CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Quaderni del Massimario

"COLLEGATO LAVORO" E TUTELA GIURISDIZIONALE

(artt. 30-33 della legge 4 novembre 2010, n. 183)

(a cura di FRANCESCO BUFFA)

2011

1

UFFICIO DEL MASSIMARIO

"COLLEGATO LAVORO" E TUTELA GIURISDIZIONALE

(artt. 30-33 della legge 4 novembre 2010, n. 183)

(a cura di FRANCESCO BUFFA)

SOMMARIO: I - I LIMITI AL SINDACATO DEL GIUDICE SUI POTERI DEL DATORE DI LAVORO.

1. La norma. Art. 30. - 2. Il divieto di controllo delle scelte datoriali di merito. - 3. Le clausole generali e la fonte collettiva. - 4. La certificazione dei contratti ed il sindacato giudiziale. - 5. Segue: La certificazione dopo la riforma.

II- LA "FUGA" DALLA GIURISDIZIONE: LE PROCEDURE CONCILIATIVE, ARBITRALI E LA CLAUSOLA COMPROMISSORIA.

1. La norma. Art. 31. - 2. Le novità della disciplina in sintesi. - 3. Le conciliazioni. - 4. Procedure arbitrali in materia di lavoro. - 5. Soluzione arbitrale dinanzi alle commissioni di conciliazione. - 6. Procedure conciliative e arbitrali previste dalla contrattazione collettiva. - 7. L'arbitrato proposto al collegio di conciliazione e arbitrato irrituale. - 8. Clausole compromissorie. - 9. La pronuncia arbitrale secondo equità. - 10. Impugnazione del lodo. - 11. Altre procedure arbitrali. - 12. Considerazioni conclusive.

III - TERMINI PER L'IMPUGNAZIONE DEGLI ATTI DATORIALI.

1. La norma. Art. 32, co. 1-4. - 2. La nuova disciplina dei termini di decadenza per l'impugnativa del licenziamento. - 3. La proroga delle disposizioni (decreto c.d. "milleproroghe"). - 4. Profili comparatistici: i termini di impugnazione del licenziamento in altri Paesi europei. - 5. L'estensione della decadenza a varie fattispecie. - 6. Atto impeditivo della decadenza e rilevanza del suo invio. - 7. Atto impeditivo della decadenza e ricorso giurisdizionale. - 8. Il decorso del termine di decadenza e le sue conseguenze.

IV - LE LIMITAZIONI AL RISARCIMENTO DEI DANNI NEL LAVORO A TERMINE ILLEGITTIMO. 1. La norma. Art. 32, co. 5-6. - 2. Il contenuto della disciplina. - 3. La tutela del lavoratore nel regime precedente. - 4. Giurisprudenza sul lavoro a termine. - 5. Profili comparatistici: la tutela del lavoratore a termine in Spagna e in Francia. - 6. L'indennità come mero costo aziendale per la liberazione dal vincolo. - 7. La conversione *ex nunc* e la corresponsione della sola indennità. - 8. La conversione *ex tunc* e la corresponsione di retribuzioni e risarcimento del danno. - 9. Questioni di legittimità costituzionale. - 10. Il principio comunitario di effettività delle sanzioni. - 11. Il principio comunitario del non regresso. - 12. Il principio comunitario di non discriminazione e la parità di trattamento. - 13. L'obbligo di interpretazione conforme.

V - L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE SUI PROCESSI IN CORSO.

1. La norma. Art. 32, co. 7. - 2. L'ambito di applicazione, in particolare in appello ed in cassazione. - 3. Il problema della retroattività della norma nella giurisprudenza CEDU. - 4. Segue: nella giurisprudenza nazionale. - 5. Segue: nella dottrina.

VI - LE MISURE CONTRO IL LAVORO SOMMERSO, I POTERI ISPETTIVI E LA RILEVANZA IN GIUDIZIO DEI RELATIVI ATTI.

1. La norma. Art. 33. - 2. I provvedimenti ispettivi. - 3. L'accesso ed il verbale ispettivo nella riforma. - 4. La nuova disciplina della diffida ispettiva. - 5. La maxi-sanzione. La norma. Art. 4. - 6. La maxi-sanzione per il lavoro nero. - 7. Disciplina transitoria.

BIBLIOGRAFIA.

APPENDICE (cd-rom allegato)

1. d.d.l. 1441 *quater* F. - 2. Messaggio del Presidente della Repubblica sul d.d.l. 1441-*quater* . - 3. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Angelidaki, cause riunite da C-378/07 a C-380/07. - 4. Codice del lavoro francese - Code du travail (estratto). - 5. Codice del lavoro spagnolo (Estatuto de los Trabajadores) (estratto). - 6. Corte di Cassazione sentenza n. 5095/2011. - 7. Corte di Cassazione sentenza n. 16044/02. - 8. Corte di Cassazione sentenza n. 8830/2010. - 9. Corte di Cassazione sentenza n. 12985/2008. - 10. Corte di Cassazione ordinanza n. 2112/2011. - 11. Corte di Cassazione sentenza n. 9251/2010. - 12. Trib. Napoli sentenza 21.12.2010. - 13. Circolare Min. lavoro n. 38/2010. - 14. Circolare Min. lavoro n. 41/2011.

I) LIMITI AL SINDACATO DEL GIUDICE SUI POTERI DEL DATORE DI LAVORO.

1. La norma. Art. 30.

(Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro)

1. In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente.

2. Nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

3. Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni. Nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, il giudice tiene egualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento.

4. L'articolo 75 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente:

"Art. 75. - (Finalità). - 1. Al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro secondo la procedura volontaria stabilita nel presente titolo".

5. All'articolo 76, comma 1, lettera c-ter), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: "e comunque unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, con l'attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi".

6. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Gli adempimenti previsti dal presente articolo sono svolti nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

2. Il divieto di controllo delle scelte datoriali di merito.

L'art. 30 del c.d. collegato Lavoro, approvato con legge n. 183 del 4 novembre 2010, stabilisce che, con riferimento alle norme che contengono clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale degli atti di esercizio dei poteri datoriali è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento,ù all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente

Alla base della norma in commento, secondo i lavori preparatori, è l'obiettivo legale della realizzazione di un'accresciuta prevedibilità degli esiti dei giudizi, necessaria al fine di rendere calcolabili per il datore di lavoro i costi della gestione dei rapporti di lavoro. Parte della dottrina ha condiviso l'opportunità della norma, volta ad evitare <<che possa essere sindacata dal magistrato – che non ha né i poteri né le competenze professionali anche in termini di responsabilità rispetto alla

assunzione da parte dell'imprenditore del relativo rischio di impresa – la opportunità della scelta datoriale. è evidente che ove si legittimi il giudicante a valutazioni nel merito o di opportunità tecnica organizzativa, qualunque norma diviene non solo alquanto incerta, ma essa stessa fonte di contenzioso, perché vincolata ad interpretazioni soggettive e comunque eccessivamente ampie e contrastanti, assegnando al giudice un compito che non gli appartiene e che va ben oltre il controllo su frodi ed abusi comprimendo e deprimendo il libero funzionamento del sistema di relazioni industriali>>[1].

L'obiettivo di certezza normativa lascia, peraltro, trasparire -nemmeno tanto sullo sfondo- una generale tendenza, sottolineata dalla dottrina e già espressa nel Libro Bianco sul mercato del lavoro 2001, e poi sviluppata negli anni fino al collegato lavoro, nel senso che <<si vuole garantire sì la certezza delle relazioni giuridiche, auspicando un'applicazione uniforme delle regole, ma, nello stesso tempo, si diffida del giudice, del quale si vorrebbe disinnescare il potere>>[2].

In tale contesto, si sottolinea da alcuni autori che le disposizioni del collegato lavoro appaiono tutte contraddistinte dalla enfatizzazione del potere organizzativo e gestionale dell'imprenditore, le cui scelte vengono reputate in gran parte insindacabili benché fortemente incidenti sulla condizione dei lavoratori[3], e si finisce con il riconoscere al giudice un ruolo quasi solo notarile e formalista del giudice[4].

In sé, la norma dell'art. 30 del collegato non è nuova, trovando antecedenti nel d.lgs. 276/2003 e nel d.lgs. 368/2001: così, in tema di contratto di somministrazione a termine (art. 27, comma 3) e di lavoro a progetto (art. 69, comma 3), o nel caso di trasferimento d'azienda (ove si prevede che una parte o ramo dell'azienda intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, può essere «identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento»), o in relazione ai contratti a termine (ove si consente la possibilità di stipulare contratti a termine «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo, sostitutivo anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro»); la norma dell'art. 30, tuttavia, rispetto ai precedenti, si caratterizza per la sua generalità, intendendo incidere a tutto raggio sui poteri giudiziali e sul controllo delle scelte imprenditoriali.

Alcuni[5] hanno in ogni caso svalutato le affermazioni di principio dell'art. 30, comma primo, evidenziando che si tratta solo di una norma manifesto, espressiva di una linea politica del legislatore, ma priva di incidenza concreta sui singoli istituti, una sorta di <<enunciazione di carattere ideologico, sostanzialmente innocua o almeno insuscettibili di modificare o ribaltare le ricostruzioni di volta in volta prospettate, un'opinione minimizzante sulla sostanziale neutralità della disposizione in esame, valutata alla stregua di una formula di stile, confermativa di indirizzi giurisprudenziali più o meno consolidati, e inidonea a incidere in maniera significativa, vuoi nella ricostruzione dei singoli istituti, vuoi nei processi interpretativi seguiti dai giudici nell'esercizio della funzione valutativa>>.

Resterebbe, però, quanto meno, la pessima qualità tecnico giuridica del testo[6].

Di contro, si è sottolineato[7] che, <<a volere schematizzare il procedimento logico-argomentativo seguito dai giudici nel controllo degli atti di gestione dei rapporti di lavoro, si possono un po' scolasticamente ricostruire le seguenti fasi di indagine: a) individuazione della causale

---

[1] TIRABOSCHI, *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice,* in AA.VV. (PROIA e TIRABOSCHI cur.), *La riforma dei rapporti e delle controversie del lavoro,* 2011, 31.

[2] MAZZOTTA, *La giustizia del lavoro nella visione del "collegato": la disciplina dei licenziamenti,* in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro,* 2011, XXVII.

[3] FERRARO, *Il controllo giudiziale su poteri imprenditoriali, ibidem,* 2011, 5 ss.

[4] PALMIERI, *Il sindacato giudiziale sulle clausole generali,* in atti del convegno *Giustizia del lavoro e legge n. 183 del 2010,* organizzato a Napoli il 4 marzo 2011.

[5] Come riferito da FERRARO, *op. loc. cit.*

[6] PIVETTI, *La costituzione e le nuove norme in materia di controversie di lavoro contenute nella legge 183 del 2010. La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice,* c.p. in *Riv. Giur. lav.,* 2011, vede nel progressivo degradarsi della qualità tecnica e culturale della legislazione l'espressione della generalizzata legittimazione dell'incompetenza come connotato della politica, con i connessi rischi per la democrazia costituzionale.

[7] FERRARO, *Il controllo giudiziale su poteri imprenditoriali, ibidem,* 2011, 5 ss.

giustificativa dell'atto imprenditoriale; b) verifica del nesso di causalità tra la ragione indicata e il provvedimento adottato; c) accertamento dell'insussistenza di motivi illeciti e/o discriminatori che possono assumere peso determinante nell'operazione aziendale; d) valutazione di sintesi sull'idoneità del provvedimento a incidere sulla posizione del lavoratore, il che vuol dire valutarne la proporzionalità, la ragionevolezza, l'imparzialità, la socialità, in un'ottica, si ripete, di comparazione complessiva degli interessi implicati. Ebbene la norma citata vuole privare il Giudice di quest'ultimo passaggio logico, vale a dire di quello più significativo che si traduce nel valutare le scelte imprenditoriali, non solo alla stregua dei criteri di normalità tecnico-organizzativa, ma anche alla stregua dell'utilità sociale, e quindi degli interessi dei lavoratori nei termini in cui trovano riconoscimento nell'ordinamento giuridico. ...Nell'esercizio di tale attività esegetica si esprime il ruolo più autentico e impegnativo della magistratura del lavoro, la quale non deve limitarsi solo ad applicare la fredda fattispecie legale, ma deve registrare costantemente la conformità delle varie manifestazioni dei poteri imprenditoriali ai parametri prefigurati dall'ordinamento e verificarne la loro compatibilità con interessi e valori alternativi, che, si intende, possono dinamicamente subire processi di valorizzazione o di contrazione. … Su queste basi è sostanzialmente maturata la distinzione teorica, ampiamente accreditata in dottrina e in giurisprudenza, tra limiti intrinseci e limiti estrinseci ai poteri imprenditoriali, là dove sono compresi nella prima categoria quei limiti strettamente coerenti con la necessità che l'attività di impresa si svolga in maniera corretta, equilibrata, funzionale, o altrimenti detto secondo buona fede e correttezza, e non venga quindi direttamente o implicitamente a violare alcuni diritti e valori sostanziali di equità, di giustizia sostanziale, di parità di trattamento e di non discriminazione. ...

Non molto diversamente si esprime il sindacato giudiziario che si esercita nei confronti dei pubblici poteri e della discrezionalità amministrativa, ove sovente il controllo non viene limitato ad una mera verifica della conformità alla legislazione vigente, ma si esprime anche nella direzione di un controllo dell'eccesso, dell'abuso e dello sviamento del potere. Non a caso, del resto, le richiamate categorie giuridiche sono state parzialmente importate anche nel diritto privato, in particolare ai fini del controllo delle relazioni di potere che si sviluppano all'interno delle imprese nella gestione dei rapporti di lavoro, ove, a fronte di un potere imprenditoriale, più o meno originario, può essere ravvisato un interesse legittimo del lavoratore affinché tale potere si eserciti in maniera funzionale, corretta, coerente con i principi generali dell'ordinamento giuridico, e quindi solo in questi termini accettabile>>.

Nella stessa linea, si è rilevato[8] che <<la giurisprudenza pratica la verifica di compatibilità dell'agire datoriale non solo rispetto ai limiti cd. «espliciti» posti dalle singole disposizioni ma anche ai limiti cd. «impliciti» o «interni», la cui fonte immediata è comunemente ravvisata appunto nelle clausole di correttezza e buona fede. Si pensi, alle note di qualifica, ai concorsi per l'accesso a qualifiche superiori nell'ambito dell'impiego alle dipendenze di privati e della PA, all'assegnazione e alla revoca di particolare incarichi; cioè a quegli atti di assegnazione e mutamento di mansioni per i quali la legge pone solo scarni limiti espliciti. E, ancora, al trasferimento, in cui, talora, il controllo dell'atto si spinge fino a verificare che il datore abbia tenuto in considerazione le condizioni personali del lavoratore, anche al fine di scegliere quale trasferire; o alla collocazione in cassa integrazione, potere per il cui legittimo esercizio la giurisprudenza, pur in assenza di precise disposizioni di legge o di contratto collettivo, esige il rispetto del cd. «limite interno» di coerenza, secondo il quale la collocazione in cassa del lavoratore deve risultare congruente rispetto alle ragioni per le quali l'ammissione alla cassa è stata chiesta ed ottenuta. O, per citare un altro caso ricorrente, al licenziamento per giustificato motivo oggettivo plurimo, in cui, di fronte alla possibilità che il licenziamento colpisca indifferentemente una pluralità di lavoratori, ed in presenza di una vera e propria lacuna normativa, la giurisprudenza richiede che l'imprenditore operi la scelta del lavoratore da licenziare applicando i criteri di correttezza e buona fede.

[8] VISONÀ, *I limiti del controllo giudiziale: clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*, relazione al Convegno "*Collegato lavoro: come cambia il diritto del lavoro*", Treviso 22 ottobre 2010.

È chiaro che se nel co. 1 dell'art. 30 si dovesse leggere un divieto all'utilizzo delle clausole generali di correttezza e buona fede una discreta parte dell'agire imprenditoriale verrebbe sottratto al controllo giudiziale e che alla disposizione dovrebbe riconoscersi davvero una portata incisiva>>.

Il controllo di conformità ai criteri di correttezza e buona fede resta infatti un controllo di legittimità, trovando nella fonte legale la sua affermazione.

Vero è peraltro che nella gran parte delle volte il giudice, che sia chiamato a controllare l'operato del datore di lavoro nell'esercizio dei suoi poteri unilaterali conformativi del rapporto, non entra nel merito delle scelte datoriali, dilatando a dismisura in modo improprio il suo sindacato, quanto, invece, dà un contenuto a concetti giuridici che hanno un carattere generico. Il discorso si sposta allora sulla portata generale delle c.d. clausole generali, ed è in tale ambito più ampio che la norma dell'art. 30 cerca di limitare i poteri del giudice.

Resta però escluso che possa seriamente escludersi il controllo del giudice, atteso che <<se le valutazioni competono al datore di lavoro è tautologico che competono a lui. Ma se si tratta di valutazioni in qualche modo o misura regolate dalla legge, sia pure con clausola generale, è altrettanto ovvio che non può essere precluso il sindacato del giudice sulla loro conformità alla legge, anche se quest'ultima è formulata con clausola generale>>.[9]

3. Le clausole generali e la fonte collettiva.

Si è autorevolmente detto che la caratteristica strutturale della clausola generale è quella di essere incompleta e di demandare al giudice del lavoro il proprio completamento tramite l'applicazione di dati esterni all'ordinamento, standard sociali o regole sociali di condotta; l'incompletezza della clausola generale è dunque "intenzionale"[10], rispondendo a precise scelte di politica legislativa; in altri termini, le clausole generali, ovvero le norme elastiche, <<non rappresentano altro che l'occasione-tipo per il giudice di svolgere quel compito che l'impianto dello Stato costituzionale gli affida>>.[11]

Il collegato lavoro intende limitare i poteri interpretativi del giudice in ordine alle clausole generali, condizionando il relativo giudizio a dati variamente configurati: si è anzi detto[12] che <<per l'ipotesi in cui i vari meccanismi di certificazione, conciliazione e arbitrato non consentissero di evitare il ricorso giurisdizionale, il disegno di legge si premura di intervenire a limitare i poteri del giudice>>, e si è parlato di <giurisdizione dimezzata>.[13]

La giurisprudenza, anche di legittimità, si è in più occasioni occupata delle clausole generali, e ne ha precisato natura e sindacabilità. Da ultimo, Cass. Sez L, sentenza n. 5095 del 2/3/2011 ha affermato che <<la giusta causa di licenziamento, quale fatto "che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto", è una nozione che la legge - allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo - configura con una disposizione (ascrivibile alla tipologia delle cosiddette clausole generali) di limitato contenuto, delineante un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama. Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è quindi deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni, e della loro concreta attitudine a costituire giusta

[9] PIVETTI, *La costituzione e le nuove norme in materia di controversie di lavoro contenute nella legge 183 del 2010. La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice, cit.,* 2011, 5.

[10] RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali,* in *Riv. civ. Dir. Proc.*, 1987, 728.

[11] SANLORENZO, *I limiti al controllo del giudice,* in *Questione giustizia,* 2010, 6, 27.

[12] PICCININI e PONTERIO, *La controriforma del lavoro,* in *Questione Giustizia,* 2010, 3, ed in www.di-elle.it, 2010.

[13] BARRACO, *Il Collegato lavoro: un nuovo modus operandi per i pratici e, forse, un nuovo diritto del lavoro,* in *Lav. Giur.,* 2010, 4, 346.

causa di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e sindacabile in cassazione a condizione che la contestazione non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di incoerenza rispetto agli "standards", conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale. (Nella specie, il lavoratore, durante un periodo di assenza dal servizio per malattia, aveva sottoscritto certificati di sanità veterinaria - rilasciabili solo dal veterinario in servizio presso il distretto di appartenenza - per la spedizione internazionale di prodotti caseari con apposizione di falsi protocolli alle certificazioni medesime, così realizzando una grave violazione del vincolo fiduciario alla base del rapporto di lavoro; la S.C., nel rigettare il ricorso, ha rilevato che correttamente il giudice di merito aveva escluso ogni rilievo alla circostanza che la certificazione fosse stata richiesta dall'interessato per non aver trovato l'ufficio funzionante, atteso che nessuna verifica sul mancato funzionamento era stata posta in essere dal lavoratore, a cui, comunque, non competeva ovviare ad eventuali carenze)>>.

Sul tema, altresì, Cass. Sez. L, Sentenza n. 25144 del 13/12/2010, secondo la quale <<giusta causa di licenziamento e proporzionalità della sanzione disciplinare sono nozioni che la legge, allo scopo di adeguare le norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, configura con disposizioni, ascrivibili alla tipologia delle cosiddette clausole generali, di limitato contenuto e delineanti un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama. Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è, quindi, deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, ovvero a far sussistere la proporzionalità tra infrazione e sanzione, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e incensurabile in cassazione se privo di errori logici o giuridici. Pertanto, l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare le clausole generali come quella di cui all'art. 2119 o all'art. 2106 cod. civ., che dettano tipiche "norme elastiche", non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'applicazione della clausola generale, poiché l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie si colloca>>.

Con particolare riferimento alla materia dei licenziamenti, l'art. 30 comma 3 stabilisce che, nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro certificati, e che a tali contratti fa riferimento altresì nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento: <<sino ad ora secondo l'indicazione della giurisprudenza maggioritaria il giudice era vincolato dalle tipizzazioni soltanto a favore del lavoratore (ad es. se il c.c.n.l. prevede la possibilità di licenziare per giusta causa dopo tre giorni di assenza ingiustificata, sicuramente è illegittimo il licenziamento intimato dopo due soli giorni), ma non in negativo (per riprendere l'esempio, il giudice poteva ben accertare che, malgrado quattro giorni di assenza ingiustificata, il licenziamento non fosse giustificato). La norma pare invece ora vincolare maggiormente il giudice, la cui valutazione sarebbe vincolata in modo ambivalente, con possibile superamento dell'art. 12 della L. n. 604/1966 (secondo cui in materia di licenziamenti i contratti collettivi sono abilitati soltanto a deroghe *in melius*)>>[14].

[14] BARRACO, *cit.*, 2010, che segnala che le tipizzazioni possono essere fissate da contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e che, non essendo predeterminato il livello, è da ritenere che siano abilitati anche i contratti territoriali e quelli aziendali.

Secondo alcuni, la norma in commento è speciale e prevale sulla disciplina generale[15]; peraltro, la norma è davvero rivoluzionaria in quanto sottopone il rapporto di lavoro ad una sorta di "civilizzazione" ossia di riduzione ai principi del diritto civile[16].

Altri[17] si sono chiesti se, a fronte di tale disposizione, il legislatore abbia voluto semplicemente incidere sui poteri del giudice, vuoi ribadendo i termini dell'attuale sindacato giudiziale sulle nozioni di giusta causa e giustificato motivo accolti in giurisprudenza –così riconfermando quelle nozioni–, vuoi modificando i parametri di giudizio –così indirettamente ridisegnando i concetti di giusta causa e giustificato motivo– oppure abbia addirittura voluto incidere sul rapporto fra le fonti di disciplina del rapporto di lavoro, rendendo derogabili *in pejus* a danno del lavoratore le norme in tema di giustificazione del licenziamento, legittimando il contratto collettivo (ma anche, come si vedrà *infra*, il contratto individuale certificato) a modificare in senso peggiorativo per il lavoratore i limiti al potere di recesso del datore di lavoro.

E, quanto al rapporto con la contrattazione collettiva, si è osservato che la certificazione del contratto individuale in contrasto con le previsioni del c.c.n.l. (se si possa mai ipotizzare che la commissione lo certifichi) non può derogarvi, o in quanto o il datore è aderente alle organizzazioni sindacali (e la clausola individuale difforme sarà nulla *ex* art. 2077 cod. civ.), o perché comunque il giudice dovrà tener conto del principio legale di proporzionalità di cui alla norma inderogabile dell'art. 2106 cod. civ., sicché la norma del collegato in commento potrà esplicare una qualche incidenza <<solo nel caso, veramente difficile ad ipotizzarsi, di un settore privo di alcuna normativa collettiva, o per la marginale ipotesi di integrazioni (delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo contenute nei contratti collettivi) rispettose del principio di proporzionalità>>[18].

4. La certificazione dei contratti e il sindacato giudiziale.

L'art. 5 della legge delega n. 30/2003 e gli art. da 75 a 84 del d.lgsl. n. 276/2003 contengono la disciplina della certificazione dei contratti di lavoro: si tratta di disposizioni in materia di volontà assistita delle parti, ossia di norme volte a validare la volontà delle parti private per assegnare efficacia legale all'accertamento da esse compiuto del rapporto negoziale lavorativo tra le stesse intercorrenti, ed individuando così l'esatta qualificazione giuridica della fattispecie concreta.

L'introduzione di tale corpo di regole mira proprio alla riduzione del contenzioso giudiziario in materia di qualificazione dei contratti di lavoro ed assicura una certezza giuridica minima, valorizzando e cristallizzando (con i limiti che si evidenzieranno di seguito) la volontà delle parti del rapporto.

Il nuovo istituto è pensato per i rapporti di lavoro privato e non è applicabile al rapporto di lavoro di pubblico impiego o di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni (per il quale invece pure possono ben porsi problemi di sommerso atipico).

La certificazione, in origine prevista solo per alcuni contratti di lavoro subordinato (intermittente, ripartito, a tempo parziale), autonomo parasubordinato (a progetto) e associativo (associazione in partecipazione), è ora consentita per tutti i <<contratti di lavoro>> (art. 75, c. 1, come sostituito dal d.lgs. n. 251 del 2004). Può riguardare, altresì, il regolamento interno delle cooperative di lavoro nella parte relativa ai contratti di lavoro con i soci (art. 83), nonché i contratti di appalto ai fini della distinzione dalla somministrazione di lavoro (art. 84). Infine può riguardare le rinunzie e transazioni dei lavoratori, anche parasubordinati a progetto, relative a diritti derivanti da norme inderogabili di legge e collettive (artt. 68 e 82), da non confondere con la derogabilità assistita nella fase di disciplina del rapporto, che non potrebbe mai essere prevista utilizzando i termini "rinunzia" e "transazione" riguardanti tipicamente la disposizione di diritti già acquisiti.

---

[15] BARRACO, *loc. cit.*; VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010,* in *Mass. Giur. Lav.*, 2010.

[16] BARRACO E., *op. loc. cit.*

[17] CARINCI M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 114/2011.

[18] CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in AA.VV. (cur. CINELLI e FERRARO), *cit.*, 31.

Partendo dal nuovo presupposto secondo il quale il modello di lavoro di cui all'art. 2094 cod. civ., l'archetipo della fattispecie lavoro subordinato, non sia più il punto di riferimento unico e decisivo della qualificazione giuridica delle varie situazioni negoziali, alle parti viene quindi data la possibilità di esplicitare i contenuti del contratto e la definizione giuridica dello stesso attraverso un'istanza scritta comune alle parti, che valga a prefissare *ex ante* gli effetti del contratto, legittimando in tal modo –entro certi limiti– una rinunciabilità e transigibilità di diritti dei lavoratori derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo, prima ancora della loro maturazione effettiva.

È bene precisare, tuttavia, che la disciplina introduce un meccanismo idoneo a creare certezza giuridica attraverso l'assistenza alla volontà delle parti private, ma non intende (né potrebbe) ridurre l'area dell'inderogabilità delle norme a favore del lavoratore né restringere i poteri del giudice di verificare la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, ovvero l'erronea qualificazione del contratto: si è già visto, infatti, come le garanzie del lavoro abbiano un fondamento costituzionale che pone un limite, oltre che alle parti, anche allo stesso legislatore, che non potrebbe elidere quelle tutele, quei principi, quei diritti dei lavoratori.

Vi è dunque una notevole differenza tra la derogabilità assistita e la certificazione: nel primo caso, alle parti è consentito di disciplinare il proprio rapporto anche in deroga a disposizioni di fonte legale o collettiva, sotto il controllo di un organo imparziale e garante dell'effettiva volontà e della equità del regolamento negoziale, con conseguente irrevocabilità dell'efficacia del contratto.

Al contrario, l'assistenza prevista in sede di certificazione non conduce alla formazione di un atto non impugnabile, sicché l'attività di assistenza non assurge ad elemento costitutivo del contratto che dà vita al rapporto che ne consegue. In tale ultimo caso, la procedura di certificazione non può spingersi nell'area dell'inderogabilità e non può legittimare deroghe a disposizioni altrimenti inderogabili; gli effetti sostanziali della certificazione consistono solo nel divieto fatto alle parti di avvalersi di forme di autotutela per la difesa di diritti in contrasto con la qualificazione del rapporto certificato, se non previa impugnativa della certificazione stessa.

Con l'intervento della pubblica amministrazione, la volontà delle parti viene assistita nella qualificazione del contratto di lavoro, producendo un atto che accede al contratto di lavoro voluto dalle parti allo scopo di attestare la corrispondenza dell'assetto negoziale alla loro volontà effettiva e recependo altresì il giudizio della commissione di certificazione di esatta qualificazione del contratto alla stregua dei canoni legali e di disciplina collettiva.

Alla certificazione provvedono apposite commissioni di certificazione, iscritte in un albo nazionale, istituito con decreto interministeriale 14 giugno 2004.

La certificazione, effetto dell'accordo delle parti in ordine al programma negoziale e dell'imprimatur del certificatore, produce effetti, per le parti e per i terzi, fino al momento in cui sia accolto in giudizio la domanda volta all'impugnazione della certificazione medesima: in tal modo, il contratto delle parti ha una certezza che può essere demolita solo attraverso un procedimento giurisdizionale.

In altri termini, il contratto di lavoro, una volta avuto l'*imprimatur* del certificatore, diviene intangibile per le parti ed i terzi interessati, impedendo loro di porre in essere validamente atti di autotutela riconducibili ad altro differente tipo negoziale, ed inoltre impedendo di agire in giudizio per la tutela di propri asseriti diritti soggettivi che hanno fondamento in una diversa qualificazione del rapporto, se non impugnando previamente per i motivi previsti la certificazione.

Ciò importa un aggravamento del carico probatorio del soggetto, sia esso parte o terzo rispetto al rapporto, che intende dimostrare in giudizio una effettiva natura del rapporto diversa da quella oggetto della certificazione, in quanto il ricorrente sarà onerato di dimostrare non solo gli elementi di fatto costitutivi della fattispecie rivendicata, ma anche di sconfessare il contenuto della certificazione, vincendo in tal modo la presunzione relativa che dalla stessa certificazione deriva.

Il ricorrente potrà scegliere tra l'impugnazione diretta ed autonoma della certificazione e la impugnazione della stessa contestualmente alla richiesta di tutela giurisdizionale di diritti aventi

fondamento in una diversa qualificazione del rapporto, ma sarà precluso invece chiedere tale ultima tutela senza impugnare anche la certificazione.

Né potrebbe attribuirsi alla mera domanda di tutela giurisdizionale il valore implicito di una impugnazione della certificazione: la giurisprudenza maturata con riferimento all'art. 2113 cod. civ. ha infatti sempre ritenuto che la possibilità di configurare l'impugnazione tacita sussiste solo quando in negozi abdicativi non siano stati conclusi in una delle sedi protette, risultando comunque invalidi.

Occorrendo una impugnazione espressa della certificazione (e, ai fini della procedibilità, il tentativo di conciliazione relativo specifico), la certificazione produce l'effetto preclusivo della autonoma tutelabilità di situazioni soggettivi che hanno presupposto in qualificazione del rapporto contrastante con quella effetto del procedimento certificatorio, precludendo fino all'impugnazione della certificazione (in modo autonomo o nello stesso giudizio) la configurabilità giuridica della situazione soggettiva predetta e dunque incidendo sulla proponibilità stessa della relativa tutela giurisdizionale. Si è così detto in dottrina che il giudice, pur non essendo vincolato sulla correttezza della certificazione, è vincolato dalla certificazione per l'accertamento di un differente rapporto fino a quando la certificazione non sia impugnata.

<<La sostanza della certificazione dei contratti di lavoro disciplinata dal d.lgs. n. 276/2003 è, infatti, quella della riconduzione del contratto a un determinato tipo negoziale, con l'unica particolarità che, pur non essendo compiuta da un organo giurisdizionale, s'impone coi caratteri della "certezza legale" fino all'accertamento giudiziale contrario (art. 79)>>[19].

Peraltro, per la qualificazione del rapporto di lavoro vale dunque la distinzione, di teoria generale prima che di diritto positivo, tra la volizione dei fatti costitutivi della fattispecie, e la qualificazione della fattispecie ai fini della riconduzione a essa degli effetti giuridici; inoltre, in questo secondo ambito, opera il principio dell'"indisponibilità del tipo legale", che impedisce che, qualificando il contratto in maniera tale da ricondurlo a un tipo diverso da quello al quale sono legalmente imputati effetti inderogabili, si realizzi, in via indiretta e surrettizia, la deroga alla disciplina imperativa dei rapporti di lavoro.

In ordine alle impugnazioni della certificazione, viene attribuito al giudice amministrativo il potere di annullamento e di sospensione dell'atto certificativi limitatamente alla fattispecie della violazione del procedimento o al vizio di eccesso di potere, mentre viene attribuito al giudice ordinario, ed in particolare al giudice del lavoro, la cognizione sugli effetti dell'atto in relazione ai vizi del consenso, all'erroneità della qualificazione del rapporto, alla difformità dal programma negoziale della fattispecie concreta.

Esaminando nel dettaglio le diverse impugnazioni, va rilevato che la certificazione può essere viziata da errore, consistendo nell'errata interpretazione da parte del certificatore della normativa posta a base della disciplina dei rapporti certificabili ovvero nell'applicazione della normativa ad una fattispecie concreta diversa da quella ipotizzata dal legislatore: tali errori (rientranti nella generale figura dell'errore di diritto) sono ben possibili in quanto nel compiere la propria attività certificatoria l'amministrazione si limita a prendere atto delle sole dichiarazioni di volontà rese dalle parti, sena indagare la genuinità della volontà sottesa a tali dichiarazioni e prescindendo altresì da qualsiasi indagine in ordine ad eventuali vizi del consenso o in ordine all'effettivo assetto di interessi in concreto perseguito dalle parti, e si limita a sussumere il concreto assetto dichiarato dalle parti in uno degli astratti tipi negoziali previsto dalle norme. Rileva inoltre il comportamento effettivamente tenuto dalle parti nella fase esecutiva del rapporto di lavoro, in quanto questo prevale sulla volontà espressa in sede di formazione del contratto così come sul *nomen juris* prescelto dalle parti per qualificare il loro rapporto: il principio di effettività può dunque portare alla caducazione della certificazione, tutte le volte in cui la realtà sia diversa dal programma negoziale pattuito e tale da portare ad una diversa qualificazione del rapporto tra le parti.

Resta in tal modo possibile, oltre che l'impugnazione per eccesso di potere o vizi procedimentali dell'atto amministrativo, l'impugnazione per erroneità della qualificazione (che è un'ordinaria azione di accertamento della natura giuridica del rapporto, che presuppone una cognizione, con

[19] TURSI, L*a certificazione dei contratti di lavoro,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 19/2004.

conseguente potere di disapplicazione, dell'atto amministrativo illegittimo) nonché l'impugnazione per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua attuazione (che, oltre a essere un'ordinaria azione di accertamento della natura giuridica del rapporto, a ben vedere non presuppone nemmeno una cognizione dell'accertamento amministrativo, poiché nessun accertamento è mai intervenuto sui fatti sopravvenuti o, meglio, sulla novazione oggettiva del contratto di lavoro[20].

Resta evidente poi che la certificazione, che pure ha valore presuntivo stragiudiziale, non potrà in giudizio avere valore probatorio alcuno, costituendo essa l'oggetto dell'impugnativa del ricorrente e non essendo un mezzo di prova: alcuni vi hanno attribuito un valore analogo a quello di un parere autorevole reso dalla pubblica amministrativo, ma con rilievo non dissimile da quello di un precedente giurisprudenziale. Resta peraltro escluso che valore probatorio sia attribuibile al comportamento delle parti tenuto in sede di certificazione, non essendo questo rilevante al fine della qualificazione del rapporto (che si svolge nella realtà fenomenica al di fuori ed al di là della procedura certificativa), rilevando tale condotta solo ai fini delle spese di lite, ma non ai fini della decisione della lite.

Va peraltro ricordato che la maggior parte delle controversie «qualificatorie» risiede nella discrasia tra il contenuto contrattuale e la successiva fase d'attuazione del rapporto[21], evidenziandosi in tema che la stessa Corte costituzionale afferma che, allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento - eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni concordate dalle parti e con il *nomen iuris* da loro prescelto - siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile, sicché un'eventuale norma legislativa che impedisse la riqualificazione giudiziale del contratto sarebbe costituzionalmente illegittima (Corte cost. 31 marzo 1994, n. 115).

Quanto fin qui detto evidenzia che la certificazione non potrebbe offrire un contributo decisivo al raggiungimento dell'obiettivo -perseguito dalla riforma- della riduzione del contenzioso[22].

Come si è già accennato, il vincolo derivante dalla certificazione riguarda non solamente le parti del rapporto ma anche i terzi e, segnatamente, gli enti previdenziali ed il fisco, i quali pure possono essere interessati a rimuovere gli effetti della certificazione al fine di ottenere dal datore di lavoro le differenze contributive e impositive derivanti dalla diversa qualificazione del rapporto .

Ciò spiega il disposto dell'art. 78 co. 2 lett. A), che prevede una specifica informativa agli enti previdenziali –nei cui confronti l'atto certificativi è destinato a produrre i propri effetti– circa l'esistenza di una procedura certificativi in corso, proprio al fine di consentire agli stessi di interferire nel procedimento qualificatorio della fattispecie attraverso proprie osservazioni.

Una volta perfezionata la certificazione, tuttavia, agli enti è preclusa la possibilità di adottare atti di autotutela che presuppongano una qualificazione del rapporto diversa da quella certificata, occorrendo la previa impugnazione della certificazione da parte dell'ente previdenziale: è infatti previsto espressamente dall'art. 78 co. 2 lett. D) del decreto legislativo 276/03 che l'atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti, non solo civili, ma anche amministrativi, previdenziali o fiscali.

Più specificamente, l'effetto verso i terzi consiste nella nullità di qualsiasi atto che presupponga una qualificazione del contratto diversa da quella certificata fino a quando la certificazione non sia rimossa con sentenza di merito. Pertanto sono nulli i precedenti provvedimenti amministrativi o giurisdizionali in contrasto con la certificazione (ad es. ordinanze ingiunzioni, cartelle di pagamento, decreti ingiuntivi, diffide anche accertative di crediti, disposizioni, prescrizioni), con la sola eccezione dei provvedimenti cautelari (art. 79).

L'istituto italiano della certificazione, dunque, si differenzia da altri modelli stranieri, quali ad

[20] Così TURSI, *cit.*, 2010.
[21] NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 8/2003.
[22] NOGLER, *cit.*, 2003, 113.

esempio dall'istituto tedesco dello *Statusfestellungsverfahren* (introdotto dalla legge di promozione del lavoro autonomo del 1999 e regolato da tre disposizioni (§§ 7 a-c) del libro IV° del codice della legislazione sociale (*Sozialgesetzbuch*). Nel modello tedesco, infatti, le parti interessate possono richiedere per iscritto, compilando appositi formulari 148, che l'istituto federale di previdenza degli impiegati (*Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* (BfA) accerti (*ex ante* ma anche, ed anzi, più spesso, *ex post* rispetto all'attuazione del rapporto se sussista o no un rapporto d'occupazione soggetto alle assicurazioni obbligatorie legali regolate nel *Sozialgesetzbuch*, ed il provvedimento amministrativo che conclude il procedimento tedesco assume rilevanza solo sul piano previdenziale e consiste nell'accertamento circa la sussistenza o no dell'obbligo della contribuzione previdenziale.

Come già rilevato[23], in sede di opposizione a ruolo esattoriale o ad ordinanza ingiunzione ove la pretesa contributiva o sanzionatoria sia fondata su una qualificazione del rapporto diversa da quella oggetto di certificazione, il giudice in assenza di impugnazione preventiva della certificazione non potrà che annullare la pretesa dell'amministrazione; si discute, peraltro, se sia precluso all'amministrazione di introdurre in via riconvenzionale nei detti giudizi di opposizione la impugnazione della certificazione, atteso che, secondo alcuni, tale atto dovrà essere preventivo o coevo, e mai successivo, alla pretesa giudiziale di tutela di diritti incompatibili con la certificazione, e ribattendosi da altri che le contrapposte ragioni delle parti saranno accertate contestualmente nell'unico giudizio. Diverso discorso potrebbe farsi secondo alcuni in relazione all'impugnazione della certificazione innanzi al giudice amministrativo, in quanto in tal caso il giudice ordinario – trattandosi di vizio di legittimità dell'atto amministrativo conoscibile in via incidentale dal giudice ordinario e non di vizio oggetto di una specifica domanda proponibile *principaliter* innanzi al giudice ordinario- potrà ben valutare incidentalmente la legittimità dell'atto e disapplicarlo secondo le regole generali, senza attendere la pronuncia del TAR.

Occorre in ogni caso verificare quali siano i poteri residui dell'ente previdenziale non preclusi dalla certificazione: non bisogna dimenticare del resto che l'obbligo contributivo sorge immediatamente al verificarsi delle condizioni oggettive e soggettive richieste dalla legge e indipendentemente dalla volontà delle parti, essendo del tutto autonomo il rapporto contributivo rispetto al rapporto di lavoro ed indisponibili le posizioni soggettive che in quello hanno fondamento, e che le parti possono influire sul venir in essere dei presupposti prefigurati nelle fattispecie legali ma non sulle conseguenze di diritto pubblico che derivano *ex lege* dalle stesse fattispecie.

È vero allora, secondo quanto detto, che non sarà possibile la contestazione delle infrazione né l'esecuzione dei pretesi crediti fondati su una doverosa qualificazione del rapporto (né, secondo alcuni, la stessa l'iscrizione a ruolo del credito), né infine la domanda di condanna all'adempimento dei pretesi debiti contributivi in un ordinario giudizio in cui non sia impugnata anche la certificazione.

La legge stessa tuttavia mantiene fermi i poteri di accertamento e di vigilanza dell'ente pubblico: dunque, gli enti previdenziali hanno conservato la potestà di "disconoscere" i rapporti certificati e dunque possono qualificare diversamente e in difformità dalla certificazione le fattispecie: tale orientamento è da ritenersi condivisibile in base al principio di autonomia del rapporto previdenziale dal rapporto di lavoro ed ai principi di indisponibilità ed obbligatorietà della tutela previdenziale; l'attività di ispezione ed accertamento e la redazione del verbale ispettivo, quali attività prodromiche rispetto all'emissione del verbale di contestazione delle infrazioni, sono allora sempre possibili e doverose. Del resto, è chiaro che nel caso di difformità della fattispecie concreta dal programma negoziale formalizzato dalle parti, l'accertamento ispettivo ha ad oggetto fatti diversi da quelli oggetto di certificazione, in relazione ai quali nessuna preclusione di accertamento può derivare per ciò stesso dalla certificazione, impedendo questa solo di trarre –momentaneamente– alcune conseguenze dagli accertamenti compiuti dall'organo ispettivo.

Nei giudizi di opposizione a verbali ispettivi che disconoscano rapporti certificati, l'Ente

[23] BUFFA, *Lavoro nero,* Torino, 2008.

previdenziale ha l'onere di introdurre, in via incidentale e con domanda riconvenzionale, la domanda di accertamento dell'erroneità e/o difformità del rapporto, in tal modo contrastando la forza legale della certificazione.

Secondo un primo orientamento la certificazione si configura totalmente preclusiva dell'iscrizione a ruolo, avendo questo natura di mero atto prodromico all'esecuzione che nel caso è preclusa: in tal senso, l'Ente previdenziale, come gli altri "terzi", può tutelarsi solo con il rimedio di cui all'art. 80 del decreto, ossia proponendo autonomo ricorso giudiziale a carattere demolitorio dell'atto di certificazione; detto ricorso si porrebbe quindi come condizione pregiudiziale per l'avvio del procedimento di riscossione coattiva, che rimarrebbe così precluso fino alla definizione del giudizio *ex* art. 80 citato.

Altri sottolineano l'autonomia del rapporto previdenziale dal rapporto di lavoro e richiamano, per un verso, i principi di indisponibilità e obbligatorietà della tutela previdenziale e, per altro verso, quelli processuali di economia e celerità dei giudizi. Ritengono che la certificazione non è preclusiva dell'iscrizione a ruolo, considerati anche i termini di decadenza previsti per l'iscrizione medesima, anche se rimane in ogni caso inibita ogni attività esecutiva fino alla conferma giurisdizionale della legittimità dell'iscrizione a ruolo.

Resta invece minoritario l'orientamento di coloro che ammettono l'iscrizione a ruolo del credito contributivo in difformità dalla certificazione e l'esecuzione, salva l'opposizione del debitore iscritto a ruolo che avrebbe l'onere di introdurre il giudizio di opposizione al ruolo nel cui ambito sarebbe possibile l'accertamento incidentale dell'erroneità della certificazione.

Queste problematiche sembrano peraltro del tutto astratte se si considera la direttiva del ministero del Lavoro del 18 settembre 2008 (direttiva Sacconi) che ha sancito che <<l'azione di vigilanza degli enti ispettivi, in riferimento ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, ed a quelli di associazione in partecipazione, si debba concentrare esclusivamente sui contratti che non siano già stati sottoposti al vaglio di una delle commissioni di certificazione, intendendosi con ciò tanto i contratti positivamente certificati quanto quelli ancora in fase di valutazione. Il controllo degli enti ispettivi su tali contratti potrà allora avvenire soltanto qualora: a) si evinca con evidenza immediata e non controvertibile la palese incongruenza tra il contratto certificato e le modalità concrete di esecuzione del rapporto di lavoro; b) sia stata fatta richiesta di intervento da parte del lavoratore interessato, e sempreché sia fallito il preventivo tentativo di conciliazione monocratica *ex* articolo Il, decreto legislativo n. 124/2004. La direttiva ha preso inoltre - sebbene sinteticamente - posizione sui rapporti di lavoro flessibile (facendo con tale locuzione riferimento a quelli a tempo determinato, a tempo parziale, di lavoro intermittente ed occasionale) e sui contratti di appalto e subappalto: con riferimento ai primi, ha statuito che l'attenzione degli ispettori si dovrà concentrare soltanto sui contratti non certificati, e con riferimento ai secondi ha del tutto similmente disposto che dovranno sì essere oggetto di specifico ed attento esame da parte degli ispettori, ma che l'attenzione dovrà concentrarsi sui contratti che non sono già stati oggetto di certificazione. Tali indicazioni ministeriali, oltre a perseguire la finalità di ridurre la duplicazione degli interventi da parte di organismi amministrativi che, sebbene con poteri e competenze differenti, si occupano di fatto di indagare sui medesimi profili, costituiscono certamente un valido incentivo per la diffusione della certificazione e dei positivi riflessi che da questa derivano in termini di deflazione del contenzioso, ma anche per la promozione della regolarità in senso più ampio, riconoscendo a tale istituto un molo attivo ed autorevole nella lotta alle simulazioni.>>[24].

Si crea in tal modo, in altri termini, un settore in cui il giudice resta "l'ultima spiaggia" per una tutela effettiva dei diritti, giacché, <<attenendosi a consimili criteri, gli organi ispettivi dello Stato rischierebbero di divenire complici di gravi violazioni di legge commesse in danno dei lavoratori e delle stesse pretese contributive degli enti previdenziali>>[25].

[24] PASQUINI e TIRABOSCHI, *Nuovi spazi della certificazione: efficacia e tenuta giudiziaria,* in AA.VV. (cur. Proia e Tiraboschi), *cit.*, 49.

[25] RIVERSO, *La certificazione dei contratti e l'arbitrato: vecchi arnesi, nuove ambiguità,* in *Questione giustizia,* 2010, 6, 38.

La decisione giudiziale che accoglie la domanda di impugnativa della certificazione avrà effetto retroattivo, nel senso che non solo retroagirà al momento della proposizione della domanda ma opererà per legge *ex tunc*, fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale, sicché da tale data decorrerà l'obbligo di corrispondere i contributi previdenziali ed i premi assicurativi. Con riferimento alle sanzioni amministrative e penali per l'evasione contributiva e fiscale derivante dall'erronea qualificazione del rapporto certificato, invece, parte della dottrina tende a limitare la responsabilità datoriale in caso di accoglimento dell'impugnativa della certificazione per erronea qualificazione da parte della commissione, sul presupposto della tutela dell'affidamento del datore o, forse potrebbe dirsi meglio, della assenza di elemento soggettivo dell'illecito penale ed amministrativo.

5. Segue: la certificazione dopo la riforma.

L'art. 30 della legge n. 183 del 2010 modifica alcune disposizioni che riguardano la certificazione dei rapporti di lavoro e prevede che, nella qualificazione del contratto e nell'interpretazione delle clausole, il giudice non può discostarsi dalla valutazione delle parti espressa in sede di certificazione, fatto salvo il caso della erronea qualificazione del contratto, del vizio del consenso o della difformità tra quanto prima certificato e quello effettivamente attuato dopo. L'elencazione di questi tre vizi ricalca quella già prevista dal d.lgs. n. 276/2003.

Con la sostituzione del vecchio art. 75 del d.lgs. n. 276/2003 con un nuovo articolato contenuto nel comma 4, il legislatore ha ampliato il campo di applicazione della certificazione. Sul piano soggettivo, le sedi presso cui è possibile la certificazione dei contratti sono aumentate, ed oggi possono essere costituiti come certificatori: a) gli Enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento; b) le Direzioni provinciali del Lavoro; c) le Province; d) le Università pubbliche e private ,comprese le Fondazioni universitarie; e) la Direzione Generale della Tutela delle Condizioni di lavoro del Ministero del Lavoro; f)i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro.

Sul piano oggettivo, avanti alle commissioni possono essere certificati, su base volontaria, tutti i contratti nei quali direttamente od indirettamente sia dedotta una prestazione di lavoro. Questo significa che è possibile procedere, ad esempio, alla certificazione di un contratto di natura commerciale tra un'azienda utilizzatrice ed una società di somministrazione.

Più in generale, l'articolo 30, comma 2, intende oggi attribuire alle commissioni di certificazione il compito di certificare non solo la qualificazione del contratto (cosa già prevista dal d.lgs. 276/2003), bensì anche la valutazione che le parti hanno fornito delle relative clausole, ossia i diritti e gli obblighi previsti dal contratto stesso; il comma 3 aggiunge, poi, che il giudice deve tenere conto anche delle tipizzazioni previste dai contratti individuali certificati.

L'obiettivo dell'esecutivo, espresso chiaramente sin dalla "Direttiva Sacconi" del 18 settembre 2008, è quello di favorire, in un'ottica deflazionistica e di chiarezza dei rapporti, la certificazione sotto ogni aspetto: da ciò l'invito agli organi di vigilanza a prestare la loro attenzione su quelle prestazioni che non siano state oggetto di certificazione. Anche la possibilità di costituire presso le commissioni di certificazione camere arbitrati irrituali per la definizione di controversie di lavoro, su base volontaria e secondo le previsioni della contrattazione collettiva o di avvisi comuni, risponde a questa logica.

Va allora condivisa l'idea secondo la quale <<se fino ad ora esse hanno avuto una scarsa funzione (limitandosi a poter accertare la natura subordinata o meno di un contratto, e potendo sempre il giudice ignorare il contratto certificato in ipotesi di successiva attuazione difforme dello stesso), questa poco controllata proliferazione delle sedi, unita da un lato all'allargamento delle materie di possibile certificazione e dall'altro ai (pretesi) limitati poteri del giudice in materia, costituisce una miscela veramente esplosiva>>[26].

Con riferimento alla contrattazione individuale, si è posto conseguentemente il dubbio di come la previsione di fattispecie risolutive possa conciliarsi con i principi di inderogabilità propri del diritto

[26] PICCININI e PONTERIO, *La controriforma del lavoro, cit.*

del lavoro e, in particolare, con la oggettività dei motivi di licenziamento, materia non nella disponibilità delle parti. Si è così detto che se penetrante appare il divieto per il giudice di interpretare le clausole negoziali in difformità dalle valutazioni delle parti espresse nei contratti certificati, <<la disposizione appare troppo ampia e generica, non potendo certo la valutazione delle parti, per quanto certificata, violare diritti fondamentali e/o indisponibili, norme costituzionali o imperative e inderogabili, quand'anche previste da leggi o contratti collettivi>>[27]. Si è aggiunto da altri [28] che non sono derogabili *in pejus* da parte del contratto individuale certificato le norme in tema di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento, perché se fosse così bisognerebbe arrivare a ritenere che il principio di cui all'articolo 2113 cod. civ. (inderogabilità *in pejus*) non vale in tema di licenziamento, e si è rilevato che <<in linea generale non è stata accolta, infatti, l'idea originaria di Marco Biagi secondo la quale il contratto individuale stipulato in una sede qualificata, ove la volontà individuale fosse risultata adeguatamente assistita, avrebbe potuto prevedere deroghe *in pejus* alla disciplina di legge. Se così è – e nessuno ormai ne dubita – sarebbe del tutto incongruo che una tale possibilità fosse introdotta oggi e con una norma tanto ambigua, proprio con riferimento ad uno snodo nevralgico e delicatissimo del rapporto di lavoro, lasciando per il resto invariato l'istituto nelle sue linee fondamentali>>. Si è aggiunto poi da un lato che in ogni caso la norma non introduce alcuna novità in tema di effetti della certificazione né limiti ulteriori al sindacato del giudice, limitandosi a ribadire che l'atto di certificazione non è incontrovertibile e che la qualificazione è prerogativa del giudice e non può essergli sottratta.

Dall'altro lato, si ammette che il contratto individuale, certificato o no, possa -solo- limitare la facoltà di recesso del datore di lavoro a favore del lavoratore escludendo dalle nozioni di giusta causa e giustificato motivo (soggettivo) alcune ipotesi ed estendendo così l'area del licenziamento illegittimo e della relativa tutela (obbligatoria o reale).

Del resto, <<l'innovazione legislativa avrebbe un sapore davvero rivoluzionario ove ritenesse di po*ter* imporre *sic et simpliciter* al giudice le scelte pattizie>>, ma tale conclusione non sembra avvalorata dal testo normativo che si ferma alla soglia dell'invito, più che dell'imposizione tassativa, usando l'indicativo ("il giudice tiene conto")[29] piuttosto che l'imperativo, ed usando un verbo ("tener conto", appunto) che rende chiaro che la tipizzazione negoziale assume il ruolo di un elemento (uno dei tanti) di valutazione a disposizione del giudice nella verifica della sussistenza dei presupposti di legittimità dell'atto di recesso rispetto alla fattispecie legale espressa in chiave di norma generale: <<inutile rilevare che, ove l'interpretazione della norma dovesse attestarsi su una lettura maggiormente rigida, ne verrebbero, a tacer d'altro, alterati i rapporti di gerarchia tra le fonti e segnatamente la necessaria sotto-ordinazione, dell'autonomia (individuale o collettiva) alla norma di legge. Per dirla più in chiaro: è e resterà sempre insostenibile - anche se sorretta da una scelta negoziale certificata - la prefigurazione come giusta causa di recesso, ad es., di un ritardo nell'ingresso al lavoro di pochi minuti, in ragione di un evidente conflitto sia con la norma-chiave dell'art. 2119 cod. civ., sia con il principio di proporzionalità prefigurato dall'art. 2106 cod. civ. >>[30].

E', invero, nel giusto chi evidenzia[31] che <<deve essere ancora ribadito il principio generale ed indefettibile secondo cui la qualificazione giuridica del fatto spetta sempre al giudice (*jura novit curia*), il quale non può subire al riguardo alcun vincolo o condizionamento o interferenza, per il principio della sua soggezione solo alla legge e perché l'art. 24 dà alle parti il diritto ad avere un giudice soggetto solo alla legge, che è poi il suo giudice naturale costituito per legge ai sensi dell'articolo 25>>.

---

[27] ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*. www.lex.unict.it/eurolabor/news/dlm.

[28] Ancora CARINCI M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010,* loc. cit.1.

[29] Si vedano in proposito le osservazioni di MISCIONE, *Il collegato lavoro proiettato al futuro,* in *Lav. Giur.* 2011, 1, 9.

[30] MAZZOTTA, *La giustizia del lavoro nella visione del "collegato": la disciplina dei licenziamenti, cit.,* XXVII.

[31] PIVETTI, *La costituzione e le nuove norme in materia di controversie di lavoro contenute nella legge 183 del 2010. La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice, cit.,* 2011, 7.

Certo, l'equivocità della dizione normativa in relazione agli obiettivi desumibili dai lavori preparatori dà ragione a chi ha affermato che <<tale previsione rischi di creare un contenzioso in qualche modo anomalo, incentrato non sull'esistenza dei presupposti di legittimità del recesso o di altri provvedimenti datoriali, bensì sui limiti di esercizio della giurisdizione, cioè sul rispetto da parte del giudice del confine rappresentato dal divieto di sindacato di merito sulle scelte del datore di lavoro>>[32].

Da altri, poi, si è evidenziato che, se anche in questa nuova versione la certificazione non sia messa al riparo da un controllo severo e rigoroso da parte dei giudici togati, con le loro logiche e i loro metodi, da questo ineludibile vincolo di sistema, nasce probabilmente <<l'idea di collegare l'istituto della certificazione con quello dell'arbitrato, immaginando che da due "fragilità" possa nascere una nuova solidità>>, evidenziandosi le *liaisons dangereuses* tra i vari istituti del collegato;[33] in tal senso, l'unica vera novità della disciplina[34] è la funzione delle commissioni che si collega alla possibilità di certificare valide clausole compromissorie, ove la certificazione assume una funzione inedita del tutto nuova (anche se si rileva che la commissione, per certificare la volontà effettiva delle parti, dovrebbe accertarsi della consapevolezza della diversità dello strumento arbitrale rispetto a quello processuale, quanto ad organo, garanzie di indipendenza, procedimento, impugnabilità della decisione, essendo tale conoscenza condizione di validità dell'atto certificativo).

Può dunque concludersi che, se <complessivamente quindi non sembra che la riforma possa intaccare … orientamenti culturali da tempo acquisiti, ... un sensibile abbassamento dei livelli protettivi potrà scaturire dall'insieme dei fattori messi in campo dal legislatore>>[35].

II) LA "FUGA" DALLA GIURISDIZIONE: LE PROCEDURE CONCILIATIVE E ARBITRALI E LA CLAUSOLA COMPROMISSORIA

1. La norma. Art. 31

L'art. 31 della legge n. 183 del 2010 prevede quanto segue:
<<1. L'articolo 410 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente: «Art. 410. - (Tentativo di conciliazione). - Chi intende propone in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'articolo 409 può promuovere, anche tramite l'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisce mandato, un previo tentativo di conciliazione presso la commissione di conciliazione individuata secondo i criteri di cui all'articolo 413. La comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza.
Le commissioni di conciliazione sono istituite presso la Direzione provinciale del lavoro. La commissione è composta dal direttore dell'ufficio stesso o da un suo delegato o da un magistrato collocato a riposo, in qualità di presidente, da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei datori di lavoro e da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei lavoratori, designati dalle rispettive organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale.
Le commissioni, quando se ne ravvisi la necessità, affidano il tentativo di conciliazione a proprie sottocommissioni, presiedute dal direttore della Direzione provinciale del lavoro o da un suo delegato, che rispecchino la composizione prevista dal terzo comma.
In ogni caso per la validità della riunione è necessaria la presenza del presidente e di almeno un rappresentante dei

[32] PICCININI e PONTERIO, *La controriforma del lavoro,* in *Questione Giustizia*, 2010, 3, ed in www.di-elle.it, 2010.
[33] ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, *cit.,* 2010; parla incisivamente di "cocktail imbevibile", Pivetti, *La costituzione e le nuove norme in materia di controversie di lavoro contenute nella legge 183 del 2010. La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice*, *cit.,* 2011, 6.
[34] Così CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro,* in AA.VV. (cur. CINELLI e FERRARO), *cit.*, 31.
[35] MAZZOTTA, *La giustizia del lavoro nella visione del "collegato": la disciplina dei licenziamenti*, *ibidem*, XXVII.

datori di lavoro e almeno un rappresentante dei lavoratori.
La richiesta del tentativo di conciliazione, sottoscritta dall'istante, è consegnata o spedita mediante raccomandata con avviso di ricevimento. Copia della richiesta del tentativo di conciliazione deve essere consegnata o spedita con raccomandata con ricevuta di ritorno a cura della stessa parte istante alla controparte.
La richiesta deve precisare:
1) nome, cognome e residenza dell'istante e del convenuto; se l'istante o il convenuto sono una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, l'istanza deve indicare la denominazione o la ditta nonché la sede;
2) il luogo dove è sorto il rapporto ovvero dove si trova l'azienda o sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto;
3) il luogo dove devono essere fatte alla parte istante le comunicazioni inerenti alla procedura;
4) l'esposizione dei fatti e delle ragioni posti a fondamento della pretesa.
Se la controparte intende accettare la procedura di conciliazione, deposita presso la commissione di conciliazione, entro venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, nonché le eventuali domande in via riconvenzionale. Ove ciò non avvenga, ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria. Entro i dieci giorni successivi al deposito, la commissione fissa la comparizione delle parti per il tentativo di conciliazione, che deve essere tenuto entro i successivi trenta giorni. Dinanzi alla commissione il lavoratore può farsi assistere anche da un'organizzazione cui aderisce o conferisce mandato.
La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale ai sensi dell'articolo 420, commi primo, secondo e terzo, non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave».

2. Il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è obbligatorio.

3. L'articolo 411 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:
«Art. 411. - (Processo verbale di conciliazione). - Se la conciliazione esperita ai sensi dell'articolo 410 riesce, anche limitatamente ad una parte della domanda, viene redatto separato processo verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti della commissione di conciliazione. Il giudice, su istanza della parte interessata, lo dichiara esecutivo con decreto.
Se non si raggiunge l'accordo tra le parti, la commissione 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. Delle risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione il giudice tiene conto in sede di giudizio.
Ove il tentativo di conciliazione sia stato richiesto dalle parti, al ricorso depositato ai sensi dell'articolo 415 devono essere allegati i verbali e le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito. Se il tentativo di conciliazione si è svolto in sede sindacale, ad esso non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 410. Il processo verbale di avvenuta conciliazione è depositato presso la Direzione provinciale del lavoro a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale. Il direttore, o un suo delegato, accertatane l'autenticità, provvede a depositarlo nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è stato redatto. Il giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto».

4. All'articolo 420, primo comma, del codice di procedura civile, le parole: «e tenta la conciliazione della lite» sono sostituite dalle seguenti: «, tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva» e le parole: «senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione» sono sostituite dalle seguenti: «o il rifiuto della proposta transattiva del giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio».

5. L'articolo 412 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:
«Art. 412. - (Risoluzione arbitrale della controversia). - In qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita, le parti possono indicare la soluzione, anche parziale, sulla quale concordano, riconoscendo, quando è possibile, il credito che spetta al lavoratore, e possono accordarsi per la risoluzione della

lite, affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia.
Nel conferire il mandato per la risoluzione arbitrale della controversia, le parti devono indicare:
1) il termine per l'emanazione del lodo, che non può comunque superare i sessanta giorni dal conferimento del mandato, spirato il quale l'incarico deve intendersi revocato;
2) le norme invocate dalle parti a sostegno delle loro pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari.
Il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato, sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce tra le parti gli effetti di cui all'articolo 1372 e all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile.
Il lodo è impugnabile ai sensi dell'articolo 808-ter. Sulle controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale irrituale, ai sensi dell'articolo 808-ter, decide in unico grado il tribunale, in funzione di giudice del lavoro, nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato. Il ricorso è depositato entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del lodo.
Decorso 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 giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del lodo arbitrale, lo dichiara esecutivo con decreto».

6. L'articolo 412-ter del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:
«Art. 412-ter. - (Altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva). - La conciliazione e l'arbitrato, nelle materie di cui all'articolo 409, possono essere svolti altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative».

7. All'articolo 2113, quarto comma, del codice civile, le parole: «ai sensi degli articoli 185, 410 e 411» sono sostituite dalle seguenti: «ai sensi degli articoli 185, 410, 411, 412-ter e 412-quater».

8. L'articolo 412-quater del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:
«Art. 412-quater. - (Altre modalità di conciliazione e arbitrato).-
Ferma restando la facoltà di ciascuna delle parti di adire l'autorità giudiziaria e di avvalersi delle procedure di conciliazione e di arbitrato previste dalla legge, le controversie di cui all'articolo 409 possono essere altresì proposte innanzi al collegio di conciliazione e arbitrato irrituale costituito secondo quanto previsto dai commi seguenti.
Il collegio di conciliazione e arbitrato è composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro, in funzione di presidente, scelto di comune accordo dagli arbitri di parte tra i professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati ammessi al patrocinio davanti alla Corte di cassazione.
La parte che intenda ricorrere al collegio di conciliazione e arbitrato deve notificare all'altra parte un ricorso sottoscritto, salvo che si tratti di una pubblica amministrazione, personalmente o da un suo rappresentante al quale abbia conferito mandato e presso il quale deve eleggere il domicilio. Il ricorso deve contenere la nomina dell'arbitro di parte e indicare l'oggetto della domanda, le ragioni di fatto e di diritto sulle quali si fonda la domanda stessa, i mezzi di prova e il valore della controversia entro il quale si intende limitare la domanda. Il ricorso deve contenere il riferimento alle norme invocate dal ricorrente a sostegno della sua pretesa e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari.
Se la parte convenuta intende accettare la procedura di conciliazione e arbitrato nomina il proprio arbitro di parte, il quale entro trenta giorni dalla notifica del ricorso procede, ove possibile, concordemente con l'altro arbitro, alla scelta del presidente e della sede del collegio. Ove ciò non avvenga, la parte che ha presentato ricorso può chiedere che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato la sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è sorto il rapporto di lavoro o ove si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto.
In caso di scelta concorde del terzo arbitro e della sede del collegio, la parte convenuta, entro trenta giorni da tale scelta, deve depositare presso la sede del collegio una memoria difensiva sottoscritta, salvo che si tratti di una

pubblica amministrazione, da un avvocato cui abbia conferito mandato e presso il quale deve eleggere il domicilio. La memoria deve contenere le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, le eventuali domande in via riconvenzionale e l'indicazione dei mezzi di prova.
Entro dieci giorni dal deposito della memoria difensiva il ricorrente può depositare presso la sede del collegio una memoria di replica senza modificare il contenuto del ricorso. Nei successivi dieci giorni il convenuto può depositare presso la sede del collegio una controreplica senza modificare il contenuto della memoria difensiva.
Il collegio fissa il giorno dell'udienza, da tenere entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la controreplica del convenuto, dandone comunicazione alle parti, nel domicilio eletto, almeno dieci giorni prima.
All'udienza il collegio esperisce il tentativo di conciliazione. Se la conciliazione riesce, si applicano le disposizioni dell'articolo 411, commi primo e terzo.
Se la conciliazione non riesce, il collegio provvede, ove occorra, a interrogare le parti e ad ammettere e assumere le prove, altrimenti invita all'immediata discussione orale. Nel caso di ammissione delle prove, il collegio può rinviare ad altra udienza, a non più di dieci giorni di distanza, l'assunzione delle stesse e la discussione orale.
La controversia è decisa, entro venti giorni dall'udienza di discussione, mediante un lodo. Il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato, sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce tra le parti gli effetti di cui agli articoli 1372 e 2113, quarto comma, del codice civile. Il lodo è impugnabile ai sensi dell'articolo 808-ter. Sulle controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale irrituale, ai sensi dell'articolo 808-ter, decide in unico grado il tribunale, in funzione di giudice del lavoro, nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato. Il ricorso è depositato entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del lodo.
Decorso 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 giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del lodo arbitrale, lo dichiara esecutivo con decreto.
Il compenso del presidente del collegio è fissato in misura pari al 2 per cento del valore della controversia dichiarato nel ricorso ed è versato dalle parti, per metà ciascuna, presso la sede del collegio mediante assegni circolari intestati al presidente almeno cinque giorni prima dell'udienza. Ciascuna parte provvede a compensare l'arbitro da essa nominato. Le spese legali e quelle per il compenso del presidente e dell'arbitro di parte, queste ultime nella misura dell'1 per cento del suddetto valore della controversia, sono liquidate nel lodo ai sensi degli articoli 91, primo comma, e 92.
I contratti collettivi nazionali di categoria possono istituire un fondo per il rimborso al lavoratore delle spese per il compenso del presidente del collegio e del proprio arbitro di parte».

9. Le disposizioni degli articoli 410, 411, 412, 412-ter e 412-quater del codice di procedura civile si applicano anche alle controversie di cui all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Gli articoli 65 e 66 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono abrogati.

10. In relazione alle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, le parti contrattuali possono pattuire clausole compromissorie di cui all'articolo 808 del codice di procedura civile che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-quater del codice di procedura civile, solo ove ciò sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La clausola compromissoria, a pena di nullità, deve essere certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, dagli organi di certificazione di cui all'articolo 76 del medesimo decreto legislativo, e successive modificazioni. Le commissioni di certificazione accertano, all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria, la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro. La clausola compromissoria non può essere pattuita e sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto, ovvero se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro, in tutti gli altri casi. La clausola compromissoria non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro. Davanti alle commissioni di certificazione le parti possono farsi assistere da un legale di loro fiducia o da un rappresentante dell'organizzazione sindacale o professionale a cui abbiano conferito mandato.

11. In assenza degli accordi interconfederali o contratti collettivi di cui al primo periodo del comma 10, trascorsi dodici

mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali convoca le organizzazioni dei datori
di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative, al fine di promuovere l'accordo. In caso di mancata stipulazione dell'accordo di cui al periodo precedente, entro i sei mesi successivi alla data di convocazione, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con proprio decreto, tenuto conto delle risultanze istruttorie del confronto tra le parti sociali, individua in via sperimentale, fatta salva la possibilità di integrazioni e deroghe derivanti da eventuali successivi accordi interconfederali o contratti collettivi, le modalità di attuazione e di piena operatività delle disposizioni di cui al comma 10.

12. Gli organi di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, possono istituire camere arbitrali per la definizione, ai sensi dell'articolo 808-ter del codice di procedura civile, delle controversie nelle materie di cui all'articolo 409 del medesimo codice e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Le commissioni di cui al citato articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003, e successive modificazioni, possono concludere convenzioni con le quali prevedano la costituzione di camere arbitrali unitarie. Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 412, commi terzo e quarto, del codice di procedura civile.

13. Presso le sedi di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, può altresì essere esperito il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 410 del codice di procedura civile.

14. All'articolo 82 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, le parole: «di cui all'articolo 76, comma 1,
lettera a),» sono sostituite dalle seguenti: «di cui all'articolo 76»; b) è aggiunto, in fine, il seguente comma: «1-bis. Si applicano, in quanto compatibili, le procedure previste dal capo I del presente titolo».

15. Il comma 2 dell'articolo 83 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è abrogato.

16. Gli articoli 410-bis e 412-bis del codice di procedura civile sono abrogati.

17. All'articolo 79 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede. In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita».
18. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Gli adempimenti previsti dal presente articolo sono svolti nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente>>.

2. Le novità della disciplina in sintesi.

Il collegato lavoro modifica notevolmente le norme del codice di procedura civile (artt. da 409 a 412-*quater*) con riferimento alla conciliazione ed all'arbitrato, potenziando le vie di composizione delle controversie di lavoro alternative al ricorso giudiziale.

In particolare, per favorire la composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro, si introducono una pluralità di rimedi, formalmente facoltativi e volontari (ma sostanzialmente compromettibili), alternativi al ricorso al giudice del lavoro:
è introdotta la possibilità di affidare alla commissione di conciliazione, innanzi alla quale si svolge il tentativo di conciliazione oggi non più obbligatorio ma solo facoltativo, il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia;
vengono individuate ulteriori modalità di conciliazione e arbitrato aggiungendo - a quella già prevista

in sede sindacale dall'art. 412-*ter* - una possibilità di accordo da raggiungere, ai sensi del nuovo art. 412-*quater*, davanti ad una speciale commissione di conciliazione e arbitrato irrituale;
si prevede la possibilità di nuove sedi e modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva;
si stabilisce, soprattutto, nell'art. 412-*quater*, nuova versione, che, ferma restando la facoltà di ciascuna delle parti di adire l'autorità giudiziaria e di avvalersi delle procedure di conciliazione e di arbitrato previste dalla legge, le controversie di cui all'articolo 409 possono essere altresì proposte innanzi al collegio di conciliazione e arbitrato irrituale, composto nel modo disciplinato;
si estendono ulteriormente le funzioni delle commissioni di certificazione, di cui all'art. 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, prevedendo che esse possano istituire camere arbitrali per la definizione delle controversie di lavoro mediante arbitrato irrituale.

3. Le conciliazioni.

Il collegato lavoro ridisciplina innanzitutto la materia della conciliazione in materia di lavoro, prevedendo che il tentativo di conciliazione divenga sempre facoltativo, e ciò sia nel rapporto di lavoro privato come in quello pubblico (essendo abrogati gli artt. 65 e 66 del d.lgs. 165 del 2001).

Residua solo il tentativo di conciliazione *ex* art. 80, co. 4, d.lgs. 276 del 2003, relativo al contratto certificato, con riferimento all'impugnazione della certificazione (peraltro, si è sottolineato che alla luce della direttiva Sacconi del 18 settembre 2008 l'impugnazione della certificazione è più teorica che pratica, attesa la valutazione espressa secondo la quale gli accertamenti ispettivi devono privilegiare le tipologie contrattuali "non oggetto di certificazione".

Oltre all'eliminazione dell'obbligatorietà del tentativo conciliazione (che la prassi aveva registrato come vuoto formalismo privo di utilità pratica), viene ridisciplinato in parte il procedimento conciliativo: tra le novità più significative, si segnala la notificazione della richiesta di tentativo anche alla controparte e l'impossibilità per l'ufficio di convocare le parti in mancanza di consenso dell'altra parte alla conciliazione; la parte chiamata dovrà attivarsi depositando tempestivamente una memoria nella quale indicherà le proprie difese ed eccezioni in fatto ed in diritto, e le eventuali domande riconvenzionali. L'inerzia della parte concretizza il rifiuto della conciliazione e, in materia di licenziamenti e trasferimenti (e nelle altre previste dall'art. 32 e delle quali si dirà nella parte che segue), fa decorrere il termine di decadenza di sessanta giorni previsto per l'impugnazione dell'atto datoriale (mentre analogo effetto dovrebbe derivare dalla mancata convocazione da parte della commissione nei dieci giorni seguenti al deposito della memoria difensiva).[36] Si prevede l'obbligo della commissione di conciliazione di formulare alle parti una proposta di definizione della lite, e si stabilisce, infine, che il giudice tenga conto del comportamento della parte se la proposta avanzata dalla commissione sia stata rifiutata senza adeguata motivazione.

Con riferimento al tentativo di conciliazione obbligatorio relativo alle impugnative delle certificazioni, si è osservato[37] che il tentativo permane obbligatorio non solo nei confronti delle parti che hanno sottoscritto il contratto certificato, ma anche nei confronti dei terzi interessati (ad esempio gli enti amministrativi), che intendano agire in giudizio contro l'atto di certificazione, e si è aggiunto inoltre che, venuta meno per abrogazione la norma che prevedeva la sospensione del processo per mancato espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione, oggi il mancato esperimento del tentativo importa una pronuncia dichiarativa di improponibilità dell'azione (*rectius*, una sentenza dichiarativa di improcedibilità).

L'ordinamento prevede oggi, pur in un quadro di generale facoltatività, una pluralità di rimedi conciliativi, ciascuno peraltro con proprie peculiarità e, conseguentemente, con un proprio raggio di azione. Si è ben osservato in tema che <<Se è vero che le procedure conciliative sono (o almeno dovrebbero essere) tra loro equivalenti, è anche alquanto probabile che subiranno un processo di

[36] Così CORVINO e TIRABOSCHI, *La nuova conciliazione*, in AA.VV. (Proia-Tiraboschi cur.), *cit.*, 105.
[37] CORVINO e TIRABOSCHI, 2011, *cit.*, 97 ss.

specializzazione. Ad esempio la procedura di cui all'art. 410 cod. proc. civ. troverà limitata applicazione nel settore privato perché eccessivamente impegnativa e poco producente in un'attività gestita dalla categoria forense, mentre troverà maggiori possibilità di attuazione nel settore del lavoro pubblico anche perché alquanto affine a quella sinora operante. Per contro le conciliazioni dinanzi agli organi costituiti dai consulenti del lavoro potrebbero trovare ampia diffusione nel settore terziario e delle piccole imprese, mentre in quello industriale dovrebbero radicarsi e consolidarsi procedure conciliative di stampo sindacale il ceto forense potrebbe avere interesse ad approfondire le potenzialità connesse alla procedura di cui all'art. 412-*quater* cod. proc. civ.>>.[38]

In materia contributiva, poi, vanno ricordate anche le procedure conciliative introdotte in sede ispettiva dalla riforma dettata dall'art. 11, d.lgs. n. 124/2004, che ha previsto strumenti di composizione del conflitto sia prima che nel corso del procedimento ispettivo (rispettivamente, conciliazione preventiva e conciliazione contestuale); peraltro, si è ricordata di recente[39], la peculiarità dell'efficacia del procedimento, atteso che, in caso di accordo, il verbale, sottoscritto dal funzionario, acquisisce piena efficacia ed estingue il procedimento ispettivo, a condizione che il datore di lavoro provveda al pagamento integrale, nel termine stabilito nel verbale di accordo, sia delle somme dovute a qualsiasi titolo al lavoratore, sia al versamento totale dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi determinati sulla base della legislazione vigente ma con riferimento alle somme concordate in sede di conciliazione. L'istituto conciliativo in discorso è stato peraltro sottoposto a varie critiche in quanto il legislatore sembra rimettere alle parti del rapporto lavorativo la determinazione e la quantificazione della contribuzione da versare, attraverso la precisazione del momento di insorgenza della stessa: sul punto però si è ritenuto che la conciliazione, se rileva (oltre che tra le parti perfezionando un accordo sottratto all'impugnativa *ex* art. 2113 cod. civ.) in via estintiva dell'attività ispettiva eventualmente in corso, non possa avere portata preclusiva di ogni ulteriore ispezione da parte dell'ente previdenziale, e ciò non solo in quanto questo resta un soggetto terzo, ma perché a ragionare diversamente si farebbe dell'istituto un condono permanente rimesso alla volontà delle parti del rapporto, in contrasto con il principio di autonomia dell'obbligazione previdenziale e con la indisponibilità da parte del lavoratore che non è il titolare del credito verso il datore del versamento dei contributi previdenziali. Sembra pertanto preferibile[40] l'orientamento secondo cui le conseguenze della conciliazione monocratica non incidono sulla sostanza del debito contributivo e sulla possibilità per l'ente previdenziale di agire giudizialmente per richiedere l'adempimento di debiti contributivi configurati in modo diverso da quello oggetto della conciliazione, rilevando invece solo sul piano probatorio, restando libero l'ente previdenziale, adempiendo al relativo onere probatorio, di procedere al recupero di eventuali differenze contributive accertate successivamente.

4. Procedure arbitrali in materia di lavoro.

All'arbitrato, in linea generale, è possibile accedere in forza di un compromesso, pattuito a seguito del fallimento del tentativo di conciliazione o in una qualunque fase di esso, nel quale sia già determinato l'oggetto della controversia già insorta tra le parti, ovvero con la pattuizione di una clausola compromissoria, cioè di un patto nel quale si stabilisca la devoluzione in arbitri delle eventuali e future controversie che dovessero insorgere in ordine ad un dato rapporto giuridico.

In proposito, si è spesso evidenziata la diffidenza che il legislatore italiano in generale ha nutrito nei confronti del giudizio arbitrale nella materia del lavoro, soprattutto per l'esigenza pubblicistica di attrarre le controversie nella sfera della giurisdizione e per quella privatistica di tutela effettiva dei diritti dei lavoratori.

Riguardo all'arbitrato rituale, il codice di procedura civile del 1942, all'art. 806 cod. proc. civ. , nell'attribuire alle parti la possibilità di deferire ad arbitri le controversie tra loro insorte, escludeva le controversie di lavoro, restando esclusa dall'art. 808 cod. proc. civ. anche la validità della clausola

[38] Sul tema, altresì, MUTARELLI, *Ipotesi residue di conciliazione obbligatoria,* in AA.VV. (Ferraro e Cinelli cur.), cit., 82 ss.; MONDA, *La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro pubblico, ibidem,* 199 ss.

[39] FERRARO, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: profili generali, cit.,* 53.

[40] BUFFA, *Il lavoro nero,* Torino, 2008.

compromissoria.

Con la l. 11 agosto 1973, n. 533, è stato modificato il comma 2 dell'art. 808 cod. proc. civ. prevedendosi: «le controversie di cui all'art. 409 cod. proc. civ. possono essere decise da arbitri solo se ciò sia previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro, purché ciò avvenga, a pena di nullità, senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire 1'autorità giudiziaria»; che «la clausola compromissoria contenuta in contratti e accordi collettivi o in contratti individuali di lavoro è nulla ove autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità ovvero dichiari il lodo non impugnabile»; che costituiva come motivo di nullità del lodo rituale, oltre all'inosservanza delle regole di diritto, anche la violazione e la falsa applicazione dei contratti e degli accordi collettivi.

La riforma del codice di procedura civile attuata con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha previsto che le controversie di lavoro possono essere decise da arbitri solo se espressamente previsto dalla legge oppure dai contratti o accordi collettivi di lavoro (non più solo dai contratti individuali), mentre è stata eliminata la norma del co. 2 dell'art. 808 cod. proc. civ. che sanciva la perdurante facoltà delle parti, anche a fronte della clausola compromissoria collettiva, di seguire la via giurisdizionale in alternativa alla soluzione arbitrale e, per altro verso, stabiliva la nullità della clausola compromissoria che avesse attribuito agli arbitri il potere di decidere secondo equità.

Al di là di tale disciplina residuavano peraltro tutte le diverse procedure arbitrali «irrituali» previste in materia di lavoro dagli artt. 412-*ter* e *quater* cod. proc. civ. e 55 e 56, d.lgs. 30 marzo 2001,n. 165, nonché anche all'art. 7, 1. 15 luglio 1966, n. 604, all'art. 5, l. 11 maggio 1990, n. 108 e all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori.

Muovendo da questi dati, ha osservato ancora la dottrina[41], <<sarebbe stato auspicabile un completamento di questo itinerario mediante una riforma volta in due fondamentali direzioni: da un lato, la definitiva razionalizzazione ed armonizzazione delle diverse procedure arbitrali appena indicate; dall'altro, il riconoscimento dell'arbitrato rituale come forma privilegiata di soluzione stragiudiziale delle controversie giuslavoriste. Come è a tutti noto, peraltro, la l. 4 novembre 2010, n. 183 si è orientata in senso esattamente opposto a quello appena indicato: le modalità di soluzione arbitrale delle controversie crescono di numero e l'arbitrato irrituale assume un ruolo ancor più centrale di quel che aveva precedentemente>>.

Con la riforma del 2010, la materia è stata in buona parte sottratta alla contrattazione collettiva, che sembrava in precedenza la sua sede più naturale, consentendo alle parti di scegliere tra una pluralità di modelli in buona parte estranei (e più efficaci) rispetto alle procedure sindacali.

La miglior dottrina ha criticato la scelta legislativa, rilevando che <<il legislatore, immemore della scarsa fortuna che finora ha accompagnato l'arbitrato ha ritenuto che una moltiplicazione delle sue modalità di attuazione possa miracolisticamente segnarne il successo …, nella fideistica convinzione che l'accumulo sia di per sé promotore di una diffusa applicazione dell'istituto>>[42] e che <<l'art. 31, dal comma 5 al comma 18, sostituisce la vecchia disciplina di carattere generale dell'arbitrato irrituale regolata dagli artt. 412-*ter* e *quater* cod. proc. civ. con la previsione di nuove e diverse figure ben lontane dal ricondurre *ad unitatem* la fattispecie arbitrale laburistica, a dispetto dell'obiettivo di semplificazione dei riti che il legislatore si prefigge costantemente per il processo civile. ...Il risultato del mancato coordinamento con le vecchie forme di arbitrato è che, alla data di entrata in vigore del collegato lavoro, il numero di modelli arbitrali – presumibilmente irrituali – risulta sovrabbondante, tanto più che la L. 183/2010, oltre ad introdurre in sostituzione del vecchio ed unico modello di arbitrato irrituale sindacale (previsto dai vecchi art 412-*ter* e *quater* cod. proc. civ.) una moltitudine di forme arbitrali diverse, lascia in vita gli arbitrati previsti dalla leggi

[41] DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro,* in AA.VV. (cfr. Cinelli e Ferraro), *cit.,* 2011, 109.

[42] RIVERSO, *La certificazione dei contratti e l'arbitrato: vecchi arnesi, nuove ambiguità,* in *La controriforma del diritto del lavoro,* quaderno monografico di *Questione giustizia,* 2010, n. 6, 54.

precedenti: ne viene fuori un quadro normativo complesso e di difficile coordinamento tale da scoraggiare sensibilmente il ricorso all'arbitrato per la risoluzione delle controversie di lavoro>>[43].

Con riferimento al rapporto tra arbitrato e tutela giurisdizionale, se il legislatore ha di recente espressamente eliminato la norma del co. 2 dell'art. 808 cod. proc. civ. che sanciva la perdurante facoltà delle parti, anche a fronte della clausola compromissoria collettiva, di seguire la via giurisdizionale in alternativa alla soluzione arbitrale, deve ritenersi che la facoltà relativa sia rimasta egualmente, sembrando ancora attuale, pure nel mutato quadro normativo, l'insegnamento di Cass. sez. Unite 14/11/2002, n. 16044, secondo la quale sia l'arbitrato rituale che quello irrituale - i quali, nelle controversie di cui all'art. 409 cod. proc. civ., sono ammessi solo se previsti da contratti collettivi o da norme di legge - costituiscono strumento alternativo, e non esclusivo, per la risoluzione delle controversie di lavoro (artt. 4 e 5 della legge 11 agosto 1973, n. 533); né rileva in contrario il fatto che la facoltatività non sia prevista, atteso che, avuto riguardo al precetto di cui all'art. 24 Cost., alla citata normativa sul processo del lavoro e all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848), essa facoltatività deve intendersi automaticamente inserita nelle clausole compromissorie relative alle controversie di lavoro.

Ma anche su tale aspetto il collegato sembra aver inciso, per lo meno indirettamente, nel momento in cui dispone che la clausola compromissoria debba essere certificata dalla commissione di certificazione al fine di accertare l'effettiva volontà delle parti, in quanto l'eventuale azione giudiziale nel merito necessariamente finisce con il presupporre l'azione contro la clausola certificata (previo relativo, ancora obbligatorio, tentativo di conciliazione).

5. Soluzione arbitrale dinanzi alle commissioni di conciliazione.

Esaminando la prima figura di procedura arbitrale prevista dalla riforma, va rilevato che il collegato lavoro, nel sostituire il contenuto dell'art. 412 cod. proc. civ., prevede che le parti, in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita, possono accordarsi per risolvere in via arbitrale la controversia affidando alla commissione di conciliazione il relativo mandato: infatti, le parti che optano per la procedura conciliativa, nel proposito di evitare la via giurisdizionale per la risoluzione della loro controversia, ove questa non riesca, «possono indicare la soluzione, anche parziale, sulla quale concordano, riconoscendo, quando è possibile, il credito che spetta al lavoratore, e possono accordarsi per la risoluzione della lite, affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia»: in tal caso, l'organo chiamato a decidere della controversia – commissione di conciliazione – è lo stesso dinanzi al quale le parti hanno tentato la conciliazione e che quindi, venuto già a conoscenza dei termini della controversia, delle posizioni delle parti e dell'eventuale spazio per un accordo, è in grado di giungere più rapidamente alla soluzione della lite; né può dubitarsi della imparzialità della commissione in sede arbitrale per il solo fatto della conoscenza delle posizioni delle parti in sede conciliativa, atteso che nessun dubbio analogo si pone nell'ipotesi in cui il giudice del lavoro (cui pure compete il potere-dovere di conciliare le parti e proporre alle stesse una soluzione bonaria della causa in termini concreti) decida la controversia che non sia riuscito a conciliare.

Quanto al contenuto del mandato con il quale le parti conferiscono l'incarico di decidere la controversia, devono essere precisati: a) il termine per la pronuncia del lodo (che non può superare i sessanta giorni dal conferimento del mandato, mentre, nell'ipotesi di suo mancato rispetto, l'incarico deve intendersi revocato di diritto); b) le norme a sostegno delle pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità: le parti devono in particolare indicare le norme di diritto che sono a fondamento delle loro pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità nel rispetto «dei princìpi generali dell'ordinamento e dei princìpi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari».

[43] LICCI, *L'arbitrato*, in AA.VV (cur. Tiscini), *Il collegato lavoro*, Roma, 2010, 57 ss.

Il comma 5 dell'art. 31, l. 183/2010 non definisce espressamente la natura della procedura ivi descritta in termini di rituale o irrituale, ma la scelta del legislatore parrebbe ugualmente chiara atteso che il lodo «produce tra le parti gli effetti di cui all'articolo 1372 e all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile». Da tale indicazione può desumersi[44]<<la natura irrituale dell'arbitrato che si svolge dinanzi alle commissioni di conciliazione poiché al provvedimento finale – sottoscritto e autenticato – è attribuita l'efficacia del contratto (o – per meglio richiamare l'espressione sull'efficacia del lodo irrituale *ex* art. 808-*ter* cod. proc. civ. – quella di determinazione contrattuale) ed è equiparata alle conciliazioni che avvengono davanti a sedi idonee ad assicurare la volontà delle parti ai sensi del comma 4 dell'art. 2113 cod. civ. (richiamato dalla disposizione in commento). A sostegno della irritualità dell'arbitrato di cui all'art. 412 cod. proc. civ. vi è anche l'argomento che il provvedimento finale sia impugnabile ai sensi dell'art. 808-*ter* cod. proc. civ. , norma disciplinante le modalità di impugnazione del lodo libero>>.[45]

Né l'acquisizione al lodo in discorso, come si dirà *infra*, *amplius* –<<dell'efficacia esecutiva – che è tipica del lodo rituale– osta all'attribuzione di irritualità alla decisione finale *ex* art. 412 cod. proc. civ., atteso che ciò era già avvenuto nel 1998 con la previsione contenuta nell'art. 412-*quater* cod. proc. civ. (cui sembra ispirata, sotto il profilo dell'esecutività, il modello di arbitrato dinanzi alle commissioni di conciliazione)>>.[46]

6. Procedure conciliative e arbitrali previste dalla contrattazione collettiva.

La disciplina consente alla contrattazione collettiva di prevedere procedure conciliative ed arbitrali.

Quanto alle procedure conciliative, sembra opportuno richiamare in ogni caso la giurisprudenza che ha precisato la necessaria effettività delle funzioni del sindacalista nelle conciliazioni, dovendo essere il ruolo dello stesso di effettiva assistenza e di concreto supporto: in particolare, Cass., Sez. L, Sentenza n. 13217 del 22/05/2008 (Rv. 603287) ha ritenuto che l'accordo tra il lavoratore ed il datore di lavoro, nel quale sia identificata la lite da definire ovvero quella da prevenire (unitamente, in tal caso, all'individuazione dell'interesse del lavoratore) e che contenga lo scambio tra le parti di reciproche concessioni, è qualificabile come atto di transazione ed assume rilievo, quale conciliazione in sede sindacale ai sensi dell'art. 411, terzo comma, cod. proc. civ., ove sia stato raggiunto con un'effettiva assistenza del lavoratore da parte di esponenti dell'organizzazione sindacale indicati dal medesimo, dovendosi valutare, a tal fine, se, in relazione alle concrete modalità di espletamento della conciliazione, sia stata correttamente attuata la funzione di supporto che la legge assegna al sindacato nella fattispecie conciliativa (nella specie, la S.C. ha rilevato che correttamente il giudice di merito aveva escluso che si fosse in presenza di una transazione redatta ai sensi degli articoli 410 e 411 cod. proc. civ. in quanto non sussisteva alcuna controversia tra le parti, la sola società datrice di lavoro aveva interesse a regolare i rapporti con i propri dipendenti nella prospettiva di trasformarsi in s.r.l., e il sindacalista, chiamato dalla società e non dal lavoratore, si era limitato ad elaborare i conteggi, restando estraneo alla vicenda e svolgendo un ruolo di testimone di operazioni -elaborazioni di conteggi- e di fatti -ricostruzione della storia lavorativa del lavoratore- che, lungi dal fornire una consapevole assistenza, era stato successivamente stigmatizzato dallo stesso sindacato di appartenenza).

Il comma 6 dell'art. 31 sostituisce il contenuto dell'art. 412-*ter* cod. proc. civ. e prevede un secondo modello di arbitrato, da svolgersi presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative.

---

[44] Come osservato condivisibilmente da LICCI, *L'arbitrato, op. cit.*, 60 ss.

[45] La stessa autrice, peraltro, evidenzia il rapporto di specialità che lega l'art. 808-*ter* cod. proc. civ. al nuovo art. 412 cod. proc. civ., che fa sì che la disciplina speciale trovi sempre applicazione nella materia lavoristica e venga integrata, per quanto in essa non espressamente disciplinato, dalla normativa generale richiamata.

[46] ID., *ibid.*

Come rilevato in dottrina[47], <<la nuova formulazione è assai più generica di quella precedente che, al contrario, faceva apparire l'arbitrato *ex* art. 412-*ter* cod. proc. civ. fin troppo processualizzato, tanto da non meritare, secondo alcuni, l'appellativo di irrituale.

Gli artt. 412-*ter* e *quater* cod. proc. civ. prevedevano per l'arbitrato collettivo un previo tentativo di conciliazione obbligatorio, un dettagliato elenco di previsioni che il contratto collettivo doveva contenere per consentire la devoluzione della controversia ad arbitri, una specifica disciplina per l'impugnazione e l'esecutività del lodo. Infine qualificavano in maniera espressa la natura dell'arbitrato ivi regolato, denominato irrituale. Nulla di tutto ciò è previsto nell'attuale art. 412-*ter* cod. proc. civ. il quale si limita a rinviare alla disciplina contenuta nei contratti collettivi e non specifica se trattasi di arbitrato rituale o irrituale>>.

L'arbitrato sindacale è notevolmente "liberalizzato", nel senso che viene meno la complessa ed articolata regolamentazione che in precedenza condizionava la contrattazione collettiva, affidandole il compito non solo di autorizzare l'arbitrato, ma imponendole anche di determinarne le modalità secondo canoni in larga misura stabiliti dalla legge: ma <<per questa maggiore libertà lasciata alla contrattazione collettiva l'arbitrato sindacale paga tuttavia un prezzo. L'art. 412-*ter* a differenza di quanto avviene per l'arbitrato presso gli organi di certificazione, non richiama infatti le norme contenute nell'art. 412 e ripetute nell'art. 412-*quater*, che consentono alle parti di impugnare il lodo entro trenta giorni davanti al tribunale che decide con sentenza in unico grado e di depositare il lodo nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato, facendogli acquistare l'efficacia del titolo esecutivo. Il regime del detto lodo, quindi, avendo natura irrituale, non può che essere quello dettato in generale dall'art. 808-*ter* c.p.c, che, come è noto, non ne contempla l'esecutività e ne prevede l'impugnazione con un'ordinaria azione di cognizione, che si sviluppa per i tre usuali gradi di giudizio ed è proponibile nei termini di prescrizione>>[48].

Altri hanno poi evidenziato[49] che il novellato art. 412-*ter* cod. proc. civ., nulla dice in relazione non solo alla natura dell'arbitrato, ma anche in relazione alla sua efficacia ed impugnazione, desumendone la conseguenza che <<nel silenzio della disciplina non vi sono ragioni per non ritenere che la delega conferita dal legislatore alla contrattazione collettiva sia ampia, potendo optare le parti sociali tanto per la previsione di un arbitrato rituale (ed in questo caso l'art. 806 del codice di procedura civile non pone problemi di arbitrabilità in quanto l'arbitrato sarebbe disciplinato dalla contrattazione collettiva) quanto per la disciplina di un arbitrato rituale)>>.

All'opinabilità della soluzione che ammette la compromettibilità di diritti derivanti dal rapporto di lavoro per procedure arbitrali rituali disciplinate dalla fonte collettive si affianca tuttavia la considerazione dell'incidenza di fatto, per le procedure collettive arbitrali irrituali, dell'assenza di una norma che preveda l'esecutività del lodo, sicché l'istituto sembra destinato a scarso successo (visto che un lodo privo della possibilità di apporre la formula esecutiva non pare di grande utilità).[50]

I dubbi, peraltro, aumentano, una volta che si abbia presente che la medesima dottrina da ultimo richiamata ammette, per altro verso, la possibilità dei contratti collettivi di prevedere una clausola compromissoria con riferimento alle modalità di risoluzione arbitrale individuate dalla contrattazione collettiva, affermando addirittura l'inapplicabilità dei limiti previsti per la stipulabilità della clausola compromissoria individuale alla clausola prevista dalla contrattazione collettiva: ne deriverebbe infatti una validità di tali clausole in relazione alla previsione -contenuta nei contratti collettivi- di arbitrabilità delle controversie, con tutti i limiti, già evidenziati, relativi alla configurabilità in materia di un arbitrato rituale ovvero, per altro verso, alla non ottenibilità di un lodo irrituale esecutivo.

---

[47] LICCI, *op. loc. cit.*, 62.

[48] BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "collegato lavoro*, in www.judicium.it,

[49] CORVINO e TIRABOSCHI, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato previste dalla contrattazione collettiva, cit.*, 134.

[50] Per un'opinione del tutto diversa sulle potenzialità dell'istituto come ridisciplinato, ROSANO, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato previste dalla contrattazione collettiva (art. 412 ter cod. proc. civ.)*, in AA.VV. (Ferraro e Cinelli cur.), *cit.*, 161 ss.

7. L'arbitrato proposto al collegio di conciliazione e arbitrato irrituale.

Il comma 8 dell'art. 31 L. 183/2010 prevede un altro tipo di arbitrato, stabilendo che chi intenda agire per la risoluzione di una controversia di quelle previste dall'art. 409 cod. proc. civ. possa proporre un *ricorso* al collegio di conciliazione e arbitrato composto, ai sensi del comma 2 del nuovo art. 412-*quater* cod. proc. civ., da un «rappresentante» di ciascuna delle parti e da un terzo membro, in funzione di presidente, scelto di comune accordo dagli altri due arbitri, tra professori universitari e avvocati patrocinanti in Cassazione o, nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal presidente del tribunale del luogo n cui è sorto o si è svolto il rapporto di lavoro.

L'art. 31 comma 9 del collegato lavoro esplicitamente stabilisce che le disposizioni dei riformati artt. 410, 411, 412, 412-ter, 412-*quater* cod. proc. civ., si applicano a tutte le controversie relative a rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni previste dall'art. 63, comma 1, d.lgs. 165/2001.

Come precisato da un'attenta dottrina [51] <<il presupposto dell'arbitrato di cui al nuovo art. 412-*quater* cod. proc. civ. è costituito da un compromesso, non già stipulato secondo i canoni convenzionali, ma formatosi progressivamente: stante la notifica del ricorso arbitrale di una delle parti (che determina l'oggetto del giudizio), la scelta di rimettere ad arbitri la risoluzione del conflitto si perfeziona solo quando il convenuto risponda alla domanda del ricorrente con l'atto di nomina del proprio giudice privato>>.

Si è così rilevato che il <<modello di arbitrato in esame si presenta sin dall'origine fortemente processualizzato>> (il contenuto del ricorso introduttivo è dettagliatamente individuato dal legislatore il quale prevede che esso specifichi oltre alla nomina dell'arbitro, l'indicazione dell'oggetto della domanda, delle ragioni di fatto e di diritto su cui si fonda la domanda stessa, i mezzi di prova e il massimo valore della controversia; il ricorso deve indicare le norme invocate dal ricorrente a sostegno della propria pretesa, nonché la possibilità di decidere secondo equità), e che <<è possibile notare come non esista nel titolo VIII del libro IV una regola corrispondente a quella contenuta nell'art. 412-*quater* cod. proc. civ. volta a indicare il contenuto della domanda arbitrale, e che sotto questo profilo il nuovo modello descritto dall'art. 31, comma 8 L. 183/2010 appaia innovativo e anche un po' in controtendenza rispetto alla flessibilità che connota i modelli di arbitrato libero (in cui sembrerebbe rientrare quello in esame)>>.

La norma specifica cosa le parti, di comune accordo, debbono indicare:

a) il termine per l'emanazione del lodo che, in ogni caso, non può superare sessanta giorni, trascorsi i quali l'incarico si intende revocato. La disposizione appare perentoria ed è finalizzata a costringere i componenti a giungere ad una decisione in tempi brevi, ma se le parti sono d'accordo, nulla esclude che le stesse, trattandosi di un incarico che trae origine dalla loro volontà, possano concedere, a fronte di ulteriori approfondimenti, una deroga temporale che, in ogni caso, dovrà risultare da atto scritto;

b) le norme che la commissione deve applicare, ivi compresa la decisione secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari.

Ciò significa che nell'atto di conferimento vanno indicati sia le norme contrattuali sulle quali si controverte che i principi legislativi alla base della futura decisione che può avvenire anche secondo equità (con i limiti appena descritti) essendovi, nel caso di specie, un collegio arbitrale e irrituale. Le parti possono indicare anche le forme ed i modi di espletamento dell'attività istruttoria[52].

Il ricorso può essere sottoscritto personalmente dalla parte (salvo che non si tratti di una pubblica amministrazione) o da un rappresentante cui abbia conferito mandato e presso il quale elegge domicilio. Il convenuto che intende aderire alla procedura arbitrale così introdotta deve prima nominare il proprio arbitro e poi, solo nel caso di scelta concorde del terzo arbitro (ma

[51] LICCI, *cit.*, 2010, 65 ss.

[52] Per un ampio esame della procedura arbitrale all'esito della nuova disciplina del collegato lavoro, NICOLINI, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato (Art. 412- quater cod. proc. civ.*), in AA.VV. (Ferraro e Cinelli cur.), *cit.*, 176 ss.

presumibilmente anche nel caso di scelta rimessa al presidente del tribunale, dopo la comunicazione del decreto di nomina) ed entro trenta giorni da tale scelta, deve difendersi attraverso il deposito di una memoria difensiva sottoscritta da un avvocato cui abbia conferito mandato contenente le sue difese, eccezioni, eventuali domande riconvenzionali nonché i mezzi di prova di cui intende avvalersi. Come si è ben rilevato, <<per il convenuto, a differenza del ricorrente, è quindi previsto che la sottoscrizione del proprio atto difensivo sia fatta da un avvocato; il che parrebbe ingiustificabile atteso che tanto il ricorso quanto la memoria difensiva hanno un contenuto simile tale da richiedere (o da non richiedere) in entrambi i casi l'intervento di un rappresentante tecnico>>.[53]

Secondo la disciplina, la determinazione concorde del terzo arbitro (che quindi presuppone la nomina del giudice privato del convenuto) deve essere compiuta entro trenta giorni dalla notifica del ricorso.

La sede dell'arbitrato è individuata, ove possibile, di comune accordo dagli arbitri nominati dalle parti, entro trenta giorni dalla notifica del ricorso, unitamente alla scelta del presidente del collegio. Se l'accordo sulla nomina non viene raggiunto il ricorrente può chiedere che essa venga fatta dal presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato, ove la sede sia stata determinata già dalle parti; ove manchi tale determinazione il presidente del tribunale competente sarà quello del luogo ove è sorto o si è svolto il rapporto.

Il legislatore, quindi, prevede in prima battuta che la sede possa essere scelta dalle parti dopo lo scambio dei primissimi atti introduttivi (atti grazie ai quali si perfeziona il compromesso arbitrale "a formazione progressiva"), e poi, in mancanza di una comune volontà, attribuisce tale potere agli arbitri di parte.

In ordine al problema della individuazione della sede nel caso in cui manchi l'accordo tra i due arbitri, si è detto che la sede non è precisata sicché deve ritenersi <<che essa sia nel luogo ove è sorto o si è svolto il rapporto di lavoro (criterio sussidiario richiamato esplicitamente dal legislatore solo ai fini dell'individuazione del presidente del tribunale competente per la nomina del terzo arbitro)>>.[54]

Il collegio, all'udienza fissata e comunicata alle parti almeno dieci giorni prima, espleta un tentativo di conciliazione: se la conciliazione riesce si applica l'art. 411, commi primo e terzo cod. proc. civ.; se non riesce, il collegio può procedere all'interrogatorio libero delle parti e, come nell'udienza *ex* art. 420 cod. proc. civ., può invitare i litiganti alla discussione orale della causa – se, evidentemente, la ritiene già matura per la decisione – oppure può ammettere le prove proposte dalle parti ed assumerle immediatamente o, se necessario, può rinviare ad altra udienza, a non oltre dieci giorni di distanza, per l'assunzione delle prove e per la discussione.

La durata massima della procedura non è prestabilita come nell'arbitrato dinanzi ai collegi di conciliazione sicché, nonostante il modello di arbitrato *ex* art. 412-*quater* cod. proc. civ. sia strutturato in modo da potersi concludere in una sola udienza, nulla toglie che l'istruttoria possa svilupparsi in un arco temporale maggiore. Ciò che conta è che il lodo sia emesso entro venti giorni dall'udienza di discussione.

Il lodo arbitrale emanato al termine della procedura è sottoscritto dagli arbitri ed autenticato, è vincolante per le parti (ha "forza di legge" *ex* art. 1372 cod. civ.), è inoppugnabile *ex* art. 2113 cod. civ. ed ha efficacia di titolo esecutivo *ex* art. 474 cod. proc. civ., su istanza della parte che intende far eseguire il lodo. Ciò può avvenire, trascorsi trenta giorni dalla notifica o, prima di tale periodo, se le parti hanno accettato espressamente la decisione. Il giudice, accertata la regolarità formale, dichiara, esecutivo, con proprio decreto, il lodo.

[53] Per queste considerazioni, LICCI, *ibidem*.

[54] Ancora LICCI, *ibidem*.

Sull'efficacia e l'impugnabilità del lodo il legislatore richiama testualmente la disciplina prevista per l'arbitrato dell'art. 412 cod. proc. civ. e pertanto <<deve ritenersi, come per il modello arbitrale dinanzi alle commissioni di conciliazione, che il lodo abbia natura irrituale>>.[55]

Peraltro, l'arbitrato dell'art. 412-*quarter* <<con l'arbitrato negoziale condivide il solo regime d'impugnazione del lodo, e solo fino a un certo punto, attesa l'apposizione di un ristretto termine di decadenza estraneo all'art. 808-*ter* e il contenimento del giudizio in un unico grado; per il resto, l'analitica disciplina del suo svolgimento, da un canto, e, soprattutto, la suscettibilità di omologazione con attribuzione dell'efficacia esecutiva dall'altro, ne fanno una procedura mista, non ascrivibile a nessuno dei due generi in cui classicamente si partisce l'arbitrato>>.[56]

Dalla natura irrituale dell'arbitrato discende che <<le lacune non sono colmabili col richiamare le norme che il codice di procedura civile detta per l'arbitrato c.d. rituale. In particolare qui non sono applicabili tutte quelle norme di "assistenza" da parte del giudice statale tipicamente dettate per l'arbitrato che sostituisce la giurisdizione statale, ossia appunto quello rituale, e non anche per il modello negoziale che emerge nell'art. 808-*ter*.>>.[57]

Le spese di funzionamento del collegio arbitrale sono predeterminate *ex lege*: ciascuna parte provvede a compensare l'arbitro da essa nominato nella misura dell'1% del valore della controversia, mentre il compenso del presidente del collegio, pari al 2% del valore della controversia deve essere versato dalle parti in egual misura – mediante assegni circolari intestati al presidente – almeno cinque giorni prima dell'udienza.

La previsione lascia perplessi per varie ragioni.

<<In primo luogo ciascuna parte compensa l'arbitro da sé nominato (definito dallo stesso legislatore come un rappresentante della parte stessa), come se fosse non un giudice bensì il difensore dei propri interessi, il che non è eticamente corretto. In secondo luogo la previsione per cui il ricorrente/lavoratore è onerato dal versare l'1% del valore della controversia per il compenso del presidente, anche quando si palesi la su vittoria già all'esito dell'istruttoria, può rappresentare un peso notevole per la parte – quando si tratta di somme o danni ingenti per il prestatore di lavoro – tanto da disincentivare l'utilizzo della procedura arbitrale. Tuttavia, per evitare che il lavoratore sia scoraggiato nel promuovere un arbitrato dal rischio di dover sopportare un costo maggiore rispetto al giudizio ordinario nel caso di soccombenza (l'onere della ripartizione delle spese è poi regolato, come per il processo civile, dagli artt. 91, comma 150 e 92 cod. proc. civ.), il legislatore ha previsto che i contratti collettivi di categoria possano istituire un fondo per il rimborso al lavoratore delle spese per il compenso «del presidente del collegio e del proprio arbitro». Non si comprende però perché, proprio al fine di incentivare il ricorso all'arbitrato, il fondo suddetto non possa servire per coprire anche le spese per il pagamento dell'arbitro della controparte nell'eventualità di una soccombenza nel giudizio.>>.

---

[55] Ancora LICCI, *L'arbitrato, loc. cit.*; sulle nuove procedure arbitrali, altresì, DONZELLI, L*a risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro, cit.*, 107 ss.; CANALE, *Arbitrato e "collegato lavoro"*, in www.judicium.it.

[56] DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, in www.judicium.it

[57] BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, in www.judicium.it, che osserva, tra l'altro, che <<Se quello in parola è un arbitrato contrattuale riconducibile all'art. 808-*ter* c.p.c., come dice esplicitamente il comma 10° dell'art. 412-quater, evidentemente qui non si applicano le norme che il codice di procedura civile detta per la formazione del collegio arbitrale nell'arbitrato rituale. Così, ad esempio, non si applicano le norme sulla ricusazione, essendo la terzietà del giudice privato un valore protetto solo indirettamente e comunque in via successiva, ossia al più per mezzo dell'impugnazione del lodo a causa della violazione del principio del contraddittorio ai sensi dell'art. 808-ter, comma 2°, n. 5) c.p.c. Né si applica l'art. 810 c.p.c., anche se dal dettato dell'art. 412-*quater* potrebbe sembrare che questa disciplina sia qui richiamata. Ma in realtà una simile impressione sarebbe fallace, perché quanto abbiamo visto essere dettato dall'art. 412-qua*ter* per il caso in cui gli arbitri di parte non trovino l'accordo sul terzo arbitro rappresenta solo una regola che le parti fanno propria accettando la via arbitrale e non propriamente l'istituzione di un procedimento di giurisdizione volontaria. Con la conseguenza, ad esempio, che non si può qui pensare ad un reclamo per attaccare la scelta effettuata o non effettuata dal presidente del tribunale.>>.

Per altro verso, dubbi sulla diffusione dell'istituto sono venuti dalla dottrina[58], che ha evidenziato che <<le spese di funzionamento del collegio arbitrale sono fissate dal legislatore nella misura dell'1% del valore della controversia per gli arbitri di parte e del 2% per il Presidente. Ciascuna parte deve versare la metà in assegni circolari cinque giorni prima dell'inizio sono liquidate *ex* art. 91, comma 1 e 92 *cod. proc. civ.* I contratti collettivi possono prevedere fondi specifici per i rimborsi delle spese sostenute dai lavoratori. Si tratta di una norma programmati cala cui assenza non avrebbe, in alcun modo, impedito alla pattuizione collettiva di intervenire: tra l'altro, parlando delle "spese vive" del collegio, non si è parlato di quelle legali conseguenti alla elezione del domicilio presso un avvocato cui è stato conferito il mandato per la presentazione del ricorso. l'estrema complessità e puntigliosità della procedura ed il compenso che, tenuto conto delle professionalità richieste (professore universitario in materie giuridiche o avvocato cassazioni sta per l'incarico di presidente o legali quali arbitri di parte o "domiciliatari" delle comunicazioni) appare estremamente esiguo (una controversia di 1 0.000 euro porta ad un compenso per il presidente pari a 200 euro tordi ed a 100, sempre lordi, per l'arbitro di parte), portano, tra le altre cose, alla considerazione che, difficilmente, tale forma di arbitrato irrituale sarà praticata con una certa frequenza>>.

8. Clausole compromissorie.

Ai sensi dell'art. 31 comma 10, le parti possono decidere di devolvere in arbitrato una controversia di quelle previste dall'art. 409 cod. proc. civ. secondo le procedure degli artt. da 412 a 412-*quater* cod. proc. civ., tramite clausola compromissoria (irrituale) e, cioè, prima dell'insorgenza della lite[59].

Per la legittimità di tali clausole compromissorie occorre[60]:

a) la pattuizione della clausola deve essere prevista da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori più rappresentative sul piano nazionale (In assenza degli accordi interconfederali o dei contratti collettivi suddetti, decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore della L. 183/2010, il Ministero del lavoro convochi le organizzazioni delle parti per promuovere l'accordo. Lì dove l'accordo non venga raggiunto entro sei mesi dalla convocazione, le modalità di attuazione della disciplina contenuta nel comma 10 saranno stabilite in via sperimentale con decreto dal Ministero stesso, ferma restando la possibilità di successive integrazioni e deroghe al decreto ad opera dei posteriori contratti collettivi);

b) la clausola, a pena di nullità, deve essere certificata dagli organismi di certificazione di cui all'art. 76 d.lgs. 276/2003, al fine di consentire un controllo sull'effettività della volontà del lavoratore di sottrarre la controversia alla cognizione del giudice ordinario;

c) la clausola non può essere sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto dal contratto, o prima del decorso di trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro, e si esclude la possibilità che la clausola compromissoria riguardi le controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro.

Si è già fatto riferimento alla portata della certificazione, ed al relativo paragrafo si fa rinvio; qui, con specifico riferimento alla clausola compromissoria certificata, si rileva, richiamando l'accorta ed acuta dottrina[61] che se ne è occupata ampiamente, che <<stante la protezione che la certificazione dispiega *ex* se sopra la clausola, siccome «gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia

[58] MASSI, *Procedure di conciliazione ed arbitrato*, in *Dir.pratica lav.*, 2010, 26, 2682.

[59] Sulla clausola compromissoria, in generale, FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001; con riferimento alla riforma del collegato, PROIA, *Le clausole compromissorie*, in AA.VV. (Proia e Tiraboschi cur.), *cit.*, 139 ss.

[60] Per un approfondito esame delle condizioni di legittimità delle clausole compromissorie nel nuovo sistema all'esito del collegato lavoro, CENTOFANTI, *Accordi preventivi e accordi contingenti per la scelta delle forme di arbitrato nel collegato lavoro 2010,* in *Lav. Giur.*, 2011, 1, 99 ss.

[61] AULETTA, *Le impugnazioni del lodo nel «Collegato lavoro» (L. 4 novembre 2010, n. 183),* in www.judicium.it.

stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili […], fatti salvi i provvedimenti cautelari» (art. 79 d.lgs. n. 276/2003), non pare consentito alcun sindacato incidentale sulla invalidità della convenzione di arbitrato a norma dell'art. 808-*ter*, 2° comma, n. 1), per ritenere la nullità della clausola certificata, siccome la certificazione sembra assorbire in sé (e, in termini processuali, schermare da) tutte le (altre) possibili ragioni di nullità, onde per avvalersi della intrinseca nullità della clausola occorre previamente aver rimosso giudiziariamente l'estrinseca certificazione di validità. … Anche una diversa opzione esegetica pare tuttavia legittima: che la copertura della peculiare certificazione attenga soltanto alla «effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto», cioè all'unica condizione essenzialmente interna al negozio 35. In tal caso, non possono residuare dubbi eccessivi ad ammettere che l'azione (in ogni modo necessaria poiché l'A.G.O. rimane inaccessibile altrimenti) di impugnazione del lodo possa realizzare simultaneamente la serie delle condizioni per «impugnare l'atto di certificazione anche per vizi del consenso» (art. 80, comma 1). Né l'unicità di grado stabilita per l'impugnazione del lodo (e liberamente optata dalla parte che impugnerebbe *uno actu* altresì la certificazione), né la competenza da stabilire a norma dell' art. 413 c.p.c. per l'impugnazione della certificazione (trattasi di criteri normalmente sovrascritti a quello della «sede dell' arbitrato»), né l' obbligatorietà del previo tentativo di conciliazione per l'impugnazione della sola certificazione (a norma degli artt. 31, comma 4, del «Collegato lavoro» e 80, comma 4, d.lgs. n. 276/200336) paiono ragioni di insuperabile incompatibilità per la petizione congiunta dell' annullamento del lodo e, prima di questo, dell'atto di certificazione della clausola compromissoria siccome non «effettiva[mente]» voluta>>.

In tal modo, passando per la via certificativa, viene abbattuto il tradizionale divieto di clausola compromissoria vincolante (art. 4 legge n. 533/1973, tuttora in vigore)[62]. Il legislatore del 2010, infatti, consente che, a talune condizioni (fra cui una verifica della loro volontà da parte della Commissione di certificazione), le parti individuali possano disporre in via preventiva e in modo definitivo del diritto ad accedere alla giurisdizione statuale; non si tratta di disporre in merito a una lite già insorta (ossia di una rinuncia successiva), né di una devoluzione solo facoltativa (con possibilità di ripensamento); bensì di una rinuncia preventiva e non revocabile, e tendenzialmente onnicomprensiva, all'uopo essendo sufficiente rispettare, in mancanza del contratto collettivo, le disposizioni dettate in un decreto dal ministro del lavoro. Va pure chiarito che la norma non prescrive, per l'ammissibilità della clausola compromissoria, che essa sia necessariamente inserita all'interno di un contratto di lavoro certificato; si potrà, quindi, certificare (anche in fase esecutiva) soltanto la clausola compromissoria, a prescindere dalla certificazione del contratto cui inerisce (che può essere certificato oppure no).

Ma anche la scelta finale del legislatore in ordine al momento in cui la certificazione deve avvenire non è convincente: <<invero, se lo scopo del "rimettere mano" al testo del collegato lavoro in tema di clausola compromissoria era quello di cercare di offrire quante più garanzie possibili di tutela della volontà del lavoratore (parte debole del rapporto), il prevedere che la commissione sia chiamata a valutare la manifestazione di volontà all'atto della stipula del contratto di lavoro rappresenta il fallimento di tale tentativo. È proprio nel momento della pattuizione della clausola compromissoria che le scelte compiute dal lavoratore sono meno libere e possono essere indirizzate dal datore di lavoro a proprio piacimento. Sarà difficile quindi accertare quale sia la reale

[62] RIVERSO, *La certificazione dei contratti e l'arbitrato: vecchi arnesi, nuove ambiguità,* cit., 50. Resta poi, a monte, il problema –evidenziato da PIVETTI, *La costituzione e le nuove norme in materia di controversie di lavoro contenute nella legge 183 del 2010. La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice,* c.p. in *Riv. Giur. Lav.,* 2011– secondo cui <<non è facile comprendere come mai le parti possono fare ciò che è vietato alla legge, ai regolamenti ed a qualunque altra fonte autoritativa, e cioè derogare l'art. 24 della Costituzione (norma fondamentale che stabilisce il diritto di ciascuno di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti), l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (che ha ispirato la modifica dell'art. 111 Cost., ove si conferma l'inderogabilità del giudice costituito dalla legge) e l'analoga regola stabilita dall'art. 14 della Convenzione internazionale dei diritti dell'uomo e del cittadino di New York del 1966>>.

intenzione della parte debole. Più corretto sarebbe stato prevedere l'attività di certificazione dell'effettiva volontà di devolvere ad arbitri la controversia all'atto dell'insorgenza della lite. Solo così le commissioni sarebbero state in grado di accertare le concrete intenzioni dei litiganti>>. Per ovviare al problema della sottoscrizione di una clausola compromissoria imposta unilateralmente, perché stipulata in un momento in cui vi è forte squilibrio di poteri tra le parti, il legislatore ha previsto che tale clausola non possa essere pattuita prima della conclusione del periodo di prova (ove previsto) o prima che siano decorsi trenta giorni dalla data della stipulazione del contratto di lavoro e cioè dopo che, almeno teoricamente, il rapporto si sia stabilizzato. Con tale previsione dovrebbe attenuarsi (ma non essere eliminato) il rischio che il lavoratore sia completamente indirizzato nelle proprie scelte da quelle del datore che gli offre la possibilità di un contratto di lavoro[63] anche se non si è mancato di osservare che, all'inizio del rapporto lavorativo, il lavoratore è sempre in una condizione di notevole debolezza[64], sicché suscita perplessità una norma che <<sembra invece voler usare la situazione di bisogno della persona che deve essere assunta al lavoro dopo il periodo di prova a danno della medesima, oppure voler servirsi della condizione di debolezza intrinseca al rapporto di lavoro (in atto da brevissimo tempo) non già per superarla, ma per far sì che la stessa persona possa perdere (per sempre e senza possibilità di ripensarci) due delle più importanti garanzie del diritto del lavoro, capisaldi dello stesso Stato di diritto: la giurisdizione statale e, attraverso di essa, le garanzie di inderogabilità di buona parte del diritto del lavoro>>.

E' allora condivisibile l'osservazione secondo la quale <<con buona dose di ipocrisia e cinismo viene valorizzata la figura del lavoratore "maggiorenne" ed emancipato, al fine di attribuire efficacia alla sua volontà, ritenuta in astratto idonea a scavalcare gli angusti steccati della legge e dei contratti collettivi anche nei casi in cui il trattamento concordato gli sia decisamente sfavorevole>>.[65]

9. La pronuncia arbitrale secondo equità.

Eliminata la norma del co. 2 dell'art. 808 cod. proc. civ., che stabiliva la nullità della clausola compromissoria che avesse attribuito agli arbitri il potere di decidere secondo equità, oggi, ai sensi della nuova formulazione dell'art. 412 cod. proc. civ., la clausola compromissoria può ricomprendere anche la "richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, dei principi regolatori della materia, inclusi quelli derivanti da obblighi comunitari".

Secondo gli studi sulla decisione equitativa, è escluso che l'arbitro di equità possa decidere secondo i dettami della propria coscienza (c.d. equità cerebrina), dovendo, per converso, secondo la c.d. teoria oggettiva, seguire le regole diffuse nella comunità, di cui l'arbitro si fa interprete, adattando il diritto positivo in relazione alle peculiarità che il caso concreto sollecita nella coscienza sociale. Pur con tale nozione, l'equità arbitrale è cosa sempre diversa dalla pronuncia secondo diritto, non essendo condivisibile quell'orientamento che tende a ritenere che il definire di diritto e di equità un arbitrato non possa comportare differenza alcuna sotto il profilo sostanziale[66]. è bene precisare che, previste le nuove procedure arbitrali con riferimento sia ai rapporti di lavoro privati che a quelli alle dipendenze di pubbliche amministrazioni che sono stati contrattualizzati, il lodo arbitrale di equità è configurabile anche in relazione alle controversie del pubblico impiego privatizzato per le quali vi è stata la devoluzione del contenzioso al giudice ordinario (cfr. d.lgs. 165 del 2001), restando in tal modo incluse le controversie relative all'assunzione ed alle progressioni di carriera, nonché al conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti, ma non anche quelle relative alle procedure concorsuali: in tali casi, tuttavia, resta

---

[63] LICCI, *L'arbitrato, op. cit.*, 2010, 74.

[64] RIVERSO, *La certificazione dei contratti e l'arbitrato: vecchi arnesi, nuove ambiguità, cit.*, 50.

[65] AMATO e MATTONE, *Il collegato lavoro: ancora una legge per la riduzione dei diritti*, in "*La controriforma della giustizia del lavoro*", numero monografico di *Questione giustizia*, 2010, n. 6, 14. Sull'indisponibilità dei diritti del lavoratore e sul rapporto con la certificazione, in generale, si veda soprattutto TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 3, 423.

[66] Sul punto PROIA, *Le clausole compromissorie*, in AA.VV. (Proia e Tiraboschi cur.), *cit.*, 145, ed ivi richiami. Per un ampio esame delle problematiche in materia all'esito delle previsioni del collegato, CESTER, *La clausola compromissoria nel collegato lavoro 2010*, in *Lav. giur.*, 2011, 1, 23 ss.

fondamentale il rispetto dei canoni costituzionali del buona andamento della trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, in relazione ai quali deve conformarsi il giudizio equitativo arbitrale [67].

10. Impugnazione del lodo.

Quanto agli strumenti specifici di impugnazione del lodo arbitrale, ai sensi dell'art. 808-*ter* cod. proc. civ. (richiamato sia dall'art. 412 che dall'art. 412-*quater*, anche se la norma appare applicabile anche all'arbitrato di cui all'art. 412-*ter*), il lodo è annullabile con ricorso al tribunale, in funzione dì giudice del lavoro, nella cui circoscrizione si è svolto l'arbitrato, da presentarsi entro trenta giorni dalla notificazione del lodo a pena di decadenza. Il lodo è impugnabile[68]:

a) se la convenzione con la quale è stato dato il mandato agli arbitri è

invalida o gli arbitri sono andati oltre i limiti del mandato e la relativa eccezione sia stata sollevata nel corso del procedimento;

b) se gli arbitri non sono stati nominati nelle forme e nei modi stabiliti nella

convenzione arbitrale;

c) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere arbitro *ex* art. 812 cod. proc. civ. (incapacità totale o parziale di agire);

d) se gli arbitri non si sono attenuti alle condizioni apposte dalle parti come condizione di validità del lodo;

e) se non è stato osservato il principio del contraddittorio.

In astratto, all'arbitrato irrituale si applica poi il regime di impugnabilità di cui all'art. 2113 cod. civ., che prevede, come noto una tutela di annullabilità -previa impugnazione dell'atto datoriale nel termine semestrale- in relazione alle rinunzie e transazioni che abbiano per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi, restando per converso in sé valide ed inoppugnabili le rinunce o transazioni su qualsiasi diritto che al lavoratore derivi soltanto dal suo contratto individuale, e, all'opposto, nulli gli atti del lavoratore di disposizione di diritti non ancora maturati e derivanti da disposizioni inderogabili: infatti, l'inderogabilità della norma non comporta necessariamente l'indisponibilità del relativo diritto ove il diritto sia maturato, ma precludono solo rinunce a diritti futuri; in altri termini, l'unico limite invalicabile attiene alla indisponibilità dei diritti futuri non ancora entrati nel patrimonio disponibile del lavoratore.

Ne deriva che: <<1) l'arbitrato-transazione è pienamente valido quando esso abbia per oggetto diritti del lavoratore non nascenti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo; 2) l'arbitrato-transazione è invece annullabile, mediante impugnazione entro sei mesi dall'emanazione del lodo o dalla cessazione del rapporto se successiva, quando esso abbia per oggetto diritti già maturati in capo al lavoratore, nascenti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo; 3) l'arbitrato-transazione è nullo quando abbia per oggetto diritti non ancora maturati in capo al lavoratore, nascenti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, cioè quando abbia la pretesa di sostituire per il futuro la disciplina inderogabile del rapporto>>.[69]

Si è così osservato che <<il problema sta quindi nello stabilire quali siano i confini dell'area che, per intenderci, abbiamo definito della nullità assoluta e che, in termini generali, include quelle determinazioni che, incidendo sul momento genetico del diritto e disponendo per il futuro, finiscono per definire una regolamentazione del rapporto diversa da quella prevista dalla legge. Per

[67] Cfr. SCILLIERI, *Altre modalità di certificazione ed arbitrato,* ivi, 155; per approfondimenti per l'arbitrato nei rapporti di lavoro pubblico privatizzati, MONDA, *La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro pubblico,* n AA.VV. (Ferraro e Cinelli cur.), *cit.,* 199 ss.

[68] Sul tema, BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo arbitrale,* in AA.VV. (Ferraro e Cinelli cur.), *cit.,* 148 ss.; CORVINO, e TIRABOSCHI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro,* in AA.VV. (cur. Proia e Tiraboschi), *cit.,* 120.

[69] DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro, cit.,* 117.

fare qualche esempio sono considerati radicalmente nulli gli accordi che stabiliscano per il futuro una retribuzione collettiva e quindi "insufficiente" ai sensi dell'art. 36 cost.; gli accordi,sempre de futuro, in materia di ferie e riposi12; le pattuizioni aventi ad oggetto le misure dirette a salvaguardare la salute e la sicurezza dei lavoratori; gli accordi sulla proroga del periodo di prova; le pattuizioni relative al t.f.r. effettuate nel corso del rapporto di lavoro; gli accordi in materia di obblighi contributivi; le pattuizioni che modifichino, con effetti che si riverberano nel futuro, l'assetto legislativo in materia di qualifiche e mansioni del lavoratore. Nei casi sopra elencati e in tutti quelli nei quali ricorrono i medesimi presupposti è chiaro che la determinazione arbitrale non conforme alla legge è radicalmente nulla (e quindi sottratta al regime dell'art. 2113, comma 4, c.c.) né più né meno di come lo sarebbe un accordo intervenuto tra le parti in sede giudiziale o amministrativa. Da ciò deriva che il lodo irrituale del lavoro, pur non essendo, in linea di principio, impugnabile per violazione di legge, può esserlo quando la violazione incida, non su diritti, già maturati, ma sull'assetto futuro del rapporto di lavoro. E la cosa vale – è bene ribadirlo – sia per il lodo di diritto, sia per quello di equità (il quale peraltro, come vedremo tra breve, è impugnabile anche per violazione dei "principi generali del diritto" e dei "principi regolatori della materia")>>.[70]

La dottrina[71] ha peraltro evidenziato che la riforma del 2010 reca oggi espressamente il richiamo all'arbitrato irrituale di cui agli artt. 412-*ter* e *quater*, al pari di quello alle conciliazioni raggiunte in sede giudiziaria, amministrativa e sindacale, tra le rinunzie e le transazioni escluse dal regime di impugnabilità dall'art. 2113 cod. civ. La violazione di norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, salvo il caso di nullità vera e propria per disposizione di diritti futuri, non sarebbe invece mai rilevanza come motivo di impugnazione del lodo, e ciò perché atto negoziale di disposizione e non di disciplina del rapporto[72]: l'inderogabilità di legge e del contratto collettivo, infatti, opererebbero solo nei confronti dei negozi che regolano il futuro svolgimento del rapporto, ma non rispetto ai negozi dispositivi di diritti già maturati, ad eccezione di quelli assolutamente indisponibili. In altri termini, la normale non impugnabilità del lodo per violazione di legge o contratto collettivo (e contrarietà a norme imperative e nullità del negozio *ex* art. 1148 cod. civ., come avviene nel caso di disposizione di diritti futuri) è la conseguenza della natura contrattuale dell'arbitrato irrituale. Resterebbe invece ferma la possibilità che siano proprio le parti a porre quale condizione di validità del lodo l'esatta osservanza da parte degli arbitri delle norme applicabili al merito della controversia, con la conseguente legittimazione all'impugnativa del lodo, sotto lo schermo formale della violazione del mandato, non solo per violazione di norme procedurali o errata individuazione del criterio di giudizio, ma anche per errore di diritto (in altri termini, proprio la norma dell'art. 808-*ter* cod. proc. civ., introdotto dalla riforma del 2006, consentirebbe di superare le antiche distinzioni tra la ricostruzione dell'arbitrato irrituale come atto di giudizio ovvero come atto dispositivo). Al di là di questo caso, però, il richiamo legale all'art. 2113 co. 4 cod. proc. civ. confermerebbe la natura dispositiva dell'arbitrato irrituale in discorso e la impossibilità di impugnazione del lodo per eventuali *errores in judicando* commessi dagli arbitri. Non è mancato peraltro chi ha evidenziato criticamente[73] le differenze tra l'arbitrato e le conciliazioni, pur nella comune soggezione all'inoppugnabilità *ex* art. 2113 co. 4 cod. civ., atteso che <<non può sfuggire la differenza tra la conciliazione, in cui il consenso delle parti interviene, per dir così, "a valle" della proposta del conciliatore, e l'arbitrato, in cui le parti manifestano "a monte" la propria volontà di assoggettarsi alla decisione dell'arbitro. In tale prospettiva, la peculiare stabilità riservata alla conciliazione appare giustificata anche dal fatto che essa non si perfeziona senza l'adesione delle parti, che dunque hanno sempre la possibilità di far fallire il tentativo; onde può dubitarsi dell'opportunità (se non addirittura della legittimità costituzionale) dell'estensione del medesimo regime dell'arbitrato, in cui il lodo si impone alle parti in virtù del consenso preventivamente manifestato nel patto compromissorio>>.

---

[70] BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "collegato lavoro*, in www.judicium.it.

[71] PESSI, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro: una rassegna ragionata del dibattito dottrinale*, *ibidem*, 168.

[72] v. SANTORO PASSARELLI F., *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1948, 53 ss.

[73] BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo arbitrale, cit.*, 153.

I medesimi principi sono applicabili nei confronti del lodo arbitrale di equità, stante la generalità del richiamo dell'ar. 2113 cod. civ.: ne deriva che la previsione dei limiti all'attività decisoria degli arbitri -costituita dall'obbligo, introdotto a seguito di rilievi alla bozza di articolato provenienti dalla Presidenza della Repubblica- del rispetto dei principi regolatori della materia, anche derivanti da norma comunitarie- non determina un ampliamento significativo delle possibilità di impugnazione del lodo[74], il che senza dubbio pare uno delle lacune più gravi della riforma. Altri [75] hanno invece rilevato che tra le regole imposte dalle parti come condizioni di validità del lodo non si possono non includere, implicitamente, l'equità, con i limiti ad essa connaturati come circoscritti dal legislatore, e ciò in quanto <<non avrebbe senso che sia stato rigorosamente delineato l'ambito dell'equità (per di più a seguito del messaggio presidenziale che aveva sottolineato l'esigenza delle modifiche poi apportate) se la decisione arbitrale potesse impunemente obliterare i principi regolatori della materia e gli altri argini ad essa preposti>>.

11. Altre procedure arbitrali.

Un ulteriore modello di arbitrato è disciplinato dal comma 12 dell'art. 31, atteso che gli organi certificatori, per ragioni di economicità, possono concludere tra di loro accordi per l'istituzione di camere arbitrali unitarie e quindi comuni ai vari organismi.

Quanto alla relativa disciplina, il legislatore non richiama l'intera regolamentazione prevista per l'arbitrato dinanzi alle commissioni di conciliazione, ma si limita ad invocare solo quella sull'efficacia, impugnazione ed esecutività del lodo, compiendo già, all'atto della selezione delle norme richiamate, una valutazione delle disposizioni compatibili con l'arbitrato del comma 12 dell'art. 31.

L'art. 412-*quater* cod. proc. civ. nel disciplinare l'arbitrato innanzi al collegio di conciliazione e arbitrato, prevede che resta ferma per le parti la possibilità di «avvalersi delle procedure di conciliazione e di arbitrato previste dalla legge»: restano dunque in vita le forme di arbitrato irrituale *ex lege* (prima sopravvissute all'art. 5 della L. 533/1973 e poi agli interventi legislativi del 1998) quali l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, l'art. 7 della L. 604/1966 e l'art. 7 della L. 108/1990.

Come rilevato in dottrina, continuano a vivere anche gli arbitrati *ex lege* ed *ex contractu* dell'art. 5 della L. 533/1973: <<in particolare l'arbitrato di previsione collettiva di cui all'ultima legge citata si sovrappone al modello previsto dal nuovo art. 412-*ter* cod. proc. civ., il quale tuttavia non è precisato se sia di natura rituale o irrituale e non fa espressamente salva, contrariamente a quanto dettato dall'art. 5 L. 533/1973, la facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria in ogni caso. Ne potrebbe conseguire una vincolatività della clausola arbitrale collettiva tale da non rendere eventualmente libere le parti, in sua presenza di adire l'autorità giudiziaria>>.[76]

12. Considerazioni conclusive.

In passato, il ricorso all'arbitrato in materia di lavoro è sempre stato piuttosto teorico, in quanto, come ricordava Gino Giugni[77] "intorno al sindacato si era formata, negli anni precedenti alla riforma (del processo del lavoro), una grande *lobby* forense, che ha sempre avversato l'arbitrato": la sostanziale inutilizzazione dell'istituto derivava essenzialmente, oltre che dal monopolio sindacale dei casi nei quali poteva espletarsi, dalla facoltà delle parti di rivolgersi in ogni caso al giudice e, soprattutto, dall'impugnabilità giudiziale del lodo per violazione delle disposizioni inderogabili di legge e contratti collettivi (previsione questa, dettata dapprima dall'art. 5, co. 2 e 3, della l. 533 del 1973 e, dopo la sua abrogazione ad opera dell'art. 43, co. 7, d.lgs. 80/1988, dai contratti collettivi).

La rivitalizzazione dell'istituto passa per l'eliminazione del monopolio sindacale attraverso la previsione legale di varie forme arbitrali diverse e delle limitazione dell'impugnabilità del lodo ai soli casi di cui all'art. 808-*ter* cod. proc. civ. (che esclude la possibilità di denunziare al giudice la violazione delle regole legali e collettive relative al merito della controversia); inoltre, ai sensi della nuova formulazione dell'art. 412 cod. proc. civ., la clausola compromissoria può ricomprendere

[74] BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo arbitrale, cit.,* 158.
[75] RIVERSO, *La certificazione dei contratti e l'arbitrato: vecchi arnesi, nuove ambiguità, cit.,* 61.
[76] LICCI, *L'arbitrato, op. loc. cit.*
[77] In *Riv. it. Dir. Lav.,* 1992, I, 438.

anche la "richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento", espressione cui si è aggiunta, a seguito dei rilievi al disegno di legge del Presidente della Repubblica, l'esigenza del rispetto anche dei "principi regolatori della materia, inclusi quelli derivanti da obblighi comunitari".

Tutta la disciplina risulta particolarmente rilevante ove collegata alla previsione, introdotta sempre dal medesimo collegato Lavoro, secondo la quale, in relazione alle materie di cui all'articolo 409 cod. proc. civ., le parti contrattuali (ove previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, o, in assenza di essi, secondo quanto attuato dal ministro del lavoro e delle politiche sociali con proprio decreto) possono pattuire clausole compromissorie di cui all'articolo 808 cod. proc. civ., che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-*quater*.

La clausola compromissoria, a pena di nullità, deve essere certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, dagli organi di certificazione di cui all'articolo 76 del medesimo decreto legislativo: ciò è fatto affinché le commissioni di certificazione accertino la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le controversie che dovessero insorgere in relazione al rapporto di lavoro, ma ha l'effetto pratico di sottoporre la clausola compromissoria ai limiti di impugnazione propri della certificazione (oggi incrementati, come detto, dall'art. 30).

Peraltro, poiché le dette commissioni non potrebbero che prendere atto della volontà dichiarata dal lavoratore, l'indicata garanzia non appare sufficiente, essendo la volontà espressa in una fase che è pur sempre iniziale del rapporto e nella quale permane pertanto una ovvia condizione di debolezza del lavoratore, specie nei rapporti, che sono la maggioranza, ove il rapporto non è assistito da stabilità reale o, di fatto, dalla stessa applicabilità delle garanzie della disciplina limitativa dei licenziamenti.

Gli strumenti in discorso assicurano numerosi vantaggi ai datori di lavoro e dovrebbero avere perciò una discreta fortuna, con rivitalizzazione dell'arbitrato ed effetti indiretti sul ricorso alla tutela giurisdizionale; peraltro, il nuovo sistema non è andato esente da critiche, anche veementi, essendosi sollevate, da parte della dottrina, consistenti dubbi di legittimità costituzionale delle nuove disposizioni, in relazione a varie norme che tutelano il lavoro in modo inderogabile (artt. 3, 4, 41, 97 Cost., ed altre), risultando evidente il tentativo di comprimere lo spazio di esercizio della giurisdizione e di dirottare la tutela di quei diritti verso forme di giustizia privata, ignorando il disequilibrio, quanto a poteri giuridici e mezzi economici, tra datore di lavoro e lavoratore.

E, se la stessa Associazione nazionale magistrati, il 5 marzo 2010, ha espresso forti perplessità, ritenendo "preoccupante" l'intento che traspare dalle disposizioni approvate di mortificare il ruolo determinante del giudice del lavoro, attraverso la limitazione del potere interpretativo, e la riduzione dei diritti dei lavoratori, anche l'Organismo unitario dell'avvocatura ha espresso critiche al provvedimento, rilevando l'esclusione degli avvocati dai nuovi istituti con correlativa lesione dell'art. 24 Cost. (aspetto questo, cui nella successiva stesura del provvedimento si è posto rimedio, almeno solo sul piano formale), e osservando che con il provvedimento in esame si confonde la necessità di rendere i tempi della giustizia più celeri con la riduzione degli spazi di tutela del cittadino.

Critiche sono state mosse anche all'utilità effettiva dell'istituto[78], osservandosi che <<l'arbitrato, nelle varie forme, dovrebbe "deflazionare" il ricorso al giudice dei lavoro sul quale. è bene ricordarlo, gravano, in forte misura, le c.d. "cause previdenziali", non toccate dalla attuale riforma. La materia dei licenziamenti resta fuori dalla procedura arbitrale e che può riguardare soltanto altri aspetti del rapporto di lavoro. Tutto questo, seppur apprezzabile nello spirito, necessita della volontà delle parti: se questa non c'è (e ne è una dimostrazione l'art. 5 della legge n. 108/1990 che prevede, dopo il mancato accordo, la possibilità, di chiedere per il licenziamento nelle imprese sottodimensionate alte

[78] MASSI, *Il collegato lavoro,* www.dplmopdena.it, 42.

quindici unità, la costituzione di un collegio arbitrale), non c'è niente da fare. Diverso è, invece, il discorso relativo ai collegi arbitrali irrituali *ex* art. 7 della legge n. 300/1970 che, in questi quaranta anni, hanno trovato piena agibilità presso le parti ed hanno contribuito a risolvere, in maniera equa e veloce, una serie di vertenze di natura disciplinare>>: qui però il successo dell'istituto si ricollega alla peculiarità delle regole procedurali che stabiliscono la sospensione dell'efficacia della sanzione disciplinare o la sua definitiva inefficacia in relazione al comportamento ostativo alla procedura arbitrale del datore di lavoro.

Forti e condivisibili le critiche all'istituto legale della clausola compromissoria di nuova fattura: <<Intatto rimane il contrasto di fondo con il disegno costituzionale: attraverso un tortuoso i*ter* (contratto collettivo, decreto ministeriale, certificazione), la normativa in discussione attua un rovesciamento del ruolo riservato al rapporto dì lavoro (all'interno dell'art. 3, comma 2, Cost.), quale mezzo di avanzamento e promozione della persona secondo la mai tramontata concezione dell'eguaglianza sostanziale. La Costituzione del '48 vuole che si superino le debolezze che impediscono nei fatti al lavoratore, nel nostro campo di osservazione, di essere parte sullo stesso piano della controparte datoriale; vuole che si rimuovano gli ostacoli che impediscono al lavoratore di realizzare pienamente la propria dignità nel rapporto di lavoro e di godere per davvero dei diritti riconosciuti nell'ordinamento. Il legislatore del 2010 sembra invece voler usare la situazione di bisogno della persona che deve essere assunta al lavoro dopo il periodo di prova a danno della medesima, oppure voler servirsi della condizione di debolezza intrinseca al rapporto di lavoro (in atto da brevissimo tempo) non già per superarla, ma per far sì che la stessa persona possa perdere (per sempre e senza possibilità di ripensarci) due delle più importanti garanzie del diritto del lavoro, capisaldi dello stesso Stato di diritto: la giurisdizione statale e, attraverso di essa, le garanzie di inderogabilità di buona parte del diritto del lavoro.

Siamo dinanzi alla legalizzazione di una coercizione della volontà. La legge utilizza la situazione di debolezza per far approdare la parte debole a una tutela processuale e sostanziale di minor pregio e valore rispetto a quella di partenza e, per converso, rende ancora più solida la condizione della parte (economicamente e giuridicamente) *ab origine* più forte (il datore di lavoro).

Cosa abbia a che vedere tutto ciò con la Costituzione e con la tutela del lavoro, nonché con l'articolo 3, comma 2, Cost., è impossibile da spiegare. Basta chiedersi, ad esempio, perché il lavoratore - prima ancora di sapere quale tipo di controversia avrà davanti - dovrebbe rinunciare alla giurisdizione statale e quindi all'applicazione integrale della normativa di tutela sostanziale garantita dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Quale interesse potrebbe avere il lavoratore a preferire al buio l'approdo a un arbitrato privato di equità. (e per lui pure svantaggioso economicamente)? … Si mostra, allora, del tutto scoperta la duplice finalità della manovra insita all'interno della clausola compromissoria certificata: per una parte, si è voluto colpire la giurisdizione del lavoro, attuando una vera e propria definitiva fuga da essa (non si capirebbe altrimenti perché non venga lasciata una possibilità di ripensamento al lavoratore); per altro verso, si accentua l'indebolimento dei diritti del lavoro attraverso la deregolazione sostanziale: l'obiettivo è, infatti, quello di aggirare la norma inderogabile attraverso l'equità dell'arbitro >>.[79]

Ma i rilievi principali sono venuti, come noto, dal Presidente della Repubblica, che ha rinviato al Parlamento il disegno di legge, censurando, nello specifico, la disciplina dell'arbitrato e della clausola compromissoria, e tali rilievi mantengono la loro immutata attualità anche all'esito delle limitate modifiche governative successivamente apportate al provvedimento (quali il divieto di sottoscrizione della clausola compromissoria prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto dal contratto, o prima del decorso di trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro, l'esclusione della possibilità che la clausola compromissoria riguardi le controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro): <<la introduzione nell'ordinamento di strumenti idonei a prevenire l'insorgere di controversie ed a semplificarne ed accelerarne le modalità di definizione può risultare certamente apprezzabile e merita di essere valutata con spirito aperto: ma occorre verificare attentamente che le relative disposizioni siano pienamente coerenti con i principi della volontarietà

[79] RIVERSO, *La certificazione dei contratti e l'arbitrato: vecchi arnesi, nuove ambiguità, cit.,* 52-53.

dell'arbitrato e della necessità di assicurare una adeguata tutela del contraente debole, .. principi costantemente affermati in numerose pronunce dalla Corte Costituzionale> in relazione al <<al fondamentale principio di statualità ed esclusività della giurisdizione (art. 102, primo comma, della Costituzione) e al diritto di tutti i cittadini di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi (artt. 24 e 25 della Costituzione)>>.

Ulteriori motivi di perplessità riguardano la possibilità che la clausola compromissoria possa comprendere anche la richiesta di decidere secondo equità (anche se oggi, all'esito delle modifiche al disegno di legge originario, il ricorso all'equità è consentito nel rispetto dei princìpi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, inclusi quelli derivanti da obblighi comunitari), in quanto <<si incide in tal modo sulla stessa disciplina sostanziale del rapporto di lavoro, rendendola estremamente flessibile anche al livello del rapporto individuale>>, non essendo a ciò di ostacolo il richiamo ai principi, che non appare idoneo per la sua genericità <<a ricomprendere tutte le ipotesi di diritti indisponibili, al di là di quelli costituzionalmente garantiti>>.

Può dunque concludersi, richiamando ancora le parole del Presidente della Repubblica, che <<l'esigenza di una maggiore flessibilità risponde a sollecitazioni da tempo provenienti dal mondo dell'imprenditoria, alle quali le organizzazioni sindacali hanno mostrato responsabile attenzione guardando anche alla competitività del sistema produttivo nel mercato globale. Si tratta pertanto di un intendimento riformatore certamente percorribile, ma che deve essere esplicitato e precisato, non potendo essere semplicemente presupposto o affidato in misura largamente prevalente a meccanismi di conciliazione e risoluzione equitativa delle controversie, assecondando una discutibile linea di intervento legislativo - basato sugli istituti processuali piuttosto e prima che su quelli sostanziali - di cui l'esperienza applicativa mostra tutti i limiti>>.

III) TERMINI PER L'IMPUGNAZIONE DEGLI ATTI DATORIALI.

1. La norma. Art. 32, co. 1-4.

(Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato)

1. Il primo e il secondo comma dell'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, sono sostituiti dai seguenti:
"Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso.
L'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di duecentosettanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formatisi dopo il deposito del ricorso. Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo".

1-bis. In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento, acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011.

2. Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche a tutti i casi di invalidità del licenziamento.

3. Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano inoltre:

a) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto;

b) al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di cui all'articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile;

c) al trasferimento ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, con termine decorrente dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento;

d) all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo.

4. Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche:

a) ai contratti di lavoro a termine stipulati ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla scadenza del termine;

b) ai contratti di lavoro a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e già conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla medesima data di entrata in vigore della presente legge;

c) alla cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile con termine decorrente dalla data del trasferimento;

d) in ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto.

2. La nuova disciplina dei termini di decadenza per l'impugnativa del licenziamento.

Il collegato lavoro incide su una norma -prevista dalla legge n. 604 del 1966 sui licenziamenti individuali- presente nel nostro ordinamento da quarantacinque anni (norma che, peraltro, era rimasta immutata anche a seguito delle modifiche rilevanti dettate dalle leggi n. 300/70 e 108/90), rimodulandone il contenuto con riferimento ai licenziamenti ed estendo l'applicazione dei principi ad altri atti datoriali.

L'intervento nasce dall'esigenza di razionalizzare i tempi di avvio del contenzioso relativo alla legittimità o meno di alcuni atti datoriali (e soprattutto del licenziamento individuale), al fine di assicurare la certezza delle situazioni giuridiche, ravvisandosi in ciò un'esigenza essenziale per il corretto funzionamento dell'impresa. Si è voluto evitare che il lavoratore possa contestare, a distanza di anni dalla loro adozione, gli atti datoriali, invocando effetti ripristinatori o reintegratori, rafforzando in tal modo i poteri imprenditoriali e la definitività dei relativi atti e, per altro verso, evitando altresì che il lavoratore possa moltiplicare gli effetti economici della sentenza favorevole per effetto del decorso del tempo: si è detto[80] che, se l'imprenditore ben può sopportare il rischio che una risoluzione del rapporto sia avvenuta fuori dalle norme, meno ragionevole è che l'imprenditore per un rilevante periodo di tempo debba restare in una situazione di incertezza in merito alla perdurante efficacia dei propri atti.

L'esigenza è condivisibile in linea generale, anche se sul piano tecnico va rilevato che si tratta di un tempo che, considerata la mole del contenzioso italiano che gli avvocati gestiscono, risulta troppo ristretto per preparare l'atto introduttivo di un procedimento che, scandito da rigide preclusioni, necessita spesso <<di raccolta di documenti, ricerche su trasformazioni e collegamenti societari di difficile ricostruzione, l'attesa che i danni si determinino esattamente eventualmente tramite indagini medico legali>[81]. Inoltre, opportunamente si è osservato che <<sia il progetto Salvi-Treu che il progetto Foglia prevedevano un termine di decadenza per il ricorso giudiziale in caso di licenziamento ma, oltre a questo, anche una corsia preferenziale per la rapida trattazione e soluzione

[80] PETRASSI, *Il nuovo regime delle decadenze nel diritto del lavoro,* in AA.VV. (cur. Proia e Tiraboschi), 2011, 192.

[81] SANTORO, *L'impugnazione dei licenziamenti,* in *Questione giustizia*, 2010, 6, 75-76.

delle relative controversie, con una fase di cognizione sommaria, laddove il disegno di legge 1441-*quater* ha estrapolato dai precedenti progetti solo l'introduzione del termine di decadenza, senza preoccuparsi di intervenire sui tempi del processo>>[82], sicché la norma sembra inutile ed irragionevole se non accompagnata da altre misure che incidano sull'effettiva durata del processo. Infine, va detto che, in ogni caso, la norma <lascia inalterata una situazione di disparità per la previsione peggiorativa di chi deve introdurre una controversia di lavoro rispetto ad altri soggetti, attori in procedimenti non soggetti ad alcun termine o agli ampi termini prescrizionali>>.[83]

Viene così modificato l'art. 6 della legge n. 604 del 1966 in più parti: intanto, i primi due commi vengono accorpati in un solo comma e si specifica espressamente nel testo che la comunicazione del licenziamento che fa scattare i termini di decadenza per l'impugnazione deve essere "in forma scritta".

La principale novità è però nel secondo comma, che introduce una sanzione di inefficacia dell'impugnazione per il caso in cui questa impugnazione non sia seguita "entro il successivo termine di 270 giorni" dall'avvio dell'azione giudiziale o dall'avvio del tentativo di conciliazione o dell'arbitrato.

Il termine [84] ha natura decadenziale ed il suo decorso comporta l'estinzione del diritto del lavoratore ad impugnare l'atto datoriale.

Si badi che il termine di 270 giorni è stabilito solo in relazione all'impugnativa del licenziamento, che è atto del lavoratore, e non anche all'azione datoriale di accertamento della legittimità del recesso.

Non è chiara, peraltro, la decorrenza del termine di 270 giorni, potendo dubitarsi se esso decorra dalla data dell'impugnazione (da farsi nei 60 giorni dalla comunicazione scritta del recesso), ossia dalla data di effettiva impugnazione tempestiva, ovvero dalla scadenza del primo termine di decadenza (e dunque dal 61° giorno dalla comunicazione scritta del recesso), a prescindere dalla data effettiva della prima impugnazione: la norma qualifica con l'aggettivo "successivo" il termine di 270 gg. senza indicare il termine di riferimento precedente. Pare più convincente la soluzione di chi ritiene che il termine debba computarsi dalla data dell'effettiva precedente impugnazione (volendosi affidare al lavoratore un termine per il completamento di una fattispecie già avviata, in una misura che si vuole fissa e che prescinde dal momento della impugnazione concreta[85]); in senso diverso, si è detto[86] che <<dovrebbe prediligersi la soluzione di far decorrere il termine di 270 giorni dal 61° giorno successivo all'intimazione del licenziamento o alla comunicazione dei suoi motivi; …..... la soluzione prospettata... consente di fatto l'allungamento del termine massimo per l'impugnativa giurisdizionale fino a 330 giorni dalla data del licenziamento anche qualora il lavoratore abbia impugnato stragiudizialmente quest'ultimo prima del 60° giorno>>; contrario altro orientamento[87], che, pur consigliando in ogni caso un atteggiamento particolarmente prudente, ritiene che, a differenza di quanto previsto nella seconda parte dello stesso comma della disposizione, il legislatore non abbia inteso far decorrere il termine dal compimento dell'atto[88].

Il legislatore ha quindi previsto un ulteriore termine decadenziale di 60 giorni per il deposito del ricorso avanti al giudice per il caso di fallimento della fase conciliativa o arbitrale, ma anche in tal

---

[82] PICCININI e PONTERIO, *La controriforma del lavoro, cit.*, 2010, 6.

[83] SANTORO, *L'impugnazione dei licenziamenti, cit.*, 76.

[84] che ricorda, secondo DAMOLI, *cit.*, 2010, 2, quello della denuncia per vizi di cui all'art. 1495 del codice civile, sebbene lì il termine sia annuale e prescrizionale.

[85] SANTORO, *L'impugnazione del licenziamento, cit.*, 79.

[86] CAVALLARO L., *Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato,* in atti dell'incontro di studi organizzato dal referente della formazione decentrato del Consiglio Superiore della Magistratura presso la Corte d'appello di Napoli, *Giustizia del lavoro e legge n. 183 del 2010,* in Napoli, il 4 marzo 2011.

[87] NICOLINI, *L'impugnazione giudiziale dei licenziamenti,* in AA.VV. (cur. Proia e Tiraboschi), *cit.*, 2011, 243.

[88] sul tema, altresì, IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze nelle impugnazioni degli atti datoriali,* in AA.VV. (cur. Cinelli e Ferraro), *cit.*, 221, che richiama l'analoga soluzione giurisprudenziale applicabile al termine per comminare la sanzione disciplinare ove il lavoratore non utilizzi appieno il termine di cinque giorni per replicare alla contestazione disciplinare).

caso l'individuazione del *dies a quo* non è agevole. La disciplina fa riferimento al momento in cui risulti che "la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento".

Con riferimento al tentativo di conciliazione previsto dal citato art. 410 cod. proc. civ., si è già evidenziato come nel nuovo sistema la parte notificataria della richiesta conciliativa deve costituirsi con memoria entro il ventesimo giorno successivo al ricevimento della richiesta di convocazione, e che in mancanza di tale costituzione la commissione non dovrà più convocare la seduta e il tentativo non potrà espletarsi, sicché ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria».

Le locuzioni "rifiuto" e "mancato accordo" sembrerebbero riferirsi sia alle conciliazioni che all'arbitrato; peraltro, il riferimento al mancato accordo sembra riferirsi all'accordo necessario per l'espletamento della conciliazione o dell'arbitrato e non anche all'accordo quale esito negativo finale del tentativo di conciliazione. Ne deriva, così ad esempio, che il mancato deposito della memoria avanti alla commissione di conciliazione entro venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta equivarrà a rifiuto della conciliazione, e dunque dal ventunesimo giorno decorrerà il termine di 60 giorni per l'impugnativa giurisdizionale.

Peraltro, la norma letteralmente si riferisce ai casi in cui la parte non accetta la conciliazione (e in tal caso, come si è visto, nella nuova disciplina la commissione di conciliazione non potrà più convocare la seduta conciliativa) e non anche al caso in cui, accettata la procedura, l'accordo non sia poi raggiunto; ne conseguirebbe che, ove la procedura sia accettata ma l'accordo non sia raggiunto, non opererebbe il termine decadenziale dei sessanta giorni, per assenza di *dies a quo*[89]. In altri termini, ove il mancato accordo delle parti non riguardi la procedura conciliativa, ma il merito della controversia, non sembra configurabile un termine decadenziale, per mancata previsione normativa. Analoga conclusione dovrebbe valere nel caso in cui il tentativo di conciliazione sia espletato e determini un accordo parziale[90].

Secondo altro indirizzo[91], invece, la norma dovrebbe essere interpretata in modo estensivo, intendendo la locuzione "mancato accordo" quale fattispecie ampia e comprensiva di tutti i casi e, dunque, anche del caso in cui, avviata la fase conciliativa, l'esito sia negativo (e non porti, comunque, o ad un accordo conciliativo o ad una successiva ulteriore fase arbitrale).

Quanto all'individuazione del *dies a quo* nell'ipotesi di arbitrato *ex* art. 412-*quater* cod. proc. civ., <<la previsione di legge si realizza quando la parte convenuta non provveda alla nomina del proprio arbitro di parte entro 30 giorni dalla notifica del ricorso per arbitrato, ovvero quando, prima della scadenza dei suddetti 30 giorni, il convenuto comunichi in maniera espressa il proprio rifiuto. In questi casi il ricorso giudiziario dovrà pertanto essere depositato dal lavoratore nei 60 giorni successivi, rispettivamente, alla scadenza del succitato termine di 30 giorni, ovvero alla precedente data di ricezione del rifiuto>>[92].

La dottrina esclude poi che il termine di decadenza possa operare per le ipotesi in cui il lavoratore abbia dato tempestivamente corso ad una procedura arbitrale, ma questa si sia, per qualsiasi ragione, estinta, senza che vi sia stata pronuncia del lodo: <<ad esempio perché, nel caso previsto dal novellato art. 412, comma 2, cod. proc. civ., sono decorsi i 60 giorni previsti per la pronuncia, cosicché, de iure, l'incarico deve intendersi revocato. Neppure tali fattispecie, infatti, sono previste dal nuovo art. 6, comma 2, secondo periodo, l. n. 604/1966, e pertanto neanche in questi casi può assumersi l'operatività del termine che impone il deposito del ricorso giudiziale entro 60 giorni. Né sembrano applicabili all'arbitrato i principi enunciati dalla Corte di Cassazione con riferimento alla decadenza che si realizza a seguito dell'estinzione del processo, stante l'obiettiva diversità delle fattispecie>>[93].

Tali principi trovano applicazione ove sia il lavoratore a promuovere la procedura conciliativa o arbitrale; ove invece sia il datore di lavoro a far ciò, si è sostenuto che la richiesta datoriale non faccia

[89] NICOLINI, *L'impugnazione giudiziale dei licenziamenti,* 2011, *ibidem*, 247.
[90] SANTORO, *L'impugnazione del licenziamento, cit.,* 80.
[91] Espresso da DAIMOLI, *cit.*, 2010, 3.
[92] NICOLINI, *L'impugnazione giudiziale dei licenziamenti, cit.,* 247.
[93] NICOLINI, *cit.,* 249.

scattare il termine di 270 giorni[94], essendo questo stabilito in relazione all'impugnativa del licenziamento, che è atto del lavoratore, e non anche all'azione datoriale di accertamento della legittimità del recesso.

La nuova disciplina prevede che le dette disposizioni si applichino anche a tutti i casi di invalidità del licenziamento, essendo stato così modificato in ultima lettura il testo del disegno di legge che (nel testo approvato dalla Camera dei deputati il 29 aprile 2010) conteneva oltre che il riferimento all'invalidità anche il riferimento alla inefficacia.

L'esclusione del richiamo all'inefficacia rende evidente secondo alcuni l'inapplicabilità del termine decadenziale al licenziamento orale ed a quello senza indicazione dei motivi: quanto al licenziamento orale, non sembrano seriamente prospettabili dubbi, e ciò non perché non sia configurabile oltre all'inefficacia un'invalidità (*sub specie* di nullità per vizio di forma prescritta *ad substantiam*), quanto perché la decorrenza del termine è ancorata alla comunicazione scritta del recesso, sicché, in difetto di questa, il termine non può decorrere (in senso diverso, si è osservato che il termine opera anche nel recesso orale e decorre dalla cessazione di fatto del rapporto, pur evidenziandosi l'esigenza – e, viene da aggiungere, per gli impliciti rischi della soluzione adottata- di un estremo rigore nell'accertamento di tale momento con prove testimoniali)[95]; quanto, poi, al licenziamento privo di motivi nonostante la richiesta del lavoratore, non dovrebbero esservi motivi per escludere il decorso del termine decadenziale dalla data della comunicazione scritta del recesso immotivato, anche perché nulla impedisce al lavoratore di impugnare il licenziamento non originariamente motivato, a prescindere dalla richiesta di esplicitare le sue ragioni fondanti [96].

Per il resto, la norma estende il regime decadenziale anche a tutti i casi in cui il recesso possa essere ritenuto comunque invalido, andando oltre i casi in cui vi sia questione solo sulla giustificatezza (giusta causa o giustificato motivo) del licenziamento: vengono così ad essere ricomprese fattispecie di recesso datoriale in precedenza ritenute non soggette al regime delle decadenze, ma solo agli ordinari termini di prescrizione, come, ad esempio, di licenziamento nullo per causa di matrimonio o per violazione delle norme a tutela della maternità, o di licenziamento per superamento del periodo di comporto.

E, si è osservato criticamente, <<l'assimiliabilità al regime generale di situazioni particolari che giustifichino una tutela differenziata non solo desta perplessità, ma determina anche possibili profili di incostituzionalità riguardo all'art. 31 Cost. In tema di tutela della famiglia e della maternità, nel caso di licenziamento per gravidanza, nell'ipotesi in cui il rispetto di oneri temporali a carattere perentorio coincida con le delicate ultime settimane precedenti il parto o con le prime successive>>[97].

Il riferimento ai soli licenziamenti individuali (per il tramite del richiamo alla legge n. 604 del 1966), esclude secondo la dottrina[98] l'applicabilità dei termini ai licenziamenti collettivi, sebbene l'esigenza di certezza per gli stessi (ma non la fonte normativa) sia la medesima.

Il carattere sostanziale (essendo tali termini volti ad evitare che un processo ci sia) del termine decadenziale di 270 giorni e di quello di 60 giorni dal fallimento della conciliazione o arbitrato comporta l'inapplicabilità retroattiva del termine ai licenziamenti intimati prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, sia che sia spirato il termine per l'impugnativa stragiudiziale, sia che per gli

---

[94] SANTORO, *L'impugnazione dei licenziamenti, cit.,* 79.

[95] GAMBACCIANI, *Onere di impugnazione (anche giudiziale) del licenziamento*, in AA.VV. (cur. Proia e Tiraboschi), *cit.*, 183.

[96] PARISELLA, *L'impugnazione extragiudiziale dei licenziamenti*, in AA.VV. (cur. Proia e Tiraboschi), 2011, 237; nel senso dell'applicabilità di un unico regime impugnatorio a tutti i licenziamenti previsti dalla l. 604 del 1966, a prescindere dal vizio, ed essendo l'inefficacia pur sempre la conseguenza di un vizio che inficia l'atto, invece, IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze nelle impugnazioni degli atti datoriali, cit*., 2011, 227; CANNELLA, T*utela giudiziaria e decadenza,* in *Questione giustizia*, 2010, 6, 115, ritiene che il licenziamento immotivato sia un recesso inefficace non contemplato dalla disciplina appositiva del termine al pari del recesso orale, con conseguente inapplicabilità in entrambi i casi del termine di decadenza.

[97] SANTORO, *L'impugnazione dei licenziamenti, cit.,* 82.

[98] GAMBACCIANI, *Onere di impugnazione(anche giudiziale) del licenziamento, cit*., 188.

stessi il termine di impugnativa non sia ancora decorso[99]. Altri[100] ritiene inapplicabile il termine di 270 giorni ai licenziamenti già intimati ed impugnati stragiudizialmente sotto il vigore della precedente legge, nonché ai licenziamenti che in precedenza non dovevano essere impugnati stragiudizialmente, essendo invece applicabile il nuovo termine ai licenziamenti intimati prima della nuova legge e non impugnati, ma per i quali era configurabile un onere di impugnativa stragiudiziale, aggiungendosi in tal modo all'impugnativa il nuovo termine di 270 giorni.

Con riferimento all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, invece, per espressa previsione normativa il nuovo termine si applica anche ai contratti di lavoro a termine stipulati ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla scadenza del termine, nonché ai contratti di lavoro a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e già conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla medesima data di entrata in vigore della presente legge.

Anche dal carattere sostanziale della decadenza la dottrina desume la non rilevabilità d'ufficio della stessa: <<Nessun dubbio dovrebbe sussistere sul fatto che quelle fin qui discusse sono decadenze non rilevabili d'ufficio. In termini generali, infatti, una decadenza è rilevabile d'ufficio solo quando è posta a presidio di situazioni d'interesse pubblico; nel caso di controversia fra soggetti privati, e in difetto di un vincolo d'indisponibilità delle situazioni giuridiche che ne formano oggetto, la decadenza dev'essere sempre eccepita dalla parte interessata e potrà esserlo solo nei termini di cui all'art. 416 cod. proc. civ. >>.[101]

3. La proroga delle disposizioni (c.d. "decreto milleproroghe").

L'art. 32 comma 4 lett. b) l. 183/2010, nell'estendere il regime della decadenza anche all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, stabiliva che esso dovesse applicarsi non soltanto ai contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della l. n. 183/2010, fissando il *dies a quo* nella scadenza del rispettivo termine, ma perfino a quelli già conclusi, ancorché eventualmente stipulati "in applicazione di disposizioni di legge previgenti" al d.lgs. n. 368/2001, ancorando in questo caso il *dies a quo* alla data di entrata in vigore della legge stessa: la disciplina dunque fissava al 23 gennaio i nuovi termini per l'impugnazione dei licenziamenti.

Per evitare l'operatività della norma -che ha comportato un'impugnativa di massa dei recessi precedenti, anche a solo fine cautelativo al fine di evitare la decadenza e senza reale interesse attuale alla prosecuzione de rapporto- è stato approvato l'art. 2, comma 54, del c.d. "decreto milleproroghe" (d.l. n. 225/2010, conv. con l. n. 10/2011, in vigore dal giorno successivo alla sua pubblicazione in G.U. n. 47 del 26 febbraio 2011), che interviene proprio sui nuovi termini *ex* art. 6 l. n. 604/1966 e prevede che "le disposizioni ..., relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento" acquistino efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011.

La norma non incide sui termini ma differisce direttamente l'efficacia delle disposizioni, sicché si è ben detto che <<se l'efficacia della novella viene rinviata al 31 dicembre 2011, dobbiamo concludere che nessuna modifica della disciplina dettata dall'art. 6 l. n. 604/1966 si produrrà fino a tale data: con l'ulteriore conseguenza che per l'anno in corso non entreranno nemmeno in vigore quelle norme che estendono il regime decadenziale a fattispecie che non vi erano soggette alla stregua del regime previgente. In altri termini, ciò significa che il licenziamento nullo a causa di matrimonio o per violazione delle norme a tutela della maternità, quello intimato per motivi discriminatori o per rappresaglia o ancora quello per superamento del periodo di comporto

[99] Così CAVALLARO, *Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato, cit.,* 2011; CANNELLA, *Tutela giudiziaria e decadenza, cit.,* 114; IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze nelle impugnazioni degli atti datoriali, cit.,* SANTORO, *L'impugnazione dei licenziamenti, cit.,* 83.

[100] GAMBACCIANI, *Onere di impugnazione (anche giudiziale) del licenziamento, cit.,* 186.

[101] CAVALLARO, *Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato, cit.,* 2011.

continueranno per tutto il 2011 a non essere soggetti al termine d'impugnazione di sessanta giorni>>[102].

Un rilevante problema interpretativo si pone peraltro in relazione alle fattispecie cui l'art. 32 aveva esteso l'onere dell'impugnazione entro 60 giorni, inclusa l'azione di nullità del termine finale di durata del contratto di lavoro, in quanto il differimento al prossimo 31 dicembre riguarda letteralmente solo "le disposizioni […] relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento": da ciò il problema se il differimento riguardi solo i termini per impugnare atti qualificabili tecnicamente come licenziamenti, ovvero anche i termini per impugnare altri atti datoriali, diversi dai licenziamenti, ma per i quali l'introduzione del termine decadenziale è avvenuta con richiamo alle disposizioni dell'impugnativa dei licenziamenti.

Sebbene il dubbio interpretativo, anche qui, dovrebbe portare in via cautelativa ad impugnare gli atti datoriali nel termine a scadenza più ravvicinata, in dottrina [103] si è sostenuto che <<i commi 2, 3 e 4 dell'art. 32 l. n. 183/2010 dispongono l'estensione del regime decadenziale mediante un espresso riferimento "alle disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo"; e se l'efficacia diretta di quest'ultimo viene differita al 31 dicembre prossimo, bisogna ritenere che altrettanto valga per la sua efficacia riflessa: in caso contrario, si arriverebbe al paradosso di estendere la vecchia formulazione dell'art. 6 l. n. 604/1966 alle nuove ipotesi di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 32, il che mi pare un effetto che non può dirsi voluto né dal "collegato lavoro" né tampoco dal "milleproroghe">>.

La dottrina ha inoltre considerato il periodo di tempo intercorrente tra il 23 gennaio (momento di scadenza dei nuovi termini) ed il 26 febbraio successivo (momento di entrata in vigore della proroga), affermando l'efficacia retroattiva del "milleproroghe": <<la norma dice espressamente che il differimento di efficacia della modifica dell'art. 6 l. n. 604/1966 si produce "in sede di prima applicazione", vincolando così l'interprete a non tener conto di quanto potrebbe essere accaduto dal 23 gennaio scorso fino alla data della sua entrata in vigore. Dovrebbe pertanto escludersi che possano essersi verificate decadenze legate alla fase di temporanea efficacia delle modifiche apportate dall'art. 32 l. n. 183/2010 alla disciplina dei licenziamenti, sia che riguardino azioni di nullità del termine sia che concernano altre ipotesi comunque disciplinate *per relationem* dalla norma *ult. cit.* >>.

Problematico è anche il rapporto tra i diversi commi dell'art. 32, atteso che la modifica che l'art. 32 comma 1 l. n. 183/2010 ha apportato al secondo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966 non è né letteralmente né logicamente dipendente dalla nuova formulazione data al primo comma (ed il presupposto della sua operatività è semplicemente l'esistenza di un'impugnazione stragiudiziale del licenziamento), sicché si pone il problema dell'applicazione immediata di tali ulteriori termini (e quello del relativo ambito di applicazione): sul tema, si è osservato che <<un'interpretazione squisitamente letterale del comma 1-*bis* aggiunto dal "milleproroghe" potrebbe portare al seguente paradossale risultato: a) che ad essere differita al 31 dicembre dovrebbe essere semplicemente l'efficacia (cioè l'entrata in vigore) della modifica del primo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966, secondo cui "Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso"; b) che in virtù del differimento dell'efficacia della disposizione modificatrice, fino al 31 dicembre prossimo dovrebbe mantenere la sua efficacia normativa la vecchia formulazione del primo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966, secondo cui "Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro 60 giorni dalla ricezione della sua comunicazione, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso"; c) che, non ostandovi motivi di ordine letterale, logico o sistematico, la nuova

[102] CAVALLARO, *op. loc. cit.*
[103] CAVALLARO, *ibidem.*

disciplina relativa alla sopravvenuta inefficacia dell'impugnazione stragiudiziale che non sia stata seguita entro 270 giorni da quella giudiziale o dalla proposta di arbitrato o conciliazione dovrebbe continuare ad applicarsi anche nell'anno corrente, ancorché limitatamente ai licenziamenti. Con l'ulteriore implicazione che, qualora l'impugnazione successiva avvenisse con una proposta di conciliazione o arbitrato e questi fossero rifiutati o non si raggiungesse l'accordo necessario al relativo espletamento, si applicherebbe la previsione del secondo periodo del nuovo secondo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966, che obbliga il lavoratore a depositare il ricorso giudiziario "a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo">>. Si è quindi concluso che <<il differimento della produzione degli effetti di una norma di legge che modifica il testo di una legge previgente implichi la sopravvivenza della norma modificata; e se il legislatore, come nella specie, ha circoscritto il differimento della produzione degli effetti unicamente ad una parte del testo normativo, solo motivi di ordine letterale, logico o sistematico possono portare ad estendere il differimento anche ad altre parti. In mancanza di siffatti motivi, bisogna concludere che le norme che non sono oggetto del differimento spieghino immediatamente l'efficacia che gli è propria>>[104].

Dunque, secondo tale impostazione che sembra condivisibile, la disciplina del nuovo secondo comma dell'art. 6 l. 604/1966 si applica da subito ai licenziamenti, ancorché fino al 31 dicembre regolati, per ciò che concerne l'impugnazione stragiudiziale, dal vecchio primo comma dell'art. 6.

4. Profili comparatistici: i termini di impugnazione del licenziamento in altri Paesi europei.

La previsione di un termine breve per l'impugnazione del recesso è costante negli ordinamenti giuridici dei Paesi europei[105], anche se deve rilevarsi la diversa consistenza del contenzioso e dei tempi di giustizia in quei paesi.

In Austria, se un licenziamento è determinato da un motivo illecito o se è qualificabile come ingiustificato e le rappresentanze sindacali hanno espresso un parere negativo, il recesso deve essere impugnato entro una settimana dalla comunicazione alle rappresentanze sindacali.

In Grecia, i dipendenti possono contestare il recesso entro tre mesi dalla comunicazione (art. 6 legge 3198/55).

In Lituania, il lavoratore che ritiene il licenziamento illegittimo può agire in giudizio entro un mese dal ricevimento della comunicazione del recesso.

Il termine per agire in giudizio è di sei mesi in Olanda, sia che si chieda la reintegrazione che il risarcimento danni da licenziamento illegittimo.

Nella repubblica ceca, il termine per impugnare in giudizio il licenziamento è di due mesi dalla fine del rapporto di lavoro.

Lo stesso termine di due mesi è previsto nella repubblica slovacca.

In Romania il lavoratore può impugnare il recesso entro 30 giorni dalla comunicazione relativa.

Analogo è il termine in Slovenia.

In Gran Bretagna, il dipendente che ritiene essere stato licenziato ingiustamente può fare ricorso entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto. Più specificamente, rileva la distinzione tra *unfair dismissal*, contrario alle previsioni di legge, e *wongful dismissal*, posto in essere in violazione delle norme del regolamento contrattuale,secondo l'interpretazione data alle stesse dalla giurisprudenza di *common law*. La differenza tra i due tipi di recesso si traduce in una diversa competenza giurisdizionale: mentre l'*unfair dismissal* è conosciuto con competenza esclusiva dal Tribunale del Lavoro (*Industrial Tribunal*, quando la contestazione riguardi un licenziamento illegittimo per inosservanza del preavviso o anticipata cessazione di un rapporto a termine (*wrongful dismissal*) l'autorità competente è l'*High Cour*t, cioé il Tribunale ordinario, e ciò in quanto questa figura di recesso, soggetta alla disciplina di *common law* (e non alla legislazione di tutela dei lavoratori), consiste in un inadempimento contrattuale, vale a dire una fattispecie tipica del diritto civile ordinario; conformemente alle disposizioni del diritto comune, la relativa azione va esercitata entro il

[104] Per le considerazioni richiamate nel testo, CAVALLARO L., *Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato, loc. cit.*

[105] Su cui si veda ampiamente TOFFOLETTO e NESPOLI, *I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione europea*, Milano, 2008, 67 ss.

termine ordinario di 6 anni dalla data del licenziamento. Nel caso, invece, di *unfair dismissal*, <<la specialità della materia, che si riflette nella competenza esclusiva dei Tribunali del Lavoro, comporta anche una diversa e più rigorosa disciplina dei termini di esercizio dell'azione: sensi della sez. 67, comma 2 dell'EPCA, è infatti inammissibile la domanda che non sia presentata entro tre mesi dalla data di effettiva cessazione del rapporto. Solo in casi eccezionali può attribuirsi efficacia ad una presentazione tardiva, e cioè quando "non era ragionevolmente possibile che la domanda fosse presentata prima della fine del periodo di tre mesi": come accade ad esempio per impugnare il licenziamento intimato durante uno sciopero, giacché - stante la legittimità del licenziamento - è necessario, per poter agire in giudizio, attendere senz'altro il decorso dei tre mesi entro i quali un'eventuale offerta di riassunzione, da parte del datore di lavoro, ad uno solo o ad alcuni degli scioperanti licenziati, ma non a tutti, rende automaticamente ingiusto il licenziamento intimato al lavoratore in sciopero escluso dall'offerta>>[106].

In Germania, il dipendente che ritenga il licenziamento (*Kundigung*)socialmente ingiustificato può, entro una settimana, <<presentare obiezione davanti al Consiglio, al quale la legge impone, se condivide le doglianze del lavoratore, l'obbligo di cercare innanzitutto un'intesa con il datore di lavoro: configurandosi così già in questa fase un primo tentativo, condotto in sede sindacale, di operare una conciliazione tra le parti e prevenire una controversia giudiziale. La posizione del Consiglio Aziendale in merito all'obiezione del lavoratore deve essere comunque comunicata per iscritto sia a quest'ultimo, sia al datore di lavoro; ciò ai fini del prosieguo della procedura in quanto il lavoratore che intenda proporre ricorso al giudice è tenuto ad allegare la presa di posizione del Consiglio.

Il lavoratore che intenda far valere la mancanza del motivo socialmente giustificato o della giusta causa di un licenziamento, deve presentare ricorso avanti il Tribunale del Lavoro, per sentir accertare che il rapporto di lavoro non è cessato a causa del licenziamento, o che la variazione delle condizioni di lavoro è socialmente ingiustificata, entro il termine perentorio di 3 settimane dalla comunicazione dello stesso, ovvero dalla comunicazione del consenso della commissione competente, allorché ad un consenso della stessa il licenziamento sia subordinato, come nelle ipotesi dei lavoratori invalidi e delle lavoratrici madri. La mancata osservanza del termine fa venir meno il diritto all'impugnazione da parte del lavoratore: il licenziamento è considerato efficace sin dall'inizio.

Solo in casi del tutto eccezionali il ricorso è proponibile dopo il decorso del termine di 3 settimane, e cioè quando il lavoratore non abbia potuto provvedervi "nonostante l'uso di tutta la diligenza possibile che poteva pretendersi da lui; nel qual caso egli deve presentare apposita richiesta, contenente "la indicazione dei fatti che giustificano l'ammissione fuori termine ed i mezzi di prova", sulla quale decide con ordinanza immediatamente appellabile il Tribunale del Lavoro. Anche tale richiesta è tuttavia sottoposta ad un rigoroso termine di decadenza di due settimane dalla rimozione dell'impedimento; e soprattutto, "in ogni caso, trascorso un periodo di 6 mesi, calcolato dalla scadenza del termine, la richiesta non può più essere presentata.

Se dunque dopo tre settimane dalla comunicazione del licenziamento il datore di lavoro può ragionevolmente ritenersi al riparo da qualsiasi pretesa del lavoratore in merito alla legittimità del licenziamento, l'ulteriore decorso di altri 6 mesi porta con sé la definitiva improponibilità di un'azione giudiziale, indipendentemente da qualsiasi circostanza esterna; ed in un così rigoroso regime di preclusioni processuali non può non vedersi, oltre ad uno sbarramento contro domande spesso volutamente ritardate per fini non sempre confessabili, un formidabile strumento di garanzia della certezza delle situazioni giuridiche, per l'una come per l'altra parte.>>.

Va peraltro sottolineata, che a fronte del termine brevissimo di impugnazione, l'ordinamento tedesco pone a disposizione del lavoratore uno speciale strumento per la prosecuzione provvisoria del rapporto nelle more del giudizio: l'art. 102, comma 5 della *BetrVG* dispone infatti che "Se il

[106] GIACOMELLI, CASELLA, SCUDIER e GIACOMELLI, *La disciplina dei licenziamenti in Italia e in Europa,* 107 ss.; sul tema, diffusamente, anche con riferimento alla procedura conciliativa ed arbitrale, LOI, *Il caso inglese*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali,* in *Quaderni Dir. Lav. e rel. Industr.,* 2002, 26.

Consiglio Aziendale si è opposto ad un licenziamento ordinario, ed il lavoratore ha proposto domanda per l'accertamento, ai sensi della *KSchG*, che il rapporto di lavoro non è cessato con il licenziamento, il datore di lavoro su richiesta del lavoratore deve proseguire il rapporto alle medesime condizioni dopo la scadenza del preavviso e fino alla valida chiusura del procedimento giudiziario".

<<Il datore di lavoro può tuttavia chiedere al Tribunale di esonerarlo dalla misura provvisoria, quando la domanda del lavoratore non mostri alcuna sufficiente possibilità di successo o appaia maliziosa, oppure quando la prosecuzione del rapporto comporterebbe un insostenibile sforzo economico.

Di fatto, la brevità dei termini processuali e la celerità del giudizio (la durata media del processo del lavoro si aggira, in primo grado, attorno ai 3-6 mesi, e soltanto di rado raggiunge l'anno) hanno peraltro determinato la pressoché totale disapplicazione di tale misura provvisoria, cui le parti hanno fatto a tutt'oggi ricorso in meno del 5% delle controversie>>.[107]

In altri termini, il contesto giuridico, sostanziale e processuale, di diritto e di fatto, dell'ordinamento tedesco, al pari di molti altri ordinamenti sopra richiamati, è assai diverso da quello italiano.

5. L'estensione della decadenza a varie fattispecie.

La nuova disciplina prevede un termine decadenziale per l'impugnazione di vari atti datoriali e crea problemi di legittimità costituzionale, non essendo chiaro perché un termine così breve operi solo in danno del lavoratore e riguardi gli atti unilaterali del datore o i contratti di lavoro, laddove tutti gli altri atti e contratti sono impugnabili in termini prescrizionali ampi ovvero, per i vizi più gravi, sono soggetti ad impugnazioni imprescrittibili.

Fortemente innovativa la previsione di un termine decadenziale per l'impugnazione dei contratti a termine.

Il collegato lavoro prevede oggi l'applicabilità del termine di sessanta giorni anche con riferimento all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo.

Anche qui l'introduzione del termine per l'impugnazione risponde ad esigenze di certezza giuridica e, come si è ben detto[108], <<la cosa, i astratto, potrebbe sembrare ragionevole, quantomeno nella finalità di fare certezza in tempi relativamente brevi; in concreto, tuttavia,, .. le conseguenze per il lavoratore diventano drammatiche quando si ipotizzi, come spesso avviene nelle pratica, il caso dell'azienda che confidi su maestranze reclutate con reiterati contratti collaborativi o a progetto o a termine>>.

E ciò è ben intuibile, atteso che <<mentre il lavoratore a tempo indeterminato, opponendosi al licenziamento, mette solo in gioco il consolidamento o meno dei suoi effetti, il lavoratore a termine, contestandone la validità, mette invece in gioco, oltre che il consolidamento o meno degli effetti della sua scadenza, anche la possibilità di instaurare un altro rapporto con lo stesso datore di lavoro. Quale che essa sia, la sua scelta comporta perciò una rinuncia.>>.[109]

Nell'ordinamento previgente, l'azione per la risoluzione del contratto di lavoro a tempo determinato non solo non era assoggettata ad alcun onere di impugnativa stragiudiziale, ma neppure ad alcun termine di decadenza, ed anzi, in ragione del principio che sancisce l'imprescrittibilità dell'azione di nullità *ex* art. 1422 cod. civ., poteva essere proposta senza alcun limite di tempo e, quindi, anche a distanza di molti anni dalla fine del rapporto.

La norma del collegato lavoro richiama in modo esclusivo l'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro a tempo determinato stipulato «ai sensi degli articoli l, 2 e 4» del decreto legislativo n. 368/2001; il termine di decadenza è, allora, applicabile quando si contesta la legittimità

[107] Per queste considerazioni, GIACOMELLI, CASELLA, SCUDIER e GIACOMELLI, *La disciplina dei licenziamenti in Italia e in Europa*, 41 ss.

[108] NISTICO', I *contratti a termine: profili sostanziali,* in *Questione Giustizia,* 2010, n. 6, 92.

[109] MASCARELLO, *I contratti a termine: profili procedurali,* in *Questione Giustizia,* 2010, n. 6, 107.

del termine apposto al contratto: a) per mancanza di un atto scritto nel quale risultino specificate le ragioni «di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» addotte a giustificazione della apposizione del termine (articolo decreto legislativo n. 36812001); b) per mancanza delle condizioni in base alle, quali l'articolo 2 del decreto legislativo n. 368/200l legittima 1'apposizione del termine al contratto; c) per insussistenza delle condizioni alle quali l'articolo 4 del decreto legislativo n. 368/200l subordina la possibilità di procedere alla proroga del contratto a termine.

Il mancato richiamo agli articoli, 3, 4-*bis* (introdotto dalla riforma del 2007) e 5 del d.lgs. n. 368 del 2001, dovrebbe trovare rimedio nell'applicazione della lett. A), che richiama i licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla legittimità del termine apposto al contratto: <<debbono ritenersi ricompresi nell'ambito di applicazione del comma 3, lettera A, dell'articolo 32, tutti i casi nei quali la legge o vieta la apposizione del termine al contratto di lavoro (quali i casi specifica mente previsti dall'articolo 3 del decreto legislativo n. 368/2001), ovvero considera illegittimo il termine apposto al contratto (come nel caso di successione di contratti a termine avvenuta in violazione dei limiti previsti dal decreto legislativo n. 368/2001, oppure nel caso di contratti a termine stipulati oltre la durata massima di 36 mesi>>.[110]

In senso diverso, può rilevarsi che la lett. A) fa riferimento ai soli casi di licenziamento nel lavoro a termine, e che questa fattispecie non riguarda la scadenza del termine (per la quale non vi è recesso, ma mera comunicazione di scadenza), ma un fatto indipendente da questo; ne deriverebbe che, nelle ipotesi di termine apposto illegittimamente, il termine decadenziale opererebbe solo nelle fattispecie di cui agli artt. 1, 2 e 4, e non anche nelle altre ipotesi. Una conferma della bontà di tale interpretazione potrebbe trarsi dalla considerazione che la lett. D) sembra avere valenza limitativa e non esemplificativa, oltre che dal rilievo che le norme che pongono termini di decadenza sono di stretta interpretazione. Sul piano formale il legislatore non prevede espressamente la fattispecie della reiterazione dei contratti a termine oltre i termini massimi, sicché dovrebbe affermarsi la non decorrenza di alcun termine in tutti i casi in cui ad essere eccepita è la violazione di cui all'art. 5, cioè il superamento del limite massimo legale o contrattuale di utilizzazione del lavoratore da parte della medesima azienda: in tali casi non solo ovviamente il termine non decorrere da ciascun singolo contratto (ed è ovvio non potendosi certo eccepire violazioni future ed eventuali) ma non decorre affatto, neppure dalla scadenza dell'ultimo contratto durante il quale tale periodo massimo è stato superato, e l'azione in tali casi non ha termini[111].

Con riferimento, invece, alla reiterazione fraudolenta dei contratti a termine, l'art. 32 comma 3 lett. D fa decorrere il termine decadenziale dalla data di "scadenza del contratto", e, in caso di reiterati contratti a termine fraudolenti, tale data è necessariamente la scadenza dell'ultimo dei contratti intercorsi.

Particolare altresì la disciplina transitoria specifica per il termine di impugnazione dei contratti a termine, atteso che prevede l'applicazione del termine ai contratti di lavoro a termine in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla scadenza del termine, nonché ai contratti di lavoro a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e già conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla medesima data di entrata in vigore della presente legge.

La norma svela l'interesse del legislatore a "sistemare" un ampio contenzioso presistente; inoltre, va letta unitamente alle sanzioni per abuso del termine di cui all'art. 32 co. 5 e 7 del collegato (in particolare, le disposizioni sulla conversione e sul pagamento dell'indennità forfetizzata si applicano anche ai giudizi in corso, atteso che il comma 7 dell'art. 32 prevede che "le disposizioni di

---

[110] PETRASSI, *Il nuovo regime delle decadenze nel diritto del lavoro,* in AA.VV. (cur. Proia e Tiraboschi), *cit.,* 2011,192. Nello stesso senso, IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze nelle impugnazioni degli atti datoriali, cit.,* 221, che valorizza l'unificazione delle varie fattispecie sotto il profilo del trattamento sanzionatorio *ex* art. 32, co. 5-7, della legge.

[111] Sul tema, PANICI e GUGLIELMI, *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione,* relazione al convegno *Il collegato lavoro,* organizzato da Magistratura democratica in Roma il 16.12.2010, 12.

cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge).

La disciplina è dunque foriera di distinzioni tra i vari contratti a seconda del tempo della loro scadenza, sicché, considerate quanto sopra detto in ordine ai tipi contrattuali interessati dalla disciplina, <<è francamente difficile stabilire se sia più grave la discriminazione di trattamento che consegue alla distinzione tra contratti "futuri" e contratti "passati" ovvero quella che consegue alla selezione operata all'interno dei contratti "futuri" tra una tipologia e l'altra. Se la prima potrebbe, infatti, ritenersi più grave perché retroattivamente riferita a tutte le tipologie di contratti a termine, la seconda potrebbe, però, ritenersi ancor più grave perché destinata a durare anche dopo l'esaurimento degli effetti della prima>>.[112]

Con riferimento ai contratti a termine, si sono evidenziate criticamente le difficoltà che la nuova disciplina crea per la concreta tutela dei diritti dei lavoratori; se infatti il ricorso illegittimo a forme di lavoro atipico sia caratterizzato dalla proroga o reiterazione dei contratti, al fine di soddisfare esigenze aziendali che sovente hanno carattere stabile e permanente, l'introduzione generalizzata di termini di decadenza e inefficacia per qualsiasi atto di recesso o di cessazione del rapporto <<mette il lavoratore in una delicata condizione, nell'alternativa cioè di rinunciare all'impugnativa nella speranza di un rinnovo del contratto o di agire in giudizio rinunciando alla prospettiva di poter continuare a lavorare. Nello stesso tempo, mette in mano a datori di lavori e committenti strumenti subdoli, potendo essi giocare su facili promesse di rinnovo dei contratti al fine di far decorrere inutilmente il termine a disposizione del lavoratore. La disciplina dell'art. 32, in contrasto con un orientamento giurisprudenziale ampiamente consolidato, fa decorrere il termine di decadenza in costanza di rapporto di lavoro, anche laddove, come in ipotesi di illegittimo ricorso a forme atipiche, difetti la garanzia della stabilità reale, esponendosi a vizi di illegittimità per violazione dell'art. 24 della Costituzione. Non solo, essa si presenta anche come norma assolutamente iniqua, contraria quindi all'art. 3 della Costituzione, laddove introduce solo per i lavoratori termini di decadenza non previsti nella stessa misura per nessuna altra ipotesi di impugnazione di contratti invalidi>>.[113]

Si è pure rilevato che l'applicazione anche ai contratti a termine in corso di esecuzione o già conclusi alla data di entrata in vigore della legge <<è una specie di sanatoria che, decorsi sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge, farebbe tirare un sospiro di sollievo a tanti datori di lavoro grazie alla definitiva compressione dei diritti dei lavoratori per scadenza dei termini>>.

Con riferimento ai contratti con termine illegittimamente apposto, per i quali opera la conversione e la sanzione dell'art. 32 co. 5 del collegato lavoro, coglie opportunamente il nesso tra la disciplina risarcitoria e la decadenza la dottrina[114], secondo la quale <<il primo dato che balza agli occhi è l'effetto di sanatoria della "nullità del termine" conseguente al prodursi della decadenza dall'impugnazione. Sia pure in prima lettura paiono emergere alcuni profili distorsivi delle regole comunitarie. Anzitutto, la disciplina della decadenza mina in radice la forza deterrente e dissuasiva della sanzione della conversione. E' vero, al riguardo, che la Corte di giustizia ha ammonito che l'art. 5, punto 2 dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70 "non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi" (sentenza Marrosu e Sardino, punto 47). Ma è altresì vero che le modalità di attuazione delle norme comunitarie non devono "rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)" (sentenza Marrosu e Sardino, punto 52), dovendo gli Stati membri "prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla direttiva" (sentenza Adeneler, punto 102). Nel nostro caso, le decadenze stabilite per l'esercizio dell'azione di nullità del termine e la previsione della misura risarcitoria nei -soli- casi di conversione

[112] MASCARELLO, *I contratti a termine: profili procedurali,* in *Questione Giustizia,* 2010, n. 6, 111.

[113] PICCINNI e PONTERIO, *La controriforma del lavoro,* 2010, 5.

[114] PERRINO, *Il contratto a tempo determinato e il diritto dell'Unione,* in atti dell'incontro di studi *Il diritto del lavoro dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito,* organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 25-27 ottobre 2010.

del contratto (per importi, tra l'altro, che per la loro predeterminazione, sono a priori incapaci di ristorare danni protrattisi per un periodo superiore a 12 mensilità) inducono almeno qualche dubbio in ordine alla conformità della norma alla clausola 5 dell'accordo quadro. Non a caso, con riferimento al lavoro pubblico, che non contempla la sanzione della conversione, la Corte di giustizia ha, sia pure *prima facie*, reputato la normativa italiana conforme all'accordo quadro puntando non tanto e non solo sull'esistenza di norme imperative relative alla durata ed al rinnovo dei contratti a tempo determinato, sibbene sulla previsione del diritto al risarcimento del danno in caso di ricorso abusivo a contratti a termine (sentenza Marrosu e Sardino, punto 57)>>, sicché <<parrebbe dunque prospettarsi per il profilo in questione un arretramento di tutela>>.[115]

Tra le varie fattispecie previste dalla norma che ha introdotto i nuovi termini decadenziali, peculiare è quella dell'impugnativa del trasferimento, in relazione alla quale ipotesi si discute se la norma abbia finito con l'imporre una forma scritta all'atto di trasferimento (mentre l'art. 2103 cod. civ. nulla dice al riguardo, consentendo trasferimenti orali[116].

In tale contesto, si è ritenuto che la decadenza si riferisce ad una vicenda che si verifica in corso di rapporto, il che potrebbe porre anche dei problemi ulteriori, come nel caso in cui il trasferimento sia un tassello di una più ampia condotta datoriale "mobbizzante", ove l'impugnativa del trasferimento nel termine potrebbe rendere al lavoratore impossibile dedurre fatti ulteriori e successivi al trasferimento idonei a dimostrare il *mobbing* e, con esso, l'illiceità del motivo alla base del recesso[117].

Ulteriore profilo di illegittimità potrebbe derivare dal decorso del termine in regime di stabilità obbligatoria del rapporto, posto che la Corte Costituzionale, con la sentenza 63 del 1966 ha dichiarato "la illegittimità costituzionale dell'art. 2948, n. 4, dell'art. 2955, n. 2, e dell'art. 2956, n. 1, cod. civ. limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro", e che, se non può pretendersi l'attivazione del lavoratore nei 5 anni per rivendicare un credito ancor meno lo può essere l'attivarsi entro 60 giorni per opporsi al trasferimento.

Con riferimento al successivo termine decadenziale di 270 giorni, si è ben osservato[118] che questo è davvero inutile per il trasferimento del lavoratore (che infatti o agisce subito in via d'urgenza oppure non agisce più) ed è controproducente per la cessione d'azienda: <<Come ben sanno gli avvocati, il lavoratore solitamente non è in grado di saper subito se dalla cessione – foss'anche fraudolenta – avrà da guadagnare o perdere e infatti a fronte di moltissime impugnative stragiudiziali sino ad oggi le cause sono poi sempre state molto meno perché decorso un ragionevole periodo (solitamente un biennio) il lavoratore capisce di non avere interesse ad opporsi. Con tale termine quindi l'obiettivo di deflazionare il contenzioso si tradurrà nel suo esatto opposto>>.

In ogni caso, va detto che si è esclusa in dottrina[119] l'applicabilità del termine decadenziale alla domanda meramente risarcitoria del lavoratore avente ad oggetto non il ripristino della precedente sede di lavoro, ma solo i danni derivati dal trasferimento, essendosi in tal caso in presenza di una normale azione risarcitoria secondo i principi generali basata sull'illiceità del trasferimento, che non è esclusa dalla decadenza dell'impugnazione del trasferimento medesimo.

Il legislatore prevede l'applicazione del termine decadenziale anche per l'impugnativa del trasferimento d'azienda *ex* art. 2112 cod. civ., e la norma suscita dubbi di costituzionalità nella parte in cui fa decorrere il termine decadenziale dalla data del trasferimento e non da quella della conoscenza effettiva e specifica che il lavoratore abbia di essa, ben potendo accadere che il lavoratore non conosca la data del trasferimento ovvero continui a lavorare nell'unità produttiva cui

---

[115] Nei medesimi termini, PICCONE, *op. cit.,* relazione al convegno "*Il collegato lavoro*", organizzato da Magistratura democratica, in Roma, 16.12.2010.

[116] Sul tema, D'ARCANGELO, *L'impugnazione del trasferimento del lavoratore,* in AA.VV. (Cinelli e Ferrero cur.), *cit.*, 2010, 276.

[117] Sul tema, interessanti le osservazioni di CANNELLA, *Tutela giudiziaria e decadenza, cit.,* 119.

[118] PANICI e GUGLIELMI, *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione, cit.,* 12.

[119] CANNELLA, *Tutela giudiziaria e decadenza,* cit., 119-120.

è addetto senza soluzione di continuità e senza modifiche intervenute se non nella formale titolarità aziendale;[120] del resto, <<il trasferimento d'azienda dal punto di vista lavoristico non consta di un solo atto traslativo temporalmente identificato, ma è invece costituito da una serie di atti e vicende che vedono coinvolto il lavoratore come singolo e, in alcune ipotesi, il sindacato di livello aziendale: atti e vicende che possono manifestarsi con una certa articolazione temporale e complessità, soprattutto allorquando si verta in materia di trasferimento del solo ramo d'azienda, o allorquando lo stesso trasferimento si realizzi attraverso la stipulazione di un contratto d'appalto, la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione... In altri termini, dal momento che l'avvio del trasferimento d'azienda innesca una dinamica all'interno dell'azienda, nella quale spesso i lavoratori restano sospesi in attesa di conoscere le decisioni e le ripercussioni sulla sorte del loro rapporto di lavoro, stabilire che la loro possibilità di impugnare sia sottoposta ad un primo breve termine decadenziale di sessanta giorni, decorso il quale, se manca l'impugnativa giudiziale nei successivi duecentosettanta giorni, il trasferimento diventa inoppugnabile, fa sorgere alcune perplessità di carattere generale sulla *ratio* della previsione normativa>>.[121]

Analoghe considerazioni valgono poi per l'ipotesi dell'azione per accertare l'effettiva titolarità del rapporto, atteso che il lavoratore potrebbe conoscere in un secondo momento le ragioni di illegittimità della somministrazione o dell'appalto, e dunque o si fa decorrere il termine dalla conoscenza da parte del lavoratore delle ragioni di fatto su cui si basa la diversa titolarità del rapporto o si esclude, non essendovi alcuna indicazione in tema da parte del legislatore, la decorrenza del termine per assenza di *dies a quo*. Va poi escluso, in ogni caso, che la decadenza possa operare nel caso di lavoro nero, di contratto non formalizzato, non essendo individuabile il formale titolare del contratto per confrontarlo con il titolare effettivo[122].

Sul punto, infine, si è osservato che <<da un punto di vista generale, il nuovo sistema di decadenze appare ingeneroso e sinanche troppo severo nei confronti dei lavoratori: come noto, il fenomeno interpositorio si presenta spesso molto articolato e complesso, e contempla il coinvolgimento di numerosi soggetti attraverso anche più di un contratto o, ancora più spesso, attraverso contratti di diversa tipologia e disciplina. In sostanza, non è agevole capire quale contratto si debba impugnare nel ristretto termine di decadenza previsto dalla legge, nei confronti di quale soggetto di una ipotetica catena di appalti vada notificato l'atto, e, on ultimo, il *dies a quo* ai fini del decorso del termine decadenziale medesimo.>>.[123]

La dottrina ha anche rilevato che l'applicazione del termine decadenziale alle nuove fattispecie avviene con la tecnica del richiamo normativo alla disciplina dei licenziamenti, per i quali occorre la comunicazione scritta di recesso, sicché in difetto di comunicazione scritta il termine non può decorrere; si è così rilevato che <<o è previsto un espresso e diverso fatto da cui far decorre il termine decadenziale (ad esempio come accade per il contratto a termine) oppure esso ovviamente decorre dalla "ricezione in forma scritta" della comunicazione di cessazione del rapporto (come è il caso delle ipotesi sub A e B del comma 4 ovverosia nei casi vi sia un recesso che riguardi un rapporto non qualificato come subordinato)>>[124].

Così, ad esempio, in riferimento alla domanda con la quale (comma 4 lettera d) si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto, non essendo previsto uno specifico termine di decorrenza, o il "soggetto diverso dal titolare del contratto" comunica il recesso in forma scritta oppure esso non decorre. Ne consegue che <<tranne tale l'ipotesi davvero residuale che il reale utilizzatore licenzi il lavoratore illegittimamente interposto, con ciò "confessando" il ricorrere dell'ipotesi interpositoria, qualunque controversia attorno sia alla somministrazione irregolare (e cioè in ipotesi di lavoratori somministrati da una società regolarmente autorizzata ma con contratti invalidi) sia all'interposizione di mano

[120] CANNELLA, *ibidem.*
[121] LAMBERTI, *L'estensione del regime delle decadenze,* in AA.VV. (cur. Cinelli e Ferraro), *cit.*, 2010, 263.
[122] così CANNELLA, *loc. cit.* 122.
[123] LAMBERTI, *L'estensione del regime delle decadenze, cit.*, 265.
[124] PANICI e GUGLIELMI, *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione, cit.*, 16.

d'opera (e cioè in caso di appalto di servizio simulato che celi la somministrazione irregolare da parte di soggetti terzi non autorizzati alla somministrazione) rimane escluso dal regime decadenziale.

Così come – ad eccezione del caso in cui vi sia un anticipato recesso – non soggiacciono ad alcun termine decadenziale tutte le cause di accertamento della natura subordinata del rapporto, in quanto è fattispecie affrontata dal solo comma 3 lett. b) che fa espresso ed unico riferimento al "recesso del committente">>[125].

7. Atto impeditivo della decadenza e rilevanza del suo invio.

Il problema dell'individuazione dell'atto rilevante ai fini dell'impedimento della decadenza è stato affrontato nei termini generali dalla sentenza Cass., Sez. Un., 16 marzo 2010 n. 8830, che si è occupata dell'impugnazione del licenziamento a mezzo lettera, spedita per posta prima dei sessanta giorni (ma ricevuta dopo). La sentenza ha affermato che l'impugnazione del licenziamento ai sensi dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966, formulata mediante dichiarazione spedita al datore di lavoro con raccomandata a mezzo del servizio postale, deve intendersi tempestivamente effettuata allorché la spedizione avvenga entro sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento o dei relativi motivi, anche se la dichiarazione medesima sia ricevuta dal datore di lavoro oltre il termine menzionato, atteso che l'effetto di impedimento della decadenza si collega, di regola, al compimento, da parte del soggetto onerato, dell'attività necessaria ad avviare il procedimento di comunicazione avviato ad un servizio sottratto alla sua ingerenza, non rilevando, in contrario, che, alla stregua del citato art. 6, al lavoratore sia rimessa la scelta fra più forme di comunicazione.

All'esito di una ricostruzione ampia di vari istituti, le Sezioni unite hanno operato una originale lettura della decadenza in relazione esclusiva all'esigenza di certezza dell'esercizio del potere cui è apposto il termine, e, applicando gli esiti di tale ricostruzione all'impugnativa di licenziamento effettuata direttamente dal lavoratore a mezzo del servizio postale, hanno affermato una soluzione che non addossa al mittente i rischi del ritardo della spedizione postale.

Il principio così affermato assume importanza notevole oggi che il collegato lavoro prevede plurime ipotesi di decadenza: si pensi al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto; al trasferimento ai sensi dell'art. 2103 cod. civ.; all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro; alla cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'art. 2112 cod. civ.; alla somministrazione irregolare e in ogni altro caso in cui si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto. In proposito, si è ben detto autorevolmente, proprio con riferimento a queste nuove fattispecie introdotte dalla legge n. 183 del 2010, che <<l'introduzione di un onere di previa impugnazione entro un termine di decadenza per l'esercizio del diritto risulta mitigata – ed in qualche misura razionalizzata – proprio dal principio affermato dalle ss.uu. che spostano l'effetto impeditivo della decadenza al compimento di un atto (la spedizione per posta a mezzo di lettera raccomandata dell'atto di impugnazione) che è nella piena disponibilità di chi tale diritto voglia far valere>>.[126] Si è osservato peraltro che, se si tratta di un principio di diritto che è molto specifico perché riguarda una particolare ipotesi (l'impugnativa di licenziamento spedita al datore di lavoro con missiva raccomandata a mezzo del servizio postale), e se la comunicazione può – del tutto legittimamente – esser fatta a mezzo del servizio postale, ma senza missiva raccomandata, ovvero utilizzando un servizio privato di recapito di plichi ovvero a mezzo di posta elettronica (v. ora art. 149-*bis* cod. proc. civ.) o di notifica per il tramite di ufficiale giudiziario o con altre modalità; << l'enunciata *ratio decidendi* è di respiro ben più ampio, che finanche eccede l'area giuslavoristica perché riguarda qualsiasi atto del cui compimento un soggetto sia onerato entro un termine di decadenza. Si afferma, come premessa del sillogismo da cui si inferisce l'affermato principio di diritto, che in generale la decadenza è impedita dal "compimento" dell'attività idonea ad avviare il "procedimento di comunicazione" sicché può dirsi che viene presupposta la trasposizione del

[125] PANICI e GUGLIELMI, *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione, loc. cit.*

[126] AMOROSO, *La giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione nel 2010 in materia di lavoro e previdenza sociale, Osservatorio Sezioni Unite in materia di lavoro (2010 – 2011*), relazione all'incontro di studi organizzato in Cassazione, Roma, 16.3.2011, 3.

richiamato principio di scissione degli effetti dall'area degli atti processuali (tipici) e quella degli atti negoziali (non necessariamente tipici); trasposizione che però non è piena perché risulta mitigata dalla riserva espressa dalla puntualizzazione che ciò si verifica "di regola" (quindi non sempre). Si tratta allora di un principio tendenziale che va verificato, caso per caso, valutando il bilanciamento ed il ragionevole equilibrio degli interessi in gioco.>>.

Si conclude così che <<Ciò vale innanzi tutto per altre forme di comunicazione dell'impugnativa di licenziamento, diverse dalla missiva raccomandata a mezzo del servizio postale, ma anche per la comunicazione di ogni altro atto giuridico non processuale, anche in ipotesi proveniente dal datore di lavoro invece che dal lavoratore. La *eadem ratio*, espressa dalla sentenza in rassegna, porterebbe ad estendere il principio, da quest'ultima affermato, ad ogni forma di comunicazione dell'impugnativa di licenziamento, a cominciare dall'impugnativa proposta (invece che con atto stragiudiziale, direttamente) mediante ricorso *ex* art. 414 cod. proc. civ. Invece per altri atti occorrerebbe valutare le singole fattispecie>>.

Il principio affermato dalle sezioni unite nella sentenza 14 aprile 2010 n. 8830, è stato più di recente ripreso ed applicato anche in altro settore, quello dell'intimazione del licenziamento, da Cass. - sez. Lavoro - sentenza 4 ottobre 2010 n. 20566, che ha affermato che, in tema di impugnativa del recesso, va distinta l'efficacia dell'atto unilaterale e l'estinzione per decadenza del potere di emetterlo, in quanto la prima si ricollega all'effettiva ricezione dell'atto unilaterale recettizio da parte del destinatario, la seconda riguarda la spedizione dell'atto nel termine; ne deriva che il licenziamento ricevuto dal lavoratore oltre il termine previsto dalla contrattazione collettiva non importa decadenza del datore di lavoro ove l'atto sia stato spedito dal lavoratore prima del termine, fermo restando che per la sua efficacia l'atto unilaterale deve pervenire al destinatario. La sentenza applica dunque al recesso datoriale la distinzione, già affermata dalle sezioni unite, tra efficacia dell'atto unilaterale ed estinzione per decadenza del potere di emetterlo prevista dalla contrattazione collettiva.

Peraltro, la trasposizione all'atto datoriale di recesso del principio relativo alla diversa fattispecie inerente la impugnazione dello stesso non è del tutto pacifica, considerato, da un lato, che per il licenziamento disciplinare vi è una regolamentazione giuridica del tutto diversa rispetto all'impugnativa del licenziamento, e, dall'altro lato, che la previsione contrattuale di una "comminatoria" della sanzione nel termine potrebbe far pensare alla necessità della ricezione da parte del lavoratore della comunicazione del datore nel termine stesso, e non oltre, anche in funzione di garanzia del lavoratore che, non va dimenticato, nelle more della comunicazione del recesso continua naturalmente, di regola, a prestare il proprio lavoro; sembra allora condivisibile la considerazione secondo la quale la soluzione del problema varia in relazione alla dizione del contratto collettivo o, in generale, della norma che pone il limite temporale al potere di recesso del datore, e la questione andrà risolta sul piano ermeneutico della relativa clausola.

7. Atto impeditivo della decadenza e ricorso giurisdizionale.

Con riferimento al termine decadenziale introdotto per la proposizione della domanda giudiziale, si pone il problema dell'individuazione dell'atto impeditivo della decadenza (deposito del ricorso, notificazione dello stesso, ecc.) e quelli dell'idoneità impeditiva della decadenza del ricorso nullo, ovvero del ricorso valido relativo a giudizio poi estinto.

In linea generale, la questione degli effetti sostanziali del ricorso nel rito del lavoro può prospettarsi in tali termini.

Al deposito del ricorso si ricollegano alcuni effetti della domanda, in particolare quelli processuali e solo alcuni effetti sostanziali.

Sebbene nella legge 533/73 non vi siano indicazioni circa il momento in cui il processo del lavoro possa ritenersi pendente e nulla si dice espressamente circa il momento in cui si verificano gli effetti sostanziali e processuali della domanda, la dottrina trae dall'art. 39, co. 3, la regola secondo la quale il processo esisterebbe al momento in cui si instaura il contatto tra almeno due dei tre soggetti del processo. Applicando tale principio ad un sistema processuale caratterizzato da una *vocatio judicis*, il deposito del ricorso diviene l'atto che determina la pendenza del processo; dall'altro lato il

deposito del ricorso fa sorgere il dovere del giudice di pronunciare, atteso che la mancanza di notificazione importa l'estinzione del processo.

Quanto agli effetti processuali e sostanziali della domanda occorre distinguere quelli che l'ordinamento collega alla pendenza della lite in sé considerata e quelli che invece si collegano alla conoscenza della domanda da parte del convenuto.

Alla notifica del ricorso deve farsi riferimento in relazione all'impugnativa del licenziamento *ex* art. 6 l. 604/66 effettuata direttamente mediante atto giudiziale, e ciò per l'evidente carattere recettizio dell'atto (salvo quanto già detto in ordine all'effetto impeditivo della decadenza conseguente alla spedizione dell'atto).

Applicati tali principi al termine decadenziale previsto dal collegato lavoro, va rilevato che la domanda giudiziale è il solo atto previsto dall'ordinamento per impedire la decadenza del termine di 270 giorni, e che tale termine è dettato in ragione della diligenza dell'attore nel far valere il suo diritto; conseguentemente, gli effetti sostanziali che derivano dalla domanda sono destinati a venir meno in caso di estinzione del processo[127].

In dottrina, sul tema, con specifico riferimento al termine decadenziale dei 270 giorni introdotto dalla riforma, si è affermato[128] che, qualora il giudice dovesse dichiarare la nullità del ricorso, non è pensabile che sia stata evitata la decadenza, in quanto quella nullità rende giuridicamente improduttivo di effetti il ricorso, salva la possibilità di rinnovare l'atto introduttivo se ed in quanto non sia scaduto il termine di 270 giorni rilevando che <<Non induce a diversa conclusione il rilievo che l'art. 6, comma 2, 1. n. 604/1966, come modificato dall'art. 32, consenta la produzione di nuovi documenti formatisi dopo il deposito del ricorso, in quanto occorre tener ben distinta l'allegazione dei fatti e la prova degli stessi: il ricorso, per la chiara formulazione dell'art. 414 cod. proc. civ., deve già contenere l'esposizione dei fatti (modificabili se ricorrano gravi motivi e previa autorizzazione del giudice, così come dispone l'art. 420 cod. proc. civ.), mentre i documenti, che vengano ad esistenza successivamente, attengono alla prova di quei fatti e possono essere esibiti anche in appello, qualora ricorrano quelle condizioni, ora espressamente indicate dall'art. 345 cod. proc. civ. , sulla falsariga di alcune significative decisioni della Cassazione>>).

La dottrina è concorde nel ritenere l'efficacia impeditiva ella decadenza del deposito del ricorso giurisdizionale, restando per converso irrilevante la notifica successiva, fermo restando che la stessa deve comunque esserci (pur intervenendo dopo il decorso dei 270 giorni) al fine di evitare l'estinzione del processo, che travolgerebbe gli effetti sostanziali del ricorso[129].

Il termine decadenziale dei 270 giorni, per espressa previsione normativa, è interrotto anche dalla comunicazione alla controparte della richiesta conciliativa o arbitrale.

Con riferimento alla conciliazione, nel vecchio regime precedente alle modifiche alla procedura dettate dal collegato lavoro, l'istanza prevista dal comma 5 dell'art. 410 cod. civ. era sufficiente ad impedire la decadenza (seguendo l'insegnamento delle Sezioni Unite n. 8830/2010, anzi, il momento rilevante per impedire la decadenza era quello di spedizione. Oggi la questione si complica, poiché l'atto va inviato a due destinatari, sicché ci si è chiesti cosa accada nell'ipotesi in cui, ad esempio, l'istanza venga inviata alla sola Direzione provinciale, e non anche al datore di lavoro, ovvero nell'ipotesi in cui i due invii vengano effettuati in date distinte.

Sul punto, si è osservato[130] che <<con riferimento al previgente art. 6, l. 604/1966, era stato considerato valido, per impedire la decadenza, anche l'invio della richiesta alla Direzione provinciale del lavoro, e tuttavia tale conclusione muoveva dalla considerazione per la quale la vecchia disciplina non richiedeva al lavoratore di effettuare alcun invio dell'istanza alla controparte, a ciò dovendo provvedere l'ufficio. Il nuovo art. 410 cod. proc. civ. , invece, richiede un duplice invio (all'ufficio e alla controparte) di detta istanza; di conseguenza, la decadenza risulta impedita solo se, nel termine di legge, l'intera fattispecie risulti perfezionata, e quindi se entrambi detti invii vengono effettuati nel

---

[127] Cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1090 del 18/01/2007.

[128] IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze nelle impugnazioni degli atti datoriali, cit.,* 234.

[129] Tra gli altri, NICOLINI, *L'impugnazione giudiziale dei licenziamenti,* in AA.VV. (cur. Ferrero e Cinelli), 2011, 244.

[130] NICOLINI, *cit.,* 246.

termine>>.

La legge, peraltro, dispone che l'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di duecentosettanta giorni, dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, sicché sembra preferibile ritenere che l'effetto impeditivo della decadenza si ricolleghi alla sola comunicazione alla controparte (e, dunque alla spedizione alla controparte dell'atto) e non anche alla distinta comunicazione alla Direzione provinciale del lavoro (purché questa ci sia, naturalmente), restando questa estranea alla decadenza (benché non alla procedura).

Con riferimento all'arbitrato previsto dal novellato art. 412-*quater*, cod. proc. civ., la decadenza viene invece impedita dalla notifica del ricorso, mentre con riferimento alle altre procedure arbitrali la decadenza sarà impedita dal compimento dell'atto di impulso dell'attore previsto dalle singole procedure.

Si è invece giustamente rilevato che, <<ai fini dell'interruzione del termine di 270 giorni, del quale qui si discute, non si considera, invece, l'arbitrato di cui all'art. 412 cod. proc. civ.: in questo caso, infatti, il termine risulta essere già stato interrotto dall'avvio della procedura di conciliazione, della quale detto arbitrato costituisce semplice continuazione>>[131].

8. Il decorso del termine di decadenza e le sue conseguenze.

Alla decadenza derivante dal decorso del termine per impugnare l'atto consegue l'estinzione del diritto della parte di impugnare il recesso.

Quanto alle conseguenze in ordine alla domanda risarcitoria da recesso illegittimo, la giurisprudenza non è concorde.

Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. sez. L, Sentenza n. 5107 del 03/03/2010 aveva affermato che al lavoratore che non abbia tempestivamente impugnato il licenziamento è precluso l'accertamento giudiziale dell'illegittimità del recesso e, conseguentemente, la tutela risarcitoria in base alle leggi speciali, né il giudice può conoscere dell'illegittimità del licenziamento per ricollegare al recesso illegittimo le conseguenze risarcitorie di diritto comune, in quanto l'ordinamento prevede, per la risoluzione del rapporto di lavoro, una disciplina speciale, con un termine breve di decadenza (sessanta giorni) all'evidente fine di dare certezza ai rapporti giuridici (conf. n. 18216 del 2006).

Nello stesso senso, Sez. L, Sentenza n. 10235 del 4/05/2009 si era ritenuto altresì che la decadenza dall'impugnativa del licenziamento, individuale o collettivo, preclude l'accertamento giudiziale dell'illegittimità del recesso e la tutela risarcitoria di diritto comune, venendo a mancare il necessario presupposto, sia sul piano contrattuale, in quanto l'inadempimento del datore di lavoro consista nel recesso illegittimo in base alla disciplina speciale, sia sul piano extracontrattuale, ove il comportamento illecito dello stesso datore consista, in sostanza, proprio e soltanto nell'illegittimità del recesso. (Principio affermato in controversia in cui il lavoratore, pur non invocando l'applicazione, in suo favore, dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, aveva esperito unicamente azione risarcitoria per ritenuta illegittimità del comportamento datoriale, ravvisata nel mancato rispetto dei criteri dettati dalla legge 23 luglio 1991, n. 223 per l'individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità, senza tuttavia allegare un diverso fatto ingiusto accompagnatosi al licenziamento).

Anche per Cass. sez. L, Sentenza n. 18216 del 21/08/2006 (Rv. 591732), la decadenza dall' impugnativa del licenziamento, individuale o collettivo, preclude l'accertamento giudiziale dell'illegittimità del recesso e la tutela risarcitoria di diritto comune, venendo a mancare il necessario presupposto, l' inadempimento del datore di lavoro, del diritto al risarcimento del danno riconosciuto dall'art. 1218 cod. civ.

Più di recente, in senso opposto si è ritenuto (Cass. sez. L, Sentenza n. 5804 del 10/03/2010 che il lavoratore decaduto dall'impugnativa del licenziamento illegittimo può esperire l'azione risarcitoria generale, previa allegazione dei relativi presupposti, diversi da quelli previsti dalla normativa sui licenziamenti e tali da configurare l'atto di recesso come idoneo a determinare un

[131] NICOLINI, *op. loc. cit.*

danno risarcibile, ma non può ottenere, neppure per equivalente, il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni perdute a causa del licenziamento, essendogli ciò precluso dalla maturata decadenza.

Nello stesso senso, altresì, Cass. Sez. L, Sentenza n. 6727 del 19/03/2010.

In dottrina[132], si è ritenuto che <<tale decadenza precluda al lavoratore non solo la possibilità di far valere i diritti riconosciuti dalle discipline dei lavori (in particolare *ex* art. 18 Stat. Lav., ovvero *ex* art. 8, l. n. 604/1966), ma anche quella di proporre un'azione risarcitoria fondata sulle norme civilistiche generali, posto che, in questo caso, il giudice non può conoscere della illegittimità del licenziamento>>.

[132] NICOLINI, *ibidem*, 241.

IV) LE LIMITAZIONI AL RISARCIMENTO DEI DANNI NEL LAVORO A TERMINE ILLEGITTIMO.

La norma. Art. 32, co. 5-6.

5. Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

6. In presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà.

2. Il contenuto della disciplina.

La legge n. 183 del 4 novembre 2010, all'art. 32, ha introdotto nuove norme in tema di contratti di lavoro con termine illegittimamente apposto: i commi 5, 6 e 7 dettano norme, valevoli anche per i giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge, volte a disciplinare il risarcimento del lavoratore nel caso in cui, a seguito della violazione delle norme relative al contratto di lavoro a tempo determinato, sia prevista la sua trasformazione in contratto a tempo indeterminato; in particolare, si prevede l'obbligo per il datore di lavoro di risarcire il lavoratore con una indennità onnicomprensiva da 2,5 a 12 mensilità, ridotta alla metà nel caso di contratti collettivi che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati a termine nell'ambito di specifiche graduatorie. In particolare, la nuova disciplina, applicabile anche nei giudizi pendenti, da un lato si riferisce ai casi di "conversione", dall'altro prevede a carico del datore una indennità "onnicomprensiva"; il comma 6 ulteriormente ridimensiona le conseguenze risarcitorie che scaturiscono dall'accertamento della natura indeterminata del rapporto, riducendo della metà l'indennità in presenza di contratti o accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie: la regola attiene all'ipotesi in cui, verosimilmente per far fronte a un contenzioso seriale di notevole dimensione, le parti sociali abbiano predisposto una graduatoria nominativa dei lavoratori già occupati a termine, per i quali sia prevista nel tempo l'assunzione a tempo indeterminato o a termine, e, nondimeno, il lavoratore abbia agito in giudizio per far valere la nullità, senza attendere la maturazione del proprio diritto secondo la convenzione.

3. La tutela del lavoratore nel regime precedente.

A livello della legislazione nazionale, la previsione di una disciplina sanzionatoria specifica per i casi di violazione delle regole previste per l'apposizione del termine al contratto di lavoro importa che la disciplina limitativa dei licenziamenti (tutela risarcitoria "obbligatoria", *ex* art. 8 L. n. 604/1966, nel testo modificato dall'art. 2 L. n. 108/1990, da un lato, e tutela "reale", *ex* art. 18 Stato Lav., in relazione alle dimensioni dell'azienda fino a, ovvero oltre, i 15 dipendenti) non trova applicazione ai contratti a termine con riferimento alla cessazione del rapporto per scadenza del termine: in relazione alla scadenza del contratto a termine operano le sanzioni tipiche previste dall'ordinamento, e che si ricollegano all'applicazione delle regole generali civilistiche collegate alla nullità della clausola appositiva del termine, alla conversione del rapporto *ex tunc* in rapporto a tempo indeterminato ed alla mora del datore di lavoro, e che prescindono dal requisito dimensionale del datore medesimo.

L'apposizione del termine al di fuori dei casi o delle forme legali non comporta l'applicazione dell'art. 1419, comma 1, cod. civ.[133] (che dispone l'invalidità dell'intero contratto, qualora risulti che

[133] Sul tema, MARINELLI, *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche ed ambigue risposte del legislatore,* in *Working papers* del Centro studi di diritto del

entrambi i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte colpita dalla nullità), bensì dell'art. 1419 co. 2, cod. civ., secondo il quale la clausola nulla è sostituita di diritto dalla norma imperativa di legge ossia dalla disciplina del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.; la dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno poi applicato la sanzione civilistica della riqualificazione a tempo indeterminato del rapporto, originariamente sorto con termine, anche alle ipotesi in cui la sanzione della conversione espressamente non è prevista, essendo dunque la conversione *ex tunc* (dall'origine o dalla scadenza del termine illegittimo, a seconda delle diverse discipline susseguitesi e delle diverse ipotesi di violazione) del rapporto la sanzione generale in materia[134].

Con la scadenza del termine, il datore rifiuterebbe la prestazione al lavoratore che ne facesse richiesta, proprio in ragione della cessazione del rapporto, ma la riqualificazione legale del rapporto importerebbe la valutazione del rifiuto datoriale come *mora accipiendi* del datore, il quale è tenuto a cooperare per rendere concretamente eseguibile l'obbligazione lavorativa, con un'attività articolata che non consiste soltanto nel ricevimento della prestazione bensì anche nel consentire al dipendente l'accesso sul luogo di lavoro, nell'impartire le direttive, le fornire il materiale da lavorare, ecc., in generale nel potere direttivo di conformazione della prestazione, finalizzato a coordinare la singola prestazione al mutevole contesto organizzativo nel quale viene a svolgersi.

In tale ambito, ferma restando la necessità dell'offerta della prestazione lavorativa (rilevante quale forma d'uso di costituzione in mora) va però rilevato che si discute da tempo in dottrina e giurisprudenza circa gli effetti della mora accipiendi nel rapporto di lavoro, essendovi da un lato coloro che sostengono che il lavoratore abbia diritto al solo risarcimento del danno, ed in particolare al lucro cessante integrale, ed altri che ritengono che la *mora accipiendi* non sollevi il datore di lavoro dall'obbligo di pagare le retribuzioni (e dall'obbligo di risarcire gli eventuali danni subiti dal lavoratore[135]).

Sul punto, si è osservato[136] che, secondo un indirizzo, nel contratto di lavoro la retribuzione trova fondamento nel sinallagma genetico e non in quello funzionale del rapporto, e deve essere pertanto erogato anche nei casi di mancata esecuzione della prestazione, visto che il suo titolo giustificativo va rinvenuto nella persistenza del vincolo obbligatorio. Secondo altro indirizzo, invece, l'obbligo di effettuare la controprestazione consegue alla responsabilità del creditore che impedisca al debitore di adempiere per un fatto a lui imputabile e, pertanto, deve accollarsene tutte le conseguenze; in altri termini, la retribuzione è dovuta non per la semplice sussistenza del vincolo negoziale, bensì perché un contraente ha posto in essere un comportamento ingiustificato e ne sopporta gli effetti negativi.

La giurisprudenza peraltro ha da tempo fatto propria tale ultima soluzione, privilegiando la natura sinallagmatica del contratto di lavoro e la regola di effettività e corrispettività delle prestazioni, ritenendo che al lavoratore che cessi l'esecuzione della prestazione lavorativa per attuazione di fatto

---

lavoro Massimo D'Antona, 2009, 85; nonché, MARINELLI M., in BELLAVISTA, GARILLI, MARINELLI M., *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133*, che ricorda che, mentre il datore di lavoro non avrebbe concluso il contratto qualora fosse stato consapevole della illegittimità della clausola appositiva del termine, per il lavoratore la costituzione di tale rapporto a tempo indeterminato costituisce di norma l'opzione preferibile, e dunque l'assenza della clausola in questione non inciderebbe sulla sua volontà di concludere il contratto in alcun modo; ne deriva che la nullità della clausola non dovrebbe comportare mai la nullità dell'intero contratto, e che, pertanto, l'ipotesi non può che rientrare nell'art. 1419, comma 2, cod. civ.

[134] Sull'argomento, tra i tanti contributi, SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247 del 2007*, in *Riv. it. Dir.lav.*, 2008, I, 178.

[135] La distinzione non è senza rilievo pratico, atteso che dal carattere retributivo delle somme discende sia l'assoggettamento a contribuzione previdenziale (problema risolubile probabilmente in applicazione dell'art. 21 l. 13 del 1969, che considera imponibile tutto quanto corrisposto "in dipendenza" del rapporto di lavoro), sia la possibilità di detrarre, su corrispondente eccezione del datore di lavoro, l'*aliunde perceptum* (cioè quanto il lavoratore abbia guadagnato altrove durante la mora) dal trattamento economico connesso all'ingiustificato rifiuto della prestazione lavorativa. Su queste problematiche, SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1993, 293 ss.

[136] SPEZIALE, *cit.*, 1993, 302.

del termine nullo non spetti la retribuzione fino al momento in cui non offra la prestazione stessa, determinando una situazione di *mora accipiendi* del datore.

Si è del pari escluso che possa applicarsi il principio secondo il quale la costituzione in mora non è necessaria qualora il termine per eseguire la prestazione sia scaduto e si tratti di prestazione da eseguire presso il domicilio del creditore *ex* art. 1219 cod. civ., combinato con l'art. 1182, co. 3, cod. civ., in quanto la cessazione dell'esecuzione della prestazione lavorativa potrebbe non dipendere dal rifiuto del datore di lavoro, ma dalla carenza di interesse del lavoratore alla prosecuzione, sicché occorrerebbe pur sempre accertare l'interesse all'esecuzione ed alla controprestazione in relazione all'offerta della stessa, non potendo apoditticamente farsi coincidere i due aspetti.

Al fine di evitare situazioni inique (connesse in parte con i tempi ampi all'epoca consentiti al lavoratore per attivare la domanda di accertamento della nullità dell'apposizione del termine, in parte con i tempi di durata del processo), la giurisprudenza ha fatto applicazione degli indicati correttivi, limitando il pagamento delle retribuzioni dalla scadenza del termine in ragione dell'*aliunde perceptum*, sia in considerazione della necessità di offerta della prestazione lavorativa, mentre si accettava anche la configurabilità di uno scioglimento del rapporto per mutuo consenso.

Tali aspetti, come detto, si ricollegavano, in buona misura, all'inapplicabilità del termine di decadenza all'azione di nullità del termine, e quindi alla possibilità di far causa anche a distanza di molti anni, nei limiti della prescrizione: mentre infatti per il licenziamento del dipendente assunto a tempo indeterminato inefficace (per violazione delle procedure di legge, ad eccezione del licenziamento verbale), nullo per ragioni discriminatorie o illegittimo per mancanza di giusta causa o giustificato motivo il lavoratore aveva l'obbligo di impugnare (con qualsiasi atto anche stragiudiziale idoneo) il recesso invalido, nel termine decadenziale di sessanta giorni, a pena dell'inammissibilità dell'azione giudiziaria, la decadenza, invece, non si applicava nel caso in cui non vi era un atto scritto di comunicazione della cessazione del rapporto conseguente allo spirare del termine (invalido) nei rapporti a tempo determinato.

4. La giurisprudenza sul lavoro a termine.

Il giudice di legittimità, come i giudici di merito, è da molti anni impegnato da una notevole mole di contenzioso, nei fatti spesso seriali, relativo alla materia dei contratti di lavoro con termine impugnato giudizialmente. Le sentenze pronunciate in materia dalla Sezione lavoro della Corte sono numerosissime, e si evidenziano di seguito pertanto solo quelle che più interessano ai fini della materia specifica delle sanzioni.

La giurisprudenza ha da tempo chiarito la natura giuridica dell'azione volta a contestare la scadenza del rapporto di lavoro (Cass. Sez. U, Sentenza n. 7471 del 6/07/1991; Cass. Sez. L, Sentenza n. 9163 del 7/06/2003; Cass., Sez. L, sentenza n. 17524 del 09/12/2002) affermando che la disdetta intimata dal datore di lavoro al lavoratore per scadenza del termine invalidamente apposto al contratto di lavoro non si configura come licenziamento né è soggetta alla relativa disciplina, attesa la specialità della normativa in materia di lavoro a tempo determinato, che ne determina la conversione in contratto a tempo indeterminato, sicché l'azione di impugnativa della disdetta è azione (imprescrittibile) di nullità parziale del contratto, non soggetta al termine di decadenza *ex* art. 6 della legge n. 604 del 1966.

Con riferimento poi alle sanzioni applicabili al rapporto lavorativo con termine illegittimamente apposto, va ricordato che il d.lgs. n. 368/2001, avendo abrogato definitivamente la l. 230 del 1962 e con essa il principio generale di conversione (mantenendolo essenzialmente nel solo caso di reiterazione del contratto), aveva infatti posto dei gravi problemi di tutela effettiva del lavoratore nel caso di illegittima stipula di un solo contratto a termine: la giurisprudenza di merito era alquanto oscillante sul punto e non poche erano state le pronunce che si erano limitate alla dichiarazione di nullità del contratto senza alcuna conseguenza economica in favore del lavoratore.

Con la sentenza Cass., Sez. L, Sentenza n. 12985 del 21/05/2008 (Rv. 603541) la Corte, intervenendo in chiave nomofilattica sulla questione, ha precisato che l'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 39 della legge n. 247 del 2007, ha confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a

tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine "per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo".

Pertanto, in caso di insussistenza delle ragioni giustificative del termine, e pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza delle dette ragioni, in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione dello stesso art. 1 citato nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE (recepita con il richiamato decreto), e nel sistema generale dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato, tracciato dalla Corte cost. n. 210 del 1992 e n. 283 del 2005, all'illegittimità del termine ed alla nullità della clausola di apposizione dello stesso consegue l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (principio applicato in fattispecie di primo ed unico contratto a termine).

Pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza di ragioni giustificatrici o la nullità della clausola che le individui, legittimamente e coerentemente la Corte ricava la sanzione dal sistema nel suo complesso e dai principi generali, in tal modo non ricorrendo ad una analogia *legis* e neppure sostituendosi al legislatore o al giudice delle leggi, bensì, semplicemente, interpretando la norma nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria (della quale è attuazione) e nel sistema generale (dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato) tracciato dalla stessa Corte Costituzionale; dopo un completo excursus sulla giurisprudenza europea e sui principi in essa affermati, la Corte ha aggiunto che, se la *ratio* della previsione della forma scritta *ad substantiam* per il contratto a termine è quella di garantire la certezza della natura del contratto, responsabilizzando il consenso del lavoratore, e di consentire al giudice il controllo effettivo del contenuto del contratto stesso, verificando, attraverso l'applicazione della clausola generale, la conformità fra gli interessi programmati dalle parti e gli interessi riconosciuti meritevoli di tutela attraverso la regolamentazione del contratto medesimo, ne consegue logicamente che, nella sostanza, le sanzioni non possono non essere accomunate dalla detta *ratio*, tanto nel caso in cui il termine non risulti da atto scritto, quanto nel caso in cui manchi l'indicazione di una sufficiente ragione giustificativa.

<<E' stato quindi superato l'argomento "*ubi lex voluit dixit*", ritenendo prioritario il principio generale di conservazione del rapporto contrattuale. Oltre al contenuto chiarificatore delle statuizioni in essa contenute, la sentenza appare di particolare pregio in quanto ha usato nella motivazione la tecnica del ragionamento per principi, caldeggiato dalla migliore dottrina (Rodotà) al fine di raggiungere un risultato interpretativo costituzionalmente orientato>>[137].

In materia di lavoro pubblico, va richiamato, invece, il diverso principio affermato dalla giurisprudenza, secondo la quale (tra le più recenti, Cass., Sez. L, Sentenza n. 14350 del 15/06/2010), in materia di pubblico impiego, un rapporto di lavoro a tempo determinato non è suscettibile di conversione in uno a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, il cui disposto è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale (Sent. n. 98 del 2003) e non è stato modificato dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, contenente la regolamentazione dell'intera disciplina del lavoro a tempo determinato, sicché ne consegue che, in caso di violazione di norme poste a tutela del diritti del lavoratore, in capo a quest'ultimo, essendogli precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, residua soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti.

5. Profili comparatistici: la tutela del lavoratore a termine in Spagna e in Francia.

In Spagna il contratto di lavoro a termine è uno strumento molto utilizzato: si calcola che, dalla metà degli anni ottanta al 2007, il 30% dei lavoratori dipendenti ed il 90% dei contratti di lavoro subordinato stipulati annualmente risultano a tempo determinato.

Il 30% dei contratti a termine sono *contratos eventuales* che non esigono forma scritta, ove abbiano una durata inferiore ai 30 giorni; per gli altri, è prescritta la forma scritta *ad probationem*. L'assenza,

[137] Così DI FLORIO, *Il contratto a termine nella giurisprudenza europea*, intervento all'Università di Napoli, 11 giugno 2008, in atti del Mas*ter* in diritto europeo e comparato del lavoro, Università di Napoli.

nell'ordinamento spagnolo, di un requisito formale *ad substantiam* per l'apposizione del termine al rapporto di lavoro consente al datore a provare la sussistenza di un rapporto diverso da quello formalmente indicato dalle parti: così, ad esempio, nel caso in cui il datore protragga il rapporto di lavoro oltre la scadenza indicata (o pattuita) senza comunicare l'estinzione al lavoratore, il datore convenuto per l'omessa comunicazione potrà eccepire di aver stipulato nel periodo contestato un nuovo contratto a termine, secondo una fattispecie di durata diversa e superiore, dunque lecita, quale un *contrato de obra*, di durata incerta, in luogo di un *contrato eventual*, che scade con il decorso del termine pattuito.

La disciplina spagnola[138], a differenza di quella italiana, equipara l'estinzione per scadenza del termine del contratto a termine irregolare all'ingiustificato licenziamento, fattore che comporta anche un breve termine per l'impugnazione di 20 giorni.

Vi è poi una norma generale (art. 15.3 dello statuto dei Lavoratori iberico) che sanziona l'elusione del principio di stabilità occupazionale per esigenze permanenti del datore di lavoro. In tali casi, il lavoratore deve dimostrare che il datore ha consapevolmente utilizzato una delle fattispecie tipizzate, formalmente lecite *ex* art. 15.1 *Estatuto de los trabajadores* (ET), per esigenze aziendali ordinarie, non riconducibili ad alcuna fattispecie, con conseguente illegittimità del termine ed applicazione della disciplina relativa alle manifestazione di volontà unilaterale di recesso.

Quanto alle sanzioni per l'utilizzo di contratto a termine irregolare, in Spagna la reintegrazione del lavoratore è disposta solo per il licenziamento nullo per ragioni discriminatorie, mentre il licenziamento ingiustificato lascia al datore, a prescindere dal numero di dipendenti, l'opzione tra la tutela reale e la tutela obbligatoria: il meccanismo introdotto dall'ET del 1980, da allora rimasto immutato, all'art. 56.1 prevede la sanzione della riassunzione entro cinque giorni dalla sentenza, oppure, a discrezione del datore, una tutela obbligatoria alternativa, che prevede la corresponsione di un'indennità di tutela del lavoratore pari a 45 giorni di retribuzione per ogni anno lavorato fino ad un massimo di 42 mensilità, con importo riducibile *pro rata temporis*.

Il criterio è, come detto, ancora vigente e vale a prescindere dalle dimensioni aziendali, sia per licenziamenti disciplinari che per ragioni oggettive, purché illegittimi.

Con un siffatto sistema la tutela del lavoratore a termine dalle elusioni datoriali viene già molto ridimensionata, se si considera una durata del rapporto di pochi anni. Per fare un esempio, <<oggi un rapporto di lavoro biennale da 900 euro mensili comporterebbe un risarcimento di 2700 Euro, ossia tre mensilità, esclusi gli interessi e la rivalutazione. Un risarcimento per illegittimo *contrato eventual* nel rispetto dei termini legali, dunque della durata di sei mesi, darebbe diritto a 22,5 giorni di retribuzione>>.[139]

Deve aggiungersi, infine, che l'art. 2.3 Ley n. 45/2002 rende il licenziamento, oltre che economico, anche automatico e *ad nutum* perché permette al datore di versare l'indennità secondo il suddetto criterio, entro 48 ore dalla comunicazione del licenziamento, al di fuori del processo. Il lavoratore che rifiuta l'offerta perde la possibilità di ottenere, pur vincendo la causa, i c.d. *salarios de tramitación,* ossia le retribuzioni intercorse tra la comunicazione dell'estinzione e la notificazione della sentenza accertante l'irregolarità (normalmente previste *ex* art. 56.1 b) ET).

Nell'ordinamento francese[140], in caso di apposizione illegittima del termine, il contratto si reputa a tempo indeterminato (a*rticle* L1245-1 *code du travail*) e il lavoratore può agire in giudizio per ottenere la *requalification du contrat*.

E' prevista sia l'azione del singolo lavoratore innanzi al *Conseil des prud'hommes*, che si pronuncia

---

[138] Per un esame della disciplina spagnola, si rimanda a CAIROLI, *La anomalía española en la contratación temporal: un análisis desde la perspectiva italiana* in *Aranzadi Social Doctrinal* (*AS* o *Ar. Soc*.), 2011, n. 18, pp. 113-140; nonché ID., *Aspetti comparatistici e problematiche della disciplina sul lavoro a termine in Italia e Spagna*, tesi di laurea specialistica, Università di Giurisprudenza, Università Sapienza Roma, edita in Quaderni della fondazione Isper, in http://www.isper.org/fondazione/Quaderni/Catalogo_Quaderni.asp.

[139] CAIROLI, *Aspetti comparatistici e problematiche della disciplina sul lavoro a termine in Italia e Spagna*, *cit.*

[140] Per approfondimenti, v. GHIRARDI, *La disciplina del contratto a termine nell'ordinamento francese*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2009, III, 64-65.

entro un mese, sia l'azione delle organizzazioni sindacali (*article* L1245-2).

All'illegittimità del termine consegue, oltre che la trasformazione del contratto, la condanna del datore di lavoro a titolo di sanzione, e anche d'ufficio, al pagamento della *indemnité de requalification*, che non può essere inferiore a una mensilità di retribuzione (*article* L1245-2).

L'indennità spetta soltanto nel caso di contratto a termine illegittimo per vizi di forma o per insussistenza della ragione giustificativa del termine, ma non invece nel caso di trasformazione a tempo indeterminato nell'ipotesi che il lavoratore abbia continuato al prestare attività dopo il termine previsto (*article* L1243-11). Nel caso di più contratti a termine illegittimi, secondo la giurisprudenza al lavoratore spetta una singola indennità, indipendentemente dal numero di contratti a termine stipulati.

Al lavoratore inoltre (a*rticle* L1245-2, 2) competono le indennità previste per il licenziamento illegittimo, in quanto, una volta che il contratto venga dichiarato a tempo indeterminato, trovano applicazione le norme relative a questo tipo di contratto, e quindi quelle sul licenziamento del lavoratore, per cui la cessazione del rapporto alla scadenza del termine viene considerata come un licenziamento (anche se si esclude la reintegra del lavoratore).

Infine, va ricordato che l'ordinamento francese prevede una serie di sanzioni penali in caso di infrazione della normativa sul contratto a termine, con pene sia pecuniarie che detentive (fino a sei mesi di reclusione) (a*rticles de* L1248-1 *a* L1248-11; *de* L1254-1 *a* L1254-11).

6. L'indennità come mero costo aziendale per la liberazione dal vincolo.

La norma dell'art. 32, co. 5, appare suscettibile di interpretazioni diverse. In particolare, l'indennità risarcitoria onnicomprensiva potrebbe considerarsi:

- sostitutiva della trasformazione del rapporto e dell'eventuale retribuzione maturata dal lavoratore nel periodo intercorrente tra la data di cessazione del rapporto e la data di riammissione in servizio;

- sostitutiva della sola eventuale retribuzione maturata dal lavoratore nel periodo intercorrente tra la data di cessazione del rapporto e la data della riammissione in servizio, ferma restando la trasformazione del rapporto;

- aggiuntiva rispetto sia alla trasformazione del rapporto, sia all'eventuale retribuzione maturata dal lavoratore nel periodo intercorrente tra la data di cessazione del rapporto e la data di decorrenza della riammissione in servizio.

Secondo la prima soluzione, l'indennità in questione dovrebbe essere corrisposta in sostituzione della sanzione della trasformazione del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato. Si argomenta in tal senso anche in ragione della esigenza di contenere la tutela del lavoratore evitando di attribuirgli benefici superiori a quelli previsti dalla disciplina limitativa dei licenziamenti assistiti da tutela obbligatoria; una conferma della bontà dell'interpretazione viene tratta dal co. 6 della stessa norma, che prevede la dimidiazione dell'indennità in caso di assunzione, desumendosi che l'indennità completa spetta in caso di non assunzione.

Quest'ultima osservazione è facilmente contestabile, atteso che il co. 6 non riguarda l'assunzione in casi singoli ma reca la disciplina generale contrattuale prevista da alcuni accordi sindacali, ed inoltre fa riferimento al caso in cui il lavoratore non abbia inteso valersi delle graduatorie per l'assunzione ed abbia agito in giudizio. Ma anche il precedente rilievo non è convincente, posto che nessun rapporto vi è tra disciplina dei licenziamenti e disciplina della scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto, che sono fattispecie sempre considerate diverse dalla giurisprudenza (e perciò non comparabili).

L'interpretazione proposta contrasta poi con la lettera della norma (che parla espressamente di "conversione"); inoltre, dai lavori preparatori, nel dossier di documentazione del d.d.l. 1441-*quater*-f, in ordine all'interpretazione del comma 5, dell'articolo 32, si desume solo che la previsione del risarcimento del danno si aggiunge al ripristino del rapporto di lavoro e non si sostituisce ad esso[141].

[141] Resoconto stenografico seduta di esame parlamentare del d.d.l. 1441-*quater*: "Maurizio SACCONI, Ministro del lavoro e delle politiche sociali: *Signor Presidente, il Governo condivide quanto poco fa richiamava il*

Inoltre, non va trascurato che quando il legislatore ha voluto limitare la sanzione agli aspetti risarcitori lo ha fatto espressamente: si pensi così all'art. 4-*bis* introdotto dal d.l. 112 del 2008, conv. in l. 133 del 2008, che diceva che il datore è tenuto "unicamente" al pagamento dell'indennità; si pensi, ancora, allo stesso legislatore della legge n. 183 del 2010, che usa all'art. 50 il medesimo avverbio, con riferimento però a diversa fattispecie relativa al lavoro a progetto.

In dottrina, nei primi interventi di commento alla nuova disciplina, si registrano opinioni assai contrastanti, con una prevalenza dell'orientamento che interpreta l'indennità *ex* co. 5 come aggiuntiva rispetto a quanto dovuto in ragione della conversione *ex tunc* del rapporto e della mora del datore.

Se <<la sola lettura ragionevole appare quella secondo cui la sanzione economica si aggiunge a quella della conversione intervenendo la norma solo sulla determinazione della prima>>[142], nel senso della spettanza della sola indennità, e della legittimità della soluzione del collegato lavoro 2010, si è detto che <<l'espressione gergale «conversione del contratto a tempo determinato» è chiara ed indica la fattispecie regolata. Pertanto la norma non esclude la «conversione», ma la disciplina in modo speciale rispetto al diritto comune. L'«indennità» assorbe qualsiasi «risarcimento», come risulta dall'aggettivo «onnicomprensiva». Quindi anche il risarcimento da *mora accipiendi* per il periodo dalla fine del lavoro alla sentenza dichiarativa della nullità del termine, secondo la qualificazione del consolidato orientamento anche delle Sezioni Unite, che coerentemente ammette la detrazione dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum.*

Pertanto non è proponibile una valutazione in termini di retribuzione con riferimento all' art. 36 Cost., anche perché qui manca la prestazione. Del resto la ragionevolezza del regime speciale, sotto tutti i punti di vista, è sicura perché sostituisce la liquidazione del risarcimento, finora effettuata caso per caso dal giudice anche mediante presunzioni semplici sull'*aliunde perceptum* e percipiendum. con una indennità comunque dovuta a prescindere da un danno effettivo ed i cui limiti predeterminati dal legislatore tengono conto del vantaggio per il lavoratore derivante dal mantenimento della regola di «conversione» e dell'incertezza a carico del datore di lavoro derivante dal precetto generico sulla giustificazione del termine.

Non sussiste, dunque, alcun problema di costituzionalità, poiché la regola di nullità parziale necessaria del termine illegittimo non è costituzionalmente obbligata e, comunque, resta salva, seppure ormai con gli effetti di diritto comune, solo *ex nunc* dal momento della sentenza, secondo l'insindacabile discrezionalità del legislatore che per il periodo precedente ha stabilito opportunamente un regime speciale. Né si pongono problemi di conformità al diritto comunitario, che da un lato lascia al legislatore nazionale la scelta di prevedere «se del caso» la trasformazione in contratto a tempo indeterminato della serie illegittima di contratti a termine. come è stato riconosciuto proprio per l'esclusione di tale regola nella disciplina italiana del lavoro pubblico, e dall'altro lato consente attenuamenti anche del livello generale di tutela purché riferibili ad un «valido motivo», qui, come si è visto. addirittura macroscopico>>.[143]

Lo stesso autore[144] esclude che la norma violi la clausola di non regresso, in quanto la Corte di Giustizia ha ribadito espressamente e più volte che il limite del non regresso <<riguardi solo le modificazioni delle discipline nazionali "collegate con l'applicazione dell'accordo quadro recepito nella direttiva". Sicché sono escluse in radice da tale limite le riduzioni di tutela volute dal legislatore nazionale "per una finalità chiaramente identificata e diversa", come sarebbe, ad esempio, la

---

presidente della XI Commissione. Invero, al Senato è stato presentato un ordine del giorno con lo scopo di chiarire la portata della norma citata e il Governo ha accettato quell'ordine del giorno; pertanto, non ho alcuna difficoltà a ribadire che un'oggettiva lettura della norma stessa conduce a ritenere che la conversione di cui si parla sia la conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato, e che quindi non vi sia conflitto fra la conversione a tempo indeterminato e quella definizione di risarcimento, anzi i due termini coabitano".

[142] TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel collegato lavoro alla legge finanziaria*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2010, I, 480.

[143] VALLEBONA, *cit*., 2010, 213; nello stesso senso, TIRABOSCHI, *Il collegato lavoro*, in *Sole 24 ore*, 2010.

[144] VALLEBONA, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele ed i poteri del giudice nazionale*, in *Mass. Giur. Lav*., 2010, 633.

"volontà del legislatore nazionale di realizzare un nuovo equilibrio nei rapporti tra i datori di lavoro ed i lavoratori" a proposito del lavoro a termine. ...Sicché le tutele nazionali possono essere liberamente ridotte fino alla soglia minima della direttiva, con il solo divieto per gli Stati membri di utilizzare l'attuazione di questa quale pretesto "politico" per tale riduzione... Quindi, è erronea la definizione "clausola di non regresso", se non si aggiunge l'aggettivo "pretestuoso">>.

L'autore ritiene altresì impercorribile la strada della interpretazione comunitariamente conforme della nuova disciplina, in quanto <<l'interpretazione conforme è dovuta solo "per quanto possibile", sicché sul suo altare non possono essere sacrificati né i metodi di interpretazione, né i principi generali del diritto, in particolare quelli di certezza del diritto e di irretroattività, né il divieto di interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Pertanto "detto principio di interpretazione conforma non può affatto portare a rendere applicabili norme nazionali che non siano formalmente valide e pertinenti *ratione materiae* quanto *ratione temporis*>>.

7. La conversione *ex nunc* e la corresponsione della sola indennità.

Secondo una seconda lettura la sanzione della conversione, prevista espressamente dalla legge, sarebbe sempre applicabile, ma troverebbe un contrappeso nella limitazione della misura risarcitoria (tra il minimo ed il massimo delineato dalla legge), sicché la conversione del rapporto non opererebbe *ex tunc*, dalla data del primo contratto con termine illegittimamente apposto o al più dalla data della scadenza dello stesso, a seconda delle fattispecie, ma solo *ex nunc*, dalla data della decisione del giudice che accerta l'illegittimità del termine (e, secondo i principi processuali, dovrebbe ritenersi dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, che sarebbe di mero accertamento); in una variante, potrebbe ammettersi che la conversione operi anche *ex tunc* con riferimento a dati istituti, ad esempio gli scatti di anzianità (che non potrebbero essere negati in ragione del divieto di discriminazione previsto dalla legislazione comunitaria e nazionale), ma non con riferimento alle retribuzioni.

In linea con tale impostazione, il sistema sarebbe mutato nei seguenti termini: se prima della norma all'accertamento della illegittimità del termine si accompagnava la conversione del rapporto a tempo indeterminato e la condanna al pagamento, a titolo risarcitorio o retributivo (a seconda delle diverse impostazioni) delle retribuzioni dalla data di messa in mora all'effettivo ripristino, detratto l'*aliunde perceptum*, secondo il meccanismo disegnato dalla nuova norma rimane l'accertamento della nullità del termine, rimane la conversione, ma il risarcimento del danno viene forfettizzato in un'indennità che va da 2,5 a 12 mensilità, restando escluso il pagamento delle retribuzioni (siano esse intese come tali, ovvero come parametro del risarcimento del danno alle stesse commisurato).

Secondo questa interpretazione, la disposizione sull'indennità risarcitoria forfettizzata si applica a tutti i casi di conversione sia disposti dal giudice che dalla legge, ed anche quindi quelli dell'art. 3 e dell'art. 5 che non sono indicati quali ipotesi nelle quali è necessaria l'impugnazione: infatti, la disposizione è generale e non distingue tra le varie fattispecie.

L'entità dell'indennità risarcitoria va determinato in rapporto ai criteri di cui all'art. 8 Legge 604/66 adattati alla fattispecie. La norma precisa che l'indennità è "onnicomprensiva", cioè ingloba e assorbe qualsiasi altro danno che sia scaturito dall'apposizione del termine.

Peraltro, il risarcimento, ancorché nella misura minima, è dovuto anche ove non vi sia stato alcun danno.

I sostenitori di tale interpretazione ritengono che non possa porsi questione di compatibilità costituzionale né di conformità ai principi sull'entità della sanzione sanciti dalla direttiva 1999/70: infatti, da un lato si tratta della sanzione superiore a quella prevista per la stragrande maggioranza delle risoluzioni del rapporto poste in essere nel nostro paese (si pensi al confronto con il minor numero di mensilità cui fa riferimento la tutela obbligatoria avverso i licenziamenti illegittimi); la direttiva non impone quale sanzione la conversione, che qui comunque c'è, ma solo una sanzione adeguata (e tale non potrebbe non ritenersi la sanzione della conversione più l'indennità).

Dal momento della conversione, come sopra individuato, vi sarebbe poi il ripristino del rapporto con la decorrenza delle retribuzioni.

Secondo tale orientamento, il tempo che trascorra fino alla pronuncia di ripristino, e quindi fino alla ripresa della funzionalità del rapporto, è un tempo che comporta -come si ricava indirettamente- una parziale definitiva estinzione del diritto del lavoratore, ovvero, secondo altra ricostruzione, un tempo nel quale non sarebbe consentito mai alcuna retribuzione, non essendovi prestazione lavorativa.

La soluzione interpretativa in disamina ha ricevuto consensi in dottrina.

Evidenziate le differenze della disciplina transitoria rispetto a quelle del precedente del 2008 travolto dalla Corte costituzionale (come più avanti si dirà), alcuni[145] hanno escluso un contrasto della detta interpretazione con l'art. 36 Cost., <<perché la domanda giudiziale finora svolta in conseguenza della violazione dei vari limiti della disciplina, pur avendo –secondo l'orientamento ormai consolidato- natura risarcitoria, viene comunque commisurata alle retribuzioni che si assumono perdute dall'offerta delle prestazioni>>, concludendo che <<poiché il nuovo regime intende regolare esaustivamente gli effetti derivanti dalla nullità del termine e dunque esclude il cumulo con le pretese economiche, il riferito dubbio di costituzionalità –ove non risolto a monte, sull'assunto della natura risarcitoria e non retributiva delle somme ad oggi rivendicate in conseguenza della nullità del termine- potrebbe essere superato attribuendo alla previsione dell'indennità, ad opera della riforma, il significato di valutazione legale tipica di percepibilità *aliunde* di reddito oltre la soglia massima dei 12 mesi dalla cessazione del rapporto. Si tratterebbe, quindi, di una valutazione fondata sul -e quindi legittimata dal- dovere di solidarietà il quale, con epocale rivalutazione de disposto del secondo comma dell'art. 4 Cost., una volta tradotto nella specifica fattispecie normativa imporrebbe la necessaria attivazione di ciascuno per la ricerca di una nuova occupazione entro un tempo massima, così appunto giustificando le conseguenze economiche negative imputabili alla protratta inerzia>>.

Nell'addossare doveri di solidarietà sociale al solo lavoratore, si finisce però per dimenticare che il lavoratore fa affidamento sulla conversione del contratto, espressamente richiamata dalla disposizione, e non cerca altro lavoro.

Si esclude poi[146] un contrasto con la disciplina comunitaria, in quanto la disposizione, nell'introdurre una speciale disciplina per regolamentare il rapporto pregresso, <<manterrebbe, per quanto non comunitariamente necessitata, la regola della conversione del rapporto>>, la quale dovrebbe operare <<solo *ex nunc*, cioè dal momento dell'accertamento giurisdizionale della nullità del termine>>[147]: si afferma infatti che <<le specifiche finalità perseguite dalla riforma escluderebbero, in questo caso con assoluta certezza, ogni dubbio di contrasto con la clausola comunitaria di non regresso, perché il nuovo regime indennitario cumulato alla regola di conversione sarebbe incentrato su una *ratio* completamente distinta dal proposito di attuare la direttiva; ed oltretutto neanche altererebbe il livello generale delle tutele già garantite, venendo pure compensato, sul piano delle misure di prevenzione degli abusi, dal limite di durata triennale>>.

Altri[148] ha rilevato che la norma precisa che l'indennità è onnicomprensiva, cioè ingloba e assorbe qualsiasi altro danno che sia scaturito dall'apposizione del termine. Per converso, il risarcimento, ancorché nella misura minima, è dovuto anche ove non vi sia stato alcun danno. Il richiamo della "conversione", che opera di diritto e dà luogo a una sentenza dichiarativa di un effetto già avvenuto per legge, non consente dubbi sulla persistenza del rapporto di lavoro, che deve essere ripristinato sotto il profilo della funzionalità di fatto, con obbligo di pagamento della retribuzione dalla data della decisione. Secondo tale impostazione, inoltre, è dovuta la regolarizzazione previdenziale, la quale deve essere rapportata al numero di mensilità di retribuzione riconosciute in concreto e non a tutto il periodo di vigenza giuridica del rapporto di lavoro: è noto, infatti, il principio secondo cui alla base del calcolo dei contributi previdenziali deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e che l'espressione usata

[145] FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, 2010, 300 ss., 344.

[146] Ancora FRANZA, *cit.*, 346.

[147] ID., 346, nota 103.

[148] TATARELLI, *Entità del risarcimento fissata dal giudice,* in *Guida al diritto,* Sole 24 ore, n. 48 del 4 dicembre 2010, pag. VIII.

dall'articolo 12 della legge n. 153 del 1969 per indicare la retribuzione imponibile («tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro...») va intesa nel senso di «tutto ciò che ha diritto di ricevere».

In questa linea sembra porsi anche chi[149] rileva che a differenza della disciplina dell'art. 21 comma 1-*bis* della legge 133/2008 (poi dichiarato incostituzionale da Corte cost. 214 del 2009), ove la sanzione era prevista in via alternativa alla conversione, ora <<sembra riconoscersi un doppio livello di tutela del legislatore>>, conversione e risarcimento, e che <<la norma potrebbe essere risolutiva rispetto al dibattito sulla natura delle retribuzioni maturate dal lavoratore, perché queste, in qualità di risarcimento od eventualmente insieme a esso, potrebbero rientrare nell'onnicomprensività dell'indennità, e dunque nella sua delimitazione legale; seguendo tale impostazione, la lunghezza dei tempi processuali, peraltro già di per sé ridimensionata dai termini di decadenza per l'azione, <<cesserebbe di influire sulla determinazione del risarcimento del lavoratore, trattandosi appunto di una indennità predeterminata nel minimo e nel massimo>>.

Anche parte della giurisprudenza ha seguito tale interpretazione: articolata ed approfondita la sentenza Trib. Roma 28 dicembre 2010, che si è posta il problema della legittimità delle norme, risolvendolo nel senso della conformità dell'art. 32 co. 5 all'ordinamento nazionale e comunitario, ed applicandole alla fattispecie. La decisione ha rilevato, tra l'altro, che <<non appare fondato il rilievo, da parte del giudice *a quo*, dell'introduzione di una disciplina più sfavorevole al lavoratore; invero, il legislatore, con riguardo alle conseguenze relative all'apposizione illegittima della clausola del termine, ha inteso introdurre, con l'art. 32 della legge in esame, una disciplina che prevede sia la conversione (*ex nunc*) del contratto in rapporto a tempo indeterminato sia un indennizzo contenuto entro determinati scaglioni; ... in mancanza di un principio di rango costituzionale (e non di mera fonte legale) che imponga la conversione *ex tunc* di un contratto a tempo determinato in un rapporto a tempo indeterminato, appare rientrare nella (ragionevole) discrezionalità del legislatore la scelta di regolare gli effetti dell'apposizione illegittima di una clausola del termine mediante la conversione del contratto ed il pagamento di una indennità.

Né tale scelta legislativa appare impedita dalla normativa comunitaria (direttiva 1999/70) che si limita a richiedere sanzioni proporzionate, effettive e dissuasive (cfr. altresì sentenze della Corte di giustizia europea Adeneler, 4.7.2006; Marrosu, 7.9.2006; Angelidaki, 23.4.2009) ma non impone la trasformazione abusiva di contratti a termine in un contratto a tempo indeterminato, lasciando agli Stati membri la scelta sulle conseguenze alternative possibili.>>

Applica la norma, intesa nel senso suddetto, anche Trib. Roma 30 novembre 2010, senza porsi particolari problemi di compatibilità con il diritto interno ed internazionale.

8. La conversione *ex tunc* e la corresponsione di retribuzioni e risarcimento del danno.

Una terza interpretazione rileva, invece, che il richiamo letterale alla conversione del rapporto non si riferisce al mero ambito applicativo della disposizione, ossia ai casi di abuso del termine in cui è disposta in astratto la conversione, ma si riferisce proprio ai casi in cui la conversione, come tradizionalmente disciplinata e come in nulla modificata dalla nuova disposizione, trova applicazione. In tal senso, l'apposizione illegittima del termine, conformemente al sistema delineato dalla su riportata Cass. n. 12895 del 2008, comporterebbe in ogni caso secondo i principi tradizionali la conversione del rapporto, con effetto *ex tunc*, nei casi ed alle condizioni tradizionalmente previste[150]. La portata della norma si avrebbe, invece, sul mero fronte risarcitorio, che sarebbe ridefinito in chiave indennitaria.

Sul punto, è opportuno spendere qualche parola, richiamando quanto già riferito in ordine alle conseguenze della trasformazione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato con effetto *ex tunc*. Con la scadenza del termine, il datore rifiuterebbe la prestazione al lavoratore che ne facesse richiesta, proprio in ragione della cessazione del rapporto, ma la riqualificazione legale del rapporto importerebbe la valutazione del rifiuto datoriale come mora del datore; come si è visto, con

[149] CAIROLI, *Problematiche sanzionatorie nel contratto a tempo determinato, tra la sentenza Angelidaki e le interpretazioni della giurisprudenza nazionale*, in *Riv. Gir. Lav.*, 2010, 147.

[150] Sulla conversione del contratto in lavoro a tempo indeterminato, tra i vari contributi, SARACENO e CANTARELLA, *La conversione del contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 2009.

riferimento alla scadenza del termine nei rapporti di lavoro a tempo determinato, mentre la disciplina dei licenziamenti non può operare, come consolidato in dottrina e giurisprudenza, essendo la fattispecie del tutto diversa, trovano invece applicazione le norme relative alla mora del datore di lavoro.

In tale ambito, fermo restando quanto detto in ordine alla necessità dell'offerta della prestazione lavorativa (rilevante quale forma d'uso di costituzione in mora) va però rilevato che si discute da tempo in dottrina e giurisprudenza circa gli effetti della *mora accipiendi* nel rapporto di lavoro, essendovi da un lato coloro che sostengono che il lavoratore abbia diritto al solo risarcimento del danno, ed in particolare al lucro cessante integrale, ed altri che ritengono che la *mora accipiendi* non sollevi il datore di lavoro dall'obbligo di pagare le retribuzioni (e dall'obbligo di risarcire gli eventuali danni subiti dal lavoratore).[151]

Varie norme, peraltro, prevedono nel nostro ordinamento che, in caso di sospensione della prestazione lavorativa per fatto del datore di lavoro, il lavoratore ha diritto alla retribuzione normale: oltre alla disciplina civilistica generale in tema di mora (che prevede in modo più ampio il risarcimento del danno, art. 1227 cod. civ.), l'art. 6 ultimo comma del r.d.l. n 1825 del 1924 sull'impiego privato e, poi, gli accordi interconfederali 30.3.1946 e 23.5.1946 estesi *erga omnes* con i d.P.R. n. 1097 e 1098 del 28 luglio 1960 prevedono l'obbligo del datore di pagare la retribuzione anche nei periodi predetti.

Le diverse discipline, oltre ad avere un ambito soggettivo di applicazione diverso, sono distinte anche per quanto attiene al risarcimento del danno eccedente le retribuzioni (previsto solo dalla disciplina civilistica) ed inoltre all'esigenza di iniziativa del lavoratore (essendo necessaria la costituzione in mora secondo la disciplina civilistica, che pur con riferimento alle obbligazioni di *facere* prevede l'eseguibilità "nelle forme d'uso", ed essendo invece automatiche le conseguenze delineate nelle altre fonti ora richiamate).

Non va del resto dimenticato che l'impugnativa della apposizione del termine è azione di accertamento della nullità parziale del contrattoe anche "azione di adempimento": secondo la previsione dell'art. 1453 cod. civ., spettano al lavoratore le ordinarie retribuzioni, "salvo in ogni caso il risarcimento del danno": secondo le regole di diritto comune, in caso di conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, il lavoratore (art. 1206 e segg. cod. civ. e art. 1453 cod. civ.) ha diritto a percepire le ordinarie retribuzioni dalla offerta di prestazione lavorativa, oltre al risarcimento dei danni.

Se quanto fin qui detto discende ai principi generali, va rilevato che l'art. 32, co. 5, della legge n. 183 del 2010, non fa riferimento alle retribuzioni dovute, ma solo al risarcimento del danno, prevedendone una liquidazione legale forfettaria, sicché l'indennità verrebbe a coprire il danno, ma non anche le retribuzioni. L'adozione di tale soluzione importerebbe la rimeditazione dell'orientamento che ritiene le retribuzioni come parametro del risarcimento del danno dovuto per la mora, affermandosi invece la natura delle retribuzioni come controprestazione dovuta dal datore che rifiuta la propria prestazione.

Una conferma della bontà della interpretazione indicata in questo paragrafo deriverebbe poi dal confronto della disposizione in discorso con quella già usata dalla legge n. 133 del 2008, che -nella stessa materia dei contratti a tempo determinato illegittimamente apposto- prevede "unicamente" l'obbligo datoriale del pagamento dell'indennità, facendo pensare che la soppressione dell'inciso sia stata voluta proprio al fine di differenziare l'indennità da quella prevista dalla disposizione del 2008 (dichiarata, come noto, costituzionalmente illegittima).

Altri elementi in favore di tale interpretazione discendono poi dalla considerazione di varie norme costituzionali e soprattutto di principi comunitari, ma tali aspetti si esamineranno nei paragrafi relativi che seguono.

La disposizione del collegato lavoro 2010 non fa alcun riferimento alla *mora credendi* ai fini della liquidazione dell'indennità medesima, sicché sembra che l'indennità sia del tutto svincolata dalla

[151] Su queste problematiche, SPEZIALE, *op. cit.*, 1993, 293 ss.

messa in mora: ne deriverebbe che l'indennità spetta anche se il datore di lavoro non sia mai stato in mora e se il lavoratore non abbia subito alcun danno.

In altri termini, l'indennità in questione non avrebbe altro che funzione di penale sanzionatoria, connessa al mero accertamento dell'illegittimità del termine. La norma, dunque, prevede una sorta di penale a carico del datore di lavoro per il fatto oggettivo considerato dalla disposizione, a prescindere dall'esistenza dell'eventuale danno effettivamente subito dal lavoratore.

Da qui il problema se siamo in presenza di una limitazione del risarcimento possibile o se si tratti solo di una liquidazione minima del danno, che non esclude, provandoli, ulteriori danni per aspetti non considerati dalla norma: sembra preferibile peraltro la prima opzione interpretativa, sulla base dei lavori preparatori e dall'intenzione del legislatore desumibile dalla disciplina complessiva, sicché resterebbero fuori dalla liquidazione solo i danni che non riguardano solo la comunicazione della scadenza del termine ma fattispecie complesse di cui la scadenza del termine sia solo uno degli elementi costitutivi (si pensi, ad esempio, ai danni da allontanamento ingiurioso del lavoratore alla scadenza del termine).

Al pari della penale convenzionale, la penale legale liquida anticipatamente il danno e limita il danno; opera a prescindere dalla prova del danno, non consente la prova di un danno diverso, ed agisce a prescindere dalla mora.

Da quanto detto si ricaverebbe che, nei casi in cui ricorra anche una situazione di *mora accipiendi* del datore di lavoro, il credito del lavoratore per le utilità perdute non potrà ritenersi sostituito dalla liquidazione indennitaria prevista dalla disposizione in esame, restando così confermata per altro verso l'interpretazione che riconosce al datore messo in mora anche l'obbligo retributivo.

La norma prevede la liquidazione dell'indennità in correlazione con la conversione del contratto; sulla base di questo collegamento normativo, allora, sarebbe agevole la soluzione del problema del numero di indennità spettanti in caso di pluralità dei contratti a termine con clausola nulla, dovendosi ritenere che l'indennità possa competere non per ogni contratto, ma per il solo contratto cui la legge ricollega la conversione, richiamata sempre dalla norma.

Oggi, allora, con la previsione di una penale legale, il problema della deducibilità dell'*aliunde perceptum* dovrebbe trovare risposta negativa: un pò come avviene con riferimento all'indennità dovuta nell'ambito della tutela obbligatoria avverso i licenziamenti, la *compensatio lucri cum danno* non è possibile ove vi sia una liquidazione legale forfetaria del danno, essendo l'entità del pregiudizio stabilita dalla legge prescindendo dalla sua effettiva realtà quantitiva, la quale, a seconda dei casi, può essere superiore o inferiore; vi è, in altri termini, una vera e propria penale legale simile agli interessi moratori in caso di inadempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Correlativamente, non essendovi (come invece nella disciplina dell'indennità dovuta nel caso di licenziamento illegittimo assistito da tutela reale) una "parametrazione" del pregiudizio subito alla retribuzione, ma la determinazione legale dell'indennità dovuta (sia pure tra un minimo ed un massimo), ciò non solo esonera il lavoratore dall'onere di fornire la prova concreta dell'avvenuta diminuzione patrimoniale, ma nel contempo esclude che il dipendente possa dimostrare l'ulteriore pregiudizio subito o che il datore di lavoro possa dedurre l'*aliunde perceptum*[152].

Va peraltro rilevato che il problema della deducibilità dell'*aliunde perceptum* si ricollegava soprattutto ai tempi lunghi consentiti dalla disciplina vigente prima del collegato lavoro 2010 per azionare la domanda di conversione del contratto, ed all'esigenza avvertita in giurisprudenza di limitare risarcimenti eccessivi per domande di conversione strumentali e tardive proposte da lavoratori da tempo rioccupati presso terzi, laddove l'imposizione nel nuovo sistema di incisivi termini decadenziali anche con riferimento a tale azione dovrebbe far si che il datore, sin da momento assai prossimo alla scadenza del termine, sia posto in grado di valutare il rischio della lite con riferimento al danno risarcibile (peraltro contenuto forfettariamente dal legislatore).

Anche aderendo alla tesi della spettanza delle retribuzioni dal giorno della mora, in aggiunta al risarcimento, dovrebbe poi ritenersi indeducibile l'*aliunde perceptum* anche da queste, proprio per loro natura di retribuzione e non di danno.

[152] In tal senso, altresì, NISTICO', *I contratti a termine: profili sostanziali,* in *Questione Giustizia,* 2010, n. 6, 94.

In ogni caso, poi, ove vi sia anche domanda di corresponsione delle retribuzioni –con condanna in futuro- per il periodo successivo alla decisione giudiziale, va esclusa la detraibilità dell'*aliunde perceptum* con riferimento al periodo del rapporto successivo alla pronuncia del giudice, in quanto, se fino al giorno della sentenza la condanna al pagamento dell'indennità ha la funzione di reintegrare il lavoratore dei pregiudizi subiti in conseguenza dell'illegittimità del licenziamento, per il periodo successivo la decisione giudiziale sancisce un obbligo di risarcimento che è soltanto eventuale (visto che il datore di lavoro, attesa la conversione del rapporto, potrebbe richiamare subito il lavoratore a riprendere servizio) e che in ogni caso, essendo riferito ad un evento incerto, ha lo scopo di indurre il datore di lavoro ad eseguire il *dictum* della sentenza, realizzando la funzione analoga a quella dell'*astreinte*, che può essere liquidata anche in assenza di una effettiva perdita di utilità economica.

Assai critica la miglior dottrina. Come un po' su tutto il collegato lavoro 2010, anche con riferimento all'art. 32 della riforma del lavoro non sono mancati rilievi critici, e si è addirittura parlato[153] della <<ennesima dimostrazione di debolezza dell'opposizione>> ed inoltre di uno <<straordinario cocktail di iniquità>> del provvedimento, posto che le regole introdotte colpiranno soprattutto i nuovi assunti e i lavoratori con contratti lavorativi atipici (quindi, in larga misura, i giovani).

Altri, constatato che in passato sono naufragati gli attacchi frontali all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, hanno rilevato[154] che con il nuovo sistema si interviene non più sul diritto sostanziale ma sul piano processuale, per fare in modo che il lavoratore non possa più arrivare in concreto a chiedere giustizia davanti al tribunale del lavoro: così, da un lato, si introduce uno scadenzario molto breve per le impugnazioni dei contratti a termine, a progetto, per i licenziamenti, i trasferimenti, la dissimulazione dei rapporti precari fasulli (60 giorni per la citazione con raccomandata e 180 –oggi 270- per il giudizio, laddove fino ad oggi c'erano 5 anni di tempo), con la conseguenza che <<il lavoratore viene strangolato. Molti hanno paura a fare ricorso subito perché sperano in un rinnovo contrattuale. Non solo, ma se prima venivano rimborsate tutte le mensilità intercorse nel periodo del giudizio, oggi si andrà da un minimo di 2 e mezzo e un massimo di 12>>, concludendo che <<assistiamo a una forfetizzazione al ribasso del danno>>.

Altri[155] hanno evidenziato <l'assoluta iniquità della norma che riconosce al lavoratore non un integrale risarcimento ma solo un indennizzo forfettizzato, secondo criteri mutuati dal licenziamento in tutela obbligatoria, a prescindere dalle dimensioni della società datoriale, e pure partendo dal presupposto della acclarata illegittimità della condotta datoriale>. Si è poi osservato in tema che <<il legislatore, probabilmente condizionato dalla fretta di imporre una direzione diversa al contenzioso esistente, non ha calibrato le nuove norme, lasciando diversi spazi ad interpretazioni che vanno in direzione opposta a quella perseguita.... Ora, se l'intenzione del legislatore era quella di evitare la sostanziale reintegra, impedendo l'applicazione dei principi generali governanti la nullità (anche parziale) dei contratti, è chiaro l'insuccesso della novella, che si limita ad aggiungere un risarcimento del danno, indicando alcuni parametri utili al calcolo. Se invece l'intenzione del legislatore era quella di predeterminare il contenuto del risarcimento, fermi gli effetti della declaratoria di nullità del termine apposto al contratto, il discorso si complica ulteriormente.... In buona sostanza, bisogna sforzarsi non poco per far discendere dalla dichiarazione di nullità dell'apposizione del termine al contratto la mancata produzione naturale degli effetti conseguenti: negare la maturazione del diritto alla percezione della retribuzione, nonostante la sussistenza di un contratto di lavoro considerato a tempo indeterminato>>.[156]

---

[153] ROCCELLA, *Diritto del lavoro: così si torna agli anni Settanta,* in *ilFattoQuotidiano* 4 marzo 2010.

[154] ALLEVA, *Pronto il referendum, questa legge è incostituzionale,* in *Liberazione* 4 marzo 2010.

[155] PICCININI e PONTERIO, *La controriforma del lavoro, cit.,* 2010.

[156] PONTE, in FERRARI V., PONTE, FERRARI M., *Il collegato lavoro,* Experta, 2010. Per DI FLORIO, Introduzione al convegno *Il collegato lavoro, cit.,* Roma, 16.12.2010, la Corte di Giustizia ha rimesso la valutazione "dell'effettiva tutela" ai giudici di merito che hanno nuovamente ricevuto, con la recente sentenza sul caso italiano Sorge contro Poste Italiane Spa (CGUE C- 98/09 del 24.6.2010) una rafforzata legittimazione, ma è difficile ritenere che il tetto sopra indicato possa, genericamente ed in tutti i casi di nullità del contratto a termine e di conversione di esso in contratto a tempo indeterminato, essere idoneo a risarcire il danno subito e quindi

Assai interessanti ed articolate le osservazioni di acuti studiosi[157], che hanno sottolineato l'esigenza di una interpretazione della norma del collegato nel significato obiettivo delle parole del legislatore, a prescindere dall'intento dello stesso e dalle interpretazioni "giornalistiche", rilevando che va <<espunta quindi qualunque interpretazione "giornalistica" della legge (in base a dichiarazioni alla stampa, prese di posizione politiche, piattaforme di manifestazioni eccetera) ciò che resta è il tenore letterale della norma e l'ordinamento in cui si inserisce, tenendo sempre conto che il legislatore – di cui il Giudicante deve interpretare la volontà – nel campo dei contratti a termine è il Legislatore Comunitario, di cui quello nazionale è solo delegato attuatore>>. Ciò premesso, gli autori osservano che <<L'impugnativa della apposizione del termine è azione di accertamento, della nullità parziale del contratto cui consegue – se fondata – la dichiarazione di persistenza del rapporto con gli obblighi derivanti dal sinallagma contrattuale è dunque "azione di adempimento" e, secondo la previsione dell'art. 1453 cod. civ. , spettano al lavoratore le ordinarie retribuzioni, "salvo in ogni caso il risarcimento del danno"…. l'eventuale contrasto tra le clausole appositive del termine e le "ragioni" previste dalla legge speciale (368/01) conduce, secondo le regole di diritto comune, alla nullità parziale del contratto che quindi si reputa a tempo indeterminato (c.d. "conversione") ed il lavoratore (art. 1206 e segg. cod. civ. e art. 1453 cod. civ.) ha diritto a percepire le ordinarie retribuzioni dalla offerta di prestazione lavorativa, oltre al risarcimento danni.

...Il diverso orientamento, che qualifica come risarcitoria l'azione e ritiene che la retribuzione spetta solo a fronte dell'effettiva prestazione lavorativa, non tiene conto che la fonte della obbligazione retributiva è il contratto e non la prestazione lavorativa! ...Ciò è fatto evidente dall'art. 1372 cod. civ. (il contratto ha forza di legge tra le parti), ma ancor più dall'art. 1453 cod. civ., che, proprio nei contratti sinallagmatici, prevede che se una parte non adempie alle proprie obbligazioni l'altra può, in primo luogo, agire per l'adempimento, nonché – in eventuale aggiunta – per il risarcimento del danno, senza affatto richiedere che abbia effettivamente reso la sua prestazione, per il che soccorre l'art. 1460 cod. civ., il quale rende palese che certo non è possibile liberarsi dall'adempimento solo rifiutandosi di accettare la controprestazione ma nel solo caso che l'altra parte non l'abbia resa per colpa e fatto propri. Gli artt. 1206 e 1207 cod. civ., prevedendo che se una parte incorre in "mora credendi", è tenuta a risarcire i danni provocati dalla sua mora offrendo una tutela aggiuntiva alla parte non inadempiente, e non sostitutiva dell'azione di adempimento, come illustra senza possibili ambiguità la scelta del legislatore di affermare che "il creditore è pure tenuto a risarcire i danni" (art. 1207 secondo comma, sugli effetti della mora)>>.

Si rileva quindi, in merito all'art. 32 della legge 183 del 2010, che <<il primo dato letterale in cui ci si imbatte è che la norma non fa riferimento alcuno all'adempimento....le retribuzioni dovute (e chieste con le originarie conclusioni) hanno necessariamente natura di adempimento e spettano in applicazione della generale disciplina dei contratti e non certo in base a disposizioni speciali; l'art. 32 6° comma della L. 183/2010 fa invece riferimento al "risarcimento".... Chiarito pertanto – davvero senza dubbio – come la previsione di cui all'art. 32 VI comma NULLA abbia a che vedere con il dovuto pagamento delle retribuzioni (e su tale punto si è convinti che non vi sia possibilità alcuna di dissentire), resta solo da valutare se il Legislatore abbia voluto escludere per la sola categoria dei lavoratori precari assunti a termine il diritto generale dei contratti (art. 1453) per cui "nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno", lasciando solo il diritto ad un'indennità di modesto importo che prescinde del tutto sia dal dovuto adempimento sia dall'accertamento del reale danno>>.

Una risposta al quesito viene poi dal confronto della disposizione in discorso con quella già usata dalla legge 133 del 2008, e con quella inserita dal medesimo legislatore della legge 183 del 2010 nell'art. 50, che precisa che per quanto attiene una particolare tipologia di "contratti a progetto" se vi sia offerta del datore "di conversione a tempo indeterminato del contratto l'offerta di assunzione, è

---

tutelare effettivamente il lavoratore.

[157] PANICI e GUGLIELMI, *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione, loc. cit.*

tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con una indennità da 2, 5 a 6 mensilità", laddove tale avverbio manca con riferimento all'indennità *ex* art. 32 co. 5 della medesima legge.

<<E dunque se lo stesso il legislatore nella stessa legge utilizza due diverse formule è perché vuole prevedere due differenti effetti: nel caso di cui all'art. 50 l'indennità è quanto "unicamente" spetta al lavoratore, nel caso dell'art. 32 l'indennità si aggiunge agli ulteriori rimedi di diritto civile e cioè declaratoria di nullità parziale della clausola e diritto alla retribuzioni maturate dall'offerta di prestazioni. Il legislatore, cioè, "*ubi voluit dixit*">>.

Un ulteriore elemento che sostiene l'intepretazione, secondo i detti autori, è costituita dal <<dato processualistico: se l'intenzione della legge fosse quella di ridurre il danno risarcibile, non vi sarebbe necessità di integrazione della domanda: nel più richiesto è sempre compreso il meno ottenibile>>.

Soprattutto, si rileva assai incisivamente: <<che tale infine sia l'unica interpretazione possibile lo si ricava non solo dal tenore letterale della norma (primo canone di interpretazione della legge) e dalle sue connessioni con il codice civile (che la disciplina speciale lavoristica può derogare *in melius* e non certo al contrario prevedendo una tutela affievolita per il contraente debole rispetto all'ordinaria disciplina dei contratti) ma anche perché la "volontà del legislatore" a cui si deve fare primario riferimento nell'interpretazione della norma nazionale in tema di contratti a termine è quella del legislatore Comunitario>>. Ed ancora: <<La stessa Cass. 10033 dell'aprile 2010, afferma che ogni interpretazione della norma nazionale deve essere compatibile con la normativa europea e della interpretazione della Corte di Giustizia le cui pronunce assumono valore costituzionale *ex* art. 76 in forza della delega contenuta nella l. 422/2000 di recepimento della Direttiva UE 1990/70 CE e art. 117 Cost. Anche l'interprete è dunque vincolato dalla clausola 8 n. 3 di non regresso dell'accordo quadro comunitario. E deve quindi decidere attuando il principio ispiratore della Direttiva che è quello di contrastare l'abuso del contratto a termine (e non premiarlo). Che possa decidere il Giudice del merito è confermato dal rilievo che la Cassazione è ora il Giudice della "nomofilachia integrata" la cui funzione è quella di interpretare la legge italiana alla luce dei principi comunitari, riconoscendo alla Corte Europea il ruolo guida nella individuazione di tali principi. E' dunque evidente che l'interpretazione dell'indennità da 2,5 a 6 mensilità, come unica spettanza del lavoratore contrasti con i principi costituzionali e comunitari oltreché con le regole di diritto comune delle obbligazioni>>.

Assai incisivi e pertinenti i rilievi e le considerazioni di altri autori[158], i quali -valorizzando anche il richiamo letterale operato dal legislatore alla "conversione" del rapporto -termine con il quale secondo l'interpretazione preferibile il legislatore fa riferimento a qualunque pronuncia dichiarativa di nullità parziale, *ex* art. 1419 cod. civ., del contratto di lavoro a tempo determinato, per effetto della quale la clausola di apposizione del termine si considera *tamquam non esset* e il rapporto è qualificato *ab origine* a tempo indeterminato- osservano che, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi prima della nuova disciplina, nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, i crediti vantati dal lavoratore in dipendenza della mancata percezione della retribuzione per il periodo intercorso tra la scadenza del termine nullo e la sentenza che ne accerta l'invalidità possono essere riconosciuti in quanto il datore di lavoro versa in una situazione di *mora accipiendi*, ai sensi dell'art. 1206 cod. civ., per non aver accettato l'offerta delle prestazioni lavorative, non essendo possibile, in applicazione al contratto di lavoro della regola propria della disciplina dei contratti a prestazioni corrispettive, che il creditore della prestazione lavorativa resa impossibile dal suo rifiuto di accettarne l'offerta, possa invocare l'art. 1463 cod. civ. e considerarsi, quindi, a sua volta, liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione pecuniaria, essendo "a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore" (art. 1207, 1° comma cod. civ.).

Alla luce di tale precisazione, osservano gli autori, <<l'opinione secondo la quale la penale risarcitoria introdotta dalla nuova disposizione avrebbe un effetto integralmente sostitutivo e derogatorio della disciplina di diritto comune in materia di *mora credendi* appare manifestamente

[158] COSSU e GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato,* c.p. in *Mass. Giur. Lav.,* 2010.

violativa, come detto, dell'art. 36 Cost. È, infatti, assai difficile ritenere conforme a tale precetto una disposizione che inibirebbe una liquidazione risarcitoria in misura superiore a dodici (ovvero a sei nella fattispecie di cui al sesto comma dell'art. 32) mensilità del mancato guadagno subito dal lavoratore nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui si accerti l'ininterrotta vigenza, anche se il lavoratore sia inutilmente rimasto a disposizione dell'imprenditore per un periodo di tempo di gran lunga superiore (anche per effetto della durata del processo) e la prestazione sia, *medio tempore*, divenuta impossibile solo a causa del rifiuto datoriale di riceverla... Se è indubbio che rientra nella discrezionalità del legislatore introdurre, anche in materia di risarcimento del danno, discipline speciali destinate a regolamentare specifiche fattispecie, è tuttavia indiscutibile che in tanto la deroga ai principi di diritto comune potrà ritenersi validamente posta, in quanto rispetti tutti i principi di rango costituzionale che si applicano a tali fattispecie. Sotto tale profilo, a fronte della accertata esistenza della continuità di un rapporto di lavoro conseguente alla pronuncia di nullità parziale del termine, anche il diritto del dipendente al risarcimento del danno per la perdita della retribuzione che avrebbe maturato nel periodo in cui è rimasto a disposizione del datore di lavoro e non ha acquisito altre utilità derivanti da un'attività lavorativa, non sembra po*ter* essere svincolato dai criteri di proporzionalità e sufficienza di cui al citato precetto costituzionale.

Vengono, poi, in rilievo profili di irrazionalità, in violazione sempre dell'art. 3 Cost., della disposizione, che introdurrebbe una disciplina sostanzialmente identica - seppure nell'ambito di un parametro di forfettizzazione graduabile - relativamente a situazioni ontologicamente differenti. ...Difatti, disgiungere la misura dell'indennità dalla considerazione del periodo nel quale il rapporto sia rimasto inattuato per esclusiva volontà del datore di lavoro, implicherebbe la liquidazione di uguali indennità in situazioni del tutto diverse, ad es. a fronte di periodi di *mora accipiendi* di durata notevolmente diversa (anche per effetto della possibile diversa articolazione dei singoli giudizi in uno o più gradi), favorendo, così, anche comportamenti processuali dilatori>>.

Gli autori propongono così una diversa interpretazione – costituzionalmente orientata – della norma, ritenendola non inibita dalle dichiarazioni di intento emergenti dai lavori parlamentari, posto che la *voluntas legis*, così come obiettivata nel testo normativo ed intesa come lo scopo che la norma può avere come parte del sistema giuridico nel quale si inserisce, deve ritenersi prevalere sulla *voluntas legislatoris* e cioè sulla volontà, in senso storico, dell'autore materiale della legge, avendo i lavori preparatori della legge valore meramente sussidiario ai fini della sua interpretazione: <<Si può, pertanto, ed è corretto valorizzare, in conformità al disposto dell'art. 12, 1° comma prel., il dato testuale della norma, dalla cui piana lettura emerge in modo incontrovertibile che la liquidazione dell'indennità risarcitoria è correlata esclusivamente al mero accertamento della nullità del termine (cioè ad una pronuncia di "conversione" del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato), sicché per il suo riconoscimento la verifica se il datore di lavoro versi o meno in una situazione di *mora accipiendi* è del tutto irrilevante.

Basti, a tal fine, considerare che, così come formulata, la norma impone al giudice di liquidare l'indennità anche nei giudizi di accertamento della nullità del termine proposti e definiti in costanza di rapporto; anche in tale ipotesi, infatti, benché il lavoratore sino all'esito del giudizio abbia continuato a percepire la normale retribuzione a lui spettante, ricorre la fattispecie normativamente prevista, costituita dalla esistenza di una pronuncia di "conversione" del contratto a termine. Analogamente, nel caso in cui il lavoratore successivamente alla scadenza del termine abbia immediatamente trovato altra occupazione senza sopportare così alcun danno.

Sia l'istituto della *mora credendi*, sia qualsivoglia ipotesi di inadempimento contrattuale da parte del datore di lavoro, sembrano, quindi, rimanere nel "cono d'ombra" della nuova disposizione, la quale non appare tenerli in alcun conto, sì da consentire anche ai sostenitori della natura esaustiva della nuova disciplina di affermare che l'indennità spetta anche se il datore di lavoro non sia mai stato in mora e se il lavoratore non abbia subito, come già detto, alcun danno.

Da quanto sopra discende che all'indennità in questione non può essere attribuita altra funzione che quella di penale sanzionatoria, connessa al mero accertamento dell'illegittimità del termine (configurabilità alla quale non osta la natura pattizia della clausola dichiarata nulla, atteso che tutta la disciplina limitativa del potere delle parti di apporre un termine al contratto di lavoro assolve

dichiaratamente a funzioni di tutela del prestatore d'opera, supponendo l'ordinamento, anche comunitario, che tale elemento accidentale sia normalmente previsto nell'interesse della parte datoriale) con l'ulteriore conseguenza che la norma non incide sulla disciplina di cui all'art. 1206 cc.

Pertanto, nei casi in cui ricorra anche una situazione di mora accipiendi del datore di lavoro, si deve concludere che il credito del lavoratore per le utilità perdute non potrà ritenersi sostituito dalla liquidazione indennitaria prevista dalla disposizione in esame.

Non sembra, invero, ricorrere alcuna delle ipotesi cui l'art. 15 prel. riconduce l'effetto abrogativo della *lex posterior*, e cioè, né che la nuova legge regoli l'intera materia, né che vi sia incompatibilità tra i due regimi.

Ovviamente, nel caso in cui si ritenga la natura risarcitoria del credito conseguente alla *mora credendi* del datore di lavoro, dal relativo importo – ove superiore – andrà detratta la ricordata indennità sanzionatoria (realizzandosi così una disciplina sostanzialmente analoga a quella prevista dall'art. 18 l. 300/1970 con riferimento alla misura minima del risarcimento del danno), in ragione del generale principio che non consente in materia di risarcimento del danno di ottenere, in qualunque forma, la duplicazione dello stesso e comunque di quello, desumibile dall'art. 1223 cod. civ., della *compensatio lucri cum damno*, che impone di detrarre dal risarcimento gli eventuali vantaggi causalmente imputabili all'illecito.

Nel caso, invece, in cui si ritenga che dalla *mora accipiendi* discenda il diritto alle retribuzioni, l'importo della penale de qua andrà detratto non già dalla stessa ma dall'eventuale danno ulteriore di cui al secondo comma dell'art. 1207 cod. civ.>>.

Si può concordare con gli autori richiamati sull'affermazione che l'interpretazione proposta - pur se non conforme all'intenzione del legislatore come emergente dai lavori parlamentari - è rispettosa del tenore letterale della legge, risponde ad esigenze di coerenza sistematica e consente di superare in modo ragionevole ed equilibrato i vistosi profili di incostituzionalità, sopra evidenziati.

Una attenta dottrina[159] rileva sul piano pratico la scorrettezza del "legislatore postale" che <<tenta di indurre sia le Corti di appello sia la Suprema Corte di Cassazione (che, comprensibilmente, appare piuttosto incline a cedere a questa possibilità di liberarsi di migliaia di cause di CTD Poste con la cessata materia per intervenuta conciliazione tra le parti) a cassare o riformare le sentenze di 2° grado (per la Cassazione) o di 1° grado (per le Corti di appello), rimettendo la causa al 1° giudice per adeguarsi allo *ius superveniens* al fine di applicare la nuova "sanzione" con i poteri istruttori di cui all'art. 421 cod. proc. civ. ….In buona sostanza, con questo escamotage normativo, il legislatore postale può indurre gli ultimi "recalcitranti" *ex* precari Ctd in servizio presso l'impresa pubblica, troppo fiduciosi nel corretto e regolare svolgimento dei processi su questioni già affrontate e risolte positivamente con indirizzo ormai consolidato dalla Giurisprudenza di legittimità (si pensi, ad esempio, ai contratti a termine Poste stipulati ai sensi dell'art. 8 c.c.l. "aziendale" del 1994) o apparentemente consolidato della sola Giurisprudenza di merito per i contratti a termine stipulati ai sensi dell'art.1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 (sulla base degli accordi collettivi dal 1° gennaio 2002 al 31 dicembre 2002; per "ragioni sostitutive" dal 1° gennaio 2003 al 31 dicembre 2005; per ragioni "organizzative, tecniche o produttive" dal 1° gennaio 2008 fino all'attualità), ad accettare di aderire ad una proposta conciliativa che, in condizioni di normalità processuale e ordinamentale, non avrebbero mai perfezionato>>. L'autore ritiene la norma del collegato in contrasto con varie disposizioni costituzionali e comunitarie: <<Violazione della parità di trattamento. ...La disparità di trattamento in danno del lavoratore precario è evidente sia con riferimento ai lavoratori a tempo indeterminato di Poste italiane s.p.a. o delle imprese a cui si applica la c.d. "tutela reale o reintegratoria" (lavoratori "comparabili") che, ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300/1970, si vedono riconoscere, nel caso in cui la risoluzione del rapporto di lavoro (licenziamento) sia dichiarata illegittima o invalidata dal Giudice, le integrali retribuzioni maturate nel periodo di esclusione, sia, soprattutto, rispetto alle diverse ipotesi di rapporti contrattuali di lavoro di natura temporanea, pur disciplinate dalla medesima norma in modo identico quanto alla

[159] DE MICHELE, *La riforma del processo del lavoro nel collegato lavoro 2010,* in *Lav. Giur*. 2011, 1, 107 ss.

impugnazione del recesso, che non sono soggette alla limitazione della forfetizzazione del risarcimento: si pensi ai rapporti irregolari [art. 32, comma 3, lettera a)], a quelli di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto [art. 32, comma 3, lettera b)], ai rapporti di somministrazione di lavoro di lavoratori utilizzati da Poste italiane s.p.a. o dalle imprese a cui si applica la c.d. "tutela reale o reintegratoria" attraverso agenzie interinali [art. 32, comma 3, lettera a)], alle ipotesi di cessione di rapporto di lavoro [art. 32, comma 3, lettera c)]. In tutti questi casi non è rinvenibile alcuna limitazione al diritto ad ottenere l'integrale risarcimento del danno, secondo le regole generali. ...L'accordo quadro comunitario recepito dalla Direttiva Cee 1999/70, alla clausola 4, n. 1, prevede [in applicazione del principio generale di parità di trattamento di cui all'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), oggi norme primarie del Trattato in virtù del recepimento e del richiamo nell'art. 6, paragrafo 2, del TUE] il principio di parità tra lavoratori comparabili, stabilendo che, per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive; ragioni oggettive che, francamente, appare arduo intravvedere nella specie. Tali principi sono del resto enunciati nella Carta di Nizza che, all'art. 20, ribadisce che tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge. Così non pare essere, per quanto detto, per i lavoratori con contratto a termine, che si vedono discriminati rispetto agli altri lavoratori creditori (anche con contratto di natura temporanea) in tema di risarcimento del danno>>.

Più in generale, però, si evidenzia l'incompatibilità <<ontologica ed etica>> dell'art. 30, commi 2 e 4, dell'art. 31, commi 5-16, e dell'art. 32, commi 1-4, con i principi comunitari e costituzionali, sottolineando da un lato l'effetto perverso del collegamento tra la norma del collegato relativa all'indennità ed il nuovo termine decadenziale dell'impugnativa del termine introdotto dalla nuova legge, dall'altro lato il paradosso della minor tutela del lavoro privato rispetto al lavoro pubblico (per come a questa riconosciuto dalla giurisprudenza soprattutto comunitaria), sia infine l'illegittimità di una previsione retroattivamente volta ad incidere sui processi in corso, concludendo che <<Per porre rimedio alla situazione normativa interna e alla volontà indefessa del legislatore nazionale di non rispettare il diritto dell'Unione europea e la tutela generale dei lavoratori, la cui effettività verrebbe comunque rallentata dai giudizi incidentali di pregiudizialità comunitaria o costituzionale provocati dall'entrata in vigore della legge n. 183/2010, potrebbe essere sufficiente, sul piano etico prima che giuridico, disapplicare o non applicare norme indecorose, soprattutto quando il datore di lavoro che invocherà le nuove disposizioni sarà lo stesso Stato che ha imposto la nuova riforma, nel tentativo di ridurre il processo del lavoro al luogo deputato alla certificazione di qualità della intangibilità degli abusi e della inapplicabilità delle tutele>>.

In quest'ultimo senso si è pronunciata anche la giurisprudenza, ritenendo (Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010) che <<una interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto comunitario impone di interpretare la disposizione del'art 32, co. 5, nel senso di tutela aggiuntiva e non alternativa a quella ordinaria risarcitoria. Di conseguenza, oltre alle retribuzioni spettanti al ricorrente dalla messa in mora (che coincide con il deposito introduttivo del presente giudizio... sino alla data della riammissione in servizio, spetta al ricorrente un'indennità che, considerata la durata dei contratti viene determinata in 3 mensilità>>.

Si è occupata della norma, pervenendo ad esito del tutto opposti rispetto al tribunale romano, anche Trib. Napoli 21 dicembre 2010, con riferimento ad una fattispecie di lavoro marittimo a termine. La sentenza, pur ritenendo che la novella riguardi il lavoro a termine di cui al solo d.lgs. 368 del 2010 e non anche il lavoro a termine disciplinato dal codice della navigazione, ha ritenuto in ogni caso di interpretare l'art. 32 nel senso che esso non preclude la tradizionale tutela inerente il pagamento delle retribuzioni maturate dall'offerta della prestazione lavorativa, essendo questa la sola interpretazione costituzionalmente e comunitariamente adeguata. Osserva incisivamente la sentenza: <<una indennità di tale specie da un lato non ha un carattere efficace e dissuasivo da garantire la piena effettività di dette misure preventive (Sent. Kiriaki Angelidaki punto 161 e v., in tal senso, sentenze Adeneler e a., punto 105; Marrosu e Sardino, punto 49, e Vassallo, punto 34, nonché

ordinanza Vassilakis e a., *cit*., punto 123) e, dall'altro, non è atta ad eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario (Sent. Kikiaki Angelidaki, punto 170). Infatti l'abuso si può eliminare solo creando una situazione del tutto analoga a quella che vi sarebbe stata ove l'abuso non fosse stato posto in essere, ovvero il contratto di lavoro fosse stato stipulato *ab initio* a tempo indeterminato. Il contratto a tempo indeterminato avrebbe dato luogo al pagamento delle retribuzioni per cui l'indicata disposizione, che forfettarizza il danno, in maniera del tutto avulsa dal rapporto di lavoro ed in particolare dal tempo decorso dalla messa a disposizione delle energie lavorative, appare essere in radicale contrasto con la Direttiva 1999/70/CE ed in particolare con l'obblighi di effettività ed equivalenza. Residua la possibilità di interpretare la sanzione di cui all'art 32 come aggiuntiva e non sostitutiva rispetto alle retribuzioni infratemporalmente maturate. In particolare dovrebbe ritenersi che le retribuzioni infratemporalmente maturate riguardino un aspetto non risarcitorio, ma di adempimento della obbligazione retributiva, cui il datore di lavoro sarebbe comunque tenuto, essendo la prestazione del lavoratore divenuta impossibile causa decorso del tempo, fatto ascrivibile alla sola responsabilità del datore di lavoro: il danno forfetizzato riguarderebbe quindi un danno ulteriore, biologico, morale, alla vira di relazione, esistenziale, alla professionalità. Detta interpretazione troverebbe conferma nell'art 50 della legge 183/10, che prevede che, ove si accerti la natura di rapporto di lavoro subordinato in relazione ad un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, il datore di lavoro è tenuto ad indennizzare il prestatore di lavoro con una indennità compresa tra le 2.5 e le 6 mensilità di retribuzione avuto riguardo ai medesimi criteri di cui all'art 32. La terminologia adoperata è più ampia: l'indennizzo non è infatti limitato al risarcimento del danno (come nell'art. 32), ma copre ogni situazione, per cui è lecito argomentare che residuino aspetti che, nell'ipotesi di cui all'art. 32, non cadono sotto la "mannaia" indennitaria>>.

9. Questioni di legittimità costituzionale.

Dalla sentenza n. 214 del 2009 della Corte costituzionale, dichiarativa dell'illegittimità dell'art. 4-*bis* del d.lgs. 368 del 2001, introdotto dal d.lgs. 112 del 2008, conv. in l. 133 del 2008, non vengono spunti utili per la verifica della legittimità costituzionale delle norme -pur simili nell'impianto, anche se non identiche- introdotte dal collegato lavoro 2010, ricollegandosi, come già visto, l'illegittimità costituzionale di quella norma al suo carattere esclusivamente retroattivo e non anche al suo carattere limitativo del risarcimento dovuto dal datore, profilo non affrontato in sentenza.

Varie sono peraltro le questioni di legittimità costituzionale che possono interessare la norma, se interpretata nel senso della introduzione di un'indennità risarcitoria (come visto, modesta) sostitutiva -salva la conversione *ex nunc*- di ogni altra tutela del lavoratore.

L'interpretazione della norma secondo cui la penale risarcitoria introdotta dalla nuova disposizione avrebbe un effetto integralmente sostitutivo e derogatorio della disciplina di diritto comune in materia di mora credendi sarebbe manifestamente violativa dell'art. 36 Cost., essendo difficile ritenere conforme a tale precetto una liquidazione contenuta a poche mensilità retributive, anche se il lavoratore sia inutilmente rimasto a disposizione dell'imprenditore per un periodo di tempo di gran lunga superiore (anche per effetto della durata del processo) e la prestazione sia, medio tempore, divenuta impossibile solo a causa del rifiuto datoriale di riceverla.

Dal confronto tra la tutela spettante al lavoratore nel regime precedente il collegato lavoro (come interpretato dalla giurisprudenza anche di legittimità) e quello dell'art. 32, emerge la violazione dell'art. 3, co. 2, Cost., essendo intervenuto il legislatore per tutelare la parte più forte del rapporto di lavoro; come ben si è osservato in dottrina[160] <<un'eventuale interpretazione della norma come "sostitutiva" del diritto alle retribuzione sarebbe certamente non conforme ai precetti costituzionali. Ed infatti così opinando si dovrebbe ritenere possibile derogare il diritto civile per aggravare ancora di più lo squilibrio contrattuale premiando il contraente forte a danno del più debole dei lavoratori,

[160] PANICI e GUGLIELMI, *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione*, relazione al convegno *Il collegato lavoro,* organizzato da Magistratura democratica in Roma il 16.12.2010.

quello precario. Una sorta di art. 3 Cost. rovesciato: la legge invece di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, ne crea addirittura altri artificiali accentuando le disuguaglianze, il precario non è più destinatario di una norma di favore ma è l'unico contraente che è privato della pienezza dei rimedi previsti dalla disciplina generale dei contratti! A ciò si aggiunge il fatto che espungendo del tutto la nuova norma la valutazione delle retribuzioni perse essa impatta anche sull'art. 36, essendo quelle retribuzioni che si vorrebbe mai più dovute nonostante l'accertata sussistenza del rapporto, indispensabili per garantire la vita libera e dignitosa del lavoratore>>.

Altro profilo attiene alla disparità di trattamento con altre situazioni (art. 3 Cost.), che assicurano una tutela maggiore al lavoratore, senza che sia comprensibile la ragione del diverso trattamento[161].

La limitazione della tutela del lavoratore privato all'indennità di cui all'art. 32 co. 5 (o addirittura 6) chiama in gioco l'art. 3 Cost., in relazione alla differenza di tutela del lavoratore privato rispetto al lavoratore pubblico, in caso di situazione omogenea di apposizione di termine illegittimo ai contratti di lavoro, atteso che solo al secondo competono, oltre che le retribuzioni per il periodo in cui il rapporto ha avuto svolgimento, *ex* art. 2126 Cost., anche il risarcimento integrale del danno subito. Evidente sarebbe l'incongruenza del sistema, in quanto sarebbero previste sanzioni maggiori ove vi è nullità per violazione anche di altre di norme inderogabili (e quindi per una fattispecie più grave, che vede la lesione di interessi pubblici oltre che privati) e non si ha in nessun caso la conversione del rapporto.

Né potrebbe ritenersi che la conversione *ex nunc* nel lavoro privato possa essere una adeguata compensazione del minor danno risarcibile, perché l'esclusione della conversione nel lavoro pubblico dipende da interessi pubblicistici che non fanno capo all'amministrazione pubblica in quanto tale, bensì alla collettività, sicché dipenderebbe da ragioni estranee al rapporto di scambio.

Profili di parità di trattamento si pongono astrattamente anche in relazione al comma 6, essendo disposto in sostanza un ulteriore trattamento di favore per date aziende (Poste, ad esempio), che hanno sottoscritto accordi aventi proprio le caratteristiche indicate dalla norma: non sembra al riguardo che la scelta normativa della trasposizione del conflitto inerente l'apposizione del termine dal piano individuale al piano sindacale possa incidere sui diritti del lavoratore al rispetto di disposizioni inderogabili ed all'adempimento di diritti che hanno fondamento nel rapporto individuale di lavoro.

Altri profili di irrazionalità del sistema emergono, poi, ove si consideri la disciplina del diritto di precedenza per i lavoratori a tempo determinato per le assunzioni a tempo indeterminato effettuate dallo stesso datore di lavoro (nei casi previsti dalla legge, ampliati sempre più dalle varie modifiche normative susseguitesi negli anni).

La violazione di tale diritto di precedenza, infatti, che la giurisprudenza ritiene -a torto o a ragione, qui non importa- non coercibile *ex* art. 2932 cod. civ. (ravvisando l'ostacolo della assenza di volontà datoriale per il perfezionamento di quello che è un nuovo contratto), comporta un risarcimento del danno, da liquidarsi equitativamente ma in relazione al valore del contratto perduto, maggiore di quello spettante al lavoratore che ha avuto la conversione del rapporto ed il cui rapporto di lavoro già è in essere), al quale compete solo una modesta indennità predeterminata *ex lege*. Anche qui, non potrebbe essere portato sul tavolo del bilanciamento delle contrapposte posizioni la conversione del contratto, quasi che fosse un beneficio aggiuntivo spettante al lavoratore e non il portato insopprimibile della nullità del termine (per violazione delle norme che regolano la sua apposizione).

[161] MISCIONE, *Il collegato lavoro proiettato al futuro,* in *Lav. Giur.*, 2011, 1, 13, evidenzia proprio il contrasto con l'art. 3 Cost., sottolineando come <<il collegato lavoro sostituisce il diritto comune, dovuto "agli uomini liberi", con una norma speciale che peggiora solo la categoria dei lavoratori dipendenti>>.

Resterebbe poi da chiedersi se è qualificabile come giusto (art. 111 e 117 Cost.) un processo che, più dura, più nuoce a chi poi vedrà riconoscere le proprie ragioni: se l'interpretazione da dare alla norma fosse quella che limita per il passato la responsabilità datoriale al pagamento dell'indennità, non vi sarebbe dubbio che la precedente normativa era più equa, in quanto le retribuzioni spettavano all'avvio del contenzioso sino all'effettivo ripristino del rapporto di lavoro, sicché le lungaggini processuali non ricadevano sul lavoratore. Inoltre, mentre sino ad oggi una eventuale condotta processuale da parte del datore di lavoro finalizzata a ritardare il più possibile la sentenza non era conveniente, comportando, nel caso di successiva sconfitta, un aumento del debito del datore di lavoro per retribuzioni non corrisposte al lavoratore, con l'interpretazione della norma del collegato lavoro 2010 come introduttiva di una tutela indennitaria sostitutiva la condotta dilatoria datoriale sarà sempre premiante, anche in ragione del fatto che l'azienda non rischierà più di dodici mensilità di retribuzione (da valutarsi peraltro con riferimento ai valori di scambio propri del tempo di scadenza del contratto). Tutto ciò contrasta con il principio, tradizionale e finora indiscusso, risalente a CHIOVENDA, che il tempo del processo non deve andare in danno di chi ha ragione.

Si aggiunga, poi, che l'applicazione retroattiva della norma importerà poi -come si vedrà nel relativo paragrafo- l'obbligo del lavoratore di restituzione delle retribuzioni percepite sulla base della sentenza di primo grado, nella parte eccedente l'indennità liquidata dal giudice di appello.

Altri profili attengono poi alla illegittimità costituzionale delle disposizioni per contrasto con la disciplina comunitaria e CEDU, e quindi con la norma costituzionale interposta (cfr. art. 10, 11, 111 e 117 Cost.). Ma questo si vedrà infra, esaminate le implicazioni dell'ordinamento comunitario e CEDU ai fini alle tutela del lavoratore a termine.

La giurisprudenza non ha, del resto, tardato a sollevare la questione di legittimità delle norme dell'art. 32, co. 5-7, della legge n. 13 del 2010.

Il tribunale di Trani, con ordinanza del 20 dicembre 2010, ha rilevato che <<la legge non è intervenuta per sostenere la parte debole del rapporto, ma addirittura per toglierle ciò che, in applicazione dei principi generali del, nostro ordinamento giuridico, aveva diritto a riceversi come ogni altro soggetto negoziale, finendo, in tal modo, per renderla più debole di quanto già non fosse. Per effetto della novella, il lavoratore illegittimamente assunto a termine finisce per diventare un moderno "*capite deminutus*", a cui vengono negati i diritti riconosciuti agli "uomini liberi": il che comporta la violazione di una quantità incredibile di norme costituzionali.>>.

Si evidenzia, così, la violazione dell'art. 3 Cost., attesa l'irragionevolezza dell'estensione dei criteri di liquidazione del danno adottati dal legislatore con riferimento ai licenziamenti illegittimi, intimati nell'area di stabilità obbligatoria, all'istituto del contratto a termine, in quanto, nei primi (a differenza che nel secondo), manca il diritto del prestatore ad una ricostruzione del rapporto di lavoro ed il danno che assume rilevanza è quello che si produce alla data in cui il recesso viene intimato (e non già quello in cui il rapporto venga ripristinato), di tal che la durata del processo perde importanza, laddove nel contratto a termine, essendo prevista la ricostruzione del rapporto, << l'entità del danno è direttamente proporzionale alla durata del processo, nel senso che quanto più tempo il lavoratore dovrà attendere per ottenere una sentenza favorevole, tanto maggiore sarà il danno che andrà a subire>>.

La disparità di trattamento è ravvisata altresì nella stessa forfetizzazione del danno, che finisce <<per negare al prestatore di lavoro subordinato ciò che, invece, l'ordinamento riconosce a tutti gli altri soggetti contrattuali nel caso dì inadempimento delle loro controparti e cioè il diritto al pieno risarcimento del danno subito>>.

Ancora, in relazione all'art. 3 Cost., l'ordinanza evidenzia che <<il trattamento riservato dall'art. 32 della L. 183/2010 ai lavoratori assunti a termine, nel caso in cui venga accertato il loro diritto alla conversione del rapporto ... non è stato esteso dalla novella ad altre categorie di dipendenti, il cui rapporto sia parimenti temporaneo e comunque precario, benché, sotto il profilo dei tempi e della procedura di impugnazione, siano stati trattati dal legislatore in maniera identica. Si pensi, a tal proposito, ai rapporti irregolari cui fa cenno l'art. 32, 3° CO., letto a), ai rapporti con i co.co.co.,

«anche nella modalità a progetto di cui alla successiva letto b), ai rapporti di somministrazione dì lavoro di cui al 4° 00., lett. d) e a quelli di fornitura di lavoro temporaneo di cui alla L. 196/1997, nonché alle cessioni del contratto di cui alla lett. c del 4° co. del *cit* art. 32, per i quali, se il giudice accerta la violazione della norma, il lavoratore ha diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro, sia sotto il profilo retributivo che sotto quello contributivo, secondo le consuete regole generali>>.

Con ordinanza interlocutoria n. 2112 del gennaio 2011, anche la Corte di cassazione ha dichiarato non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale della L. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, commi 5 e 6, con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost.

La Corte ha ritenuto preliminarmente applicabile la norma del comma 7 altresì ai giudizi di cassazione, anche se le disposizioni si riferiscono espressamente al giudizio di merito.

Infatti la soluzione negativa, ossia l'esclusione della fase di cassazione dall'ambito di previsione della norma, equivarrebbe a discriminare tra situazioni diverse in base alla circostanza, del tutto accidentale, di una pendenza della lite giudiziaria (in una od altra fase) tra le parti del rapporto di lavoro, restando la situazione sostanziale dei lavoratori assoggettata ad un regime risarcitorio diverso, a seconda che i processi pendano nel merito oppure in cassazione.

Nel merito della questione, la Corte ha ritenuto che il legislatore con le norme in questione abbia inteso limitare gli esborsi dovuti dalle imprese inadempienti al contratto di lavoro con termine illegittimo, evitando che le stesse fossero esposte <<a centinaia di risarcimenti, ad esborsi di misura non prevedibile e perciò ad incertezza sui bilanci preventivi, che si traduce in un grave pregiudizio patrimoniale>> e cercando di porvi rimedio unificando il criterio di liquidazione del danno dovuto ai lavoratori.

Da ciò il rigetto della tesi secondo la quale l'indennità in questione non escluderebbe il (ma anzi dovrebbe aggiungersi al) risarcimento del danno, sopportato dal datore e da liquidare secondo le sopra dette regole di diritto comune, anche in ragione del termine usato dal legislatore che, con l'espressione "onnicomprensiva", ha inteso escludere qualsiasi altro credito del lavoratore, indennitario o risarcitorio.

Si tratta secondo la Corte di un trattamento deteriore per il lavoratore precario, ma non contrastante –nemmeno con un dubbio non manifestamente infondato- con l'art. 3 Cost. e ciò sebbene il lavoratore precario sia l'unico contraente spogliato della pienezza dei rimedi previsti dalla disciplina generale dei contratti, e ciò in quanto, ritiene la Corte, <<le sopra dette ragioni dell'intervento legislativo in questione bastano a giustificare la diversità di trattamento ossia il sacrificio imposto alla parte del contratto a termine>>. Né secondo la Corte vi è contrasto con l'art. 36 Cost., comma 1, <<poiché esso ha per oggetto un'indennità, sia pure misurata sull'ammontare della retribuzione, ma non una retribuzione da corrispondere per lavoro effettivamente prestato>>.

La Corte ritiene invece non manifestamente infondato il dubbio di contrasto delle norme ed i principi di ragionevolezza nonché di effettività del rimedio giurisdizionale, espressi nell'art. 3 Cost., comma 2, artt. 24 e 111 Cost, nonché con il diritto al lavoro riconosciuto dall'art. 4 Cost.

La liquidazione di un'indennità eventualmente sproporzionata per difetto rispetto all'ammontare del danno può indurre il datore di lavoro a persistere nell'inadempimento, eventualmente tentando di prolungare il processo oppure sottraendosi all'esecuzione della sentenza di condanna, non suscettibile di realizzazione in forma specifica, vanificando il diritto del cittadino al lavoro e l'effettività della tutela giurisdizionale, e violando inoltre –e così contrastando con l'art. 117 Cost., comma 1- l'obbligo internazionale assunto dall'Italia con la sottoscrizione e ratifica della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 6, comma 1, nel volere il diritto di ogni persona al giusto processo, impone al potere legislativo di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla decisione di una singola controversia o su un gruppo di esse.

La Corte ritiene invece il contrasto delle disposizioni legislative in questione col diritto del cittadino al lavoro, di cui all'art. 4 Cost., contrasto reso manifesto anche dalla sproporzione fra la tenue indennità ed il danno, che aumenta con la permanenza del comportamento illecito del datore di lavoro, e che <<sembra contravvenire all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 ed allegato alla direttiva 1999/70, che impone agli Stati membri di "prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo

determinato... ossia misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro" (Corte CE sent. e. 212/04, Adeneler)>>.

10. Il principio comunitario di effettività delle sanzioni.

La giurisprudenza comunitaria in materia di contratti con termine illegittimo, pur consapevole della non necessità della previsione negli ordinamenti nazionali della sanzione della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, nel contempo ha evidenziato la necessità della predisposizione di sanzioni effettive proporzionate e dissuasive degli abusi del termine, affermando l'obbligo del giudice di interpretazione della disciplina nazionale in conformità di tale principio.

Con riferimento alla necessità della predisposizione di sanzioni effettive proporzionate e dissuasive degli abusi del termine, la norma dell'art. 32, co. 5 e, ancor più, co. 6, appare del tutto insoddisfacente, prevedendo una sanzione che, ove interpretata come sostitutiva del diritto alle retribuzioni, è blanda e quasi inesistente.

In senso contrario, si è peraltro rilevato che la conversione del contratto (da rapporto a termine a rapporto a tempo indeterminato), per quanto *ex nunc*, unita al pagamento di un'indennità, può ragionevolmente considerarsi una tutela sufficiente, nell'ottica di un bilanciamento di contrapposti interessi: da un lato quello del lavoratore, dall'altro quello del datore di lavoro a non vedersi esposto all'esborso di somme enormi per impugnazioni magari proposte a distanza di anni.

L'obiezione, tuttavia, poteva assumere rilevanza nel regime pregresso di impugnativa del termine, soggetto solo ad un termine prescrizionale ampio, laddove oggi non appare più ragionevole operare il descritto bilanciamento dei contrapposti interessi (a fronte di un inadempimento che è e resta solo datoriale): oggi, infatti, la legge non prevede misura compensative alla riduzione di tutela ma anzi prevede ulteriori riduzioni di tutela, come l'applicazione dei nuovi termini decadenziali, inedita e piuttosto stridente con i principi generali in materia di domande di accertamento di nullità di clausole contrattuali; la nuova disciplina, infatti, prevede un a sorta di <<sanatoria della nullità del termine>> conseguente al prodursi della decadenza dall'impugnazione>>.[162]

Il contrasto con il diritto comunitario è notevole [163].

Sul punto, si è consapevoli che la Corte di giustizia ha ammonito che l'art. 5, punto 2 dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70 non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi; ma è altresì vero che le modalità di attuazione delle norme comunitarie non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività), dovendo gli Stati membri prevedere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla direttiva.

In particolare, nella sentenza *Adeneler*, c-212/04, si afferma che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare «fabbisogni permanenti e durevoli» del datore di lavoro e che devono essere considerati abusivi (v. punto 105, dispositivo 3): rileva la Corte di Giustizia che, se <<l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le

[162] Così PERRINO, *Il contratto a tempo determinato e il diritto dell'Unione*, in atti dell'incontro d studi *Il diritto del lavoro dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito,* organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 25-27 ottobre 2010.

[163] Sul principio generale di effettività della tutela, utili considerazioni sono in GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva,* in *Riv. it. Dir. Lav.,* 2009, 138.

condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi, tuttavia esso impone agli Stati membri di adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5, punto 1, lett. a)-c), dell'accordo quadro, che sono dirette a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi>>, spettando alle autorità nazionali <<adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro>> (punti 91-94).

Nella la sentenza *Marrosu e Sardino*, causa C-53/04, la Corte di Giustizia ha esaminato il problema dell'adeguatezza delle disposizioni italiane in tema di contratti a termine nel lavoro pubblico, ritenendo che una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, che prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato, nonché il diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sembra *prima facie* soddisfare i requisiti previsti dal diritto comunitario. In particolare, la sentenza ha affermato che l'accordo quadro non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico.

Pur se riferita al caso di specie inerente il lavoro pubblico, la sentenza afferma principi -quale quello di adeguatezza delle sanzioni- senza dubbio applicabili ai contratti a termine illegittimo del lavoro privato.

Ancor più ampie le considerazioni sul punto della sentenza *Angelidaki*, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, secondo la quale la clausola 5, n.1, dell'accordo quadro impone che detta normativa preveda, per quanto riguarda l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, misure effettive e vincolanti di prevenzione di un siffatto utilizzo abusivo, nonché sanzioni aventi un carattere sufficientemente efficace e dissuasivo da garantire la piena effettività di tali misure al fine di sanzionare debitamente l'abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario.

Anche nella più recente giurisprudenza, nella sentenza *Affatato*, 1 ottobre 2010, nel procedimento C-3/10, la Corte di Giustizia ha ribadito che accordo quadro dev'essere interpretato nel senso che le misure previste da una normativa nazionale al fine di sanzionare il ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna, né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

11. Il principio comunitario del non regresso.

Ai sensi dell'art. 8, punto 1 accordo, e 137 par. 4 del Trattato istitutivo della Comunità europea, gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori rispetto alle prescrizioni minime contenute nell'accordo; per converso, la trasposizione della direttiva non può costituire valido motivo per ridurre il generale livello di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso. Secondo tali disposizioni, mentre la clausola di *favor* (cl. 8.1. accordo quadro) consente agli Stati membri di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nell'accordo stesso, la clausola di non regresso (cl. 8.3 dell'accordo quadro) prevede che l'applicazione dell'accordo quadro non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso[164].

[164] LOZITO, *L'apposizione del termine nell'art. 1 del d.lgs. n. 368 /2001, fra limiti costituzionali e contrasto con la clausola di non regresso,* in *RGL,* 2010, 139; sul tema, altresì, COLUCCI, *La giurisprudenza nazionale tra*

La principale questione della clausola di non regresso è se essa introduca un divieto di *reformatio in pejus*, tale da produrre un effetto di cristallizzazione (*stand still*) delle tutele nazionali vigenti, ovvero se abbia una diversa e più contenuta funzione, che vieta solo un arretramento della protezione nazionale privo di giustificazione diversa dal mero ingannevole pretesto di dover attuare la direttiva, sicché ogni altro obiettivo, anche se riferito ad opzioni di politica del diritto del solo legislatore nazionale, quale quella di promozione dell'occupazione, legittimerebbe una *reformatio in pejus* sino alla soglia del livello minimo comunitario. Se fosse intesa come obbligo di *standstill*, la clausola costringerebbe il legislatore nazionale in uno stato innaturale di inattività, privandolo delle sue essenziali prerogative sia nell'iniziativa, sia nella scelta delle soluzioni ritenute più adatte alla promozione dell'occupazione; se fosse interpretata come clausola di trasparenza, essa funzionerebbe solo come premessa per motivare e razionalizzare le scelte storicamente succedutesi nella trasposizione delle norme comunitarie. La dottrina ha ritenuto in proposito che la clausola di non regresso pone un obbligo di trasparenza e non di *stand still*, nel senso che non preclude un divieto incondizionato al regresso, limitandosi ad obbligare il legislatore nazionale a non strumentalizzare la direttiva per abbassare le tutele nelle materia in cui la stessa si colloca, ed a motivare espressamente sulle ragioni della diversa disciplina interna, configurandosi perciò come "clausola di non pretesto".[165]

La Corte di Giustizia, nella già richiamata sentenza *Mangold*, ha ritenuto non incompatibile con la direttiva n. 70 del 1999 ed, in particolare, con la clausola di non regresso, la normativa che <<per motivi connessi con la necessità di promuovere l'occupazione e indipendentemente dall'applicazione dell'accordo quadro sul lavoro, attuato dalla medesima direttiva, ha abbassato l'età oltre la quale possono essere stipulati senza restrizioni contratti di lavoro a termine>> (nel caso, relativo alla legislazione tedesca, si trattava della possibilità di assumere a termine, senza alcuna causale giustificatrice, i lavoratori oltre i 60 anni di età).

Anche la sentenza *Angelidaki*, già richiamata, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, della Corte di Giustizia si è occupata del problema, affermando che la verifica dell'esistenza di una *reformatio in peius* ai sensi della clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve effettuarsi in rapporto all'insieme delle disposizioni di diritto interno di uno Stato membro relative alla tutela dei lavoratori in materia di contratti di lavoro a tempo determinato.

Del resto, con riguardo alla portata della citata clausola 8, n. 3, dal suo stesso disposto emerge che una *reformatio in peius* non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro, ma che, per rientrare nel divieto sancito dalla detta clausola, tale riduzione deve, da un lato, essere collegata con l'«applicazione» dell'accordo quadro e, dall'altro, avere ad oggetto il «livello generale di tutela» dei lavoratori a tempo determinato (v. punti 120-121, 123, 125-126, dispositivo 3).[166]

Ora, applicando tali principi alla norma dell'art. 32, co. 5-6, della legge 183 del 2010, non vi è dubbio che la legge non persegue un obiettivo di interesse generale né una ridisciplina complessiva ed organica della materia, intervenendo solo su singoli aspetti della regolamentazione dei contratti a termine, privilegiando sostanzialmente quasi solo gli interessi del datore di lavoro e realizzando un notevole arretramento di tutela del lavoratore; con particolare riferimento alle sanzioni, anzi, l'art. 32 modifica la materia previgente (che prevedeva un sistema sanzionatorio unitario, secondo le indicazioni giurisprudenziali), che rimane vigente per tutti gli aspetti -condizioni ed effetti, ad esempio- della conversione, del rapporto, ma non la riordina affatto, sicché la violazione della clausola di non regresso, quand'anche potesse escludersi in riferimento al d.lgs. 368 del 2001, caratterizzerebbe la disciplina dettata dall'art. 32 co. 5 ss. l. 183 del 2010.

---

clausola di non regresso e flessibilità: gli orientamenti, in AA.VV., (a cura di D'ONGHIA e RICCI), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009, 63.

[165] LOZITO, 2010, *cit.*, 151; VALLEBONA, L*avoro a termine: vincoli comunitari, giustificazione, conseguenze dell'ingiustificatezza*, in *Dir. Lav.* 2006, I, 78.

[166] In dottrina, sul tema specifico dell'interpretazione conforme, tra gli interventi più originali ed interessanti, CIRIELLO, *Gli orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a termine tra interpretazione letterale, interpretazione conforme e non applicazione*, intervento al convegno 5-6 febbraio 2010, *Trattato di Lisbona e lavoro flessibile*, organizzato da AGI e Centro Domenico Napoletano, in atti del convegno, Milano, c.p.

Ciò posto, va detto che la clausola di non regresso rileva anche a livello costituzionale. La legge n. 422 del 2000, nell'individuare i limiti all'esercizio dell'attività legislativa delegata, ha rimandato ai principi e criteri contenuti nelle direttive da attuare, fra le quali vi sono le due clausole sopra indicate, sicché la violazione delle stesse implica un eccesso di delega *ex* art. 76 Cost., configurando l'intervento normativo che viola la clausola di non regresso automaticamente un eccesso di delega. Un diverso profilo di rilevo costituzionale della clausola di non regresso è stato ravvisato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 41/2000, che ha dichiarato inammissibile la richiesta di 'referendum' popolare per l'abrogazione della legge 18 aprile 1962, n. 230, del decreto-legge 3 dicembre 1977, n. 876, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, in vari articoli degli stessi, in quanto non può ritenersi ammissibile un 'referendum' che miri all'abrogazione di una normativa interna, avente contenuto tale da costituire per lo Stato italiano il soddisfacimento di un preciso obbligo derivante dall'appartenenza all'Unione europea, ove tale abrogazione lasci quest'obbligo del tutto inadempiuto (Nella specie, la Corte ha ritenuto il quesito referendario si pone in contrasto con la direttiva 1999/70/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 28 giugno 1999, che concerne specificamente il rapporto di lavoro a tempo determinato e recepisce l'accordo-quadro stipulato al riguardo dalle parti sociali., in quanto, negli Stati in cui sia una anticipata conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, in pendenza del termine di recepimento, l'ordinamento interno può, nel rispetto delle scelte di fondo della normativa comunitaria, modificare le garanzie esistenti, ma non può rimuoverle del tutto, senza violare gli obblighi nascenti dalla direttiva).

Un riferimento alla clausola di non regresso risulta, infine, anche nelle sentenze della Corte costituzionale n. 44 del 2008 e 214 del 2009, che escludono la violazione della clausola non essendo riscontrata un abbassamento del livello di tutela già in godimento da parte dei lavoratori.

12. Il principio comunitario di non discriminazione e la parità di trattamento.

Il problema della parità di trattamento -in relazione al principio di parità espressamente previsto dall'Accordo quadro allegato alla direttiva 99/70/Ce e dal d.lgs. 368 del 2001 di recepimento- si pone, per i lavoratori a termine, in relazione ai lavoratori a tempo indeterminato, con riferimento sia all'indennità di anzianità (spettante ai primi in caso di conversione del rapporto in tempo indeterminato), sia con riferimento alla tutela avverso la cessazione del rapporto riconducibile alla volontà datoriale.

In tema, nella sentenza 13 settembre 2007, nel procedimento C-307/05, *Del Cerro Alonso*, la Corte, nel ribadire l'importanza del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, afferma che dalle disposizioni previste dalla direttiva e dall'accordo quadro tali principi sono affermati al fine di garantire ai lavoratori a tempo determinato di beneficiare degli stessi vantaggi riservati ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, e che tali principi hanno portata generale, sicché trovano applicazione nei confronti di tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di impiego a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro (v. punti 25, 27-29).

In particolare, la Corte ha osservato che, tenuto conto dell'importanza del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, alle disposizioni previste da tale direttiva e da tale accordo quadro al fine di garantire ai lavoratori a tempo determinato di beneficiare degli stessi vantaggi riservati ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, a meno che un trattamento differenziato non si giustifichi per ragioni oggettive, dev'essere riconosciuta una portata generale, poiché costituiscono norme di diritto sociale comunitario di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve usufruire in quanto prescrizioni minime di tutela. Secondo la Corte, l'accordo quadro mira a dare applicazione al divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, al fine di impedire che un rapporto di impiego di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato; ne deriva in linea generale che la clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70, deve essere interpretata nel senso che essa osta all'introduzione di una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato giustificata dalla mera circostanza di essere prevista

da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale e il datore di lavoro interessato. Infatti, la nozione di «ragioni oggettive» di cui alla detta clausola richiede che la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria (v. punti 58-59, dispositivo 2).

Applicati tali principi alla tutela avverso la cessazione illegittima del rapporto (che nel contratto a termine si ricollega alla comunicazione, di scadenza del termine illegittimamente apposto, e nel lavoro a tempo indeterminato al licenziamento) va evidenziato che l'interpretazione che configura l'indennità *ex* art. 32, co. 5, come sostitutiva delle retribuzioni appronta in favore del lavoratore a tempo determinato (il cui rapporto sia però convertito in lavoro a tempo indeterminato) una tutela del tutto insoddisfacente, specie se confrontata con la tutela reale spettante ai lavoratori a tempo indeterminato magari occupati nella medesima azienda (che beneficiano, oltre che della reintegrazione, anche delle retribuzioni dalla data della cessazione illegittima del rapporto), e tale trattamento fortemente disparitario non ha una giustificazione, posto che il rapporto di lavoro con termine illegittimamente apposto è considerato come rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Quanto alle sanzioni applicabili per la violazione del principio di parità di trattamento, con riferimento agli aspetti inerenti la cessazione illegittima del rapporto, l'ordinamento comunitario reca una serie di disposizioni antidiscriminatorie per motivi tipici, che sono direttamente applicabili -anche in modo orizzontale- all'interno degli Stati membri; ciò è stato affermato anche da numerose sentenze comunitarie, che attuano il diritto antidiscriminatorio in ragione dell'età, in favore di lavoratori a tempo determinato. Al di fuori dei motivi discriminatori tipici, valgono invece le regole generali, sicché l'obbligo comunitario di parità di trattamento -che è stabilito dall'accordo quadro in relazione ai lavoratori a tempo determinato- vale solo ai fini dell'interpretazione comunitariamente conforme del giudice nazionale, ma non anche al fine di disapplicazione delle disposizioni di diritto interno incompatibili con quel principio.

In conclusione, sembra che l'interpretazione che configura l'indennità *ex* art. 32, co. 5, come non esclusiva delle retribuzioni, ma sostitutiva del solo risarcimento del danno (che viene ad essere forfetizzato dal legislatore) appronta in favore del lavoratore a tempo determinato (il cui rapporto sia però convertito in lavoro a tempo indeterminato) una tutela non discriminatoria.

13. L'obbligo di interpretazione conforme.

Con riferimento alla disciplina di cui all'art. 32, co. 5-7, della legge n. 183 del 2010, il problema di non conformità della norma ai tre principi sopra evidenziati di effettività delle sanzioni, parità di trattamento e di non regresso della tutela non implica nello specifico l'esigenza di disapplicare una norma nazionale che si ritiene contraria al diritto comunitario, ma solo di interpretare il diritto nazionale vigente in conformità del diritto comunitario, posto che, come si è visto, la norma si presta, proprio per il richiamo letterale alla "conversione" del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, a più letture.

Nella sentenza *Kucukdeveci* 19 gennaio 2010, nel procedimento C-555/07, la Corte di Giustizia ha chiaramente affermato che è compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, e che, nell'applicare il diritto interno, il giudice nazionale chiamato ad interpretare tale diritto deve procedere per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo di tale direttiva: non si tratta qui, come detto, di disapplicare una norma nazionale che si ritiene contraria al diritto comunitario, ma solo di interpretare il diritto nazionale vigente in conformità del diritto comunitario.

L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato CE, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare la piena efficacia delle norme comunitarie (sentenza Impact del 15 aprile 2008, C-268/06, punto 99, che richiama i precedenti delle sentenze *Pfeiffer* al punto 114 e *Adeneler* al punto 109). Anche nell'ordinanza *Vassilakis* del 12 giugno 2008, C-

364/07, si ribadisce che i giudici nazionali devono, nella misura del possibile, interpretare il diritto interno alla luce del testo e della finalità della direttiva di cui trattasi al fine di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sia maggiormente conforme a tale finalità, per giungere così ad una soluzione compatibile con le disposizioni della detta direttiva (fermo restando, come precisato nella sentenza *Adeneler*, C-212/04 del 4.7.2006, punti 110-112, che l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale; v., per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, Racc. pag. I-5285, punti 44 e 47).

Tali affermazioni hanno avuto più di recente un rinnovato avallo dalla Corte di Giustizia: nella sentenza *Sorge*, 24 giugno 2010, nel procedimento C-98/09, ove si è affermato che spetta al giudice del rinvio, qualora ritenesse di concludere per l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della normativa nazionale di cui alla causa principale, non escluderne l'applicazione, bensì operarne, per quanto possibile, un'interpretazione conforme sia alla direttiva 1999/70, sia allo scopo perseguito dal citato accordo quadro; nella sentenza *Vino*, dell'11 novembre 2010, nel procedimento C-20/10, secondo la quale spetta esclusivamente ai giudici nazionali, nell'interpretazione dell'ordinamento nazionale, determinare in che misura le modifiche, apportate dall'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 alla disciplina giuridica nazionale preesistente, abbiano provocato una riduzione del livello di tutela dei lavoratori che abbiano concluso un contratto di lavoro a tempo determinato.

Da tale ampio *excursus* della giurisprudenza comunitaria[167] risulta confermato che la materia dei contratti a termine ha rappresentato per la Corte uno degli strumenti principali per sollecitare l'obbligo del giudice nazionale di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adeguamento del diritto interno al diritto dell'Unione di cui all'ex art. 10 del Trattato CE, oggi art. 228 III comma TFUE[168].

In conclusione, il richiamo espresso del legislatore italiano alla conversione del rapporto (e dunque al regime previgente delle sanzioni dell'illegittima apposizione del termine) e la pluralità di ragioni, anche a livello costituzionale, per ritenere applicabile la tutela di diritto comune generale relativa all'adempimento delle obbligazioni ed alla costituzione in mora, inducono a ritenere l'indennità di cui all'art. 32, co. 5-6, come aggiuntiva, e non sostitutiva né della conversione del rapporto, né del diritto al pagamento delle retribuzioni da parte del datore che abbia rifiutato la prestazione offerta, pur dopo la scadenza del termine illegittimamente apposto. Va ora aggiunto che tale interpretazione appare la sola interpretazione comunitariamente adeguata, in linea con il

---

[167] Per approfondimenti della quale si rinvia a SPENA, *Il ruolo della Corte di Giustizia, con particolare riferimento ai principi enunziati sulla questione della diretta applicabilità delle direttive comunitarie nell'ordinamento nazionale,* in atti dell'incontro di studi *Il diritto del lavoro dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito,* organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 25-27 ottobre 2010; SCHIAVONE, *Lavoro a termine e Corte di Giustizia*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, 754.

[168] PICCONE, *Contratto a termine,* relazione all'incontro di studio *Il collegato lavoro*, organizzato da Magistratura democratica, Roma, 16 dicembre 2010, che ricorda come, <<partendo da Mangold ed arrivando attraverso Adeneler, Marrosu e Sardino, Vassallo, Angelidaky, alle recenti Sorge e Georgiev de 18 novembre scorso, la Corte ha disegnato un ruolo centrale del giudice nazionale come giudice dell'Unione il cui obbligo di interpretazione conforme può spingersi sino a quello di non applicazione della normativa interna contrastante, pur in presenza di una direttiva il termine per la cui trasposizione non sia ancora scaduto, qualora come dice in Mangold, sia in gioco un principio sovraordinato di non discriminazione. Il passaggio attraverso i principi fondamentali si carica poi di ulteriori e più pregnanti significati oggi che il nuovo art.6 TUE risultante da Lisbona, vede una triplice fonte dei diritti fondamentali, nella Carta, nei principi generali dell'ordinamento comunitario come risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla CEDU e nella stessa CEDU (nell'ottica della prevista adesione).... Ho contato quante volte nella più recente pronunzia sui contratti a termine, la Georgiev, del 18 novembre scorso, la Corte utilizza la locuzione " spetta al giudice nazionale" e, vi assicuro, sono rimasta senza parole: la responsabilità che, a partire da Mangold, passando per Angelidaki e Sorge arriva a Georgiev è davvero enorme, gli impone di colmare lacune legislative significative e sposta significativamente l'asse dal piano delle fonti a quello dell'interpretazione>>.

principio di effettività ed adeguatezza delle sanzioni, con il principio di parità di trattamento e con la clausola di non regresso delle tutele.

V) L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE SUI PROCESSI IN CORSO.

1. La norma. Art. 32, co. 7.

Le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge. Con riferimento a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e 6, il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile.

2. L'ambito di applicazione, in particolare in appello ed in cassazione.

Secondo la lettera della norma richiamata, le disposizioni sulla conversione e sul pagamento dell'indennità forfetizzata si applicano anche ai giudizi in corso.

Secondo un orientamento, la disposizione si applica solo ai giudizi pendenti in primo grado: si argomenta in tal senso sulla base della seconda parte del comma 7, che prevede che il giudice fissa alle parti un termine per l'integrazione delle domande, delle eccezioni ed esercita i poteri di cui al 421 cod. proc. civ., ai fini della determinazione dell'indennità; inducono a tale conclusione il riferimento alle domande ed eccezioni, e non ai motivi di impugnazione, nonché il riferimento alla necessità di un'attività istruttoria ai fini della determinazione dell'indennità ed il richiamo in questo senso dell'art. 421 cod. proc. civ. e non anche dell'art. 437 cod. proc. civ., unitamente alla considerazione che se vi è attività istruttoria questa deve avvenire necessariamente nell'ambito del processo di primo grado, poiché, diversamente, in ordine all'accertamento di quei fatti le parti sarebbero private di un grado di giurisdizione in modo inespresso, oltre che il rilievo secondo cui è impensabile che l'attività istruttoria avvenga nel giudizio di Cassazione.

Secondo un opposto orientamento, la disposizione ha un carattere generale (limitandosi solo nella seconda parte a disciplinare le questioni che verosimilmente si porranno nel giudizio di primo grado), non distingue i vari gradi di giudizio, né tale distinzione appare seriamente sostenibile in relazione alla esigenza che la medesima disciplina sostanziale sia applicata nei vari gradi di giudizio, non potendo discendere l'applicazione di una norma piuttosto che altra dal grado di progressione del giudizio.

Sul tema, le prime pronunce della giurisprudenza, Corte d'appello di Roma 24.11.2010, 30.11.2010 e Corte d'appello di Milano 14.12.2010, hanno escluso l'applicazione della norma in appello, per i motivi poc'anzi richiamati, ritenendo che <<la tesi dell'applicabilità della norma sopravvenuta ai soli giudizi pendenti in primo grado meglio si concilia con i limiti derivanti dalle regole che governano il giudizio di appello, nell'ambito del quale, all'esito del progressivo verificarsi di effetti preclusivi derivanti dal tenore dei motivi di censura e dai comportamenti processuali delle parti, la materia del contendere viene via via a ridursi, con la conseguenza che tutto quanto non risulta essere più dibattuto (o mai dibattuto), resta insensibile alla nuova disposizione legislativa, la cui applicazione presuppone specifiche deduzioni anche in punto di fatto>>.

In senso opposto si è pronunciata Trib. Roma 28 dicembre 2010, secondo la quale <<emerge chiaramente dalla lettura complessiva della norma che il legislatore ha inteso fornire una disciplina esaustiva con riguardo alle conseguenze di una declaratoria di illegittimità dell'apposizione della clausola del termine, senza distinzioni di situazioni processuali>>, tanto più che questa interpretazione si impone altresì alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 214/2009 che ha ritenuto la illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* del decreto legislativo n. 368 del 2001, n. 368 introdotto dall'art. 21, comma 1-bis, del decreto-legge n. 112 del 2008, non essendo ragionevole <<mutare le conseguenze della violazione di regole previgenti (con riguardo alle conseguenze dell'apposizione illegittima della clausola del termine ai contratti di lavoro) limitatamente ad un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria tra le parti del rapporto di lavoro>>.

Sul problema specifico relativo al comma 7 dell'art. 32 ha preso posizione di recente la Corte di cassazione, nell'ordinanza interlocutoria n. 2112 del 21 gennaio 2011, con la quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, co. 5 e 6, della legge 183 del 2010.

La Corte ha ritenuto infatti applicabile la norma del comma 7 altresì ai giudizi di cassazione, anche se le disposizioni si riferiscono espressamente al giudizio di merito, argomentando nel senso che <<la soluzione negativa, ossia l'esclusione della fase di cassazione dall'ambito di previsione della norma, equivarrebbe a discriminare tra situazioni diverse in base alla circostanza, del tutto accidentale, di una pendenza della lite giudiziaria (in una od altra fase) tra le parti del rapporto di lavoro. Più precisamente, la situazione sostanziale dei lavoratori sarebbe assoggettata ad un regime risarcitorio diverso, a seconda che i processi pendano nel merito oppure in cassazione. Discriminazione ritenuta illegittima dalla Corte cost. con sent. n. 214 del 2009, e tanto più grave quando si pensi che i lavoratori destinatari della nuova legge potrebbero dover restituire le retribuzioni percepite sulla base della sentenza di merito provvisoriamente eseguita, nella parte eccedente il massimo dell'indennità spettante>>.

La Corte ritiene peraltro che l'intervento retroattivo del legislatore così contrasti con l'art. 117 Cost., comma 1, e concreti una violazione <<dell'obbligo internazionale assunto dall'Italia con la sottoscrizione e ratifica della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 6, comma 1, nel volere il diritto di ogni persona al giusto processo, impone al potere legislativo di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla decisione di una singola controversia o su un gruppo di esse>>, La Cassazione è consapevole che la Corte costituzionale con sent. n. 311 del 2009 ha escluso che l'incidenza di una norma retroattiva su processi in corso si ponga automaticamente in contrasto con la Convenzione, e tuttavia sa anche che nella medesima sentenza la Corte ha precisato, sulla base della giurisprudenza della Corte EDU, che <<detta incidenza può ritenersi giustificata solo da ragioni imperative di interesse generale. Ciò avviene quando il legislatore nazionale sia indotto all'emanazione di una norma di interpretazione autentica e perciò retroattiva, destinata ad operare anche nei processi pendenti e dettata dall'esigenza di accertare l'originaria intenzione del legislatore; oppure dalla necessità di ristabilire la parità di trattamento di situazioni analoghe nei rapporti di lavoro pubblico; o ancora, di rimediare ad un'imperfezione tecnica della legge interpretata (vedi anche Corte cost. sent. n. 1 del 2011),>> non invece anche quando il legislatore, come nel caso, persegue obiettivi economici di una sola delle parti del rapporto.

Anche su tale aspetto si registrano interventi dottrinali specifici.

Con riferimento all'ambito di applicazione della norma, si è detto[169] sul punto che, per il richiamo contenuto nella norma all'integrazione istruttoria, la norma non può trovare diretta applicazione in Cassazione, posto che l'attività istruttoria non trova spazio nel procedimento di legittimità e, comunque, i relativi accertamenti di fatto sono estranei a quella fase del giudizio, né in appello, militando in tal senso l'espresso richiamo all'art. 421 *cod. proc. civ.* (poteri ufficiosi del giudice di primo grado), senza cenno alcuno all'art. 437, comma 2, *cod. proc. civ.* che regola, invece, quelli del giudice di appello, e non contenendo la norma accenno alcuno alla possibilità di modifica dei motivi di impugnazione.

Da ciò deriva sul piano processuale, con riferimento alle sentenze di merito già pronunciate sulla scorta della previgente disciplina, il <<suggerimento del legislatore alla Cassazione e alle Corti di appello di rescinderle e cassarle, rimettendo la causa al 1° Giudice, l'unico che abbia avuto il riconoscimento di poteri istruttori "extra ordinem" per adeguarsi ai nuovi precetti sanzionatori>>[170]. La soluzione opposta evita invece <<un effetto distorsivo della parità di trattamento, cioè la sottoposizione della domanda accolta in primo grado alla falcidia del

[169] DE MICHELE, *La riforma del processo del lavoro nel collegato lavoro 2010, op. loc. cit.*

[170] Per l'inapplicabilità della norma in appello e cassazione, anche DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto procesuale: considerazioni di primo momento,* in *Working papers* del Centro studi di diritto del lavoro Massimo D'Antona, 2010, 12, e VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il <collegato> 2010,* in *Mass. Giur. Lav.,* 2010, 213, in considerazione del riferimento della norma a poteri istruttori ed istituti tipici del solo primo grado.

risarcimento, diversamente da quella accolta in appello a seguito di impugnazione di sentenza sfavorevole o nel giudizio di rinvio>>.[171]

La soluzione da ultimo indicata appare meritevole di condivisione, atteso che una soluzione processuale "a colore", come incisivamente detto, non sembra ipotizzabile, e sarebbe irrazionale che una differenza concernente la sostanza dei diritti delle parti sia conseguenza del grado di pendenza della lite, che è fatto occasionale e immanente al singolo processo, laddove nel caso vi è una nuova regolamentazione di un aspetto sostanziale del rapporto contrattuale.

3. Il problema della retroattività della norma nella giurisprudenza CEDU.

Distinto problema è quello della possibilità del legislatore nazionale di intervenire retroattivamente ed in via sostanzialmente "ablativa" nella disciplina di situazione giuridiche maturate. Il problema esorbita dai confini nazionali, atteso che nella giurisprudenza della CEDU l'affermazione di un limite ai legislatori nazionali presente nella carta all'introduzione ingiustificata di disposizioni retroattive si è avuta in numerose sentenze relative alla materia della espropriazione[172], dei sussidi e dei benefici fiscali[173], del risarcimento del danno e della politica sociale.

In tema di risarcimento del danno, 6/10/2005, *Draon c. Francia* ha ritenuto Secondo la Corte europea viola l'art. 1 del Protocollo n. 1 l'applicazione retroattiva della legge che ha l'effetto di privare i soggetti titolari del diritto al risarcimento di una parte sostanziale dei crediti cui avrebbero avuto diritto sulla base della previgente disciplina.

In materia pensionistica, nel caso deciso con provvedimento 19/6/2008, *Ichtgiaroglou c. Grecia*, la Corte, pur riconoscendo che i legislatori possono disporre retroattivamente, afferma tuttavia che un siffatto intervento deve essere giustificato da imperativi motivi di interesse generale, come richiede in particolare il principio di "preminenza del diritto" (*prééminence du droit*) (Nella specie, il giudice europeo, anche se ritiene contestabile la conformità a questi principi della legge del 1994, ritiene che l'equilibrio fra le esigenze di interesse generale e la salvaguardia del diritto al rispetto dei beni della ricorrente sia stato rotto non dalla legge del 1994, che i giudici di merito non hanno ritenuto applicabile retroattivamente, ma dalla applicazione che della legge ha fatto il Consiglio di Stato oltre undici anni dopo l'inizio della controversia. Vi è stata perciò violazione del diritto di proprietà).

In sede di applicazione dell'art. 6 della CEDU, nella decisione relativa al caso *Scanner de L'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, del 21 giugno del 2007 la Corte europea ha ribadito che, mentre, in linea di principio, al legislatore non è precluso intervenire in materia civile, con nuove disposizioni retroattive, su diritti sorti in base alle leggi vigenti, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sancito dall'articolo 6 della CEDU vietano l'interferenza del legislatore

---

[171] TATARELLI, *Entità del risarcimento fissata dal giudice,* in *Guida al diritto*, Sole 24 ore, n. 48 del 4 dicembre 2010, pag. IX.

[172] Si richiamano, tra le tante, le decisioni 19/1/2010, Zuccalà c. Italia, 11/1/2007, Quattrone c. Italia, 29/3/2006, Scordino c. Italia, 18/3/2008, Velocci c. Italia, 25/1/2007, Morea c. Italia, 6/10/2009, Perinati c. Italia e 6/10/2009, Ricci c. Italia, 30/6/2009, Mandola c. Italia, 8/12/2009, Vacca c. Italia, 8/12/2009, Gennari c. Italia.

[173] In materia, si ricorda il provvedimento 18/5/2010, Plalam c. Italia (secondo il quale Integra la violazione dell'art. 1, Protocollo n. 1, CEDU l'applicazione retroattiva di una legge in materia di sussidi pubblici alle imprese recante nuovi criteri per il riconoscimento del relativo diritto, in quanto essa ha alterato il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali della società ricorrente), il provvedimento 14/2/2006, Lecarpentier c. Francia (che ha affermato che nella specie l'interesse patrimoniale dei ricorrenti, la loro aspettativa legittima ad una simile restituzione costituisce un "bene" ai sensi dell'art. 1 del Prot. n. 1, pertanto applicabile e violato, in considerazione del fatto che l'efficacia retroattiva della legge sopravvenuta non è giustificata da una causa di pubblica utilità tale da giustificare il carico "anormale ed esorbitante" sui ricorrenti che rompe il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale e la salvaguardia dei diritti del singolo), ed il provvedimento 23/7/2009, *Joubert c. Francia* (secondo il quale l'intervento della legge, che regolava in maniera retroattiva e definitiva la controversia tra i ricorrenti e l'amministrazione fiscale, non era giustificato dall'interesse generale. Pertanto non è certo che l'ingerenza in questione servisse una causa di pubblica utilità, laddove la legge ha fatto pesare un carico anomalo ed esorbitante sui ricorrenti, e il pregiudizio recato ai loro beni ha rivestito un carattere sproporzionato, che ha rotto il giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui).

nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito della controversia, fatta eccezione che per motivi imperativi di interesse generale (<<*imperieux motifs d'interet general*>>). La stessa Corte europea ha ricordato, inoltre, che il requisito della parità delle armi comporta l'obbligo di dare alle parti una ragionevole possibilità di perseguire le proprie azioni giudiziarie, senza essere poste in condizione di sostanziale svantaggio rispetto agli avversari.

Tale orientamento, che trova i suoi precedenti nei casi *Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia* del 9 dicembre 1994, e *Zielinski e altri c. Francia*, del 28 ottobre 1999, censura la prassi di interventi legislativi sopravvenuti, che modifichino retroattivamente in senso sfavorevole per gli interessati le disposizioni di legge attributive di diritti, la cui lesione abbia dato luogo ad azioni giudiziarie ancora pendenti all'epoca della modifica. Questa prassi può essere suscettibile di comportare una violazione dell'art. 6 della CEDU, risolvendosi in un'indebita ingerenza del potere legislativo sull'amministrazione della giustizia[174].

Ciò posto, occorre rilevare che la Corte di Strasburgo non ha inteso enunciare un divieto assoluto d'ingerenza del legislatore, dal momento che in varie occasioni ha ritenuto non contrari all'art. 6 della Convenzione europea particolari interventi retroattivi dei legislatori nazionali. La legittimità di simili interventi è stata riconosciuta, in primo luogo, allorché ricorrevano ragioni storiche epocali, come nel caso della riunificazione tedesca (caso *Forrer-Niederthal c. Germania*, sentenza del 20 febbraio 2003).[175]

In altri casi, nel definire e verificare la sussistenza o meno dei motivi imperativi d'interesse generale, la Corte di Strasburgo ha ritenuto legittimo l'intervento del legislatore che, per porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata, aveva inteso con la legge retroattiva ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore[176].

[174] Nel caso *Zielinski e altri c. Francia*, in particolare (come prima nel caso Papageorgiou c. Grecia, sentenza del 22 ottobre 1997), si è riaffermato il principio che nega ogni indebita interferenza del legislatore, fatta salva la sussistenza di <<motivi imperativi di interesse generale>>. La Corte europea, tuttavia, ha precisato che siffatti motivi non ricorrevano nella specie, in quanto il mero rischio finanziario, denunciato dal Governo ed espressamente indicato dalla Corte costituzionale, non consentiva di per sé che il legislatore si sostituisse alle parti sociali del contratto collettivo, oggetto del contenzioso. La Corte, quindi, verificata la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali favorevoli ai ricorrenti, ha censurato la norma interpretativa che era sopravvenuta retroattivamente, nonostante gli accordi collettivi intervenuti in senso contrario.

[175] In questo caso, la Corte europea, di fronte ad una norma che faceva salvi con effetto retroattivo i trasferimenti di proprietà, senza indennizzo, in <<proprietà del popolo>> della *ex* D.D.R., ha concluso per la compatibilità dell'intervento con la norma convenzionale; ciò non soltanto per il motivo "epocale" del nuovo riassetto dei conflitti patrimoniali conseguenti alla riunificazione, ma anche in considerazione della sussistenza effettiva di un sistema che aveva garantito alle parti, che contestavano le modalità del riassetto, l'accesso a, e lo svolgimento di, un processo equo e garantito.

[176] Si tratta, in primo luogo, della sentenza 23 ottobre 1997, nel caso National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito (utilizzata mutatis mutandis anche nella citata pronuncia Forrer-Niederthal c. Germania), nella quale è stato ritenuto che l'adozione di una disposizione interpretativa può essere considerata giustificata allorché lo Stato, nella logica di interesse generale di garantire il pagamento delle imposte, abbia inteso porre rimedio al rischio che l'intenzione originaria del legislatore fosse, in quel caso, sovvertita da disposizioni fissate in circolari. Nello stesso solco si pone la sentenza del 27 maggio 2004, Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia. La pronuncia ha affermato che l'intervento del legislatore non aveva inteso sostenere la posizione assunta dall'amministrazione dinanzi ai giudici, ma porre rimedio ad un errore tecnico di diritto, al fine di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore, nel rispetto di un principio di perequazione. Il caso viene, quindi, assimilato a quello National & Provincial Building Society del 1997, dove l'intervento del legislatore era giustificato dall'obiettivo finale di <<riaffermare l'intento originale del Parlamento>>.

4. Segue: nella giurisprudenza nazionale.

Con riferimento all'art. 4 *bis* introdotto nel d.lgs. 368/2001 dal d.l. 112 del 2008, conv. in l. 133/2008[177], la gran parte delle ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale avevano rilevato la violazione del parametro interposto dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 Cedu. La Corte, come già anticipato, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione, affermando, con la sentenza 214 del 23/6/2009, che è costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 3 Cost., l'art. 4- *bis* del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. L'art.4- *bis*, nello stabilire che, in caso di violazione delle norme in materia di apposizione e proroga del termine del contratto di lavoro, il datore di lavoro deve corrispondere al lavoratore un indennizzo, ma solo per i giudizi già in corso alla data della sua entrata in vigore, determina una irragionevole discriminazione fra situazioni di fatto identiche: infatti, per effetto di tale disposizione, contratti di lavoro a tempo determinato, stipulati nello stesso periodo, per la stessa durata e per le medesime ragioni ed affetti dai medesimi vizi, risultano destinatari di discipline diverse per la mera e del tutto casuale circostanza della pendenza di un giudizio all'entrata in vigore della novella. Tale discriminazione non è neppure collegata alla necessità di accompagnare il passaggio da un regime normativo ad un altro, poiché la nuova disciplina ha solo mutato le conseguenze della violazione delle previgenti regole limitatamente ad un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria[178].

La norma dell'art. 32, della legge 183 del 2010 è in buona parte diversa, perché non è solo retroattiva, ma incide sia sui giudizi in corso che sulle future fattispecie, regolamentando la materia in modo nuovo.

Vero è peraltro che anche per la norma del 2010 si pone il problema dell'interferenza del legislatore sui procedimenti giurisdizionali in corso, atteso che la nuova disciplina -se si accede al alcune delle interpretazioni prospettate- incide pesantemente sugli stessi, ribaltando perfino giudizi e valutazioni fin qui operate.

Da qui la necessità della verifica della configurabilità di un eccesso di potere legislativo nella disciplina retroattiva incidente su diritti maturati dei singoli.

Nella giurisprudenza costituzionale, il vecchio orientamento della Corte espresso da C.Cost. 419/2000 affermava che, attesa la mancata costituzionalizzazione del divieto di retroattività della legge al di fuori della materia penale <<il legislatore ordinario, nel rispetto di tale limite, può dunque emanare norme retroattive, purché trovino adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si pongano in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, così da non incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti (sentenze n. 229 del 1999, n. 432 del 1997, nn. 153 e 6 del 1994, n. 283 del 1993)>>.

La successiva giurisprudenza si è espressa in senso in parte diverso, rilevando i vincoli derivanti dalla CEDU al potere del legislatore nazionale: occorre verificare se la disposizione in esame violi l'obbligo dello Stato italiano di rispettare l'art. 6, comma 1, CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, che fornisce concretezza e contenuto al parametro costituzionale invocato del rispetto degli obblighi internazionali.

---

[177] Su cui DE MICHELE, *Le modifiche della disciplina del contratto a termine*, in MISCIONE e GAROFALO (a cura di), *Commentario alla legge n. 133 del 2008*, IPSOA, 2009; FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 112 del 2008*, in FERRARO (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Torino; FENOGLIO, *Il lavoro a termine di nuovo nell'occhio del ciclone: osservazioni sulla legge 3 agosto 2009, n. 102*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, 175.

[178] Per un autorevole esame della sentenza della Corte costituzionale n. 214 del 2009, VIDIRI, *Contratto di lavoro a termine e continuazione di una infinita e travagliata storia: la sentenza n. 214/2009 della Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 874; VALLEBONA, *Il lavoro a termine negli equilibri della Corte costituzionale, ibidem*, 2009, 658; VALLEBONA, *Lavoro a termine: incostituzionalità della riduzione di tutela per i soli giudizi in corso, ibidem*, 2008, 859. Sul tema, altresì VACIRCA, *La sentenza 214 del 2009 sul contratto a termine: i limiti alla discrezionalità legislativa e l'interpretazione costituzionalmente necessaria di norma elastica*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, 637.

La Corte di Strasburgo, infatti, avrebbe in più occasioni sottolineato come lo Stato non possa introdurre slealmente una interpretazione normativa a suo favore della norma *sub iudice*, nei giudizi iniziati ed impostati secondo diversi presupposti normativi o giurisprudenziali. L'applicazione dello *ius superveniens* potrebbe ritenersi lecita soltanto in presenza di <<*imperieux motifs d'interet general*>>.

In tema, va ricordato che Cass. Sez. L, ordinanza interlocutoria n. 22260 del 4/09/2008 aveva sollevato questione di legittimità costituzionale di alcune norme relative al trattamento economico del personale ATA dipendente degli enti locali e passato ai ruoli statali, evidenziando un asserito contrasto della norma applicabile con il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, non essendo necessario -alla luce della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo- che la disposizione retroattiva sia "esclusivamente diretta ad influire sulla soluzione delle controversie in corso" ("*dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige*"), né che tale scopo sia stato comunque enunciato, essendo, invece, sufficiente a ritenere fondato il conflitto con l'art. 6 della Convenzione europea che nel procedimento sia applicata la disposizione denunciata e lo stesso Stato sia parte nel giudizio e consegua, dall'applicazione della norma come interpretata autenticamente, la positiva definizione della controversia>>.

Nel caso, tuttavia, C. Cost. 311/2009, ha dichiarato infondata la questione, affermando in ogni caso che <<Il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Il giudice nazionale ha il compito di applicare le norme della CEDU, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, e, laddove profili un contrasto tra la norma interna e quella della Convenzione, deve procedere ad una interpretazione della prima conforme alla seconda. Laddove ciò non sia possibile, egli, non potendo applicare la norma della CEDU in luogo di quella interna, né potendo applicare la norma nazionale che abbia ritenuto in contrasto con quella convenzionale (e, pertanto, con la Costituzione), deve sollevare la questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. V., citati, i precedenti di cui alle sentenze n. 348 e 349/2007>>.

Nella giurisprudenza di merito, si segnala Trib. Napoli 21 dicembre 2010, che ha ritenuto che il comma 7 (applicazione alle cause in corso) appare contraria al diritto della UE (artt. 47 Carta di Nizza, art II-47 Trattato di Lisbona, art 47 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea; cfr Sentenze FuB, c-429/09, Carpenter, C-60/00, Caballero, C-442/00, Kucukdeveci, C 555/07, sulla efficacia orizzontale dei principi fondamentali dell'UE) ed all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (CEDU), ratificata e resa esecutiva con la legge n. 848/55.

5. Segue: nella dottrina.

Con riferimento al problema del rapporto della norma retroattiva con l'art. 6 della CEDU, e con l'art. 117 Cost., per alcuni[179] la norma del collegato lavoro 2010 si applicherebbe a tutti i giudizi, e dunque non solo a quelli pendenti alla data di entrata in vigore della legge, ma disponendo anche per il futuro, dovrebbe sottrarsi ai profili di incostituzionalità incentrati sulla violazione del principio di uguaglianza, che avevano segnato la sorte del suo immediato precedente.

Critica altra dottrina verso il modo di legiferare rivolto a "sanare situazioni insorte nell'ambito di alcune realtà aziendali amministrate in maniera discutibile, ancorché riconducibili alla grande area della finanza pubblica o di pubblica utilità", alla soluzione di controversie pendenti e quindi al passato[180], mentre altri hanno rilevato in tema che la norma transitoria viola gli articoli 24, 11, 117 Cost., essendo immanente al nostro ordinamento il principio del giusto processo, che esclude che il legislatore possa intervenire nel corso del procedimento giudiziario a modificare la tutela sostanziale accordabile al diritto azionato senza che siano ravvisabili ragioni oggettive e generali che sostengono tale scelta del legislatore, essendo possibile derogare ai principi di cui all'art. 6 CEDU solo per "motivi di carattere imperioso e generale", sicché, <<se poi passiamo all'indagine dei "motivi di

[179] FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento, op. cit.*, 343 ss.

[180] FABBRI, *Brevi osservazioni sugli artt. Da 30 a 32 della lege 4.11.2010 n 183,* intervento al seminario *Limiti all'esercizio dei diritti del lavoratore e nuovo regime delle impugnazioni e della decadenza*, Roma, 18.11.2003.

carattere imperioso e generale", laddove davvero nessuna ragione <<può esservi per una interpretazione della legge che retroattivamente impedisce ai lavoratori precari di vedersi riconosciuti i loro diritti retributivi e premiano il datore di lavoro che ha "abusato" del contratto a termine>>[181].

Quanto, poi, alla disciplina transitoria contenuta nel 7° comma dell'art. 32, si è sottolineato[182] che la disposizione sia gravemente violativa dell'affidamento nella certezza degli effetti della invalidità del termine e del divieto di ingerenza del legislatore di cui all'art. 6 CEDU su di una determinata categoria di controversie.

La violazione del principio del giusto processo è sottolineata anche da altra accorta dottrina[183], che ha sottolineato come <<lo scopo della norma è certamente stato in primo luogo quello di "spingere" i lavoratori ad aderire all'accordo sindacale del 27 luglio 2010 (nel senso che non risultava più conveniente, a fronte del consolidamento dell'accordo, resistere al solo scopo di conservare le somme liquidate a titolo di risarcimento), così come era già avvenuto per il precedente accordo del luglio 2008 e per la norma di "accompagnamento" dell'art. 4-*bis* d.lgs. n. 368/2001. Dall'altro, la novella legislativa ha comunque quale fine quello di portare ad una riforma "forzata" delle sentenze che hanno riconosciuto ai lavoratori somme che ormai sono entrate a far parte della loro sfera giuridica, secondo i principi vigenti all'epoca delle decisioni delle loro cause e delle difese assunte dalle parti nel corso dei relativi giudizi. Ciò comporta, attraverso un distorto uso dello strumento della retroattività della legge, un'influenza indebita sui giudizi in corso tale da violare gli artt. 24 (tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti), 101, 102 e 104 (poteri della magistratura) e 111 (giusto processo) della Costituzione, l'art. 47 della Carta di Nizza e l'art. 6 della Cedu>>.

Altri ancora[184], sul piano sostanziale, afferma invece l'illegittimità costituzionale della disposizione per contrasto con l'art. 3 Cost., atteso che, <<poiché già alcune importanti Corti di appello hanno ritenuto tout court non applicabile in nuovo regime sanzionatorio e hanno deciso secondo le consuete regole processuali e sostanziali, questa situazione crea, di per sé, una evidente ingiustificata discriminazione di trattamento tra chi ha ancora in corso un giudizio di riqualificazione di contratti a termine Poste in 1° grado e chi ha già ottenuto una decisione favorevole>>.

Infine, va ricordata quella dottrina secondo cui la questione della retroattività è legata alla interpretazione del comma 5 dell'art. 32, nel senso che una interpretazione che non tocchi il valore della costituzione in mora ne consente una applicazione retroattiva più estesa[185].

VI) LE MISURE CONTRO IL LAVORO SOMMERSO, I POTERI ISPETTIVI E LA RILEVANZA IN GIUDIZIO DEI RELATIVI ATTI.

1. La norma. Art. 33.

(Accesso ispettivo, potere di diffida e verbalizzazione unica)

1. L'articolo 13 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, è sostituito dal seguente:

---

[181] PANICI e GUGLIELMI, *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione, op. loc. cit.* Nello stesso senso ora indicato, sembrano applicabili anche alla norma del collegato lavoro 2010 le considerazioni, svolte con riferimento al precedente del 2008, da ANDREONI e ANGIOLINI, *Lavoro a termine, processi pendenti e Corte costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, 562, secondo i quali, nel caso non trapela il benché minimo interesse generale a carattere imperativo che possa giustificare l'influenza che il comma 1-*bis* dell'art. 21 del d.l. 112 del 2008 ha preteso di esercitare due giudizi in corso alla data della sua entrata in vigore.

[182] COSSU e GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato, op. cit.*

[183] DE MICHELE, *La riforma del processo del lavoro nel collegato lavoro 2010,* in *Lav. Giur*. 2011, 1, 107 ss.

[184] DE MICHELE, *cit*., 2011, 1, 119 ss.

[185] DE MATTEIS, *La conversione dei contratti a termine ed il regime sanzionatorio*, in atti del Seminario di approfondimento sul collegato lavoro organizzato dall'Associazione degli avvocati romani, in Roma 28 gennaio 2011.

"Art. 13. - (Accesso ispettivo, potere di diffida e verbalizzazione unica). - 1. Il personale ispettivo accede presso i luoghi di lavoro modi e nei tempi consentiti dalla legge. Alla conclusione delle attività di verifica compiute nel corso del primo accesso ispettivo, viene rilasciato al datore di lavoro o alla persona presente all'ispezione, con l'obbligo alla tempestiva consegna al datore di lavoro, il verbale di primo accesso ispettivo contenente:

a) l'identificazione dei lavoratori trovati intenti al lavoro e la descrizione delle modalità del loro impiego;

b) la specificazione delle attività compiute dal personale ispettivo;

c) le eventuali dichiarazioni rese dal datore di lavoro o da chi lo assiste, o dalla persona presente all'ispezione;

d) ogni richiesta, anche documentale, utile al proseguimento dell'istruttoria finalizzata all'accertamento degli illeciti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 4, settimo comma, della legge 22 luglio 1961, n. 628.

2. In caso di constatata inosservanza delle norme di legge o del contratto collettivo in materia di lavoro e legislazione sociale e qualora il personale ispettivo rilevi inadempimenti dai quali derivino sanzioni amministrative, questi provvede a diffidare il trasgressore e l'eventuale obbligato in solido, ai sensi dell'articolo 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, alla regolarizzazione delle inosservanze comunque materialmente sanabili, entro il termine di trenta giorni dalla data di notificazione del verbale di cui al comma 4.

3. In caso di ottemperanza alla diffida, il trasgressore o l'eventuale obbligato in solido è ammesso al pagamento di una somma pari all'importo della sanzione nella misura del minimo previsto dalla legge ovvero nella misura pari ad un quarto della sanzione stabilita in misura fissa, entro il termine di quindici giorni dalla scadenza del termine di cui al comma 2. Il pagamento dell'importo della predetta somma estingue il procedimento sanzionatorio limitatamente alle inosservanze oggetto di diffida e a condizione dell'effettiva ottemperanza alla diffida stessa.

4. All'ammissione alla procedura di regolarizzazione di cui ai commi 2 e 3, nonché alla contestazione delle violazioni amministrative di cui all'articolo 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, si provvede da parte del personale ispettivo esclusivamente con la notifica di un unico verbale di accertamento e notificazione, notificato al trasgressore e all'eventuale obbligato in solido. Il verbale di accertamento e notificazione deve contenere:

a) gli esiti dettagliati dell'accertamento, con indicazione puntuale delle fonti di prova degli illeciti rilevati;

b) la diffida a regolarizzare gli inadempimenti sanabili ai sensi del comma 2;

c) la possibilità di estinguere gli illeciti ottemperando alla diffida e provvedendo al pagamento della somma di cui al comma 3 ovvero pagando la medesima somma nei casi di illeciti già oggetto di regolarizzazione;

d) la possibilità di estinguere gli illeciti non diffidabili, ovvero quelli oggetto di diffida nei casi di cui al comma 5, attraverso il pagamento della sanzione in misura ridotta ai sensi dell'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689;

e) l'indicazione degli strumenti di difesa e degli organi ai quali proporre ricorso, con specificazione dei termini di impugnazione.

5. L'adozione della diffida interrompe i termini di cui all'articolo 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e del ricorso di cui all'articolo 17 del presente decreto, fino alla scadenza del termine per compiere gli adempimenti di cui ai commi 2 e 3. Ove da parte del trasgressore o dell'obbligato in solido non sia stata fornita prova al personale ispettivo dell'avvenuta regolarizzazione e del pagamento delle somme previste, il verbale unico di cui al comma 4 produce gli effetti della contestazione e notificazione degli addebiti accertati nei confronti del trasgressore e della persona obbligata in solido ai quali sia stato notificato.

6. Il potere di diffida nei casi previsti dal comma 2, con gli effetti e le procedure di cui ai commi 3, 4 e 5, è esteso anche agli ispettori e ai funzionari amministrativi degli enti e degli istituti previdenziali per le inadempienze da essi rilevate. Gli enti e gli istituti previdenziali svolgono tale attività con le risorse umane e finanziarie esistenti a legislazione vigente.

7. Il potere di diffida di cui al comma 2 è esteso agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che accertano, ai sensi dell'articolo 13 della legge 24 novembre 1981, n. 689, violazioni in materia di lavoro e legislazione sociale. Qualora rilevino inadempimenti dai quali derivino sanzioni amministrative, essi provvedono a diffidare il trasgressore e l'eventuale obbligato in solido alla regolarizzazione delle inosservanze comunque materialmente sanabili, con gli effetti e le procedure di cui ai commi 3, 4 e 5".

2. I provvedimenti ispettivi.

I provvedimenti che gli ispettori possono emettere non sono, ad esclusione della diffida, modificati dal collegato lavoro e, salvo che per quest'ultima, il quadro dei provvedimenti ispettivi è per il resto il medesimo risultante all'esito della riforma dettata dal d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, che ha introdotto nell'ordinamento una organica riforma dei servizi di vigilanza in materia di lavoro, in attuazione della delega legislativa prevista dall'art. 8, legge 14 febbraio 2003, n. 30, con particolare riferimento all'organizzazione complessiva e al coordinamento dell'attività ispettiva di tutti gli organismi competenti in materia di lavoro e legislazione sociale, nonché di quelli comunque impegnati sul territorio in azioni di contrasto al lavoro sommerso e irregolare, per profili diversi da quelli di ordine e sicurezza pubblica.

Sono provvedimenti ispettivi:

- la disposizione, che è il provvedimento con il quale l'organo di vigilanza, nell'esercizio di un potere discrezionale riconosciutogli nei casi espressamente previsti dalla legge, impone al datore di lavoro nuovi obblighi o divieti che si aggiungono a quelli stabiliti in generale dal legislatore. La norma, con l'attribuire efficacia esecutiva alle disposizioni impartite, estende il potere, già previsto dall'art. 10 dpr 520/55, a tutta la materia del lavoro e della legislazione sociale per il quale sussista in capo al destinatario un obbligo di conformazione non a contenuto vincolato; a differenza della diffida, l'amministrazione ha potere discrezionale non solo nell'*an* ma anche nel contenuto (che non è vincolato), nonché nel quando o nel *quomodo* della condotta;
- la prescrizione obbligatoria, che è un provvedimento impartito dal personale ispettivo nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, conseguente all'accertamento di violazioni che costituiscono reato (punito con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda ovvero con la sola ammenda), ed avente ad oggetto le direttive per rimediare alle irregolarità riscontrate: l' ispettore fissa un termine per la regolarizzazione in relazione al tempo tecnicamente necessario per essa, termine non superiore a sei mesi eventualmente prorogabili una sola volta in presenza di adempimento di particolare difficoltà che il contravventore non ha posto in essere per cause a lui non imputabili, fermo l'obbligo di rapporto all'autorità giudiziaria; l'esercizio dell'azione penale rimane sospeso fino all'adempimento della prescrizione o alla comunicazione di non adempimento; l'adempimento della prescrizione estingue il reato, mentre, in caso contrario, l'eventuale inadempimento viene riferito all'A.G. per il proseguimento dell'azione penale;
- la diffida, che è un invito a tenere un determinato comportamento entro un dato termine, che l'ispettore rivolge al datore di lavoro in relazione a quanto accertato in un'ispezione in ordine alla violazione di carattere amministrativo; mentre l'istituto della prescrizione obbligatoria opera in relazione a violazioni di carattere penale, la diffida riguarda l'inosservanza di norme in materia di lavoro e di legislazione sociale, qualora il personale ispettivo rilevi inadempimenti dai quali rilevino sanzioni amministrative: in tal caso, il personale ispettivo provvede a diffidare il datore di lavoro alla regolarizzazione delle inosservanze comunque sanabili, fissando il relativo termine. Presupposto essenziale per l'esercizio del potere è la sanabilità delle inosservanze e che ritrovi di fronte a fattispecie di illecito a condotta continuata o che non si esauriscono in unico atto ovvero purché l'interesse sostanziale protetto dalla norma sia ancora recuperabile. Se il datore di lavoro ottempera alla diffida il procedimento sanzionatorio si estingue mediante il pagamento di una somma agevolata a titolo di sanzione, pari al minimo fissato dalla legge oppure, in caso di sanzioni in misura fissa, a un quarto dell'importo stabilito;
- la diffida accertativa per crediti patrimoniali, ove l'intervento ispettori prescinde dall'eventuale configurazione dell'inadempienza del datore quale illecito amministrativo o penale: rilevano qui mere inosservanze contrattuali, collettive o individuali: si prevede infatti che, qualora nell'ambito dell'attività di vigilanza emergano inosservanze alla disciplina contrattuale da cui scaturiscono crediti patrimoniali in favore dei prestatori di lavoro, il personale ispettivo delle Direzioni del lavoro diffida il datore di lavoro a corrispondere gli importi risultanti dagli

accertamenti. Mentre tradizionalmente i poteri di intervento degli ispettori erano limitati in quanto il personale di vigilanza doveva limitarsi semplicemente a constatare la sussistenza di violazioni amministrative o penali ed a procedere al recupero dei contributi previdenziali omessi, senza po*ter* fornire tutela efficace e risolutiva per la soddisfazione dei crediti patrimoniali derivanti dal rapporto di lavoro, oggi l'organo di vigilanza ha un potere molto rilevante, perché può adottare un provvedimento autoritativo a tutela di un credito di natura privatistica, provvedimento che può addirittura acquisire efficacia di titolo esecutivo. In seguito alla diffida il datore di lavoro può promuovere, nel termine perentorio di 30 giorni dalla notifica dell'atto, un tentativo di conciliazione presso la DPL, conciliazione che, in considerazione delle caratteristiche e delle finalità dell'istituto, va effettuata secondo le modalità procedurali previste dall'art. 11 del decreto (conciliazione monocratica), con gli effetti di cui all'articolo 12, commi 2; decorso inutilmente il termine per esperire la conciliazione, oppure quando l'accordo fra le parti non venga comunque raggiunto in sede conciliativa, la diffida accertativa "acquista valore di accertamento tecnico, con efficacia di titolo esecutivo", con apposito provvedimento del Direttore della DPL, il quale deve procedere a verificare la sussistenza dei presupposti e la correttezza del provvedimento di diffida.

3. L'accesso e il verbale ispettivo nella riforma.

L'articolo 33 della riforma del lavoro modifica la disciplina procedurale recata dall'articolo 13 del d.lgs. 124/2004 sulle ispezioni presso i luoghi di lavoro e sull'atto di diffida, conseguente all'accertamento di violazioni in materia di lavoro e legislazione sociale da cui derivino sanzioni amministrative: si disciplina l'intervento del personale ispettivo che accede presso i luoghi di lavoro, dettando le modalità di contestazione delle violazioni amministrative rilevate, di ammissione alla procedura di regolarizzazione, attraverso la notifica di un unico verbale di accertamento e notificazione, inviato ai responsabili della trasgressione; si regolano gli effetti dell'ottemperanza alla diffida.

Il personale ispettivo accede presso i luoghi di lavoro nei modi e nei tempi consentiti dalla legge. Alla conclusione delle attività di verifica compiute nel corso del primo accesso ispettivo, viene rilasciato al datore di lavoro o alla persona presente all'ispezione, con l'obbligo alla tempestiva consegna al datore di lavoro, il verbale di primo accesso ispettivo contenente: a) l'identificazione dei lavoratori trovati intenti al lavoro e la descrizione delle modalità del loro impiego; b) la specificazione delle attività compiute dal personale ispettivo; c) le eventuali dichiarazioni rese dal datore di lavoro o da chi lo assiste, o dalla persona presente all'ispezione; d) ogni richiesta, anche documentale, utile al proseguimento dell'istruttoria finalizzata all'accertamento degli illeciti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 4, settimo comma, della legge 22 luglio 1961, n. 628.

Il verbale di primo accesso ispettivo andrà rilasciato al datore di lavoro che sia personalmente presente ovvero alla persona presente che si impegnerà ad avvisare il datore.

In ogni caso, il verbale deve essere redatto subito, non potendo influire l'assenza del datore sulla redazione, ed essendo la redazione del verbale di primo accesso condizione di legittimità dei successivi atti ispettivi, di cui costituisce un presupposto essenziale[186].

Gli ispettori possono chiedere notizie ulteriori rispetto a quelle formalizzate nel primo verbale, e tale potere è tutelato da norma penale che sanziona il rifiuto di ottemperare alle richieste ispettive, come pure l'aver fornito notizie inesatte o incomplete (art. 4, co. 7, l. 628 del 1961).

In caso di constatata inosservanza delle norme di legge o del contratto collettivo in materia di lavoro e legislazione sociale e qualora il personale ispettivo rilevi inadempimenti dai quali derivino sanzioni amministrative, questi provvede a diffidare il trasgressore e l'eventuale obbligato in solido, ai sensi dell'articolo 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, alla regolarizzazione delle inosservanze comunque materialmente sanabili, entro il termine di trenta giorni dalla data di notificazione del verbale di cui appresso.

[186] RAUSEI, *I verbali di ispezione e la riforma della diffida,* in AA.VV. (Cinelli e Ferraro cur.), *cit.,* 352.

Secondo le nuove disposizioni, all'ammissione alla procedura di regolarizzazione di cui ai commi 2 e 3, nonché alla contestazione delle violazioni amministrative di cui all'articolo 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, si provvede da parte del personale ispettivo esclusivamente con la notifica di un unico verbale di accertamento e notificazione, notificato al trasgressore e all'eventuale obbligato in solido.

Il verbale di accertamento e notificazione deve contenere:

a) gli esiti dettagliati dell'accertamento, con indicazione puntuale delle fonti di prova degli illeciti rilevati;

b) la diffida a regolarizzare gli inadempimenti sanabili;

c) la possibilità di estinguere gli illeciti ottemperando alla diffida e provvedendo al pagamento della somma ridotta di legge;

d) la possibilità di estinguere gli illeciti non diffidabili attraverso la conciliazione amministrativa con il pagamento in misura ridotta;

e) l'indicazione degli strumenti di difesa e degli organi ai quali proporre ricorso, con specificazione dei termini di impugnazione.

Sul tema, si è detto che l'obbligo di indicare gli esiti dettagliati dell'accertamento, con indicazione puntuale delle fonti di prova degli illeciti rilevati, importa che <<garantisce al destinatario del provvedimento la piena conoscenza della conclusione dell'accertamento ispettivo con riguardo sia alle violazioni che gli vengono contestate, sia in ordine alle ulteriori eventuali determinazioni assunte dall'organo di vigilanza (disposizione, diffida accertativa, prescrizione obbligatoria), ma anche con riferimento alle fonti di prova formate e raccolte dagli accertatori. Ne consegue che il verbale conclusivo dovrà contenere una completa argomentazione, in chiave logico-giuridica, delle risultanze degli accertamenti svolti nei confronti dell'ispezionato, con dettagliata esposizione di tutti gli elementi di fatto e di diritto che sono posti a fondamento dei rilievi che formano oggetto del provvedimento, senza trascurare la necessità di evidenziare la connessione del materiale probatorio acquisito con la fattispecie accertata e ricostruita>>.[187]

La redazione del verbale di primo accesso consente al personale ispettivo la precostituzione di un robusto impianto probatorio; difatti un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato in tema di valore dei verbali ispettivi conferisce a questi ultimi efficacia probatoria privilegiata ex art.2700 cod. civ.: di recente, Cass. Sez. L, Sentenza n. 9251 del 19/04/2010 (Rv. 612813), ha ribadito che i verbali redatti dai funzionari degli enti previdenziali e assistenziali o dell'Ispettorato del lavoro fanno piena prova dei fatti che i funzionari stessi attestino avvenuti in loro presenza o da loro compiuti, mentre, per le altre circostanze di fatto che i verbalizzanti segnalino di avere accertato (ad esempio, per le dichiarazioni provenienti da terzi, quali i lavoratori, rese agli ispettori) il materiale probatorio è liberamente valutabile e apprezzabile dal giudice, unitamente alle altre risultanze istruttorie raccolte o richieste dalle parti; resta fermo, peraltro, che, pur prive dell'efficacia privilegiata della querela di falso, le circostanze di fatto che i verbalizzanti segnalino di aver accertato ed indicate o riferite nel verbale sono sempre dotate di un grado di attendibilità che, può sì essere infirmato da prova contraria, ma costituisce comunque materiale probatorio liberamente valutabile ed apprezzabile dal giudice, il quale può anche considerarlo prova sufficiente delle circostanze riferite al pubblico ufficiale, qualora il loro specifico contenuto probatorio o il concorso di altri elementi renda superfluo l'espletamento di ulteriori mezzi istruttori (Cass. 3525/2005; Cass. 15330/2004); inoltre, i verbali che contengono tali fatti costituiscono prova idonea ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo e possono fornire utili elementi di giudizio nella successiva fase della opposizione (Cass. 15702/2004 e 405/2004).

Quanto alle dichiarazioni dei terzi ascoltati dagli ispettori, tra le tante, si ricordano Cassazione, Sezione lavoro, 3 marzo 2001, n. 3527, e Cass. 7.8.2004, n. 15330, che hanno ritenuto attendibili le dichiarazioni rese dai lavoratori nell'immediatezza degli accertamenti, e poco credibili la versione da essi successivamente fornita e contenuta in atti notori.

[187] Id., *ibidem*, 360.

Si è evidenziato, peraltro, che sulla materia si riflettono le decisioni della magistratura amministrativa in tema di accesso agli atti, che consentono l'accesso del datore anche alle dichiarazioni dei lavoratori, anche se con modalità che escludano l'identificazione degli autori delle medesime (Cons. Stato 22.4.2008 n. 1842; 13.10.2009 n. 7678, e 9.2.2009 n. 736).

Il destinatario della notifica di un verbale può adire il giudice chiedendo l'accertamento negativo della pretesa fatta valere con quell'atto dall'ente previdenziale; l'art. 17 del d.lgs. 124/2004 prevede peraltro, quale condizione di procedibilità della domanda, in relazione ai verbali degli enti previdenziali, la presentazione del ricorso amministrativo.

Quanto agli effetti della proposizione del ricorso avverso il verbale ispettivo dell'ente previdenziale, va ricordato l'effetto preclusivo della iscrizione a ruolo del credito oggetto di accertamento, in relazione al quale l'iscrizione potrà essere fatta solo dopo la pronuncia di un provvedimento esecutivo del giudice: l'art. 24, 3° comma, d.lgs. n. 46/99 infatti prevede che "se l'accertamento effettuato dall'Ufficio è impugnato davanti all'autorità giudiziaria, l'iscrizione a ruolo è eseguita in presenza di provvedimento esecutivo del giudice".

Dal tenore letterale della norma risulta chiaro che è inibito il ricorso al recupero coattivo del credito contributivo a mezzo iscrizione a ruolo in pendenza di giudizio di accertamento negativo del medesimo credito. In base al tenore letterale della norma, l'opposizione a verbale inibisce non la formazione della cartella ma l'iscrizione a ruolo, sicché il dato temporale rilevante è quello dell'iscrizione a ruolo. Altri osservano che non sia preclusa l'iscrizione a ruolo, ma la esecuzione, sicché sarebbe possibile l'iscrizione a ruolo precedente all'opposizione. Un orientamento contrario configura l'iscrizione a ruolo come mero atto prodromico alla riscossione, sicché, essendo preclusa questa in pendenza di opposizione, sarebbe preclusa in quanto priva di causa anche l'iscrizione a ruolo.

Ove il contribuente non reagisca immediatamente proponendo opposizione a verbale di accertamento, e sia effettuata l'iscrizione a ruolo, saranno precluse le sole attività successive di esecuzione, senza che siano ipotizzabili vizi sul ruolo ormai correttamente formato.

Secondo alcuni, anche in caso di divieto di esecuzione, l'ente potrebbe in ogni caso ottenere decreti ingiuntivi in funzione di precostituzione di una garanzia del credito ineseguibile, anche se non sarebbe possibile ottenere la provvisoria esecutorietà, né si potrebbe, in relazione ai crediti contributivi con automatica provvisoria esecutorietà, far valere tale carattere.

Come già anticipato, gli estremi della violazione debbono essere notificati entro 90 giorni, dovendosi peraltro valutare la complessità degli accertamenti compiuti dall'amministrazione procedente per l'insieme delle violazioni riscontrate (essendo oggi unico il verbale di accertamento e notificazione) e non in relazione ai singoli illeciti. Essendo divenuto unico l'atto, l'impugnativa sarà possibile da parte del datore entro un unico termine, senza che possa distinguersi tra illeciti diffidati e non diffidabili, essendo applicabile un termine unico di 75 giorni dalla notificazione del verbale unico in presenza di illeciti di entrambi i tipi[188].

Sul tema, invece, la circolare ministeriale n. 41 del 9 dicembre 2010 ha indicato un termine di 45 giorni e di 30 giorni rispettivamente per il caso di illeciti diffidati e non diffidabili, ed un termine unico di 45 giorni per il caso di illeciti di entrambi i tipi contestualmente.

4. La nuova disciplina della diffida ispettiva.

Il collegato lavoro ha inciso in modo consistente sulla diffida.

Ai sensi dell'art. 13 del decreto, in caso di constatata inosservanza delle norme in materia di lavoro e legislazione sociale e qualora il personale ispettivo rilevi inadempimenti dai quali derivino sanzioni amministrative, questi provvede a diffidare il datore di lavoro alla regolarizzazione delle inosservanze comunque sanabili, fissando il relativo termine. Peraltro, essendo atto di natura ricognitiva e precettiva e non avendo natura provvedimentale, non è autonomamente impugnabile,

[188] Così RAUSEI, *cit.*, 364.

potendo essere impugnata la diffida (ma anche il suo rifiuto illegittimo) con l'ordinanza ingiunzione che applica la sanzione.

La diffida ha ambito di applicazione limitato alle violazioni sanzionate in via amministrativa, mentre la prescrizione interviene nelle ipotesi di reati contravvenzionali.

L'istituto era previsto per i soli ispettori del lavoro dal d.P.R. 520 del 1995, ma è stato esteso agli ispettori degli enti previdenziali già nel d.lgs. 124/2004.

Presupposto essenziale per l'esercizio del potere di diffida è la sanabilità delle inosservanze e che ci si trovi di fronte a fattispecie di illecito a condotta continuata o che non si esauriscano in un solo atto, o, in caso di infrazioni istantanee, purché permanga la possibilità materiale dell'adempimento omesso ed il recupero dell'interesse protetto dalla norma.

Secondo le prime interpretazioni date in sede amministrativa (v. Direzione Provinciale Lavoro Modena, in www.dplmodena.it, 2010, 47), l'introduzione dell'espressione "comunque materialmente sanabili sembra esprimere una chiara volontà del legislatore di estendere più possibile l'ambito di operatività dell'istituto, che presumibilmente dovrebbe applicarsi perlomeno a tutte le violazioni di tipo "documentale", oltre a quelle violazioni "sostanziali" che in concreto non abbiamo leso il bene giuridico tutelato dalla norma, in maniera assolutamente irreversibile. Si è, inoltre, ritenuto che la nuova diffida dovrebbe trovare applicazione anche in relazione a violazioni commesse in precedenza, se contestate dopo l'entrata in vigore della nuova legge, trattandosi di una norma procedurale (e comunque di favore), che costituisce una condizione di procedibilità per tutti i procedimenti instaurati sotto la sua vigenza, anche se relativi a fatti anteriori, come peraltro già chiarito dal Ministero del lavoro in relazione alla prima formulazione dell'art. 13 del d.lgs. n. 124/2004.

Si prevede, quindi, che in caso di ottemperanza alla diffida, i responsabili della violazione sopra citati siano ammessi al pagamento della sanzione nella misura pari al minimo ovvero pari ad un quarto della sanzione stabilita in misura fissa, entro il termine di 30 giorni (15 giorni dalla scadenza del termine di cui al co. 2); tale pagamento estingue il procedimento sanzionatorio limitatamente alle inosservanze oggetto di diffida e a condizione dell'effettiva ottemperanza alla diffida stessa.

Si è ben rilevato in tema[189] che la modifica introdotta dal Collegato lavoro ha variato il destinatario del provvedimento di diffida, e che oggi non si tratta più, come accadeva in passato, del datore di lavoro bensì trasgressore e dell'eventuale obbligato in solido individuato ai sensi dell'art. 6, della Legge n. 689/81; ne deriva che <<i legittimati passivi della diffida sono adesso i medesimi soggetti destinatari, a mente dell'art. 14 della legge 689/81, della contestazione delle inosservanze. Da ciò discende l'automatica conseguenza che, in presenza di una pluralità di soggetti responsabili la diffida verrà oggi impartita a tutti i trasgressori ed all'obbligato in solido. È il caso, ad esempio, che si verifica allorché, in una società in nome collettivo ove, per pattuizione statutaria, tutti e tre i soci siano parimenti legali rappresentanti, sia accertata la mancata comunicazione preventiva di assunzione di un lavoratore: saranno destinatari della diffida tutti e tre i soci e la società (quest'ultima in qualità di obbligata in solido)>>.

La circolare ministeriale n. 41/10 precisa al riguardo che l'ottemperanza alla diffida da parte di uno solo dei destinatari permette a tutti di accedere al pagamento della sanzione nella prevista misura minima. L'ulteriore effetto estintivo della violazione si avrà, invece, col pagamento di tali somme da parte di ciascuno dei responsabili ovvero, in maniera cumulativa, da parte dell'obbligato in solido.

<<Quindi la novella legislativa ha generato un parallelismo di questo istituto con la contestazione d'illecito amministrativo con la conseguenza che, in pratica, si avrà una sostanziale moltiplicazione dei provvedimenti di diffida (e quindi anche delle relative somme a titolo di sanzione minima da pagare) per tanti quanti sono i trasgressori individuati ai sensi dell'art. 5, della Legge n. 689/81 (in precedenza il pagamento previsto era, in ogni caso, limitato esclusivamente a carico del singolo datore di lavoro).>>.

[189] LIPPOLIS, *Le nuove procedure in materia ispettiva*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, n. 1 del 3 gennaio 2011, 17.

Il collegato ha previsto il termine di 30 giorni (termine che decorre dalla data di notificazione del verbale unico che la contiene) entro il quale il trasgressore deve procedere alla regolarizzazione della violazione diffidata; in caso di ottemperanza alla diffida impartita, il trasgressore o l'eventuale obbligato in solido debbano provvedere al versamento di una somma di denaro a titolo di sanzione amministrativa pari al minimo della sanzione edittale ovvero pari a un quarto della sanzione prevista in misura fissa entro il termine di 15 giorni dalla scadenza dei suddetti 30 giorni.

In tutto, quindi, il trasgressore ha complessivamente a disposizione un termine perentorio (secondo la circolare ministeriale richiamata) di 45 giorni (30 per l'adempimento alla diffida e ulteriori 15 per il pagamento della sanzione minima) per estinguere la violazione accertata. Trascorso infruttuosamente il termine finale il verbale unico produrrà automaticamente, sia nei confronti del trasgressore sia nei confronti dell'obbligato in solido, gli effetti della contestazione e notificazione d'illecito amministrativo.

Nel sistema del collegato lavoro, dunque, il procedimento sanzionatorio non si estingue se il trasgressore ottempera alla diffida ma non esegue il pagamento.

Il potere di diffida è oggi correlato all'oggetto del procedimento e non più a determinati soggetti, sicché risulta esteso agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che accertano, ai sensi dell'articolo 13 della legge 24 novembre 1981, n. 689, violazioni in materia di lavoro e legislazione sociale.

Oggi il potere/dovere di diffida spetta: al Personale ispettivo del Ministero del lavoro; al Personale ispettivo ed ai funzionari amministrativi degli enti e degli istituti previdenziali per le inadempienze da essi rilevate (INPS, INAIL, ENPALS, ecc.) (cui era stato esteso dalla Legge n. 123/07); agli Ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che accertano, ai sensi dell'art. 13, della Legge n. 689/81, violazioni in materia di lavoro e legislazione sociale (ad es. Guardia di finanza, Carabinieri, Vigili urbani, ecc.).

Il collegato ha, in altri termini, realizzato un parallelismo tra potere di accertamento ed il potere di diffida: <<sono state finalmente appianate le inaccettabili disparità di trattamento che si venivano a creare in passato tra taluni datori di lavoro sottoposti ad accertamenti da parte di organi sforniti del potere di diffida (quali, ad es., i funzionari di polizia municipale o di pubblica sicurezza) che perciò non potevano ammettere il datore di lavoro alla procedura premiale, ed altri datori di lavoro assoggettati invece ai controlli di organi dotati del potere di diffida (ad es. ispettori del lavoro), che venivano invece ammessi al trattamento più favorevole>>.

L'adozione della diffida interrompe i termini di cui all'articolo 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e del ricorso di cui all'articolo 17 del presente decreto, fino alla scadenza del termine per compiere gli adempimenti di cui ai commi 2 e 3.

A tal proposito la circolare n. 41/10 precisa che tutti gli organi oggi titolari del potere di diffida, qualora accertino violazioni amministrative per le quali trovi applicazione l'istituto in parola, sono adesso obbligati ad utilizzare tale strumento quale vera e propria condizione di procedibilità per l'irrogazione delle relative sanzioni. Conseguentemente essi non potranno più limitarsi ad inviare, così come invece avveniva in passato, meri atti di "contestazione" dei presupposti delle violazioni alle DPL per la successiva formalizzazione dei provvedimenti sanzionatori, ma dovranno redigere in maniera integrale il verbale di contestazione e notificazione con annessa diffida alla regolarizzazione di tutte le violazioni accertate e sanabili.[190]

Cass. 9725 del 25/7/2000 ha ritenuto in materia che, con riferimento alle violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie, l'articolo 35 della legge n. 689 del 1981 distingue tre ipotesi: quelle in cui la violazione consiste in una evasione contributiva, quelle in cui la violazione non consiste in sé in una evasione ma può determinarla e quelle in cui la violazione non consiste in una omissione di contributi e la sanzione prescinde dall'accertamento del fatto che abbia determinato o no un'evasione contributiva; nei primi due casi con l'ordinanza ingiunzione vengono riscossi contributi e sanzione amministrativa, l'opposizione è proposta ai sensi dell'articolo 22 della legge n.

[190] Per queste considerazioni, LIPPOLIS, *ibidem*.

689 del 1981 e il procedimento si svolge secondo il rito del lavoro; nel terzo, l'opposizione è interamente regolata dalla legge n. 689 del 1981; poiché la sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'articolo 9 della legge n. 241 del 1992 per violazione dell'obbligo di comunicazione di cui all'articolo 17 della legge n. 576 del 1980 prescinde dall'esistenza e dall'accertamento di una violazione contributiva e con l'ordinanza ingiunzione si può domandare il pagamento della sanzione ma non i contributi eventualmente evasi, la fattispecie è regolata dall'articolo 35, settimo comma della legge n. 689 del 1981; devono pertanto applicarsi le norme di detta legge sull'accertamento e la contestazione della violazione e sulla applicazione della sanzione amministrativa, con la conseguenza che l'iscrizione di questa nel ruolo deve essere preceduta dalla contestazione della violazione e mancanza del pagamento; il rimedio contro l'ordinanza e per il caso di pagamento richiesto direttamente attraverso il ruolo è quello della opposizione all'ordinanza ingiunzione da esperirsi nel termine di trenta giorni dalla sua notifica o, se manchi l'ordinanza, dalla notifica della cartella di pagamento (fattispecie relativa a violazioni realizzate nel 1993 e 1994) (*contra*, Cass. n. 5231 del 1995).

5. La maxi-sanzione. La norma. Art. 4

L'art. 4 della legge 183 del 2010 novella l'art. 3 del decreto-legge 22 febbraio 2002, n. 12, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2002, n. 73, e successive modificazioni, sostituendo i co. 3, 4 e 5 con i seguenti:

«3. Ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore, in caso di impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato, con la sola esclusione del datore di lavoro domestico, si applica altresì la sanzione amministrativa da euro 1.500 a euro 12.000 per ciascun lavoratore irregolare, maggiorata di euro 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo. L'importo della sanzione è da euro 1.000 a euro 8.000 per ciascun lavoratore irregolare, maggiorato di euro 30 per ciascuna giornata di lavoro irregolare, nel caso in cui il lavoratore risulti regolarmente occupato per un periodo lavorativo successivo.

L'importo delle sanzioni civili connesse all'evasione dei contributi e dei premi riferiti a ciascun lavoratore irregolare di cui ai periodi precedenti è aumentato del 50 per cento»;

«4. Le sanzioni di cui al comma 3 non trovano applicazione qualora, dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzi comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione»;

«5. All'irrogazione delle sanzioni amministrative di cui al comma 3 provvedono gli organi di vigilanza che effettuano accertamenti in materia di lavoro, fisco e previdenza. Autorità competente a ricevere il rapporto ai sensi dell'articolo 17 della legge 24 novembre 1981, n. 689, è la Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente».

6. La "maxi-sanzione" per il lavoro nero.

Il collegato lavoro detta diverse novità anche in relazione alla c.d. maxi-sanzione per il lavoro nero e, anzi, le novità sono piuttosto rilevanti e di grande impatto sulla previgente disciplina, modificandone sia la portata applicativa, che subisce un marcato ridimensionamento, sia il contenuto, con previsioni che interessano gli aspetti operativi dell'attività ispettiva e del relativo contenzioso[191].

In proposito, va ricordato preliminarmente che – in un quadro normativo generale che ha visto dapprima (art. 35 l. 24.11.81, n. 689) depenalizzato in gran parte le violazioni previste dalle leggi in materie di previdenza ed assistenza obbligatorie, punite con la sola ammenda, e poi (art. 116 co. 8 ss. L. 23.12.00, n. 388) l'abolizione delle sanzioni amministrative per la mera omissione contributiva (e non invece per le violazioni diverse) – la riforma dettata dalla legge n. 73 del 2002, nel quadro degli interventi normativi volti ad incentivare l'emersione del lavoro irregolare attraverso la previsione di agevolazioni di carattere fiscale e previdenziale, aveva introdotto una nuova sanzione amministrativa

[191] GENTILE, *Sanzioni e procedure amministrative nel lavoro sommerso,* in AA.VV., *cit.*, 2011, 328. Per un esame ampio ed approfondito delle nuove misure contro il lavoro nero, GAROFALO D., *Le misure contro il lavoro sommerso nel collegato lavoro 2010,* in *Lav. Giur.*, 2011, 1, 71.

per l'utilizzo di lavoratori irregolari: l'art. 3, comma 3, della legge, infatti, aveva stabilito che «ferma restando l'applicazione delle sanzioni previste, l'impiego di lavoratori dipendenti non risultanti dalle scritture o altra documentazione obbligatorie, è altresì punito con la sanzione amministrativa dal 200 al 400 per cento dell'importo, per ciascun lavoratore irregolare, del costo del lavoro calcolato sulla base dei vigenti contratti collettivi nazionali, per il periodo compreso tra l'inizio dell'anno e la data di constatazione della violazione». Attraverso tale previsione il legislatore aveva evidentemente inteso determinare un ulteriore inasprimento del trattamento sanzionatorio per coloro che continuino ad impiegare lavoratori irregolarmente, nonostante che siano stati introdotti meccanismi agevolati di varia natura per incentivare l'emersione del lavoro sommerso. Sul tema, come si ricorderà, era intervenuta anche la Corte costituzionale, che con la sentenza 144 del 12 aprile 2005 aveva dichiarato illegittimo l'articolo 3 co. 3 del decreto legge 12/2002, convertito dall'articolo 1 della legge 73/2002, nella parte in cui stabiliva che la sanzione a carico dell'azienda, per ciascun lavoratore irregolare, fosse definita facendo riferimento al periodo compreso tra l'inizio dell'anno e la data di contestazione della violazione: in tal modo si è consentito al datore di lavoro di provare che il rapporto irregolare ha avuto inizio successivamente al primo gennaio dell'anno in cui è stata constatata la violazione.

La disciplina è stata ulteriormente modificata con il c.d. decreto Bersani (D.L. 223/2006, convertito con modificazioni in legge 248/2006), che introduceva varie misure al fine di contrastare il lavoro nero e di promuovere la sicurezza nei luoghi di lavoro, tra cui, in particolare (art. 36-*bis*) il potere di adottare il provvedimento di sospensione dei lavori nell'ambito dei cantieri edili, qualora si riscontri l'impiego di personale non risultante da scritture o da altra documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 % del totale dei lavoratori regolarmente occupati nel cantiere, ovvero in caso di reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale. Il decreto modifica la "maxisanzione" per il lavoro nero introdotta nel 2002, prevedendo che, ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore, l'impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, è altresì punito con la sanzione amministrativa da Euro 1.500 a Euro 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di Euro 150 per ciascun giornata di lavoro effettivo.

Rispetto a tali sanzioni, per espressa previsione normativa, non era consentita la procedura di diffida, limite questo, come di seguito si dirà più ampiamente, venuto meno con il collegato lavoro.

Nella finanziaria per il 2007, gli importi delle sanzioni amministrative previste per le violazioni di norme in materia di lavoro, legislazione sociale, previdenza e tutela della sicurezza e salute nei luoghi di lavoro erano stati quindi quintuplicati (art. 1 comma 1177).

Il decreto ministeriale 30 ottobre 2007, intanto, dava attuazione alla procedura telematica prevista per l'instaurazione del rapporto di lavoro, effettuando la quale il datore di lavoro assolve, con un'unica comunicazione, anche agli obblighi nei confronti dell'Inps, dell'Inail, degli altri istituti previdenziali, oltre che nei confronti dello Sportello Unico per l'Immigrazione.

L'art. 4 del collegato lavoro riformula la fattispecie stessa di lavoro nero e ridefinisce la condotta alla base della maxisanzione in relazione non più ai lavoratori "non risultanti dalle scritture obbligatorie" ma ai lavoratori per i quali non è stata effettuata la comunicazione preventiva al Centro per l'impiego, ferma restando, naturalmente, l'applicazione di tutte le sanzioni già previste per le infrazioni legate al fenomeno del "lavoro nero" (comunicazioni obbligatorio al centro per l'impiego, lettera d'assunzione, prospetto di paga, libro unico del lavoro, ecc.).

Rilevanti sono poi le novità della disciplina: quanto all'ambito di applicazione della norma, questo, rispetto alla formulazione precedente risulta notevolmente ristretto, sia sotto il profilo dei datori di lavoro esposti alla nuova sanzione, sia sotto il profilo dei lavoratori per il cui impiego può essere irrogata. Sono infatti esclusi i datori di lavoro domestici (e qui è l'interessato l'ampio fenomeno sociale delle colf e delle badanti, nonché dell'assistenza a persone affette da patologie o handicap, fermo restando che l'esenzione opera unicamente con riferimento ai lavoratori addetti con continuità al funzionamento della vita familiare e non certo per le ipotesi in cui il datore di lavoro adibisca il lavoratore assunto come domestico in altre attività imprenditoriali o professionali) ed i datori di lavoro pubblici (per i quali pure possono riscontrarsi forme irregolari di tirocinio o di

collaborazione autonoma, e per i quali, in ogni caso, l'art. 5 semplifica gli adempimenti relativi alle comunicazioni delle assunzioni), che pertanto, in caso di irregolarità, rischieranno soltanto le sanzioni "minori" previste per l'omissione dei singoli adempimenti obbligatori non effettuati[192]); gli enti pubblici economici, che operano come imprese, vanno annoverati fra i datori di lavoro privati, nei confronti dei quali trova applicazione la maxi sanzione[193]; la norma deve ritenersi, invece, applicabile anche ai datori di lavoro privati non qualificabili come imprenditori, quali gli studi professionali.

A differenza della disciplina previgente, che puniva l'impiego irregolare di lavoratori a prescindere dalla qualificazione autonoma o subordinata della prestazione, il riferimento normativo contenuto nella nuova disposizione ai soli "lavoratori subordinati" presuppone la risoluzione del problema della qualificazione del rapporto di lavoro e l'affermazione del carattere subordinato del rapporto di lavoro, il che potrebbe porre le basi, in sede di contestazione della sanzione applicata, della correlata contestazione della sussistenza della subordinazione; da ciò il rischio, rilevato in dottrina[194] di un incremento del contenzioso giudiziario relativo proprio alla qualificazione del rapporto.

La precisazione è particolarmente rilevante, come emerge sol che si consideri che la giurisprudenza ripete, in modo un pò tralaticio, che non vi sono lavori ontologicamente subordinati oppure ontologicamente autonomi, e che ogni attività, in base alle modalità di effettuazione, può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo, e che solo una verifica caso per caso consente di precisare la natura del rapporto.

Resta utile, allora, evidenziare i caratteri della subordinazione secondo la giurisprudenza, precisandosi, quanto all'onere della prova *ex* art. 2697 cod. civ., che la prova della subordinazione incombe a chi la deduce, non potendosi presumere neppure *juris tantum*, e che così come grava sull'ente previdenziale che invoca la contribuzione, grava sull'ufficio che irroga la sanzione amministrativa, che è onerato, a norma dell'art. 23 della legge n. 689/1981, della prova di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, compresa la sussistenza del vincolo di subordinazione.

La valutazione della sussistenza della subordinazione compete, secondo i principi consolidati affermati dal giudice di legittimità, al giudice di merito, essendosi precisato (tra le tante, Cass. sez. L, Sentenza n. 23455 del 5/11/2009 (Rv. 610907), che, ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, è censurabile in sede di legittimità soltanto la determinazione dei criteri generali ed astratti da applicare al caso concreto, mentre costituisce accertamento di fatto, come tale incensurabile in detta sede, se sorretto da motivazione adeguata ed immune da vizi logici e giuridici, la valutazione delle risultanze processuali che hanno indotto il giudice del merito ad includere il rapporto controverso nell'uno o nell'altro schema contrattuale.

Resta acquisito, altresì, ai fini della qualificazione del rapporto, che occorre aver riguardo all'effettivo contenuto del rapporto stesso, indipendentemente dal *nomen juris* usato dalle parti: ha precisato in tema Cass. n. 14054/2009 che, ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo ovvero subordinato, il *nomen iuris* attribuito dalle parti, al pari di altri elementi quali l'osservanza di un determinato orario di lavoro, la cadenza e la misura fissa della retribuzione, l'assenza di rischio, la continuità della prestazione lavorativa ed altri, ha carattere sussidiario, essendo elemento distintivo del rapporto di lavoro subordinato l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, che si estrinseca in specifiche disposizioni oltre che in una vigilanza e in un controllo assiduo delle prestazioni lavorative, da valutarsi, in relazione alla peculiarità delle mansioni. Secondo Cass., Sez. L, Sentenza n. 4500 del 27/02/2007 (Rv. 595233), elemento indefettibile del rapporto di lavoro subordinato - e criterio discretivo, nel contempo, rispetto a quello di lavoro autonomo - è la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative e non già soltanto al loro risultato, mentre hanno

[192] MASSI, *cit.*, 2010, 5.
[193] MASSI, *ibidem.*
[194] GENTILE, *cit.*, 337.

carattere sussidiario e funzione meramente indiziaria altri elementi del rapporto di lavoro (quali, ad esempio, la collaborazione, l'osservanza di un determinato orario, la continuità della prestazione lavorativa, l'inserimento della prestazione medesima nell'organizzazione aziendale e il coordinamento con l'attività imprenditoriale, l'assenza di rischio per il lavoratore e la forma della retribuzione), i quali - lungi dal surrogare la subordinazione o, comunque, dall'assumere valore decisivo ai fini della prospettata qualificazione del rapporto - possono, tuttavia, essere valutati globalmente, appunto, come indizi della subordinazione stessa, tutte le volte che non ne sia agevole l'apprezzamento diretto a causa di peculiarità delle mansioni, che incidano sull'atteggiarsi del rapporto. Inoltre, non è idoneo a surrogare il criterio della subordinazione nei precisati termini neanche il "nomen iuris" che al rapporto di lavoro sia dato dalle sue stesse parti (cosiddetta "autoqualificazione"), il quale, pur costituendo un elemento dal quale non si può in generale prescindere, assume rilievo decisivo ove l'autoqualificazione non risulti in contrasto con le concrete modalità di svolgimento del rapporto medesimo.

Sul tema della subordinazione, vanno peraltro ricordate alcune sentenze recenti che sembrano porre in dubbio l'affermazione tradizionale della giurisprudenza secondo cui ogni attività umana, economicamente rilevante, può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo, essendosi affermata la natura subordinata (ontologicamente, verrebbe da dire) di talune attività lavorative, quali quelle del cameriere (Cass. Sez. L, Sentenza n. 58 del 7/01/2009, Rv. 606429; in precedenza, Cass. Sez. L, sentenza n. 7304 del 10/07/1999, Rv. 528503) – per la quale si è precisato che <Il vincolo della subordinazione non ha tra i suoi tratti caratteristici indefettibili la permanenza nel tempo dell'obbligo del lavoratore di tenersi a disposizione del datore di lavoro. Ne consegue che la scarsità e saltuarietà delle prestazioni rese da un lavoratore come cameriere ai tavoli di un ristorante, così come il fatto che sia lo stesso ad offrire la propria opera (della quale il titolare del ristorante può o meno avvalersi), non costituiscono elementi idonei a qualificare come autonomo il rapporto di lavoro intercorso tra le parti, essendo invece rilevanti, quali indici di subordinazione, l'assenza di rischio economico per il lavoratore, l'osservanza di un orario e l'inserimento nell'altrui organizzazione produttiva, specie in relazione al coordinamento con l'attività degli altri lavoratori, aspetti questi peraltro connaturati al lavoro di cameriere. (Nella specie la S.C. ha cassato la decisione della Corte territoriale che, oltre a negare la subordinazione, sulla base delle prestazioni saltuarie, non aveva detto come fosse possibile lavorare quale cameriere in un ristorante senza coordinamento con i colleghi e libero dalle direttive datoriali quanto, ad esempio, all'uniformità dell'abbigliamento o alla distribuzione dei tavoli o all'orario di lavoro)>-, ovvero quella del commesso alle vendite (Cass., Sez. L, Sentenza n. 18692 del 6/09/2007, Rv. 598849, secondo la quale <La prestazione di attività lavorativa onerosa all'interno dei locali dell'azienda, con materiali ed attrezzatura proprie della stessa e con modalità tipologiche proprie di un lavoratore subordinato, in relazione alle caratteristiche delle mansioni svolte (nella specie, commesso addetto alla vendita), comporta una presunzione di subordinazione, che è onere del datore di lavoro vincere>).

Tornando alla maxi-sanzione, nel testo riformato, la circolare ministeriale n. 38 del 2010 ha precisato sul punto che nessuna sanzione potrà essere irrogata in relazione a quelle tipologie di prestazione per quali non è prevista la comunicazione anticipata al centro per l'impiego, quali, ad esempio, le prestazioni occasionati ed accessorie (art. 70 del d.lgs. n. 276/2003) ed alle collaborazioni familiari per la cui regolarità si richiede, rispettivamente, la comunicazione anticipata al centro di contatto INPS-INAIL e la denuncia preventiva all'INAIL.

L'applicazione della maxi-sanzione deve intendersi allora limitata all'eventualità che gli ispettori dimostrino, senza automatismi, che nonostante le apparenze il rapporto di lavoro si è concretamente sviluppato con tutte le caratteristiche del lavoro subordinato.

La dottrina[195] ha distinto tre differenti situazioni: 1) rapporti di lavoro autonomi e parasubordinati genuini, ma non resi noti alla Pubblica Amministrazione attraverso le forme di pubblicizzazione documentale previste dall'ordinamento; 2) rapporti di lavoro solo formalmente

[195] PAGANO, *Misure contro il lavoro sommerso. la nuova maxisanzione del collegato lavoro,* in www.dplmodena.it, 2010, 7.

autonomi e parasubordinati, perché instaurati con le forme documentali previste per legge, ma sostanzialmente subordinati; 3) rapporti di lavoro apparentemente autonomi e parasubordinati, perché rappresentati tali dalle parti ma sostanzialmente subordinati, sconosciuti alla Pubblica Amministrazione.

Diverse sono infatti le conseguenze nelle tre fattispecie.

Nel primo caso, a differenza della previgente regolamentazione, l'omessa comunicazione preventiva al Centro per l'impiego per rapporti di lavoro relativamente a rapporti di lavoro genuinamente instaurati con lavoratori autonomi e parasubordinati non importa più, nel sistema del collegato lavoro, l'applicazione della maxi-sanzione.

Con riferimento alla seconda ipotesi va considerato che la nuova norma attribuisce rilevanza agli adempimenti contributivi posti in essere dal datore di lavoro in una fase prece dente all'ispezione «anche se trattasi di differente qualificazione»; ciò implica, secondo l'opinione diffusa in dottrina[196] che, qualora nel corso di un accesso ispettivo venga accertata, ad esempio, la presenza di un lavoratore di fatto impiegato come lavoratore subordinato nei cui confronti non e` stata effettuata la comunicazione anticipata di assunzione al Centro per l'impiego ma che comunque risulta iscritto alla Gestione separata dell'Inps come co.co.co nei suoi confronti non dovrebbe trovare applicazione la nuova maxisanzione, atteso che il datore di lavoro ha effettuato, prima dell'ispezione, un adempimento contributivo (l'iscrizione alla Gestione separata Inps per i lavoratori parasubordinati) idoneo a provare la sua volontà di non voler occultare il rapporto di lavoro, sicché la contestazione dell'organo di vigilanza avrà ad oggetto la corretta qualificazione del rapporto di lavoro.

Restando alla seconda ipotesi, secondo tale orientamento -tuttavia non pacifico- non si applica, in quanto non prevista ove dagli adempimenti di carattere contributivo, precedentemente assolti, si evidenzi comunque la volontà di non occultare il rapporto, atteso che nel caso il rapporto è stato comunque reso noto alla Pubblica Amministrazione, anche se sotto diversa qualificazione giuridica.

Si è detto così che, <esemplificando, la fruizione di una prestazione resa nelle forme dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, per la quale sia stata omessa la preventiva comunicazione telematica di instaurazione del rapporto, risultata, al termine degli accertamenti, non genuina, non è soggetta a maxi-sanzione laddove l'associato in partecipazione sia stato regolarmente iscritto alla gestione separata. Alla medesima conclusione si deve peraltro giungere nei casi in cui sia stata effettuata preventivamente la comunicazione di assunzione ma siano stati omessi gli adempimenti di carattere contributivo. In tale eventualità, infatti, ci troveremo, comunque, una volta operata la riqualificazione da lavoro autonomo o parasubordinato a lavoro subordinato, in impiego di fatto di lavoratore subordinato, in senso sostanziale, per il quale è stata effettuata la prevista comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro, seppur per una diversa tipologia contrattuale>.[197]

Nello stesso senso, si è ribadito[198] che, in caso di formale instraurazione di un rapporto di lavoro autonomo o subordinato nel rispetto dei relativi obblighi documentali, la differente qualificazione giuridica dello stesso in chiave di subordinazione, adottata dagli organi di vigilanza in sede di accertamento ispettivo, non comporta l'applicazione della maxi-sanzione, trattandosi di errato inquadramento della fattispecie lavorativa.

Secondo altro indirizzo, invece, poiché la comunicazione alla p.a., è nel caso effettuata per rapporto di lavoro autonomo, manca una valida comunicazione per lavoro subordinato e dunque sarebbe applicabile la maxi-sanzione: <rimane tuttavia irrisolta la problematica, non rara, del disconoscimento di prestazioni autonome occasionali, svoltesi alla luce del sole, versando puntualmente le relative ritenute fiscali, ma ritenute non genuine dal personale ispettivo e ricondotte a rapporti di lavoro subordinato. La ritenuta natura subordinata del rapporto di lavoro potrebbe autorizzare l'irrogazione della maxi-sanzione ed il versamento delle ritenute fiscali non può certamente definirsi un adempimento contributivo, anche se ugualmente dimostra la volontà di non

[196] PAGANO, *op. loc. cit.*; DEL TORTO, *Nuova maxisanzione per lavoro sommerso,* in *Dir. Prat. Lav.,* 2011, 1, 19.
[197] PAGANO, *loc. cit.,* 8.
[198] GENTILE, *loc. cit.,* 338.

occultare il rapporto di lavoro e l'ammontare delle somme corrisposte. Al riguardo, la circolare ministeriale si limita ad affermare che l'adempimento degli obblighi fiscali impedisce di "dare per accertato" il carattere subordinato della prestazione, che pertanto dovrà essere rigorosamente dimostrato dal personale ispettivo, ma nel paragrafo successivo non accenna ad alcuna efficacia scriminante degli adempimenti fiscali ed anzi ribadisce che l'effetto scriminante, "può essere riconosciuto soltanto ai documenti previdenziali di tipo contributivo".

Pertanto in caso di disconoscimento di una prestazione autonoma occasionale, si profila il rischio di incorrere nella "maxi-sanzione", perlomeno fino al superamento della soglia di reddito di 5000,00 euro annui, oltre la quale scatta l'obbligo contributivo alla gestione separata Inps, a norma dell'art. 44 del D.L. n. 269/03, convertito in L. n. 326/03>.[199]

Nella terza fattispecie, relativa al caso di rapporti di lavoro apparentemente autonomi e parasubordinati, perché rappresentati tali dalle parti ma sostanzialmente subordinati, sconosciuti alla Pubblica Amministrazione, trova invece applicazione la maxi-sanzione.

Con riferimento a tale ipotesi, va evidenziato che dalla nuova formulazione della disciplina della maxi-sanzione deriva il diverso campo di applicazione della maxi-sanzione rispetto a quello concernente il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale di cui all'art. 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, posto che questo riguarda non i soli lavoratori subordinati ma tutti i rapporti di lavoro, sicché il provvedimento di sospensione -a differenza del provvedimento irrogativo della maxi-sanzione- prescinde dalla qualificazione giuridica del rapporto intercorrente tra datore di lavoro/committente e lavoratore (ed inoltre è provvedimento che ha funzione anche cautelare, essendo volto a ripristinare il regolare esercizio dell'attività d'impresa nell'accezione più ampia e comprensiva di tutte le tipologie di prestazione lavorativa utilizzate nell'azienda): dalla differenza di presupposti applicativi dei due istituti deriva che sarà possibile l'adozione di un provvedimento di sospensione dell'attività d'impresa non seguito dalla maxi-sanzione.

Non vi è invece differenza quanto agli elementi da cui desumere il lavoro nero, atteso che già con le circolari n. 20 del 2008 e 33 del 2009, il ministero del Lavoro aveva chiarito che, con l'abrogazione del libro matricola e dell'obbligo di iscrizione preventiva, prima della immissione al lavoro, dei lavoratori occupati nei documenti di lavoro, il personale ispettivo dovrà fondare l'accertamento della sussistenza di un impiego lavorativo in nero esclusivamente sulla effettuazione della comunicazione obbligatoria di instaurazione del rapporto di lavoro, di cui all'articolo 1, comma 1180, della legge n. 296 del 2006.

La dottrina[200] ha piuttosto sottolineato che si porrà <il problema di come regolarizzare i rapporti di lavoro per ottenere, ad un tempo, la revoca del provvedimento di sospensione e l'ammissione al pagamento in misura minima della maxi-sanzione. La circolare n.33/09, infatti, consente di ottenere la revoca del provvedimento di sospensione dell'attività d'impresa regolarizzando i rapporti di lavoro contestati dal personale ispettivo con qualsiasi tipologia contrattuale, purché non richieda *ab origine* la forma scritta a pena di nullità, ripristinando anche solo una parvenza di legalità, che magari potrà essere oggetto di successivi accertamenti e contestazioni da parte del personale ispettivo, ma nel frattempo consente di riprendere l'attività lavorativa. È comprensibile, allora, la tentazione di provare a sottrarsi alla nuova maxi-sanzione sostenendo la natura non subordinata delle prestazioni e provvedendo a regolarizzarle di conseguenza, anziché come prescritto dal personale ispettivo. Così facendo, però, se da un lato si potrà verosimilmente ottenere la revoca del provvedimento di sospensione, dall'altro, si deve essere consapevoli che contravvenendo alla diffida impartita dal personale ispettivo (che fino a prova contraria presume la subordinazione) si perde la possibilità di estinguere le violazioni mediante il pagamento della sanzione minima di 1500,00 euro per ogni lavoratore e 37, 50 per ogni giorno di lavoro. Il Ministero, inoltre, pur richiamando la citata circolare n. 33/09, che ai fini della revoca del provvedimento di sospensione ammette la possibilità di regolarizzare il rapporto di lavoro con qualsiasi tipologia

[199] MILLO, *Alcune riflessioni sulla nuova "maxi-sanzione" dopo la circolare del Ministero del Lavoro n. 38,* in *La Circolare di Lavoro e Previdenza,* n. 48 del 13 dicembre 2010, 13.
[200] MILLO, *op. cit.,* 2010, 13.

contrattuale che non richieda la forma scritta a pena di nullità, ai fini della diffida si spinge ad affermare che "di norma" la regolarizzazione risulterà possibile "esclusivamente con contratti di natura subordinata a tempo pieno ed indeterminato o con...orario non inferiore a venti ore settimanali". Non solo. Per ammettere il trasgressore al pagamento della sanzione minima, le disposizioni ministeriali impongono al personale ispettivo di verificare, oltre all'avvenuta comunicazione al Centro per l'impiego dell'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato, anche l'effettivo versamento dei contributi obbligatori, per i quali siano scaduti i termini di pagamento, anche nel lasso di tempo assegnato per adempiere alla diffida>.

Alla contemporanea sospensione dell'attività d'impresa e contestazione della maxi-sanzione da parte del personale ispettivo, allora, si prospetterà il seguente scenario: <il presunto trasgressore, volendo riaprire al più presto, dovrà decidere rapidamente se accettare l'esito dell'accertamento e regolarizzare i dipendenti a tempo pieno ed indeterminato o comunque con orario non inferiore a venti ore settimanali, versando anche i relativi contributi, per fruire dei benefici della diffida o se invece intende sostenere una diversa qualificazione delle prestazioni, regolarizzandole di conseguenza per ottenere la revoca del provvedimento di sospensione e preparandosi ad adire le vie giudiziarie>.

La nuova normativa prevede la non applicabilità della maxi-sanzione, "qualora dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzi comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione".

La vecchia disciplina poneva il problema di individuare i documenti in grado di po*ter* accertare che il lavoratore non fosse da considerare "irregolare": l'art. 3, co. 3, l. 73 del 2002, in particolare, prevedeva che "Ferma restando l'applicazione delle sanzioni previste, l'impiego di lavoratori dipendenti non risultanti dalle scritture o altra documentazione obbligatorie, è altresí punito con la sanzione amministrativa dal 200 al 400 per cento dell'importo, per ciascun lavoratore irregolare, del costo del lavoro calcolato sulla base dei vigenti contratti collettivi nazionali, per il periodo compreso tra l'inizio dell'anno e la data di constatazione della violazione".

La giurisprudenza si era occupato di un problema analogo ai fini della distinzione tra omissione ed evasione contributiva, ove aveva precisato (Sez. U, Sentenza n. 4808 del 07/03/2005 (Rv. 580696), che in tema di obbligazioni contributive nei confronti delle gestioni previdenziali e assistenziali, la mancata presentazione del modello DM/10 (recante la dettagliata indicazione dei contributi previdenziali da versare) configura la fattispecie della evasione - e non già della semplice omissione - contributiva, ricadente nella previsione della lettera b) dell'art. 1, comma secondo 17, della legge n. 662 del 1996, che commina una sanzione "una tantum" il cui pagamento (alla stregua della modifica apportata al predetto comma secondo 17 dall'art. 59 della legge n. 449 del 1997) può essere evitato effettuando la denuncia della situazione debitoria spontaneamente (prima, cioè, di contestazioni o richieste da parte dell'ente) e comunque entro sei mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi, purché il versamento degli stessi sia poi effettuato entro trenta giorni dalla denuncia (cd. ravvedimento operoso), senza che, "in subiecta materia", spieghi influenza l'entrata in vigore dell'art. 116, commi 8 ss. della legge n. 388 del 2000 (configurante la fattispecie dell'evasione contributiva in termini diversi e più favorevoli al datore di lavoro), attesane la indiscutibile inapplicabilità alle vicende precedenti alla sua entrata in vigore.

La circolare ministeriale richiamata ha affermato che non è soggetto alla maxi-sanzione il datore di lavoro che, antecedentemente al primo accesso in azienda del personale ispettivo o di una eventuale convocazione per l'espletamento del tentativo di conciliazione monocratica, regolarizzi spontaneamente e, integralmente, per l'intera durata, il rapporto di lavoro, avviato originariamente senza la comunicazione preventiva di instaurazione. Più in particolare, fino alla scadenza del primo adempimento contributivo (giorno 16 del mese successivo a quello di inizio del rapporto) il datore di lavoro che non sia stato destinatario di accertamenti ispettivi potrà evitare l'applicazione della maxisanzione anche con la sola comunicazione al Centro per l'impiego da cui risulti la data di effettiva instaurazione del rapporto di lavoro (fermi restando i successivi e conseguenti adempimenti previdenziali e la piena sanzionabilità anche della tardiva comunicazione).

Successivamente alla data di scadenza degli obblighi contributivi, il datore di lavoro – a

condizione che non sia stato avviato alcun procedimento di verifica, controllo, richieste di documenti o informazioni, accertamento, ivi compreso il tentativo della conciliazione monocratica- potrà andare esente dalla maxi-sanzione esclusivamente qualora proceda a denunciare spontaneamente la propria situazione debitoria entro e non oltre dodici mesi dal termine stabilito il pagamento dei contributi o premi riferiti al primo periodo di paga e sempre che il versamento degli interi importi dei contributi o premi dovuti agli istituti previdenziali per tutto il periodo di irregolare occupazione sia effettuato entro 30 giorni dalla denuncia, in uno col pagamento della sanzione civile di cui all'art. 116, co. 8, lett. b), della l. n. 388 del 2000, e previa comunicazione al Centro per l'impiego da cui risulti la data di effettiva instaurazione del rapporto di lavoro (ferma restando la sanzionabilità anche della tardiva comunicazione).

Oggi che non è applicabile la maxi-sanzione, "qualora dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzi comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione", la circolare ministeriale n. 18 del 2010 ha previsto che, tra gli adempimenti di carattere contributivo idonei a provare la volontà del datore di lavoro di non voler occultare il rapporto di lavoro oggetto di accertamento ispettivo, rientrano le denunce mensili effettuate all'Inps (DM10, Emens, Uniemens) per i lavoratori dipendenti, nonché i versamenti fiscali e contributivi effettuati in precedenza, pur se riferiti ad una diversa qualificazione del rapporto di lavoro, e così gli adempimenti contributivi riferiti a gestioni previdenziali diverse da quelle del Fondo lavoratori dipendenti (ad es. l'iscrizione alla Gestione separata Inps con riferimento ai lavoratori parasubordinati collaboratori, ecc.).

Altri adempimenti non sono ritenuti [201] tali da evitare l'applicazione della maxi-sanzione:

a) la registrazione sul libro unico del lavoro, atteso che non si tratta di un adempimento obbligatorio e non ha data certa, perlomeno fino a quando, dopo la scadenza del 16 del mese successivo, essa ottiene un riscontro da corrispondenti versamenti contributivi e denunce agli enti previdenziali.;
b) la consegna del contratto individuale di lavoro in alternativa alla copia della comunicazione inviata on-line al centro per l'impiego: esso è, a tutti gli effetti, una scrittura privata e, quindi, inidonea a comprovare la volontà di non occultare il rapporto di lavoro, essendo comunque nota solo alle parti e pertanto del tutto inidonea comprovare la volontà di non occultare il rapporto di lavoro alle istituzioni ed in ogni caso non avendo natura contributiva;
c) la presenza di tesserini di riconoscimento obbligatori nei cantieri edili (art. 36-*bis*, commi 3 e 5, della legge n. 248/2006) e negli appalti interni (art. 26. comma 8 e 55, comma 4, lettera m) del d.lgs. n. 81/2008), in quanto gli stessi non hanno una data certa e non assicurano la conoscibilità del rapporto di lavoro se non in occasione di un accertamento degli organi di vigilanza ed in ogni caso non hanno natura contributiva.

Le precisazioni giurisprudenziali relative alle condizioni di desumibilità del carattere non occulto del rapporto ai fini della sanzioni dell'omissione contributiva non sono trasponibili alla fattispecie della maxi sanzione, in quanto per l'applicazione della stessa non si parla più di lavoratori genericamente "non risultanti dalle scritture obbligatorie", ma di lavoratori impiegati "senza la preventiva comunicazione" di instaurazione del rapporto di lavoro al Centro per l'impiego.

Come precisato ancora nella circolare ministeriale n. 38 del 2010, la maxi-sanzione assorbe la previgente sanzione per l'omessa comunicazione al Centro per l'impiego, prevista dall'art. 19 del d.lgs. n. 276/2003, che tuttavia non è abrogata e continuerà a trovare applicazione in tutti i casi in cui non è applicabile la nuova maxi-sanzione, ad esempio quando ricorrano le esimenti previste dalla norma o quando si tratta di datori di lavoro pubblici o domestici o di rapporti di lavoro non subordinati, per i quali sia comunque prescritta la comunicazione al Centro per l'impiego, quali le collaborazioni coordinate e continuative, i contratti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro ed i tirocini finalizzati all'inserimento lavorativo.

[201] Sul tema, altresì, MASSI, 2010, *cit.*; PAGANO, *Misure contro il lavoro sommerso. La nuova maxisanzione del collegato lavoro, loc. cit.*

La dizione legale ("ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore…si applica altresì…") evidenzia che la maxisanzione ha carattere aggiuntivo, sicché, in aggiunta alla maxi-sanzione, continuano invece ad applicarsi altresì le altre sanzioni conseguenti all'omissione degli ulteriori adempimenti previsti per la regolare assunzione e gestione del personale dipendente (consegna del contratto o della comunicazione di assunzione, prospetto di paga, registrazione sul libro unico del lavoro, comunicazione delle variazioni o della cessazione del rapporto di lavoro).

Nella circolare ministeriale n. 38 del 2010, il Ministero ritiene applicabile la maxi-sanzione anche in aggiunta alle sanzioni penali previste nel caso di impiego irregolare di stranieri privi del permesso di soggiorno o di minori privi dei requisiti per l'ammissione al lavoro: si prevede infatti che riguardo ai lavoratori extracomunitari clandestini, o comunque privi del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, occupati irregolarmente, il delitto di occupazione di manodopera clandestina di cui all'art. 22, comma 12, del d.lgs. n. 286 del 1998, convive con la novellata maxisanzione, ipotesi sanzionatoria aggiuntiva che punisce non la condotta penalmente rilevante, ma la fattispecie dell'occupazione di lavoratori non regolarizzabili.

Analogamente la circolare afferma l'applicabilità della maxi-sanzione anche in relazione dell'ipotesi dell'impiego di minori, bambini ed adolescenti, che siano privi dei requisiti legalmente stabiliti per l'ammissione al lavoro in qualsiasi forma, ai sensi della legge n. 977 del 1967, nel testo modificato dal d.lgs. n. 345 del 1999.

La tardiva comunicazione al Centro per l'impiego dell'instaurazione del rapporto di lavoro, effettuata dal datore di lavoro spontaneamente ed in data antecedente all'intervento ispettivo con strumento avente data certa, quale strumento idoneo a dimostrare la volontà di non occultare il rapporto di lavoro, ha efficacia sanante, purché veritiera, ferma restando la sanzione dovuta per il ritardo dall'art. 19, del d.lgs. n. 276/2003, ridotta al minimo in considerazione della regolarizzazione (€. 100). Ove invece il datore di lavoro abbia effettuato una comunicazione infedele tralasciando di comunicare le giornate di lavoro svolte in precedenza che, quindi, rimangono "in nero", troverà ancora applicazione la nuova maxi-sanzione, per quanto nella fattispecie minore.

Infine, va ricordato sul punto che, secondo la circolare ministeriale, la maxi-sanzione non opera quando il datore di lavoro si è affidato a professionisti o associazioni di categoria e si trovi a non poter effettuare la comunicazione in via telematica per le ferie o la chiusura dei soggetti abilitati, se ha provveduto ad inviare la comunicazione preventiva si assunzione, a mezzo fax e a condizione che documenti al personale ispettivo l'affidamento degli adempimenti ad un soggetto abilitato e la chiusura dello stesso (fermo restando l'obbligo di inviare la comunicazione ordinaria nel primo giorno utile successivo alla riapertura degli studi o degli uffici).

Ulteriore novità del collegato lavoro concerne l'importo delle sanzioni civili per le violazioni previdenziali.

La previgente normativa (legge n. 73 del 2002) stabiliva una sanzione commisurata al costo del lavoro, essendosi punito l'impiego di lavoratori dipendenti non risultanti dalle scritture o altra documentazione obbligatorie con la sanzione amministrativa dal 200 al 400 per cento dell'importo, per ciascun lavoratore irregolare, del costo del lavoro calcolato sulla base dei vigenti contratti collettivi nazionali, per il periodo compreso tra l'inizio dell'anno e la data di constatazione della violazione. Con il comma 7 dell'art. 36-*bis* della legge 248/2008, poi, si era prevista una sanzione composita, costituita da un importo minimo e massimo (€ 1.500 - € 12.000) ed un importo in misura fissa di € 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo; la medesima norma aveva stabilito che l'importo delle sanzioni civili, connesse all'omesso versamento dei contributi e premi riferiti a ciascun lavoratore irregolare, non potesse essere inferiore a euro 3.000, indipendentemente dalla durata della prestazione lavorativa accertata, e dunque (cfr. messaggio INPS n. 20551 del 17 settembre 2008) la sanzione nel minimo era applicabile anche se riferita ad un solo giorno di lavoro non registrato.

Il collegato lavoro individua oggi due distinte fattispecie, alle quali sono associati differenti trattamenti sanzionatori, in relazione al principio di proporzionalità della sanzione, differenziandosi

la disciplina a seconda se il rapporto sia al nero completamente, ovvero se il lavoratore risulti regolarmente occupato per un periodo lavorativo successivo.

La dottrina[202] si è posto il problema se, per l'applicazione dell'ipotesi sanzionatoria minore, il periodo di regolare occupazione debba seguire temporalmente il periodo di impiego in nero senza soluzione di continuità, ovvero se possa essere preso in considerazione qualsiasi periodo lavorativo regolare, ovviamente per prestazioni rese in favore del medesimo datore di lavoro, purché successivo a quello irregolare ed effettuato a distanza di tempo, affermando che <prima soluzione proposta rappresenta la corretta chiave di lettura dell'inciso in analisi. Solo in una tale ottica si può nettamente distinguere una differente gravità nella condotta posta in essere dal trasgressore. E' evidente che colui che venga colto nell'impiego di personale ancora privo di regolare assunzione, al momento della verifica ispettiva, meriti un trattamento sanzionatorio più gravoso, rispetto a chi, successivamente all'utilizzo di manodopera in nero, abbia poi ritenuto di riallinearsi alle regole dell'Ordinamento Giuridico, assumendo detto lavoratore, se pur con decorrenza successiva alla data di effettivo inizio della prestazione lavorativa. In tale ultimo caso si tratterebbe, comunque, di un unico rapporto di lavoro, iniziato in modo irregolare ma poi, senza soluzione di continuità, proseguito in modo regolare. Laddove, invece, si riscontrasse una consistente soluzione di continuità tra la fase di impiego in nero e quella regolare, ci troveremmo di fronte a due distinti rapporti di lavoro, uno dei quali, il primo è avvenuto nella sua totalità, dalla sua instaurazione alla sua conclusione, in netto contrasto con l'Ordinamento Giuridico, meritando per ciò solo il più grave dei trattamenti sanzionatori>.

Lo stesso autore ricorda pure che <ove il datore di lavoro regolarizzi spontaneamente e prima di un eventuale controllo ispettivo un precedente periodo lavorativo in nero, effettuando, anche se tardivamente, la comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro con decorrenza dal giorno di effettivo inizio della prestazione lavorativa, lo stesso non sarà in ogni caso soggetto a maxisanzione ma unicamente alla sanzione prevista per il ritardo nella comunicazione>.

Essendo prevista ed anzi incentivata dal sistema la possibilità di regolarizzazione (art. 16 l. 689 del 1981), nel regime dettato dalla nuova disciplina, nel caso di lavoro completamente al nero, importi della maxisanzione in misura ridotta saranno pari ad € 3.000 per ogni lavoratore e ad € 50 per ogni giornata di irregolare occupazione, mentre gli importi in misura ridotta previsti per la fattispecie di minore gravità del lavoro temporalmente al nero saranno pari ad € 2.000 per ogni lavoratore ed € 10 per ogni giornata di irregolare occupazione.

7. Disciplina transitoria.

Il passaggio al nuovo regime sanzionatorio è stato disciplinato rinviando alle previsto del d.lgs. n. 472 del 1997, che all'art. 3, co. 3, statuisce il principio del *favor rei* per cui <se la legge in vigore nel momento in cui è stata commessa la violazione e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, si applica la legge più favorevole, salvo che il provvedimento di irrogazione sia divenuto definitivo> (sul tema, vedi pure Cass. n. 9217 del 2008).

Per il principio di stretta legalità vigente in materia di illeciti amministrativi, le nuove sanzioni saranno applicabili solo a decorrere dalla data di entrata in vigore della norma, anche se eventualmente più favorevoli (art. 1 legge n. 689/1981). Il carattere permanente dell'illecito, tuttavia, consente di applicare la nuova norma alle violazioni commesse "a cavallo" della data del 24/11/2010, come osserva giustamente il Ministero. Pertanto un periodo di prova in nero iniziato prima del 24/11/2010 e terminato dopo tale data potrà essere sanzionato con la nuova maxi-sanzione attenuata, da 1000 a 8000 euro, maggiorata di 30 euro al giorno. La circolare evidenzia inoltre il carattere procedurale delle disposizioni in materia di diffida ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 124/2004 e di riduzione delle sanzioni a norma dell'art. 16 della Legge n. 689/1981, per trarne correttamente la conseguenza che esse devono applicarsi anche a condotte commesse in precedenza, se sanzionate sotto la vigenza della nuova procedura. Pertanto potranno essere estinte anche le violazioni già contestate, mediante pagamento della sanzione ridotta prevista dal citato art. 16 (deve

[202] PAGANO, *Misure contro il lavoro sommerso. La nuova maxisanzione del collegato lavoro, cit.*, 2010, 9.

intendersi, entro il termine di legge di 60 giorni dalla notificazione del verbale). Per quanto riguarda le violazioni consumatesi prima del 12/08/2006, in ossequio ai principi generali di stretta legalità ed irretroattività, la circolare evidenzia che con la modifica dell'art. 36-*bis*, comma 7-*bis*, del D.L. n. 223/2006 ("Decreto Bersani"), introdotto dall'art. 1, comma 54, della Legge n. 247/2007 ("Protocollo *welfare*"), viene attribuita alle Direzioni Provinciali del Lavoro la competenza ad irrogare la maxi-sanzione solo per le violazioni "commesse" (non più "constatate") dopo tale data, mentre quelle precedenti tornano di competenza dell'Agenzia delle entrate. Trattandosi di un illecito continuato, devono ritenersi sanzionabili da parte della Direzioni Provinciali del Lavoro anche i rapporti di "lavoro nero" avviati in precedenza, ma proseguiti dopo l'entrata in vigore del "Decreto Bersani", conteggiando ai fini della maggiorazione di 150 euro anche le giornate di lavoro prestate anteriormente, in quanto assunte come parametro di gravità della violazione e di quantificazione della sanzione prevista dalla normativa sopravvenuta (Min. Lavoro, 28/09/2006, circ. n. 29). Il carattere permanente dell'illecito comporta l'irrogazione della "maxi-sanzione" a tutti coloro che si sono succeduti alla guida dell'impresa nel periodo in contestazione, limitatamente alla somma prevista per ciascun lavoratore irregolarmente occupato, mentre la maggiorazione di 150 euro al giorno andrà ripartita in relazione al periodo di responsabilità di ciascuno. La circolare infine richiama l'attenzione sulla notevole attenuazione delle sanzioni civili per l'omissione contributiva, specialmente nel caso di violazioni di breve durata: da un minimo di 3.000 euro, si passa ad un incremento del 50% delle sanzioni civili dovute per l'evasione contributiva, che com'è noto consistono in una maggiorazione dei contributi non versati del 30% all'anno, fino ad un massimo del 60% (art. 116 della Legge n. 388/2000) e che quindi devono ritenersi elevate al 45% all'anno, fino ad un massimo del 90%. Da ultimo, la circolare evidenzia che dal 24/11/2010 all'irrogazione della "maxi-sanzione" provvedono tutti gli organi di vigilanza che effettuano accertamenti in materia di lavoro, fisco e previdenza, che in caso di mancato pagamento, dovranno redigere rapporto ai sensi dell'articolo 17 della Legge n. 689/1981 alla Direzione provinciale del lavoro.

Con il collegato lavoro, le sanzioni civili sono aumentate del 50%, ma nel contempo viene abolito l'importo minimo di 3.000 euro: da un minimo di 3000,00 euro, si passa ad una maggiorazione del 50% sulle sanzioni civili ordinariamente dovute per l'evasione contributiva, che consistono in una maggiorazione dei contributi non versati del 30% all'anno, fino ad un massimo del 60% e che quindi sono oggi innalzate al 45% all'anno, fino ad un massimo del 90%.

Le nuove sanzioni civili (e quindi anche l'esclusione dell'importo minimo) trovano applicazione -secondo le indicazioni ministeriali- anche in relazione alle violazioni pregresse, fermo restando che le sanzioni si applicano esclusivamente nei casi in cui siano già scaduti, al momento dell'accesso ispettivo, i termini per il pagamento dei contributi e dei premi con riferimento al periodo di lavoro irregolare accertato.

Quanto alla competenza ad irrogare la maxi-sanzione, come noto, in passato essa era riferita all'Agenzia delle Entrate e quindi successivamente è passata alle Direzioni Provinciali del Lavoro, alle quali compete sia la contestazione della violazione che l'eventuale ordinanza ingiunzione.

La modifica ha avuto portata notevole per gli effetti sulla giurisdizione in relazione alle impugnazioni della sanzione: infatti, ai sensi del d.lgs. 546/92 come sostituito dall'art. 12 co. 2 della l. 448/2001, le impugnazioni dei provvedimenti dell'Agenzia delle Entrate, al pari di quelli degli uffici finanziari, si effettuavano innanzi alle commissioni tributarie: le Sez. U, nell'ordinanza n. 2888 del 10/02/2006 (Rv. 586992), avevano affermato che, <<in applicazione del nuovo testo dell'art. 2 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, introdotto dall'art. 12 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 - il quale ha previsto l'attribuzione alla giurisdizione tributaria di tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie, compresi quelli regionali, provinciali e comunali e il contributo per il Servizio sanitario nazionale, nonché le sovrimposte e le addizionali, le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari, gli interessi e ogni altro accessorio -, è devoluta alla giurisdizione delle commissioni tributarie la controversia relativa all'opposizione avverso l'ordinanza irrogativa di sanzione amministrativa emessa dall'amministrazione finanziaria per violazione dell'art. 3, comma terzo, del d.l. 22 febbraio 2002, n. 12, convertito nella legge n. 23 aprile 2002, n. 73, relativa all'omessa registrazione di lavoratore dipendente nelle scritture obbligatorie. Infatti, pur non

potendosi riconoscere a quest'ultima disposizione natura propriamente tributaria, deve ritenersi che la relativa sanzione amministrativa si aggiunge al sistema sanzionatorio contenuto nei decreti legislativi nn. 471, 472 e 473 del 18 dicembre 1997, dal momento che, ai sensi dell'art. 3, comma quarto, del suddetto d.l. n. 12 del 2002, competente ad irrogare la sanzione è l'Agenzia delle entrate, con la conseguenza che viene in rilievo la specifica previsione di competenza del giudice tributario per "le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari", come risultante dal novellato art. 2 del citato d.lgs. n. 546 del 1992, il quale prevede che tale giurisdizione sussiste, in via residuale, anche con riferimento all'organo (Agenzia delle entrate) che applica una sanzione amministrativa in ordine ad infrazioni commesse in violazione di norme di svariato contenuto, non necessariamente attinenti a tributi (come nella specie), per quanto evidenziato dall'impiego del termine "comunque">>.

Successivamente, invece, l'attribuzione alla Direzione provinciale del lavoro del potere sanzionatorio, implica la devoluzione del contenzioso relativo alla giurisdizione del giudice ordinario. In altri termini, la giurisdizione era determinata non dalla materia ma in relazione all'organo competente ad irrogare la sanzione, nel senso che l'applicazione della sanzione da parte di un ufficio finanziario radicava la giurisdizione delle commissioni tributarie anche nel caso si trattasse di infrazione non strettamente tributaria, sebbene ciò non era in linea con la carta costituzionale, tanto che la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1, d.lgs. 546 del 1997 per contrasto con l'art. 102 Cost. e VI *transit*.

La giurisprudenza di legittimità si era quindi adeguata: secondo sez. U, Sentenza n. 15846 del 7/07/2009 (Rv. 609026), infatti, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 130 del 2008, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 del d.lgs. n. 546 del 1992 (come sostituito dall'art. 12, comma secondo, della legge n. 448 del 2001), nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione tributaria le controversie relative a tutte le sanzioni irrogate da uffici finanziari, anche quando conseguano alla violazione di disposizioni non aventi natura fiscale, deve escludersi la giurisdizione del giudice tributario in ordine alle controversie aventi ad oggetto l'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. 3, comma 3, del d.l. 22 febbraio 2002, n. 12 per omessa registrazione del lavoratore dipendente nelle scritture obbligatorie, con la conseguente devoluzione di tali controversie alla giurisdizione ordinaria.

Il collegato lavoro prevede oggi l'estensione della competenza ad irrogare la maxi-sanzione a tutti gli organi di vigilanza in materia di lavoro, fisco e previdenza che, in caso di mancato pagamento della sanzione ridotta, ne fanno rapporto alla Direzione provinciale del lavoro.

La nuova disciplina ha novellato l'art. 3, comma 5. della legge n. 73/2002, che in precedenza escludeva l'applicabilità alla maxi-sanzione dell'istituto della diffida previsto dall'art. 13 del d.lgs. n. 124/2004; oggi la norma non reca più l'esclusione dell'applicabilità dell'istituto, che può ritenersi conseguentemente ammesso (e tale lo considera la circolare n. 38 del 2010), anche in considerazione del carattere documentale e materialmente sanabile degli adempimenti omessi.

Oggi, il trasgressore che regolarizzi la violazione a seguito della diffida impartita dal personale ispettivo potrà essere ammesso ad estinguere le violazioni mediante il pagamento di una sanzione pari al minimo edittale (€. 1500 o 1000 nell'ipotesi ridotta), maggiorato di un quarto della sanzione stabilita in misura fissa (€. 37.50 o 7,50 nell'ipotesi ridotta).

Si è peraltro affermato[203] che, siccome il potere di impartire la diffida obbligatoria, inizialmente previsto solo per gli ispettori del lavoro, è stato esteso dall'art. 33 comma 6 del Collegato lavoro agli ispettori e ai funzionari amministrativi degli enti e degli istituti previdenziali per le inadempienze da essi rilevate, ed il successivo comma 7 dell'art. 33 estende il potere di diffida agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria che accertano, qualora, ad esempio, gli ispettori dell'Inps o i Militari della Guardia di finanza accertino l'impiego di lavoratori subordinati in nero potranno loro stessi impartire la relativa diffida obbligatoria.

Allora, il personale suddetto provvederà alla contestazione e notificazione della maxisanzione mediante il verbale unico di accertamento e notificazione ed alla notificazione delle sanzioni

[203] DEL TORTO, *Nuova maxisanzione per lavoro sommerso*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2011, 1, 19.

associate al lavoro nero rientrante nelle rispettive e specifiche competenze, mentre, per le violazioni di esclusiva competenza del ministero del Lavoro, gli organi di vigilanza trasmetteranno le segnalazioni alle direzioni provinciali del lavoro; in caso di mancato pagamento della maxisanzione, gli organi di vigilanza invieranno rapporto circostanziato alla direzione provinciale del lavoro competente, ai fini dell'emanazione di un provvedimento di ingiunzione al pagamento (o di archiviazione, ove sia verificato l'avvenuto pagamento delle somme).

La diffida non sarà invece applicabile nel caso di utilizzo irregolare da parte del datore di lavoro di lavoratori extracomunitari clandestini, o comunque privi di permesso di soggiorno per motivi di lavoro, e di minori non occupabili, trattandosi di condotta datoriale non sanabile.

Quanto all'opposizione all'ordinanza ingiunzione relativa alla maxisanzione, valgono le regole generali e, a norma dell'art. 22 della legge 689/81, contro l'ordinanza-ingiunzione di pagamento gli interessati possono proporre opposizione entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del provvedimento (il termine è di sessanta giorni se l'interessato risiede all'estero). A seguito di tale azione, inizia un ordinario giudizio di cognizione, che ha ad oggetto non la legittimità del provvedimento amministrativo, ma la legittimità della pretesa sanzionatoria dell'amministrazione, per vizi formali, o anche, alternativamente o cumulativamente, per la inesistenza delle condizioni sostanziali per l'applicazione della sanzione.

Peraltro, ove la sentenza resa nel giudizio di opposizione si sia limitata all'annullamento del provvedimento sanzionatorio per vizi di forma o procedimentali, in attuazione della competenza eccezionalmente attribuita al riguardo al giudice ordinario, l'accertamento riguarda unicamente l'esistenza di detti vizi e il giudicato può formarsi solo sulla esistenza di essi, mancando ogni statuizione sul merito della pretesa sanzionatoria dell'Amministrazione e quindi sulla fondatezza o infondatezza di essa, cosicché non esiste alcun accertamento che possa precludere la emanazione di ulteriori provvedimenti amministrativi in proposito.

Pertanto in tal caso non sussiste preclusione da giudicato in ordine alla rinnovazione, con la eliminazione dei vizi di forma o procedimentali accertati, del provvedimento amministrativo, con contenuto identico a quello annullato (ancorché condizione di legittimità del nuovo provvedimento sia il mancato verificarsi di decadenze o prescrizioni), non esistendo alcuna statuizione giudiziale sul fatto e sulla sua sanzionabilità e costituendo la rinnovabilità degli atti amministrativi annullati per vizi di forma o procedimentali regola generale non derogata dalla legge n. 689 del 1981 in materia di sanzioni amministrative. Al di fuori di tale caso, invece, proprio perché oggetto del giudizio non è solo la legittimità dell'atto amministrativo ma la stessa pretesa sanzionatoria, sotto il profilo probatorio, attore sostanziale nel giudizio (e onerata della prova piena) è l'amministrazione, sicché onere della prova non è dell'opponente che può limitarsi ad una contestazione, ma dell'amministrazione inoltre, secondo il disposto dell'art. 23 l'opposizione va accolta anche nel caso in cui le prove a carico dell'opponente non siano sufficienti; sotto il profilo sostanziale, una volta conclusosi il giudizio nel merito, l'amministrazione non può emettere una nuova ordinanza ingiunzione per gli stessi fatti (come invece potrebbe se oggetto del giudizio fosse la sola legittimità dell'atto amministrativo già emesso), essendosi consumato il relativo potere.

Sul tema, va ricordato, da ultimo, che nel giudizio di opposizione ad ordinanza ingiunzione emessa dall'ispettorato provinciale del lavoro nei confronti di un datore di lavoro, il lavoratore non è incapace di testimoniare, *ex* art. 246 cod. proc. civ., quando l'oggettiva natura della violazione commessa ovvero la posizione giuridica del lavoratore non gli consentano il conseguimento di specifici diritti connessi all'oggetto della causa, sicché, pur attenendo la controversia ad elementi del suo rapporto di lavoro, una sua pur potenziale pretesa sia inipotizzabile (Cass. n. 4651 del 26 febbraio 2009, Rv. 608148; Cass. Sez. L, Sentenza n. 21209 del 5/10/2009, Rv. 609599). Secondo Cass. Sez. L, 12 maggio 2006 n. 11034, Rv. 589052, l'interesse che determina l'incapacità a testimoniare, ai sensi dell'art. 246 cod. proc. civ., è solo quello giuridico, personale, concreto ed attuale, che comporta o una legittimazione principale a proporre l'azione ovvero una legittimazione secondaria ad intervenire in un giudizio già proposto da altri cointeressati, mentre tale interesse non si identifica con l'interesse di mero fatto che un testimone può avere a che venga decisa in un certo

modo la controversia in cui esso sia stato chiamato a deporre.[204]

In dottrina, tra i più recenti contributi, si è indicata[205] una strada diversa da quella seguita dalla su richiamata giurisprudenza, ricordando come l'incapacità a testimoniare del lavoratore è indubitabile nel caso in cui la pretesa oggetto del giudizio riguardi direttamente un diritto del lavoratore, come nel caso della diffida accertativa, ovvero quando, pur riguardando un diritto altrui, sia comunque suscettibile di incidere immediatamente sulla sfera giuridica del lavoratore, come accade nel contenzioso contributivo per il quale si faccia questione di accrediti destinati a ripercuotersi sul calcolo dei trattamenti, mentre l'opposta soluzione si dovrebbe avere quando il *petitum* è insuscettibile di incidere sulla sfera giuridica del lavoratore, come nel caso del giudizio di opposizione ad ordinanza ingiunzione, nel quale il lavoratore non è coinvolto nel rapporto sanzionatorio.

[204] In precedenza, Cass., Sez. L, 21 ottobre 2003 n. 15745, Rv. 567552, aveva invece affermato che, all'interno di un giudizio di opposizione ad ordinanza ingiunzione emessa dall'Ispettorato provinciale del lavoro per omissioni contributive, il lavoratore non è portatore di un interesse che lo legittimi a proporre l'azione e neppure ad intervenire in giudizio, e pertanto non è incapace a testimoniare, onde la sua testimonianza potrà, se del caso, essere valutata dal giudice anche sotto il profilo dell'attendibilità. Sembra così superato l'orientamento opposto (espresso, tra le tante, da Cass., sez. L, 29 maggio 2006 n. 12729, Rv. 589795; Cass., sez. L, 8 giugno 2000 n. 7835, Rv. 537423; Cass., Sez. L, 4 agosto 1998 n. 7661, Rv. 517753), che affermava in ogni caso l'incapacità a testimoniare del lavoratore, pur ammettendo il potere del giudice, *ex* art. 421 cod. proc. civ., di interrogare il lavoratore liberamente sui fatti di causa, e si distingue opportunamente l'incapacità a testimoniare del lavoratore dall'attendibilità della sua deposizione (Cass., Sez. L, 21 agosto 2004 n. 16529, Rv. 576066; Cass. n. 12362/2006, Rv. 589596 e n. 27722/2005, Rv. 587247).

[205] Il tema è sviluppato da NICOLINI, *I verbali ispettivi e la prova nei processi di lavoro e previdenza, cit.*, 392.

BIBLIOGRAFIA

ALLEVA, *Pronto il referendum, questa legge è incostituzionale*, in *Liberazione* 4.3.2010

AMATO e MATTONE, *Il collegato lavoro: ancora una legge per la riduzione dei diritti*, in "*La controriforma della giustizia del lavoro*", numero monografico di *Questione giustizia*, 2010, n. 6, 9

AMOROSO, *La giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione nel 2010 in materia di lavoro e previdenza sociale*, Osservatorio Sezioni Unite in materia di lavoro (2010 – 2011), relazione all'incontro di studi organizzato in Cassazione, Roma, 16.3.2011, 3

ANDREONI e ANGIOLINI, *Lavoro a termine, processi pendenti e Corte costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, 562

AULETTA, *Le impugnazioni del lodo nel collegato lavoro*, in www.judicium.it

AULETTA, *Le impugnazioni del lodo nel «Collegato lavoro» (L. 4 novembre 2010, n. 183)*, in www.judicium.it

BARBAGLI, COLOMBO, SCIORTINO, *I sommersi e i sanati*, Bologna, 2004

BARRACO, *Il Collegato lavoro: un nuovo modus operandi per i pratici e, forse, un nuovo diritto del lavoro*, *Lav. giur.*, 2010, 4, 346

BOCCAGNA, L'impugnazione del lodo arbitrale, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, 2011, 148 ss.

BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "collegato lavoro"*, in www.judicium.it

BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, in www.judicium.it

BUFFA, *Lavoro nero*, Torino, 2008

BUONVINO, *Corte comunitaria e abuso del contratto a termine nel lavoro pubblico*, in AA.VV., (a cura di D'ONGHIA e RICCI), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009, 123

CAIROLI, *Aspetti comparatistici e problematiche della disciplina sul lavoro a termine in Italia e Spagna*, tesi di laurea specialistica, Università di Giurisprudenza, Università Sapienza Roma, edita in Quaderni della fondazione Isper, in http://www.isper.org/fondazione/Quaderni/Catalogo_Quaderni.asp

CAIROLI, *La anomalía española en la contratación temporal: un análisis desde la perspectiva italiana,* in *Aranzadi Social Doctrinal* (AS o Ar. Soc.), 2011, n. 18, pp. 113-140;

CAIROLI, *Problematiche sanzionatorie nel contratto a tempo determinato, tra la sentenza Angelidaki e le interpretazioni della giurisprudenza nazionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, 147.

CANALE, *Arbitrato e "collegato lavoro"*, in www.judicium.it

CANNELLA, *Tutela giudiziaria ed estensione delle ipotesi di decadenza, in "La controriforma della giustizia del lavoro"*, numero monografico di *Questione giustizia*, 2010, n. 6, 113

CARBONE, *La nuova disciplina sanzionatoria della legge 388/2000 e prime problematiche*, in *Foro it.*, 2002, I,

2357

CARINCI M.T.*, Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *WorKing Papers Centro Studi di diritto del lavoro "Massimo D'Antona",* 2011, 114

CAVALLARO, *Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, In atti dell'incontro di studi organizzato dal referente della formazione decentrata del Consiglio Superiore della Magistratura presso la Corte d'appello di Napoli*, Giustizia del lavoro e legge n. 183 del 2010*, in Napoli, 4 marzo 2011.

CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, Torino, 2011, 31

CENTOFANTI, *Accordi preventivi e accordi contingenti per la scelta delle forme di arbitrato nel collegato lavoro 2010*, in *Lav. Giur.*, 2011, 1, 99 ss.

CESTER, *La clausola compromissoria nel collegato lavoro 2010*, in *Lav. giur.*, 2011, 1, 23 ss.

CIRIELLO, *Gli orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a termine tra interpretazione letterale, interpretazione conforme e non applicazione*, intervento al convegno 5-6 febbraio 2010, Trattato di Lisbona e lavoro flessibile, organizzato da AGI e Centro Domenico Napoletano, in atti del convegno

CIRIELLO, *Il contratto a termine nel diritto giurisprudenziale*, *in Giur. merito,* 2007, 12

CIRIELLO, *L'illegittima stipula di contratti a tempo determinato nel lavoro pubblico, una vicenda infinita?*, in *Giur. merito,* 2009, 12, 2979

CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino, 2008, 373

COLUCCI, *La giurisprudenza nazionale tra clausola di non regresso e flessibilità: gli orientamenti*, in AA.VV., (a cura di D'ONGHIA M. e RICCI M.), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009, 63

CORVINO, TIRABOSCHI, *La nuova conciliazione*, in AA.VV. (cur. PROIA e TIRABOSCHI), *La riforma dei rapporti e delle controversie del lavoro*, 2011, Milano, 105

COSIO, *La violazione della normativa sul contratto a termine: le nuove sanzioni previste nel collegato lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 426

COSSU e GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato*, c.p. in *Mass. Giur. Lav.*, 2010

DAMOLI, *Appunti relativi all'intervento effettuato nell'ambito del Convegno tenutosi a Treviso sul tema del c.d. Collegato lavoro*, Treviso, ottobre 2010

D'ANCONA, *Il contratto a progetto e la sua sanatoria,* in "*La controriforma della giustizia del lavoro*", numero monografico di *Questione giustizia*, 2010, n. 6, 126

DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento,* in *Working Papers Centro studi di diritto del lavoro "Massimo D'Antona"*, 2010, 111

DE FAZIO*, Evasione ed omissione contributiva nella legislazione e nella giurisprudenza degli ultimi dieci anni*, in *Inf . prev.* 2006, 4, 466

DE MATTEIS, *La conversione dei contratti a termine ed il regime sanzionatorio,* in atti del Seminario di approfondimento sul collegato lavoro organizzato dall'Associazione degli avvocati romani, Roma 28 gennaio 2011

DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009

DE MICHELE, *La riforma del processo del lavoro nel collegato lavoro 2010*, in *Lav. Giur.* 2011, 1, 107

DE MICHELE, *Lavoro a tempo determinato*, in *Lav. Giur.* 2010, 370

DEGAN, TIRABOSCHI, *La riforma dei servizi ispettivi e delle attività di vigilanza*, in *Guida al lavoro*, 2004, 21, 12

DEL TORTO, *Nuova maxisanzione per lavoro sommerso*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2011, 1, p. 19

DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, in www.judicium.it

DI FLORIO, *Il contratto a termine nella giurisprudenza europea*, intervento all'Università di Napoli, 11 giugno 2008, in atti del *Master* in diritto europeo e comparato del lavoro.

D'ONGHIA e RICCI (a cura di), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009

DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro* in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, Torino, 2011, 109

EMILIANI, *La nuova indennità per la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato*, in AA.VV. (cur. PROIA e TIRABOSCHI), *La riforma dei rapporti e delle controversie del lavoro*, 2011, Milano, 2011

FABBRI, *Brevi osservazioni sugli artt. Da 30 a 32 della legge 4.11.2010 n 183*, intervento al seminario *Limiti all'esercizio dei diritti del lavoratore e nuovo regime delle impugnazioni e della decadenza*, Roma, 18.11.2003

FENOGLIO, *Il lavoro a termine di nuovo nell'occhio del ciclone: osservazioni sulla legge 3 agosto 2009, n. 102*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, 175

FERRARI V., PONTE, FERRARI M., *Il collegato lavoro*, Milano, 2010

FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 112 del 2008*, in FERRARO G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Torino, 2011.

FERRARO, *Il controllo giudiziale su poteri imprenditoriali*, in FERRARO G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Torino, 2011, 5 ss.

FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001

FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, 2010, 300 ss.

GAMBACCIANI, *Onere di impugnazione (anche giudiziale) del licenziamento*, in AA.VV. (cur. PROIA e TIRABOSCHI), *La riforma dei rapporti e delle controversie del lavoro*, Milano, 2011, 183

GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, 138

GAROFALO D., *Le misure contro il lavoro sommerso nel collegato lavoro 2010*, in *Lav. Giur.* 2011, 1, 71

GAROFALO D., *Riforma e controriforma della disciplina del contratto a termine*, in AA.VV., (a cura di D'ONGHIA e RICCI), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009, 81

GENTILE, *Il contratto a tempo determinato nel contenzioso Poste italiane*, in FERRARO G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Torino, 2011.

GENTILE, *Sanzioni e procedure amministrative nel lavoro sommerso*, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, 2011, 328.

GHIRARDI, *La disciplina del contratto a termine nell'ordinamento francese*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, III, 64-65

GIACOMELLI, CASELLA, SCUDIER e GIACOMELLI, *La disciplina dei licenziamenti in Italia e in Europa,* Milano, 1991

GULLI', *Il nuovo sistema sanzionatorio*, in *Dir e pratica lav.* 1996, 48 ss.

IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime della decadenza nell'impugnazione degli atti datoriali*, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, Torino, 2011, 221

IMBRIACI, *Il nuovo regime sanzionatorio in materia di inadempimento contributivo*, in *Giur. Lav.*, 2001, 2, 19

LAMBERTI, *L'estensione del regime delle decadenze (lavoro a termine, trasferimento d'azienda e rapporti interpositori)*, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, Torino, 2011, 251

LEONE e TORRICE, *Il tentativo di conciliazione*, in "*La controriforma della giustizia del lavoro*", numero monografico di *Questione giustizia*, 2010, n. 6, 140

LICCI, *L'arbitrato*, in AA.VV (cur. TISCINI), *Il collegato lavoro*, Roma, 2010, p. 57 ss.

LIPPOLIS, *Le nuove procedure in materia ispettiva*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, n. 1 del 3 gennaio 2011, 17

LOI, *Il caso inglese*, in *I licenziamenti individuali*, *Quaderni Dir. Lav. e Rel. Industr.* 2002, 26

LOZITO, *L'apposizione del termine nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, fra limiti costituzionali e contrasto con la clausola di non regresso*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, 139

MARINELLI, *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche ed ambigue risposte del legislatore*, in *Working Papers del Centro studi di diritto del lavoro " Massimo D'Antona"*, 2009, 85

MASCARELLO, *I contratti di lavoro a termine: profili procedurali*, in "*La controriforma della giustizia del lavoro*", numero monografico di *Questione giustizia*, 2010, n. 6, 101

MASSI, *Procedure di conciliazione ed arbitrato*, in *Dir.pratica lav.*, 2010, 26, 2682

MAZZOTTA, *La giustizia del lavoro nella visione del "collegato": la disciplina dei licenziamenti*, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, 2011, XXVII

MIAN, *Le novità in tema di contratto a termine*, in AA.VV., *Il collegato lavoro*, Milano, 2010

MILLO, *Alcune riflessioni sulla nuova "maxi-sanzione" dopo la circolare del Ministero del Lavoro n. 38*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, n. 48 del 13 dicembre 2010, 11

MILLO, *Il ministero fornisce le prime indicazioni sulle nuove misure di contrasto al "lavoro nero" (circolare n. 38/2010*), in *Il mondo paghe*, dic. 2010, n. 12, p. 43

MISCIONE e GAROFALO D. (a cura di), *Commentario alla legge n. 133 del 2008*, IPSOA, Milano, 2009

MISCIONE*, Il collegato lavoro proiettato al futuro*, in *Lav. Giur.* 2011, 1, 5

MONDA, *La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro pubblico*, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, 2011, 199 ss.

MONTICELLI, TIRABOSCHI, *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza*, Milano, 2004

MUTARELLI, *Ipotesi residue di conciliazione obbligatoria*, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, 2011, 82 ss.

NICOLINI, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato (Art. 412 quater c.p.c.)*, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, 2011, 176 ss.

NICOLINI, *L'impugnazione extragiudiziale dei licenziamenti*, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, 2011, 240

NISTICÒ, *I contratti di lavoro a termine:profili sostanziali*, in "*La controriforma della giustizia del lavoro*", numero monografico di *Questione giustizia*, 2010, n. 6, 85

NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, *Working Papers del Centro studi di diritto del lavoro "Massimo D'Antona",* 8, 2003

OLIVIERI, *Giustificazione e abuso del contratto a termine tra orientamenti comunitari e applicazione interna*, in AA.VV., (a cura di D'ONGHIA e Ricci), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009, 43

PAGANO, *Misure contro il lavoro sommerso. La nuova maxisanzione del collegato lavoro*, in *www.dplmodena.it*

PALMIERI, *Il sindacato giudiziale sulle clausole generali*, in atti del convegno *Giustizia del lavoro e legge n. 183 del 2010*, organizzato a Napoli il 4 marzo 2011

PANICI e GUGLIELMI, *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione*, relazione al convegno *Il collegato lavoro*, organizzato da Magistratura democratica in Roma il 16.12.2010

PARISELLA*, L'impugnazione extragiudiziale dei licenziamenti*, in AA.VV. (cur. PROIA e TIRABOSCHI), *La riforma dei rapporti e delle controversie del lavoro*, Milano, 2011, 237

PASCARELLA, *Problematiche applicative del contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, in FERRARO G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Torino, 2011

PASQUINI e TIRABOSCHI, *Nuovi spazi della certificazione: efficacia e tenuta giudiziaria*, in AA.VV. (cur. PROIA e TIRABOSCHI), *La riforma dei rapporti e delle controversie del lavoro*, Milano, 2011, 49

PELLICCIA, *La riforma delle ispezioni in materia di lavoro*, in *Lav. prev.*, 2004, 20, 25

PENNESI, *Nuovi servizi ispettivi: principi e modelli della riforma*, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 30, 3

PERRINO, *Il contratto a tempo determinato e il diritto dell'Unione*, in atti dell'incontro di studi *Il diritto del lavoro dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 25-27 ottobre 2010

PETRASSI, *Il nuovo regime delle decadenze nel diritto del lavoro, La nuova indennità per la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato*, in AA.VV. (cur. PROIA e TIRABOSCHI), *La riforma dei rapporti e delle controversie del lavoro*, Milano, 2011, 191

PICCININI e PONTERIO, *La controriforma del lavoro*, in *Questione Giustizia*, 2010, 3, ed in www.di-elle.it, 2010

PICCONE, *Contratto a termine*, relazione all'incontro di studio *Il collegato lavoro*, organizzato da Magistratura democratica, Roma, 16 dicembre 2010

PIVETTI, *La costituzione e le nuove norme in materia di controversie di lavoro contenute nella legge 183 del 2010. La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice*, c.p. in *Riv. Giur. Lav.*, 2011

PONTERIO, *Le motivazioni poste a base del licenziamento*, in "*La controriforma della giustizia del lavoro*", numero monografico di *Questione giustizia*, 2010, n. 6, 62

PRETEROTI, *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali*, in *Working Papers del Centro studi di diritto del lavoro "Massimo D'Antona",* 2010, 95

PUTATURO DONATI F.M., *Il risarcimento del danno nel contratto a termine*, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, 2011

RAUSEI, *I verbali di ispezione e la riforma della diffida*, in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, 2011, 352

RIVERSO, *La certificazione ei contratti e l'arbitrato:vecchi arnesi, nuove ambiguità*, in "*La controriforma della giustizia del lavoro*", numero monografico di *Questione giustizia*, 2010, n. 6, 34

ROCCELLA, *Diritto del lavoro: così si torna agli anni Settanta*, in il *Fatto Quotidiano* 4 marzo 2010

RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1987, 728

ROSANO, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato previste dalla contrattazione collettiva (art. 412 ter. c.p.c.),* in AA.VV. (CINELLI e FERRARO cur.), *Il contenzioso del lavoro*, 2011, 161 ss.

ROTA, *Nullità dei contratti a termine nella PA ed originalità giurisprudenziali nella gestione della tutela risarcitoria*, in *Riv. Critica dir. Lav.*, 2010, 460

SANLORENZO, *I limiti al controllo del giudice in materia di lavoro*, in *"La controriforma della giustizia del lavoro*", numero monografico di *Questione giustizia*, 2010, n. 6, 23

SANTORO PASSARELLI F., *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, in Giur. Compl. Cass. Civ., 1948, 53 ss.

SANTORO, *L'impugnazione dei licenziamenti*, in "*La controriforma della giustizia del lavoro*", numero monografico di *Questione giustizia*, 2010, n. 6, 74

SARACENO, CANTARELLA*, La conversione del contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 2009

SCHIAVONE*, Lavoro a termine e Corte di Giustizia*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, 754

SPENA, *Il contratto a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in FERRARO G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Torino, 2011.

SPENA, *Il ruolo della Corte di Giustizia, con particolare riferimento ai principi enunziati sulla questione della diretta applicabilità delle direttive comunitarie nell'ordinamento nazionale*, in atti dell'incontro d studi *Il diritto del lavoro*

dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 25-27 ottobre 2010

SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1993

SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247 del 2008*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, I, 178

TATARELLI, *Entità del risarcimento fissata dal giudice*, in *Guida al diritto, Sole 24 ore,* n. 48 del 4 dicembre 2010, pag. VIII

TIRABOSCHI (a cura di), *Il collegato lavoro*, Milano, 2010

TIRABOSCHI, *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice*, in AA.VV. (cur. PROIA e TIRABOSCHI), *La riforma dei rapporti e delle controversie del lavoro*, 2011, Milano, 31.

TOFFOLETTO e NESPOLI, *I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione europea*, Milano, 2008, 67 ss.

TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel <collegato lavoro> alla legge finanziaria*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 473

TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2008, 3, 423

TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, *Working Papers del Centro studi di diritto del lavoro "Massimo D'Antona"* 19/2004

VACIRCA, *La sentenza 214 del 2009 sul contratto a termine: i limiti alla discrezionalità legislativa e l'interpretazione costituzionalmente necessaria di norma elastica*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, 637

VALLEBONA, *Il lavoro a termine negli equilibri della Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 658

VALLEBONA, *Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, 827

VALLEBONA, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele ed i poteri del giudice nazionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 633

VALLEBONA*, Lavoro a termine: incostituzionalità della riduzione di tutela per i soli giudizi in corso*, in *Mass. Giur. Lav.,* 2008, 859

VALLEBONA, *Lavoro a termine: la giurisprudenza comunitaria è ormai consolidata*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 454

VALLEBONA*, Una buona svolta del diritto del lavoro: il <collegato> 2010*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 210

VETTOR, *Il lavoro a tempo determinato negli orientamenti della giurisprudenza post d.lgs. n. 368 del 2001 e successive modifiche*, in *Argomenti dir. Lav.*, 2008, 2, 605

VIDIRI, *Contratto di lavoro a termine e continuazione di una infinita e travagliata storia: la sentenza n. 214/2009 della Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 874

VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *Dir. Merc. Lav.*, n. 2, pag. 379, 2000

VISONA', *I limiti del controllo giudiziale: clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*, Convegno *"Collegato lavoro: come cambia il diritto del lavoro*", Treviso 22 Ottobre 2010

ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in www.lex.unict.it/eurolabor/news/dlm.