

Appunti sul “collegato lavoro” (Processo del lavoro, conciliazione e arbitrato, impugnazione dei licenziamenti - DDL 1441-quater in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale)

Dopo circa 2 anni di lavoro, un rinvio ex art. 74 Cost. da parte del Presidente della Repubblica e una miriade di emendamenti è stato definitivamente approvato in Senato il cosiddetto “*Collegato Lavoro*” alla Finanziaria 2010 che tra le altre norme si assume il compito di riformare alcuni aspetti sia del processo del lavoro, che della definizione tra le parti del rapporto contrattuale di lavoro.

L’articolato testo, di ben 50 articoli, spazia dalle deleghe al Governo (in materia di definizione dei lavori usuranti ai fini del prepensionamento – art. 1 –, riorganizzazione Enti tipo Inps, Inail, ecc. – art. 2) ad una congerie di norme inerenti vari aspetti del “lavoro” in generale che rischiano di essere, almeno inizialmente, efficaci nel produrre un contenzioso interpretativo non secondario.

Lo sapremo presto.

In questo breve commento si cercherà di concentrarsi sugli aspetti di maggiore importanza, a nostro avviso, spesso innovativi ed interessanti, inerenti processo del lavoro e sinallagma contrattuale, e che paiono avere maggiori implicazioni ai fini che ci interessano, cioè definizione e affermazione dei diritti dei lavoratori; è certo infatti che queste norme, concentrate tra gli artt. 30 e 33 del testo, avranno il maggiore impatto immediato dal momento della loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Si rinvia alle schede in allegato l’esame sommario e riassuntivo della normativa generale contenuta nel provvedimento.

Il riassunto è stato svolto sotto forma di domande e risposte per cercare di chiarire il meglio possibile l’effetto delle modificazioni introdotte e proporre ragionevoli soluzioni alla nuova situazione.

1. Con questa norma si verificheranno modificazioni significative in merito ai parametri di valutazione che deve usare il Giudice del Lavoro nelle questioni a lui riservate dalla legge?

Il I co. dell’art. 30 dispone che, nelle questioni che riguardano le questioni sul lavoro a lui obbligatoriamente soggette (ex art. 409 cpc e art. 63 co. I d. lgs. 165/01), il Giudice debba limitare il suo controllo esclusivamente all’accertamento del presupposto di **legittimità** delle questioni oggetto di esame, e non possa estendere il proprio giudizio sulle “*valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o committente*”.

Anche nell’esame dei motivi alla base di un licenziamento (III co. art. 30) il Giudice deve tenere conto (non è quindi vincolato, ma pare ragionevole che debba motivare sul punto) delle “*tipizzazioni (di licenziamento) di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro*” oppure nei contratti individuali se stipulati “*con l’assistenza delle commissioni di certificazione*” previste dalla legge Biagi. Peraltro nel definire le conseguenze da riconnettere ad

un licenziamento (risarcimento e reintegra) il Giudice tiene conto (quindi ancora non è obbligato a farlo esplicitamente, ma dovrà motivare in materia sia in accoglimento che in esclusione) “*di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell’attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l’anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento*”. Norma che pare decisamente interessante sulle possibili sue applicazioni, perché se da una parte sembra indurre il Giudicante a tenere conto delle difficoltà aziendali complessive, dall’altra propone una attenzione particolare anche alla storia lavorativa del rapporto tra le parti, del prestatore e del suo bagaglio umano.

Infine il II comma, laddove prevede l’obbligo del Giudice, per quanto riguarda la “*qualificazione del contratto di lavoro e l’interpretazione delle relative clausole*”, di non discostarsi dalle valutazioni delle parti espresse in sede di certificazione (legge Biagi), viene poi fortemente mitigato perché afferma che ciò si applica “*salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione*”. Il che, per chi si occupa di questi argomenti, sta a significare che per la stragrande maggioranza del contenzioso (che riguarda appunto l’erronea qualificazione dell’*effettivo* rapporto di lavoro esistente o esistito tra le parti) tale norma è priva di efficacia.

2. La certificazione sui contratti di lavoro prevista dalla legge Biagi (d.lgs. 276/03) subisce modifiche sostanziali? Gode di maggiori poteri e ampliamenti?

Il IV comma dell’art. 30 ridefinisce effettivamente le finalità sostanziali della procedura di certificazione, modificando l’art. 75 di detta legge che laddove faceva riferimento al “*contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro*” ora parla di “*contenzioso in materia di lavoro*”; sembra dunque si voglia ampliare grandemente l’ambito di intervento della certificazione, che arriva a coinvolgere tutti gli aspetti del lavoro e che, si rammenti, già aveva comunque ricevuto vigore da quanto previsto dai commi II e III dell’art. 30, stante il necessario esame della volontà “certificata” da parte del Giudice.

Non vi è dubbio che esaltando la certificazione le parti sono contrattualmente più libere, ma il contraente debole del rapporto (generalmente il prestatore di lavoro) senza rappresentanza qualificata appare a rischio di soccombenza; pare necessario quindi assistere sindacalmente le parti per renderle effettivamente “libere” di valutare le implicazioni contrattuali che vengono certificate.

In ogni caso una norma che aveva avuto un effetto sinora residuale assume, anche ai fini della *certificazione* della volontà delle parti in materia di clausola compromissoria (cioè di volontà delle parti di raggiungere un lodo di tipo “privato” e non un giudicato pubblico), una importanza essenziale sulla regolamentazione del rapporto contrattuale di lavoro.

3. Ma il tentativo di Conciliazione esiste ancora o è cambiato?

L'art. 410 cpc, che regolamenta tale istituto, viene modificato grandemente (co. I e II art. 31), diventando tale tentativo di Conciliazione non più obbligatorio ma facoltativo (fatti salvi i lavori cd. "certificati" previsti dall'art. 80 della legge Biagi); esigenza che francamente era sentita utile generalmente stante la inefficacia sostanziale del tentativo di conciliazione obbligatorio così come era stato strutturato.

Si introduce il principio che anche l'associazione sindacale di rappresentanza può promuovere tale richiesta e che da quando inizia sino alla sua conclusione la prescrizione si interrompe e ogni termine di decadenza non decorre.

Viene stabilito un protocollo maggiormente specifico delle notizie inerenti la questione oggetto del tentativo di conciliazione (ci voleva, ormai era diventato un pro-forma per poter poi proporre una causa e, quindi, ci si limitava spesso all'essenziale rendendo di fatto difficile alla Commissione di ingerirsi nella questione), e se la controparte intende accettare la procedura di conciliazione deve depositare entro 20 gg. dal ricevimento della richiesta una memoria contenente difese ed eccezioni in via di fatto e di diritto, nonché eventuali domande riconvenzionali.

Anche l'art. 411 cpc viene modificato. La novella dispone che si deve dare atto (cioè redigere un processo verbale) di quella eventuale parte di conciliazione che ha trovato una soluzione, fornendo quindi anche una statuizione efficace parziale.

La novità interessante viene però introdotta dall'art. 31 co. 3: la nuova norma prevede che la Commissione di Conciliazione debba proporre una soluzione bonaria della vicenda, e se non viene accettata di tale proposta si redige un verbale che verrà "*tenuto in conto*" dal Giudice in sede di giudizio. Che la procedura del tentativo di conciliazione, ancorchè facoltativa, una volta perseguita sia diventata finalmente importante si desume anche dalla disposizione che impone alla parte che prosegue giudizialmente di corredare il Ricorso con i "*verbali e le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito*".

Peraltro anche il Giudice (art. 420 cpc) è obbligato a svolgere un tentativo di conciliazione (che a seconda del Giudicante è storicamente più o meno efficace), ma, ed è questa la novità, "*il rifiuto della proposta transattiva del Giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal Giudice ai fini del giudizio*". Difficile non essere indotti a pensare che la iniziale proposta del Giudice svolta all'inizio del processo sulla base dei documenti offerti al suo esame e della sommaria idea che può essersi fatto, non diventerà a questo punto sempre più importante.

4. E l'arbitrato in cosa consiste? E' obbligatorio o è ancora possibile ricorrere al Giudice naturale?

La procedura arbitrale è probabilmente l'innovazione più pregnante introdotta dal Collegato lavoro e, peraltro, quella che aveva provocato l'intervento del Presidente della Repubblica in materia di costituzionalità della norma laddove era stata prevista l'introduzione ad hoc di una clausola compromissoria sul punto (vale a dire la scelta definitiva dell'arbitrato al posto del Giudizio avanti il Giudice del Lavoro) nel corso del periodo di prova svolto dal lavoratore (cioè nel momento in cui il lavoratore è maggiormente esposto ai desiderata del committente- datore di lavoro).

Con la norma approvata definitivamente dal Senato viene previsto che le parti in ogni momento del tentativo di conciliazione, o anche dopo di questo, possano decidere di affidarsi ad un lodo arbitrale (cioè ad una decisione effettuata da una terna di arbitri-giudici) vincolante tra le parti (con effetti pari ad un contratto avente forza di legge). Viene inoltre previsto capziosamente il particolare sistema di arbitrato irrituale (VIII co. art. 31) con una precisione procedurale che evidentemente attesta la convinzione del legislatore in merito al suo uso ed efficacia futuro.

L'arbitrato è comunque una procedura volontaria, quindi non sostituisce normalmente il Giudice naturale (Giudice del Lavoro) preposto all'esame del contenzioso.

Diverso il caso in cui le parti si obblighino sin dall'inizio del rapporto a svolgere un arbitrato in caso di contrasti, con una clausola compromissoria inserita nel contratto individuale.

5. Ma cosa significa l'arbitrato introdotto con clausola compromissoria nel contratto? Che cosa comporta e quando diventa obbligatorio?

La clausola compromissoria è una particolare pattuizione tra le parti con la quale si introduce volontariamente una deroga rispetto ad una norma ordinaria; pertanto, laddove la si concorda, si applicherà la norma concordata invece della legge ordinaria.

Ebbene, con il co. 10 dell'art. 31 è stata introdotta la possibilità di pattuire tra le parti una clausola compromissoria che deroghi dalla ordinaria soluzione giudiziale delle controversie in favore di un arbitrato.

La sottoscrizione di tale clausola compromissoria, in ragione del suo derogare ad una norma di legge ritenuta normalmente protettiva del diritto del lavoratore di rivolgersi al Giudice del lavoro, è soggetta ad alcune specifiche clausole:

- a. la clausola compromissoria deve essere prevista nel Contratto collettivo (e solo dopo 12 mesi senza il suo inserimento nei CCNL il Ministro è tenuto a convocare le parti sociali e, dopo ulteriori 6 mesi infruttuosi, può introdurne sperimentalmente l'applicabilità);
- b. la clausola compromissoria deve essere certificata in base alle disposizioni del titolo VIII del d.lgs. 276/03 (legge Biagi);
- c. la clausola compromissoria non può essere sottoscritta e pattuita prima della conclusione del periodo di prova o, se non previsto, decorsi almeno 30 gg. di validità del contratto;

- d. la clausola compromissoria “non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro”;
- e. in sede di certificazione della propria volontà derogatoria le parti possono farsi assistere da un legale o rappresentante fiduciario (associazione sindacale).

Si noti che (co. 10) le controversie interessate sono quelle “nascenti dal rapporto di lavoro”, e quindi, fatto salvo il licenziamento o le dimissioni, tutte le altre che possano insorgere dal momento della stipula in poi.

6. Se la clausola compromissoria non si applica nelle questioni inerenti la risoluzione del rapporto di lavoro ciò significa che la procedura relativa è immutata?

Anche in questo campo in realtà sono intervenute rilevanti modificazioni, previste nell’art. 32.

Premesso che comunque restano i termini di 60 gg. per impugnare il licenziamento (ma ciò non varrebbe secondo la maggior parte dei primi commentatori – non tutti - per il licenziamento inefficace, cioè nullo ab origine, comunque impugnabile nei termini della prescrizione del diritto), si è cercato di rendere più rapidi i tempi per la definizione delle cause di lavoro che riguardano la risoluzione del rapporto di lavoro, almeno nella parte iniziale del procedimento.

Mira in parte anche a questo l'articolo 32 del *collegato lavoro* che ha modificato l'articolo 6 della legge 604/66. Le disposizioni precedenti non fissavano termini specifici per il ricorso in giudizio da parte del lavoratore che intendeva ricorrere contro il provvedimento di licenziamento e si applicavano pertanto i normali tempi previsti dall'articolo 1442 del Codice civile in tema di prescrizione ordinaria e cioè 5 anni.

Ancora più lunghi – secondo l'orientamento prevalente della magistratura – i termini per il ricorso contro i licenziamenti considerati fuori dal campo di applicazione della legge 604/66 e cioè per i licenziamenti *nulli e inefficaci*, quali ad esempio il licenziamento della lavoratrice madre entro un anno dalla nascita del bambino, il licenziamento della lavoratrice entro un anno dalla celebrazione del matrimonio, eccetera; come già accennato, quest’ultimo campo sarebbe in realtà escluso dalla applicabilità della norma obbligatoria (impugnazione entro i 60 gg.) ma tale valutazione è da considerarsi, allo stato, *sub judice* (cioè da confermarsi o meno da parte della Giurisprudenza).

Il lavoratore anche in questo caso può chiedere alla controparte di esperire il tentativo di conciliazione o di arbitrato. Lo deve richiedere però entro 270 giorni dalla data di impugnazione altrimenti l'impugnazione stessa decade. La richiesta del tentativo di conciliazione sospende tutti i termini di prescrizione e di decadenza.

Nel caso in cui sia stata avanzata la richiesta di conciliazione, e la stessa abbia avuto un esito negativo, la norma prevede che il ricorso debba essere depositato entro 60 giorni dal rifiuto e dal

mancato accordo. Se invece il tentativo di conciliazione non è stato richiesto, il ricorso deve essere depositato entro 270 giorni dall'impugnazione del licenziamento.

Dal rispetto dei tempi previsti dipende ovviamente la legittimità degli atti. Tuttavia, in caso di richiesta del tentativo di conciliazione restano dubbi sulla individuazione del giorno a partire dal quale decorrono i 60 giorni entro cui deve avvenire il deposito del ricorso. La norma infatti li individua con il giorno del rifiuto o del mancato accordo. Il mancato accordo deve essere formalizzato e quindi il giorno potrebbe essere facilmente individuato. Non così per il rifiuto. Infatti, solo con riferimento alla conciliazione ordinaria viene affermato che se entro 20 giorni dalla richiesta la controparte non accetta la procedura di conciliazione, ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria. Quindi il giorno del rifiuto può essere considerato il 20° successivo alla comunicazione della richiesta di conciliazione se chi l'ha ricevuta non produce la memoria difensiva.

Più problematica è l'individuazione del giorno del rifiuto nell'ipotesi della conciliazione e dell'arbitrato irrituale. Il comma 4 dell'articolo 412 quater prevede infatti che *«se la parte convenuta intende accettare la procedura di conciliazione e arbitrato nomina il proprio arbitro di parte, il quale entro trenta giorni dalla notifica del ricorso procede, ove possibile, concordemente con l'altro arbitro, alla scelta del presidente e della sede del collegio»*.

In base a questa disposizione, la prima scadenza utile dopo la richiesta di aderire alla procedura di conciliazione e arbitrato è la nomina del Presidente del collegio che deve avvenire da parte di entrambi gli arbitri entro 30 giorni dalla notifica del ricorso. Qualora questo non avvenga, se ne dovrebbe dedurre implicitamente che la controparte ha rifiutato il tentativo.

7. La norma stabilisce quando deve essere applicata la nuova disciplina dell'impugnazione dei licenziamenti?

L'art. 32 effettivamente affronta una elencazione dei casi in cui tale procedura deve essere applicata. La legge prevede che le nuove disposizioni si applichino:

- a. ai casi di invalidità del licenziamento;
- b. ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto;
- c. al recesso del committente nei co.co.co. e co.co.pro.;
- d. al trasferimento;
- e. all'azione di nullità del termine apposto al contratto per violazione di legge (artt. 1, 2 e 4 d. lgs. 368/01);
- f. ai contratti di lavoro a termine in generale;
- g. alla cessione del contratto di lavoro ex art. 2112 c.c.;

- h. “in ogni altro caso in cui, compresa l’ipotesi prevista dall’art. 27 del d.lgs. 276/03, si chieda la costituzione o l’accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto”.

8. E che cosa succede in caso di conversione di contratti a termine in contratti a tempo indeterminato? E nel caso di collaborazioni coordinate o a progetto accertate di tipo subordinato?

Il legislatore, mediante il co. 5 dell’art. 32, ha stabilito che “...nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo una indennità omnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell’art. 8 della legge 15 luglio 1966 n. 604”.

Ciò significa ragionevolmente che:

- a. il contratto va convertito e come tale rispettato;
- b. in tal caso (cioè quando il datore di lavoro ottempera alla conversione) tutte le differenze e i risarcimenti dovuti però vengono omnicomprensivamente ricompresi tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità.

Nel caso invece il presunto committente sia costretto a convertire, o converta di fatto, il precedente rapporto di lavoro parasubordinato in uno di tipo subordinato, è tenuto ad indennizzare il lavoratore con una somma pari da un minimo di 2,5 mensilità ad un massimo di 6 mensilità.

Pare di comprendere così che la limitazione indennitaria sia ritenuta una misura di stimolo a regolarizzare il lavoratore senza causare al datore di lavoro – committente un danno ritenuto troppo eccessivo e, di conseguenza, indurlo a sostenere in ogni modo un lungo contenzioso.

Come sempre, sarà necessario un periodo di valutazione concreta e l’eventuale vaglio della Suprema Corte per verificare la bontà della Novella normativa.

23 ottobre 2010

avv. Massimo Tirelli