legislazione della pandemia, pur lontane dai principi chiovendiani immanenti alla legge n. 533, hanno assicurato la salvezza – direi la sopravvivenza – del processo e pertanto sono tra le modifiche che personalmente apprezzo pur a bocca amara, e non condivido affatto l'*obiter dictum* contenuto in Cass. ord. 10 novembre 2021, n. 33175, che, in una controversia in materia di separazione tra coniugi, si badi bene, ha affermato l'incompatibilità del c.d. rito cartolare con il processo del lavoro, e ciò con ordinanza della sezione VI!

Per il resto, continuo a ritenere³ che le regole processuali dovrebbero

* Nel caro ricordo di Onofrio Fanelli.

** Già Presidente della sezione lavoro della Corte d'Appello di Genova.

¹ Cfr. V. DENTI, *La giustizia civile Lezioni introduttive*, il Mulino, Bologna, 1989, 45.

² Su cui cfr. A. DI FLORIO, *L'Ufficio per il processo*, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, Cacucci, Bari, 2022, 121 ss.

³ Cfr., se vuoi, L. DE ANGELIS, *Sguardo su effettività dei diritti e deflazione delle contro-*

essere lasciate in pace (la frenesia legislativa soprattutto dell'ultimo decennio mi ha fatto maturare l'idea che l'immobilismo in certi periodi, persino in quelli tumultuosamente in movimento come gli attuali, non sia poi così male); che l'efficienza del processo dipenda da altro⁴; che del resto l'efficienza *di per sé* non sia un valore, ma lo sia, e di cruciale importanza malamente trascurata per tanto tempo dal sistema giudiziario, solo se finalizzata all'effettività dei diritti o ad altri valori e non alle sole ragioni, pure degne di considerazione, di tipo economicistico. Ragioni che hanno in prevalenza animato gli interventi normativi processuali (e non solo) del corrente secolo, per quel che riguarda le controversie di lavoro specie in materia di licenziamenti, e che, assorbite a volte burocraticamente, non hanno risparmiato la conduzione del processo da parte di giudici del lavoro.

Faccio poi ricorso all'ottimismo della volontà per credere nelle virtù salvifiche dell'istituto dell'ufficio per il processo, che peraltro al nord del paese sta trovando grandi difficoltà nel reclutamento degli addetti.

2. Il tramonto del c.d. rito Fornero sulle controversie in tema di licenziamenti

Questo non significa che, come i più, non apprezzi che si voglia porre fine al famoso – direi famigerato stante la miriade di problemi complicati e delicati che ha posto e pone – rito Fornero (art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012) il cui ambito di applicazione il decreto legislativo n. 23 del 2015 ha ridimensionato dando però vita ad una delle stravaganze processuali (se non vogliamo chiamarle ingiustizie, o come detto con maggiore eleganza nella relazione finale dei lavori della commissione Luiso istituita con d.m. 21 marzo 2021 presso il Ministero della giustizia⁵, “di dubbia compatibilità con il principio di ragionevolezza”) più clamorose, quella di distinguere

versie di lavoro, in *Labor*, 2016, 85 ss., spec. 93; ID., *Efficienza ed effettività nelle recenti riforme della giustizia del lavoro*, in L. CORAZZA-L. NOGLER (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, 906 ss.

⁴Cfr. Aut. ult. cit., *La motivazione della sentenza (di lavoro): una vita complicata*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, RomaTre press, Roma, 2016, 203 ss., anche in *Var. temi dir. lav.*, 2016, 785 ss.; da ult. P. BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 46.

⁵Cfr. Ministero della giustizia Ufficio legislativo, Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi presieduta da F.P. LUISO, *Proposte normative e note illustrative*, in *www.giustizia.it*, § 2, 98.

le regole in ragione della data di origine dei rapporti di lavoro (lo spartiacque del 7 marzo 2015). Un rito che sembrava moribondo nel 2016 quando fu approvato alla camera il disegno di legge delega n. 2953, approdato in senato con il n. 2284, che ne prevedeva la immediata abrogazione ma che è poi rimasto lettera morta a seguito delle successive vicende politiche.

Ora, lo accennavo, vi è una legge (26 novembre 2021, n. 206), che tocca anche qualche aspetto⁶ delle controversie di lavoro cui però si aggiungono le regole del processo civile ordinario ove non derogate da quelle speciali del processo del lavoro, che, come è noto, non è autosufficiente; in particolare tocca le norme delle controversie in materia di licenziamenti (art. 1, comma 11)⁷. Si tratta di modifiche ispirate ai lavori della Commissione Luiso e al disegno n. 2284 cit., e che, a differenza di quanto previsto dal citato disegno di legge, vanno riempite di contenuti dai decreti delegati nel rispetto dei principi e criteri direttivi dalla legge stessa fissati e i quali pertanto avranno rilievo decisivo.

Si deve ritenere delegato l'abbandono del rito Fornero. Il testo, in parziale conformità a quello licenziato dalla Commissione Luiso, dice di unificazione e coordinamento della disciplina dei procedimenti d'impugnazione dei licenziamenti (per il vero il testo della predetta Commissione faceva riferimento alla sola unificazione⁸) e non di abrogazione, quest'ultima contemplata invece espressamente dalla Commissione⁹ e dal disegno di legge n. 2284. Ciò sembrerebbe poter comportare anche la permanenza del solo rito Fornero esteso ai licenziamenti in regime di c.d. tutele crescenti. Ma da quanto previsto alla lettera c) del citato comma 11 per le azioni di nullità dei licenziamenti discriminatori, in cui si fa riferimento alla possibilità di ricorso ex art. 414 c.p.c. e alle azioni speciali in materia di discriminazioni, si comprende che l'unificazione debba avvenire a danno del rito del

⁶ Si è prevista l'estensione della negoziazione assistita alle controversie individuali di lavoro e una disciplina delle controversie sui licenziamenti.

⁷ Cfr. A.D. DE SANTIS, *Le controversie sui licenziamenti*, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, cit., 209 ss.

⁸ Cfr. art. 7, comma 1, lett. c): «prevedere l'unificazione dei procedimenti di impugnazione dei licenziamenti, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi ...».

⁹ Art. 7, comma 1, lett. c), n. 1: «stabilire l'applicabilità della disciplina vigente a tutte le impugnazioni successive alla data di entrata in vigore del decreto legislativo medesimo, con conseguente superamento dell'applicazione della disciplina di cui all'articolo 1, commi da 47 a 66, della legge 28 giugno 2012, n. 92».

2012¹⁰, come è del resto la storia della delegata modifica: sarebbe quindi contraria alla delega una norma di segno differente.

Sempre nella delega è previsto debba esserci una disciplina transitoria, la quale è invece mancata nella legge Fornero e nel d.lgs. n. 23/2015. Disciplina che opportunamente non è quindi lasciata ai principi generali i quali non sono di generale condivisione (si pensi al principio *tempus regit actum*, messo in discussione soprattutto da Remo Caponi¹¹ a favore del principio *tempus regit processum* il quale ultimo ha avuto ingresso anche in una pronuncia della corte costituzionale¹² e che pare accolto nel progetto Luiso¹³). È poi auspicabile che le regole transitorie siano abbastanza puntuali da assicurare una ragionevole certezza.

3. Le questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro

L'unificazione ed il coordinamento deve comprendere, come previsto nella legge, i casi in cui vadano risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto. Una analoga dizione era contenuta nella legge n. 92 del 2012 ed il significato andava inteso, come ha ritenuto condivisibilmente la Corte di Cassazione, quale formula esplicativa della «volontà del legislatore di non precluderne l'utilizzo per barriere imposte dall'apparenza della forma»¹⁴: Non ha quindi giustamente trovato conforto la formalistica giurisprudenza espressa ad esempio da Trib. Milano, ord. 25 ottobre 2012¹⁵ se-

¹⁰ Conf. A. D. DE SANTIS, *Le controversie sui licenziamenti*, cit., 210.

¹¹ Cfr. R. CAPONI, *Tempus regit processum – Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 449 ss., e in altri lavori.

¹² Cfr. Corte cost. 30 gennaio 2018, n. 13, in *Foro it.*, 2018, I, 707, per la quale è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 829, comma 3, c.p.c., come sostituito dall'art. 24 d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, in combinato disposto con l'art. 27, comma 4, stesso d.lgs., nella parte in cui prevede, secondo il "diritto vivente", che la preclusione alla sindacabilità del lodo arbitrale per violazione delle regole di diritto relative al merito in assenza di espressa previsione delle parti o della legge si applica ai procedimenti nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, con esclusione di quelli azionati in forza di convenzioni di arbitrato stipulate prima della riforma, in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost.

¹³ V. *supra*, nota 5.

¹⁴ Cfr. Cass. 8 settembre 2016, n. 17775, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1199, con nota di A. DE GIUDICI, *Codatorialità e licenziamento: riflessioni a margine di alcune recenti sentenze*.

¹⁵ In *Foro it.*, 2013, I, 674, con nota di S. CALVIGIONI.

condo cui il ricorso proposto con le forme di cui all'art. 1, comma 48, legge n. 92/2012, avente ad oggetto la reintegrazione presso un datore di lavoro diverso da quello che formalmente risulta essere il datore di lavoro del ricorrente, va dichiarato inammissibile in quanto richiede un accertamento estraneo all'ambito di applicazione del nuovo rito speciale. Qui la direttiva per il legislatore delegato potrebbe apparire superflua se si considera il solo rito *ex lege* n. 533/1973 posto che quest'ultima sarebbe in ogni caso applicabile; non lo è però se si considerano i riti speciali per le discriminazioni cui pure la legge dedica attenzione con lo stabilire, in conformità al d.l. n. 2284 (art. 2, comma 5) e ai lavori della Commissione Luiso (art. 7, comma 5), il criterio *electa una via altera non data* e cioè precludendo la proposizione della stessa controversia con rito diverso così evitando il sorgere di problemi che si erano posti con la legge n. 92.

4. Le controversie sulle discriminazioni

A proposito delle controversie in tema di discriminazioni è opportuno fare alcune osservazioni:

A) La natura sostanziale dell'alleggerimento dell'onere della prova per le (sole) discriminazioni nominate – si rammenta che non a caso la disciplina generale sull'onere della prova è contenuta nel codice civile (art. 2697), che ammette anche la stipulazione di patti diretti a modificarlo¹⁶ e nella cui relazione, al n. 6, 5° cpv., si legge di “norme apparentemente processuali”¹⁷ – induce a ritenere che tale misura operi anche quando il rito utilizzato sia stato altro¹⁸. Non vi è del resto ragione per legare al tipo di

¹⁶In punto si fanno proprie le considerazioni di S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1988, 46 ss., spec. 48-49. A tale contributo, sempre p. 46 ss., si rinvia per efficace sintesi del tradizionale dibattito in argomento, “in verità sopito negli ultimi anni”, come *ivi* evidenziato.

¹⁷Al riguardo cfr. già L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIX, 1, Utet, Torino, 1985, 169.

¹⁸Conf. F. DE MICHIEL, *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2019, 177 ss., anche nota 53 per richiami giurisprudenziali conformi M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2017, 137; D. BORGHESI, *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 879; L. DE ANGELIS, *Il giudizio*, in M.T. CARINCI-A. TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015,

procedimento una misura la cui logica è piuttosto correlata dal diritto dell'Unione europea alle posizioni giuridiche tutelate (v. art. 8 direttiva 2000/43, art. 10 direttiva quadro 2000/78; altresì Corte giust. CE, 27 ottobre 1993, n. 127/92; 17 ottobre 1989, n. 109/88)¹⁹. Mi sento poi di dire che lo stesso è per quel che riguarda la peculiare sanzione risarcitoria prevista dall'art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2011 e dall'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 198/2006, nonostante le sedi che la contemplanò e pur se gli enunciati normativi facciano riferimento all'ordinanza e, rispettivamente, al decreto. Infatti, se la sanzione è la risposta dell'ordinamento ad un comportamento illegittimo, ciò deve prescindere dal mezzo che tale comportamento accerta. Quanto alla forma del provvedimento che deve infliggerla, si dice di ordinanza perché è appunto l'ordinanza che definisce in primo grado il procedimento e che è poi appellabile (e il giudice d'appello decide con sentenza che ovviamente potrà contenere la statuizione risarcitoria e che per questo fa capire lo scarso valore del dato formale). E si dice di decreto perché il d.lgs. n. 198 cit. considera la sanzione già nella fase sommaria; sanzione che però può essere inflitta anche nella fase d'opposizione e in grado d'appello, che si chiudono entrambe con sentenza. Non si deve d'altronde dimenticare che anche in questo caso il diritto eurounitario²⁰ prescinde dalla forma processuale con la quale la tutela viene assicurata al soggetto danneggiato. Forse un discorso analogo può essere fatto anche circa alcune misure processuali quali l'ordine di pubblicazione, che, ad esempio, pure previsto dallo Statuto dei lavoratori per le controversie di repressione della condotta antisindacale, può essere inflitto dal giudice che decide l'eventuale opposizione.

B) Certamente non sono comprese nella delega l'azione collettiva con-

252; E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, Milano, 2015, 33; P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi «funzionali» alla luce dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, 346 ss.; *contra*, F. CARINCI, *Ripensando il nuovo articolo 18*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 318 ss.; E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, 98 ss.; A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. MAGNANI-M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 313 ss.

¹⁹ Rispettivamente in *Mass. giur. lav.*, 1994, 363, con nota di R. FOGLIA, *Ancora in tema di parità uomo-donna: la corte di giustizia affila le armi contro le discriminazioni sessuali*, e in *Dir. lav.*, 1990, II, 286, con nota sempre di R. FOGLIA, *Parità di trattamento, discriminazioni indirette ed onere della prova nella giurisprudenza della corte di giustizia-Cee*.

²⁰ Cfr. i riferimenti normativi in E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro*, cit., 42, anche nota 30.

tro le discriminazioni e l'art. 28 Statuto, cui la legge non fa riferimento alcuno.

5. La corsia preferenziale

Scarna è l'indicazione di quella che nel gergo si definisce "corsia preferenziale", affidata alla formula "abbia carattere prioritario" sulla falsariga delle indicazioni della Commissione Luiso. La corsia preferenziale è qui riservata alle cause di licenziamento in cui sia proposta domanda di reintegrazione e non a quelle di cui all'art. 18 St. lav. come diceva invece la legge Fornero la quale così creava ingiustificate disparità di trattamento tra cause volte tutte a far ottenere somme di denaro sulla base dell'entità delle stesse. Continuo però ancora a non convincermi, anche alla stregua dell'odierna formula, che lo svantaggiato sul piano sostanziale debba esserlo anche sul piano processuale.

La formula, dicevo, è scarna; lo era meno quella prevista dalla legge n. 92, dalla Commissione Luiso e dal disegno di legge n. 2284. Una disciplina più dettagliata potrà esserci – e lo si auspica – nei decreti delegati, magari anche con riguardo alle conseguenze e alle responsabilità della eventuale violazione.

6. Le sofferte vicende interpretative delle controversie sui licenziamenti nelle cooperative

A parte quanto detto circa l'abrogazione del rito speciale, l'aspetto di maggiore rilievo della riforma delegante sembra riguardare le controversie sui licenziamenti nelle cooperative; tema, questo, che ha tormentato gli interpreti²¹ a seguito della modifica della legge n. 142/2001 da parte della legge n. 30/2003 che ha aperto crepe nell'idea di fondo della legge n. 142: la duplicità di rapporto societario e rapporto di lavoro ("ulteriore e distinto") con le relative conseguenze sul piano processuale e sostanziale²². In

²¹ Cfr., di recente, L. DE ANGELIS, *L'esclusione ed il licenziamento del socio lavoratore e la corte di cassazione: brevi riflessioni critiche*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 409, 2020, 1 ss., ed *ivi* riferimenti in nota, anche in corso di pubblicazione in un volume in onore di O. Mazzotta.

²² Il testo originario dell'art. 5, comma 2, legge n. 142 cit. prevedeva che «Le controver-

particolare, la legge n. 142 superava la tesi unitaria delle sezioni unite della corte di cassazione che conduceva ad affermare che qualora in una cooperativa di produzione e lavoro l'attività svolta dal socio si traducesse in prestazioni volte a consentire alla cooperativa il raggiungimento dei suoi fini istituzionali con esclusione di ogni concomitante prestazione del socio in favore della società esorbitante dall'oggetto sociale, i rapporti fra le parti trovassero fondamento nel contratto di società e solo in esso, dovendosi escludere la sussistenza non solo di un rapporto di lavoro subordinato ma anche di parasubordinazione (art. 409 c.p.c.) pure questa implicando un rapporto tra due centri di interessi distinti; con la conseguenza, che in particolare interessa in questa sede, che le controversie insorte tra società e socio non rientrassero nella competenza dell'allora pretore in funzione di giudice del lavoro salvo che si deducesse l'esistenza non pretestuosa di rapporto di lavoro subordinato²³. Tesi poi, quasi dieci anni dopo sempre le sezioni unite, ferma la affermazione dell'unicità del rapporto cooperativo e della sua natura associativa, lo avevano equiparato ai fini della competenza del pretore alle controversie di cui all'art. 409, n. 3 in considerazione della progressiva estensione ad esso di istituti e discipline propri del lavoro subordinato²⁴.

La legge n. 30 cit. ha aperto, si è accennato, crepe nel tessuto normativo del 2001²⁵ sia sul fronte sostanziale che su quello processuale, eliminando

sie relative ai rapporti di lavoro in qualsiasi forma di cui al comma 3 dell'articolo 1 rientrano nella competenza funzionale del giudice del lavoro; per il procedimento, si applicano le disposizioni di cui agli articoli 409 e seguenti del codice di procedura civile. In caso di controversie sui rapporti di lavoro tra i soci lavoratori e le cooperative, si applicano le procedure di conciliazione e arbitrato irrituale previste dai decreti legislativi 31 marzo 1998, n. 80, e successive modificazioni, e 29 ottobre 1998, n. 387. Restano di competenza del giudice civile ordinario le controversie tra soci e cooperative inerenti al rapporto associativo». E l'art. 2 della legge stessa stabiliva che «Ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300, con esclusione dell'articolo 18 ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo ...». Siffatta esclusione costituiva l'unica, comprensibile deroga alla distinzione dei due rapporti.

²³ Cass., Sez. Un., 28 dicembre 1989, n. 5813, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1537, con nota di F. FERRONI, *Accertamento ed interpretazione delle prestazioni di lavoro, nelle società cooperative*.

²⁴ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 1998, n. 10906, in *Giust. civ.*, 1999, I, 62.

²⁵ Art. 9, comma 1: «Alla legge 3 aprile 2001, n. 142, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 1, comma 3, primo periodo, le parole: "e distinto" sono soppresse ... d) all'articolo 5, il comma 2 è sostituito dal seguente: 2. Il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio deliberati nel rispetto delle previsioni statutarie e in conformità con gli articoli 2526 e 2527 del codice civile. Le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario ...».

dal testo l'aggettivo "distinto" e utilizzando, nell'attribuire la competenza al tribunale ordinario (nel frattempo le preture erano state soppresse), una formula – le cause inerenti la prestazione mutualistica – che ha dato luogo a forti tensioni interpretative che si sono successivamente accentuate a seguito del d.l. n. 1/2012, convertito nella della legge n. 27/2012, che, dopo la breve vita del c.d. rito societario²⁶, ha stabilito, all'art. 3, comma 2, lett. a), la competenza delle sezioni specializzate per l'impresa (c.d. tribunale delle imprese²⁷) «per le cause e i procedimenti: a) relativi a rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario ...». Inoltre, il comma 3 ha stabilito che «Le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2». Il testo della disposizione pare *onnicomprendivo* nell'attribuire al tribunale delle imprese le cause e i procedimenti connessi alle cause e procedimenti societari relativi all'estinzione dei rapporti, e quindi anche quelli di cui all'art. 409 c.p.c. La corte di cassazione, però, non senza critiche da una parte della dottrina, si è pronunciata a favore della competenza del

²⁶ L'art. 1, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, disciplinante le controversie soggette al rito societario, con un disposto tranciante optava incontestabilmente a favore della competenza del giudice ordinario («Si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie, incluse quelle connesse a norma degli articoli 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del codice di procedura civile ...»). Tale disposizione non fu presa in considerazione da Cass., ord. 18 gennaio 2005, n. 850, in *Foro it.*, 2006, I, 872, con nota di richiami, che ritenne devoluta alla competenza del giudice del lavoro ed al relativo rito la controversia inerente la delibera societaria di esclusione e contestuale risoluzione del rapporto di lavoro del socio di cooperativa, sul rilievo del carattere di norma generale dell'art. 40, comma 3, c.p.c. e della lettera e *ratio* dell'eccezione contenuta nell'art. 9 cit. e della conseguente stretta interpretazione di quest'ultima, da intendersi limitata alle controversie relative alle prestazioni mutualistiche, «cioè quelle prestazioni che – per eliminare l'intento speculativo delle società capitalistiche – si traducono in prestazioni che la società assicura ai suoi soci in termini più vantaggiosi rispetto ai terzi». Non la ignorò, invece, Cass., ord. 6 dicembre 2010, n. 24692, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 1206, con nota di M. VINCIGI, *Sulla dibattuta questione dell'applicabilità del rito ordinario alle controversie tra soci lavoratori e cooperative*, che si pronunciò per la competenza del giudice ordinario appunto in forza dell'art. 1, l. n. 5/2003. Per mancanza di delega in punto la norma di cui al citato art. 1, d.lgs. n. 5/2003 venne travolta nel 2008 dalla corte costituzionale (Corte cost. 28 marzo 2008, n. 71, in *Foro it.*, 2008, I, 1361, con nota di D. DALFINO, *L'(automatica) prevalenza del rito societario è incostituzionale: fine di un primato e ritorno (per il lavoratore) alle garanzie*), nella parte riguardante la connessione delle cause societarie con quelle di cui all'art. 409 c.p.c.; poco dopo, la legge 18 giugno 2009, n. 69 eliminò dall'ordinamento lo stesso rito societario (art. 54, comma 5).

²⁷ Che giudica con rito ordinario e a composizione collegiale e che è operativo dal 21 settembre 2012.

giudice del lavoro in caso di risoluzione del rapporto associativo e conseguente risoluzione del rapporto di lavoro²⁸. Ciò sulla base dell'argomento per cui il principio della forza di attrazione del rito del lavoro, di cui all'art. 40, comma 3, c.p.c., costituisce regola alla quale deve riconoscersi carattere generale e preminente, per gli interessi di rilevanza costituzionale che la norma processuale è preordinata a garantire²⁹. Un argomento, questo, che offre però il fianco non tanto alla classica obiezione per cui la norma speciale deroga alla generale, quanto al rilievo per il quale nella materia processuale il legislatore incontra, per costante giurisprudenza costituzionale, il solo limite della manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà³⁰, che però qui non sussistono posto che la regola processuale è anzi coerente espressione della opzione legislativa della preferenza accordata al rapporto associativo su quello di lavoro. E siffatta opzione potrebbe forse essere ritenuta inopportuna specie con riguardo all'aspetto della competenza territoriale, ma, in quanto solo inopportuna, rientrando nell'area dell'attività insindacabile del potere legislativo, non certo irragionevole. A tale argomento se ne aggiungerebbe altro, quello dell'inesatto richiamo all'art. 40, comma 3, c.p.c., se si aderisse all'indirizzo, contraddetto però dalle sezioni unite che hanno ritenuto di ravvisare anche uno spunto di conforto in Corte cost. 14 dicembre 2004, n. 386³¹, per cui quella del c.d. tribunale delle imprese è vera e propria competenza³².

²⁸ Cass. 21 novembre 2014, n. 24917, in *Lav. giur.*, 2015, 243, con nota di L.A. COSTANTINI, *Esclusione e concorrente licenziamento del socio di cooperativa: per la cassazione la competenza spetta al tribunale in funzione di giudice del lavoro*; Cass. 17 maggio 2017, n. 12460, in *Foro it. Mass.*, 2017, 437, e altre successive.

²⁹ *Contra*, V. MAIO, *Di alcuni profili processuali problematici (e connessi risvolti sostanziali) del lavoro nelle società cooperative*, in *Variat. temi dir. lav.*, 2017, 330 ss., per il quale sarebbe stato più corretto sollevare questione di costituzionalità. Per la competenza del giudice del lavoro anche nel caso s'impugni la sola esclusione cfr. R. RIVERSO, *La competenza in materia di socio lavoratore tra delibera di esclusione e licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 603 ss.; *contra*, giustamente, D. DALFINO, *Rimedi e tutele in favore del socio lavoratore di cooperativa escluso e licenziato*, in A. BARONE-R. PARDOLESI (a cura di), *Vivere il diritto. Scritti in onore di Carlo Maria Barone*, Il Foro italiano-La Tribuna, Roma-Piacenza, 2020, 113.

³⁰ Tra le tante Corte cost., ord. 28 dicembre 2006, n. 460, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 540, con nota di L. IMBERTI, *Disciplina processuale per le controversie tra socio lavoratore e cooperativa: la corte costituzionale non prende posizione e il problema rimane aperto*, in materia di lavoro cooperativo; Corte cost. 2 aprile 1992, n. 155, in *Not. giur. lav.*, 1992, 342.

³¹ In *Foro it.*, 2005, I, 657, con nota di G. CASABURI, *Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale: la corte costituzionale risolve il "caso" Cagliari*.

³² Cass., Sez. Un., 23 luglio 2019, n. 19882, in *Foro it.*, 2019, I, 3553, con nota di P. FA-

Le sezioni unite sono intervenute anche sul delicato profilo sostanziale relativo ai rapporti tra esclusione e licenziamento del socio affermando che *ove per le medesime ragioni afferenti al rapporto lavorativo siano stati contestualmente emanati la delibera di esclusione ed il licenziamento, l'omessa impugnativa della delibera non preclude la tutela risarcitoria contemplata dall'art. 8 l. n. 604 del 1966, mentre esclude quella restitutoria della qualità di lavoratore*³³. Si è quindi adottata una soluzione di compromesso, a mio avviso non convincente, tra la soluzione che ritiene in tal caso preclusa ogni azione del lavoratore e quella per cui addirittura può essere riconosciuta la tutela dell'art. 18 legge n. 300 cit.³⁴.

7. La nuova disciplina di delega in quest'ultima materia

Sugli aspetti sostanziali la delega della legge n. 206 cit. ha taciuto e forse sarebbe stata invece opportuna qualche parola.

La legge è invece intervenuta sul piano processuale disponendo, all'art. 1, comma 11, lett. b), che *«le azioni d'impugnazione dei licenziamenti dei soci delle cooperative, anche ove consegua la cessazione del rapporto associativo, siano introdotte con ricorso ai sensi degli articoli 409 e seguenti del codice di procedura civile»*. L'enunciato, che all'apparenza sembra disciplinare il solo rito, prevede invece anche la competenza del tribunale in funzione del giudice del lavoro – è cioè esclusa la competenza del giudice di pace – posto che tra le disposizioni seguenti al richiamato art. 409 vi è l'art. 413, che, dopo la modifica introdotta dall'art. 82 d.lgs. n. 51/1998, dispone che le controversie di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatorie vadano trattate dal tribunale con le peculiari regole anche di competenza territoriale. *In parte qua*, pertanto, ma solo *in parte qua*, deve intendersi circoscritta la delega, la quale per il resto non consente di intervenire sull'art. 9

RINA, *Sui rapporti tra sezioni specializzate e ordinarie dello stesso ufficio giudiziario: la soluzione delle sezioni unite*; Cass., ord. 30 gennaio 2019, n. 2723, in *Foro it.*, 2019, I, 1220, con nota di richiami, aveva rilevato contrasto di pronunce di legittimità in punto e rimesso la questione al primo presidente per l'assegnazione alle sezioni unite.

³³ Cass., Sez. Un., 20 novembre 2017, n. 27436, in *Foro it.*, 2018, I, 3677, con nota di D. DALFINO, *In tema di rimedi e tutele processuali del socio lavoratore di cooperativa escluso e licenziato*, e altre pronunce successive tra cui, da ult., Cass. 16 novembre 2021, n. 34721, in *Foro it.*, 2022, I, 619, con nota di richiami.

³⁴ Su tali aspetti e sui relativi riferimenti giurisprudenziali e bibliografici cfr. L. DE ANGELIS, *L'esclusione ed il licenziamento del socio lavoratore*, cit., 2020, 9.

d.l. n. 30 cit.: resterà, allora che «le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario», con tutte le incertezze che hanno travagliato gli interpreti³⁵. Può invece, forse, con la generosità con cui la corte costituzionale valuta l'eccesso di delega, sostituirsi nel testo in sede attuativa l'articolo "la" con la preposizione "alla", posto che «alla cessazione del rapporto di lavoro non 'consegue' la cessazione di quello associativo, poiché, infatti, può avvenire solo l'esatto contrario»³⁶.

Laddove, inoltre, sia impugnata la sola delibera d'esclusione del socio lavoratore anche se la stessa contenga il licenziamento non vi è ragione per cui la cognizione della controversia non appartenga al tribunale delle imprese, stante l'art. 9 cit., che, lo si ripete, è in parte tuttora in vita³⁷. C'è comunque da chiedersi se non sia il caso di specificarlo in sede attuativa.

In definitiva, l'auspicio è che anche il processo dei licenziamenti abbia a trovare pace.

³⁵ Cfr., ad es., per divergenti opinioni, P. POZZAGLIA, *Questioni sostanziali e processuali in tema di esclusione del socio di cooperativa*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, 352; V. MAIO, *Di alcuni profili processuali problematici (e connessi risvolti sostanziali) del lavoro nelle società cooperative*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2017, 330 ss.

³⁶ Così testualmente D. DALFINO, *Un solo rito e un solo giudice per le controversie in materia di licenziamento ed esclusione del socio lavoratore di cooperativa (o quasi)*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, 3, 10, che sottolinea anche che nel testo redatto dalla Commissione Luiso era detto: «le azioni relative al licenziamento incidente sul rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa» sono introdotte ai sensi degli art. 409 ss. c.p.c., «anche nel caso in cui venga a cessare, con il rapporto di lavoro, quello associativo», a suo dire meno impreciso di quello governativo scaturito nella legge delega.

³⁷ Conf. D. DALFINO, *Un solo rito e un solo giudice*, cit., 9; A.D. DE SANTIS, *Le controversie sui licenziamenti*, cit., 212 ss.

Riferimenti bibliografici

- BLAVATI P., *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 46.
- BOLLANI A., *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. MAGNANI-M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012.
- BORGHESI D., *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 879 ss.
- CAPONI R., *Tempus regit processum – Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, 449 ss.
- CARINCI F., *Ripensando il nuovo articolo 18*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 318 ss.
- CASABURI G., *Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale: la corte costituzionale risolve il "caso" Cagliari*, in *Foro it.*, 2005, I, 657.
- CHIECO P., *La nullità del licenziamento per vizi «funzionali» alla luce dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, 346 ss.
- COMOGLIO L.P., *Le prove*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1985, XIX, 1, 169.
- COSATTINI L.A., *Esclusione e concorrente licenziamento del socio di cooperativa: per la cassazione la competenza spetta al tribunale in funzione di giudice del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2015, 243.
- DALFINO D., *In tema di rimedi e tutele processuali del socio lavoratore di cooperativa escluso e licenziato*, in *Foro it.*, 2018, I, 3677.
- DALFINO D., *L'(automatica) prevalenza del rito societario è incostituzionale: fine di un primato e ritorno (per il lavoratore) alle garanzie*, in *Foro it.*, 2008, I, 1361.
- DALFINO D., *Rimedi e tutele in favore del socio lavoratore di cooperativa escluso e licenziato*, in A. BARONE-R. PARDOLESI (a cura di), *Vivere il diritto. Scritti in onore di Carlo Maria Barone*, Il Foro italiano-La Tribuna, Roma-Piacenza, 2020, 113 ss.
- DALFINO D., *Un solo rito e un solo giudice per le controversie in materia di licenziamento ed esclusione del socio lavoratore di cooperativa (o quasi)*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, 3, 10.
- DE ANGELIS L., *Efficienza ed effettività nelle recenti riforme della giustizia del lavoro*, in L. CORAZZA-L. NOGLER (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, 906 ss.
- DE ANGELIS L., *Il giudizio*, in M.T. CARINCI-A. TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 252.
- DE ANGELIS L., *La motivazione della sentenza (di lavoro): una vita complicata*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, RomaTre Press, Roma, 2016, 203 ss.
- DE ANGELIS L., *Sguardo su effettività dei diritti e deflazione delle controversie di lavoro*, in *Labor*, 2016, 85 ss.
- DE ANGELIS L., *L'esclusione ed il licenziamento del socio lavoratore e la corte di*

- cassazione: brevi riflessioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 409, 2020.
- DE GIUDICI A., *Codatorialità e licenziamento: riflessioni a margine di alcune recenti sentenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1199.
- DE MICHIEL F., *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2019.
- DE SANTIS D., *Le controversie sui licenziamenti*, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021*, n. 206, Cacucci, Bari, 2022, 209 ss.
- DENTI V., *La giustizia civile Lezioni introduttive*, il Mulino, Bologna, 1989.
- DI FLORIO A., *L'Ufficio per il processo*, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021*, n. 206, Cacucci, Bari, 2022, 121 ss.
- FARINA P., *Sui rapporti tra sezioni specializzate e ordinarie dello stesso ufficio giudiziario: la soluzione delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2019, I, 3553.
- FERRONI F., *Accertamento ed interpretazione delle prestazioni di lavoro, nelle società cooperative*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1537.
- FOGLIA R., *Parità di trattamento, discriminazioni indirette ed onere della prova nella giurisprudenza della corte di giustizia-Cee*, in *Dir. lav.*, 1990, II, 286.
- FOGLIA R., *Ancora in tema di parità uomo-donna: la corte di giustizia affila le armi contro le discriminazioni sessuali*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, 363.
- IMBERTI L., *Disciplina processuale per le controversie tra socio lavoratore e cooperativa: la corte costituzionale non prende posizione e il problema rimane aperto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 540.
- LUISO F.P., *Proposte normative e note illustrative*, in *www.giustizia.it*, § 2, 98.
- MAIO V., *Di alcuni profili processuali problematici (e connessi risvolti sostanziali) del lavoro nelle società cooperative*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2017, 330 ss.
- PASQUALETTO E., *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, 98 ss.
- PATTI S., *Prove. Disposizioni generali*, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1988, 46 ss.
- PERUZZI M., *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2017, 137.
- POZZAGLIA P., *Questioni sostanziali e processuali in tema di esclusione del socio di cooperativa*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, 352.
- RIVERSO R., *La competenza in materia di socio lavoratore tra delibera di esclusione e licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 603 ss.
- TARQUINI E., *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, Milano, 2015.
- VINCIERI M., *Sulla dibattuta questione dell'applicabilità del rito ordinario alle controversie tra soci lavoratori e cooperative*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 1206.

LA RIFORMA DELLE IMPUGNAZIONI: NOTE A PRIMA LETTURA

Luca Passanante *

1. Premessa

Il presente contributo ha ad oggetto la riforma delle impugnazioni così come risultante dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, attuativo della legge delega 26 novembre 2021, n. 206.

La riforma delle norme del codice di rito – che, come si vedrà, non aspira a ridisegnare radicalmente i mezzi d’impugnazione, ma piuttosto a ristrutturare, ancorché significativamente, l’esistente – si associa ad alcune rilevanti prescrizioni di carattere ordinamentale, che interessano soprattutto il c.d. “Ufficio per il processo” (cfr. art. 1, comma 18, legge 26 novembre 2021, n. 206), destinato, quantomeno nelle intenzioni, a diventare il fulcro della gestione del contenzioso, finalmente intesa come attività che si pone (anche) a monte della cognizione, che dovrebbe consentire, in quest’accezione, una distribuzione più razionale dei ruoli e dei carichi di lavoro. Ma l’attività dell’ufficio per il processo dovrà essere anche volta a uno studio preliminare delle singole controversie (oggi quasi sempre trascurato per forza di cose), tale da creare le condizioni – almeno così pare dovrebbe essere a chi scrive – affinché il giudice possa essere vero *case manager*, in grado finalmente di governare il contenzioso, anziché restarne per molti versi vittima, emancipandosi da quel ruolo tendenzialmente passivo, al quale sovente è costretto per tutto il corso del processo, per poi dover concentrare tutte (o quasi) le proprie risorse nella stesura della sentenza.

L’Ufficio per il processo, già istituito presso numerosi uffici giudiziari, è destinato a ricevere, tanto nei tribunali, quanto nelle corti d’appello, un forte impulso dal d.d.l. delega, il quale prevede l’istituzione di analogo Uf-

* Professore ordinario di Diritto processuale civile – Università di Brescia.

ficio presso la Corte di Cassazione nonché di Ufficio spoglio nella Procura Generale presso la Corte di Cassazione.

2. Termini per impugnare

La prima norma riformata nella quale ci si imbatte, prendendo in esame il capo I del Titolo III del Libro II, dedicato alle impugnazioni in generale prevede, così recependo un principio già enunciato dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 4 marzo 2019 n. 6278), che il termine breve per le impugnazioni decorra dal momento in cui la sentenza è notificata anche per la parte che procede alla notifica. La riforma, però, non si limita a questo, ma precisa anche che il *dies a quo*, sia per il soggetto notificante, che per il destinatario della notificazione, è rappresentato dal momento in cui il relativo procedimento si perfeziona per il destinatario. Si tratta di una precisazione opportuna per rimediare ad una certa confusione generatasi in giurisprudenza sul punto: alla luce della pronuncia della Corte costituzionale che sdoppiava gli effetti della notifica (Corte cost., 26 novembre 2002, n. 477; Corte cost., 23 gennaio 2004 n. 28), infatti, una parte della giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto che il termine decorresse per il notificante dalla consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario (Cass. n. 710/2006 e n. 2565/2007) e solo per il notificato dal momento della ricezione (Cass. n. 709/2004, n. 3550/2016 e n. 19730/2016), mentre altre pronunce avevano statuito o quantomeno lasciato intendere che i termini sfavorevoli al notificante avrebbero dovuto in generale decorrere solo dal perfezionamento del procedimento di notificazione (Cass., sez. un., n. 458/2005, in *Foro it.*, 2005, I, 699, con note di R. Caponi, nonché Cass. n. 9329/2010 e n. 1662/2016).

È opportuno peraltro ricordare che, a differenza di quanto accadeva con l'ordinanza pronunciata ad esito del procedimento sommario di cognizione, la sentenza pronunciata nel nuovo rito semplificato è impugnabile nei modi ordinari: ciò significa che, da un lato, scompare il termine breve di 30 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza e, dall'altro lato, i margini delle nuove prove in appello tornano ad essere quelli ristretti di cui all'art. 345 c.p.c., essendo, quindi, possibile produrre e dedurre in appello le sole prove che la parte dimostri di non aver potuto proporre a produrre nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Resta naturalmente sempre preferibile il giuramento decisorio.

Infine, quanto all'impugnazione incidentale, questa va proposta con

comparsa di costituzione e risposta da depositarsi almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione o dell'udienza eventualmente differita dal Presidente della Corte o dal Consigliere istruttore ai sensi dell'art. 349-*bis* c.p.c., comma 2.

3. Inefficacia dell'impugnazione incidentale tardiva

Si prevede, inoltre, che l'impugnazione incidentale tardiva debba perdere efficacia anche quando l'impugnazione principale sia dichiarata improcedibile. Quest'ultimo intervento colma il vuoto di cui soffre l'attuale art. 334, comma 2, c.p.c. il quale, prevede la perdita di efficacia dell'impugnazione incidentale tardiva solo nel caso di declaratoria di inammissibilità della impugnazione principale, tacendo, invece, circa le conseguenze in caso di declaratoria di improcedibilità. Anche in questo caso si tratta, in sostanza, del recepimento di un orientamento giurisprudenziale, che dopo un periodo di incertezza è andato consolidandosi anche grazie all'intervento delle Sezioni Unite. A tal proposito, merita di essere ricordato che in un primo momento la giurisprudenza aveva manifestato incertezze, coesistendo l'orientamento che equiparava l'improcedibilità all'inammissibilità (Cass., 28 luglio 1986, n. 4818; Cass., 29 maggio 1997, n. 4760; Cass., 5 luglio 2004, n. 12249; Cass., 21 aprile 2006, n. 9452) con quello secondo il quale l'improcedibilità dell'impugnazione principale non avrebbe privato di efficacia l'impugnazione incidentale (Cass., 4 aprile 1992, n. 4366; Cass., 2 giugno 1997, n. 4894; Cass., 23 marzo 2005, n. 6220). Successivamente Cass., sez. un., 14 aprile 2008, n. 9741 (in *Foro it.*, 2008, I, 3633, con nota di Gambineri) ha posto fine al contrasto, optando per il primo orientamento, recepito dall'attuale riforma.

4. L'appello

4.1. L'inibitoria

Il d.lgs. n. 149/2022 ha modificato il regime dell'inibitoria in appello, novellando l'art. 283 c.p.c. Trattasi di norma indicata ancora nel Titolo I del libro secondo, quindi formalmente nella disciplina del procedimento davanti al tribunale, ma con rilevanza diretta nel giudizio d'appello. Ferma la regola della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado, sancita

dall'art. 282 c.p.c., il novellato art. 283 c.p.c. prevede una più analitica e puntuale descrizione dei presupposti per la concessione dell'inibitoria, originariamente condensati nei «*gravi e fondati motivi*» del testo previgente. Nel nuovo primo comma dell'art. 283 c.p.c. i requisiti per la concessione della sospensiva appaiono, secondo la lettera della disposizione, due distinti e alternativi: la nuova norma stabilisce infatti che il giudice d'appello, su istanza di parte proposta con l'impugnazione principale o incidentale, sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione, se:

- a) l'impugnazione appare manifestamente fondata o
- b) dall'esecuzione della sentenza può derivare un pregiudizio grave e irreparabile, pur quando la condanna ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti.

La disposizione, che non brilla per linearità, pare proprio determinare una scissione alternativa dei requisiti del *fumus* e del *periculum*, sì da dover essere letta nel senso che la manifesta fondatezza dell'appello sia già di per sé sufficiente a concedere l'inibitoria. Per converso, quand'anche l'impugnazione dovesse apparire non manifestamente infondata, ma dall'esecuzione della sentenza potesse derivare un pregiudizio grave e irreparabile, parimenti sussisterebbero i presupposti per la concessione della misura inibitoria. In tale ultimo caso il pregiudizio grave e irreparabile potrebbe anche derivare dal pagamento di una somma di denaro, qualora una delle parti versi in una situazione di insolvenza. Il termine "insolvenza" può rappresentare un'ambiguità, posto che si tratta di uno dei presupposti previsto nell'ambito delle procedure concorsuali, ma pare evidente che in questo contesto il presupposto debba essere interpretato in senso non tecnico e, quindi, come pericolo concreto che la situazione in cui versa la parte (provvisoriamente) vittoriosa impedisca le eventuali giuste restituzioni in ipotesi di accoglimento del gravame.

È prevista, quindi, la rimodulazione dei presupposti per la concessione della sospensione della esecuzione o della esecutività della sentenza di prime cure, attraverso una esplicitazione della necessità di fondare la concessione del rimedio – che parrebbe a questo punto avere una funzione ora cautelare, ora anticipatoria – alternativamente su un giudizio prognostico di manifesta fondatezza del gravame o sul pregiudizio grave ed irreparabile. La riforma, per un verso, consolida l'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale l'indagine sul pregiudizio, anche sulla base della prece-

dente formulazione della norma (che si esprime in termini di «*gravi e fondati motivi*»), non deve intendersi limitata alla verifica della sussistenza di un pregiudizio grave, ma va estesa alla sua irreparabilità. Per altro verso, però, essa dissocia del tutto – rendendoli, anche logicamente, alternativi – i requisiti del *periculum* e del *fumus*, posto che la sussistenza alternativa anche solo dell'uno o dell'altro consente al giudice d'appello di concedere la sospensione.

Resta, infine, invariata la previsione della condanna ad una pena pecuniaria non inferiore a € 250 non superiore a € 10.000 nei confronti della parte che abbia proposto un'istanza inammissibile o manifestamente infondata, con la precisazione che la pena pecuniaria andrà versata a favore della cassa delle ammende.

Si prevede, poi, al secondo comma dell'art. 282 c.p.c., che l'istanza di inibitoria possa essere proposta o riproposta nel corso del giudizio dell'appello se si verificano mutamenti nelle circostanze, mutamenti che devono essere, a pena d'inammissibilità, specificatamente indicati nel ricorso. Poiché la norma discorre di “proporre o riproporre” parrebbe possibile chiedere l'inibitoria per la prima volta anche in un momento successivo rispetto alla proposizione del gravame. Prudenza, tuttavia, vuole che l'inibitoria sia chiesta fin dall'inizio, ove ne sussistano i presupposti. La richiesta di inibitoria potrà essere proposta per la prima volta in un momento successivo solo quando i mutamenti nelle circostanze abbiano determinato l'insorgenza dei presupposti per la sua concessione nel corso del giudizio d'appello. La riproposizione, parimenti, potrà aver luogo solo ove nuove circostanze di fatto, non sussistenti al momento dell'atto introduttivo e quindi non allegate nella prima istanza, né, quindi, *a fortiori* esaminate, facciano sorgere i presupposti per la concessione dell'inibitoria.

Sull'istanza, il giudice provvede con ordinanza non impugnabile nella prima udienza ma, quando il processo pende davanti alla Corte d'appello, i provvedimenti sull'esecuzione provvisoria sono adottati con ordinanza collegiale. Davanti alla Corte d'appello può accadere che l'udienza si svolga davanti al presidente o davanti all'istruttore. In ogni caso questi riferiscono al collegio, che darà con ordinanza i provvedimenti sull'esecuzione provvisoria.

In questa sede, come si vedrà meglio oltre, è possibile che, ove la causa sia matura per la decisione, la stessa sia decisa ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c. quando il procedimento pende davanti alla Corte d'appello, se l'udienza è stata tenuta dall'istruttore, il collegio, con l'ordinanza con cui adotta i provvedimenti sull'non è provvisoria, può fissare davanti a sé

un'udienza per la precisazione delle conclusioni e per la discussione orale, assegnando alle parti un termine per le note conclusionali.

Resta sempre la possibilità che, ove ricorrano giusti motivi di urgenza, il presidente del collegio o il tribunale dispongano provvisoriamente con decreto l'immediata sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza, fissando, con il medesimo provvedimento, l'udienza per la comparizione delle parti in Camera di consiglio, ove si adotterà un'ordinanza di conferma, modifica o revoca del decreto.

4.2. *L'atto introduttivo*

L'atto introduttivo dell'appello conserva la forma della citazione a udienza fissa, contenente le indicazioni prescritte dal novellato art. 163 c.p.c.

Scompare il riferimento alla "motivazione" dell'appello, maldestramente introdotto nel testo dell'art. 342 c.p.c. dalla riforma del 2012, restando la prescrizione secondo cui l'appello deve essere motivato e la precisazione che per ciascuno dei motivi è necessario indicare, a pena di inammissibilità, in modo chiaro, sintetico e specifico:

- 1) il capo della decisione di primo grado che viene impugnato;
- 2) le censure proposte alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado;
- 3) le violazioni di legge denunciate la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

Il tenore dell'attuale art. 342 c.p.c., oltre a prevedere un'insidiosa prescrizione, a pena di inammissibilità, di un'esposizione chiara, sintetica e specifica dei motivi d'appello, risulta più analitico rispetto alla formulazione originaria. In particolare, deve osservarsi che la norma nuova, anziché discorrere di "parti" del provvedimento che si intende appellare, si esprime in termini di "capo della decisione". Si tratta di due parole sostanzialmente equivalenti, sicché per "capo" dovrà intendersi tanto la parte di decisione che decide sulla domanda, quanto quella che decide su una questione di diritto o di merito. Nel dubbio parrebbe preferibile un approccio maggiormente analitico, senza che questo necessariamente si traduca in una copiatura all'interno dell'atto di appello di brani della sentenza gravata, come pure era stato in un primo momento ipotizzato, a seguito della riforma del 2012. Individuati i capi della sentenza impugnati, la parte appellante dovrà analiticamente specificare le censure in fatto e in diritto alla sentenza di prime cure.

Identiche considerazioni valgono per l'atto introduttivo dell'appello nel rito del lavoro, posto che il legislatore delegato ha modificato in modo analogo l'art. 434 c.p.c. che nel testo attuale prevede quanto segue:

«Il ricorso deve contenere le indicazioni prescritte dall'articolo 414. L'appello deve essere motivato, e per ciascuno dei motivi deve indicare a pena di inammissibilità, in modo chiaro, sintetico e specifico:

- 1) il capo della decisione di primo grado che viene impugnato;*
- 2) le censure proposte alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado;*
- 3) le violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.*

Il ricorso deve essere depositato nella cancelleria della corte di appello entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza, oppure entro quaranta giorni nel caso in cui la notificazione abbia dovuto effettuarsi all'estero».

Merita infine di essere segnalato come, a fronte di un aumento a 120 giorni nel processo di primo grado (cfr. nuovo art. 163-bis c.p.c.), in appello resta 90 giorni il termine libero minimo che deve intercorrere tra il giorno della citazione e quello della prima udienza di trattazione, termine elevato a 150 giorni ove il luogo della notificazione si trovi all'estero.

4.3. Improcedibilità dell'appello

La riforma non incide sui presupposti per la declaratoria di inammissibilità dell'appello, che pertanto restano quelli "classici", ossia, essenzialmente, la mancata costituzione dell'appellante nelle forme e nei termini di cui all'art. 347 c.p.c. e la mancata comparizione alla prima udienza dell'appellante costituito (art. 348, comma 1, c.p.c.), seguita dalla reiterata mancata comparizione alla nuova udienza fissata dal collegio con ordinanza non impugnabile (art. 348, comma 2, c.p.c.). Essa, tuttavia, modifica la forma della pronuncia dell'improcedibilità, prevedendo al nuovo terzo comma che quest'ultima normalmente sia dichiarata con sentenza, salvo nei giudizi avanti la Corte d'appello, nei quali il giudice istruttore, ove nominato, provvederà con ordinanza reclamabile al collegio ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art. 178 c.p.c. L'art. 178 c.p.c. non ha subito modifiche dalla riforma e il reclamo, pertanto, sarà proposto o con dichiarazione resa a verbale in udienza (circostanza evidentemente di difficile verifica) o con un ricorso al giudice istruttore. In tale ultimo caso, il ricorso è comunicato alle altre parti a cura della cancelleria, unitamente al decreto con il quale il

giudice istruttore avrà assegnato un termine per la comunicazione dell'eventuale memoria di posta. Scaduti i termini, il collegio provvederà nei 15 giorni successivi. Il collegio provvederà, poi, ai sensi dell'art. 308, comma 2, c.p.c., adottando, quindi, la forma dell'ordinanza non impugnabile se accoglie il reclamo e pronunciando sentenza se respinge il reclamo. A tal proposito è opportuno rammentare che, mentre contro l'ordinanza con la quale in camera di consiglio il collegio accoglie il reclamo non è ammesso ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, restando detto provvedimento sindacabile soltanto in sede di ricorso ordinario per cassazione contro la sentenza di merito, viceversa la sentenza con la quale il collegio respinge il reclamo è all'evidenza immediatamente ricorribile per cassazione.

4.4. *Soppressione del filtro in appello e decisione semplificata*

La legge n. 206/2021, lasciato libero il legislatore delegato di decidere con quale forma debbano essere pronunciati i provvedimenti di cui all'art. 348 c.p.c. (si veda par. precedente) prevedeva che si dovessero modificare gli artt. 348-*bis* e 348-*ter* nel senso che l'impugnazione priva di una ragionevole probabilità di essere accolta debba essere dichiarata manifestamente infondata a seguito di trattazione orale, con sentenza succintamente motivata anche mediante rinvio a precedenti conformi.

Per dar corso alla delega, il d.lgs. n. 149/2022 ha anzitutto soppresso il nuovo, ora ormai vecchio, "filtro" in appello. Si tratta di un istituto che non ha mai riscosso i favori della prassi, restando certamente sottoutilizzato rispetto alle aspettative e per questo ritenuto meritevole di soppressione. Al suo posto è stato introdotto un modello decisorio semplificato che porta, anziché ad una declaratoria d'inammissibilità con ordinanza, ad una decisione semplificata di merito, da pronunciarsi con sentenza. Scompare così la c.d. inammissibilità di merito, autentico ossimoro foriero di non poche incertezze e danni, aggravati dai contorti meccanismi impugnatori a suo tempo tracciati dagli artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c.

4.5. *Nomina del consigliere istruttore e trattazione "monocratica"*

Un'importante novità del "nuovo" appello è rappresentata dalla figura del consigliere istruttore. In realtà si tratta di un ripristino, posto che il consigliere istruttore a suo tempo previsto dall'art. 349 c.p.c., poi abrogato dall'art. 55 della legge 26 novembre 1990, n. 353. Il consigliere istruttore

finisce però, per la verità, per avere enormi poteri: in attuazione delle legge delega, il legislatore delegato ha previsto che la trattazione davanti alla Corte d'appello si svolga davanti a quest'ultimo, al quale vengono conferiti sia il potere di dichiarare la contumacia dell'appellato, di procedere alla riunione degli appelli proposti contro la stessa sentenza, nonché al tentativo di conciliazione, sia il potere di ammettere i mezzi di prova, di procedere all'assunzione degli stessi e di fissare udienza di discussione della causa davanti al collegio anche ai sensi dell'art. 28-*sexies* c.p.c. Per quanto resti fermo il potere del collegio di impartire provvedimenti per l'ulteriore istruzione e di disporre, anche d'ufficio, la riassunzione davanti a sé di uno o più mezzi di prova, va detto che, in sostanza, la riforma va nella direzione di una surrettizia monocratizzazione del giudizio d'appello.

4.6. Appello "multi track"

Il legislatore delegato ha ritenuto di modellare, formalmente sotto un unico rito, in realtà una pluralità di modelli di trattazione e decisione della causa in appello. Si tratta di una disciplina già in parte sperimentata con la riforma del 2012, oggi ulteriormente portata a compimento con l'ultima novella, che sfugge al dominio delle parti. La decisione verso quale "track" dirottare il rito in sede di gravame, infatti, è integralmente rimessa al Presidente o al Consigliere istruttore, senza che sia prevista una sede istituzionalmente preposta alla partecipazione delle parti, nemmeno *sub specie* di esercizio del diritto al contraddittorio, alla decisione sul procedimento da adottare.

I modelli decisori sono tre: un primo che potremmo chiamare "presidenziale" che prevede la discussione diretta davanti al Collegio senza nomina del Consigliere istruttore; un secondo, al quale si può ricorrere in una pluralità di casi, che rappresenta un rito semplificato; un terzo, che potremmo denominare "ordinario", molto simile al modello previsto dalla disciplina attuale.

4.6.1. "Rito presidenziale"

La disciplina del primo modello procedimentale si ricava dalla lettura *a contrario* dall'art. 349-*bis* c.p.c., comma 1, in forza del quale il Presidente, anziché procedere alla designazione del Consigliere istruttore per la per la trattazione e l'istruzione della causa, nomina direttamente il relatore e dispone che le parti compaiano dinnanzi al Collegio per la discussione orale

della causa. Si tratta di un rito evidentemente rapidissimo, di cui astrattamente qualche Presidente zelante potrebbe far uso anche frequente in tutti i casi in cui l'appello possa essere deciso immediatamente. Non pare, tuttavia, verosimile che una tale "scorciatoia" possa essere di frequente utilizzo, posto che determinerebbe una tale compressione dei tempi di decisione del gravame, da compromettere il regolare funzionamento della Corte.

4.6.2. "Rito semplificato" per inammissibilità o manifesta infondatezza

Un secondo modello è quello che, in sostanza, ha sostituito il c.d. filtro in appello. Il comma 8, lett. e) della legge delega prevedeva, infatti, l'eliminazione del filtro in appello così come introdotto dalla novella del 2012, con contestuale introduzione di un modello decisorio semplificato per i casi in cui l'appello si riveli manifestamente infondato. La modifica – chiarisce ora la Relazione illustrativa ai decreti delegati – discende da istanze di efficienza, posto che, a parità di tempo necessario per l'esame del fascicolo e per la stesura del provvedimento da parte del giudice, è preferibile che l'appello, anziché terminare con una declaratoria di mera inammissibilità, venga deciso nel merito con applicazione delle forme semplificate di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c.

Il legislatore delegato ha, quindi, riscritto, in attuazione del principio di cui alla legge delega, l'art. 348-*bis* c.p.c., introducendo una decisione semplificata tanto per gli appelli manifestamente infondati, quanto per quelli inammissibili: quando, infatti, il giudice ravvisi l'inammissibilità o la manifesta infondatezza dell'impugnazione principale, nonché dell'impugnazione incidentale, ove proposta, dispone che la causa venga discussa oralmente ai sensi del nuovo art. 350-*bis* c.p.c., il quale prevede che l'udienza di discussione orale si svolga nelle forme di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c. in tal caso, ove il giudizio si svolga avanti la Corte d'appello, il giudice istruttore fa precisare le conclusioni e fissa udienza dinnanzi al collegio, assegnando alle parti un termine (di cui la legge non indica l'entità) anteriore alla data dell'udienza per il deposito di note conclusionali. L'udienza si svolgerà oralmente, previa relazione orale del giudice istruttore. La sentenza, che, ai sensi del novellato art. 281-*sexies* c.p.c., potrà essere resa direttamente in udienza con lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione oppure depositata nei successivi 30 giorni, è motivata in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi. Ciò comporta un'accentuazione del cosiddetto "principio della ragione più liquida", in applicazione del quale il giudice

d'appello potrà motivare anche facendo menzione esclusiva della questione di fatto o di diritto che risulti assorbente rispetto a tutti i motivi di appello.

4.6.3. *“Rito semplificato” manifesta infondatezza, ridotta complessità della causa o per ragioni di urgenza*

Al medesimo modello di decisione semplificata, regolato dal combinato disposto degli artt. 350-*bis* e 281-*sexies* c.p.c., il Consigliere istruttore può accedere in ogni altro caso in cui l'appello risulti manifestamente fondato, quando si presti ad essere deciso nelle forme semplificate per la sua ridotta complessità, oppure quando il ricorso a tale modello di decisione, evidentemente più rapido, sia imposto da (per la verità non meglio precisate) ragioni di urgenza. Queste ultime potrebbero, ad esempio, verosimilmente essere connesse all'inibitoria (si veda il par. successivo).

4.6.4. *“Rito semplificato” su istanza inibitoria*

Un terzo modello possibile è quello del transito diretto del procedimento dall'udienza di discussione sull'inibitoria al modello di decisione semplificato, di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c., già previsto dall'art. 351, comma 4, c.p.c., che, a seguito della riforma, si arricchisce della precisazione che, quando il procedimento pende avanti la Corte d'appello, qualora l'udienza sull'inibitoria si sia tenuta davanti al Consigliere istruttore, questi, con l'ordinanza con cui adotta il provvedimento sull'esecuzione provvisoria, fissa udienza davanti a sé per la precisazione delle conclusioni e la discussione orale, assegnando alle parti un termine per le note conclusionali.

4.6.5. *“Rito ordinario”*

Resta, infine, il modello di rito che potremmo chiamare “ordinario”, in contrapposizione agli altri già sopra esaminati. In tal caso il Presidente della Corte designa un componente del collegio quale Consigliere istruttore. Come già anticipato, infatti, mentre la decisione in appello resta collegiale, la trattazione torna ad essere monocratica, affidata al consigliere istruttore. L'istruttore, in prima udienza, effettua le verifiche formali e dà i provvedimenti necessari, già previsti dall'art. 350, comma 2, c.p.c. al quale si aggiunge la previsione espressa relativa alla riunione degli appelli proposti contro la stessa sentenza.

A questo punto, nella prima udienza di trattazione, il Consigliere (o il Giudice) istruttore può decidere di disporre la discussione orale della

causa ai sensi dell'art. 350-*bis* c.p.c. e quindi dirottare il procedimento nelle forme del rito semplificato nelle ipotesi che abbiamo visto sopra, oppure restare nell'ambito di quello che abbiamo chiamato "rito ordinario", nel qual caso la legge prevede (art. 350, ult. comma, c.p.c.) che il giudice proceda ad esperire il tentativo di conciliazione disponendo, quando occorre, la comparizione personale delle parti. Qualora le parti abbiano formulato richieste istruttorie, il giudice dovrà provvedere sulle stesse, dando le disposizioni per l'assunzione davanti a sé delle prove eventualmente ammesse.

Una volta esaurita l'eventuale attività istruttoria, l'istruttore, sempre che non ritenga di procedere nelle forme semplificate di cui all'art. 350-*bis* c.p.c., prosegue nelle forme ordinarie. Queste ultime, rispetto alla disciplina previgente, vedono la scomparsa dell'udienza di precisazione delle conclusioni, sostituita da un'udienza di rimessione della causa in decisione che l'istruttore fissa davanti a sé si tratta evidentemente di un'udienza vuota, che ricorda la c.d. "udienza di spedizione" disciplinata dall'art. 275 c.p.c. del vecchio rito civile nella versione anteriore alla riforma del Novanta. L'unica funzione dell'udienza di rimessione della causa in decisione è quella di far decorrere il termine di 60 giorni per il deposito della sentenza (art. 352, ult. comma, c.p.c.).

L'udienza, al termine della quale la causa è trattenuta in decisione o, quando il procedimento pende davanti la Corte d'appello, è riservata alla decisione al collegio, è preceduta da tre termini perentori per il deposito di scritti difensivi:

- 1) un termine non superiore a 60 giorni prima dell'udienza per il deposito di note scritte contenenti la sola precisazione delle conclusioni;
- 2) un termine non superiore a 30 giorni prima dell'udienza per il deposito delle comparse conclusionali;
- 3) un termine non superiore a 15 giorni prima dell'udienza per il deposito delle note di replica.

Si osservi che i termini sono acceleratori e fissati dal codice nel loro massimo, il che implica che possano anche essere significativamente ridotti. Finché i ruoli non si ridurranno significativamente non è realistico attendersi una riduzione dei termini.

4.7. Appello nel rito del lavoro

Quanto alla nuova disciplina dell'appello nel rito del lavoro, già si è detto *supra* con riferimento alle novità dell'atto introduttivo. Nel tessuto del codice di rito è, poi, stato introdotto un nuovo art. 437-*bis* c.p.c., il quale prevede che, nei casi in cui l'appello sia inammissibile, improcedibile, manifestamente fondato o manifestamente infondato, all'udienza di discussione il collegio, collegio, sentiti i difensori delle parti, pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo e della motivazione redatta in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi. Vi è, quindi, anche nell'appello del processo del lavoro la previsione di un rito semplificato che si conclude con la pronuncia della decisione in udienza. In tutti gli altri casi, la sentenza dev'essere depositata entro sessanta giorni dalla pronuncia, di cui il cancelliere dà immediata comunicazione alle parti (art. 438 c.p.c.).

4.8. La rimessione della causa al primo giudice

In attuazione dell'art. 1, comma 8, lett. o) della legge delega, che prevede la riduzione delle fattispecie di rimessione della causa al primo giudice alle sole ipotesi di violazione del contraddittorio, il legislatore delegato ha provveduto a sopprimere due dei casi, da sempre tassativi, di rimessione della causa al primo giudice. Il primo caso soppresso è quello che era disciplinato dall'abrogato art. 353 c.p.c., il quale prevedeva che, quando il giudice d'appello avesse ritenuto sussistere la giurisdizione negata, invece, dal giudice di prime cure, avrebbe dovuto rimettere la causa a quest'ultimo. Il secondo caso soppresso è quello della rimessione al primo giudice in caso di riforma della sentenza di primo grado che avesse (erroneamente) dichiarato l'estinzione del processo, prima disciplinata dall'art. 354 c.p.c., ora modificato. In entrambi questi casi ora il giudice d'appello deciderà la causa nel merito, consentendo alle parti lo svolgimento delle attività difensive, incluse quelle istruttorie, non espletate nel giudizio di prime cure.

Resta la regola della rimessione al primo giudice:

- a) quando è dichiarata la nullità della notificazione dell'atto introduttivo;
- b) quando nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte;
- c) quando è dichiarata la nullità della sentenza di primo grado a norma dell'art. 161, comma 2.

Il nuovo art. 354, comma 2, c.p.c. prevede che nei casi di rimessione al primo giudice, il processo debba essere riassunto nel termine perentorio di tre mesi dalla notificazione della sentenza. Qualora contro la sentenza sia proposto ricorso per cassazione, però, detto termine è interrotto.

5. Il giudizio di cassazione

Per quanto attiene al giudizio davanti la Corte di Cassazione, la legge delega, anzitutto, in consonanza con il progetto di riforma Luiso, ha disposto che il legislatore delegato introducesse una norma in forza della quale il ricorso debba contenere la chiara ed essenziale esposizione dei fatti della causa e la chiara e sintetica esposizione dei motivi per i quali si chiede la cassazione. Si tratta, anche in questo caso, del recepimento di quell'orientamento giurisprudenziale che ha introdotto, inventandolo, il principio di chiarezza e sinteticità del ricorso per cassazione. La delega si è tradotta nella riforma dell'art. 366 c.p.c. in cui chiarezza dell'esposizione dei fatti di causa essenziali all'illustrazione dei motivi e chiarezza e sinteticità dell'esposizione dei motivi costituiscono presupposti di validità dell'atto introduttivo del giudizio di cassazione, in difetto dei quali il ricorso verrà dichiarato inammissibile. Viene così sancita dal codice l'attribuzione alla Corte di un elevato potere discrezionale nella valutazione dei presupposti per la declaratoria di inammissibilità.

Non risultano recepite le specifiche indicazioni della Commissione Luiso sulla determinazione analitica degli elementi che consentirebbero di verificare il rispetto o meno del principio (anch'esso di creazione puramente pretoria) di autosufficienza.

Si prevede l'unificazione del procedimento camerale (poi, però, nuovamente sdoppiato – v. *infra* – nella fase decisoria), con soppressione della distinzione tra quello disciplinato dall'art. 360-*bis* e quello disciplinato dall'art. 360-*bis*.1 c.p.c., e l'estensione del rito a tutti i casi in cui la Corte debba dichiarare l'improcedibilità del ricorso. Il legislatore delegato ha inoltre provveduto alla soppressione della c.d. sezione filtro, con attribuzione delle competenze alle sezioni semplici.

La ristrutturazione del rito camerale è completata:

1) dall'introduzione di una fase decisoria camerale semplificata, in forza della quale al termine della camera di consiglio, l'ordinanza, succintamente motivata, può essere immediatamente depositata in cancelleria, ferma la

possibilità per il collegio di riservare la redazione e la pubblicazione della stessa entro sessanta giorni dalla deliberazione (così il novellato comma 2 dell'art. 360-*bis*.1 che ora regola il procedimento in camera di consiglio sia davanti alle Sezioni Unite, che davanti alle sezioni semplici);

2) dall'introduzione di un procedimento accelerato, rispetto all'ordinaria sede camerale, per la definizione dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati (art. 380-*bis* c.p.c.). In tali casi il presidente di sezione o un consigliere da questi delegato formula una proposta di definizione del ricorso, da comunicarsi agli avvocati delle parti, con la sintetica indicazione delle ragioni della inammissibilità, della improcedibilità o della manifesta infondatezza ravvisata con riferimento al ricorso principale e incidentale eventualmente proposto. Qualora il ricorrente, con istanza sottoscritta dal difensore munito di nuova procura speciale, non chieda la decisione, il ricorso si intenderà rinunciato e il giudice pronuncerà decreto di estinzione, liquidando le spese, con esonero della parte soccombente che non presenta la richiesta di fissazione udienza del pagamento del doppio del contributo unificato. Nel caso in cui il difensore del ricorrente chieda la decisione, la Corte procede nelle forme camerale di cui all'art. 380-*bis*.1 c.p.c. e, qualora definisca il giudizio in conformità alla proposta del presidente o del consigliere delegato, in sede di condanna alle spese farà applicazione dell'art. 96, commi 3 e 4, c.p.c., condannando, quindi, la parte soccombente sia al pagamento di una somma equitativamente determinata a favore della controparte (comma 3) sia in favore della cassa delle ammende di una somma di denaro non inferiore a 500 e non superiore a 5.000 euro (nuovo comma 4).

Quanto al procedimento per pubblica udienza, da celebrarsi quando la questione di diritto sia di "particolare rilevanza", viene elevato a sessanta giorni prima dell'udienza il termine per la comunicazione della data della stessa al pubblico ministero e agli avvocati (art. 377, comma 2, c.p.c.), introducendo la facoltà per il Procuratore generale di depositare una memoria non oltre venti giorni prima dell'udienza (art. 378, comma 1, c.p.c.) e per le parti di depositare sintetiche memorie illustrative non oltre dieci giorni prima dell'udienza (art. 378, comma 2, c.p.c.).

Si deve, quindi, rilevare che, a dispetto dell'ordine espositivo del novellato art. 375 c.p.c., ora rubricato "Pronuncia in udienza pubblica o in camera di consiglio", l'udienza pubblica resta evidentemente un modello residuale, da utilizzarsi solo nei casi che meritano attenzione sotto il profilo della funzione nomofilattica, nonché nei casi di cui all'art. 391-*quater* c.p.c.

di nuova introduzione, ossia in caso di revocazione della sentenza per contrarietà alla CEDU.

A seguito della riforma si prevede che la discussione in pubblica udienza si svolga sempre in presenza (art. 379, comma 1, c.p.c.). All'udienza il relatore espone in sintesi le questioni della causa (art. 379, comma 2, c.p.c.). Dopo la relazione il presidente invita il P.G. ad esporre oralmente le sue conclusioni motivate e, quindi, i difensori delle parti a svolgere le loro difese. Il presidente dirige la discussione, indicandone ove necessario i punti e i tempi (art. 379, comma 3, c.p.c.). Continuano a non essere ammesse repliche.

Anche l'adunanza in camera di consiglio si svolge in presenza. Tuttavia, dispone il nuovo art. 140-*bis* disp. att. c.p.c., il presidente del collegio, con proprio decreto, può disporre lo svolgimento della camera di consiglio mediante collegamento audiovisivo a distanza, per esigenze di tipo organizzativo. A tal proposito va segnalato che il d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, entrato in vigore il giorno successivo, ha prorogato la disciplina emergenziale fino al 30 giugno 2023. Pertanto, sino a quest'ultima data valgono le disposizioni dettate dall'art. 23, comma 8-*bis* del d.l. n. 137/2020, convertito in legge n. 176/2020. La proroga opera anche in deroga alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 149/2022, che contiene la nuova disciplina delle udienze pubbliche, sicché sarà applicabile anche alle udienze pubbliche fissate successivamente alla data del 1° gennaio 2023.

Si deve infine segnalare che sono soppresse tutte le disposizioni che prevedono i depositi presso la cancelleria della Corte, trattandosi di adempimenti non più necessari, stante l'introduzione del PCT anche in Cassazione e, per la medesima ragione, sono state anche soppresse le disposizioni che prevedevano la notifica del controricorso e del ricorso incidentale.

6. *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione*

Una menzione a parte merita l'introduzione dell'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione, previsto dall'art. 7, lett. g), della legge delega e dall'art. 363-*bis* c.p.c. Si tratta di un istituto ispirato alla legislazione comunitaria e francese, che prevede la possibilità per il giudice di merito, quando deve decidere una questione, di sottoporre direttamente la decisione della questione alla Corte Suprema di Cassazione. Il funzionamento dell'istituto prevede che l'esercizio da parte del giudice di merito del potere di rinvio pregiudiziale per la decisione di una questione esclusivamente di diritto sia subordinato alla sussistenza dei determinati presupposti:

- 1) che la questione, necessaria alla definizione, anche parziale del giudizio, non sia ancora stata risolta dalla Corte di Cassazione;
- 2) che la questione presenti gravi difficoltà interpretative relative disposizione da applicare;
- 3) che la questione sia suscettibile di porsi in numerose controversie (carattere potenzialmente seriale della questione).

La decisione di dar corso al rinvio pregiudiziale dev'essere assunta dal giudice di merito avendo sentito le parti costituite. L'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale è motivata, e con riferimento alle gravi difficoltà interpretative reca specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili. Essa è immediatamente trasmessa alla Corte di Cassazione ed è comunicata alle parti. Il procedimento di merito è sospeso dal giorno in cui è depositata l'ordinanza, salvo il compimento degli atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale (art. 363-*bis*, comma 2). Si prevede che, una volta ricevuta l'ordinanza di remissione, il Primo presidente della Cassazione, entro novanta giorni, la dichiari inammissibile qualora risultino insussistenti i presupposti per il rinvio pregiudiziale.

Qualora, invece, non pronunci l'inammissibilità del rinvio, il Primo presidente assegna la questione alle Sezioni Unite o alla sezione semplice tabellarmente "competente" (art. 363-*bis*, comma 3). La decisione della Corte, sia a Sezioni Unite, sia a sezione semplice, è sempre resa con procedimento in pubblica udienza, con requisitoria scritta del P.G. e facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie almeno 10 giorni prima dell'udienza (art. 363-*bis*, comma 4). La decisione della questione si risolve sempre nell'enunciazione del principio di diritto in esito. Si prevede che il provvedimento con il quale la Corte di Cassazione decide sulla questione è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e conserva tale effetto, ove il processo si estingua, anche nel nuovo processo che è instaurato con la riproposizione della medesima domanda nei confronti delle medesime parti (art. 363-*bis*, comma 6).

Si tratta di un istituto volto ad impedire che disposizioni di nuovo conio – siano esse sostanziali o processuali – possano generare una varietà di orientamenti di merito, determinando nocive incertezze specie quando queste attengono alle regole del processo (un esempio molto noto deriva dalla questione relativa a quale fosse la parte gravata dall'instaurazione della mediazione obbligatoria in caso di opposizione a decreto ingiuntivo).

La novità può essere ragionevolmente salutata con favore, ma l'espe-

rienza del rinvio pregiudiziale *ex art. 420-bis* c.p.c. nel diritto interno e gli esiti dell'analogo istituto introdotto nella legislazione francese fin dal 1991, ne evidenziano rilevanti limiti, che hanno impedito al promettente meccanismo di decollare significativamente. A tacere del fatto – ma questo è altro problema – che così si irrobustisce il ruolo consultivo della Corte di Cassazione, che ha conosciuto in tempi recenti un'espansione ad avviso di chi scrive fin eccessiva e non condivisibile.

7. *La revocazione della sentenza per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

La riforma, infine, prevede una nuova ipotesi di revocazione a seguito di sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel tessuto del codice, in attuazione dei principi fissati dalla legge delega, è stato inserito il nuovo art. 391-*quater* c.p.c. in forza del quale contro le sentenze passate giudicato, il cui contenuto sia stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla CEDU ovvero a uno dei suoi Protocolli, è proponibile la revocazione se non sia possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente. Nello specifico, si prevede che la revocazione sia proponibile se ricorrono le seguenti condizioni, che devono ritenersi cumulative e non alternative:

- 1) se la violazione accertata dalla Corte europea ha pregiudicato un diritto di stato della persona; e
- 2) se l'equa indennità eventualmente accordata dalla Corte europea ai sensi dell'art. 41 della Convenzione non è idonea a compensare le conseguenze della violazione.

Sono comunque fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede che non hanno partecipato al processo svoltosi innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Deve ritenersi, sulla scorta dell'art. 1, comma 10, lett. c) della legge delega, che la legittimazione attiva a promuovere la revocazione spetta alle parti del processo svoltosi innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ai loro eredi o aventi causa e al pubblico ministero. Il termine per proporre la revocazione è di sessanta giorni dalla comunicazione o, in mancanza, dalla pubblicazione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del regolamento della Corte stessa (art. 391-*quater*, comma 1, c.p.c.). Quando pronuncia la revocazione, la Corte di Cassazione decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accer-

tamenti di fatto; altrimenti, pronunciata la revocazione, rinvia la causa al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata.

La legge delega non precisava, né precisa il d.lgs. n. 149/2022, le sentenze di quali giudici siano soggette a questa speciale ipotesi di revocazione. Stante l'ampiezza della delega, appare ragionevole ritenere il rimedio esperibile contro le decisioni pronunciate da qualsiasi giudice.

8. Conclusioni

La riforma delle impugnazioni è animata – come gran parte del resto della riforma e fatta eccezione per quelle novità che attengono ai profili *lato sensu* ordinamentali e organizzativi, che prevedono finalmente anche l'immissione di risorse economiche nell'amministrazione della giustizia – dall'intento di ristrutturare l'esistente, senza ambire a interventi radicali e di sistema. Questo è, insieme alla clausola “a costo zero”, il limite più rilevante che ha segnato il flusso delle riforme – quasi sempre inutili, se non addirittura dannose, rispetto allo scopo dichiarato di accelerare i tempi della giustizia civile – degli ultimi vent'anni. Pare difficile immaginare che le riforme del giudizio d'appello contenute nel d.d.l. delega, per quanto apprezzabili, apportino benefici considerevoli nella direzione di una maggior efficienza del giudizio di gravame.

Quanto al processo in Cassazione, anche in questo caso non sarebbe ragionevole attendersi miglioramenti significativi dall'ulteriore ristrutturazione dei riti. La riforma della giustizia, anche quella delle impugnazioni, ad avviso di chi scrive, non può che muovere da una radicale revisione del giudizio di prime cure, a partire dall'istruzione probatoria – uno degli ambiti in cui la disciplina mostra i segni più evidenti del tempo – e dalla valorizzazione del processo come sede istituzionale di discussione e confronto tra le parti e il giudice, associata ad un drastico ridimensionamento dell'importanza attribuita alla decisione della causa con sentenza. Quest'ultimo non è un risultato conseguibile solo attraverso l'introduzione di nuove regole del processo, anche se queste ultime possono avere un ruolo assai più cruciale di quanto si sia indotti a ritenere: è necessario soprattutto un mutamento culturale, che porti nella direzione di ravvisare nella pronuncia della sentenza un'*extrema ratio*. Ciò significa ripensare la giurisdizione, anche alla luce delle tante spinte verso un ruolo nevralgico – al quale, però, si crede sempre meno – delle alternative al processo, quale funzione non tanto avente come scopo ultimo la pronuncia di un provvedimento decisorio, quanto piuttosto quello di ridurre progressivamente nel corso del processo l'oggetto del contenzioso, fino a rendere su-

perflua la pronuncia di una sentenza. Mi pare che in questa direzione potrebbe andare l'utilizzo delle risorse versate nella giustizia attraverso il personale addetto all'Ufficio per il processo. Ma non basterebbe. Sarebbe con ogni probabilità necessaria una riscrittura del rito di prime cure con scelte più coraggiose, dirette a rendere più partecipato il processo nelle fasi iniziali e finalizzate a separare nettamente la fase della trattazione e dell'istruzione da quella decisoria, che potrebbe essere affidata ad un giudice diverso da quello delle fasi precedenti – volendo perfino al Collegio – affinché il primo non soffra dei limiti derivanti dal divieto di anticipazione del giudizio. Ciò che si intende qui banalmente sostenere è che una maggior efficienza dei processi in appello e in Cassazione non potrà che derivare da una riduzione del numero dei gravami. Il che, a sua volta, in un sistema in cui vige il diritto all'appello e quello, costituzionalmente garantito, del ricorso per Cassazione, non potrà che essere il frutto di una riduzione del numero di sentenze pronunciate in primo grado. Perché ciò si realizzi nel modo meno ingiusto possibile è necessario che il processo diventi il miglior strumento per la risoluzione consensuale delle controversie. Si tratta, evidentemente, di discorsi complessi, che non possono essere affidati a qualche riga di commento, e che richiedono una riflessione più profonda e un dibattito, anche culturale, di più ampio respiro. Ed è proprio questo dibattito di cui si sente la mancanza, essendo ad esso non sempre sensibili nemmeno i magistrati, sovente troppo concentrati sulla famigerata “produttività”, di cui noi tutti, professori universitari compresi, siamo ormai vittime inermi. Basterà qui sottolineare che la mancanza di un progetto di più larghi orizzonti è un limite che pare avere già troppe volte pregiudicato gli esiti anche della miglior riscrittura di alcune norme del codice. Ci si augura che stavolta le novità sul piano organizzativo e le risorse aggiuntive finalmente destinate all'amministrazione della giustizia possano finalmente portare il processo civile fuori dal guado. Resta, tuttavia, l'impressione che per assicurare alla giustizia civile un futuro migliore sia indispensabile non tanto una riforma, ma una vera e propria “rivoluzione culturale” che segni un cambio di prospettiva nello stesso modo di intendere la giurisdizione.

Riferimenti bibliografici

- ACIERNO M., SANLORENZO R., *La Cassazione tra realtà e desiderio. Riforma processuale e ufficio del processo: cambia il volto della Cassazione?*, in *Quest. giust.*, 2021, 3, 96.
BARBAZZA A., *Guida alla riforma del processo civile. Cosa cambia dopo il d.lgs. 149/2022*, Pacini, Pisa, 2022.

- BLAVATI P., *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 45 ss.
- BRIGUGLIO A., *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *judicium.it*, 21 dicembre 2022.
- CAPASSO V., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il "vincolo" di troppo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, 587 ss.
- CAPPONI B., *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, in *Giust. insieme*, 2021.
- CAPPONI B., *Odissea nel Palazzaccio*, in *Giust. insieme*, 2023.
- CARRATTA A., *Le riforme del processo civile. D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Giappichelli, Torino, 2023.
- CECCHIELLA C. (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma. D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Zanichelli, Bologna, 2023, 337 ss.
- CECCHIELLA C., *Quotidiano giur.*, 23 dicembre 2022.
- COSTANTINO G., *De profundis per la sezione filtro della Cassazione civile*, in *Quest. giust.*, 16 novembre 2022, 1 ss.
- COSTANTINO G., POLI G.G., GIUSTI A., DE SANTIS A.D., *Le impugnazioni*, in Costantino (a cura di), *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, Cacucci, Bari, 2022, 219 ss.
- DALMOTTO E. (a cura di), *Lezioni sul nuovo processo civile. La Riforma Cartabia*, Zanichelli, Bologna, 2023.
- FABIANI M., *Rinvio pregiudiziale alla corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 197 ss.
- FARINA M., *L'udienza pubblica in Cassazione: che succede fino al 30 giugno 2023?*, in *judicium.it*, 7 gennaio 2023.
- FEDERICO G., *Il giudizio di appello*, in *Quest. giust.*, 2021, 3, 89 ss.
- FICHERA G., *L'udienza cartolare post pandemica*, in *La Magistratura*, 2022, 1, 53-59.
- FICHERA G., *Lo strano caso dell'udienza pubblica in Cassazione*, in *judicium.it*, 2023.
- FRASCA R., *Sulla proroga della cd. udienza pubblica civile in Cassazione*, in *Quest. giust.*, 30 dicembre 2022.
- GIABARDO C.V., *In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile*, in *Giust. insieme*, 2021.
- LUISO F.P., *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Giuffrè, Milano, 2022.
- PASSANANTE L., *La riforma delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 993 ss.
- PROTO PISANI A., *Note sparse vecchie e nuove sull'appello civile*, in *Quest. giust.*, n. 3, 2021, 3, 83 ss.
- PROTO PISANI A., *Note a prima lettura di una brutta riforma del processo civile*, in *Quest. giust.*, 29 novembre 2022, 1 ss.

- SCARSELLI G., *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in *Giust. insieme*, 2021.
- SCARSELLI G., *Mala tempora currunt*, in *judicium.it*, 29 novembre 2022.
- SCARSELLI G., *I punti salienti dell'attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149*, in *Giust. insieme*, 2022.
- SCODITTI E., *Brevi note sul nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *Quest. giust.*, 2021, 3, 105 ss.
- TISCINI R. (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pacini, Pisa, 2023.
- TRISORIO LIUZZI G., *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *judicium.it*, 10 dicembre 2021.

NEGOZIAZIONE ASSISTITA E RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO

Sandro Mainardi *

1. I precedenti. Volontà delle parti e conciliazione delle controversie di lavoro nel pubblico impiego

È a tutti noto come la giurisdizione del lavoro pubblico non solo abbia costituito uno dei pilastri e una delle tante chiavi di lettura della c.d. privatizzazione del pubblico impiego nelle sue ormai innumerevoli stagioni di riforme; ma anche abbiano costituito, la giurisdizione ed il lavoro dei giudici, strumento tramite il quale la privatizzazione del lavoro pubblico è stata e viene oggi attuata¹.

Se è vero che ciò che è cambiato non sono le pubbliche amministrazioni, ma il modo di queste di rapportarsi con i loro dipendenti, oggi ricondotto, sotto ogni punto di vista, al diritto dei privati e soprattutto, per quanto qui interessa, a quella pariteticità di rapporti che caratterizza le relazioni contrattuali, allora certamente il tema della giurisdizione e della risoluzione delle controversie assume caratteri fondamentali nella riforma, in quanto destinato a formare quel diritto *privato* del lavoro pubblico cui attenersi per il futuro², anche sotto forma di precedente, secondo obiettivo precisamente declinato da parte del legislatore.

Si spiegano così le innovative norme dell'epoca (1998) sull'interpretazione del contratto collettivo affidata alla Corte di Cassazione nel c.d. ri-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Bologna.

¹A. GARILLI, *Il riparto di giurisdizione tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 715 ss.; D. BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Cedam, Padova, 2002.

²P. TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 59.

corso *per saltum*³; ma così si spiegano tutte le disposizioni volte ad attribuire al Giudice ordinario del lavoro cognizione e poteri sostanzialmente pieni, nelle controversie di lavoro e di diritto sindacale che pure possono avere origine da atti marco-organizzativi presupposti⁴, su una linea proiettata verso la risoluzione delle singole controversie (o, meglio a prevenirne l'insorgenza) attraverso l'affermazione di un diritto del lavoro nuovo per le amministrazioni che passa, anzitutto, dall'interpretazione giudiziale.

Ma accanto al circuito della giurisdizione, cui è attribuita questa importante finalità, ve ne è un altro nella riforma del pubblico impiego, nel quale l'obiettivo era quello di eliminare la controversia prima che questa insorga, non facendola approdare di fronte al Giudice del lavoro. Si tratta di strumenti – segnatamente la conciliazione e l'arbitrato –, che non hanno mai seriamente attecchito in ambito lavoristico⁵ e dei quali il legislatore della riforma ha tentato in un primo momento un forte rilancio, in parte autonomo rispetto al lavoro privato, rendendo obbligatoria la conciliazione e dotando l'arbitrato di una nuova regolamentazione, sia di matrice legale che di tipo contrattuale⁶.

Il riferimento è naturalmente alla conciliazione obbligatoria delle controversie di lavoro pubblico, posta quale condizione di procedibilità della domanda dagli artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001, introdotti con il decreto n. 80/1998, non a caso al momento dell'effettivo passaggio della giurisdizione dal giudice amministrativo al giudice ordinario del lavoro, e poi più volte rimaneggiati fino alla definitiva abrogazione da parte dell'art. 31 della legge n. 183/2010, che ha riformulato gli artt. 410 e 411 c.p.c. estendendone l'applicabilità alle controversie di lavoro pubblico, appunto procedendo, al comma 9, all'abrogazione degli artt. 65 e 66 del TUPI.

Ma il riferimento è anche all'arbitrato, quale ulteriore strumento di de-

³L. DE ANGELIS, *Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi (Art. 68 bis)*, in F. CARINCI-M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, vol. III, II ed., Giuffrè, Milano, 2000, 1872 ss.; ID., *L'accertamento pregiudiziale ex art. 68 bis d.lgs. 29/93 tra théorie de l'acte clair e discrezionalità del giudice: a margine di una recente vicenda giudiziaria*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 5, 1095 ss.; E. GRAGNOLI, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, Milano, 1999, 258 ss.

⁴Cfr. A. RICCARDI, *I poteri del Giudice ordinario nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2020, 4, 107 ss. ed ivi riferimenti bibliografici sul tema.

⁵V. BERTOLDI, *L'arbitrato e le controversie di lavoro*, Jovene, Napoli, 2018.

⁶R. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 727 ss.

frazione del contenzioso, sistema facoltativo di risoluzione delle vertenze di lavoro alternativo al ricorso giurisdizionale, secondo quanto oggi disposto dagli artt. 412-412-*ter* e 412-*quater* c.p.c. come modificati ancora una volta dall'art. 31 della legge n. 183/2010, norme espressamente dichiarate applicabili alle controversie di lavoro pubblico⁷, attraverso le quali, come noto, la risoluzione arbitrale della controversia può essere affidata, con apposito mandato, anche alla stessa Commissione di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c., quando durante il tentativo o al termine dello stesso le parti si accordino per la risoluzione consensuale della lite (art. 412 c.p.c.).

In questo caso il lodo emanato a conclusione del procedimento arbitrale, sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce gli effetti di cui agli artt. 1372 e 2113 c.c.

Infine l'art. 412-*ter* c.p.c. affida alla contrattazione collettiva l'individuazione di altre modalità per l'espletamento della conciliazione e dell'arbitrato: ma questo richiamo non può essere riferito all'Accordo Quadro Aran sull'Arbitrato Unico del 23 gennaio 2001 (rinnovato nel 2003) il quale non prevedeva l'arbitrato secondo equità che è invece contemplato dall'art. 412-*ter*⁸.

C'è poi l'esperienza della materia disciplinare, per la quale pure il legislatore ha previsto speciali procedure di conciliazione e arbitrato, di matrice prima legale e successivamente contrattuale, peraltro oggi fortemente ridimensionate dalla Riforma Brunetta del 2009, sì come confermata, sul punto, dalla Riforma Madia del 2017⁹.

Certo, in una prima fase, quella immediatamente successiva al 1998, la promozione della conciliazione e dell'arbitrato con norme speciali per il pubblico impiego aveva la funzione di mantenere il grosso del contenzioso che ci si attendeva con il passaggio della giurisdizione (quello che non aspirava ad assurgere a rango di precedente, soprattutto per vertenze di tipo seriale) in un ambito negoziale, badando, nel risolvere le controversie, molto alla giustizia del caso concreto e molto meno all'attuazione del diritto oggettivo, per giungere ad una decisione equa in tempi ragionevoli, soprattutto limitando il ricorso al giudice togato.

La *ratio* sottesa all'eliminazione nel 2010 dell'obbligatorietà del tentati-

⁷S. BOCCAGNA, voce *Arbitrato nelle controversie di lavoro [dir. proc. civ.]*, in *Treccani Diritto on line*, 2019.

⁸V. Trib. Bologna 5 novembre 2008, n. 551, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 139.

⁹M. BIASI, *Conciliazione e arbitrato in materia disciplinare*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Maggioli, Rimini, 2021, 769 ss.

vo di conciliazione è da ricercarsi nel mancato raggiungimento dell'obiettivo di decongestionare il contenzioso giudiziale, che il legislatore del 1998 aveva ritenuto possibile attraverso la previsione di passaggi obbligatori, favorendo la composizione delle controversie esterna al processo.

Non si può negare, alla luce dell'evoluzione normativa e del contenzioso del pubblico impiego, che l'importanza ed il rilievo inizialmente attribuiti dal legislatore a questi istituti è andata via via scemando, dando luogo, da una parte, ad una sorta di normalizzazione e di unificazione con il lavoro privato, appunto realizzata con la legge n. 183/2010; dall'altra parte l'impegno delle parti collettive per incanalare il contenzioso sui nuovi strumenti è stato assai contenuto, tanto da rendere pressoché irrilevante l'esperienza delle conciliazione e degli arbitrati realizzati secondo le regole dell'Accordo quadro del 23 gennaio 2001 che aveva introdotto in via sperimentale l'Arbitro Unico per tutte le controversie di pubblico impiego.

2. *L'ambito di applicazione della negoziazione assistita: la portata della delega dell'art. 1, comma 4, lett. q) legge n. 206/2021 con riguardo alle controversie di lavoro pubblico*

Sotto il profilo della *ratio* normativa sono state e sono dunque senz'altro numerose le ragioni o le assonanze che portano ad estendere modalità di deflazione del contenzioso e/o di giustizia "privata" anche all'ambito del lavoro pubblico privatizzato: l'origine negoziale del rapporto e la pariteticità delle posizioni delle parti nell'ambito nel contratto esaltano il profilo della volontà dei contraenti anche con riguardo alla scelta degli strumenti di composizione del contenzioso, a conferma della natura contrattuale degli interessi che si esprimono (anche) nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico. Del resto, sul versante delle amministrazioni pubbliche, il fatto che la privatizzazione dei poteri datoriali conducesse a questa valorizzazione della volontà della "parte" pubblica amministrazione, nella ponderazione di propri interessi contrattuali, trova conferma nella ricognizione delle funzioni dei Dirigenti (generali nelle amministrazioni centrali, di vertice nelle altre) dove, all'art. 16, comma 1, lett. f) si dice che i Dirigenti generali «*promuovono e resistono alle liti ed hanno il potere di conciliare e di transigere*»¹⁰.

Proprio la logica di sempre maggiore avvicinamento del lavoro pubblico a

¹⁰M. CERBONE, *Il modello della dirigenza dello Stato*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., specie 943 ss.

quello privato, che ha determinato l'uniformazione degli strumenti per i due settori allargando ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni quanto stabilito per i contratti e i rapporti individuati dall'art. 409 c.p.c., induce a riflettere sull'ambito di applicazione della negoziazione assistita, verificando la effettiva portata della delega dell'art. 1, comma 4, lett. q), legge n. 206/2021 con riguardo alle controversie di lavoro pubblico.

La norma di delega, poi attuata con l'introduzione dell'art. 2-ter del d.l. n. 132/2014¹¹, prevede infatti la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita, senza che ciò costituisca condizione di procedibilità dell'azione e fermo quanto previsto dall'art. 412-ter rispetto alle previsioni dei contratti collettivi, per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c., senza alcuna espressa estensione o riferimento alle controversie di cui all'art. 63, comma 1 del d.lgs. n. 165/2001, norma che, come noto, disegna i confini della giurisdizione civile e amministrativa, appunto per il contenzioso del lavoro pubblico privatizzato.

Salta cioè subito all'occhio la diversa tecnica invece utilizzata dal legislatore al momento in cui ebbe ad estendere il regime della conciliazione non obbligatoria e dell'arbitrato all'universo del lavoro subordinato secondo le previsioni degli artt. 410 ss. c.p.c.: in quell'occasione, infatti, con il comma 9 dell'art. 31 della legge n. 183/2010 si è espressamente previsto, in una con l'abrogazione degli artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001, l'applicazione delle modificate disposizioni del codice di procedura civile anche alle controversie di cui all'art. 63, comma 1 del d.lgs. n. 165/2001 e cioè appunto le controversie del pubblico impiego privatizzato¹².

Ora, l'estensione *espresa* del 2010 trovava giustificazione nell'abrogazione delle procedure di conciliazione ed arbitrato speciali di cui appunto agli artt. 65 e 66, le quali, come detto, avevano creato un regime parallelo degli istituti rispetto al lavoro del settore privato. Insomma, l'esistenza del doppio regime ha indotto il legislatore del 2010 ad estendere esplicitamente le nuove procedure anche al pubblico impiego privatizzato, richiamando la disposizione dell'art. 63, comma 1 del d.lgs. n. 165/2001.

Oggi tale esigenza specifica non esiste più e la negoziazione assistita diviene strumento ulteriore di soluzione stragiudiziale delle controversie, co-

¹¹ Da parte dell'art. 9 del d.lgs. n. 149/2022.

¹² C. CECHELLA, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro, dopo la riforma del 2010: la conciliazione*, in *Riv. arbitrato*, 2011, 3, 373 ss.; L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 399 ss.

munque garantito dalla stabilità dell'accordo raggiunto tra le parti ai sensi del comma 4 dell'art. 2113 c.c.

Non ci sono dunque ragioni per escludere le controversie di lavoro pubblico dall'ambito di applicazione della delega: nel richiamare l'art. 409 c.p.c. il legislatore appare riferirsi all'intero ambito della giurisdizione del Giudice del lavoro, anche se questo è venuto a determinarsi per effetto di norme di legge successive che lo hanno progressivamente esteso.

Peraltro occorre ricordare che l'art. 409, dopo aver, al n. 4, attribuito al giudice del lavoro le controversie sui rapporti di lavoro dei dipendenti degli enti pubblici economici, al n. 5, attribuisce allo stesso giudice le controversie relative a *«rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico, sempreché non siano devoluti dalla legge ad altro giudice»*: se è così, allora, sono escluse dalla negoziazione assistita di lavoro solo le controversie di lavoro pubblico che la norma speciale dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 ha conservato nella giurisdizione del Giudice Amministrativo, segnatamente quelle in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni¹³, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi (cioè il contenzioso del pubblico impiego non privatizzato).

Se si concorda con questa interpretazione, allora si deve riconoscere la possibilità della negoziazione assistita anche per le controversie di lavoro pubblico richiamate dall'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 e dunque *«tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ... ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti»*.

L'estensione alle pubbliche amministrazioni di queste procedure, specie allorquando l'oggetto della controversia presupponga o coinvolga non tanto diritti disponibili sorti nell'ambito del diritto privato, ma la necessità di evitare, nei rapporti di diritto pubblico, cioè nei rapporti caratterizzati dall'esercizio di una funzione amministrativa in ordine ad un interesse pubblico da soddisfare, che l'atto di transazione o l'accordo conciliativo realiz-

¹³ Sul tema v. A. GARILLI, *Le controversie sui concorsi e sulla progressione verticale: riparto di giurisdizione, discrezionalità amministrativa e poteri del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 3 ss.

zino in concreto una disposizione dell'interesse pubblico al cui soddisfacimento è preposto il diritto oggetto di negoziazione, pone il problema del confine oltre il quale l'amministrazione non possa accedere a forme di risoluzione stragiudiziale negoziate¹⁴.

In altre parole, temendo che la conciliazione venga stipulata in pregiudizio dell'interesse pubblico alla cui soddisfazione è preposta la situazione giuridica soggettiva oggetto della controversia, si è affermata in tempi risalenti la generale indisponibilità dell'interesse legittimo, cioè di quella particolare situazione giuridica che acquista rilevanza proprio in ragione della sua dimensione relazionale con il potere e l'interesse pubblico¹⁵.

Questi timori non possono essere condivisi. Come oggi riconosciuto dalla dottrina pubblicistica più recente, l'indisponibilità non può essere automaticamente riferita all'interesse legittimo, bensì al modo in cui concretamente si manifesta il rapporto tra amministrazione e cittadino¹⁶.

Ciò significa che in alcune ipotesi è ben possibile disporre dell'interesse legittimo, a condizione che non ne risulti complessivamente pregiudicato l'interesse pubblico. Questa conclusione non è il risultato di un'attività esegetica particolarmente sofisticata; bensì è l'unica possibile in ragione di quanto oggi stabilito dall'art. 11 della legge n. 241/1990 il quale, pur non affermando esplicitamente la negoziabilità del potere discrezionale, né ovviamente dell'interesse pubblico alla cui soddisfazione tale potere è indirizzato, ha introdotto una diversa concezione non solo del rapporto tra potere e cittadino, ma soprattutto del rilievo assunto dall'interesse privato nell'ambito di questo rapporto, pur sempre finalizzato alla soddisfazione dell'interesse pubblico generale¹⁷.

È dunque in quest'ottica che la dottrina oggi ammette pacificamente il principio in base al quale, in alcune ipotesi, lo strumento negoziale consen-

¹⁴ Cfr. R. TUZZI, *Il potere transattivo della pubblica amministrazione nella risoluzione alternativa delle controversie: spunti per una rinnovata lettura anche attraverso il prisma della responsabilità amministrativo-contabile*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2021, 29 ss.; M. GIOVANNINI, *Conciliazione stragiudiziale e amministrazioni pubbliche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 831.

¹⁵ A. DE VALLES, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro it.*, 1934, I, 46.

¹⁶ Cfr. G. PERICU-M. GOLA, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. II, Monduzzi, Bologna, 2005, 306.

¹⁷ Cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020, 740-742.

te all'amministrazione di soddisfare con maggior efficacia l'interesse pubblico che la legge le attribuisce¹⁸.

In linea con tutto l'ambito del lavoro subordinato non viene invece estesa dalla delega alla materia lavoristica l'istituto della mediazione, neppure nella formula facoltativa proposta dalla Commissione Luiso: la proposta della Commissione Luiso di «*prevedere la possibilità di ricorrere alla mediazione (...) nelle controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile*» avrebbe richiesto necessariamente una modifica dell'art. 23 del d.lgs. n. 28/2010, norma che, nel regolare i rapporti tra mediazione e altre procedure conciliative, dispone che i procedimenti conciliativi di lavoro siano «*esperiti in luogo di quelli del presente decreto*». Il legislatore della mediazione civile continua, dunque, a stabilire l'esclusività della conciliazione in materia lavoristica in ragione della sua specialità e indipendentemente dal suo essere obbligatoria: cosicché, allo stato attuale, gli artt. 410 ss. c.p.c. prevalgono sulla mediazione, escludendola, per il sol fatto di avere ad oggetto le controversie di lavoro¹⁹.

Per vero si manifesta una giusta attenzione del legislatore per la mediazione cui partecipano – come parte – rappresentanti delle pubbliche amministrazioni, atteso che già con la circolare n. 9/2012 il Dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha fornito le linee guida per le pubbliche amministrazioni in materia di mediazione. Viene precisato che la normativa si applica anche al settore pubblico e in particolare, rientrano nel novero delle controversie disciplinate dal decreto legislativo 28/2010 esclusivamente quelle che implicino la responsabilità della pubblica amministrazione per atti di natura non autoritativa.

La legge delega, all'art. 1, comma 4, lett. g), stabilisce la necessità per i decreti delegati di «*prevedere per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che la conciliazione nel procedimento di mediazione ovvero in*

¹⁸ V., in questo senso, M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bononia University Press, Bologna, 2007, 194. Secondo l'A., «*l'indisponibilità tout court delle situazioni giuridiche soggettive che, volendole chiamare interesse legittimo, rispecchiano rapporti di diritto pubblico non è più sostenibile e non appare più in linea con il diverso modo di amministrare che caratterizza l'esperienza giuridica contemporanea, fondato su una concezione del rapporto tra potere e cittadino radicalmente diversa rispetto al passato*».

¹⁹ P. LICCI, *Mediazione e negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, 3, 5.

sede giudiziale non dà luogo a responsabilità contabile, salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti». La norma, come si dirà oltre, anche per la sua dettagliata formulazione, è di importanza fondamentale per garantire agibilità ed effettività dell'istituto da parte delle amministrazioni pubbliche; ma è chiaro che essa opera ed opererà nell'esercizio della delega per le materie, diverse da quella lavoristica, per le quali è contemplata la mediazione, allorquando si abbia come parte una pubblica amministrazione.

3. Caratteri della negoziazione assistita per le controversie di cui è parte la pubblica amministrazione

La novità della negoziazione assistita in materia di lavoro non è di poco momento, non solo per le controversie di lavoro pubblico.

Si deve infatti rammentare che in sede di conversione del d.l. n. 132/2014, norma che ha introdotto la negoziazione assistita nel nostro ordinamento, il legislatore, diversamente da quanto inizialmente indicato dal decreto all'art. 7, si è espresso per l'impossibilità di applicare la negoziazione nelle controversie relative a diritti indisponibili nonché in quelle di lavoro. Quindi, nell'assetto precedente, cioè prima della modifica intervenuta per effetto del d.lgs. n. 149/2022, l'accordo raggiunto privatamente e privo del sigillo del sindacato (art. 412-ter c.p.c.) o della Direzione territoriale del lavoro (artt. 410-411 c.p.c.) resta invalido ai sensi dell'art. 2113 c.c.

Sono state espresse giuste critiche alla scelta legislativa, in quanto la negoziazione svolta da avvocati delle parti appariva strumento del tutto compatibile con le controversie di lavoro, caratterizzate dalla necessità di una rapida ed efficiente soluzione delle controversie²⁰: del resto, è ben noto che nella prassi delle vertenze di lavoro gli accordi vengano autonomamente raggiunti dagli avvocati delle parti nell'interlocuzione con i rispettivi clienti, mentre la sede istituzionale o sindacale viene utilizzata successivamente solo per la formalizzazione a verbale dell'accordo conciliativo ai sensi e per gli effetti degli artt. 411 o 412-ter c.p.c. e dell'art. 2113 c.c.

²⁰ Cfr. D. DALFINO, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in ID. (a cura di), *Misure urgenti per l'efficienza e la funzionalità della giustizia civile*, Giappichelli, Torino, 2015, 39 ss.

Si deve dunque accogliere con favore la previsione dell'art. 1, comma 4, lett. q) della legge delega laddove conferisce all'accordo derivato da negoziazione assistita in materia di lavoro il regime di stabilità protetta di cui all'art. 2113, comma 4, c.c., perché da un lato mira a non rendere lettera morta la previsione della negoziazione assistita nelle liti di lavoro (come invece risultava dal testo del d.d.l. approvato dal CdM il 9 gennaio 2020) e dall'altro introduce (nuovamente) un mezzo di risoluzione che tra tutte le ADR meglio si presta a risolvere i conflitti lavoristici, rendendo così la via stragiudiziale realmente complementare a quella giudiziale, in vista di una migliore risposta di giustizia. Stando alla soluzione di legge, l'accordo di negoziazione assistita avrà validità pari a quella degli accordi stipulati innanzi alle Direzioni territoriali del lavoro (art. 411 c.p.c.), a quella delle conciliazioni stipulate dinanzi ai sindacati (412-ter c.p.c.) nonché pari ai lodi irrituali di lavoro degli artt. 412 ss. c.p.c.

Viene attribuita in questo modo alla negoziazione assistita la dignità di strumento realmente alternativo alla via giurisdizionale nonché alternativo alle altre forme di conciliazione codicistica, atteso che la stabilità dell'accordo è poi ulteriormente (ma indirettamente) garantita dalla previsione contenuta nell'art. 5 della legge n. 162/2014, in virtù della quale costituisce illecito deontologico dell'avvocato l'impugnazione dell'accordo al quale ha partecipato.

Specie per il contenzioso del lavoro pubblico, appare altresì rilevante la previsione per cui nella negoziazione ciascuna parte sia assistita da un *proprio* avvocato. Non deve infatti sfuggire che l'istituto della negoziazione prevede allo stato l'assistenza obbligatoria di «*uno o più avvocati*», con la conseguenza che, ai sensi della legge n. 162/2014, l'accordo concluso a seguito della procedura è perfettamente valido anche se ha avuto luogo sotto l'assistenza di un solo difensore.

Nella materia lavoristica, e appunto specie nelle controversie di pubblico impiego ove il dipendente si confronta non solo con il datore pubblica amministrazione, ma con l'apparato organizzativo pubblico e con la presenza di atti macro-organizzativi di fonte legale e regolamentare, lo squilibrio informativo tra le parti appare particolarmente significativo: bene dunque ha fatto il legislatore a prevedere che sia necessario, ferma la facoltatività della negoziazione, che ciascuna parte sia assistita da un proprio avvocato, secondo quanto poi confermato in sede di attuazione dal citato art. 2-ter del d.l. n. 132/2014.

Nella finalità poi di incentivare la negoziazione assistita anche nella prospettiva di un contenzioso giudiziale, si prevede l'arricchimento della procedura con una fase istruttoria denominata "attività di istruzione stragiudi-

ziale”, regolata dalla convenzione di negoziazione assistita di cui all’art. 2 del d.l. n. 132/2014.

Tale attività consiste nell’acquisizione da parte degli avvocati delle parti di dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti nella controversia, nonché nella eventuale raccolta di dichiarazioni confessorie. Lo scopo dichiarato è quello di agevolare l’accertamento dei fatti prima dell’inizio del processo, anche per consentire ai litiganti di fare una valutazione prognostica sui possibili esiti del giudizio alla luce delle prove già raccolte, così incoraggiando soluzioni transattive²¹.

Tali prove sono poi utilizzabili nel successivo giudizio instaurato dopo l’insuccesso della negoziazione avente ad oggetto l’accertamento degli stessi fatti, ferma restando naturalmente la possibilità per il giudice di disporre la rinnovazione.

Chiaro che una attività di questo tipo necessita dell’assistenza del legale di ciascuna parte, stante la complessità e la delicatezza che tale istruttoria può assumere quando parte è il datore pubblica amministrazione.

D’altronde la reticenza finora dimostrata nei confronti della negoziazione assistita nelle liti di lavoro risiede proprio nella considerazione che vi è una sproporzione di potere contrattuale tra le parti che impedisce di affidare la risoluzione della lite *«alla libera determinazione individuale dei soggetti coinvolti»*. La presenza di un difensore per parte, sotto questo punto di vista, dovrebbe scongiurare i timori di chi ancora guarda con sfavore agli strumenti autonomi di risoluzione delle liti nella materia lavoristica: il lavoratore che si affida ad un proprio difensore di fiducia ristabilisce sul piano precontenzioso quella parità a volte mancante sul piano sostanziale.

Nella stessa direzione è anche condivisibile la scelta legislativa di estendere il patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione ma anche di negoziazione assistita: l’effetto assume notevole importanza soprattutto nella materia lavoristica poiché senza di essa la negoziazione assistita finirebbe ragionevolmente, in molte occasioni, per non trovare spazio di operatività.

Non così pare essere per l’esenzione dal pagamento del contributo unificato per i redditi rientranti nei limiti della legge n. 111/2011, dalla legge delega configurato *sub forma* di rimborso di credito di imposta: il testo dell’art. 1, comma 4, lett. a) limita la previsione di tale misura ai soli casi di accordo con *«una procedura di mediazione che comporti l’estinzione del giudizio»*. La limitazione della previsione alla sola mediazione non è condivisibile poiché la negoziazione assistita può essere facoltativa (come quella pensata dalla ri-

²¹ P. LICCI, *Mediazione e negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, cit., 14.

forma per le liti di lavoro) e nulla esclude che le parti possano dare inizio alla procedura della legge n. 162/2014 parallelamente al giudizio già instaurato. L'eventuale conclusione dell'accordo in pendenza del processo potrebbe perciò dar luogo (analogamente a quanto accade in mediazione) all'estinzione del giudizio. Si tratta di una disparità di trattamento tra le due procedure che non appare giustificabile, poiché entrambe possono condurre ad un alleggerimento del carico giudiziario: e ciò soprattutto nelle liti di lavoro, dove la mediazione pare strada non percorribile, sicché il lavoratore verrebbe sempre escluso dal rimborso del contributo unificato, anche quando virtualmente concluda accordi con il proprio datore di lavoro, e quindi, per quanto qui interessa, con la propria amministrazione.

Sono naturalmente considerazioni, queste, che hanno da valere sia per il lavoro pubblico che per quello privato.

Specifici rilievi possono invece essere svolti con riguardo ai meccanismi, anche di matrice organizzativa, che accompagneranno la negoziazione assistita sul versante delle pubbliche amministrazioni.

Al centro di questi meccanismi devono essere collocate le Avvocature pubbliche, naturalmente laddove queste siano costituite, e ciò anche per le Amministrazioni che hanno *ope legis* difesa da parte dell'Avvocatura di Stato: non essendo la negoziazione un procedimento contenzioso non è necessaria la presenza dell'Avvocatura dello Stato, che però, a fronte di una richiesta dell'amministrazione, può sempre intervenire, con funzione di affiancamento, ma mai sostitutiva. Si è detto che la funzione di conciliare e transigere le liti è per legge attribuita ai dirigenti di uffici dirigenziali generali (o di vertice) o ad altri dirigenti all'uopo delegati, ma agli Avvocati pubblici spetta fisiologicamente, e per legge, la specifica attribuzione della trattazione degli affari legali dell'ente, svolgendo in forma esclusiva tali funzioni con l'autonomia e l'indipendenza che deriva loro dall'appartenenza all'Ordine professionale e dall'incardinamento in apposito Ufficio dell'Ente (art. 23 legge n. 247/2012).

Come noto, anche nella lettura giurisprudenziale, l'esercizio della professione forense da parte dei dipendenti pubblici avviene attraverso un ufficio legale appositamente istituito e configurato, nella struttura organizzativa dell'ente pubblico, come unità organizzativa autonoma, al quale l'avvocato-dipendente deve essere stabilmente assegnato, essendo altresì necessario che tale destinazione non sia liberamente revocabile, ma possa cessare solo sulla base di circostanze o criteri prestabiliti²².

²² Cfr. A. TRENTINI, *L'avvocato degli enti pubblici. Commentario ragionato di legislazione, giurisprudenza e prassi*, Filodiritto Editore, Bologna, 2013.

Se così è, mediazione e negoziazione assistita, come anche sostenuto dall'UNAEP²³ ai tavoli ministeriali all'avvio del processo di riforma, divengono terreno elettivo di attività per gli Avvocati delle pubbliche amministrazioni, naturalmente ed anche nell'ottica di abbattere i costi del ricorso agli Avvocati del libero foro²⁴.

Bene ha fatto dunque il legislatore, all'art. 2, comma 1-*bis*, a prevedere l'obbligo per le amministrazioni dotate di Avvocature interne di affidare a queste ultime le convenzioni di negoziazione, così polarizzando sulle avvocature l'intero funzionamento della negoziazione nelle pubbliche amministrazioni.

Stando a quanto indicato per le Amministrazioni centrali in materia di mediazione, il potere di rappresentanza e di sottoscrizione della proposta di conciliazione, davanti all'organismo di mediazione, spetta al dirigente dell'ufficio competente sulla materia o ad altro dirigente appositamente delegato. Una prerogativa che può anche essere a sua volta delegata a dipendenti di qualifica inferiore, purché dotati di «*comprovata e particolare competenza ed esperienza nella materia del contenzioso e in quella cui afferisce la controversia*». Così, entrando nel dettaglio, la citata circolare ministeriale 9/2012 indica per i ministeri i dipendenti dell'Area III o equiparati, con formazione giuridico economica e laurea; le amministrazioni dovranno poi valutare come è più opportuno organizzarsi, e cioè se centralizzare tutte le funzioni in un ufficio unico oppure attribuire la funzione all'ufficio dirigenziale di volta in volta competente. Alle sedi periferiche, poi, è consigliato fare sempre capo all'amministrazione centrale prima di procedere a richiedere un parere all'avvocatura dello Stato, per non ingolfarne gli uffici. «*A garanzia del principio di economicità*» le pubbliche amministrazioni dovranno scegliere l'organismo di mediazione che comporti «*minori oneri*», anche a mezzo di gara pubblica.

L'attività di assistenza legale che la norma attribuisce agli avvocati di ciascuna parte, quale condizione di attribuzione di stabilità all'accordo di negoziazione assistita ai sensi dell'art. 2113 c.c., se non attribuita all'Avvocatura di Stato o ad avvocati del libero foro, sarà dunque funzione tipica dell'Avvocato pubblico, soggetto sostanzialmente compreso, prima ancora

²³ Unione Nazionale Avvocati Enti Pubblici.

²⁴ L. PAOLUCCI, *La riforma del DL 132/2014 conv. in l. 162/2014: la novità della negoziazione assistita e ruolo decisivo dell'Avvocato Pubblico*, Relazione al Convegno UNAEP "Negoziazione Assistita e mediazione, Le procedure di soluzione stragiudiziale delle controversie nella P.A.", Firenze, 22 gennaio 2016.

che dal punto di vista organizzativo, degli interessi e delle garanzie che dovranno sorreggere la sottoscrizione da parte del Dirigente o Funzionario delegato.

4. *Le criticità: la responsabilità del dirigente o funzionario pubblico che rappresenta la pubblica amministrazione*

È in questi ambiti che si tocca il punto storicamente più critico e condizionante l'effettività dei meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle liti via via consolidatisi nell'esperienza legislativa e contrattuale del pubblico impiego e più in generale delle organizzazioni pubbliche.

È noto infatti come la difficoltà maggiore nel garantire l'operatività di strumenti conciliativi nelle controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione risieda nel timore che il funzionario stipulante l'accordo in nome e per conto della pubblica amministrazione, incorra in responsabilità amministrativa e contabile, per aver appunto generato danno erariale tramite l'attività conciliativo/negoziata posta in essere per l'amministrazione di appartenenza. Il rischio è cioè che la Corte dei conti, non concordando sulla scelta di conciliare la controversia, attivi un procedimento nei confronti del soggetto che ha stipulato l'accordo, per accertare se la chiusura anticipata della lite abbia eventualmente provocato un danno all'erario.

Il timore della produzione di un danno erariale per via della soluzione conciliativa – è la c.d. “paura della firma”, più scientificamente nota come “burocrazia difensiva”²⁵ – impedisce o può di fatto impedire che vengano conclusi accordi tra pubbliche amministrazioni e dipendenti, in relazione a diritti disponibili. Il tutto nonostante il d.lgs. n. 165/2001, come si è detto, da sempre attribuisca formalmente al dirigente, oltre al potere di promuovere e resistere alle liti, anche quello di conciliare e di transigere.

Si deve peraltro ricordare che per superare la ritrosia della Amministrazione, per il tramite dei suoi Dirigenti, a concludere accordi conciliativi in materia lavoristica è stato proprio il d.lgs. n. 165/2001 (e prima ancora il d.lgs. n. 80/1998) a stabilire una particolare causa di esonero di responsabilità del funzionario per l'ipotesi di stipula di accordi transattivi con il

²⁵ La quale può manifestarsi in diversi ambiti dell'attività dell'amministrazione e in relazione a diverse forme di responsabilità: cfr. G. BOTTINO, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della “burocrazia difensiva”: la responsabilità penale per “abuso d'ufficio” come paradigma*, in *Lav. pubbl. amm.* 2022, 2, 241 ss.

pubblico dipendente (art. 66). In particolare, la norma (oggi come si diceva abrogata dalla legge n. 183/2010) prevedeva che l'accettazione da parte del funzionario della proposta conciliativa formulata dalla Commissione di conciliazione – a seguito dell'insuccesso del tentativo svolto tra le parti – non potesse mai dar luogo a responsabilità amministrativa.

Nessuna limitazione era invece prevista per la responsabilità contabile, della quale il dirigente poteva essere chiamato a rispondere. Inoltre, la responsabilità amministrativa era esclusa solo nell'ipotesi di accettazione della proposta della Commissione, restando al contrario inalterata nel caso di conciliazione raggiunta senza l'intervento propositivo dell'organo conciliativo (art. 66, commi 4 e 5 d.lgs. n. 165/2001). Peraltro, si manifestava una differenza/diffidenza rispetto alla conciliazione in sede sindacale – naturalmente data dalla sede e dalla natura giuridica dell'organo di conciliazione – rispetto a quella amministrativa, poiché nella prima l'esonero non operava, continuando a funzionare le regole ordinarie della responsabilità amministrativo-contabile.

Il comma 9 dell'art. 31 legge n. 183/2010, come si diceva, ha abrogato gli artt. 65 e 66 d.lgs. n. 165/2001, disponendo per l'applicazione degli artt. 410 ss. c.p.c. anche al pubblico impiego contrattualizzato e riconducendo ad unico regime giuridico la disciplina della risoluzione stragiudiziale delle controversie, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del datore di lavoro²⁶. Tuttavia, in ragione della specialità del rapporto di pubblico impiego con riguardo ai regimi di responsabilità, l'ultimo comma dell'art. 410 c.p.c. stabilisce che *«la conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale ai sensi dell'articolo 420, commi primo, secondo e terzo, non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave»*.

L'esenzione da responsabilità deve ora riferirsi tanto alla responsabilità amministrativa quanto a quella contabile²⁷, e resta comunque la responsa-

²⁶ A.M. SOCCI, *L'arbitrato e la conciliazione nel lavoro pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2011, 14.

²⁷ La distinzione tra le due forme di responsabilità è nota: la responsabilità contabile è propria solo degli agenti-contabili, cioè soggetti che hanno maneggio di denaro, altri valori dello Stato, disponibilità di beni materiali; l'agente contabile risponde patrimonialmente della discrasia tra quantità di beni o denaro presa in carico e quantità di fatto esistente, con presunzione di colpevolezza, salvo prova dell'agente di assenza di dolo o colpa grave o per caso fortuito o forza maggiore. Nella responsabilità amministrativa è la pubblica accusa che deve dimostrare la colpevolezza del presunto autore del danno all'erario senza alcuna presunzione.

bilità in caso di dolo o colpa grave: da una parte, dunque, si restringe l'area della responsabilità di dirigenti e funzionari, estendendo la clausola di esonero anche alla responsabilità contabile; dall'altra, la responsabilità viene ampliata rispetto a quanto precedentemente previsto dal d.lgs. n. 165/2001, poiché il funzionario può, alla luce dell'art. 410, ult. comma, c.p.c., essere chiamato a rispondere anche per colpa grave.

Anche in presenza di oggettive e ponderate convenienze derivanti dalla conciliazione per gli interessi dell'Amministrazione, l'accordo resta dunque strumento "pericoloso": in sostanza, non derivando invece responsabilità dalla decisione del Giudice sul contenzioso del lavoro, la stessa conciliazione giudiziale resta, per i motivi anzidetti, anche se promossa dal Giudice, prospettiva assai lontana dalla prassi delle amministrazioni pubbliche.

Come detto, per la conciliazione nelle procedure di mediazione, ma anche in sede giudiziale, la legge delega n. 206/2021 prevede «*per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*», che queste non diano luogo «*a responsabilità contabile, salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti*».

Anche a voler ritenere che la previsione si estenda alle conciliazioni giudiziali in materia di lavoro, così scindendo nel testo della norma la procedura di mediazione dal successivo approdo giudiziale della stessa, salta subito all'occhio che nessuna previsione in proposito, e cioè esoneri di responsabilità, compaia nella legge per dirigenti e funzionari che stipulino accordi conciliativi a seguito di negoziazione assistita.

Si è detto poco fa che lo strumento di ADR prescelto per la risoluzione delle liti lavoristiche è la negoziazione assistita e non la mediazione. Prevedere che il rappresentante della pubblica amministrazione goda di protezione dalla responsabilità erariale solo in caso di mediazione e non di negoziazione assistita significa di fatto disincentivare la risoluzione stragiudiziale delle liti di pubblico impiego²⁸, frustrando le intenzioni di rilancio dell'istituto per tutti gli ambiti del lavoro subordinato, privato e pubblico.

Vero è che nel solco e in costanza della legge n. 120/2020 di conversione del d.l. n. 76/2020 (decreto semplificazioni), la quale come noto prevede all'art. 21 che «*limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del decreto e fino al 30 giugno 2023, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pub-*

²⁸P. LICCI, *Mediazione e negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, cit., 20.

blica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente», nessun ulteriore protezione dal danno erariale parrebbe al momento necessaria, essendo possibile prevenire ogni responsabilità derivante dalla stipula di accordi negoziali (anche tramite negoziazione assistita) con la preventiva concertazione con l'organo di vertice dell'Amministrazione dei margini entro i quali la conciliazione può essere conclusa, se del caso con espresso parere dell'Avvocato che assiste la parte pubblica.

Dalla norma dell'art. 21 provengono importanti precisazioni sulla portata e rilevanza dell'elemento soggettivo del dolo, laddove si specifica che «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso»²⁹. La precisazione non è banale, alla luce e al fine di superare un orientamento interpretativo, prevalente nella giurisprudenza della Corte dei conti, che ha nel tempo accolto una nozione ampia di dolo, ritenendo sufficiente ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo in questione la consapevolezza e la volontà dell'inadempimento e della violazione dei doveri di servizio, anche se non ci fosse la volontà di cagionare l'evento lesivo. Si tratta di una nozione di dolo c.d. contrattuale, di tipo civilistico, o di dolo *sui generis* erariale, per contrapporlo a quello più specificamente penalistico³⁰.

Ma anche il citato art. 1, comma 4, lett. g) della legge delega n. 206/2021 va in questa direzione con riguardo all'elemento della colpa grave, specificando agli stessi fini, e cioè di contenere interpretazioni estensive del concetto (e quindi della responsabilità dell'agente), che essa consiste «nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti».

Infine, proprio con riferimento al rapporto tra danno erariale e mediazione, la giurisprudenza del giudice contabile caldeggia questo strumento di risoluzione alternativa delle controversie quando sia necessario addivinare ad una rapida conclusione della lite, sia per evitare i maggiori costi re-

²⁹ Sugli effetti della norma nel settore sanitario v. G. LA ROSA, *Gli effetti "perversi" della limitazione della responsabilità amministrativa a opera dell'art. 21, comma 2, d.l. n. 76/2020: l'impatto sul settore sanitario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2021, 3, 491 ss.

³⁰ Cfr. tra molte Corte Conti, Lazio, sez. giurisd., 14 maggio 2019, n. 220; Corte Conti, Marche, sez. giurisd., 5 febbraio 2010, n. 16; Corte Conti Sicilia, sez. giurisd., 10 marzo 2008, n. 786.

lativi al contenzioso civile (spese legali e consulenze tecniche), sia per rimediare al notevole danno di immagine subito a causa del clamore mediatico suscitato. Sarebbe poi irrilevante la circostanza che la mediazione sia stata attivata pur non essendo obbligatoria, giacché non appare censurabile, né frutto di avventatezza, la scelta dell'amministrazione di giungere ad una soluzione transattiva.

È dunque vero che se si ritiene giusto integrare questa disciplina con apposite (più incentivanti) regole da inserire nella mediazione del d.lgs. n. 28/2010, è altrettanto opportuno farlo anche con riferimento alla negoziazione assistita. A pena, altrimenti, di condannare le liti assoggettate allo strumento della legge n. 162/2014 (quali anche quelle di pubblico impiego) a non essere conciliate dalle pubbliche amministrazioni.

Il tutto si crede debba però avvenire in funzione di nuove modalità di gestione delle risorse pubbliche, soprattutto di quelle destinate dal bilancio al pagamento degli oneri e delle spese di giustizia, al fine di ottimizzare la complessa macchina amministrativa e, magari, pensando ad un rinnovato modello di controllo concomitante sulla gestione da parte degli organi e delle istituzioni deputate, valorizzando la cultura del risultato sociale³¹.

Riferimenti bibliografici

- BERTOLDI V., *L'arbitrato e le controversie di lavoro*, Jovene, Napoli, 2018.
- BIASI M., *Conciliazione e arbitrato in materia disciplinare*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Maggioli, Rimini, 2021, 769 ss.
- BOCCAGNA S., voce *Arbitrato nelle controversie di lavoro [dir. proc. civ.]*, in *Treccani Diritto on line*, 2019.
- BORGHESI D., *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Cedam, Padova, 2002.
- BOTTINO G., *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, in *Lav. pubbl. amm.* 2022, 2, 241 ss.
- CECCHIELLA C., *La risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro, dopo la riforma del 2010: la conciliazione*, in *Riv. arbitrato*, 2011, 3, 373 ss.
- CERBONE M., *Il modello della dirigenza dello Stato*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Maggioli, Rimini, 2021, 943 ss.
- DALFINO D., *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in D. DALFINO (a

³¹ Sul quale si v. già la Direttiva del Ministro della Funzione Pubblica in materia di rendicontazione sociale nelle amministrazioni pubbliche, 16 marzo 2006.

- cura di), *Misure urgenti per l'efficienza e la funzionalità della giustizia civile*, Giappichelli, Torino, 2015, 39 ss.
- DE ANGELIS L., *L'accertamento pregiudiziale ex art. 68 bis d.lgs. 29/93 tra théorie de l'acte clair e discrezionalità del giudice: a margine di una recente vicenda giudiziaria*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 5, 1095 ss.
- DE ANGELIS L., *Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi (Art. 68 bis)*, in F. CARINCI-D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano, vol. III, II ed., 2000, 1872 ss.
- DE ANGELIS L., *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 399 ss.
- DE VALLES A., *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro it.*, 1934, I, 46 ss.
- GARILLI A., *Il riparto di giurisdizione tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 715 ss.
- GARILLI A., *Le controversie sui concorsi e sulla progressione verticale: riparto di giurisdizione, discrezionalità amministrativa e poteri del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.* 2003, 3 ss.
- GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bononia University Press, Bologna, 2007.
- GIOVANNINI M., *Conciliazione stragiudiziale e amministrazioni pubbliche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 831.
- GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, Milano, 1999.
- LA ROSA G., *Gli effetti "perversi" della limitazione della responsabilità amministrativa a opera dell'art. 21, comma 2, d.l. n. 76/2020: l'impatto sul settore sanitario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2021, 3, 491 ss.
- LICCI P., *Mediazione e negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, 3, 5 ss.
- LOPILATO V., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020.
- PAOLUCCI L., *La riforma del DL 132/2014 conv. in L. 162/214: la novità della negoziazione assistita e ruolo decisivo dell'Avvocato Pubblico*, Relazione al Convegno UNAEP "Negoziazione Assistita e mediazione, Le procedure di soluzione stragiudiziale delle controversie nella P.A.", Firenze, 22 gennaio 2016.
- PERICU G.-GOLA M., *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. II, Monduzzi, Bologna, 2005, 306 ss.
- RICCARDI A., *I poteri del Giudice ordinario nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2020, 4, 107 ss.
- SOCCI A.M., *L'arbitrato e la conciliazione nel lavoro pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2011, 14.
- TOSI P., *Dirigenze pubbliche e private*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 59.

- TRENTINI A., *L'avvocato degli enti pubblici. Commentario ragionato di legislazione, giurisprudenza e prassi*, Filodiritto Editore, Bologna, 2013.
- TUZZI R., *Il potere transattivo della pubblica amministrazione nella risoluzione alternativa delle controversie: spunti per una rinnovata lettura anche attraverso il prisma della responsabilità amministrativo-contabile*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2021, 29 ss.
- VACCARELLA R., *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 727 ss.

LA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE, LA CONCILIAZIONE E LE CONTROVERSIE DI LAVORO

Enrico Gragnoli *

1. Le conciliazioni delle controversie di lavoro e gli avvocati

In un saggio di alcuni anni fa, coronato dalla presentazione di una bozza di un testo normativo, un grande giurista aveva condotto la sua ultima battaglia culturale sulle conciliazioni, affermando che sarebbe «*necessario che, nell'un caso, l'organo amministrativo o il suo presidente, nell'altro il sindacato, assumano la gestione effettiva e continua della trattativa, perché solo in tale modo le ragioni fatte valere dal lavoratore possono trovare quel reale, e non fittizio, presidio che giustifica lo speciale trattamento di favore fatto dalla legge, in questi casi, alla validità delle rinunce e delle transazioni*»¹. Pertanto, se queste sono le ragioni dell'art. 2113 c.c., «*si tratta (...) di affiancare (...) altri e diversi soggetti, che possano, per intrinseca e connaturata vocazione, meglio perseguire quelle ideali (...) finalità richieste (...) al 'buon' conciliatore; e che, di conseguenza, possano anche indurre (si potrebbe dire: per 'effetto di imitazione'), proprio in virtù dei migliori risultati conseguiti, un positivo mutamento di costume e di prassi soprattutto negli strumenti pubblicistici ai quali si pongono accanto. Perché, allora, non pensare di assicurare le medesime tutele spettanti alla conciliazione intervenuta di fronte a codeste commissioni e collegi anche alla conciliazione raggiunta (...) con l'assistenza degli avvocati?*»².

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Parma.

¹G. GHEZZI, *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 208 ss.

²G. GHEZZI, *op. cit.*, 208 ss.

Ispirata non solo a una ineccepibile ricostruzione teorica dell'art. 2113 c.c., ma a una pragmatica ricerca di forme in grado di semplificare le controversie e di portarle a composizione, la proposta avrebbe meritato di essere accolta molti anni fa, mentre il d.l. n. 132/2014 ne ha recepito l'impostazione, ma in modo tardivo. Con una esatta comprensione del rapporto fra gli avvocati e i loro clienti e degli stessi meccanismi di esercizio della professione forense, si diceva: una simile modificazione dell'art. 2113 c.c. «non farebbe (...) altro che riconoscere e formalizzare una prassi già in atto, che vede le fasi davvero essenziali della conciliazione stessa esaurite (e bene prima delle convocazioni ufficiali) nelle trattative tra i legali e (...) 'nella tranquillità dei loro studi': essendo rarissimo e (come si è detto) quasi inverificabile, che il risultato tra loro raggiunto (e gli avvocati entrano, per definizione, nel merito) con l'assenso delle parti rispettive, venga poi messo in discussione dall'organo amministrativo»³. Per questa parte, il d.l. n. 132/2014 non ha avuto una accoglienza positiva (che ha portato alla sua mancata conversione), mentre avrebbe meritato una approvazione ferma.

Il nodo è il senso dei limiti al potere di disporre, poiché, se non sono funzionali alla protezione in quanto tale dell'interesse collettivo, ma alla garanzia della possibilità del lavoratore, anche autonomo, di ponderare la sua scelta, l'avvocato ha una inevitabile propensione per tale attività, per la quale ha non solo una vocazione professionale, ma una competenza qualificata. Il d.l. n. 132/2014 ha suscitato reazioni contrarie da parte di talune associazioni sindacali e delle organizzazioni di categoria dei datori di lavoro⁴, propense alla difesa della tradizione e a rivendicare una loro pretesa capacità di governo del conflitto stragiudiziale, anche per ragioni patrimoniali, poiché l'intervento nelle procedure di conciliazione ha luogo a titolo oneroso⁵.

Come avvertiva venti anni fa il citato saggio⁶, non si sarebbe dovuto discutere della soppressione della conciliazione sindacale o di quella amministrativa, solo di un ulteriore modello; anche gli avvocati assistono i loro

³G. GHEZZI, *op. cit.*, 211 ss.

⁴E tali reazioni contrarie hanno avuto pieno successo, poiché non solo la norma non è stata convertita, ma, a torto, non è più stata riproposta, nonostante l'incessante succedersi di provvedimenti normativi.

⁵E tale aspetto avrebbe dovuto indurre il legislatore del 2014 a maggiore coraggio e a circospezione nel valutare le opposizioni delle associazioni sindacali dei lavoratori e delle imprese, visto il loro interesse patrimoniale.

⁶G. GHEZZI, *op. cit.*, 208 ss.

clienti nelle trattative e devono essere in grado di assumere sul piano formale quelle responsabilità insite nella loro posizione e nel loro stesso mandato. I difensori sono per definizione qualificati, poiché iscritti al relativo albo, ad assistere i clienti nella stipulazione di rinunce e transazioni e, quindi, in grado di garantire il riequilibrio delle “asimmetrie informative” e di dare consulenza sulla razionalità della possibile soluzione conciliativa del conflitto; anzi, tale aspetto è stato considerato qualificante anche sulla base del diritto previgente, poiché, si è detto, deve intervenire «*un soggetto per sua natura idoneo a rendere edotto il prestatore delle conseguenze dei propri atti e a verificare la libera scelta e la convenienza di compierli*»⁷, mentre «*la terzietà del conciliatore è semmai necessaria – o più indicata – per la verifica di eventuali profili di contrasto dell'accordo con l'ordine pubblico e con le norme imperative*»⁸.

È coerente con il ruolo professionale e con la stessa collocazione istituzionale degli iscritti all'albo consentire loro di avere lo stesso ruolo delle associazioni o dell'Ispettorato, se non altro poiché gli addetti degli uni e degli altri non sono sottoposti a obblighi deontologici articolati e presidiati con la stessa incisività⁹. La questione può avere carattere storico per quanto attiene alla mancata conversione dell'art. 7 del d.l. n. 132/2014, mentre ha notevole rilievo per l'inapplicabilità della negoziazione assistita¹⁰, senza una realistica giustificazione¹¹. Questa non deve essere cercata in una avversione del legislatore per i difensori¹², ma nella più prosaica (e meno nobile) conservazione di una sorta di monopolio per le associazioni sindacali.

⁷ M. FERRARESI, *L'incidenza della deontologia e dell'ordinamento forensi sulla transazione e la conciliazione in materia di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 1055 ss.

⁸ M. FERRARESI, *op. cit.*, 1056 ss., che, pure, non pare sfavorevole a riconoscere agli avvocati un ruolo conciliativo.

⁹ M. FERRARESI, *op. cit.*, 1056 ss.

¹⁰ D. DALFINO, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in ID. (a cura di), *Misure urgenti per l'efficienza e la funzionalità della giustizia civile*, Giappichelli, Torino, 2015, 27 ss.

¹¹ C. PUNZI, *La cosiddetta “degiurisdizionalizzazione” della giustizia civile*, in C. PUNZI (a cura di), *Il processo civile. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Giappichelli, Torino, 2015, 1 ss.

¹² In difetto non si spiegherebbe l'attribuzione loro, in generale, di un ruolo fondamentale nella negoziazione assistita e non ha senso pensare che non ... possano fare in materia di lavoro quanto compiono in generale nell'intero ordinamento!

A volere essere sinceri, nella convulsa normativa di questi anni, non si comprende perché tale rendita di posizione sia stata intaccata con l'attribuzione delle conciliazioni alle autorità di certificazione, come se queste potessero arrecare una concorrenza meno incisiva. Il risultato un po' paradossale è che gli avvocati potevano rendere inoppugnabili rinunce e transazioni non in quanto tali, ma come componenti delle commissioni di certificazione. Per esempio, non si vede perché l'accreditamento sociale di un iscritto all'albo dovrebbe dipendere dalla partecipazione a una commissione. Si poteva solo constatare l'irrazionalità del nostro diritto ed esprimere rammarico per la mancata prosecuzione del percorso iniziato dal d.l. n. 132/2014.

2. *L'impostazione della legge di delegazione sulla negoziazione assistita e sulle controversie dell'art. 409 c.p.c.*

In attesa della stesura di un «testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione», con la cosiddetta «armonizzazione» della «normativa in materia di procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie» (v. l'art. 1, comma 3, lett. b) della legge n. 208/2021), l'art. 1, comma 3, lett. q), estende alle «controversie di cui all'articolo 409 del Codice di procedura civile» la possibilità (non l'obbligo) di ricorrere alla «negoziazione assistita», purché «ciascuna parte sia assistita dal proprio avvocato, nonché, ove le parti lo ritengano, anche dai rispettivi consulenti del lavoro», così che l'eventuale accordo rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 2113, comma 4, c.c. La riforma non può comportare modificazione dell'art. 412-ter c.p.c. (v. l'art. 1, comma 3, lett. q) della legge n. 208/2021), per espressa previsione. Pertanto, l'intervento dei professionisti è visto in via diretta e univoca al fine di creare piena consapevolezza sull'oggetto e sull'opportunità dell'intesa.

In linea con la tradizione, nel riguardare l'esercizio del potere di disposizione, la legge di delegazione si preoccupa di quelle che potremmo chiamare le strutturali «asimmetrie informative» delle quali soffre il lavoratore¹³. Per converso, l'inderogabilità permette l'esplicitarsi del negoziato sindacale, e contrattazione e inderogabilità sono un binomio inscindibile¹⁴. Lo stesso

¹³ O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 cod. civ.*, Giapichelli, Torino, 2011, 183 ss.

¹⁴ V. già V. SIMI, *L'efficacia del contratto collettivo*, in L. RIVA SANSEVERINO-G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1973, 314 ss.

ragionamento vale per le norme legali, che avrebbero scarso significato se, ai fini della loro applicabilità, facessero riferimento a manifestazioni di volontà di soggetti, come i prestatori di opere, in condizioni ovvie di debolezza sociale. Però, mentre, in ordine al potere di disposizione, l'obbiettivo dell'art. 2113 c.c. (cui rinvia l'art. 1, comma 3, lett. q), della legge n. 208/2021) è di assicurare la libera e razionale formazione della volontà (nella consapevolezza del fatto che, spesso, la transazione è una soluzione equa), non vi sarebbe contrattazione collettiva senza inderogabilità.

È persuasiva la tesi tradizionale per cui i negozi transattivi e abdicativi «non possono considerarsi contrari alle norme che contemplano l'attribuzione dei diritti (...), perché non tendono a una esclusione o limitazione dell'acquisto da parte di colui in cui favore sono predisposti, ma a una disposizione di diritti già acquistati (...). Pertanto, mentre i negozi contrari alle norme imperative indicate possono essere nulli, i negozi di rinuncia e transazione possono, senza contraddizione, essere semplicemente annullabili»¹⁵. Per questa strutturale e convincente contrapposizione fra l'inderogabilità e i vincoli all'esercizio del potere di disposizione¹⁶ (non collegati fra loro da un nesso ineliminabile), non vi è difficoltà a vedere nell'art. 2113 c.c. l'espressa conferma dell'inderogabilità del contratto collettivo¹⁷, se anche non si vuole più dare risalto all'art. 2077 c.c.¹⁸, come è necessario. Le obiezioni sollevate sul punto ripropongono un collegamento non persuasivo fra due separate componenti prescrittive proprie dell'art. 2113 c.c. Per un verso, esso ribadisce come, nell'assolvimento della funzione normativa, le clausole degli accordi collettivi siano inderogabili¹⁹ e, per altro verso, pone

¹⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *L'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur. comp. cass. civ.*, 1948, II, 53 ss.

¹⁶ P. TOSI, *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 615 ss.

¹⁷ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990, 159 ss.; M.V. BALLESTRE-RO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, 357 ss.; S. SCIARRA, voce *Contratto collettivo*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, 60 ss.; U. RUNGGALDIER, *Osservazioni sull'inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all'art. 2113 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 291 ss.

¹⁸ A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, 181 ss.

¹⁹ L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 1976, 35 ss.

limiti al potere di disposizione del prestatore di opere, senza che una disciplina debba seguire negli svolgimenti la sorte dell'altra.

L'art. 1, comma 3, lett. q) della legge n. 208/2021 non invoca e, come era stato suggerito, prevede una ulteriore opportunità conciliativa, garantendo la stabilità dell'art. 2113, comma 4, c.c. e riducendo sul piano applicativo il tradizionale spazio di azione delle associazioni sindacali, in grado di consentire la conclusione di molte transazioni, insieme ad altre sedi, ma con un risalto applicativo marcato. Fino a ora, l'art. 2113 c.c. e il suo rinvio a transazioni e rinunce valide, perché concluse con l'assistenza di soggetti qualificati²⁰, hanno corretto le "asimmetrie informative" a scapito della promozione della conciliazione in senso proprio, cioè dell'avvicinamento delle posizioni, per la composizione del contrasto. Con l'eccezione del giudice (se animato da buona volontà, come, a dire il vero, capita per lo più), nelle altre fattispecie in grado di assicurare il carattere definitivo dell'intesa una effettiva attività conciliativa è rara²¹, se non si prendono in esame i precedenti contatti preparatori²².

3. Il carattere non obbligatorio della nuova mediazione

La riduzione delle "asimmetrie informative" non è in contraddizione con una iniziativa che entri nel merito del conflitto e miri al suo superamento²³, ma la prima prospettiva appare finora centrale, comunque, per l'attuale esperienza, in cui i soggetti sindacali e quelli pubblici per lo più garantiscono la legittimità degli atti di disposizione, in luogo di crearne le premesse²⁴. Questa evoluzione potrebbe essere considerata riduttiva²⁵.

²⁰ P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 423 ss.

²¹ Invece, v. M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, I, 39, 41 ss.

²² A. ZOPPOLI, *La riforma della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 411 ss., con riguardo alla situazione successiva alla legge n. 183/2010 e al concetto complessivo di conciliazione.

²³ L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 121, 2011, 9 ss.

²⁴ Invece, v. M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2011, 57 ss.

²⁵ E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, 357 ss.

Tuttavia, la frequenza degli accordi riduce la possibilità di una effettiva azione di avvicinamento, e si stempera tale ruolo²⁶, riservato a una parte delle liti e, spesso, rimesso ai colloqui interlocutori fra professionisti²⁷. Nonostante si immaginasse un forte ruolo conciliativo dei rappresentanti sindacali²⁸, l'evoluzione ha ridimensionato questo aspetto²⁹. Vi è da pensare che, ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. q) della legge n. 208/2021, con il diretto intervento degli avvocati e dei consulenti del lavoro, la vocazione conciliativa della negoziazione assistita potrebbe acquisire maggiore spazio e la procedura potrebbe comportare trattative effettive, soprattutto affidate per intero ai loro protagonisti, con la consulenza e la stipulazione dell'intesa, con la stabilità dell'art. 2113, comma 4, c.c.

Ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. q) della legge n. 208/2021, la negoziazione assistita rimane facoltativa e non può costituire condizione di procedibilità, a differenza di quanto era stato previsto in passato. A maggiore ragione, si immagina una opportunità, non un vincolo, con un probabile ruolo attivo dei professionisti, chiamati a cooperare e a cercare una composizione del conflitto, sulla base di una analisi della vicenda e con un ruolo sia di consulenza, sia di ricerca di una intesa. Si può obiettare che ciò già avveniva e, in fondo, la legge n. 206/2021 vuole solo evitare un inutile passaggio avanti ai rappresentanti sindacali, alle autorità di certificazione e alle commissioni istituite presso gli ispettorati territoriali. Questo è con ogni probabilità l'intento del legislatore storico, condizionato dalle pressioni di associazioni di rappresentanza degli avvocati, se sono vere le indiscrezioni. Tuttavia, l'art. 1, comma 3, lett. q) della legge n. 208/2021 fa risaltare in modo completo il ruolo e le responsabilità dei professionisti e crea una opportunità di discussione nella quale si può non solo ragionare dell'avvicinamento delle posizioni, ma stipulare una transazione non impugnabile, alla stregua dell'art. 2113, comma 4, c.c.

A tacere del fatto che l'opposta, precedente situazione era anacronistica, vi è comunque un progresso verso una regolazione più lineare. Non si

²⁶ M. BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 125 ss.

²⁷ C. CECHELLA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 446 ss.

²⁸ M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, cit., 41 ss.

²⁹ A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale in diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2000, 45 ss.

vede perché un avvocato dovrebbe invocare la collaborazione di un conciliatore sindacale per attribuire all'atto finale gli effetti dell'art. 2113, comma 4, c.c. Non è sostenibile che la trattativa sarebbe correlata a un interesse collettivo che i professionisti non potrebbero cogliere o esprimere, come ha bene compreso l'art. 1, comma 3, lett. q) della legge n. 208/2021. Meglio delle organizzazioni sindacali e dei loro dirigenti, avvocati e consulenti del lavoro possono superare le asimmetrie informative e, se mai, cogliere l'occasione della negoziazione assistita per sviluppare un fruttuoso tentativo di composizione del contrasto.

4. La mediazione sul contratto di prestazione d'opera

Per ragioni non molto chiare, l'art. 1, comma 3, lett. c) della legge n. 208/2021 prevede il ricorso alla mediazione obbligatoria in tema di contratti di prestazione di opera intellettuale o manuale, i quali spesso cadono nell'area di applicazione dell'art. 409 c.p.c. Non è trasparente la motivazione di questa scelta, se non altro per l'accostamento forzato fra tale tipo negoziale e gli altri menzionati nell'art. 1, comma 3, lett. c) della legge n. 208/2021, con un elenco di fattispecie eterogenee e accostate senza una logica comprensibile. A tacere di altro, la mediazione è diventata necessaria per le controversie fra i professionisti e i loro clienti e si può discutere dell'opportunità di tale appesantimento.

Forse che, ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. c) della legge n. 208/2021, la mediazione è obbligatoria anche per le controversie sui contratti di opera sottoposti all'art. 409 c.p.c., nonostante non se ne faccia menzione nell'art. 1, comma 3, lett. q), dove si richiama la negoziazione assistita facoltativa, che non è condizione di procedibilità del giudizio? Per quanto tale diverso trattamento possa fare pensare a una illegittimità costituzionale per irrazionalità, a fronte del chiaro tenore testuale dell'art. 1, comma 3, lett. c), sembra difficile negare la necessità della mediazione per i contratti di prestazione di opera e, quindi, per tutti questi, a tacere del regime processuale. Non si vede perché essi dovrebbero essere divisi in due gruppi, con un incomprensibile incremento del disordine regolativo, se già non si capisce perché proprio questi negozi dovrebbero imporre la mediazione obbligatoria. A fronte di una iniziativa nel complesso meritoria sulla conciliazione delle controversie di lavoro, questo particolare lascia molte perplessità.

5. L'intervento delle autorità di conciliazione

Di fronte alle novità apportate dall'art. 9 del d.lgs. n. 149/2022, l'art. 2-ter del d.l. n. 132/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 162/2014, consente la negoziazione assistita, che non è condizione di procedibilità dell'azione. Con qualche sorpresa, poiché il punto non era menzionato dalla legge di delegazione, si prevede la trasmissione dell'“accordo raggiunto” a “uno degli organismi” dell'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003³⁰. In modo singolare, non si spiega che cosa dovrebbero fare le autorità ricevute non tanto “l'accordo”, quanto il verbale da cui risulti. Non convince identificare una funzione di certificazione necessaria e, cioè, immaginare un obbligatorio e automatico esame della coerenza del testo negoziale. Se mai, il verbale può seguire la sorte di quelli redatti a seguito dell'intervento diretto delle commissioni e anche ai frutti della negoziazione assistita si deve riferire l'onere di “successivo deposito ai fini dell'efficacia esecutiva dell'atto.

Questo adempimento dovrebbe essere curato dalla commissione per i suoi verbali e per quelli trasmessi ai sensi dell'art. 2-ter del d.l. n. 132/2014, sebbene manchi una conferma espressa, invece opportuna. Peraltro, se così non fosse, non sarebbe chiaro il ruolo delle autorità, investite di un potere integrativo di quello proprio degli avvocati nella negoziazione. Né vi dovrebbero essere dubbi sul carattere oneroso di tali compiti, perché non possono essere a titolo gratuito, fermo il fatto che l'inoppugnabilità ai sensi dell'art. 2113 c.c. è raggiunta prima e a prescindere dal deposito presso l'Ispettorato, secondo criteri generali riferiti anche alle conciliazioni in sede sindacale³¹.

Il nesso con la negoziazione assistita sottolinea la natura del potere conciliativo attribuito alle commissioni, su qualunque controversia, come capita per l'art. 2-ter del d.l. n. 132/2014. Se mai, proprio i difensori si potrebbero dolere di non potere completare la procedura da soli e di avere bisogno di un simile aiuto, imposto e, a bene guardare, non giustificato. Ai sensi dell'art. 2, comma 6 del d.l. n. 132/2014, gli avvocati certificano l'autenticità delle sottoscrizioni e il verbale conclusivo costituisce titolo esecutivo, sulla base dell'art. 5, comma 1. In tema di conflitti di lavoro, resta fermo il potere di autenticazione, ma vi è da pensare che l'acquisizione del-

³⁰ V. l'art. 9 del d.lgs. n. 149/2022, che ha introdotto l'art. 2-ter nel citato d.l. n. 132/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 162/2014.

³¹ V. Cass. 3 luglio 1987, n. 5832, in *Giur. it. Rep.*, 1987.

l'esecutività presupponga il deposito presso l'Ispettorato a cura delle commissioni; in difetto, non si vede quale sarebbe il loro ruolo e quale rilievo dovrebbe avere la trasmissione dei verbali.

L'art. 1, comma 3, lett. q) della legge n. 208/2021 e l'art. 2-ter del d.l. n. 132/2014 prevedono una ulteriore opportunità conciliativa, garantendo la stabilità voluta dall'art. 2113, comma 4, c.c. e riducendo sul piano applicativo il tradizionale spazio di azione delle associazioni sindacali. Fino a ora, l'art. 2113 c.c. e il suo rinvio a transazioni e rinunce valide, perché concluse con l'assistenza di soggetti qualificati³², hanno corretto le "asimmetrie informative" rispetto alla promozione della conciliazione in senso proprio, cioè all'avvicinamento delle posizioni, per la composizione del contrasto. Con l'eccezione del giudice (se animato da buona volontà, come, a dire il vero, capita per lo più), nelle altre fattispecie in grado di assicurare il carattere definitivo dell'intesa una effettiva attività conciliativa è rara³³, se non si prendono in esame i precedenti contatti preparatori³⁴.

La riduzione delle "asimmetrie informative" non è in contraddizione con una iniziativa che entri nel merito del conflitto e miri al suo superamento³⁵, ma la prima prospettiva appare finora centrale, per la precedente esperienza, in cui i soggetti sindacali e quelli pubblici per lo più garantivano la legittimità degli atti di disposizione, in luogo di crearne le premesse³⁶. Questa evoluzione potrebbe essere considerata riduttiva³⁷. Tuttavia, la frequenza degli accordi riduce la possibilità di una effettiva azione di avvicinamento dei contendenti, e si stempera tale ruolo³⁸, riservato a una parte delle liti e, spesso, rimesso ai colloqui interlocutori fra professionisti³⁹. Nonostante si

³² P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., 423 ss.

³³ Invece, v. M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, cit., 41 ss.

³⁴ A. ZOPPOLI, *La riforma della conciliazione e dell'arbitrato*, cit., 411 ss., con riguardo alla situazione successiva alla legge n. 183/2010 e al concetto complessivo di conciliazione.

³⁵ L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, cit., 9 ss.

³⁶ Invece, v. M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro*, cit., 57 ss.

³⁷ E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, cit., 357 ss.

³⁸ M. BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel "collegato lavoro"*, cit., 125 ss.

³⁹ C. CECHELLA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, cit., 446 ss.

immaginasse un forte ruolo conciliativo dei rappresentanti sindacali⁴⁰, l'evoluzione ha ridimensionato questo aspetto⁴¹. Ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. q) della legge n. 208/2021 e dell'art. 2-ter del d.l. n. 132/2014, con il diretto intervento degli avvocati e dei consulenti del lavoro, la vocazione compositiva della negoziazione assistita potrebbe acquisire maggiore spazio e la procedura potrebbe comportare trattative effettive, soprattutto affidate per intero ai loro protagonisti, con la consulenza e la stipulazione dell'intesa, con la stabilità dell'art. 2113, comma 4, c.c.

Riferimenti bibliografici

- BALLESTRERO M.V., *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, 357 ss.
- BOVE M., *Conciliazione e arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 125 ss.
- CECCHHELLA C., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 446 ss.
- DALFINO D., *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in ID. (a cura di), *Misure urgenti per l'efficienza e la funzionalità della giustizia civile*, Giappichelli, Torino, 2015, 27 ss.
- DE ANGELIS L., *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 121, 2011.
- DE CRISTOFARO M., *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2011, 57 ss.
- DESSÌ O., *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 cod. civ.*, Giappichelli, Torino, 2011.
- FERRARESI M., *L'incidenza della deontologia e dell'ordinamento forensi sulla transazione e la conciliazione in materia di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 1055 ss.
- GHEZZI G., *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 208 ss.
- GRANDI M., *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, I, 39, 41 ss.
- MENGGONI L., *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 1976, 35 ss.

⁴⁰ M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, cit., 41 ss.

⁴¹ A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, cit., 45 ss.

- PERA G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990, 159 ss.
- PIZZOFERRATO A., *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale in diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2000, 45 ss.
- PUNZI C., *La cosiddetta "degiurisdizionalizzazione" della giustizia civile*, in C. PUNZI (a cura di), *Il processo civile. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Giappichelli, Torino, 2015, 1 ss.
- REUDENTI E., *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, 357 ss.
- RUNGALDIER U., *Osservazioni sull'inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all'art. 2113 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 291 ss.
- SANTORO-PASSARELLI F., *L'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur. comp. cass. civ.*, 1948, II, 53 ss.
- SCIARRA S., voce *Contratto collettivo*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., vol. IV, Utet, Torino, 1989, 60 ss.
- SIMI V., *L'efficacia del contratto collettivo*, in L. RIVA SANSEVERINO-G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1973, 314 ss.
- TOSI P., *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 615 ss.
- TULLINI P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 423 ss.
- TURSI A., *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, 181 ss.
- ZOPPOLI A., *La riforma della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 411 ss.

Finito di stampare nel mese di luglio 2023
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Volumi pubblicati

1. *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza Covid. Principi costituzionali*, a cura di Giampiero Proia, 2020.
2. *I nuovi ammortizzatori sociali dopo la pandemia*, a cura di Emilio Balletti, 2021.
3. *La dirigenza degli enti locali alla prova della contrattazione collettiva*, a cura di Rosario Santucci e Mario Cerbone, 2022.
4. *Appalti e lavoro: problemi attuali*, a cura di Giampiero Proia, 2022.
5. *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di Alessandro Bellavista e Rosario Santucci, 2022.
6. *Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro. Opinioni a confronto*, a cura di Emilio Balletti e Rosario Santucci, 2023.
7. *Considerazioni preliminari alla riforma del processo civile in materia di lavoro*, a cura di Enrico Gragnoli e Ilaria Bresciani, 2023.

