Judicium
Il processo civile in Italia e in Europa
Civil Procedure in Italy and Europe

www.judicium.it

MAURO BOVE

Ordinario dell'Università di Perugia

ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)[1]

SOMMARIO: 1. Conciliazione. – 2. *Segue*: svolgimento del tentativo di conciliazione. – 3. Arbitrato: profili generali. – 4. La clausola compromissoria. – 5. Le altre modalità di scelta della via arbitrale. – 6. L'arbitrato di cui all'art. 412 c.p.c. – 7. L'arbitrato di cui all'art. 412-*quater* c.p.c.

1. – Tra le norme della legge 4 novembre 2010 n. 183 (da ora indicata come Collegato lavoro) che si occupano delle c.d. ADR, vengono innanzitutto in considerazione quelle relative al tentativo di conciliazione, che sostituiscono gli articoli 410, 411 e 412, modificano il comma 1° dell'art. 420 (comma 4° dell'art. 31) e abrogano gli articoli 410-*bis* e 412- *bis* c.p.c. (comma 16° dell'art. 31) nonché gli articoli 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001 (comma 9° dell'art. 31).

Dall'impianto normativo emergono evidenti due scelte di fondo.

La prima è quella di abbandonare il principio dell'obbligatorietà del tentativo[2]. Il legislatore, in un momento in cui allarga l'uso del tentativo obbligatorio di conciliazione nel d.lgs. n. 28 del 2010, fa una

[1] In ricordo di Elio Fazzalari.

[2] Che ne è delle istanze già presentate presso le Direzioni provinciali del lavoro prima dell'entrata in vigore della normativa in commento (24 novembre 2010)? In mancanza di indicazioni nella legge, la Nota del 25 novembre 2010 n. 3428 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali dice: «le commissioni, sia nel caso in cui abbiano già convocato le parti prima del 24 novembre, sia nell'ipotesi in cui non abbiano ancora fissato la data di convocazione, dovranno informare le parti sulla intervenuta non obbligatorietà del tentativo di conciliazione e sulla possibilità di portare a termine la conciliazione avanti la sede adita al fine di pervenire ad una transazione che avrà, in ogni caso, l'efficacia di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.». Ma cosa accade nei processi pendenti alla data del 24 novembre, che, quando sono stati instaurati, erano soggetti al regime della sospensione per improcedibilità di cui al previgente art. 412-*bis* c.p.c.? A mio parere, non essendo questo regime più applicabile ad essi, i processi in cui non sia ancora intervenuto il provvedimento di sospensione di cui al comma 3° del previgente art. 412-*bis* c.p.c. non potranno più essere sospesi; mentre quelli in cui detto provvedimento sia già stato pronunciato potranno essere immediatamente riassunti.

scelta in contro-tendenza nell'ambito della materia lavoristica, forse facendo tesoro della pessima riuscita che finora hanno avuto i tentativi obbligatori in questa materia[3].

Residua, però, una eccezione, salvandosi il tentativo obbligatorio di cui all'art. 80, comma 4°, del d.lgs. n. 276 del 2003 (comma 2° dell'art. 31), condizionante l'azione giudiziaria nei confronti dell'atto di certificazione per erronea qualificazione del contratto oppure per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione o ancora per vizi della volontà[4]. Quindi, se anche è stato abrogato l'art. 412-*bis* c.p.c., che disciplinava l'eccezione d'improcedibilità e le sue conseguenze, a fronte di una domanda giudiziale proposta senza aver tentato la conciliazione, è impensabile che al mancato rispetto della detta previsione sul residuo tentativo obbligatorio non siano collegate conseguenze[5]. Insomma, se un obbligo è sopravvissuto, alla sua violazione deve conseguire una "sanzione". Ed, allora, se non si vuole ritenere sopravvissuta la disciplina dell'art. 412-*bis* c.p.c., si potrà ritenere qui applicabile la disciplina contenuta nell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, ritenendola una disciplina comune in materia di mediazione.

La seconda scelta di fondo, che coinvolge anche le norme sull'arbitrato che vedremo poi, consiste nell'equiparare tutti i lavoratori dipendenti, siano essi alle dipendenze di un datore privato siano essi alle dipendenze di una pubblica amministrazione. Infatti, il comma 9° dell'art. 31, abrogando gli articoli 65 e 66 del d.lgs. n. 165 del 2001, recita: "Le disposizioni degli articoli 410, 411, 412, 412-*ter* 412-*quater* del codice di procedura civile si applicano anche alle controversie di cui all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165".

La normativa in commento si occupa di quattro forme di tentativo di conciliazione, peraltro tutte già previste in precedenza, e cioè: 1) del tentativo di fronte alle commissioni presso la Direzione provinciale del lavoro (a cui dovrebbe equipararsi il possibile tentativo di fronte agli organismi degli enti di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003: cfr. il comma 13° dell'art. 31), 2) del tentativo di fronte ad organismi sindacali, a prescindere dalla precostituzione di procedure di conciliazione in sede di contratto collettivo (nuovo art. 411, comma 3°), 3) del tentativo di fronte ad organismi sindacali precostituito nelle sue modalità in contratti collettivi (nuovo art. 412-*ter*), 4) del tentativo esperito dal giudice nella prima udienza del processo del lavoro.

---

[3] Sul punto vedi anche TISCINI, *Nuovi (ma non troppo) modelli di titolo esecutivo per le prestazioni derivanti dal contratto di lavoro: il verbale di conciliazione stragiudiziale dopo il restyling della l. n. 183/2010 (cd. Collegato lavoro)*, in *www.judicium.it*, 2010, § 1.

[4] La Nota ministeriale 3428/2010 n. 3428 dispone che in tali casi "il tentativo di conciliazione dovrà essere svolto – nelle modalità descritte dall'art. 410 c.p.c. come novellato dal Collegato lavoro ed in conformità ai regolamenti delle commissioni di certificazione – presso la sede medesima che ha emanato il provvedimento di certificazione".

[5] Così, invece, SORDI, *Controversie, stesso iter per tutti i datori*, in *Guida al diritto*, inserto al n. 48 del 4 dicembre 2010, p. XIV, il quale, dall'abrogazione dell'art. 412-*bis* c.p.c. trae l'irragionevole conseguenza per cui l'obbligatorietà del tentativo non sarebbe presidiata da alcuna sanzione.

Tutte queste forme, sia pur disciplinate in modi diversi, hanno però in comune un elemento fondamentale: le conciliazioni raggiunte sfuggono sempre al regime di invalidità di cui all'art. 2113 c.c. Ciò è chiaramente sancito nel comma 7° dell'art. 31.

2. – Detto tentativo facoltativo può espletarsi, innanzitutto, di fronte a quelle stesse commissioni istituite presso la Direzione provinciale del lavoro che già in precedenza erano impegnate a questo fine[6]. Oggi si prevede la possibilità che a presiedere dette commissioni siano anche magistrati collocati a riposo. Ed inoltre si prevede che i componenti di derivazione sindacale siano designati dai sindacati maggiormente rappresentativi, non più a livello nazionale, bensì territoriale[7]. Resta il dubbio, visto il possibile coinvolgimento di liti sia con datori privati sia con datori pubblici, se presso ogni Direzione provinciale del lavoro debba istituirsi una sola commissione di conciliazione o più commissioni di conciliazione, posta la necessità di dare rappresentatività a tutte le categorie datoriali. Insomma, se bisogna rispettare il principio della rappresentatività, o si trova il modo di raggiungere l'obiettivo all'interno di una sola commissione o si devono istituire due commissioni: una per il settore privato ed una per il settore pubblico.

Sempre guardando alla distinzione tra lavoro privato e lavoro pubblico, bisogna risolvere il problema della competenza. Perché, se si tratta di lavoro privato, la competenza sarà individuata in base all'art. 413

[6] Peraltro, il comma 13° dell'art. 31 dispone che il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. può essere esperito anche presso le sedi di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276 del 2003, organismi in riferimento ai quali pare che non siano previste norme di competenza territoriale (sul punto cfr. SORDI, *op. cit.*, p. XV).

[7] La Nota ministeriale n. 3428/2010 specifica: "Ne consegue, in virtù dell'entrata in vigore della legge n. 183 del 2010, che si dovrà procedere alla costituzione delle nuove Commissioni e sottocommissioni e che quelle esistenti secondo la vecchia composizione potranno operare in regime di *prorogatio*. Ai sensi del citato art. 3 del d.l. n. 293/1994, la Commissione provinciale di conciliazione in regime di *prorogatio* può adottare esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti urgenti e indifferibili con indicazione specifica dei motivi di urgenza e indifferibilità. Peraltro, la trattazione delle istanze già presentate e incardinate presso la Commissione o le sottocommissioni deve ritenersi senza dubbio attività di ordinaria amministrazione e, al contempo, urgente e indifferibile, posta la riforma del tentativo stesso di conciliazione. Sotto altro profilo, poiché ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.l. n. 293/1994, entro il periodo di proroga gli organi amministrativi scaduti debbono essere ricostituiti, i Direttori delle Direzioni provinciali del lavoro dovranno procedere nel più breve tempo possibile a richiedere alle Organizzazioni sindacali e alle Associazioni datoriali maggiormente rappresentative a livello territoriale – temporaneamente individuate secondo i criteri già forniti da questo Ministero con Circolare n. 14 dell'11 gennaio 1995 a proposito della ricostituzione dei Comitati provinciali Inps – la designazione dei propri rappresentanti, un componente effettivo e uno supplente, che saranno chiamati a formare la Commissione e le sottocommissioni, provvedendo conseguentemente, entro e non oltre l'8 gennaio 2011 (quarantacinquesimo giorno dal 24 novembre 2010), ad adottare il Decreto Direttoriale di ricostituzione della Commissione provinciale di conciliazione".

c.p.c., mentre, se si tratta di un dipendente pubblico, allora sarà competente la commissione di conciliazione nella sede dell'amministrazione presso la quale lavora il dipendente.

Come si è già detto, la conciliazione può essere tentata di fronte ad organismi sindacali o di fronte alla commissione della Direzione provinciale del lavoro[8]. Se si sceglie la seconda strada vale la disciplina dell'art. 410 c.p.c. Se si sceglie la prima strada non vale l'art. 410[9], ma in parte l'art. 411 c.p.c.

Trattando delle conciliazioni gestite dalle commissioni provinciali del lavoro, l'art. 410 c.p.c. disciplina una sorta di mini-processo di conciliazione.

Si parte con la disciplina della richiesta, riprendendo molto di quanto era previsto nell'abrogato art. 66 del d.lgs. n. 165 del 2001.

La richiesta deve essere sottoscritta dall'istante e consegnata o spedita mediante raccomandata con avviso di ricevimento sia all'organismo sia alla controparte[10]. Peraltro l'interessato può agire personalmente o mediate associazione sindacale alla quale dà mandato.

La richiesta deve contenere: 1) nome, cognome e residenza dell'istante e del convenuto; se l'istante o il convenuto sono una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, l'istanza deve indicare la denominazione o la ditta nonché la sede; 2) il luogo dove è sorto il rapporto ovvero dove si trova l'azienda o la sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto; 3) il luogo dove devono essere fatte alla parte istante le comunicazioni inerenti alla procedura; 4) l'esposizione dei fatti e delle ragioni posti a fondamento della pretesa.

Singolare è la minuziosità di questa previsione, minuziosità che però ritroviamo sia nel previgente art. 66 del d.lgs. n. 165/2001 sia nella normativa generale sulla mediazione all'art. 4, comma 2°, del d.lgs. n. 28/2010. Su di essa bastano due rilievi.

---

[8] Peraltro, nulla esclude, a mio parere che il detto tentativo sia fatto di fronte agli organismi accreditati ai sensi del d.lgs. n. 28/2010. Il punto è che l'eventuale esito positivo di esso non sfuggirebbe al regime d'invalidità di cui all'art. 2113 c.c., per cui si dovrebbe avere, poi, un secondo passaggio di fronte agli organismi legittimati ai sensi del Collegato lavoro.

[9] Ciò è esplicitamente sancito dal comma 3° del nuovo art. 411. Cosa significa precisamente questa esclusione? A me sembra che la conseguenza più importante di essa stia nel negare che ai tentativi esperiti in sede sindacale si applichi la disposizione sugli effetti sostanziali della comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo. Ma se così è, la ragione di ciò mi sfugge.

[10] La citata Nota ministeriale n. 3428/2010 aggiunge la possibilità di inviare la richiesta a mezzo e-mail certificata e specifica come il legislatore abbia escluso l'invio a mezzo fax.

Il primo: se l'indicazione di cui al n. 2 serve per individuare la competenza per territorio, allora quando si tratta di un dipendente pubblico si dovranno fornire indicazioni al riguardo; per cui, riprendendo quanto già era previsto nel previgente art. 66 del d.lgs. n. 165/2001, si dovrà indicare l'amministrazione di appartenenza e la sede alla quale il lavoratore è addetto.

Il secondo: l'onere di individuare i fatti e le ragioni della pretesa deve essere assunto col classico grane di sale, ossia considerando che, se indubbiamente si deve individuare l'oggetto della controversia, anche perché in mancanza di detta individuazione non si potrebbero produrre gli effetti sostanziali della domanda di conciliazione né si saprebbe su quale pretesa si cerca la conciliazione, è anche vero che qui non si tratta di domandare il riconoscimento di una ragione *in iure*, perché non si sollecita un'attività di *ius dicere*, bensì si tratta di sollecitare un'attività di mediazione, che, lungi dal ripartire il torto e la ragione, deve conciliare gli interessi sottostanti alla pretesa giuridica. Insomma, qui non si tratta di farsi riconoscere la fondatezza della pretesa in una sorta di processo *minor* di fronte ad un giudice *minor*, ma si tratta di cercare la risoluzione della controversia mediante l'approntamento di un *aliud* rispetto all'attività giurisdizionale. Ed, allora, pare eccessivo il rilievo per cui tutti i dati indicati dalla norma sarebbero tassativi e fondamentali, comportando la loro mancanza il rigetto della richiesta[11], rilievo che non pare confermato neanche dalla Nota ministeriale n. 3428/2010, nella quale si legge che solo la mancanza degli elementi "essenziali" rende improcedibile la richiesta, dovendosi evidentemente ritenere essenziali quegli elementi che individuano l'oggetto del contendere.

Alla richiesta di conciliazione, o meglio alla sua comunicazione alla controparte, sono collegati effetti sostanziali. Il comma 2° del nuovo art. 410 c.p.c. prevede che detti effetti consistono nell'interruzione del termine di prescrizione e nella sospensione di ogni termine di decadenza per la durata del tentativo di conciliazione e per venti giorni successivi alla sua conclusione. La disposizione, certamente necessaria sul piano della conformità costituzionale in riferimento ad un tentativo imposto dalla legge, è opportuna anche in riferimento ad un tentativo non imposto, perché rappresenta un incentivo ad una simile scelta.

La scelta del legislatore si mantiene fedele al modello lavoristico che già era contenuto nel previgente art. 410 c.p.c. e non sposa il nuovo modello offerto dal comma 6° del d.lgs. n. 28/2010, che si ispira maggiormente alla tipologia degli effetti che produce una domanda giudiziale. Le differenze sono le seguenti: se nella disposizione di diritto comune è previsto che la domanda di mediazione interrompa e sospenda i termini di prescrizione ed impedisca la decadenza una volta sola[12], nelle cause di lavoro è

[11] Così CAMERA, *Per i contratti dove è prevista la certificazione non opera lo stop al "tentativo obbligatorio"*, in *Guida al diritto* 2010, fasc. 49-50, p. 92 ss., spec. p. 94.

[12] La qual cosa significa che si ha anche in riferimento alla decadenza un'interruzione ed una sospensione del relativo termine, per cui, se la mediazione fallisce, l'azione giudiziale va esercitata nell'intero termine di decadenza: vedi, se vuoi, BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, p. 343 ss., spec. p. 349. Sui diversi modelli a confronto vedi LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. Proc.*, 2009, p. 1257 ss., spec. p. 1260.

previsto che la richiesta del tentativo facoltativo interrompa, senza sospenderlo, il termine di prescrizione e sospenda il termine di decadenza, sospensione che dura qualcosa di più (20 giorni) della durata del tentativo stesso, potendosi, fallito il tentativo e dopo la scadenza di questo termine di sospensione, godere per l'esercizio dell'azione della porzione di termine di decadenza che restava al momento in cui era stato sospeso più, appunto, i detti 20 giorni.

Così, ad esempio, l'interessato, che abbia ottenuto *ante causam* un provvedimento cautelare conservativo, che impone l'instaurazione della causa di merito entro il termine perentorio fissato dal giudice ai sensi dell'art. 669-*octies* c.p.c., può procedere al tentativo di conciliazione entro quel termine, ben sapendo che, se il tentativo dovesse fallire, avrebbe il restante termine più 20 giorni per instaurare il processo dichiarativo, senza rischiare di vedere caducato l'ottenuto provvedimento cautelare.

Non sembra, poi, che si possano porre dubbi interpretativi nel coordinamento tra la norma in commento e l'art. 32, che, disciplinando il caso in cui il licenziamento sia impugnato nel termine di 60 giorni mediante un atto stragiudiziale, al fine di ovviare alla mancata previsione di termini per la successiva azione in giudizio che rischiava di far rimanere aperta e direi sospesa per aria la vicenda per molto tempo[13], onera ora l'istante, a pena di inefficacia, della necessità di far seguire entro 270 giorni o il deposito del ricorso giudiziale o la comunicazione alla controparte della richiesta del tentativo di conciliazione o della richiesta di arbitrato, precisando che, in caso di rifiuto ad opera della controparte del tentativo di conciliazione o dell'arbitrato o in caso di mancato accordo, l'interessato deve depositare il ricorso giudiziale entro 60 giorni dal rifiuto o dal mancato accordo. A me sembra che la vicenda sia ricostruibile nel seguente modo.

Comunicato il licenziamento, il lavoratore deve attivarsi, se vuole reagire, entro 60 giorni. Questa reazione, poi, può assumere diverse forme. Egli, se sceglie la via del tentativo di conciliazione, gode della sospensione del termine di decadenza. Insomma, se ad esempio comunica la richiesta di mediazione al ventesimo giorno, egli avrà ancora 40 giorni per impugnare il licenziamento in giudizio ove il tentativo dovesse andare male, termine residuale che decorre da quando termina il tentativo più 20 giorni. Se, invece, il lavoratore impugna con un atto stragiudiziale il licenziamento, allora la decadenza di cui al comma 1° dell'art. 32 (i 60 giorni) è impedita, a condizione però che egli continui, per così dire, nella sua iniziativa. In tal caso scattano le previsioni a pena di inefficacia di cui al comma 2° dello stesso art. 32.

Piuttosto non è del tutto chiaro quale sia la durata della sospensione del termine di decadenza provocata dalla comunicazione della domanda di conciliazione. Il citato comma 2° dell'art. 410 c.p.c. dispone la detta sospensione "per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla

[13] Sul punto vedi TATARELLI, *Licenziamenti: inserito un termine di decadenza per avviare l'azione giudiziaria dopo l'impugnazione*, in *Guida al diritto*, inserto al n. 48 del 4 dicembre 2010, p. IV-V, in raffronto alla disciplina previgente, alla luce della quale, impugnato in via stragiudiziale un licenziamento, l'azione in giudizio per l'annullamento era esercitabile nel termine di prescrizione quinquennale (art. 1442 c.c.) e l'azione di nullità era esercitabile senza limiti di tempo, essendo la relativa azione imprescrittibile.

sua conclusione". Ma, a quanto può ammontare in termini di giorni questa durata? E poi cosa accade se la controparte non aderisce al tentativo? Distinguiamo le due ipotesi.

Comunicata la richiesta alla controparte, si sospende l'eventuale termine di decadenza in gioco. La controparte può accettare la "procedura"[14] di conciliazione depositando presso l'organismo un atto di difesa[15] entro 20 giorni. Se questo avviene, l'organismo nei 10 giorni successivi fissa la comparizione delle parti per l'espletamento del tentativo che deve avvenire entro i successivi 30 giorni. Quindi si potrebbe sostenere, semplicemente, che delle due l'una: o la controparte deposita entro i detti 20 giorni la memoria difensiva e con ciò accetta il tentativo, per cui la sospensione dura 20+10+30, oltre ai 20 giorni indicati dal comma 2° dello stesso art. 410, oppure quel deposito entro i 20 giorni non avviene, ed allora, perfezionatasi la fattispecie del rifiuto allo scadere del ventesimo giorno, visto che, come dice lo stesso comma 7° dell'art. 410, a questo punto "ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria", la sospensione dura quei soli 20 giorni più i 20 giorni di cui sempre al comma 2° dell'art. 410. Questa ricostruzione sembra l'unica possibile a fronte di un legislatore che non ha pensato di specificare meglio il concetto di "durata del tentativo di conciliazione" utilizzato nel comma 2° dell'art. 410. Ma, mi domando: cosa succede se la controparte deposita l'atto di difesa e quindi di accettazione della procedura di mediazione al ventunesimo giorno? L'istante deve affrettarsi ad esercitare l'azione in giudizio almeno cautelativamente, se non vuol rischiare di veder scadere un termine di decadenza che a quel ventunesimo giorno sembra che si sia irrimediabilmente rimesso in moto? Una simile conclusione a me parrebbe poco ragionevole, anche se mi rendo conto come lo svincolarsi da rigide previsioni temporali potrebbe ingenerare conflitti interpretativi in ordine al maturare di una decadenza.

Se la richiesta di conciliazione è disciplinata come una sorta di domanda giudiziale *minor*, secondo la stessa logica è disciplinata pure la risposta della controparte, sempre che questa decida di aderire al tentativo, risposta che viene disciplinata come una sorta di memoria difensiva in giudizio. Il comma 7° dell'art. 410 c.p.c. prevede che essa contenga "le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, nonché le eventuali domande in via riconvenzionale". Ancora una volta emerge l'idea del legislatore che vede nelle "procedure" di conciliazione una sorta di processo *minor* che pur deve avere come obiettivo quello di *ius dicere*, ancorché non di fronte ai tribunali dello Stato, che anzi si spera di sgravare in una qualche misura attraverso queste vie alternative. Emerge, insomma, l'idea di un "giudizio" in cui l'organismo deve

[14] Le virgolette sono d'obbligo se si pensa che il termine è utilizzato dal legislatore e quindi da noi in modo improprio, perché non si danno ipotesi in cui l'atto finale dell'attività in commento possa essere affetto da un *error in procedendo* derivante da ipotetici atti necessari a monte. Insomma, qui non opera la figura del "procedimento" e l'atto finale, in ipotesi il contratto tra le parti con cui riesce la mediazione, sarà valido o invalido solo in virtù delle norme di costruzione che presiedono direttamente ad esso. Su questi temi di carattere generale vedi, se vuoi, BOVE, *Luci ed ombre nella legge-quadro sulla mediazione (d.lgs. n. 28 del 2010)*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011, p. 1 ss.

[15] Il cui contenuto vedremo poi.

accertare i fatti ed applicare la legge come farebbe altrimenti il giudice. Niente di più lontano da quello che in realtà dovrebbe essere una mediazione!

Resta solo da far presente l'ovvio rilievo per cui tutto quello che non viene speso in questo giudizio *minor* non è certo precluso nel successivo processo statale sulla stessa causa, ove il tentativo dovesse fallire.

Venendo, poi, ai possibili esiti del tentativo, essi sono disciplinati dal sostituito art. 411 c.p.c.

Innanzitutto è possibile che il tentativo riesca. La mediazione può sfociare in conciliazione sia perché le parti si accordano su un punto di incontro sia perché esse accettano la proposta che viene formulata dall'organismo. La conciliazione raggiunta, che altro non è se non un contratto, viene documentata nel verbale. Se il tentativo riesce, anche limitatamente ad una parte della domanda, si forma processo verbale, che poi, su istanza della parte interessata, può essere munito di *exequatur* ad opera del tribunale nella cui circoscrizione è stato redatto. Se non vado errato, bisogna però qui distinguere, in riferimento ad alcuni passaggi formali, come del resto si faceva prima, a seconda che la conciliazione sia raggiunta in sede amministrativa o in sede sindacale[16].

Nel primo caso il verbale è sottoscritto dalle parti e dai componenti della commissione di conciliazione. In ciò emergono due modifiche. La prima: la sottoscrizione compete a tutti i componenti della commissione e non al solo presidente. La seconda: è stata soppressa l'esigenza dell'autenticazione della firma apposta dalle parti[17]. Quindi, il verbale è munito di *exequatur* su iniziativa della parte interessata dal tribunale competente.

Se, invece, la conciliazione è raggiunta in sede sindacale, il relativo verbale è soggetto ad un doppio deposito. Esso è innanzitutto depositato presso la Direzione provinciale del lavoro a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale. Quindi, il direttore, o un suo delegato, accertatane l'autenticità, provvede a depositarlo nella cancelleria del tribunale, il quale provvederà alla concessione dell'*exequatur* solo se in tal senso vi sia stata anche l'istanza della parte interessata.

---

[16] La distinzione che stiamo per fare nel testo è negata, se mal non intendo, da TISCINI, *op. cit.*, § 2, la quale ritiene che oggi ogni verbale di conciliazione sia soggetto al doppio deposito, di fronte all'ufficio del lavoro e di fronte al tribunale ad opera dello stesso ufficio, ferma restando la necessità dell'istanza di parte per procedere alla concessione dell'*exequatur*. Seguendo questa linea argomentativa, l'autrice afferma anche che in ogni caso il verbale di conciliazione assume la qualità di titolo esecutivo, almeno in riferimento alle somme di denaro ai sensi dell'art. 474, comma 2°, n. 2) c.p.c., già prima dell'omologazione del tribunale, nel momento in cui esso, depositato presso la Direzione provinciale del lavoro, viene autenticato dal Direttore o da un suo delegato. Quindi, secondo l'autrice, con l'omologa si avrebbe, non tanto l'attribuzione al verbale dell'efficacia di titolo esecutivo, quanto l'estensione delle potenzialità esecutive di un verbale che possiede la qualità di titolo esecutivo già prima di essa.

[17] Su detti punti cfr. TISCINI, *op. cit.*, § 2.

In ogni caso l'*exequatur* è concesso previa verifica della regolarità formale del verbale, anche se questa verifica, citata nel comma 3° dell'art. 411, non è indicata anche nel comma 1° della stessa norma. Insomma, non mi sembra possibile immaginare che l'*exequatur* possa poggiare su basi diverse a seconda che esso riguardi un verbale di provenienza amministrativa o un verbale di provenienza sindacale.

Nel detto controllo di regolarità formale rientra ben poco. Il tribunale verificherà la provenienza del verbale, la sussistenza delle firme e il fatto che si tratti di lite di lavoro a cui sono applicabili le norme in commento. Esso, invece, non potrà valutare l'eventuale contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico, valutazione che, invece, oggi è prevista per la concessione dell'*exequatur* alle conciliazioni raggiunte in base al d.lgs. n. 28 del 2010. Così, è ovvio che, a prescindere dalla formazione del titolo esecutivo, che scaturisce propriamente dalla documentazione dell'atto transattivo con l'aggiunta dell'omologazione del giudice statale, il contratto in esso rappresentato, ossia la conciliazione tra le parti, sarà impugnabile in base alle norme del codice civile, fermo restando che esso, essendo stato siglato in sede "protetta", non è soggetto al regime d'invalidità di cui all'art. 2113 c.c. (ed anzi nella nuova legge si considera sede "protetta" anche quella arbitrale ai sensi degli articoli 412-*ter* e *quater* c.p.c.).

Nulla è detto dal legislatore in riferimento ad eventuali rimedi da esperire a fronte delle decisioni assunte dal tribunale in sede di omologazione. A me sembra, allora, che qui si debbano applicare le disposizioni dettate per il rito camerale. A tal proposito distinguerei: se il giudice nega l'*exequatur*, la parte che lo avevo richiesto potrà proporre reclamo; se, al contrario, il giudice accorda l'omologa, allora la parte controinteressata potrà contestare la sussistenza delle condizioni che attengono propriamente alla formazione del titolo esecutivo, quindi ciò che rientra nell'area del controllo di regolarità formale, prima in sede di reclamo e poi in sede di opposizione all'esecuzione[18].

Se l'accordo tra le parti non è raggiunto, la commissione deve formulare una proposta di accordo per la bonaria definizione. Se la proposta non è accettata, i termini di essa sono riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti. Quindi, aggiunge la norma, delle «risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione il giudice tiene conto in sede di giudizio». Cosa significa precisamente questo disposto formulato in modo tanto generico?

È evidente come qui il legislatore, volendo incentivare le conciliazioni e disincentivare il ricorso al giudice, abbia sposato una logica punitiva nei confronti della parte che è vista in sostanza come quella che ha causato la pendenza del processo, al di là del riparto del torto e della ragione nel merito. Resta, però, il dubbio in ordine alle conseguenze concrete che nel processo possono derivare dall'assunzione di una simile logica.

[18] Insomma, qui dovrebbero valere gli stessi principi che credo siano da richiamare a fronte dell'omologazione delle conciliazioni raggiunte ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010. Vedi, se vuoi, sul punto BOVE, *Luci ed ombre nella legge-quadro sulla mediazione*, cit., p. 17-19.

Ora, a me sembra che la previsione in commento possa avere una valenza solo in riferimento al riparto delle spese nel processo successivo al fallimento del tentativo di conciliazione, senza che il generico comportamento delle parti assunto in sede di espletamento del tentativo possa avere altre conseguenze, come ad esempio potrebbe essere quella riconducibile al comma 2° dell'art. 116 c.p.c. In altri termini, non credo che il giudice potrebbe trarre argomenti di prova dal comportamento che le parti hanno tenuto in sede di mediazione[19].

Il punto centrale è, a mio parere, che non si possono trarre argomenti di prova ai sensi del comma 2° dell'art. 116 c.p.c. da comportamenti che non si esplicano nel processo, se manca una disposizione di legge al riguardo. Nel comma 5° dell'art. 8 del d.lgs. n. 28 del 2010 è stata sposata esplicitamente questa soluzione, sanzionando la mancata adesione al tentativo in sé senza giustificato motivo. Ma già in riferimento al caso specifico la tecnica assunta dal Collegato lavoro è diversa dalla tecnica assunta nel d.lgs. n. 28/2010. Mentre in questo la procedura si mette in moto senza sapere se la controparte aderirà o meno al tentativo, sia questo facoltativo o obbligatorio[20], residuando il fatto che dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2°, c.p.c., in quello, al contrario, la fissazione della comparizione delle parti per l'espletamento del tentativo si ha solo se e dopo che la parte invitata abbia aderito alla procedura depositando la sua c.d. "memoria difensiva". Insomma, nelle conciliazioni lavoristiche non sembra concepibile una procedura in "contumacia", per cui non sembrano configurabili né conseguenze legate alla mancata adesione in sé alla procedura né la possibilità che si abbia da parte dell'organismo la formulazione di una proposta di conciliazione in assenza di una parte, perché, appunto, in assenza di una parte il tentativo non viene espletato.

Ma, al di là del caso specifico della c.d. "contumacia" della parte invitata, il punto è, si ripete, che non si può, per così dire, anticipare "l'ambiente processuale", rendendo operativo il comma 2° dell'art. 116 c.p.c. in riferimento a comportamenti che si pongono prima del processo, senza che una norma di legge autorizzi una simile conclusione. Sarei, quindi, dell'idea di interprete l'attuale formulazione del comma 2° dell'art. 411 in modo restrittivo o, se si vuole, aderente a ciò che già prima era vigente in materia di tentativo obbligatorio di conciliazione, affermando che dalla mancata adesione alla proposta il giudice potrà trarre conseguenze nella decisione sulle spese, ma giammai in ordine alla decisione nel merito della lite[21].

---

[19] In senso contrario TISCINI, *op. cit.*, § 9.

[20] L'art. 8 del detto articolato prevede che il responsabile dell'organismo designi un mediatore e fissi il primo incontro tra le parti prima che la domanda di mediazione sia comunicata alla controparte.

[21] A questo fine, inoltre, si prevede che la parte la quale introduce il ricorso al giudice del lavoro debba allegare i verbali e le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito.

Altro discorso sembrerebbe doversi fare ove il tentativo di conciliazione sia espletato dal giudice nell'ambiente processuale. Qui sembrerebbe che il legislatore, nella modifica che il comma 4° dell'art. 31 ha apportato al comma 1° dell'art. 420 c.p.c., prevedendosi che il giudice debba formulare alle parti una proposta e aggiungendo che il rifiuto di essa senza giustificato motivo costituisca comportamento valutabile dal giudice "ai fini del giudizio", abbia espresso l'idea per cui, ferma restando l'impossibilità di trarre conseguenze per l'eventualità di un rifiuto proveniente da entrambe le parti, avendo una parte accettato la proposta ed avendola l'altra rifiutata, questa possa essere sanzionata su un duplice piano: quello delle spese e, poi, anche sul piano del merito, potendosi qui trarre argomenti di prova ai sensi del comma 2° dell'art. 116 c.p.c. Ma, mi domando, posto che per sapere se la proposta è stata rifiutata "senza giustificato motivo" occorre decidere il merito, come può poi il rifiuto della proposta incidere sul merito? Sembra che il legislatore abbia costruito un vero paradosso!

3. – Abrogati (e sostituiti) i precedenti articoli 412-*ter* e 412-*quater* c.p.c., emergono varie forme di arbitrato a cui le parti possono affidarsi. I problemi sono tre: 1) Come avviene (può o deve avvenire) la scelta della via arbitrale? 2) Quali sono le diverse forme che può assumere l'arbitrato nelle liti di lavoro, quindi le diverse discipline applicabili? 3) Si è di nuovo tornati sull'annoso problema dell'arbitrato di lavoro di equità?

In precedenza nella materia lavoristica era prevista la possibilità di affidarsi: 1) ad un arbitrato rituale ai sensi degli articoli 806 ss. c.p.c., 2) ad un arbitrato c.d. irrituale di predefinizione sindacale ai sensi degli articoli 412-*ter* e *quater*, disciplinato da queste norme ed in mancanza dagli articoli 806 ss., essendo esso lontano dal modello dell'arbitrato libero di cui all'art. 808-*ter* c.p.c., 3) ad un arbitrato veramente libero o irrituale disciplinato dall'art. 808-*ter* c.p.c. In ogni caso la scelta della via arbitrale doveva avere un doppio sigillo: prima una scelta effettuata da una volontà supraindividuale, nella legge o nel contratto collettivo, poi, sulla base di quella sorta di autorizzazione generale, che forniva garanzie a fronte della debolezza del singolo lavoratore rispetto al datore di lavoro, una scelta individuale fatta con una clausola compromissoria inserita nel contratto individuale di lavoro o con un compromesso. Insomma, era necessaria una doppia autorizzazione, collettiva ed individuale, e sempre per iscritto, anche se questa rigidità era attutita dal principio emergente dall'art. 817 c.p.c., in virtù del quale l'eccezione di carenza del patto compromissorio è preclusa se non viene effettuata dal convenuto di fronte all'arbitro nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri. Inoltre, la scelta individuale a valle era possibile sia a lite già nata (compromesso) sia a lite non ancora nata (clausola compromissoria). Restava infine nell'ambiguità la possibilità di scegliere un arbitrato di equità[22].

[22] Su questi profili vedi, se vuoi, BOVE, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 879 ss. ed ivi altre citazioni.

Nel Collegato lavoro mi pare che si effettuino due scelte di fondo nel ridefinire la disciplina inerente alla scelta della via arbitrale e nel dettare una disciplina degli arbitrati che sono immaginabili nelle liti di lavoro, con particolare predilezione dell'ancoraggio all'art. 808-*ter* c.p.c. Partendo per il momento dal primo aspetto, vedremo poi la disciplina dell'arbitrato o, se sono immaginabili procedure diverse, le discipline degli arbitrati concepibili.

4. – Riguardo all'accesso all'arbitrato emerge un'idea di fondo: è bene che i singoli scelgano la via arbitrale, se la vogliono, al momento in cui insorge la lite, restando "sospetta" la scelta della via arbitrale effettuata a monte ed in termini generali, ossia per tutte le liti che possano sorgere tra di essi. Insomma, viene vista con sfavore la clausola compromissoria inserita nel contratto individuale di lavoro, mentre, all'insorgere della lite, viene vista con favore la scelta della via arbitrale, ancorché da effettuarsi non mediante un classico compromesso, bensì in modo dinamico nell'ambito di contesti protetti, peraltro a prescindere dal fatto che a monte vi sia la previsione di un contratto collettivo, bastando la previsione della legge stessa. In ciò non si supera il principio di cui al comma 2° dell'art. 806 c.p.c., perché quella che comunemente viene qualificata come clausola autorizzatoria a monte può pur essere prevista nella legge, come appunto accade nell'art. 31.

Lo sfavore per la clausola compromissoria emerge nel comma 10° dell'art. 31, che peraltro sembra applicabile solo alle liti nel lavoro privato e non anche a quelle nel lavoro pubblico, posto che il comma 9° dell'art. 31 non rinvia anche a questa disposizione.

Detto disposto prevede che le parti individuali (datore di lavoro e lavoratore) possono devolvere mediante clausola compromissoria tutte le liti che dovessero insorgere in futuro dal rapporto di lavoro ponendo i seguenti paletti:

-che detta possibilità sia prevista, insomma autorizzata, in accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale[23];

-che la clausola sia, a pena di nullità, certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del decreto legislativo n. 276/2003, dovendo le commissioni di certificazione accertare, all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria l'effettiva volontà delle parti di devolvere agli arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro, con la specificazione che davanti a dette commissioni le parti

[23] Aggiunge il comma 11° del medesimo art. 31 che, in mancanza di detti accordi o contratti, il Ministro del lavoro convoca, dopo 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, le organizzazioni più rappresentative al fine di promuovere l'accordo. In caso di fallimento, entro sei mesi lo stesso Ministro, tenuto conto di quanto emerso dal confronto tra le parti sociali, con proprio decreto individua in via sperimentale le modalità di attuazione del comma 10° dell'art. 31, fatta salva la possibilità di integrazioni e deroghe derivanti da successivi accordi interconfederali o contratti collettivi.

possono farsi assistere da un legale o da un rappresentante dell'organizzazione sindacale o professionale a cui abbiano conferito mandato (insomma la stipula di questa clausola è cosa complicata perché si deve proteggere il lavoratore, la cui volontà compromissoria potrebbe essere non effettiva e un po' coartata dal datore di lavoro);

-che comunque detta clausola non può essere pattuita e sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova se previsto oppure, se non previsto, prima che siano trascorsi 30 giorni dalla data di stipulazione del contratto[24];

-la clausola compromissoria non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro.

Ora, tutti questi "paletti" rappresentano regole che, se violate, incidono sulla nullità del patto compromissorio, senza avere a che fare con la delineazione della linea di confine tra le controversie arbitrabili e le controversie non arbitrabili. Ciò vale anche in riferimento alle liti relative alla risoluzione del contratto di lavoro, rispetto alle quali il legislatore ha voluto, non escludere l'arbitrabilità, ma solo escludere la scelta della via arbitrale mediante clausola compromissoria, ben restando possibile scegliere la via arbitrale mediante compromesso o mediante le modalità, che poi vedremo, dettate dagli articoli 412, 412-*ter* e 412-*quater* c.p.c.

Se così è, potrebbe sorgere il dubbio che, in virtù dell'art. 817 c.p.c., la loro violazione debba essere rilevata di fronte all'arbitro e, quindi, la questione debba poi essere coltivata in sede d'impugnazione del lodo, non potendo il vizio, che si ripete non riguarda la non arbitrabilità della lite, essere rilevante in ogni tempo e sede utile. Ma qui la norma, rinviando agli articoli 412 e 412-*quater*, richiama indirettamente un arbitrato secondo l'art. 808-*ter* c.p.c., ed allora le cose non stanno come potrebbe emergere dal dubbio appena rilevato. Invero, un arbitrato secondo l'art. 808-*ter* c.p.c. è di tipo negoziale e non giurisdizionale ed esso si spiega strutturalmente in base alla figura dell'arbitraggio, che lega inscindibilmente il patto compromissorio al negozio accessorio posto in essere dall'arbitro. Così quando pure l'art. 808-*ter* c.p.c. prevede che l'invalidità del patto compromissorio possa costituire motivo d'impugnazione del lodo solo se esso sia stato rilevato prima di fronte agli arbitri, il caso si riferisce unicamente a motivi di annullabilità del patto compromissorio e non anche a motivi di nullità, posto che, se non ha effetti il patto compromissorio, non può avere effetti neanche il lodo, che emerge come negozio accessorio[25]. Di conseguenza, tornando al nostro caso, la violazione delle disposizioni di cui al comma 10° dell'art. 31, essendo causa di nullità del

[24] Ancora emerge l'esigenza di proteggere il lavoratore in un periodo di sua maggior debolezza. Tuttavia, è stato rilevato come questa garanzia sia poca cosa nell'ambito dei lavori atipici o a termine o comunque caratterizzati da stabilità ridotta: così BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "collegato lavoro"*, in www.judicium.it, 2010, § 2.

[25] Vedi, se vuoi, BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, p. 215 ss.

patto e non solo di annullabilità, può essere fatta valere in sede d'impugnazione del lodo anche se prima essa non sia stata fatta valere di fronte all'arbitro.

Aggiunge, poi, il comma 10° in commento che la clausola compromissoria eventualmente stipulata opererebbe un rinvio alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-*quater* c.p.c., disposizioni entrambe che, dopo aver disciplinato una procedura, rinviano a loro volta all'art. 808-*ter* c.p.c., ancorché con delle peculiarità che poi vedremo in materia d'impugnazione del lodo e di *exequatur*. Emerge allora la domanda: alle parti contrattuali è impedita la possibilità di ricorrere ad un arbitrato rituale, sempre che questa scelta sia effettuata a monte dalle organizzazioni sindacali? A leggere il comma 10° in commento sembrerebbe doversi optare per la sussistenza di un simile impedimento. Ma, francamente, non sembra che le disposizioni in parola possano escludere l'operatività dell'art. 808 c.p.c. Ed, allora, non vedo cosa potrebbe impedire alle parti, quelle sindacali prima e quelle contrattuali poi, di scegliere un arbitrato rituale disciplinato dalle norme del codice di procedura civile, con conseguente applicazione anche delle norme in tema di *exequatur* ed impugnazione.

5. – Se la scelta della via arbitrale mediante clausola compromissoria è sfavorita dal legislatore, perché evidentemente si pensa che essa nasconda o possa facilmente nascondere una volontà non vera del lavoratore, l'art. 31 individua altre modalità per effettuare quella scelta, tutte immaginate a valle dell'insorgenza della lite e tutte fondate sul principio enucleato nel comma 2° dell'art. 806 c.p.c., ai sensi del quale le liti di lavoro possono essere devolute ad arbitri se ciò è previsto dalla legge.

Prima di analizzare le disposizioni dell'art. 31, è, però, doveroso precisare come niente sembri escludere che la scelta della via arbitrale a lite già insorta possa essere effettuata dalle parti in un normale compromesso, sempre che esso si fondi su una clausola autorizzatoria contenuta a monte in contratti o accordi collettivi, esigenza questa che deriva dalla previsione di cui al comma 2° dell'art. 806 c.p.c.. Insomma, se c'è una clausola nel contratto collettivo, le parti, insorta la lite, possono stipulare un compromesso secondo le norme di diritto comune in materia di arbitrato dettate nel codice di procedura civile. Se, invece, la clausola collettiva manca, allora le parti possono fondarsi sulla previsione di legge di cui agli articoli 412 e 412-*quater* c.p.c., con tutto ciò che da queste norme consegue.

Accanto a questa eventualità, diciamo così classica, emergono le nuove strade per la scelta della via arbitrale dettate dai novellati articoli 412, 412-*ter* e 412-*quater* c.p.c., strade che hanno in comune il fatto che non sia necessaria la stipula di un contratto scritto, ossia di un patto compromissorio, per effettuare la detta scelta. Questa avviene in modo dinamico, attraverso una serie di comportamenti, da cui il legislatore fa emergere la scelta della via arbitrale in un ambiente "protetto", quindi in presenza di un contesto che tranquillizza rispetto a possibili debolezze del lavoratore a fronte del datore di lavoro. Insomma, non si dimentica la necessità di adottare cautele affinché nell'esperienza dell'ordinamento ci si assicuri l'effettività della volontà compromissoria del lavoratore, ma si adottano dette cautele in modo difforme da quanto era

previsto in precedenza, fondandosi sulla necessità della doppia manifestazione di volontà in favore degli arbitri: quella collettiva delle parti sociali e poi a valle quella individuale. Ora può mancare sia la clausola compromissoria generale sia il patto compromissorio individuale, senza che con ciò, si ripete, sia superato il principio contenuto nel comma 2° dell'art. 806 c.p.c., perché resta sempre l'esigenza che la scelta individuale sia autorizzata a monte da una volontà generale: è che qui questa volontà è espressa dalla legge, senza necessità che si esprimano le parti sociali. Insomma, siamo in presenza di arbitrati "da legge", che affondano la loro legittimazione a venire ad esistenza in concreto in esplicite norme di legge: gli articoli 412 e 412-*quater* c.p.c.

Inoltre, bisogna rilevare come alle modalità di scelta della via arbitrale corrisponda anche un certo tipo di arbitrato. Insomma, se la scelta avviene in un certo modo, l'arbitrato sarà poi a sua volta disciplinato nel modo che la legge collega a quel tipo di scelta.

A me sembra che, sempre immaginando che la lite sia già insorta, emergano le seguenti modalità di scelta a cui si ancorano le seguenti tipologie di arbitrato:

1) è possibile che, ai sensi delle norme generali contenute negli artt. 806 ss. c.p.c. e di quanto stabilito nel novellato art. 412-*ter*, le parti stipulino un compromesso, col quale esse scelgono un arbitrato disciplinato dagli articoli 809 ss. c.p.c. o dall'art. 808-*ter* c.p.c.[26]; ciò è possibile se detta scelta è autorizzata a monte dal contratto o accordo collettivo stipulato dalle parti sociali; insomma è possibile che le parti scelgano di seguire la via già tracciata nel contratto o accordo collettivo, via che, sempre lasciando libere le parti di scegliere di adire il giudice statale, può permettere alle parti di rivolgersi agli arbitri appunto secondo le modalità sindacalmente prestabilite (è possibile che non sia prevista la necessità di stipulare a valle un apposito patto compromissorio, perfezionandosi la scelta dell'arbitrato per mezzo di comportamenti concludenti; in mancanza, evidentemente le parti dovranno stipulare un normale compromesso ai sensi dell'art. 807 c.p.c.; inoltre è possibile che i sindacati abbiano scelto modalità che ricalchino le forme dell'arbitrato rituale disciplinato dal codice di procedura oppure dell'arbitrato irrituale di cui all'artt. 808-ter c.p.c. oppure ancora dell'arbitrato irrituale che sfoci in un lodo che abbia la disciplina di cui ai commi 3° e 4° dell'art. 412);

2) è possibile che, mancando ogni previsione nel contratto collettivo, le parti scelgano la via arbitrale secondo la modalità di cui al novellato art. 412 c.p.c.: in tal caso l'arbitrato si svolge secondo le modalità dettate sempre nell'art. 412, che prevede anche la disciplina del lodo (qui la mancanza della clausola di provenienza sindacale è colmata dalla previsione di legge, in virtù del principio di cui al comma 2° dell'art. 806 c.p.c.);

3) è possibile che, ancora mancando ogni previsione nel contratto collettivo, le parti scelgano la via arbitrale secondo le modalità di cui al novellato art. 412-*quater* c.p.c., norma che disciplina non solo le

[26] Quindi, anche eventualmente di fronte a camere arbitrali di ogni genere.

modalità della detta scelta, ma anche l'attività arbitrale ed il regime del lodo (ancora una volta l'autorizzazione a monte della scelta individuale deriva dalla legge: art. 806, comma 2°, c.pc.).

Non vi è dubbio sul fatto che la novità del Collegato lavoro stia essenzialmente in ciò che è previsto dai novellati articoli 412 e 412-*quater* c.p.c. Ma, prima di vederli nel dettaglio, si deve ancora ribadire come sia evidente che un arbitrato nelle liti di lavoro possa essere scelto anche nei modi più tradizionali, quelli indicati sopra *sub* n. 1). Appurato lo sfavore per la clausola compromissoria (comma 10° dell'art. 31), a lite già insorta ben l'arbitrato può essere scelto sulla base degli articoli 806 ss. c.p.c., secondo le regole diciamo così di diritto comune, sempre che vi sia la scelta a monte delle parti sociali. E che ciò sia immaginabile mi sembra confermato pure dal novellato art. 412-*ter*, in cui si prevede appunto che l'arbitrato possa essere svolto "presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative". Per cui le parti sindacali possono scegliere un arbitrato secondo il modello "rituale" oppure un arbitrato secondo il modello "irrituale" di cui all'art. 808-*ter* c.p.c., che è cosa parzialmente diversa dal modello che ora vedremo emergere negli articoli 412 e 412-*quater*. Ma, a me sembra, le parti sociali possono prevedere anche un arbitrato irrituale che sfoci in un lodo che abbia la disciplina dei commi 3° e 4° del novellato art. 412, disciplina in realtà diversa da un "vero" lodo irrituale, sia per la sua impugnazione sia per la sua efficacia esecutiva. E che quest'ultima eventualità sia possibile, come scelta adottata in sede sindacale, a me sembra che emerga soprattutto dal comma 12° dell'art. 31, in cui si prevede che gli organi di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003 possono gestire arbitrati di lavoro ai sensi dell'art. 808-*ter* c.p.c., aggiungendo l'applicabilità dei commi 3° e 4° dell'art. 412 c.p.c., che prevedono appunto regole che giammai sarebbero applicabili ad un lodo emesso propriamente ai sensi dell'art. 808-*ter* c.p.c. Ed, allora, se questi enti possono gestire arbitrati così disciplinati[27], non si vede perché i sindacati non potrebbero fare altrettanto, ossia appunto gestire arbitrati che, pur richiamando l'art. 808-*ter* c.p.c., sono in realtà un ibrido, come fra breve diremo[28].

---

[27] Alle camere arbitrali istituite dagli organi di certificazione ci si può rivolgere in tre modi. Innanzitutto mediante compromesso o mediante la clausola compromissoria stipulata ai sensi del comma 10° dell'art. 31. In entrambi i casi il patto compromissorio deve avere a monte la clausola collettiva nel contratto collettivo o accordo di lavoro stipulato dalle parti sociali. In terzo luogo è possibile che all'arbitrato si giunga in virtù di una scelta in questo senso maturata nelle parti nel corso di un tentativo di conciliazione gestito dalle stesse camere, ipotesi che rinvia all'art. 412 c.p.c. e che quindi non esige a monte alcun patto compromissorio, né in sede sindacale né individuale. Dette camere possono poi gestire solo un arbitrato ai sensi dell'art. 808-*ter* c.p.c. con disciplina "corretta" in base ai commi 3° e 4° dell'art. 412 c.p.c. per quello che riguarda il regime del lodo.

[28] Giunge ad una conclusione opposta BORGHESI, *op. cit.*, § 1, sul rilievo per cui il nuovo art. 412-*ter*, a differenza del comma 12° dell'art. 31, non richiama i commi 3° e 4° del nuovo art. 412. Insomma, secondo Borghesi questa omissione consente ai sindacati di prevedere un arbitrato irrituale secondo l'integrale disciplina dell'art. 808-*ter* c.p.c., ma non anche un arbitrato irrituale secondo la disciplina ibrida dell'art. 412. Ma, francamente, io ribadisco che, al di là della lettera della legge, non si vede perché gli enti di certificazione dovrebbero poter gestire un arbitrato ibrido di cui all'art. 412 e non si potrebbe fare altrettanto sulla base delle previsioni sindacali.

Veniamo a questo punto alle discipline più esplicite: quelle contenute nei novellati articoli 412 e 412-*quater* c.p.c., che si ripete, hanno in comune una caratteristica nuova: quella di immaginare un arbitrato scelto in modo dinamico, ossia senza la stipula a monte di un patto compromissorio scritto tra le parti contrattuali. Ipotesi queste in cui l'autorizzazione a monte non deriva dalla volontà delle parti sociali cristallizzata nel contratto collettivo, ma direttamente dalla volontà del legislatore.

6. – L'art. 412 c.p.c. immagina che la scelta della via arbitrale maturi nelle parti in sede di tentativo di conciliazione: se questo non riesce, è tuttavia possibile che i litiganti si accordino sull'attribuzione al medesimo organismo di fronte al quale si sta tentando la conciliazione del compito di risolvere la lite per mezzo di un arbitrato. Insomma, lo stesso organismo che era chiamato alla conciliazione è ora chiamato, non più a fare opera maieutica per favorire l'incontro delle volontà delle parti, bensì a porre esso stesso la norma concreta, vincolante per le parti, che porrà fine alla lite[29].

Questo disposto opera evidentemente di fronte ad ogni organismo chiamato a tentare la conciliazione nelle liti di lavoro in modo che, se il tentativo riuscisse, si potrebbe giungere alla stipula di un contratto che sfugge al regime d'invalidità di cui all'art. 2113 c.c. Può trattarsi, allora, della commissione istituita presso la Direzione provinciale del lavoro oppure di un organismo sindacale oppure ancora di un organismo istituito da uno degli enti di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003. Ed esso è immaginato dal legislatore come "sicuro", perché il lavoratore sceglie la via arbitrale in un ambiente "protetto", ossia di fronte a quello stesso organismo che ben avrebbe potuto favorire un accordo che sarebbe sfuggito a censure ai sensi dell'art. 2113 c.c., motivo questo che esclude la necessità di ogni pattuizione a monte di fonte sindacale.

Né la scelta individuale della via arbitrale esige particolari forme, perché ancora una volta sull'effettività della volontà compromissoria, soprattutto del lavoratore, in qualche modo si fa garante l'organismo. Piuttosto, la norma si cura di precisare che nel conferire il mandato per la risoluzione arbitrale della controversia le parti devono indicare: 1) il termine per l'emanazione del lodo, che non può comunque superare i 60 giorni dal conferimento del mandato, spirato il quale deve intendersi revocato; 2) le norme invocate dalle parti a sostegno delle loro pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari.

[29] Con ciò, come nota giustamente BORGHESI, *op. cit.*, § 1, il Collegato lavoro sceglie una linea diversa da quella assunta nella legge-quadro sulla mediazione (d.lgs. n. 28/2010), nella quale si tende, invece, a separare nettamente l'attività del soggetto chiamato a tentare la conciliazione dall'attività di altro e diverso soggetto chiamato a risolvere la lite in modo aggiudicativo, ove la mediazione fallisca.

A ciò il legislatore aggiunge la disciplina del lodo, specificando: 1) che esso ha gli effetti di un contratto (art. 1372 c.c.); 2) che è impugnabile ai sensi dell'art. 808-*ter* c.p.c. di fronte al tribunale, che decide in unico grado in funzione di giudice del lavoro, nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato; 3) che esso, se non è impugnato entro 30 giorni dalla sua notificazione ovvero se le parti hanno dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale ovvero se il ricorso è stato respinto, può essere munito di *exequatur* dal tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'arbitrato.

Siamo evidentemente di fronte ad un ibrido. Il legislatore ha voluto chiaramente ancorarsi alla figura di arbitrato irrituale di cui all'art. 808-*ter* c.p.c. e ciò non solo richiamando esplicitamente detta norma, ma anche e soprattutto specificando che siamo di fronte ad un lodo che ha gli effetti di un contratto, rinviando all'art. 1372 c.c. Inoltre lo stesso ancoraggio emerge in tutta evidenza quando si prevede che scaduto il termine per la pronuncia del lodo (quello stabilito dalle parti o, in mancanza, quello legale di 60 giorni[30]), l'incarico deve intendersi revocato (con ciò facendo intuire l'inapplicabilità della più morbida disciplina dell'art. 821 c.p.c.), per cui un lodo pronunciato fuori termine dovrebbe essere certamente nullo, a prescindere da ogni previa eccezione di parte di fronte agli arbitri, come accade in generale per ogni arbitrato irrituale appunto disciplinato dall'art. 808-*ter* c.p.c.[31]. Ed, ancora, il parallelo emerge nel momento in cui, implicitamente, si stabilisce che il lodo di lavoro è impugnabile per i motivi di cui all'art. 808-*ter* c.p.c.

Però, allo stesso tempo, il legislatore ha escluso quelle che sono le due caratteristiche più sicure di un lodo irrituale pronunciato ai sensi dell'art. 808-*ter* c.p.c. Mentre un lodo ai sensi dell'art. 808-*ter* è impugnabile in via di eccezione e poi in via di azione, nell'ordinario termine di prescrizione, di fronte al giudice di primo grado individuato ai sensi delle normali regole di competenza, il lodo irrituale di lavoro è invece impugnabile solo in via di azione entro un dato termine e l'impugnazione è decisa in unico grado dal tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'arbitrato. Per cui si applica qui il principio dell'onere dell'impugnazione, tipico del lodo rituale piuttosto che del lodo irrituale[32], ed inoltre si costruisce la relativa impugnativa, non tanto come una qualsiasi impugnativa negoziale, che può dare corso ad un processo da svolgere nei normali due gradi di merito, bensì piuttosto come un'impugnativa più simile all'impugnazione per nullità del lodo rituale, fatta salva la diversa regola di competenza, chiamando qui in gioco il tribunale e non la corte d'appello.

---

[30] Peraltro anche la previsione delle parti non può superare i detti 60 giorni. Questo termine massimo non è superabile per volontà delle parti, evidentemente sospettando il legislatore del possibile squilibrio tra di esse. Sul punto vedi DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato del collegato lavoro*, in www.judicium.it, 2010, § 2.

[31] Vedi, se vuoi, BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 245-246.

[32] Di conseguenza credo che sia nel giusto chi rileva come, mancando la notificazione del lodo, si debba per analogia ritenere che l'interessato abbia l'onere di impugnare il lodo nel termine di un anno, così come, ai sensi del comma 2° dell'art. 828 c.p.c., accade per il lodo rituale: in tal senso DELLA PIETRA, *op. cit.*, § 2.

Inoltre, mentre un lodo ai sensi dell'art. 808-*ter* c.p.c. non è munibile di esecutività, il lodo di lavoro, invece, una volta stabilizzatosi, può ottenere quello stesso *exequatur* che può normalmente ottenere un lodo rituale[33].

Può, allora, emergere il dubbio sulla "natura" di questo arbitrato, dubbio che potrebbe avere qualche ricaduta pratica. Se si parte dal presupposto che la differenza tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale implica una differenza di sostanza e quindi di discipline giuridiche, il problema che abbiamo di fronte potrebbe avere una concretezza per ciò che non è esplicitamente disciplinato. Si pensi a pochi esempi: vale anche nell'arbitrato di cui all'art. 412 c.p.c. la norma sulla sospensione di cui all'art, 819-*bis* o la norma sull'assistenza giudiziaria di cui all'art. 816-*ter*?

A mio parere l'argomento più forte su cui fondare la risposta non è ricavabile tanto dal richiamo esplicito all'art. 808-*ter* c.p.c., perché detto richiamo, anche se esplicito, è in realtà ambiguo, posto che l'art. 412 c.p.c. si limita a dire che il lodo *è impugnabile* ai sensi dell'art. 808-*ter*. Ed, allora, si potrebbe anche ritenere che col detto richiamo si siano solo voluti mettere in gioco i motivi d'impugnazione dell'art. 808-*ter* e non altro, impressione che potrebbe essere confermata da tutti gli altri rilievi sopra fatti e che certamente allontanano il lodo di cui all'art. 412 dal lodo di cui all'art. 808-ter. L'argomento più forte per qualificare l'arbitrato di cui all'art. 412 come irrituale nel senso proprio del termine sta piuttosto nel comma 3° dell'art. 412, in cui si riconosce che il lodo qui pronunciato ha gli effetti di cui all'art. 1372 c.c. Insomma, pur con tutte le perplessità del caso e le precisazioni che si vogliono fare, qui emerge una figura di arbitrato negoziale, con tutto ciò che deve conseguirne in raffronto ad una figura di arbitrato rituale.

Ecco allora che, a mio parere, le lacune non sono colmabili col richiamare le norme che il codice di procedura civile detta per l'arbitrato c.d. rituale. In particolare qui non sono applicabili tutte quelle norme di "assistenza" da parte del giudice statale tipicamente dettate per l'arbitrato che sostituisce la giurisdizione statale, ossia appunto quello rituale, e non anche per il modello negoziale che emerge nell'art. 808-*ter*.

Degno di nota, infine, è l'esplicita autorizzazione delle parti a richiedere una pronuncia secondo equità, possibilità che prima era in dubbio. Ovviamente, avendo in generale l'equità uno spazio solo quando non vengano in gioco norme inderogabili, nelle liti di lavoro essa non può avere un grande spazio, perché molto estesa è in questo ambito l'operatività del diritto indisponibile. Inoltre, come specifica la norma in commento, in ogni caso gli arbitri, nel decidere secondo equità, devono rispettare i principi generali dell'ordinamento ed i principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari.

[33] Qui condivido il rilievo di DELLA PIETRA, *op. cit.*, § 2, il quale dice: «Per quanto manchi una norma del tipo di quella dell'art. 825, ultimo comma, la reclamabilità del provvedimento che nega o concede l'*exequatur* credo discenda dalla simmetria sul punto con il lodo rituale».

Quali ricadute può avere questo disposto in sede d'impugnazione del lodo ai sensi dell'art. 808-*ter* c.p.c.?

Qui dobbiamo partire innanzitutto da due rilievi di carattere generale ricavabili dal richiamato art. 808-*ter* c.p.c. Il primo: che i motivi d'impugnazione del lodo irrituale dettati nel codice di rito sono riconducibili tutti a cause di annullabilità. Il secondo: che il n. 4) del comma 2° dell'art. 808-*ter* c.p.c., prevedendo che il lodo è annullabile se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo stesso, si riferisce sia ad eventuali norme di attività sia ad eventuali norme di giudizio, costruendo un caso di invalidità del lodo per eccesso di potere, ossia appunto per violazione della volontà delle parti, che rappresenta il fondamento e la misura del potere degli arbitri[34]. A ciò si aggiunga, quale rilievo di carattere particolare, che il comma 3° del rinnovato art. 412 dispone che il lodo in esso disciplinato produce tra le parti gli effetti di cui al comma 4° dell'art. 2113 c.c., in cui si esclude l'applicabilità degli altri commi contenuti nello stesso articolo alle conciliazioni intervenute ai sensi degli articoli 185, 410, 411, 412-*ter* e 412-*quater* c.p.c.

In base a questo complesso impianto normativo, che a tratti potrebbe sembrare anche contraddittorio, credo che, distinguendo a seconda che vengano in gioco o meno norme inderogabili, si possa ricavare quanto segue.

Se non vengono in gioco norme inderogabili, il lodo è impugnabile, in virtù del n. 4) del comma 2° dell'art. 808-*ter* c.p.c., lamentando, in ipotesi, che gli arbitri non si siano attenuti al criterio di valutazione imposto loro dalle parti. Ciò nei 30 giorni indicati dal comma 4° dell'art. 412.

Se, invece, vengono in gioco norme inderogabili, allora emerge la contraddizione. Volendo applicare, puramente e semplicemente, i principi che valgono nell'ambito dell'art. 808-*ter* c.p.c., si dovrebbe escludere ogni sanatoria per un lodo che si pone in contrasto con dette norme, perché l'art. 808-*ter* si occupa, come si è già detto, solo di motivi di annullabilità del lodo e non anche di motivi di nullità, tra i quali, visto l'art. 1418 c.c., spicca anche la contrarietà a norme imperative. Ma qui è richiamato anche il comma 4° dell'art. 2113 c.c., che ben si collega all'inciso contenuto nel comma 1° dell'art. 1418 c.c., per cui si fa comunque salva una diversa disposizione di legge.

Ed allora a me sembra che, se non vengono in gioco le disposizioni contenute nei primi tre commi dell'art. 2113 c.c., sia comunque sempre immaginabile l'impugnazione del lodo irrituale di cui all'art. 412 c.p.c. per violazione di norme imperative in virtù del peculiare rimedio disciplinato nel comma 4° dello stesso art. 412[35]. Insomma, l'interessato potrà sì lamentare la violazione di norme imperative, ma ciò dovrà

[34] Su questi principi vedi, se vuoi, BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 244 ss.

[35] In altri termini, il richiamo all'art. 2113, comma 4°, c.c. non implica che il lodo in commento non sia impugnabile per violazione di norme inderogabili, ma implica solo che esso non sia impugnabile nei modi indicati dagli altri commi della stessa norma.

fare solo con ricorso depositato entro 30 giorni dalla notificazione del lodo presso il tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato, per veder decidere sull'impugnativa in unico grado. Con ciò il regime del lodo irrituale di cui all'art. 412 c.p.c. si avvicina al regime del lodo rituale, che, visto il comma 3° dell'art. 829 c.p.c., va impugnato entro il termine previsto dall'art. 828 c.p.c. anche per lamentare la violazione di norme inderogabili.

7. – A prescindere da ogni previsione in accordi o contratti collettivi ed a prescindere da ogni stipula di patto compromissorio individuale tra datore di lavoro e lavoratore, la scelta della via arbitrale può essere effettuata dalle parti in lite in modo, diciamo così, dinamico, ossia attraverso il meccanismo disciplinato dal novellato art. 412-*quater* c.p.c. Le parti, se effettuano la detta scelta seguendo questa via, non solo si assoggettano alla decisione arbitrale, ma si assoggettano anche alla disciplina dell'arbitrato ivi dettata, comprendente le modalità di costituzione del collegio arbitrale, le modalità di svolgimento del giudizio arbitrale nonché il regime giuridico del lodo, ossia la sua efficacia e la sua impugnabilità. Insomma, se si incamminano per questa strada, le parti fanno proprie le regole dettate dal legislatore per lo svolgimento del fenomeno, con tutto ciò che da questa assunzione deriva in sede d'impugnazione del lodo[36].

Il collegio è composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro, in funzione di presidente, scelto di comune accordo dagli arbitri di parte tra i professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati ammessi al patrocinio davanti alla Corte di cassazione.

La costituzione del collegio procede di pari passi con la scelta stessa della via arbitrale e con l'instaurazione del giudizio arbitrale.

La parte che intende utilizzare lo strumento in parola deve notificare all'altra parte un ricorso, che deve contenere: 1) la nomina dell'arbitro di parte, 2) l'indicazione dell'oggetto della domanda, comprendente ovviamente le ragioni di fatto e di diritto sulle quali si fonda la domanda stessa, aggiungendosi, forse superfluamente, che si devono indicare le norme invocate a sostegno della pretesa, 3) i mezzi di prova, 4) il valore della controversia entro il quale si intende limitare la domanda, 5) l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari.

A questo punto la palla passa alla controparte, la quale può aderire o meno a questa via. In caso affermativo, essa nominerà il proprio arbitro di parte, il quale entro 30 giorni dalla notifica del ricorso procede, ove possibile, concordemente con l'altro arbitro, alla scelta del presidente e della sede del

[36] Sorge un dubbio: le regole dettate dalla legge sono disponibili? Possono le parti mettere al loro posto regole diverse? Francamente, vista la funzione delle previsioni di legge, che sottendono sempre un'idea di protezione della parte debole, io non credo che dette regole siano modificabili dalla volontà delle parti. Con particolare riguardo alle regole di procedura BORGHESI, *op. cit.*, § 6 dubita, invece, che esse siano inderogabili.

collegio. La legge si occupa del caso in cui questo accordo non sia raggiunto, prevedendo che la parte che abbia presentato ricorso possa chiedere che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato e, se le parti non hanno ancora determinato la sede, dal presidente del tribunale del luogo in cui è sorto il rapporto di lavoro o ove si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto.

Già a fronte della costituzione del collegio si pongono i primi dubbi.

Innanzitutto, rispetto alla fattispecie di accettazione della via arbitrale da parte del convenuto, se questa si perfeziona con la nomina del proprio arbitro, detta nomina non è minimamente disciplinata. Non nelle modalità, restando dubbio che la nomina debba in qualche modo essere comunicata alla controparte. Né nei termini, prevedendo la norma solo un termine di 30 giorni dalla notifica del ricorso entro il quale dovrebbero avvenire due attività distinte: la nomina dell'arbitro ad opera del convenuto e poi anche la scelta del terzo arbitro ad opera degli arbitri di parte.

In secondo luogo, per quanto riguarda la possibilità degli arbitri di parte di nominare di comune accordo il terzo arbitro e l'eventuale mancanza di questa nomina, a me sembra che si impongano due precisazioni. La prima: che la scadenza dei 30 giorni dalla notifica del ricorso introduttivo legittima il ricorso al presidente del tribunale di ogni parte interessata, non solo della parte che ha presentato ricorso. Infatti delle due l'una: o si costruisce il meccanismo ritenendo essenziale il fatto che il terzo arbitro sia nominato di comune accordo dagli arbitri di parte, ed allora nessuno dovrebbe essere legittimato a ricorrere a vie alternative, oppure si ritiene che l'accordo tra gli arbitri di parte non sia essenziale, ben potendo essere il terzo arbitro nominato da un soggetto designatore (il presidente del tribunale), ed allora, però, non si vede per quale ragione dovrebbe essere legittimato a chiedere un simile intervento uno solo degli interessati[37]. La seconda: che la scadenza del detto termine di 30 giorni, se legittima l'interessato a rivolgersi al presidente del tribunale, non impedisce, però, agli arbitri di parte di trovare un accordo. Di conseguenza, se la nomina del terzo arbitro avviene d'accordo tra gli arbitri di parte oltre gli indicati 30 giorni, ma prima della designazione da parte del presidente del tribunale, essa ha piena efficacia.

Inoltre, non sono disciplinati i tempi ed i modi dell'accettazione degli arbitri nominati. L'attore deve nominare il proprio arbitro nel ricorso e quindi, notificato il ricorso, attendere 30 giorni entro i quali deve aversi la nomina dell'arbitro ad opera del convenuto e la scelta concorde del terzo arbitro ad opera degli arbitri di parte. Ma cosa accade se l'arbitro nominato dall'attore non accetta o accetta in ritardo, un ritardo tale per cui non si può avere la nomina del terzo arbitro nei detti 30 giorni? E cosa accade se l'arbitro nominato dal convenuto non accetta o accetta in ritardo? Ed ancora: il deposito della memoria difensiva da parte del convenuto deve avvenire nei 30 giorni dalla scelta del terzo arbitro o nei 30 giorni dall'accettazione di costui?

[37] Analogamente DELLA PIETRA, *op. cit.*, § 3.

A me sembra che in questa peculiare forma di arbitrato, allontanandosi dalle regole di diritto comune, la scelta dell'arbitro di parte sia intimamente legata alla scelta della via arbitrale. Di conseguenza, se l'arbitro nominato dall'attore non accetta, il ricorso introduttivo perde i suoi effetti come scelta della via arbitrale. E così, se l'arbitro nominato dal convenuto non accetta, l'adesione alla via arbitrale perde i suoi effetti. Ciò sempre che le parti non esplicitino una volontà diversa. Ma, allora, se l'attore deve sostituire l'arbitro da lui nominato, i 30 giorni di cui al comma 4° dell'art. 412-*quater* decorreranno dalla comunicazione al convenuto della nuova nomina. Se, poi, sarà il convenuto a dover sostituire il "suo" arbitro, ancora ci dovrà essere in qualche modo, col consenso della controparte, il recupero del termine per poter giungere alla scelta del terzo arbitro ad opera degli arbitri nominati dalle parti. Quanto alla mancata accettazione del terzo arbitro, a me sembra che questo possa sempre essere sostituito: sia sulla base di un nuovo accordo degli arbitri "di parte" sia per designazione del presidente del tribunale. Ma, allora, se così è, forse sarebbe meglio ritenere che i 30 giorni per il deposito della memoria difensiva da parte del convenuto decorrano propriamente dall'accettazione della nomina del terzo arbitro[38].

Infine, se quello in parola è un arbitrato contrattuale riconducibile all'art. 808-*ter* c.p.c., come dice esplicitamente il comma 10° dell'art. 412-*quater*, evidentemente qui non si applicano le norme che il codice di procedura civile detta per la formazione del collegio arbitrale nell'arbitrato rituale. Così, ad esempio, non si applicano le norme sulla ricusazione, essendo la terzietà del giudice privato un valore protetto solo indirettamente e comunque in via successiva, ossia al più per mezzo dell'impugnazione del lodo a causa della violazione del principio del contraddittorio ai sensi dell'art. 808-*ter*, comma 2°, n. 5) c.p.c.[39]. Né si applica l'art. 810 c.p.c., anche se dal dettato dell'art. 412-*quater* potrebbe sembrare che questa disciplina sia qui richiamata. Ma in realtà una simile impressione sarebbe fallace, perché quanto abbiamo visto essere dettato dall'art. 412-*quater* per il caso in cui gli arbitri di parte non trovino l'accordo sul terzo arbitro rappresenta solo una regola che le parti fanno propria accettando la via arbitrale e non propriamente l'istituzione di un procedimento di giurisdizione volontaria. Con la conseguenza, ad esempio, che non si può qui pensare ad un reclamo per attaccare la scelta effettuata o non effettuata dal presidente del tribunale.

La verità, si ripete, è che le regole per la formazione del collegio arbitrale sono qui regole dettate dalla legge per essere offerte alle parti, le quali, accettando la via arbitrale secondo le modalità di cui all'art. 412-*quater*, assumono anche quelle regole, con la conseguenza, ad esempio, che se esse sono violate il lodo irrituale pronunciato sarà impugnabile ai sensi dell'art. 808-*ter*, comma 2°, n. 2) c.p.c.[40].

---

[38] L'alternativa è ritenere che il convenuto debba depositare la memoria difensiva entro 30 giorni dalla scelta del terzo arbitro senza sapere se questi accetterà o meno. Non credo che questa opzione interpretativa sia preferibile, rischiando di mettere in campo attività a vuoto.

[39] Sul problema generale vedi, se vuoi, BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 236 ss.

[40] La via indicata è percorribile anche per l'eventualità che sia nominato come terzo arbitro un soggetto che non sia né professore universitario in materie giuridiche né avvocato ammesso al patrocinio di fronte alla Corte di cassazione.

Continuando nell'analisi della norma, emergono le regole sullo svolgimento del giudizio, cominciando con una stranezza, ossia che la disciplina della memoria del convenuto è dettata per il solo caso in cui la scelta del terzo arbitro sia avvenuta in modo concorde dagli arbitri di parte. Dovendo colmare la lacuna, sembra evidente che essa debba valere anche per il caso in cui quella nomina provenga dal presidente del tribunale. Ed, allora, la parte dovrà, entro 30 giorni dalla scelta del terzo arbitro, depositare presso il collegio una memoria, che dovrà contenere le difese e le eccezioni, le eventuali domande riconvenzionali e l'indicazione dei mezzi di prova.

Altra stranezza emerge in riferimento alla presenza degli avvocati, perché stando alla lettera delle norme, sembra che mentre il ricorrente *possa* farsi assistere o rappresentare da un avvocato, il convenuto *debba* addirittura conferire mandato ad un avvocato presso il quale deve eleggere domicilio. Dette norme non hanno molto senso: né per l'apparente disparità di trattamento né per la configurabilità di un ipotetico obbligo di rappresentanza tecnica, che, come è noto, non ha spazio nella giustizia privata. Invero, in arbitrato la rappresentanza tecnica, se resta un diritto, non assurge certo a presupposto processuale.

Dopo la risposta del convenuto, il procedimento è scandito strettamente nelle sue attività e nei suoi tempi. Entro 10 giorni dal deposito della memoria difensiva il ricorrente può rispondere, depositando a sua volta presso il collegio una memoria di replica, ma senza modificare il contenuto del ricorso. Successivamente il convenuto può depositare una controreplica senza modificare il contenuto della memoria difensiva. Insomma, sembra che non vi sia alcuno spazio per lo *ius poenitendi*, potendo ognuna delle parti in questa fase rispondere solo dialetticamente alle difese o agli attacchi della controparte.

Dopo questa complicata, e fortemente disciplinata, fase introduttiva il collegio fissa l'udienza, da tenersi entro 30 giorni dalla scadenza del termine per la controreplica del convenuto, dandone comunicazione alle parti nel domicilio eletto almeno 10 giorni prima.

Qui emerge la natura del doppio incarico che le parti hanno affidato al collegio, in quanto questo innanzitutto tenta la conciliazione. Se il tentativo riesce, il procedimento finisce appunto con la conciliazione e la stesura del relativo verbale. La conciliazione raggiunta in questa sede sfugge al regime d'invalidità di cui all'art. 2113 c..c. ed il relativo verbale può essere munito di *exequatur* ai sensi del comma 1° dell'art. 411 c.p.c. Se, invece, il tentativo di conciliazione non riesce, il collegio o ritiene che la causa sia matura per la decisione, ed allora invita le parti all'immediata discussione orale, oppure ritiene di dover

---

Invece, se è stato nominato arbitro un soggetto che non poteva esserlo ai sensi dell'art. 812 c.p.c., sovviene il rimedio di cui al n. 3) del medesimo art. 808-*ter* c.p.c. Non credo, poi, che possa essere accolto il rilievo di BORGHESI, *op. cit.*, § 5, il quale esclude l'operatività dell'art. 808-*ter*, comma 2°, n. 2), perché le regole dettate dall'art. 412-*quater* per la formazione del collegio arbitrale non sarebbero individuate dalle parti in un patto compromissorio. Invero, anche nella fattispecie in commento si ha un patto compromissorio: è che esso viene perfezionato, non per mezzo della stipula di un contratto a monte della procedura arbitrale, bensì mediante comportamenti che emergono nell'ambito della stessa procedura arbitrale *in fieri*!

svolgere attività istruttoria, ed allora procede immediatamente all'assunzione dei mezzi di prova oppure rinvia ad altra udienza per detta assunzione. Questa, eventuale, seconda udienza deve essere celebrata a non più di 10 giorni di distanza e alla fine di essa vi sarà la discussione orale. Poi il lodo deve essere pronunciato entro 20 giorni dall'udienza nella quale si è avuta la detta discussione orale. In esso gli arbitri devono decidere anche sul riparto delle spese, che, se devono essere previamente anticipate dalle parti, per metà ciascuna rispetto al presidente e per l'intero ciascuna a fronte del proprio arbitro[41], devono alla fine del gioco essere accollate in virtù degli articoli 91, comma 1°, e 92 c.p.c.

Il lodo, poi, ha lo stesso regime giuridico che abbiamo visto essere stato dettato per il lodo pronunciato ai sensi dell'art. 412 c.p.c. Rinviando, allora, a tutto quello che abbiamo già detto su questi lodi, che, se pure sono ancorati al modello di cui all'art. 808-*ter* c.p.c., hanno però delle caratteristiche del tutto peculiari, residua con particolare riguardo al lodo pronunciato in base all'art. 412-*quater* una domanda: qual è la conseguenza in sede d'impugnazione del lodo derivante dalla violazione delle minuziose regole dettate per lo svolgimento di questo arbitrato?

Se qui l'impugnazione del lodo è ammessa ai sensi dell'art. 808-*ter* c.p.c., evidentemente intanto è configurabile la possibilità di far valere in questa sede la violazione delle regole procedimentali viste in quanto si assume che esse siano fatte proprie dalle parti con la scelta della via arbitrale effettuata in base alla modalità individuata nello stesso art. 412-*quater*. Se si ragiona in questi termini, allora è possibile riportare la violazione di quelle regole al motivo di annullabilità del lodo di cui all'art. 808-*ter*, comma 2°, n. 4) c.p.c., che sanziona il lodo per l'eventualità che non siano state rispettate le regole di attività imposte dalle parti come condizione di validità del lodo. Del resto, se non si seguisse questa strada, la violazione delle dette norme rimarrebbe senza sanzione, risultato che apparirebbe francamente singolare.

Residua, però, un grave dubbio: la detta annullabilità del lodo è configurabile a fronte di ogni violazione dell'art. 412-*quater*, commi 3°, 5°, 6°, 7°, 8° e 9°? Si faccia il caso che sia violato uno dei termini ivi indicato o il caso che sia violata una di quelle che appaiono essere le preclusioni sancite dalla norma.

Dal primo punto di vista, si pensi, ad esempio, all'eventualità che il convenuto abbia depositato la sua memoria difensiva al trentunesimo giorno dopo la scelta del terzo arbitro o all'eventualità che il ricorrente abbia depositato la sua memoria di replica all'undicesimo giorno successivo al deposito della memoria difensiva del convenuto o ancora all'eventualità che il collegio fissi il giorno dell'udienza al trentunesimo giorno successivo alla scadenza del termine per la memoria di controreplica del convenuto. Dal secondo punto di vista, si pensi, ad esempio, al caso in cui il ricorrente modifichi nella memoria di replica quanto aveva detto nel ricorso o ancora al caso in cui il convenuto faccia nella memoria di controreplica modifiche a quanto speso nella precedente memoria difensiva e che in entrambi i casi il collegio decida sulla base proprio di quei mezzi di attacco e di difesa così spesi.

[41] Vedi nel dettaglio il comma 11° dell'art. 412-*quater*.

In tutte queste ipotesi si apre la via dell'annullamento del lodo alla luce dell'art. 808-*ter*, comma 2°, n. 4) c.p.c?

Francamente la risposta è veramente difficile. A voler essere del tutto consequenziali si dovrebbe rispondere affermativamente. Ma, se si segue un po' di sano buon senso, appare difficile poter ritenere che tutte le ipotizzate violazioni abbiano la stessa sanzione, soprattutto quando da esse non sembrano conseguire alterazioni della parità tra le parti nelle loro possibilità difensive. Però è anche vero che nella logica del n. 4) dell'art. 808-*ter* c.p.c. non c'è la necessità di una valutazione di causalità delle violazioni delle regole negozialmente assunte, essendo esse sanzionate con l'annullabilità del lodo a prescindere da ogni valutazione in ordine alla loro ripercussione sull'operatività del principio del contraddittorio.

Ed allora *quid iuris*?

In mancanza del conforto del legislatore, sembra difficile distinguere, nell'ambito delle norme procedimentali dettate così minuziosamente dall'articolo in commento, tra quelle essenziali e quelle non essenziali. Di conseguenza, anche se con molti dubbi, io credo che il lodo possa essere annullato per la violazione di una qualsiasi delle disposizioni sopra viste.

Resta quale caso a sé quello in cui il lodo sia pronunciato fuori del termine dei 20 giorni dall'udienza di discussione (cfr. il comma 10° dell'art. 412-*quater*). Qui abbiamo certamente la fissazione di un termine per la pronuncia del lodo secondo modalità peculiari per due ragioni. Innanzitutto perché il termine per la pronuncia del lodo non è ancorato nella sua decorrenza all'inizio dell'arbitrato, come normalmente accade in base al diritto comune, bensì alla celebrazione dell'udienza di discussione. In secondo luogo perché, come abbiamo visto, la detta fissazione avviene sì per legge, ma, nel momento in cui le parti scelgono la via arbitrale secondo la norma in commento, esse assumono quella regola come regola propria, per cui essa è presidiata nello stesso modo in cui lo è una previsione negoziale delle parti in ordine alla pronuncia di un lodo ai sensi dell'art. 808-*ter* c.p.c.

Se tutto questo è vero, qui sembra doversi richiamare i principi generali che valgono per i lodi irrituali (art. 808-*ter* c.p.c.) pronunciati oltre il termine del mandato attribuito dalle parti agli arbitri, principi in base ai quali si deve concludere che detti lodi, se pronunciati fuori termine, sono nulli e non meramente annullabili[42].

[42] Vedi ancora una volta sul punto, se vuoi, BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 245-246.