

IL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE(*)

PIERO SANDULLI(**)

Il procedimento di conciliazione. Considerazioni generali

La conciliazione pre-processuale, costruita come condizione di perseguibilità (rectius: ammissibilità) dell'azione per la tutela dei rapporti di lavoro, costituisce, unitamente all'accertamento pregiudiziale dell'art. 68-bis, uno dei punti qualificanti, sotto il profilo processuale, della tutela del pubblico impiego.

Invero, il legislatore delegato, con l'art. 31 del decreto legislativo del 31 marzo 1998, n. 80 non si è limitato a prevederla per i soli rapporti lavorativi di pubblico impiego, ma la ha estesa anche al lavoro subordinato e parasubordinato di natura privata.

Colpisce, però, che dopo tutti gli sforzi per unificare la tutela dei dipendenti pubblici e privati proprio per la conciliazione, che costituisce il necessario atto prodromico del rito dei lavoro, si siano voluti individuare due procedimenti diversi, integranti anche una differente incidenza nei rapporti con l'eventuale giudizio di merito. Questa scelta, che è certamente inopportuna, reca con sé anche incertezze di natura costituzionale, non solo sotto il profilo dell'eguaglianza (art. 3), ma anche in merito al diritto alla difesa (artt. 24 e 111 Cost., quest'ultimo così come novellato dalla legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999).

(*) Palestra proferida no Seminário Italo-brasileiro de Direito do Trabalho, realizado no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, promovido pela EMATRA XV — Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região e AMATRA XV — Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região, em 28.3.2003.

(**) Professor da cadeira de "Direito Processual do Trabalho", junto ao Master de Perfeccionamento, da Faculdade de Jurisprudência na Università degli Studi di Roma — La Sapienza, de Roma. Professor da cadeira de "Direito Processual Civil", da Faculdade de Jurisprudência na Università degli Studi di Roma — La Sapienza, de Roma. Professor ordinário da cadeira de "Direito Processual Geral", na Faculdade de Jurisprudência dell'Università degli Studi di Cassino, de Cassino. Componente da Comissão Ministerial, junto ao Ministério della Funzione Pubblica, para a reforma das Autorità Indipendenti e das Agenzie. Componente do Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, onde tem o cargo de Diretor da Scuola Forense "Vittorio Emanuele Orlando", para formação profissional. Autor de várias obras dentre as quais o Manuale del processo del lavoro, em co-autoria com o Magistrado Angelo Socci (Milano: Giuffrè, 2000). Advogado.

Inoltre, non può non considerarsi che da una parte il legislatore ha operato la scelta della conciliazione pre-processuale, come presupposto per l'ammissibilità dell'azione, mentre per altro verso non ha inteso nobilitare l'istituto della conciliazione dettando le condizioni, anche procedurali, idonee per una sua effettiva riuscita, ma si sia limitato a considerare la richiesta del tentativo di conciliazione come un mero «spazio» temporale privo di effettività processuale (art. 69, terzo comma).

Invero, nessuno sforzo è stato compiuto per attrezzare, in concreto, le strutture che debbono esperire la conciliazione, incorrendo così nell'errore di sempre, quello di dettare gli istituti processuali (o para processuali) e di non consentire il loro effettivo funzionamento.

Dopo gli esperimenti, non certo riusciti, della conciliazione obbligatoria nel processo agrario (L. 203/82) e nel giudizio in tema di licenziamento individuale (L. 108/90), il legislatore doveva, se veramente aveva intenzione di promuovere la conciliazione come strumento alternativo alla lite, preoccuparsi di determinare l'effettivo funzionamento di essa, anche attraverso procedure snelle e di facile attuazione, che fossero idonee a formare una «cultura della conciliazione», in luogo della «divinizzazione» della lite, procedure svincolate da qualsiasi rapporto-vincolo con il giudizio di merito. Invece, il legislatore delegato non solo non si è curato di tutto ciò, ma ha eccessivamente «processualizzato» la conciliazione, ponendo, in tal modo, una concreta ipoteca sul fallimento dell'istituto. Sintomatica, al riguardo è la composizione del collegio arbitrale e la nomina di conciliatori, che è assai più vicina alla procedura dell'arbitrato (di natura litigiosa), che non a quella classica della conciliazione (art. 322 c.p.c.), che storicamente si caratterizza per essere il «consilium» emesso da un unico, autorevole soggetto, certamente in situazione di terzietà rispetto alle parti. Nel caso del pubblico impiego, invece, si è voluto costruire un collegio di tre persone che, per la loro procedura di nomina, non sono tutte in posizione di terzietà rispetto alle parti e, pertanto, difficilmente giungeranno al risultato di conciliarle, sempre che la medesima conciliazione potrà esperirsi nei novanta giorni previsti dal terzo comma dell'art. 69 del D.Lgs. 29 del 1993.

Infine, il «vincolo», contenuto nel sesto e nel settimo comma dell'art. 69-bis, della mancata conciliazione sul successivo processo di merito integra una pesante ipoteca sui comportamenti attuati dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione e certamente non depone per una buona riuscita di esso.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione. La proposizione

Abbiamo già analizzato la disciplina della conciliazione per i dipendenti privati (artt. 410-412-bis c.p.c.) il tentativo di conciliazione nel settore delle pubbliche amministrazioni prevede rilevanti differenze.

Dette differenze non possono non suscitare dubbi di costituzionalità in relazione al dettato dell'art. 3 della Carta costituzionale, tuttavia, il richiamo espresso dell'art. 410 c.p.c., contenuto nell'art. 69 D.Lgs. 29/1993, deve far ritenere che, il tentativo di conciliazione del lavoro dipendente dalle pubbli-

che amministrazioni altro non sia se non una specie, del più generale tentativo di conciliazione, previsto per tutte le controversie di lavoro dall'art. 410 c.p.c.

Ciò consente di tentare un'integrazione tra la normativa del settore pubblico e quella prevista dal codice di rito, ritenendo applicabile, anche alle pubbliche amministrazioni, la norma dell'art. 410, comma 2, c.p.c., sull'interruzione della prescrizione e sospensione della decadenza.

Il tentativo di conciliazione si svolge con le procedure previste dai contratti collettivi, ovvero davanti al collegio di conciliazione di cui all'art. 69-bis D.Lgs. 29/1993.

I contratti collettivi possono prevedere una apposita procedura di conciliazione, alternativa a quella prevista dall'art. 69 e 69-bis del D.Lgs. n. 29 del 1993.

La domanda giudiziale diventa *procedibile* trascorsi novanta giorni dalla promozione del tentativo di conciliazione. L'art. 410bis c.p.c. prevede, invece, un termine più breve di 60 giorni. I 30 giorni di differenza, previsti in favore della pubblica amministrazione, datore di lavoro, si giustificano, però, con la disposizione dell'art. 69-bis, comma 4, D.Lgs. n. 29 del 1993: «Entro trenta giorni dal ricevimento della copia della richiesta, l'amministrazione, qualora *non accolga la pretesa* del lavoratore, deposita presso l'ufficio osservazioni scritte».

La data di inizio del tentativo di conciliazione (sia agli effetti interruttivi della prescrizione, che per quelli sospensivi della decadenza e per il decorso dei novanta giorni per la procedibilità) deve considerarsi quella della ricezione della richiesta ad opera della controparte (pubblica amministrazione o lavoratore, quando è l'amministrazione ad interpretare il tentativo di conciliazione).

Espressamente l'art. 69-bis, D.Lgs. 29/1993 prevede che «la richiesta del tentativo di conciliazione, sottoscritta dal lavoratore, è *consegnata* all'ufficio presso il quale istituito il collegio di conciliazione competente o *spedita mediante raccomandata*, con avviso di ricevimento. Copia della richiesta deve essere *consegnata, o spedita*, a cura dello stesso lavoratore all'amministrazione di appartenenza».

Invero, il momento iniziale della procedura risale alla comunicazione alla controparte, può condividersi, solo se la stessa è preceduta dalla comunicazione all'ufficio. Altrimenti vale come data di inizio l'ultima comunicazione, essendo la richiesta di tentativo di conciliazione un atto «doppiamente» recettizio. Invero, l'art. 69 D.Lgs. 29 del 1993 fa riferimento, infatti, alla «promozione», mentre l'art. 410-bis c.p.c., prevede la semplice «richiesta». Il tentativo di conciliazione può ritenersi «promosso» solo dopo l'investitura dell'ufficio di conciliazione e la trasmissione dell'istanza alla controparte.

Relativamente ai modi, per portare a legale conoscenza della richiesta del tentativo di conciliazione sia l'ufficio, che la controparte, essi sono:

1) la consegna diretta;

2) la spedizione a mezzo posta (con espressa previsione dell'avviso di ricevimento per l'ufficio e non per l'amministrazione).

Anche se non espressamente prevista, la raccomandata con avviso di ricevimento alla controparte pubblica amministrazione, la stessa è opportuna per consentire la prova in giudizio della «promozione», e quindi, della procedibilità della domanda giudiziale.

Per la consegna diretta l'ufficio e la pubblica amministrazione devono rilasciare «ricevuta sulla copia», per consentire la successiva prova in giudizio, applicando analogicamente l'art. 16, comma 3, D.Lgs. 546/1992 in materia di contenzioso tributario.

La commissione di conciliazione

La commissione di conciliazione specifica per le conciliazioni delle controversie in materia di pubblico impiego è istituita presso l'ufficio provinciale del lavoro, nella cui circoscrizione si trova l'ufficio cui il lavoratore è addetto (la competenza territoriale della conciliazione coincide con quella giudiziaria ex art. 413, comma 5, c.p.c.), ovvero era addetto al momento della cessazione del rapporto. Il collegio è composto:

- 1) dal direttore dell'ufficio o da un suo delegato (Presidente);
- 2) un rappresentante nominato dal lavoratore;
- 3) un rappresentante nominato dall'amministrazione.

Il rappresentante del lavoratore viene indicato nella domanda, quello dell'ufficio con le successive osservazioni scritte (art. 69-bis, comma 3 e 4, D.Lgs. 29/1993). Il lavoratore, oltre all'indicazione diretta può delegare per la nomina un'organizzazione sindacale. Lascia perplessi questa diversa composizione dell'organo nella conciliazione in materia di pubblico impiego, che reca in se tutti gli elementi di una eccessiva «processualizzazione» del procedimento di conciliazione.

Le formalità ed il contenuto della richiesta

Il tentativo di conciliazione nel settore del pubblico impiego contiene, al contrario di quello generale ex art. 410 e ss. c.p.c., alcune specificazioni sulla forma e sul contenuto della richiesta di conciliazione.

La richiesta, sottoscritta, deve precisare:

- a) l'amministrazione di appartenenza e la sede alla quale il lavoratore è addetto;
- b) il luogo dove gli vanno fatte le comunicazioni della procedura;
- c) l'esposizione sommaria dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa;
- d) la nomina del proprio rappresentante nel collegio di conciliazione, o la delega per la nomina medesima ad un'organizzazione sindacale.

Sono requisiti di forma-contenuto della richiesta che hanno lo scopo di far vagliare alla controparte, la fondatezza, o no, della richiesta, ai fini

dell'accogli mento di essa, totale o parziale, e di consentire all'ufficio di conciliazione (il collegio), di formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia ex art. 69-bis, comma 5, D.Lgs. 29/1993.

Anche tale proposta desta la preoccupazione, in precedenza già espressa, di un eccessivo vincolo tra la procedura di conciliazione ed il processo ordinario. Invero, il legislatore delegato impone al collegio di conciliazione quasi la stesura di un «Lodo» con evidenti rischi di incidenza di esso sul futuro, eventuale, processo contenzioso.

Del resto non poche preoccupazioni suscita la valutazione, concreta, dei requisiti della richiesta di conciliazione, che vanno valutati alla luce delle regole generali in materia di nullità (artt. 156 e seguenti del codice di rito) in quanto esse rilevano ai fini di un atto finalizzato all'instaurazione del successivo giudizio.

Infatti, «la parte contro la quale è stata proposta la domanda in violazione dell'art. 410 del codice di procedura civile, con l'atto di riassunzione o con memoria depositata in cancelleria, almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata, può modificare o integrare le proprie difese e proporre nuove eccezioni processuali e di merito, che non siano rilevabili d'ufficio» (art. 69, comma 3, D.Lgs. n. 29 del 1993).

Va, però, ricordato che non ogni difformità dell'atto integrante l'istanza di conciliazione, dal modello previsto comporterà l'invalidità, ma solo quelle difformità essenziali che non fanno raggiungere lo scopo (art. 121 c.p.c.) o che non si sanano con la costituzione della controparte.

I rilievi operati in merito ai requisiti dell'atto trovano identica applicazione per quanto concerne la sottoscrizione dell'istanza di conciliazione, la cui mancanza deve considerarsi sanata quando ha determinato il raggiungimento dello scopo stesso dell'atto.

In relazione alle nullità in cui può incorrere l'atto introduttivo della conciliazione è necessario chiedersi se esse siano in condizione di inficiare anche l'introduzione del giudizio, trascorsi i novanta giorni dalla promozione del tentativo di conciliazione.

La risposta, a nostro avviso, è necessariamente positiva tutte le volte in cui l'atto non ha i requisiti minimi per il perseguimento dello scopo; non potendo, in questa ipotesi, farsi riferimento all'effetto sanante previsto dall'art. 156, comma terzo, c.p.c..

La specificazione degli elementi di doglianza serve, inoltre, a verificare se l'oggetto della conciliazione è lo stesso del successivo giudizio. Per evitare contestazioni sulla diversità di esso è opportuna una attenta determinazione dell'oggetto della contesa, sin dalla richiesta di conciliazione.

L'accoglimento della richiesta. Le osservazioni scritte dell'amministrazione

Entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta (ma anche dopo, essendo il termine ordinatorio) l'amministrazione, qualora non accoglia la pretesa del lavoratore, deposita presso l'ufficio *osservazioni scritte*.

L'accoglimento della pretesa del lavoratore può essere integrale o parziale; evidentemente l'accoglimento totale non necessita di ulteriore trattazione; mentre l'accoglimento parziale impone di proseguire la procedura conciliativa per quanto non accolto.

E' improbabile, ma le parti possono anche transigere, ex artt. 2113 e ss. c.c. parte o tutta la controversia indipendentemente dalla richiesta di conciliazione. Gli effetti saranno quelli delle conciliazioni (rectius: transazioni) extraprocessuali (art. 2113 c.c.).

Il legislatore delegato non chiarisce né i requisiti formali, né quelli sostanziali delle osservazioni scritte dell'amministrazione, previste dal quarto comma dell'art. 69-bis dei D.Lgs. 29/93 (rectius: art. 32 dei D.Lgs. 80/98); tuttavia lo scopo di esse è speculare a quello della istanza introduttiva della conciliazione, pertanto esse debbono contenere le ragioni della non accettazione della richiesta, al fine di consentire al collegio di conciliazione di predisporre la proposta per la bonaria definizione della lite.

Con le osservazioni scritte l'amministrazione nomina il proprio rappresentante nel collegio di conciliazione.

Comparizione delle parti. Rappresentanza ed assistenza

Nei dieci giorni successivi al deposito delle osservazioni dell'amministrazione, il presidente del collegio di conciliazione fissa la comparizione delle parti per esperire il tentativo di conciliazione.

Dinanzi al collegio il lavoratore può farsi rappresentare o assistere anche da un'organizzazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato (art. 69-bis, comma 4, D.Lgs. n. 29 del 1993).

La lettera della legge lascia intuire l'alternativa tra il mandato (evidentemente scritto argomentando dall'art. 1392 c.c.), e l'adesione ad una organizzazione sindacale.

L'adesione al sindacato va comunque provata, con idonea documentazione.

Per l'amministrazione deve comparire un soggetto in grado di rappresentarla e unito del potere di conciliare la lite; anche in questa ipotesi i poteri debbono essere resi per iscritto.

Non è prevista attività istruttoria, ma la comparizione delle parti può far sorgere un vero contraddittorio tra di esse; alla luce di questo il collegio esperisce il tentativo di conciliazione, formulando un consilium al quale le parti possono aderire e sul quale esse possono intervenire per modificarlo. Le parti possono, pertanto, fare dichiarazioni ed essere interrogate liberamente. L'istruttoria, che come si è detto non è prevista, non può ritenersi per questo vietata. Le parti possono, quindi, produrre documentazioni, sia mediante atti scritti (la richiesta e le osservazioni), sia all'atto della comparizione. Possono produrre, inoltre, anche documenti contenenti dichiarazioni di terzi (analoghi agli effetti della testimonianza).

La comparizione è facoltativa, cioè non obbligatoria. Tuttavia la mancata comparizione può assumere eventuale rilievo nel successivo giudizio, «ai fini del regolamento delle spese» (art. 69-bis, comma 7, D.Lgs. n. 29 del 1993). La mancata comparizione, infatti, è un «comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa», negativo per la parte non diligente, e non disponibile a conciliare la lite. Pertanto, pur essendo facoltativa, è sempre consigliabile la presenza personale delle parti al fine di evitare «ipoteche» disegno negativo sul successivo giudizio di merito.

La conciliazione totale o parziale. Il mancato accordo

Se la conciliazione riesce, anche limitatamente ad una parte della vertenza, viene redatto un separato processo verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti del collegio di conciliazione. Il verbale costituisce titolo esecutivo. Alla conciliazione non si applicano le disposizioni dell'art. 2113, comma 1, 2 e 3, c.p.c.

La conciliazione è, quindi, considerata transazione privilegiata ex art. 2113, comma 4, c.c., in altre parole non impugnabile.

Invero, il riferimento all'art. 2113 c.c. non costituisce una novità in quanto, già in precedenza l'ultimo comma di esso escludeva l'applicazione delle disposizioni contenute nell'articolo stesso alla conciliazione intervenuta nel rito del lavoro.

La conciliazione (il verbale) è esecutiva (costituisce titolo esecutivo), senza ulteriori formalità (cfr. l'art. 411, comma 2 c.p.c.).

Per le conciliazioni parziali è opportuna la precisione dell'analisi sull'oggetto conciliato e su quello non conciliato, sia perché il verbale è *titolo esecutivo*, per la parte conciliata (e quindi deve contenere le specificazioni per un valido procedimento esecutivo), sia per evitare dubbi nella successiva fase giudiziaria, sul restante oggetto non conciliato.

Se non si raggiunge un accordo il collegio di conciliazione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia. Se la proposta non è accettata, i termini di essa sono riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti (art. 69-bis, comma 6, D.Lgs. n. 29 del 1993).

La possibilità di valutazione data al giudice di merito del comportamento tenuto dalle parti durante il procedimento di conciliazione ai fini della decisione relativa alle spese, in deroga alla regola generale, prevista dall'art. 91 del codice di rito, in base alla quale le spese seguono la soccombenza del giudizio, rende necessarie alcune osservazioni in merito.

Invero, il dato normativo può avere due diverse chiavi di lettura la prima di segno positivo, la seconda, invece, contraria all'ottica deflattiva, che deve sempre accompagnare le procedure conciliative.

L'aspetto positivo della norma è costituito dalla circostanza che il giudice di merito dovendo valutare tutti i «comportamenti» (e non solo il

contenuto degli atti scritti) delle parti nelle fasi di conciliazione obbliga queste ultime a non sottovalutare la conciliazione ed a collaborare per lo svolgimento del procedimento conciliativo.

Di contro si è dimostrato che ogni qual volta la fase di conciliazione si collega al giudizio di merito difficilmente la conciliazione produce effetti di segno positivo.

Appare evidente che il giudice non deve tenere conto del comportamento delle parti quando il procedimento di esperimento della conciliazione non viene attuato nei termini previsti dal quarto comma dell'art. 69-bis, in quanto in detta circostanza le parti perdono interesse al procedimento di conciliazione e non sono obbligate ad attendere, ulteriormente, la data della comparizione, ad opera del presidente del collegio di conciliazione, mentre possono utilmente promuovere l'azione, mediante il deposito del ricorso, innanzi al giudice del lavoro.

Particolarmente interessante è il rilievo, contenuto nell'ultimo comma dell'art. 69-bis del D.Lgs. 29/93, in base al quale, anche in deroga al secondo comma dell'art. 97 della Costituzione, vengono esonerati dalla responsabilità amministrativa i rappresentanti della P.A. che aderiscono alla conciliazione sia in sede pre-processuale che nell'ambito del giudizio, a norma dell'art. 420 del codice di rito.

Rimane da chiedersi se gli stessi funzionari siano esonerati anche dalla responsabilità contabile.

Se lo spirito della norma è quello di favorire la conciliazione, sollevando i pubblici dipendenti, muniti del potere di conciliare, da ogni responsabilità in merito alla conciliazione medesima, non vi è dubbio che deve ritenersi sussistente l'esonero di responsabilità contabile dei funzionari; opinando diversamente risulterebbe vanificato, completamente, il portato della norma in esame.

Procedibilità (rectius ammissibilità) della domanda

Il profilo relativo alla procedibilità della domanda, del quale già a suo tempo ci siamo occupati, consente ancora alcune considerazioni prendendo le mosse dalla modifica apportata dal D.Lgs. n. 387/98 al precedente testo dell'art. 31 del D.Lgs. n. 80/98.

Invero, al di là della qualificazione terminologica, il legislatore ha inserito, con il coordinato disposto degli artt. 69, terzo comma del decreto legislativo 29/93 e terzo comma dell'art. 412-bis c.p.c., una vera e propria condizione di ammissibilità dell'azione integrante, non solo un «filtro» obbligatorio alla sua proposizione, ma anche una circostanza che ne impedisce il procedere.

Per rafforzare questo concetto il legislatore ha, inoltre, previsto, con il terzo comma dell'art. 69, così come novellato dal D.Lgs. n. 387 del 29. 10. 1998, il termine perentorio di centottanta giorni per la riassunzione, *rectius* proposizione *ex novo* del ricorso, innanzi al giudice di merito.

Inoltre, il meccanismo della sospensione del giudizio, proposto senza il preventivo tentativo di conciliazione pre-processuale, consente di affermare ulteriormente la natura di condizione di ammissibilità della domanda relativa alla conciliazione pre-processuale.

Analogamente a quanto avviene in tema di impiego privato, anche per il pubblico impiego deve ricordarsi come il procedimento relativo alla conciliazione non debba essere proposto tutte le volte in cui si fa riferimento «ai provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari previsti dal capo terzo del titolo primo del libro quarto» (cfr. ultimo comma art. 412-bis). Dette affermazioni, al di là della «atecnicità» del loro contenuto debbono far ritenere che per quanto riguarda i procedimenti cautelari ed i procedimenti speciali in cui è ravvisabile l'urgenza (ad esempio gli artt. 18 e 28 della legge del 20 maggio 1970, n. 300) non debba trovare applicazione il procedimento del preventivo tentativo di conciliazione.

Diversa è l'ipotesi della proposizione e/o riassunzione del giudizio di merito una volta proposta ed ottenuta la misura cautelare. Invero, ci si chiede se sia necessario, in questa circostanza, esperire, o no, il tentativo di conciliazione. La risposta va ricercata alla luce del quarto comma dell'art. 669-octies c.p.c., che comunque impone, anche nell'ambito del pubblico impiego, prima della riassunzione del giudizio di merito, a seguito di una misura cautelare ottenuta, l'esperimento della conciliazione pre-processuale, anche se l'esito di questa, pendendo già una lite non sarà, a nostro avviso, positivo.

Il problema del necessario esperimento del tentativo di conciliazione pre-processuale si pone — come detto al § 81 — anche in relazione alla domanda riconvenzionale. Seguendo un ragionamento squisitamente teorico non può non considerarsi la necessità di assoggettare la domanda riconvenzionale alla ipotesi conciliativa.

Sotto un profilo più marcatamente pragmatista, invece, è necessario ricordare che la questione collegata alla domanda riconvenzionale è presumibilmente già stata esaminata nel contesto, del procedimento conciliativo pre-processuale, azionato dall'attore, e sempre presumibilmente ha avuto spazio nel contesto delle osservazioni scritte formulate dall'amministrazione convenuta; inoltre, va considerato che essendo già fallito un primo procedimento conciliativo, difficilmente un secondo potrebbe ottenere un esito positivo. Pertanto, deve concludersi, seguendo la linea più concreta per la non necessità di far precedere dal tentativo di conciliazione la domanda riconvenzionale.

Infine, per quanto riguarda il procedimento monitorio, in merito allo stesso si è già esclusa la necessità di farlo precedere dalla conciliazione pre-processuale. Invero, si è discusso in dottrina⁽⁹¹⁾ della possibilità di comprendere nei procedimenti speciali — urgenti — anche il decreto ingiuntivo. Per la sua natura e per le caratteristiche del procedimento stesso è da escludere, però, che il decreto ingiuntivo debba essere fatto precedere dalla conciliazione. Diverso è il problema legato alla fase di opposizione al decreto ingiuntivo, che si introduce, come è noto, con ricorso al giudice del lavoro. In tale circostanza è richiesto, invece, l'esperimento

della conciliazione, a norma dell'art. 412-bis c.p.c. Onde evitare che si verifichi la decadenza dalla opposizione, che va proposta entro quaranta giorni dalla notifica del decreto, può suggerirsi di procedere congiuntamente alla opposizione ed alla richiesta della conciliazione.

L'unica differenza sostanziale, ravvisabile nel tentativo di conciliazione, tra l'impiego pubblico e l'impiego privato, è quella costituita dalla circostanza che «la parte contro la quale è stata proposta la domanda in violazione dell'art. 410 del codice di procedura civile, con l'atto di riassunzione o con memoria depositata in cancelleria, almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata, può modificare o integrare le proprie difese e proporre nuove eccezioni processuali e di merito, che non siano rilevabili «d'ufficio». Tale norma integra una limitata rimessione in termini relativamente alle preclusioni degli atti introduttivi (ricorso ex art. 414, ma soprattutto memoria difensiva ex art. 416 c.p.c.).

In pratica la rimessione in termini opera soprattutto in favore all'amministrazione, per le eccezioni in senso stretto (quali ad esempio la prescrizione).

E' difficile trovare una ragione della disposizione, di favore dell'amministrazione, abilmente prevista per entrambe le parti, ma sostanzialmente utile alla convenuta amministrazione. In sostanza solo le difese e le eccezioni sono modificabili ed integrabili, non le domande.

Profili relativi alla costituzionalità della conciliazione. Analisi della sentenza n. 276/2000 della Corte Costituzionale

In relazione alla costituzionalità dell'istituto della conciliazione obbligatoria è intervenuta, di recente, la Corte Costituzionale, che con la sentenza n. 276 del 13 luglio 2000 (92) ha ritenuto la conformità alla normativa costituzionale della conciliazione pre-processuale e la insussistenza di un preteso eccesso di delega (art. 76 Cost.), del lamentato da alcuni giudici di merito, che avevano per questa ragione adito il giudice della legittimità delle leggi. La Corte non ha ravvisato neppure la sussistenza di una lamentata violazione dell'articolo 24 della Costituzione, in quanto ha sostenuto che l'articolo 24 «laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare "interessi generali" con le dilazioni conseguenti».

Afferma la Corte che «il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario, in materia di lavoro, provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario e dall'altro favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quello conseguito attraverso il processo».

In tal modo, la Corte Costituzionale non solo ha sancito la possibilità di convivenza tra i «filtri» alla proposizione dell'azione e l'azione medesima,

ma ha decretato la rilevanza «sociale» della conciliazione anteponendola, sotto il profilo degli effetti, allo stesso risultato ottenibile a seguito di una decisione del giudice.

Con la sentenza n. 278 del 2000 la Corte Costituzionale affronta anche il tema del diverso procedimento di conciliazione pre-processuale dettato per il pubblico e per il privato impiego. Al riguardo la sentenza tende a parificare, ove possibile, i due procedimenti e suggerisce l'ipotesi che anche nella conciliazione prevista dall'articolo 410 c.p.c. per i rapporti di lavoro privato debba effettuarsi una puntuale e precisa indicazione delle doglianze, così come richiede l'art. 69-bis del D.Lgs. n. 29 del 1993. Del resto, si è già detto in precedenza, che l'atto introduttivo del procedimento di conciliazione deve contenere, a pena di nullità, desumibile per analogia, dell'art. 164 c.p.c., la esatta indicazione delle doglianze che si intendono sottoporre al conciliatore, sia nei rapporti di lavoro pubblico, che in quelli dipendenti da privati.

Infine la sentenza della Corte Costituzionale offre una lettura chiarificatrice dell'ufficio comma dell'articolo 412-bis del codice di rito, nel quale si ricorda che «il mancato esperimento del tentativo di conciliazione non preclude la concessione dei provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari previsti nel capo III, del titolo 1, del libro IV». La sentenza della Corte, chiarisce che anche il procedimento monitorio, pur non sembrando apparentemente indicato nel testo dell'articolo in esame deve ritenersi escluso dal necessario ricorso al preventivo tentativo di conciliazione.

Invero, la Corte afferma che «il tentativo obbligatorio di conciliazione è strutturalmente legato ad un processo fondato sul contraddittorio». Pertanto «la logica che impone alle parti di "incontrarsi" in una sede stragiudiziale, prima di adire il giudice, è strutturalmente collegata ad un (futuro) processo destinato a svolgersi, fin dall'inizio in contraddittorio fra le parti».

All'istituto sono, quindi, per definizione estranei i casi in cui il processo si debba svolgere in una prima fase necessariamente senza contraddittorio, come accade per il procedimento per decreto ingiuntivo.

In conclusione la Corte Costituzionale, con la sentenza numero 278 del 13 luglio 2000, non solo ha affermato la costituzionalità del «filtro» della conciliazione obbligatoria pre-processuale (93), ma ne ha anche rilevato una valenza sociale in quanto attraverso di essa si realizza l'interesse generale di non appesantire la macchina della giustizia, senza per questo limitare il diritto alla difesa, costituzionalmente garantito dall'art. 24 della Costituzione.

Inoltre, la Corte ha auspicato, molto opportunamente, la unificazione delle procedure di conciliazione pre-processuale nel pubblico e nel privato impiego.

Infine, la soluzione dettata per il decreto ingiuntivo, anche se discutibile sotto il profilo della sistematicità degli istituti processuali, è in linea con la necessità — avvertita dalla Corte — di promuovere e di semplificare l'uso della conciliazione.

L'ARBITRATO NELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

L'arbitrato nelle controversie di lavoro. Normativa speciale

Con il decreto legislativo 80/1998 il legislatore aveva dettato con gli artt. 412-ter e 412-quater c.p.c. una disciplina unitaria dell'arbitrato nelle controversie di lavoro, che non avrebbe più consentito di distinguere, ai fini del deposito e dell'impugnazione, tra lodi c.d. rituali e lodi c.d. irrituali (94), perché prevedeva, in ogni caso, con il primo comma dell'art. 412-quater, l'impugnazione davanti alla corte d'appello nella cui circoscrizione ha sede l'arbitrato, in funzione di giudice del lavoro, con ricorso da proporsi entro trenta giorni dalla notificazione del lodo da parte degli arbitri. Il successivo secondo comma, prevedeva che, trascorso detto termine, o se le parti avessero dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale, o quando il lodo venisse depositato presso l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale; il direttore, o un suo delegato, accertandone l'autenticità, avrebbe provveduto a depositarlo nella cancelleria del tribunale, nella cui circoscrizione era stato redatto, il quale, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale, lo avrebbe dichiarato esecutivo con decreto.

Si trattava, di una disciplina complessa, ed in assoluta controtendenza con la normativa generale, che subordinava l'acquisto dell'efficacia esecutiva del lodo alla sua non impugnabilità.

Con il successivo decreto legislativo 387/1998, il legislatore ha modificato la rubrica dell'art. 412-ter c.p.c., restringendo la portata applicativa di tale articolo e del successivo art. 412-quater ai soli lodi c.d. «irrituali». Mentre per i lodi rituali deve farsi riferimento alla disciplina generale in tema di deposito ed impugnazione.

Sull'impugnazione di lodi irrituali dovrà adesso decidere, in unico grado, il tribunale della circoscrizione in cui ha la sede l'arbitrato, adito a seguito di ricorso da depositarsi entro trenta giorni dalla notificazione del lodo; trascorso tale termine, o se le parti hanno, comunque, dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale, ovvero se il ricorso è stato respinto dal tribunale, il lodo è depositato nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato, il quale, su istanza della parte interessata ed accertata la regolarità formale, lo dichiara esecutivo con decreto.

Se si tiene conto, peraltro, che l'art. 43 del decreto legislativo 80/1998 ha ormai abrogato il secondo e il terzo comma dell'art. 4 della legge 11 agosto 1973, n. 533, e che nel nuovo testo dell'art. 412-quater manca qualsiasi previsione in ordine ai motivi di impugnazione del lodo c.d. irrituale — che devono essere desunti dalla disciplina dettata dall'art. 829 c.p.c. —, mentre vi è un riferimento espresso alla «sede dell'arbitrato» disciplinata nell'art. 816, primo comma, c.p.c., se ne deduce che la qualifica di «irrituale» dell'arbitrato, espressamente prevista dal legislatore con riferimento alle controversie di lavoro, comporta unicamente l'applicabilità di una normativa speciale, oltre che per la stipulazione del patto compromissorio, per la composizione del collegio e per lo svolgimento del processo arbitrale, anche

in tema di deposito ed impugnazione dei lodo, in deroga alla normativa generale dettata dagli artt. 806 ss. c.p.c., che rimane per il resto applicabile.

La procedura arbitrale, sin qui, descritta, trova applicazione sia nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato da privati, che nel pubblico impiego.

Tale constatazione è desumibile, oltre che dalla lettura dell'articolo 412-*quater* c.p.c., anche dai profili generali relativi alla «privatizzazione» del pubblico impiego e dalla contrattualizzazione di esso; come vedremo più approfonditamente nel paragrafo successivo.

La nuova normativa introdotta dai due decreti legislativi del 1998 n. 80 e n. 387 lascia non completamente chiarito il tema dei rapporti tra conciliazione obbligatoria ed arbitrato.

Per quanto riguarda l'arbitrato irrituale, previsto dall'art. 412-*ter*, primo comma, c.p.c., il problema non si pone poiché esso muove dalla mancata conciliazione, che, pertanto, deve esser esperita.

Diverso è il problema relativo all'arbitrato del lavoro in genere previsto dall'art. 808 c.p.c., in questo caso, infatti, non estendendosi agli arbitri l'obbligo della sospensione del giudizio non sembra prevista conciliazione obbligatoria.

Analisi dell'accordo del 27 luglio 2000 stipulato dall'ARAN, in tema di arbitrato e contratti collettivi del pubblico impiego

Il 27 luglio 2000 è stata sottoscritta (99), tra l'ARAN e le principali confederazioni sindacali, una bozza di contratto collettivo relativa alla conciliazione ed all'arbitrato. In base a detta ipotesi di lavoro è stata individuata una procedura relativa all'arbitrato «facoltativo» (art. 2) in materia di pubblico impiego ad integrazione e completamento di quanto previsto dall'art. 412-*ter* c.p.c..

Il procedimento arbitrale disegnato dall'accordo stilato nel luglio 2000 prevede la instaurazione di un giudizio arbitrale, innanzi ad un arbitro unico, designato dalle parti o, in mancanza di accordo, sorteggiato tra quelli iscritti in una speciale lista (art. 5) tenuta dalla camera arbitrale, costituita presso la direzione regionale del lavoro. Il giudizio è svolgerà secondo diritto (art. 4) e lo stesso dovrà essere preceduto dal tentativo obbligatoria di conciliazione (art. 4, comma 1).

Interessante, al riguardo, appare il collegamento, previsto dall'accordo (art. 4, comma 7), tra i motivi di doglianza adottati al fine dell'esperimento della conciliazione ed i quesiti formulati nel giudizio arbitrale. Se ne deduce quanto già, in precedenza, affermato, che anche le domande formulate all'atto della proposizione della conciliazione possono essere affette dalla nullità a norma dell'art. 164 c.p.c.

Una perplessità è, però, suscitata dal secondo comma dell'art. 6 dell'accordo in esame, che sia pure carattere sperimentale inserisce, per le pubbliche amministrazioni, un arbitrato «obbligatorio» di sospetta costituzionalità.

I Profili Organizzativi

Gli artt. 1 e 5 e lo statuto della Cabina di Regia

Le novità dell'accordo quadro in materia di conciliazione e arbitrato sono molte e sono già state rilevate da vari osservatori: in primo luogo, la novità dello strumento per quanto concerne le controversie di lavoro e, in particolare, per quanto riguarda il settore coinvolto, il pubblico impiego, in cui non solo è recente il trasferimento della giurisdizione dalla giustizia amministrativa a quella ordinaria ma anche è del tutto carente una cultura su forme alternative al ricorso giudiziale.

In questa situazione, l'Aran e le Confederazioni sindacali si sono incaricate di dare forma e sostanza a questo nuovo istituto. In realtà, come è già stato osservato, l'accordo quadro è una novità in sé: non si può parlare di un semplice accordo in cui vi è un dare e avere fra le parti, un sinallagma contrattuale tipico. Attraverso la forma dell'accordo le due parti al tavolo cercano di far nascere e sviluppare il "bambino" arbitrato, come efficacemente definito da Umberto Romagnoli, cercando insieme di sviluppare un percorso in cui non c'è uno scambio fra le parti ma un sentire comune, un'aspettativa (o una speranza) di successo. Certamente una trattativa c'è stata ma non si può considerare sino in fondo la parte rilevante. Dal punto di vista delle parti al tavolo, l'accordo si potrebbe anche considerare non necessario: non investe il rapporto di lavoro (contenuto tipico dei contratti collettivi) ma aiuta solo la risoluzione delle controversie. È semmai, un servizio, un'opportunità per migliorare lo stato della giustizia, in particolare del lavoro, un modo alternativo per risolvere le controversie ma anche una via per intervenire, almeno per quanto riguarda la conciliazione, nello stesso svilupparsi della gestione del rapporto prima di arrivare ad una vera e propria fase contenziosa.

Questa attività di servizio da parte dell'accordo si può notare, per esempio, nella definizione della fase necessaria conciliativa, che si pone come aiuto alla conciliazione obbligatoria presso le direzioni provinciali del lavoro definita dall'art. 66 d.lgs. 165/2001 (ormai in serie difficoltà soprattutto di carattere organizzativo).

La peculiarità di questo accordo si può riscontrare soprattutto in questa semplice osservazione ossia che, in genere, l'impegno degli accordi sindacali si esaurisce nella stipula degli stessi. Dopo la stipula, la concreta applicazione sarà compito dei datori di lavoro, dei lavoratori, eventualmente dei giudici per i problemi contenziosi ed applicativi. Le parti stipulanti avranno un compito di supervisione, di "garanzia" del rispetto dell'accordo, eventualmente di gestione "politica" sulle tendenze che andranno via via delineandosi nella fase applicativa ma la loro attività più rilevante si sarà conclusa e riprenderà solo in fase di rinnovo.

Invece, nel caso di questo accordo quadro, si può affermare che l'attività continua ed è forse ancora più rilevante, almeno per quanto riguarda la gestione pratica.

In realtà, la cabina di regia, al di là della sua, attività interna (regolamento di organizzazione, nomina del coordinatore ecc.) ha provveduto e sta provvedendo ad attività estremamente rilevanti.

In primo luogo si sono date alcune indicazioni al Ministero del Lavoro per l'emanazione di circolari alle proprie direzioni regionali per l'attivazione e la gestione delle Camere arbitrali stabili. Il Ministero, poi, nella sua autonomia, ha provveduto ad emanare le citate circolari.

Successivamente, la cabina di regia è stata impegnata nella formazione di una lista provvisoria di arbitri. Sulla base dell'accordo quadro, possono essere arbitri i professori e i ricercatori confermati in diritto del lavoro e delle relazioni industriali, i professionisti (avvocati, consulenti del lavoro ecc.) e gli ex magistrati, oltre a soggetti che abbiano superato corsi specifici di formazione arbitrale (di cui si dirà).

La scelta non è stata facile, in considerazione del fatto che uno strumento di tale portata necessita di soggetti in grado di esercitare la loro funzione con equilibrio, imparzialità e competenza. Le spinte opposte, potevano spingere verso la scelta di persone "fedeli" a questa o quella posizione. Confatica si è però riusciti compilare una lista equilibrata in grado di garantire un buon livello arbitrale che possa dare fiducia alle parti ancora timorose della novità.

Altra questione delicata è stata quella delle tariffe applicabili agli arbitri.

La novità introdotta dall'accordo quadro è relativa al principio di lega le spese, senza possibilità di compensazione, alla soccombenza. L'accordo quadro non disponeva di fondi autonomi per il pagamento degli arbitri (e non poteva riversare sulle pubbliche amministrazioni rappresentate dall'Aran tutti i costi, con probabili effetti di ampliamento abnorme del contenzioso).

Non a caso, si è dovuto provvedere ad accollare le spese di segreteria alle Camere arbitrali stabili o alle Amministrazioni presso cui si svolge la procedura, mentre, per quanto concerne le indennità dovute agli arbitri, la cabina di regia ha dovuto stabilire dei "quantum" certo non esosi e sicuramente inferiori alle tariffe professionali.

Questo, peraltro, è anche uno degli elementi che hanno pesato sulla scelta dell'arbitro unico. Ovviamente, da parte del lavoratore, sarebbe risultato fortemente disincentivante dover pagare indennità rapportate non ad un solo arbitro ma ad almeno tre.

Un'altra ragione a favore dell'arbitro unico, sia detto per inciso, è relativa a fattori di semplificazione. Per usare le parole di Domenico Borghesi: "Non è comunque detto che la scelta dell'arbitro unico abbia necessariamente segno negativo, non fosse altro perché elimina quella perenne fonte di ambiguità che è l'arbitro nominato dalla parte, il quale, troppo spesso, soprattutto nelle controversie di lavoro, si comporta come arbitro "di parte". La qual cosa finisce per trasferire all'interno dell'organo giudicante il meccanismo del contraddittorio che, invece, sarebbe meglio ne restasse al di fuori e fosse affidato alle parti e ai loro difensori.

Ultimo e, forse, più qualificante prodotto dell'attività di "accompagnamento" allo sviluppo dello strumento conciliativo e arbitrale, è la definizione di corsi di formazione arbitrale.

Questo obiettivo, fortemente voluto da Umberto Romagnoli, ha le sue ragioni nella considerazione, semplice e nello stesso tempo impegnativa, che non esistono professionalità specifiche nel campo della attività di conciliazione e di arbitrato nelle controversie di lavoro. La capacità di conciliare le parti (oltre che, ovviamente, di emanare lodi giuridicamente ineccepibili) è una capacità rara e particolarmente significativa. Implica grande conoscenza della materia in discussione, grandi capacità di relazione e psicologiche, valutazione ponderata degli effetti e delle possibilità insite nella proposta conciliativa. Si deve ricordare che i funzionari delle direzioni provinciali del lavoro, per esempio, solo dal d. lgs. n. 80 del 1998 hanno sviluppato una competenza in materia conciliativa con poteri di proposta. Precedentemente, nella fase conciliativa facoltativa del settore privato, molta attività di tipo transattivo era sostanzialmente svolta dagli avvocati di parte (ma è attività parzialmente diversa) mentre le direzioni provinciali svolgevano un ruolo in massima parte di legittimità (stilla validità della conciliazione, sulla disponibilità del diritto ecc.).

Ora la richiesta è molto diversa, l'attività è più pregnante e significativa oltre che collegata alla altrettanto impegnativa attività arbitrale successiva.

Per questi motivi la cabina di regia ha sviluppato un progetto formativo particolarmente significativo che, dopo un iter un po' farraginoso, è stato approvato dal Dipartimento della Funzione Pubblica e trasfuso in una convenzione fra Dipartimento e Formez. Inizieranno quindi dei corsi pilota in alcune Università italiane che porteranno alla formazione di circa 175 arbitri. Sarà un momento particolarmente significativo per formare non solo soggetti in grado di svolgere un delicato compito ma anche una cultura in grado di diffondersi e di diffondere fiducia e credibilità nei confronti di questi nuovi strumenti.

E' necessario crederci, tenendo conto che lo sviluppo massiccio dell'arbitrato non è dietro l'angolo ma necessita di impegno, fiducia e attenzione costante. Non è facile in Italia, in cui si oscilla fra una fideistica attribuzione di poteri salvifici alle leggi (o ai contratti) salvo poi diffondere scetticismo senza mai chiedersi se strutture, persone, risorse siano mai state messe a disposizione di nuovi strumenti e di nuovi percorsi.

Ovviamente sono visibili molti problemi: strutture scarse, difficoltà organizzative, procedure farraginose (penso ai rapporti non facili, non sempre collaborativi, tra Camere arbitrali e arbitri), mancanza di fondi, contrattuali e non, da destinare all'arbitrato, ma i primi lodi emessi dimostrano quanto sia importante e significativa la competenza giuridica ma anche la celerità nel giudicare.

Il procedimento dinanzi all'arbitro: a) fase conciliativa

L'art. 412 ter c.p.c. introduce la disciplina dell'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi, chiarendo la necessità, anche nel caso in cui le parti abbiano deciso di deferire ad arbitri la soluzione della controversia, di esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione.

La formulazione letterale della norma non lascia spazio a questioni interpretative in quanto testualmente afferma che: "Se il tentativo di conciliazione non riesce o comunque è decorso il termine previsto per l'espletamento, le parti possono concordare di deferire ad arbitri la risoluzione della controversia ..."

Procedendo ad una applicazione rigorosa della norma citata si dovrebbe ritenere che il previo svolgimento del tentativo di conciliazione è, così come nel caso di devoluzione della controversia al giudice del lavoro, condizione di ammissibilità della controversia ad arbitri e di procedibilità del giudizio arbitrale. L'articolo in questione, infatti, pospone, sia logicamente che temporalmente, all'esperimento infruttuoso del tentativo di conciliazione, il momento in cui le parti possono concordare di deferire la controversia ad arbitri.

Questa, lettura della norma trova ulteriore conferma nella sua collocazione nel codice di seguito alla disciplina del tentativo di conciliazione e delle condizioni di procedibilità della domanda (articoli da 410 a 412-bis c.p.c.).

Il contratto collettivo nazionale quadro in materia di procedura di conciliazione ed arbitrato non ha seguito l'interpretazione dell'art. 412 ter c.p.c. prospettata ed ha previsto, quando il tentativo di conciliazione non sia già stato esperito ai sensi dell'art. 69 bis del d.lgs. n. 23/1993 (ora art. 66 del t.u. sul pubblico impiego), lo specifico obbligo per l'arbitro di espletare "un tentativo di conciliazione che sostituisce e produce i medesimi effetti di quello previsto dall'art. 69 bis d.lgs. n. 29/93 (ora art. 66 d.lgs. n. 165 del 2001)".

Evidentemente le parti firmatarie del CCNQ hanno ritenuto che la disposizione dell'art. 412 ter c.p.c. andasse integrata con la previsione dell'art. 69 d.lgs. n. 23/1993 (ora art. 65 t.u.).

Questa norma, infatti, afferma che il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. può essere svolto con le procedure dei contratti collettivi oltre che davanti al collegio di conciliazione di cui all'art. 66. Il CCNQ, in forza della "delega" contenuta nel richiamato art. 65, ha introdotto un'ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione affidato all'arbitro alternativo rispetto a quello previsto dall'art. 66 del t.u. e dagli altri CCNL.

Questa scelta lascia perplessi perché, se pure è giustificabile attraverso il passaggio sopra accennato, introduce un'ipotesi in contrasto con la scelta operata dal legislatore con gli artt. 69 e, 69 bis del d.lgs. n. 29/1993 (introdotti dal d.lgs. n. 80/1998) di affidare il tentativo di conciliazione preventiva ad un soggetto diverso da quello cui è affidata l'eventuale fase contenziosa.

Nella ipotesi introdotta con il CCNQ il tentativo preventivo di conciliazione è affidato allo stesso soggetto che sarà chiamato a giudicare in caso di fallimento del tentativo anzidetto. Il momento che più risente di questo accorpamento di funzioni è l'esame della proposta che l'arbitro è tenuto a formulare ai sensi del comma 6 dell'art. 4 del CCNQ. La parte che rifiuterà la proposta dell'arbitro, decidendo di affrontare il giudizio, si troverà ad essere giudicata da chi con la formulazione della proposta ha già, inevitabilmente, manifestato un orientamento sulla questione dibattuta.

Non va poi trascurato il rilievo che l'art. 66 del t.u., al quale senza dubbio fa riferimento la disciplina del tentativo di conciliazione operato dall'arbitro, assegna alla proposta del collegio di conciliazione, tanto che, al comma 7, è previsto che nel successivo giudizio sono acquisiti i verbali concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito e che il giudice valuta il comportamento delle parti nella fase conciliativa ai fini del regolamento delle spese.

Il CCNQ prevede che il tentativo di conciliazione esperito in sede di arbitrato produce gli stessi effetti di quello previsto dall'art. 69 bis dAgs. n. 29/1993 (art. 66 T.u.).

Deve ritenersi, pertanto, che il tentativo esperito dall'arbitro (il suo inizio con il deposito presso la sede dell'arbitro della documentazione) interrompe la prescrizione e, per la durata del tentativo, sospende, sino ai venti giorni successivi alla conclusione, ogni decadenza. Tale effetto si ricollega, infatti, al tentativo esperito ex art. 69 bis in virtù del richiamo all'art. 410 c.p.c. contenuto ivi contenuto.

Dalla equiparazione degli effetti tra i due tipi di conciliazione si trae l'ulteriore conseguenza che, in caso di estinzione del giudizio arbitrale (ad esempio nel caso di cui al comma 9 dell'art 4 del CCNQ), se la fase della conciliazione è stata svolta non sarà necessario ripeterla per iniziare un giudizio ordinario dovendosi ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità richiesta dall'art. 412 bis c.p.c.

L'art. 4 del CCNQ disciplina (commi da 3 a 8) lo svolgimento della procedura di conciliazione nell'ambito del procedimento arbitrale qualora questa non si sia già svolta ai sensi dell'art. 66 d.lgs. n. 165/2001.

Il tentativo di conciliazione deve essere preceduto dal "deposito presso la sede dell'arbitro² della documentazione contenente la completa esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa nonché della memoria difensiva con la quale l'amministrazione prende posizione in maniera precisa sui fatti affermati dall'istante e propone tutte le sue difese in fatto e diritto."

La prima parte del terzo comma deve interpretarsi, ampliandone la stringata portata letterale, nel senso che l'istante (dipendente o amministrazione) deve depositare presso la sede dell'arbitro una memoria contenente l'esposizione completa dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della domanda ed i documenti a sostegno della fondatezza della pretesa.

In tale memoria dovranno essere indicati tutti gli elementi necessari ai fini dell'identificazione del petitum e della causa pretendi dell'azione intrapresa.

Con molta approssimazione poi la norma pone ad esclusivo carico dell'amministrazione il deposito di una memoria difensiva, non considerando l'ipotesi in cui l'amministrazione è parte istante del procedimento arbitrale e non convenuta. Deve, pertanto, riferirsi l'onere di depositare la memoria difensiva, in senso più generale, alla parte "convenuta".

Con la memoria difensiva la parte convenuta deve prendere posizione in maniera precisa su tutto quanto affermato dall'istante e, aggiungiamo, sulla documentazione da quest'ultimo prodotta, proponendo, altresì, tutte le difese in fatto e diritto. Con il deposito delle memorie si determina ed individua la materia del contendere. Infatti, il successivo comma 8°1 sancisce l'inammissibilità della proposizione di fatti e ragioni ulteriori rispetto a quelle dedotte nella fase conciliativa e risultanti dal processo verbale di mancata conciliazione. La norma è in linea con quella giurisprudenza che ha ritenuto vi debba essere necessariamente identità tra l'oggetto del giudizio e quello del tentativo di conciliazione, al fine di poter ritenere procedibile la domanda giudiziale.

Dalla lettura combinata dei commi 3 ed 8 dell'art. 4, deriva l'ulteriore conseguenza che, nel caso si condivida l'orientamento di coloro che ritengono proponibile nel giudizio arbitrale la domanda riconvenzionale, il momento in cui la domanda deve essere proposta necessariamente coincide con il deposito delle memorie in sede di conciliazione.

Il comma 3 scandisce i termini entro i quali deve esaurirsi la fase della conciliazione, fissando in dieci giorni dalla accettazione della designazione da parte dell'arbitro, il termine concesso all'istante per il deposito di memoria e documenti ed in venti giorni il termine concesso al convenuto per il deposito di memoria difensiva.

Non oltre il trentesimo giorno dalla data in cui l'arbitro ha accettato la designazione dovrà aver luogo la comparizione "personale" delle parti dinanzi all'arbitro.

Le parti dovranno comparire personalmente a differenza di quanto previsto nel procedimento ex art. 66 d.lgs. n. 165/2001 che prevede semplicemente la comparizione delle parti, e quindi anche di chi le rappresenta tecnicamente. In conseguenza di tale differente previsione il dipendente che non compaia personalmente dovrà farsi rappresentare conferendo al rappresentante mandato speciale nelle forme di legge. Analogamente deve dubitarsi che il rappresentante dell'amministrazione, qualora non sia il soggetto munito ex lege di tale potere possa comparire con una delega informale.

L'opzione seguita dal CCNQ (comparizione personale) fa presumere che le parti stipulanti abbiano voluto ricalcare la disciplina dettata dai primi due commi dell'art. 420 c.p.c. riguardo la comparizione delle parti.

L'arbitro oltre a dare impulso alla procedure di conciliazione deve adoperarsi affinché le parti raggiungano un accordo.

Se la conciliazione riesce l'arbitro ne redige processo verbale che, ai sensi dell'art. 411 c.p.c., dovrà essere sottoscritto dalle parti e dall'arbitro che certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità a sottoscrivere.

L'accordo raggiunto costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'art. 411 c.p.c. ed è inoppugnabile ex art. 2113 c.p.c., ultimo comma.

Il verbale viene trasmesso tempestivamente a cura dell'arbitro alla camera arbitrale stabile.

Nel caso in cui il tentativo di conciliazione non sia riuscito l'arbitro formulerà una proposta conciliativa comprensiva di ogni costo (compenso dell'arbitro).

Analogamente a quanto accade per la conciliazione della lite nell'ambito della procedura di cui all'art. 66 d.lgs. n. 165/2001, l'adesione alla proposta transattiva da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione non può dar luogo a responsabilità amministrativa.

I termini

L'articolo in commento fissa i termini entro i quali le varie attività del tentativo di conciliazione devono essere compiute ed il termine entro il quale il tentativo di conciliazione deve esaurirsi.

È opportuno indagare quale sia la natura di tali termini e quale sia la conseguenza della loro inosservanza da parte dei soggetti onerati, dando spunto ad una riflessione che nella fase di attuazione della procedura prevista si renderà necessaria.

Per quanto concerne il primo termine della procedura che è quello assegnato all'istante di depositare documentazione contenente l'esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa entro il decimo giorno dalla accettazione della designazione da parte dell'arbitro, ritengo lo si possa qualificare come perentorio e ragionevolmente sostenere che la inosservanza comporta l'estinzione dell'intero procedimento arbitrale, sia per analogia rispetto alle ipotesi di inattività della parte nel processo del lavoro, sia perché rende impossibile l'osservanza dei termini successivi da questo dipendenti e lede il diritto di difesa del convenuto.

I termini sono infatti scanditi in modo da consentire la difesa del convenuto che ha a disposizione dieci giorni dal deposito da parte dell'istante (ricordiamo che le parti non possono proporre fatti ulteriori nella successiva fase di trattazione), e di esperire nel termine massimo di quaranta giorni il tentativo di conciliazione.

Nel caso di inosservanza del termine da parte del convenuto l'arbitro non oltre il trentesimo giorno dalla data dell'accettazione della designazione dovrà ugualmente fissare la comparizione personale delle parti. Non si individuano motivi per ritenere impedita per il convenuto la possibilità di depositare la propria memoria successivamente alla scadenza del termine dei venti giorni e comunque sino all'udienza di comparizione personale delle parti. Da tale momento in poi inizia l'attività dell'arbitro in funzione di conciliatore per cui questi riuscirà nell'intento di conciliare le parti o redigerà il verbale negativo fissando la data della trattazione.

Da questo momento in poi il convenuto, in considerazione della previsione di cui al comma 8, non potrà svolgere ulteriore attività difensiva intro-

ducendo fatti e ragioni in precedenza non prospettati L'inosservanza del termine per la conclusione del tentativo di conciliazione non sembra avere apprezzabili conseguenze.

Il CCNQ, infatti, quando ha voluto sottolineare la perentorietà dei termini assegnati all'arbitro lo ha fatto con specifica disposizione.

Il procedimento dinanzi all'arbitro: b) fase contenziosa **La procedura**

La procedura arbitrale trova la sua regolamentazione negli artt. 3 e 4 dell'accordo-quadro.

Prima tappa di tale procedura è la domanda di arbitrato, che va fatta mediante una "sommatoria prospettazione dei fatti e delle ragioni a fondamento della pretesa", da comunicare alla controparte con raccomandata con a.r. (art. 3, co. 1).

Entro dieci giorni (dalla ricezione di tale domanda), la controparte deve comunicare, sempre con raccomandata con a.r., la propria disponibilità ad accettare la richiesta di compromesso arbitrale. Quindi, entro i successivi dieci giorni — che dobbiamo ritenere decorrenti sempre dalla ricezione di questa seconda comunicazione, trattandosi di atti recettizi —, le parti devono provvedere alla designazione dell'arbitro unico.

Questa designazione, oppure, in caso di mancato accordo, mediante estrazione a sorte nell'ambito della lista regionale dei soggetti designabili, a cura della segreteria della camera arbitrale.

L'art. 3 disciplina, quindi, la possibilità di rifiutare l'arbitro designato (in caso di rapporti di parentela o affinità entro il quarto grado con la controparte o per motivi di incompatibilità personale) e prevede un meccanismo di rinuncia all'arbitrato (in caso di doppio rifiuto consecutivo). In proposito, va evidenziato che, in materia di arbitrato disciplinare, l'art. 6, co. 2, dell'accordo-quadro ha limitato la facoltà di rinunciare all'arbitrato alla sola parte ricorrente, escludendo la stessa facoltà in capo all'amministrazione-resistente, salva l'ipotesi in cui la sanzione impugnata sia un licenziamento.

Designato l'arbitro, il relativo atto di accettazione dell'incarico va depositato, a cura delle parti, presso la segreteria della camera arbitrale stabile, entro cinque giorni dalla designazione, "a pena di nullità del procedimento". Quest'ultimo atto, da compiere entro il predetto termine breve e perentorio, segna il consolidamento della scelta di compromesso arbitrale della controversia.

Quindi, una volta attivato il procedimento, il successivo art. 4 prevede anzitutto lo svolgimento obbligatorio del previo tentativo di conciliazione, da effettuare alternativamente dinanzi ai collegi di conciliazione istituiti presso le D.P.L. oppure direttamente dinanzi all'arbitro.

Nel primo caso, entro il decimo giorno dall'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro, la parte istante deve depositare presso la sede dell'arbitrato la documentazione contenente una completa prospettazione

dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa ed entro il ventesimo giorno dalla stessa data il resistente deve depositare la memoria difensiva, in cui prende posizione sui fatti dedotti dal ricorrente e propone tutte le sue difese.

Quindi, entro il trentesimo giorno (sempre dall'accettazione), si deve svolgere la prima udienza di trattazione effettiva.

Invece, nel secondo caso, non essendo stata attivata la procedura conciliativa dinanzi al collegio ex art. 66 cit., è necessario espletare il tentativo dinanzi all'arbitro. A tal fine, entro gli stessi termini (di dieci, venti e trenta giorni dalla data di accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro), le parti devono svolgere gli stessi incumbenti (deposito della prospettazione attorea e della memoria di parte resistente), salva l'effettuazione — nella prima udienza — della comparizione personale ai fini del tentativo di conciliazione che, ai sensi dell'art 4, co. 3, deve esaurirsi entro dieci giorni dalla data della prima comparizione.

In caso di esito positivo, si redige processo verbale della conciliazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 411, commi i e 3, c.p.c. e l'arbitro deve trasmettere tale atto alla camera arbitrale.

Invece, nel caso in cui le parti non raggiungano l'accordo, l'art. 4, co. 6 in analogia a quanto previsto dall'art. 66, dAgs. n. 165 del 2001, per il collegio di conciliazione — dispone che sia l'arbitro a formulare una proposta conciliativa. Nel caso in cui anche tale proposta non sia accettata, l'arbitro fisserà la prima udienza per la trattazione della causa.

Quindi, nei commi da 8 a 15, è contenuta una serie di disposizioni relative allo svolgimento della procedura arbitrale.

Importante è, anzitutto, la norma — co. 8 —, che prevede la declaratoria di inammissibilità di fatti e ragioni ulteriori rispetto a quanto risultante dal verbale della mancata conciliazione, salvo che l'arbitro non ritenga giustificata la tardività sulla base di circostanze sopravvenute oggettivamente documentabili.

Questa norma, in combinato disposto con la parte del comma 2 che, per l'ipotesi di conciliazione dinanzi all'arbitro, prevede l'onere per entrambe le parti di prospettare in modo completo la propria tesi difensiva, e con l'analoga previsione contenuta nel comma 3 per l'ipotesi in cui invece il tentativo di conciliazione vada espletato dinanzi allo stesso arbitro, è in linea con quella giurisprudenza che, in relazione ai giudizi ordinari ex artt. 413 e ss. c.p.c. successivi alle conciliazioni dinanzi ai collegi ex art. 66 cit., ha affermato la necessaria identità tra l'oggetto del giudizio e l'oggetto dell'istanza di conciliazione — cfr. Trib. Roma (ord.) 18 giugno 1999. La questione della necessaria identità tra l'oggetto della conciliazione e quello del successivo giudizio è però complicata, in materia di arbitro, dalla circostanza che la disciplina dell'accordo-quadro ha trascurato completamente l'ipotesi in cui l'amministrazione resistente formuli una domanda riconvenzionale, così come per l'ipotesi in cui il tentativo non sia stato espletato — ha ommesso di richiamare l'art. 69, co. 3, d.lg. n. 29 del 1993 che

prevede la sospensione del giudizio, né ha comunque previsto un analogo potere in capo all'arbitro. Sul punto, la dottrina ha affermato che "il momento in cui deve essere definita la materia del contendere non può coincidere con il momento in cui si dà l'avvio alla procedura con una generica determinazione dell'ambito della controversia ... ma con quello in cui la domanda va formulata in modo compiuto". Questa tesi è sostanzialmente condivisibile, nel senso che, partendo dal presupposto che l'accordo-quadro ha dimenticato di disciplinare l'ipotesi della domanda riconvenzionale — e, di conseguenza, ha ommesso ogni riferimento alla necessità o meno del previo tentativo-, va considerato che la domanda di arbitro deve contenere solo una "sommaria" prospettazione dei fatti e delle ragioni a fondamento della pretesa (art. 3, co. 1), mentre la "completa" esposizione fa effettuata in un secondo momento (art. 4, commi 2 e 3), quando anche la parte resistente deve depositare la memoria con cui prende posizione in modo preciso sui fatti dedotti dal ricorrente ed articola tutte le proprie difese.

E previsto, poi, uno strumento simile al giudizio incidentale ex art. 64, dAgs. n. 165 del 2001, per la risoluzione di questioni pregiudiziali concernenti l'efficacia, la validità o l'interpretazione di una clausola contrattuale. Il co. 9, infatti, dispone che, qualora l'arbitro ravvisi la sussistenza di una questione del genere, rilevante ai fini della decisione della controversia, "ne informa le parti e sospende il procedimento". Le parti, quindi, possono scegliere di far risolvere tale questione all'arbitro, dichiarando per iscritto, entro dieci giorni (dalla comunicazione effettuata dall'arbitro), "di rimettere la questione all'arbitro e di accettarne la decisione in via definitiva". In caso contrario, il procedimento si estingue.

Per quanto riguarda l'istruttoria, è prevista la possibilità di escutere testi e di disporre l'esibizione di documenti. Per la decisione, poi, è stabilito il termine di sessanta giorni, prorogabile di trenta con il consenso delle parti, a far data dalla prima udienza di trattazione. Quindi, il lodo va comunicato, entro dieci giorni dalla sottoscrizione, mediante raccomandata con a.r.

Infine, per quanto riguarda le spese della procedura, è stabilito — con una norma che potrebbe rendere poco appetibile la via arbitrale — che le spese per l'attività defensionale sono a carico di ciascuna delle parti che le ha sostenute, mentre le indennità spettanti all'arbitro, nella misura prevista dalla cabina di regia, vanno liquidate secondo la regola della soccombenza.

L'esclusione del giudizio secondo equità

Il co. 12 dispone che "nel giudicare gli arbitri sono tenuti all'osservanza delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo". Questa previsione è molto importante, dal momento che la sua formulazione sembra escludere la possibilità che l'arbitro unico giudichi secondo equità.

A proposito di equità, dobbiamo ricordare che il d.lgs. n. 80 del 1998, nell'introdurre gli artt. 412-ter e 412-quater, ha contestualmente abrogato (all'art. 43) i commi secondo e terzo dell'art. 5, l. 11 agosto 1973 n. 533, sulla impugnazione dei lodi irrituali del lavoro — che prevedevano l'invalidità

del lodo in caso di violazione di disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo, e l'impugnabilità del lodo nel termine di sei mesi. L'abrogazione del secondo comma dell'art. 5, in particolare, ha reintrodotto la possibilità di un arbitrato irrituale equitativo. Ciò premesso, la circostanza che l'accordoquadro in esame contenga una previsione — quella dell'art. 4, co. 12 — analoga a quella dell'abrogato art. 5, co. 2 l. n. 533 del 1973, non può che significare la diversa volontà pattizia di non consentire — nel settore di applicazione dell'accordo-quadro, e quindi nell'area del pubblico impiego cd. privatizzato — un arbitrato di tipo equitativo.

Ciò posto, al fine di individuare la normativa — legale o pattizia — inderogabile, va considerato che la formulazione adoperata è identica a quella dell'art. 2113 cod. civ. (ovvero, la norma che disciplina rinunzie e transazioni in materia di lavoro) e che, con riguardo a tale norma, la dottrina laburista ha sempre sostenuto che, trattandosi di diritti del lavoratore (parte debole del rapporto), la regola è l'inderogabilità della disciplina — sia legale che contrattuale — di settore, salvo la rigorosa prova del contrario.

Tipici diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili sono, ad esempio, il diritto alla retribuzione, il diritto all'indennità di anzianità commisurata all'intera durata del rapporto, il diritto alla maggiorazione del compenso per lo svolgimento di lavoro straordinario, il diritto alle ferie, il diritto al riposo domenicale, il diritto al preavviso. In caso di giudizio secondo equità, l'arbitro potrebbe derogare a tali principi, ritenendo ad esempio, legittimo, per le concrete modalità attuative, il godimento del riposo settimanale in un giorno feriale, anziché di domenica. Qualora, invece, — come sosteniamo appunto nel caso dell'accordo-quadro in commento — non sia ammissibile un giudizio secondo equità, una decisione del genere sarebbe erronea.

L'impugnazione dei lodo: vizi e termini

La norma appena commentata, relativa all'esclusione del giudizio secondo equità, è richiamata nella parte finale dell'art. 2 dello stesso accordo, ove è previsto che "per l'impugnazione del lodo arbitrale si applica l'art. 412 quater c.p.c. e il comma 12 dell'art. 4 del presente accordo".

Per comprendere appieno il significato di questa importante previsione, è necessario compiere un piccolo passo indietro e ricordare che il predetto accordo-quadro trova la sua fonte nell'art. 412-ter c.p.c., introdotto — unitamente al successivo art. 412-quater — dal d. lgs. n. 80 del 1998, norme entrambe subito modificate dal d. lgs. n. 387 del 1998 (art. 19), a causa dell'incredibile indecisione del legislatore su un punto nodale dell'istituto: la natura rituale o irrituale dell'arbitrato.

Infatti, questa nuova figura di arbitrato del lavoro, come disegnata dal d. lgs. n. 80 del 1998 (art. 39), era chiaramente di tipo rituale, essendo prevista in modo espresso l'impugnabilità del lodo dinanzi alla corte d'appello, in funzione di giudice del lavoro, per i vizi di violazione di legge e difetto di motivazione (tipici, appunto, del gravame relativo a lodi rituali).

Con tale previsione, il legislatore del d.lgs. n. 80 aveva probabilmente inteso evitare i difetti dimostrati dalla recente esperienza dei collegi arbitrali di disciplina ex art. 59, commi 7, 8 e 9 del d.lgs. n. 29 del 1993, in considerazione della tesi della natura irrituale del relativo arbitrato affermatasi nella giurisprudenza amministrativa (e, peraltro, smentita dalla Suprema Corte) sul punto, si rinvia al commento all'art. 6, par. 2.

Ma il legislatore, come accennato, è subito tornato sui propri passi, modificando in modo significativo le norme in questione (art. 19 del d.lg. n. 387 citato).

Di conseguenza, oggi il nuovo arbitrato del lavoro previsto dall'art. 412 ter c.p.c. è senza dubbio irrituale, essendo così espressamente definito nella nuova rubrica di tale articolo ed essendone prevista, dal successivo art. 412 quater c.p.c., l'impugnabilità dinanzi al tribunale lavoro, senza l'indicazione dei vizi, tipici dell'arbitrato rituale, previsti nella precedente formulazione della norma.

Tornando, quindi, alla previsione contenuta nella parte finale dell'art. 2 dell'accordo, ed al collegamento ivi effettuato tra l'art. 412-quater c.p.c. ed il comma 12, art. 4, dell'accordo stesso, vanno evidenziati due aspetti delicati relativi all'impugnazione della decisione arbitrale: quello dei vizi deducibili e quello dei termini per il gravame.

Sotto il primo profilo, va considerato che, proprio in base all'esclusione di un giudizio di tipo equitativo, ricavabile dall'art 4, co. 12, cit., il lodo dell'arbitro unico è impugnabile, anzitutto, per violazione di norme inderogabili di legge o di contratto.

Al di fuori di tale ipotesi, però, questo lodo, essendo irrituale, si sottrae ad ogni indagine sul giudizio di fatto e di diritto (dispositivo) compiuto dall'arbitro e, in quanto atto di autonomia privata, è impugnabile esclusivamente con l'azione ex art. 2113 c.c., con l'azione di nullità ex art. 1418 c.c. e con l'azione di annullamento per incapacità delle parti e degli arbitri (art. 1425 c.c.) o per vizi del consenso (artt. 1427 e ss.c.c.), ovvero per errore, violenza o dolo. In particolare, l'errore rilevante, in base agli artt. 1428 e 1429 c.c., è solo quello attinente alla formazione della volontà degli arbitri e ricorrente quando questi abbiano avuto una falsa rappresentazione della realtà (per non aver preso visione degli elementi della controversia o averne supposti altri inesistenti o per aver dato per contestati fatti pacifici o viceversa), restando esclusa l'impugnativa per errore di giudizio o per errore di diritto, sia in ordine alla valutazione delle prove che all'opportunità delle decisioni adottate in concreto dagli arbitri. Per quanto riguarda i termini, l'art. 412-quater c.p.c. richiamato disciplina la sola ipotesi del lodo notificato (prevedendo, nella specie, il termine di trenta giorni per il gravame), mentre nulla è previsto, sia dalla legge che dall'accordo-quadro, per il caso della mancata notifica del lodo. Nel silenzio della fonte, dobbiamo sicuramente ritenere inapplicabile il termine lungo annuale, ed applicabili i comuni termini decadenziali e prescrizionali sostanziali (ad esempio, il termine quinquennale in caso di azione di annullabilità).

Le Sanzioni Disciplinari

1. L'arbitrato disciplinare nella cd. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego: il quadro normativo di riferimento

L'art. 6 dell'accordo-quadro è dedicato all'arbitrato disciplinare, ovvero all'arbitrato per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari.

Con questa regolamentazione separata della materia disciplinare, la fonte pattizia ha proseguito la linea di tendenza che ha ispirato sin dall'inizio il legislatore della cd. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, dedicando un'attenzione a sé alla delicata materia disciplinare, e ciò peraltro sulla falsariga della progressa esperienza privatistica.

Già trenta anni or sono, infatti, lo Statuto dei lavoratori, in considerazione dell'alto tasso di litigiosità delle parti in questo settore, aveva avvertito l'esigenza di introdurre, in aggiunta alla tutela giurisdizionale, la facoltà di ricorrere allo strumento arbitrale (art. 7, commi 6 e 7, l. 20 maggio 1970 n. 300), con un tendenziale favor verso la soluzione arbitrale rispetto al giudizio ordinario, in considerazione dell'effetto sospensivo della sanzione previsto dalla citata normativa, nonché del carattere meno formale e più celere del procedimento arbitrale.

Quindi, iniziata la riforma del rapporto di pubblico impiego con la legge delegazione 23 ottobre 1992 n. 421, e coinvolta in questo processo anche la materia della responsabilità disciplinare con l'art. 59, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, come riformulato dal d.lgs. 23 dicembre 1993 n. 546, (oggi art. 55 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165), le stesse esigenze e la medesima linea di tendenza hanno ispirato il legislatore della cd. "privatizzazione" nell'affrontare la questione della tutela da fornire al dipendente pubblico di fronte ad una sanzione disciplinare illegittima (o, quantomeno, ritenuta tale dall'istante).

Così, nel d.lgs. n. 29 del 1993, l'art. 59, prima, e l'art. 59-bis, poi, «quest'ultimo inserito dal d.lgs. n. 80 del 1998) — oggi, rispettivamente, artt. 55 e 56 del d.lgs. n. 165 del 2001 — hanno introdotto due prime ipotesi di arbitrato disciplinare: l'arbitrato dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina e l'arbitrato dinanzi ai collegi di conciliazione.

Ai fini di un inquadramento generale della materia dell'arbitrato disciplinare va, d'altra parte, ricordato che il d.lgs. n. 80 del 1998, accanto alla previsione del citato art. 59-bis nel testo del d.lgs. n. 29 del 1993 — oggi art. 56 del d.lgs. n. 165 del 2001 —, contenente, come detto, una nuova figura di arbitrato disciplinare —, ha modificato anche il codice di procedura civile, inserendo nel suo testo gli artt. 412-ter e 412-quater (subito novellati dal d.lgs. n. 387 del 1998), così prevedendo una ulteriore ipotesi di arbitrato del lavoro.

Peraltro, la norma di legge ha "condizionato" la concreta operatività di questo nuovo strumento arbitrale alla previsione della relativa facoltà da parte della contrattazione collettiva nazionale, con una puntuale indicazione dei profili da regolamentare in quella sede (modalità della domanda di devoluzione della controversia ad arbitri e termine per l'adesione della con-

troparte, composizione e nomina del collegio, forme e modi dell'istruttoria, termine per la pronuncia del lodo, criteri per la liquidazione del compenso arbitrale).

Quest'ultima condizione, come noto, ha trovato avveramento, nel settore del pubblico impiego "privatizzato", solo con la sottoscrizione, in data 23 gennaio 2001, dell'accordo-quadro in commento, in vigore dal 31 gennaio dello stesso anno.

Nei testo di questo contratto, come anticipato, è stata dedicata una particolare attenzione alla materia disciplinare, con la previsione di una terza figura di arbitrato disciplinare, basata sull'opzione, nella scelta dell'organo arbitrale, tra il nuovo arbitro unico previsto nello stesso accordo-quadro ed i vecchi collegi arbitrali di disciplina.

Queste tre figure di arbitrato disciplinare si sono succedute nel tempo secondo una sequenza che esamineremo nei successivi paragrafi.

In questa sede, per completare il quadro normativo di riferimento va, infine, ricordata l'abrogazione (ex art. 43 del d.lgs. n. 80 del 1998) dei commi secondo e terzo dell'art. 5, l. 11 agosto 1973 n. 533, sulla impugnazione dei lodi irrituali del lavoro, intervento con cui il legislatore della "seconda privatizzazione" ha inteso attribuire maggiore stabilità alla decisione arbitrale: le norme eliminate prevedevano, infatti, l'invalidità del lodo in caso di violazione di disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo, e l'impugnabilità del lodo nel termine di sei mesi.

Peraltro, su questo punto l'accordo-quadro ha derogato alla disciplina generale, stabilendo, all'art. 4, comma 12, che "nel giudicare gli arbitri sono tenuti all'osservanza delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo", reintroducendo quindi il divieto di un giudizio arbitrale secondo equità (sul punto, si rinvia al commento all'art. 4).

2. I collegi arbitrali di disciplina: l'impossibile abrogazione di questi organi ed il problema della natura rituale o irrituale dei relativi lodi.

Come detto, la prima figura di arbitrato disciplinare introdotta dal legislatore della cd. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego è stata quella dell'arbitrato dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina, prevista nell'ambito dell'unica norma del d.lgs. n. 29 del 1993 dedicata alla responsabilità disciplinare, ovvero l'art. 59 — oggi art. 55 d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001 —, sintetizzando la disciplina del nuovo istituto in tre soli commi di questa norma.

Peraltro, a seguito della cattiva prova pratica data da tale strumento durante i primi anni di applicazione, il legislatore della c.d. "seconda privatizzazione" ha rimesso mano alla materia, "abrogando" — l'art. 28 del d.lg. n. 80, nella parte finale del secondo comma, ha disposto che, a far data dall'entrata in vigore del primo contratto collettivo successivo all'entrata in vigore dello stesso decreto, "cessano di produrre effetti i commi 7, 8 e 9 dell'art. 59 del d.lgs. 3. 2. 1993 n. 29 — il giudizio dinanzi ai collegi arbitrali

di disciplina a Far data dall'entrata in vigore dei secondi contratti collettivi per ciascun comparto (art. 28, comma 2, d.lgs. n. 80 del 1998) ed istituendo, contestualmente, una nuova figura di giudizio "alternativo".

Il citato art. 28 del d.lg. n. 80, infatti, al primo comma, ha previsto il nuovo art. 59-bis del d.lgs. n. 29 del 1993 (rubricato Impugnazione delle sanzioni disciplinari) — oggi art. 56 del d.lgs. n. 165 del 2001 —, secondo il quale "se i contratti collettivi nazionali non hanno istituito apposite procedure di conciliazione e arbitrato, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate dal lavoratore davanti al collegio di conciliazione di cui all'art. 69-bis, con le modalità e gli effetti di cui all'art. 7, commi 6 e 7, della legge 20. 5. 1970 n. 300".

La realtà si è però discostata dal predetto quadro normativo, dal momento che, anche dopo l'entrata in vigore dei secondi contratti di comparto, i collegi arbitrali di disciplina hanno continuato ad operare, seguendo l'interpretazione, fortemente opinabile (per non dire illegittima), espressa sul punto dal Dipartimento della funzione pubblica: la tesi della perdurante operatività dei collegi arbitrali previsti dall'art. 59 del d.lgs. n. 29 del 1993 è stata basata sulla considerazione che il secondo CCNL (comparto ministeri), pur essendo già entrato in vigore, non aveva però ancora dettato una disciplina in tema di procedure di conciliazione ed arbitrato, limitandosi ad effettuare un rinvio della nuova regolamentazione agli artt. 6, lett.c), co. 1 e 35.

La riportata interpretazione (recepita dal Ministero del lavoro nell'ordine via telex del 17. 5. 99 n. 61468/AG 200 diretto a tutte le Direzioni regionali e provinciali del lavoro) con è in alcun modo condivisibile, sia perché in netto contrasto con la chiara lettera dell'art. 28, co. 2, d.lgs. n. 80 del 1998, norma che prevede "sic et simpliciter" la cessazione di efficacia dell'art. 59, commi 7, 8 e 9 d.lgs. n. 29 del 1993 con decorrenza dall'entrata in vigore del nuovo CCNL, senza riferimento alcuno alla circostanza che tale contratto collettivo disciplinasse o meno le procedure arbitrali; e sia perché la stessa lettera degli artt. 6 e 35 del CCNL non conforta in alcun modo la detta tesi, posto che l'art. 6, lett.c), co. 1 si limita a prevedere tra le materie oggetto di consultazione "le modalità per la periodica designazione dei rappresentanti per la composizione del collegio arbitrale delle procedure disciplinari, sino all'entrata in vigore della disciplina inerente i collegi di conciliazione ed arbitrato di cui all'art. 35" e l'art. 35, appunto, al primo comma prevede la data del 31. 1. 1999 come termine per la possibilità di negoziare la specifica materia delle procedure di conciliazione ed arbitrato, senza possibilità interpretativa alcuna di far rientrare tale materia tra quelle per le quali il secondo comma dell'art. 35 ha posto per la negoziazione il diverso termine del 31 dicembre 1999.

L'evidente scontro tra il dettato di una norma primaria, qual'è appunto il citato art. 28, e l'interpretazione della nuova disciplina contrattuale sostenuta dalla Funzione pubblica sembra, in realtà, celare un vero e proprio gioco di forza tra la volontà del legislatore che, conscio del cattivo funzionamento della maggior parte dei collegi arbitrali di disciplina, più volte segnalato, con toni giustamente allarmati, dall'organo giuscontabile ne

ha deciso l'eliminazione e la sostituzione con un nuovo rimedio giustiziale "alternativo" e la opposta volontà dei sindacati dei lavoratori, favorevole, per intuitivi motivi, al permanere in vita dei suddetti collegi.

In ogni caso, come vedremo a breve, i collegi arbitrali di disciplina sono sopravvissuti anche nell'attuale terza fase dell'arbitrato disciplinare, giusta la previsione del primo comma dell'art. 6 in commento.

Di conseguenza, appare utile accennare a quella che è stata la principale questione interpretativa legata a questa prima figura di arbitrato disciplinare, ovvero il problema della natura — irrituale o, al contrario, rituale — del lodo pronunciato da tali organi, con le conseguenti differenze in ordine all'impugnazione (sia sotto il profilo del giudice competente che sotto il profilo dei vizi deducibili) — questa questione è, però, oggi superata, dal momento che l'impugnazione dei lodi pronunciati dai collegi arbitrali di disciplina non potrà che seguire la nuova disciplina ex art. 412-quater c.p.c., come chiariremo oltre.

Sul punto, si è aperta una sorta di braccio di ferro tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella della Suprema Corte di Cassazione che, con una serie di pronunce (misteriosamente poco conosciute) ha sostenuto la tesi opposta rispetto a quella seguita all'unanimità dal giudice amministrativo.

A far data dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 1997 n. 1374, infatti, il giudice amministrativo ha sempre affermato la natura irrituale dei lodi emessi dai collegi arbitrali di disciplina, ritenendo assimilabile l'arbitrato ex art. 59 d.lg. n. 29 del 1993 all'istituto previsto, sempre in materia di sanzioni disciplinari ma nell'ambito del rapporto di lavoro privato, dall'art. 7 della l. 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei lavoratori) "che configura pacificamente un arbitrato irrituale avente un valore essenzialmente negoziale nell'apprestare una soluzione alla lite tra le parti".

L'accennata pronuncia del Consiglio di Stato ha dato il via ad un orientamento assolutamente costante della giurisprudenza amministrativa che, nelle successive pronunce, ha sempre confermato la natura irrituale dell'arbitrato in esame. La riferita tesi dell'arbitrato libero, peraltro, ha una diretta ricaduta sul problema della tutela giurisdizionale, ovvero sulla questione della impugnabilità dei lodi dei collegi arbitrali di disciplina.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa, dopo una posizione iniziale alquanto vaga, ha assunto un orientamento prevalente, ma non pacifico.

Peraltro, non va trascurato che il Consiglio di Stato in seduta consultiva, ha affermato che la decisione del collegio arbitrale di disciplina sarebbe lodo arbitrale rientrante nella previsione dell'art. 19, co. 14 del d. lgs. 29 ottobre 1998 n. 387 e, come tale "va impugnato necessariamente davanti al tribunale, in funzione di giudice del lavoro, della circoscrizione in cui è la sede dell'arbitrato".

Quest'ultima tesi non è, però, condivisibile, dal momento che la normativa richiamata dall'organo consultivo — e cioè l'art. 412-quater c.p.c.,

come riformulato dal citato art. 19, co. 14, d.lgs. n. 387 del 1998 — riguarda la diversa figura di arbitrato del lavoro, prevista dall'art. 412-ter c.p.c., e non l'arbitrato dei collegi di disciplina ex art. 59, d. lgs. n. 29 del 1993 — l'assimilazione tra le due figure non trova appiglio normativo alcuno, ed anzi sia l'interpretazione letterale che un'interpretazione logico-sistemica della disciplina legale sono talmente chiare ed univoche sul punto, da far pensare addirittura ad una vera e propria svista dell'organo consultivo. L'art. 412-ter c.p.c., è rubricato "arbitrato previsto dai contratti collettivi" e subordina il deferimento ad arbitri di controversie di lavoro (pubblico o privato) alla circostanza che tale facoltà sia prevista dalla contrattazione collettiva. L'arbitrato ex art. 59 del d.lg. n. 29 del 1993, invece, è previsto da norma di legge ed è sganciato da ogni previsione contrattuale. Ma, soprattutto, ogni possibile dubbio sulla completa differenza tra le due figure è fugato da un'interpretazione logico-sistemica, basata sulla considerazione che il d.lgs. n. 80 del 1998 è intervenuto, da un lato, in materia di impugnazione delle sanzioni disciplinari con l'art. 28 — prevedendo la successiva abrogazione dei collegi arbitrali di disciplina ex art. 59 cit. e introducendo la possibilità di impugnare le sanzioni disciplinari dinanzi ai collegi di conciliazione nelle forme dell'arbitrato previsto dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, sempre che la contrattazione collettiva non abbia previsto apposite procedure di conciliazione ed arbitrato in subiecta materia —; e, dall'altro, ha deciso di introdurre una nuova specie di arbitrato del lavoro, relativo ad ogni controversia laburistica e non alla sola impugnazione delle sanzioni disciplinari, con una norma (il citato art. 412 ter, con il successivo 412 quater c.p.c.) inserita nel codice di rito e, quindi, di portata generale, non limitata al settore del pubblico impiego privatizzato, ma estesa ad ogni controversia — anche privatistica — di lavoro.

Peraltro, come già accennato, la Cassazione ha sostenuto l'opposta tesi della natura rituale dei lodi dei collegi arbitrali di disciplina, dapprima in due "obiter dicta", contenuti nella sentenza Sez.lav. n. 3373 del 7 aprile 1999 e nella pronuncia a Sezioni Unite n. 1251 del 5 dicembre 2000. In particolare, nella citata sentenza n. 3373 del 1999, la Cassazione, dopo aver premesso di preferire per una serie di considerazioni tecniche la tesi della natura rituale, ha prospettato la differente tutela giurisdizionale esperibile, a seconda cheg. La decisione n. 3373 del 1999 è pubblicata in Giust.civ., 1999, 11, 2997 e ss., con nota si accede all'una o all'altra si acceda all'una o all'altra tesi, affermando che, se l'arbitrato è qualificato come irrituale, le relative decisioni sono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo, se emanate prima del 30 giugno 1998, oppure dinanzi al giudice ordinario, se adottate dopo tale data; mentre se l'arbitrato è qualificato come rituale, il lodo è impugnabile dinanzi alla corte d'appello.

Di conseguenza, seguendo la tesi del lodo rituale considerata preferibile dalla Cassazione nelle citate pronunce, le decisioni dei collegi arbitrali di disciplina sono censurabili in Corte d'appello.

Ove, invece, si aderisca alla tesi della natura irrituale del lodo, è importante sottolineare che la Corte ancora il "discrimen" temporale del 30 giugno 1998 — stabilito dall'art. 45, co. 17, d.lgs. n. 80 del 1998 ai fini del

riparto di giurisdizione del contenzioso sul pubblico impiego "privatizzato" — alla data della decisione arbitrale, e non alla data della sanzione disciplinare impugnata.

Questa tesi, affermata ma non spiegata nella citata sentenza della Sezione lavoro n. 3373 del 1999, è stata ripresa ed approfondita nella successiva pronuncia delle Sezioni unite 19 gennaio 2001 n. 1011 sostenendo che, pur rilevando in generale il momento in cui è stato posto in essere l'atto di gestione del rapporto di lavoro, allorquando l'efficacia di tale atto sia condizionata sospensivamente all'esito di rimedi impugnatori (come, appunto, nel caso dell'impugnazione dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina che, secondo la previsione dell'art. 59, co. 7, d.lgs. n. 29 del 1993, "sospende" l'efficacia della sanzione disciplinare per la durata dello svolgimento della relativa procedura arbitrale), il momento rilevante ai fini del riparto di giurisdizione in questione è quello dell'atto conclusivo della procedura, essendo questo l'atto che viene direttamente ad incidere sul rapporto.

3. L'arbitrato disciplinare ex art. 59-bis d.lg. n. 29 del 1993 (oggi art. 56 del d.lgs. n. 165 del 2001): un'esperienza effimera

Abbiamo già accennato alla circostanza che l'art. 28 del d.lgs. n. 80 del 1998 — in attuazione della delega conferita dall'art. 11, comma 4, l. n. 59 del 1997 —, contestualmente alla "abrogazione" dei collegi arbitrali di disciplina ex art. 59, commi 7, 8 e 9 del d.lgs. n. 29 del 1993, ha previsto l'istituzione di una nuova figura di arbitro in materia disciplinare, aggiungendo, nel corpo del d.lgs. n. 29, l'art. 59-bis, oggi art. 56 del d.lgs. n. 165 del 30. 3. 2001.

La decorrenza dell'operatività di questa nuova forma di arbitro è stata ancorata dalla stessa norma, come già la detta abrogazione, all'entrata in vigore dei nuovi contratti collettivi successivi al d.lg. n. 80 per ciascun comparto.

Pertanto, a seguito della riferita interpretazione di tali norme resa dal Dipartimento della Funzione Pubblica in alcuni pareri richiesti da altre amministrazioni, la "abrogazione" dei vecchi collegi arbitrali di disciplina non è mai stata realizzata e questi organi hanno continuato a funzionare sino al 31 dicembre 1999 e, in alcuni casi, anche successivamente.

Al contrario, l'arbitrato disciplinare previsto dall'art. 59-bis cit., è morto ancor prima di nascere, dal momento che la sua utilizzabilità era legata alla mancata istituzione di apposite procedure di conciliazione ed arbitro da parte della contrattazione collettiva nazionale e, quindi, con l'entrata in vigore dell'accordo-quadro del 23 gennaio 2001 in materia di conciliazione ed arbitro, la possibilità di ricorrere a tale strumento di tutela è, per il momento, venuta meno, così esauendosi, allo stato, quest'esperienza-lampo, durata essenzialmente l'arco di un anno.

Ed infatti, la lettera dell'art. 59-bis, d.lgs. n. 29 del 1993 — oggi art. 56, d.lgs. n. 165 del 2001 — è assolutamente chiara nel "subordinare" l'utilizzabilità dello strumento arbitrale ivi previsto alla mancata istituzione,

in sede di contrattazione collettiva nazionale, di apposite procedure di conciliazione ed arbitrato ("se i contratti collettivi nazionali non hanno istituito apposite procedure di conciliazione e arbitrato, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate..."). D'altra parte, questa tesi trova indiretto avallo anche in un passaggio motivazionale della sentenza della Cassazione, Sez.un., n. 10 del 2001 (citata alla nota 44), allorché la Corte, nel ricostruire il quadro normativo di riferimento in materia di impugnazione arbitrale delle sanzioni disciplinari, afferma che, per il periodo successivo alla sottoscrizione dei primi CCNL successivi al d.lgs. n. 80 del 1998, Vart. 59-bis, d.Ags. n. 29 del 1993, "mentre continua, in via prioritaria, a prevedere la possibilità di ricorso alle procedure di conciliazione ed arbitrato appositamente istituite dai contratti collettivi nazionali, stabilisce che, in difetto di tale istituzione, le sanzioni disciplinari possono essere impuginate dal lavoratore davanti al collegio di conciliazione di cui all'art. 69-bis d.lgs. n. 29 del 1993...".

Su questo punto, quindi, non siamo d'accordo con quella dottrina secondo cui, non evidenziandosi, nell'art. 59-bis cit., alcuna concorrenza, né relazione di competenza, tra fonte legale e fonte contrattuale, questa forma di arbitrato di fonte legale continuerebbe a "coesistere" con l'arbitrato previsto dal nuovo accordo-quadro, con conseguente possibilità di scelta tra i due tipi di arbitrato (legale e contrattuale) in capo al lavoratore colpito da una sanzione disciplinare. Al contrario, riteniamo che, a far data dall'entrata in vigore del nuovo accordo-quadro in materia (ovvero, dal 31 gennaio 2001) e sino alla scadenza dello stesso (l'art. 8 di tale accordo ne prevede la durata biennale), l'applicabilità dell'art. 56 cit. sia da ritenere "sospesa" (in senso atecnico), nel senso che, venuto meno l'accordo-quadro del 23 gennaio 2001, l'arbitrato ex art. 56 cit. potrebbe nuovamente venire utilizzato, in assenza di nuova contrattazione sul punto.

4. L'arbitrato disciplinare previsto nell'art. 6 dell'accordo-quadro su conciliazione ed arbitrato dei 23 gennaio 2001

Come anticipato, nel testo dell'accordo in commento è stato inserito un articolo, il 6, dedicato specificatamente alla materia disciplinare, continuando così il disegno di una regolamentazione "ad hoc" iniziato dal legislatore della prima privatizzazione con l'istituzione dei collegi arbitrali di disciplina ex art. 59 d.lgs. n. 29 del 1993, e proseguito in sede di seconda privatizzazione, con la previsione ex art. 59-bis (sempre del d.lgs. n. 29) dell'arbitrato dinanzi ai collegi di conciliazione.

4.1. Segue: la natura irrituale dei nuovi lodi arbitrali

Il primo punto nodale risolto, già a livello di normazione primaria, è quello della natura giuridica — rituale o irrituale — dei lodi disciplinari pronunciati in base alla nuova normativa pattizia.

In proposito, dobbiamo infatti ricordare che l'accordo-quadro del 23 gennaio 2001 trova la sua fonte nell'art. 412-ter c.p.c., introdotto — unitamente al successivo art. 412-quater — dal d.lgs. n. 80 del 1998, norme

entrambe subito modificate dal dlgs. n. 387 del 1998 (art. 19), a causa dell'incredibile indecisione del legislatore proprio sul punto della natura rituale o irrituale di questo nuovo arbitrato del lavoro.

Infatti, secondo l'originaria previsione del dlgs. n. 80 del 1998 (art. 39), l'arbitrato del lavoro introdotto dall'art. 412-ter c.p.c. era chiaramente di tipo rituale, essendo prevista in modo espresso l'impugnabilità del lodo dinanzi alla corte d'appello, in funzione di giudice del lavoro, per i vizi di violazione di legge e difetto di motivazione (tipici appunto del gravame relativo a lodi irrituali).

Con tale previsione, il legislatore del dlgs. n. 80 aveva probabilmente inteso evitare i difetti dimostrati dalla recente esperienza dei collegi arbitrali di disciplina ex art. 59, commi 7, 8 e 9 del dlgs. n. 29 del 1993, in considerazione della tesi della natura irrituale del relativo arbitrato affermatasi nella giurisprudenza amministrativa (e, peraltro, smentita dalla Suprema Corte nelle pronunce richiamate al par. 2).

Ma il legislatore, come accennato, è subito tornato sui propri passi modificando in modo significativo le norme in questione (art. 19 del d.lgs. n. 387 citato).

Di conseguenza, oggi il nuovo arbitrato del lavoro disciplinato nell'accordo-quadro del 23 gennaio 2001 — sia in generale che in particolare in materia disciplinare — è senza dubbio irrituale, essendo così espressamente definito nella nuova rubrica del citato art. 412-ter c.p.c., ed essendo richiamata, per l'impugnativa dei nuovi lodi, la disciplina dell'art. 412-quater c.p.c., basata sulla competenza del tribunale lavoro (in unico grado) e senza l'indicazione dei vizi tipici dell'arbitrato rituale, previsti nella precedente formulazione della norma.

Di conseguenza, come meglio specificheremo nel par. 4.5 dedicato ai problemi di disciplina transitoria, i lodi pronunciati dai collegi arbitrali di disciplina a far data dal 31 gennaio 2001 sono da qualificare come irrituali e vanno impugnati secondo la nuova disciplina del l'art. 412 -quater c.p.c.

4.2. Segue: la scelta alternativa dell'organo arbitrale

La principale novità contenuta nel primo comma dell'art. 6 in commento è la possibile opzione nella scelta dell'organo arbitrale tra l'arbitro unico" ex art. 2 dello stesso accordo oppure i vecchi "collegi arbitrali di disciplina" ex art. 59, commi 8 e 9, dlgs. n. 29 del 1993 (oggi, art. 55, commi 8 e 9, d.lgs. n. 165 del 2001).

L'opzione, come detto, riguarda esclusivamente la scelta dell'organo arbitrale, e non anche quella della procedura, dal momento che la norma in esame prevede l'impugnabilità delle sanzioni disciplinari "davanti ai soggetti di cui all'art. 59, commi 8 e 9, d.lgs. n. 29 del 1993" (richiamando, quindi, solo i due commi sulla composizione dei collegi arbitrali di disciplina, e non anche il comma 7 sulla vecchia procedura) e specificando che anche in questo caso si applicano le medesime regole" previste nell'accordo-quadro.

Ciò nonostante, la perdurante operatività dei collegi arbitrali di disciplina appare una scelta per nulla condivisibile, in considerazione sia del cattivo funzionamento di tali organi sopra evidenziato, sia della specifica professionalità nel settore laburistico richiesta quale requisito per rivestire il ruolo di arbitro unico, professionalità non richiesta invece per i membri dei collegi arbitrali di disciplina.

4.3. Segue: l'obbligatorietà per l'amministrazione

Nei secondo comma dell'art. 6 in commento è, poi, stabilita la sostanziale obbligatorietà dell'arbitrato per la pubblica amministrazione, con la previsione che "In via sperimentale e fino alla scadenza del presente accordo, la richiesta di ricorso all'arbitro unico è vincolante per la Pubblica Amministrazione, salvo che l'impugnazione abbia per oggetto una sanzione risolutiva del rapporto, e soltanto il ricorrente, in caso di mancato accordo sulla designazione dell'arbitro, ha facoltà di rinunciare all'espletamento della procedura".

Con questa previsione, quindi, la fonte pattizia ha derogato, in materia disciplinare, alla generale regola della facoltatività della procedura arbitrale sancita nell'art. 2 dello stesso accordo, laddove è stabilito che, fermo restando il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, le parti possono concordare di deferire la controversia all'arbitro unico.

Come noto, il principio di facoltatività è strettamente connesso alla regola dell'alternatività, nel senso che, essendo illegittima la previsione di un arbitro (rituale o irrituale che sia) obbligatorio, è evidente che lo stesso deve essere alternativo alla tutela giudiziaria — L'illegittimità dell'arbitrato obbligatorio, affermata dalla Corte costituzionale per l'incompatibilità con il divieto di introdurre giudici speciali nella nota sentenza 14 luglio 1977 n. 127 (in *Dir.lav.*, 1977, 11, 439), è stata sempre ribadita dalla stessa Consulta (cfr. *C.cost.* 24 luglio 1998 n. 325, in *Riv.arb.* 1998, 1, 2332) e dalla Suprema Corte (cfr. *Cass.*, sez.un., 10 febbraio 1992 n. 1458).

Peraltro, l'alternativa giurisdizionale non può essere illimitata: di qui, l'importanza del problema della vincolatività della scelta arbitrale, ovvero dell'individuazione del momento in cui deve ritenersi perfezionato l'accordo compromissorio tra le parti, con conseguente esaurimento della facoltà di scelta alternativa.

Nella specie, mancando la nomina degli arbitri di parte e sussistendo la possibilità di designazione dell'arbitro unico mediante estrazione a sorte, in generale occorre fare riferimento al disposto dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 3, ove è stabilita la facoltà di ciascuna parte di rifiutare l'arbitro sorteggiato, con un meccanismo di rinuncia implicita all'arbitrato in caso di doppio rifiuto ed è previsto il definitivo consolidamento dell'accordo compromissorio all'atto di accettazione da parte dell'arbitro, da depositare, "a cura delle parti, presso la camera arbitrale stabile entro 5 giorni dalla designazione comunque effettuata, sotto pena di nullità del procedimento".

Come detto, il punto della facoltatività-vincolatività della scelta arbitrale è diversamente risolto, come già in precedenza, in materia di sanzioni disciplinari.

L'art. 6 dell'accordo, infatti, da un lato, prevede l'obbligatorietà dell'arbitrato per la pubblica amministrazione in caso di impugnazione delle sanzioni disciplinari conservative (escluse, quindi, le ipotesi di licenziamento); e dall'altro limita la facoltà di rinuncia ex art. 3, commi 2 e 3, al solo lavoratore.

In passato, durante la vigenza della vecchia normativa sui collegi arbitrali di disciplina, l'arbitrato disciplinare era comunque stato considerato come obbligatorio per l'amministrazione, secondo una distorta interpretazione dell'obbligo di conformarsi al lodo previsto in capo alla pubblica amministrazione nella parte finale dell'art. 59, co. 7, dlgs. n. 29 del 1993.

In realtà, non si ravvisa alcuna "ratio" giuridica a fondamento di quest'ingiustificata disparità di trattamento a sfavore dell'amministratore di lavoro, sussistendo in questo genere di previsione un problema di conformità alla garanzia costituzionale del diritto di agire in giudizio.

Peraltro, va anche evidenziato al riguardo che la previsione dell'obbligatorietà dell'arbitrato per la sola amministrazione appare limitata — giusta la lettera del citato comma 2 dell'art. 6 — al caso del giudizio dinanzi all'arbitro unico, con conseguente facoltatività dell'arbitrato in caso di procedura dinanzi ai collegi ex art. 59 dlgs. n. 29, posto che il comma 7 di tale norma — nella cui formulazione si è sempre letta un'ipotesi di arbitrato obbligatorio per l'amministrazione — non è richiamato dall'art. 6 del nuovo accordo-quadro.

4.4. Segue: il termine per l'impugnativa e l'effetto sospensivo dell'impugnazione

Le norme procedurali contenute nell'accordo-quadro in esame non prevedono alcun termine decadenziale per l'impugnativa, né in sede di disciplina generale (artt. 3 e 4), né con riguardo alla materia disciplinare (art. 6).

Di conseguenza, non essendo in alcun modo richiamato il vecchio art. 59, co. 7, dlgs. n. 29 del 1993 — oggi, art. 55, co. 7, dlgs. n. 165 del 2001 —, ove era previsto il termine di "venti giorni dall'applicazione" per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari, dovremmo ritenere che, in mancanza di specifici termini decadenziali, l'impugnativa possa essere effettuata entro gli ordinari termini prescrizionali (salva l'applicabilità, in caso di licenziamento, del termine decadenziale di 60 giorni previsto dall'art. 6, 1, 15 luglio 1966 n. 604, applicabile ai sensi degli artt. 2, co. 2 e 51, dlgs. n. 165 del 2001).

Peraltro, le parti contraenti, a seguito di numerose richieste di chiarimenti pervenute alla cabina di regia su tale delicato punto, hanno deciso di colmare tale lacuna mediante un accordo sull'interpretazione autentica dell'art. 6, comma 1, in commento — l'ipotesi di accordo interpretativo è reperibile in www.aranagenzia.it —, stabilendo che l'art. 6 "non modifica il termine di impugnazione delle sanzioni disciplinari in caso di ricorso alle procedure arbitrali, sia di fronte all'arbitro unico che di fronte ai collegi arbitrali di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 55, del dlgs. n. 165 del 2001. Tale termine

rimane pertanto di venti giorni dall'applicazione della sanzione così come previsto dall'art. 55, comma 7 del d.lgs. n. 165 del 2001 e dall'art. 7, comma 6, della l. n. 300 del 1970" — in proposito, ricordiamo che, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, la sanzione disciplinare può ritenersi "applicata", solo allorquando è stata adottata dal datore di lavoro e comunicata al lavoratore (cfr. Cass. 21 giugno 1988 n. 4240 in *Dir. Lav.*, 1989, II, 238 e, con riferimento al termine biennale di operatività della recidiva, previsto dall' VIII comma dell'art. 7 St.Lav. e decorrente, appunto, dall'applicazione della sanzione, Cass. 15 febbraio 1996 n. 1185, in *Riv.it.dir.lav.*, 1997, 11, 160).

In analogia alla precedente disciplina, invece, il comma 3 dell'art. 6 dell'accordo-quadro prevede la sospensione delle sanzioni disciplinari impugnate sino alla definizione della controversia, salvo il caso di rinuncia alla procedura arbitrale.

4.5. Segue: problemi di disciplina transitoria

Abbiamo visto che, durante questo primo decennio di cd "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, si sono succedute ben tre figure di arbitrato disciplinare. La successione e, spesso, la sovrapposizione, nel tempo di normativa legale e contrattuale in materia, ha posto una serie di complessi problemi di disciplina transitoria (intesa "lato sensu"), circa la concreta operatività delle varie forme di arbitrato a mano a mano previste, con immediate conseguenze sulle concrete modalità di impugnazione dei relativi lodi.

Al riguardo, abbiamo già avuto modo di sostenere che, trattandosi di strumenti di tutela, la data rilevante ai fini dell'utilizzabilità dell'una o dell'altra forma di arbitrato è quella dell'entrata in vigore della relativa disciplina — sul punto, sia consentito il rinvio a NOVELLO, *L'arbitrato disciplinare nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in *Lav.pub.amm.*, 2001, 6, 997 e ss.

Di conseguenza, a far data dal 31 gennaio 2001 — data di entrata in vigore dell'accordo-quadro su conciliazione ed arbitrato del 23 gennaio 2001 —, i pubblici dipendenti con rapporto di lavoro privatizzato possono impugnare le sanzioni disciplinari, con domanda di arbitrato ex art. 6 di tale accordo, dinanzi all'arbitro unico (mediante richiesta di arbitrato da comunicare alla controparte, ai sensi dell'art. 3, co. 1, dell'accordo-quadro) oppure dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina (mediante richiesta da comunicare alla controparte e depositare direttamente presso la sede di tali organi).

Sul punto, quindi, non concordiamo con quanto affermato dal Ministero del lavoro nella circolare n. 19/2001, secondo cui, per risolvere problemi di transizione dalla previgente disciplina legale alla nuova disciplina patrizia assumerebbe decisivo rilievo il termine previsto dall'art. 7, co. 7, L. n. 300 del 1970 (ovvero il termine di dieci giorni all'invito effettuato dalla D.R.L. che ha l'amministrazione per provvedere alla nomina del proprio rappresentante in seno al collegio arbitrale ex art. 59-bis d. lg. n. 29 del 1993), nel senso che 19 se il termine è spirato anteriormente al 31 gennaio 2001, allora gli effetti da ricollegarsi alla richiesta iniziale e alla relativa procedura

restano interamente regolati dalla disciplina previgente al 31 gennaio 2001", mentre "in caso contrario, nell'eventualità cioè che il predetto termine venga a scadere successivamente al 30 gennaio 2001, la disciplina applicabile è costituita da quella collettiva". Tale tesi muove dalla considerazione che "anteriormente al 31 gennaio 2001... l'art. 59-bis prescriveva che la promozione della procedura di conciliazione ed arbitrato per le sanzioni disciplinari avvenisse con le modalità dell'art. 7, commi 6 e 7, della legge 30 maggio 1970 n. 300, ma non spiega in alcun modo perché attribuire un decisivo rilievo proprio al termine assegnato all'amministrazione per nominare il proprio rappresentante.

Sembra invece evidente che, trattandosi di un nuovo strumento di tutela operativo a far data dal 31 gennaio 2001, da tale momento in poi saranno legittime le domande di arbitrato presentate ai sensi dell'art. 6 del nuovo accordo-quadro, non essendo più possibile, sempre da tale data, formulare richieste di arbitrato ex art. 59-bis d. lg. n. 29 del 1993 (giusta la formulazione di tale norma che, come già detto, ne subordina l'operatività alla mancata istituzione pattizia di apposite procedure arbitrali), né tantomeno domande di arbitrato dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina, con le vecchie modalità previste dall'art. 59, co. 7, del d. lg. n. 29 (e, di conseguenza, in queste ultime due ipotesi, l'amministrazione resistente dovrà eccepire l'inammissibilità della domanda).

E "quid iuris" per il caso in cui i collegi arbitrali di disciplina, affitti dal lavoratore dopo il 31 gennaio 2001, abbiano continuato a funzionare con la vecchia procedura? In questo caso, in applicazione di quanto sostenuto circa l'entrata in vigore del nuovo arbitrato contrattuale, riteniamo che il relativo lodo sia impugnabile (deducendone l'invalidità per mancato rispetto delle regole contrattuali), ai sensi dell'art. 412-quater c.p.c., dinanzi al tribunale lavoro in unico grado, posto che dall'entrata in vigore dell'accordo-quadro le domande di arbitrato disciplinare non possono che seguire la nuova procedura contrattuale.

Al contrario, appare erronea la tesi, già sostenuta anche dal Consiglio di Stato in seduta consultiva (nei tre pareri citati al par. 2), che ha affermato l'impugnabilità dei lodi emessi dai collegi arbitrali di disciplina ai sensi dell'art. 59, d. lgs. n. 29 del 1993, secondo la procedura stabilita dall'art. 412-quater c.p.c. (e, quindi, dinanzi al tribunale lavoro della circoscrizione in cui ha sede il collegio), anche prima dell'entrata in vigore dell'accordo-quadro, facendo rientrare i lodi ex art. 59 cit. nella previsione dell'art. 19, co. 14, d. lgs. n. 387 del 1998 — ovvero, nella previsione dell'art. 412-quater c.p.c.

In realtà, a tacer di ogni altra considerazione, appare certa la riferibilità dello strumento di tutela previsto dall'art. 412-quater c.p.c. solo all'arbitrato del lavoro introdotto dal precedente art. 412-ter c.p.c., e la "inoperatività" di questo nuovo arbitrato fino al giorno in cui è intervenuta in materia la contrattazione collettiva nazionale (ovvero, l'accordo-quadro del 23 gennaio 2001).