

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO-
BICOCCA**

Facoltà di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Diritto del Lavoro

XXV Ciclo

Coordinatore Chiar.Ma Prof.ssa Claudia Pecorella

*“L’arbitrato nelle controversie di lavoro:
analisi comparata del modello nazionale e
Statunitense”*

Dottoranda

Dott.ssa Silvia Bonfanti

Tutor

Chiar.mo Prof. Franco Scarpelli

Anno Accademico 2012/2013

INDICE

PREMESSA	<i>pag.</i> 5
CAPITOLO I	
IL PROCESSO EVOLUTIVO DELL'ARBITRATO	
1. Introduzione: le ragioni alla base delle modifiche normative	13
2. Premesse ricostruttive: le origini dell'arbitrato	32
3. I primi arbitrati irrituali: dalla legge n. 604/1966 allo Statuto dei Lavoratori	40
4. L'art. 5 legge 533/1973: un primo tentativo di dar origine ad un arbitrato irrituale generale	42
5. Natura, funzioni e struttura dell'arbitrato irrituale e rituale: gli elementi distintivi dall'arbitrato rituale anche alla luce della legge n. 25 del 1994	51
6. Il D. Lgs. 80/1998 e l'art. 412 c.p.c.	56
7. L'intervento del D.Lgs. 387/1998 e le sue modifiche	70
8. La riforma del 2006: il D.Lgs. 40/2006	74

CAPITOLO II

L'ARBITRATO ALLA LUCE DELLA LEGGE 183/2010

1. L'arbitrato del lavoro dopo la L. 183/2010	81
2. I modelli di arbitrato: l'arbitrato individuale e l'arbitrato collettivo	85
3. La clausola compromissoria: profili costituzionali	94
3.1 L'arbitrato e l'equità: sostitutiva o integrativa	104
3.2 Le norme inderogabili e i riflessi sull'impugnazione del lodo	112
4. Il regime delle spese	119

CAPITOLO III

L'ARBITRATO NELLA PROSPETTIVA DEL MODELLO STATUNITENSE

1. L'arbitrato americano e l'arbitrato italiano: due modelli a confronto	131
2. L'origine del <i>Labor e Employment Arbitration</i>	134
3. Le due tipologie di arbitrato: <i>Labor Arbitration</i> e l' <i>Employment Arbitration</i>	141
3.1 L'evoluzione dell'arbitrato americano	142
3.2 Il ruolo dell'arbitro	148
4. L'uso dell'arbitrato nella risoluzione dell' <i>employment claims</i>	
4.1 Introduzione	149
4.2 L' <i>employment arbitration</i> : primi casi pratici e primi conflitti	150
4.3 I profili problematici dell'arbitrato obbligatorio	152
4.4 Gli elementi di criticità e opportunità della ADR	162
4.5 Accenni ai profili procedurali dell'arbitrato obbligatorio	167
5. Il controllo giurisdizionale dei lodi arbitrali	
5.1 Il controllo giudiziario delle decisioni nell' <i>employment arbitration</i>	170
5.2 Il difetto di competenza e il difetto di giurisdizione dell'arbitro	178
5.3 Grave negligenza di una parte, parzialità dell'arbitro e irregolarità processuali	179
5.4 La violazione delle previsioni di legge e in particolare delle regole di ordine pubblico	181
5.5 Le molestie sessuali	185
5.6 I vizi formali del lodo	187

INDICE BIBLIOGRAFICO

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio il Professor Scarpelli per il suo prezioso aiuto e per aver compreso l'inclinazione e il significato di questo elaborato.

Ringrazio i Professori Matt Finkin e Nuno Garoupa per avermi dato l'opportunità di studiare e di fare ricerca presso la prestigiosa *University of Illinois Urbana-Champaign*, per il loro supporto e per la guida costante nell'analisi delle peculiarità del diritto americano.

Un ringraziamento al Dott. Ilario Alvino e a Mrs. Sally Cook.

Un ringraziamento speciale alla mia famiglia e a Pier Luigi.

PREMESSA

Il legislatore, negli ultimi anni, ha operato diverse modifiche in materia di arbitrato; tuttavia, le iniziative atte a promuovere i sistemi alternativi di soluzione delle controversie, come strumenti per deflazionare la giustizia statale e ottimizzare in tal modo l'efficienza del sistema giudiziario, non hanno ottenuto risultati incoraggianti.

Nell'ordinamento nazionale si nota, infatti, una chiara prevalenza degli strumenti di composizione giudiziale delle controversie, condotti dal giudice, alla quale si contrappone un'apparente assenza di ADR.

Negli Stati Uniti è chiara l'idea che “*arbitration is a creature of contract, and the parties themselves, by their submission, define the power of arbitrators*”; questo trova sostegno nel fatto che se l'accesso al sistema giudiziario è troppo costoso e insoddisfacente, chi è in grado di scegliere tenderà a sottrarsi al processo, sottoscrivendo clausole compromissorie o compromessi.

La soluzione adottata dall'ordinamento statunitense prevede un “*multi-door Courthouse*”, dove il cittadino può scegliere la strada di risoluzione della lite più consona alle proprie esigenze.

La situazione italiana è molto più problematica; certamente la frammentarietà delle disposizioni legislative ha creato una generale sfiducia nei confronti degli strumenti di risoluzione alternativa della lite, a partire dall'arbitrato sino ad arrivare alle ipotesi di mediazione.

Le cause più profonde all'origine di tale atteggiamento negativo sono da ricercare innanzitutto nella diversità culturale dei due sistemi.

La formazione giuridica dell'ordinamento italiano, *civil law*, riconosce la realizzazione dei diritti nella sentenza

che decide la controversia e vede il ricorso al giudice solo in questa prospettiva.

Occorre una trasformazione culturale per provare a concepire la risoluzione delle controversie in un'ottica diversa da quella tradizionale.

Tuttavia, se si vuole che lo strumento alternativo contribuisca a realizzare una nuova cultura giuridica, occorre che ogni aspetto delle procedure di ADR avvenga nel contraddittorio tra le parti e nel rispetto dei fondamentali principi di giustizia. Le garanzie che queste forme alternative di soluzione della lite offrono dovrebbero essere le stesse che il processo ordinario garantisce alle parti, così da poter affermare che al diritto ad un equo processo corrisponde il diritto ad un "equo arbitrato".

In particolare, due sembrano essere le garanzie che, anche nel sistema americano, assumono un forte rilievo: esse sono quella del contraddittorio e quella dell'imparzialità dell'arbitro.

Le ADR, nello specifico l'arbitrato, non rappresentano sicuramente la panacea per tutti i mali della giustizia italiana; costituiscono, però un passo verso la giusta direzione che potrebbe condurre ad una vera e propria riforma del sistema processuale nazionale.

Il presente lavoro si prefigge, pertanto, l'obiettivo di affrontare lo studio dell'arbitrato nell'ordinamento nazionale e statunitense, focalizzando l'attenzione, nel primo capitolo, sull'evoluzione giuridica dell'istituto; si vedrà, come in passato, il ricorso all'arbitrato in materia di lavoro è sempre stato piuttosto teorico, in quanto, come ricordava Gino Giugni *"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 è derivata essenzialmente, oltre che dal monopolio sindacale dei casi nei quali poteva espletarsi, anche 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 di 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)¹.

La rivitalizzazione dell'istituto ha inizio con l'eliminazione del monopolio sindacale attraverso la previsione legale di varie forme arbitrali e della limitazione dell'impugnabilità del lodo ai soli casi di cui all'art. 808-ter cod. proc. civ. (che esclude la possibilità di denunciare al giudice la violazione delle regole legali e collettive relative al merito della controversia).

Nel secondo capitolo, verranno trattate le principali tematiche e criticità del modello risolutivo nazionale, con particolare attenzione alle novità connesse alla clausola compromissoria, all'ipotesi di arbitrato obbligatorio ed alle problematiche correlate alla facoltà consentita alle parti di scegliere l'equità, come criterio di giudizio.

Si vedrà, infatti, che alla luce delle modifiche introdotte dal Collegato Lavoro, 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

¹ NAPOLI, *La riforma degli assetti contrattuali nelle intese tra le parti sociali*, Jus, 2009.

di cui all'articolo 808 cod. proc. civ., che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato, di cui agli articoli 412 e 412-quater.

Non mancherà l'analisi delle critiche, anche veementi, sollevate da parte della dottrina circa i dubbi di legittimità costituzionale delle nuove disposizioni (in relazione alle 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.

La stessa Associazione nazionale magistrati, il 5 marzo 2010, espresse forti perplessità, ritenendo “preoccupante” l'intento che traspare dalla legge 183 del 2010 di mortificare il ruolo del giudice del lavoro. A sua volta l'Organismo unitario dell'avvocatura osservò 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.

Alcuni commentatori si concentrarono anche sul tema dell'utilità effettiva dell'istituto², osservando che *“l'arbitrato, nelle varie forme, dovrebbe “deflazionare” il ricorso al giudice del 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 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,*

² MASSI, *Il collegato lavoro*, www.dplmopdena.it, 42

dopo il mancato accordo, la possibilità, di chiedere per il licenziamento nelle imprese sottodimensionate alle 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". In quest'ultimo caso, 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.

Si esaminerà, anche il dibattito dottrinale relativo all'istituto legale della nuova clausola compromissoria, a fronte dei rilievi pervenuti, come noto, dal Presidente della Repubblica, che aveva rinviato al Parlamento il disegno di legge, censurando, nello specifico, la disciplina dell'arbitrato e della clausola compromissoria.

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 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 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)”.

Ci si focalizzerà, poi, sugli ulteriori motivi di perplessità rinvenuti nell'analisi della novella del 2010, che 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 principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, inclusi quelli derivanti da obblighi comunitari).

Nel terzo ed ultimo capitolo si affronterà lo studio dell'arbitrato americano, riprendendo alcuni temi comuni all'arbitrato italiano, quali, a titolo esemplificativo, la nascita dell'*employment arbitration* che si lega alla sorte delle organizzazioni sindacali americane e dell'istituto del *labor arbitration*. Verrà, altresì, trattata la problematica relativa all'arbitrato obbligatorio ed alla vincolatività della clausola compromissoria con particolare attenzione a quanto fu stabilito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Gilmer*.

Nel prosieguo del capitolo verranno, poi, esaminate le problematiche relative alla complessità ed allo spazio attribuito al controllo giurisdizionale dei lodi arbitrari ed ai motivi di impugnazione previsti dal Federal Arbitration Act (FAA).

Si evidenzierà quanto, nell'ordinamento americano, sia preferibile l'utilizzo di meccanismi di risoluzione delle controversie, perché più rapidi, concreti e meno costosi, rispetto alle procedure giudiziali.

Lo studio, quindi, proverà a dimostrare che l'esigenza di una maggiore flessibilità rappresenta un'idea riformatrice certamente percorribile, la cui realizzazione, però non potrà essere affidata in modo prevalente a meccanismi di conciliazione e risoluzione equitativa delle controversie. Verranno, altresì, confermate le evidenti difficoltà di trasposizione dei rimedi americani nell'ordinamento italiano, a causa della frammentarietà della normativa italiana, della differente cultura giuridica, ma soprattutto dell'insuperabile diffidenza sviluppatasi nei confronti dell'uso "di strumenti alternativi" al processo.

CAPITOLO I IL PROCESSO EVOLUTIVO DELL'ARBITRATO

Par. 1 Introduzione: le ragioni alla base delle modifiche normative

Una prima espressione di arbitrato libero è quella prevista, in materia laburistica, dall'art. 412 *ter* del codice di rito, che, in rubrica³, attribuisce a tale forma arbitrale la connotazione nominalistica "irrituale".

Nella piena consapevolezza che la rubrica di un articolo ha rilevanza assai limitata sul piano esegetico⁴, si rende necessario scrutare l'essenza dell'istituto e la sua funzione giuridica per capire se si tratti di vero e proprio arbitrato irrituale ovvero di qualcosa di diverso.

Ai fini dell'indagine che ci si propone di svolgere, si ritiene utile un sintetico *excursus* in merito alla complessa evoluzione dell'istituto nel diritto del lavoro.

Innanzitutto, l'arbitrato veniva definito "irrituale" anche nella rubrica di un'altra disposizione normativa, l'art. 5 della l. 11 agosto 1973, n. 533 (*Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie*), secondo la quale, nelle controversie riguardanti i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, l'arbitrato irrituale è ammesso soltanto nei casi previsti

³ QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1974, 326.

⁴ GIULIANI, *Interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 1, Torino, 1982, 218 ss..

dalla legge ovvero dai contratti e accordi collettivi; in questo ultimo caso, ciò deve avvenire senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria.

Il lodo arbitrale non è valido ove vi sia stata violazione di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi.

Si osservavano le disposizioni dell'articolo 2113, secondo e terzo comma, del codice civile, modificato dall'articolo 6 della legge⁵ sopra citata. Veniva, così, introdotta una fattispecie generale di arbitrato irrituale in materia di lavoro, ribadendo per questo istituto le limitazioni prescritte per l'arbitrato rituale dall'art. 4 della stessa legge n. 533/1973, quali il divieto di arbitrato individuale e la c.d. clausola di salvaguardia della tutela giurisdizionale statale.

L'espressa previsione di una figura generale di arbitrato irrituale sembrava segnare un avvicinamento alla disciplina dell'arbitrato rituale, specie con riferimento all'individuazione dei motivi di impugnazione del lodo: il comma secondo prevedeva, infatti, una particolare invalidità del lodo irrituale, impugnabile per violazione di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi, in parallelo con la novità normativa rappresentata dall'introduzione ad opera dell'art. 4 l. n. 533/1973 dell'ultimo comma dell'art. 808 c.p.c., che

⁵ A tale previsione generale della l. n. 533/1973 si ricollegano poi gli arbitrati c.d. irrituali speciali, come l'arbitrato in tema di sanzioni disciplinari nel settore del lavoro privato (art. 7, commi 6 e 7, l. n. 300/1970), l'arbitrato in tema di lavoro sportivo (art. 4, comma 4, l. n. 91/1981) e l'arbitrato in tema di licenziamenti individuali nelle imprese minori (art. 7, comma 5, l. 15.7.1966, n. 604). CAPPONI, *L'arbitrato in materia di lavoro dopo le riforme del 1998*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni VERDE, 571 ss.

prescriveva l'impugnazione del lodo rituale di lavoro, oltre che per i motivi di cui all'art. 829, anche per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi, prevedendo, dunque, uno specifico *error in iudicando* ed una singolare equiparazione delle fonti collettive alle fonti di diritto obiettivo.

La dottrina prevalente riteneva che la norma anzidetta consentisse, comunque, la possibilità di impugnare il lodo per i tradizionali vizi contrattuali (vizi del consenso, eccesso dai limiti del mandato e quant'altro), che potevano essere fatti valere con le normali impugnative negoziali.

Il suddetto motivo d'invalidità previsto dalla norma finiva, poi, per valorizzare il lodo libero come atto di giudizio e non come atto meramente negoziale e dispositivo, in quanto, inevitabilmente attribuiva al giudice dell'impugnazione la cognizione del merito della controversia⁶.

Nel realizzare la privatizzazione del lavoro pubblico, con conseguente devoluzione al giudice ordinario delle relative

⁶ FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974, 220; MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, 80; contra, GRANDI, *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, I, 428. Era certo, di contro, che l'arbitrato irrituale del lavoro non fosse riconducibile allo schema concettuale dell'arbitraggio di una transazione, secondo la ricostruzione dogmatica prevalente nella giurisprudenza, relativa all'arbitrato di diritto comune: infatti, l'art. 5 della l. n. 533/1973, nel rinviare al secondo e terzo comma dell'art. 2113 c.c., non richiamava il primo comma, che sancisce l'invalidità delle transazioni, aventi per oggetto diritti del prestatore di lavoro, derivanti da disposizioni inderogabili di legge e dei contratti collettivi. Era evidente che, in forza del mancato richiamo, l'arbitrato poteva risolvere controversie aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili, benché non potesse predisporre un assetto di interessi delle parti in violazioni di tali disposizioni.

controversie, il legislatore della delega Bassanini (art. 11, comma 4, l. 15.3.1997, n. 59, lett. g) prevedeva la possibilità di adottare misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso, in particolare mediante l'introduzione di procedure di conciliazione e arbitrato⁷.

Il legislatore delegato (decreto n. 80/1998) provvedeva ad una prima stesura degli artt. 412-ter e 412-quater (con l'art. 39), che veniva subito fatta oggetto di rilievi critici in dottrina⁸; seguiva un intervento correttivo d'urgenza ad opera dell'art. 19 del d.lgs. n. 387/1998, che, tra l'altro, ha inserito nella rubrica dell'art. 412-ter il riferimento al carattere irrituale della nuova figura di arbitrato sindacale e formalizzato.

Veniva, così, introdotta una specifica disciplina dell'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro, in luogo di quella di cui all'art. 5, il cui contenuto precettivo rimaneva nondimeno fermo anche se fortemente ridimensionato a seguito dell'abrogazione del secondo e

⁷ La storia dell'arbitrato irrituale individuale in materia di lavoro nasce proprio ponendo in stretta correlazione conciliazione e arbitrato: cfr. CAPPONI, *op.cit.* 573, nota 4, che segnala, pure, come la stessa genesi degli artt. 412 ter e quater si rinverga in un disegno di legge del CNEL dedicato proprio a conciliazione ed arbitrato in tema di lavoro.

⁸ CHIARLONI, *Prime riflessioni su riforma del pubblico impiego e processo*, in *Corr. giur.*, 1998, 625 ss.; e MURONI, *La nuova disciplina dell'arbitrato in materia di lavoro*, in *Corr. giur.* 1998, 139, secondo cui la nuova disciplina risultava in un certo senso trasversale all'arbitrato irrituale ed a quello rituale, in quanto la prima norma (art. 412-ter) si applicava ad entrambe le figure, mentre la seconda (art. 412-quater) al solo arbitrato irrituale (la cui previsione generale restava affidata all'art. 5, comma 1, l. n. 533/1973).

terzo comma, in forza dell'art. 43 co. 7 del decreto legislativo n. 80/1998.

La dottrina non ha mancato di sottolineare la natura incerta della nuova figura, non senza stigmatizzare il modo approssimativo con cui era intervenuto il legislatore⁹.

Da un lato, infatti, l'indicazione nominalistica faceva comprendere che la nuova disciplina non si riferiva all'arbitrato rituale di lavoro in quanto soggetto alla disciplina codicistica; dall'altro la particolare fisionomia dell'istituto non consentiva un immediato inserimento dello stesso nella categoria dell'arbitrato irrituale puro, secondo la configurazione che l'istituto aveva oramai assunto nella prassi giurisprudenziale¹⁰.

In particolare, l'articolo 412-ter disponeva che, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione o decorso, comunque, il termine per il suo espletamento, le parti

⁹ VERDE, *Profili del processo civile*, 2. Processo di cognizione, II ed., Napoli, 2000, 359, parla di entità ermafrodita.

¹⁰ BOCCAGNA, *Artt. 412 ter e 412 quater*, in *AAVV, Riforma dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove Leggi Civ. comm.*, 1999, 1561; BORGHESI, *Un nuovo statuto per l'arbitrato irrituale*, in *Leggi Pubb. amm.* 1998, 809. Nel senso dell'irritualità si erano, invece, espressi LUISO, *L'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro dopo la riforma del 1998*, in *Riv. arb.* 1999, 42; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007, pp. 240; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 103 e 488; II, 117 e 171, secondo cui la qualifica di irritualità attribuita dal legislatore all'arbitrato in questione significherebbe solamente l'applicabilità alle controversie di lavoro compromesse in arbitri irrituali di una disciplina speciale relativa alla stipulazione del patto compromissorio, nonché all'instaurazione e svolgimento del procedimento, anche in tema di deposito ed impugnazione del lodo, in deroga alla disciplina generale di cui agli artt. 806 ss., per il resto pienamente applicabile.

potevano concordare di deferire ad arbitri la risoluzione della controversia, anche tramite l'organizzazione sindacale alla quale aderivano o avevano conferito mandato, se i contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro prevedevano tale facoltà e contenevano le prescrizioni specificamente indicate.

Dalla chiara formulazione normativa risultava, innanzitutto, che l'arbitrato in questione si inseriva nello schema procedimentale tipico delle controversie di lavoro, che postulava l'esperimento obbligatorio del tentativo di conciliazione. Tale adempimento veniva, così, a porsi come condizione ineludibile di procedibilità, non solo dell'ordinaria azione giudiziaria, ma anche della domanda di arbitrato¹¹.

¹¹ CAPPONI, op.cit. 577, secondo cui con la previsione (in logica di prevenzione generale) del tentativo di conciliazione, anche in tema di arbitrato, il legislatore ha inteso parificare la situazione innanzi al giudice a quella dinanzi agli arbitri, per ragioni di politica giudiziaria. Secondo LUISO, op. cit., 32, l'esperimento negativo del tentativo di conciliazione non deve essere inteso come una condizione di validità del compromesso, posto che si tradurrebbe in un rigoroso, oltre che ingiustificato, onere per le parti. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 752, dubita che la violazione della norma rientri fra i motivi di nullità del lodo ex art. 412-quater, pur ritenendo che gli arbitri devono applicare l'art. 412-bis (facoltà negata, invece, da MIRANDA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione e l'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro*, Padova, 2005, 91). La norma avrebbe, dunque, portata meramente descrittiva e non precettiva. Secondo VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, pp- 26 e ss., l'inosservanza dell'obbligo del tentativo di conciliazione non sembra inquadrabile in alcuna delle ipotesi di nullità regolate dall'art. 829.

Quanto alle modalità di espletamento non si dubita in dottrina che, nonostante la modifica introdotta dall'art. 19 d.lgs n. 387/1998, che

Al riguardo, può risultare sorprendente che il legislatore abbia voluto accostare una (eventuale) fase conciliativa o, comunque, l'esperimento delle incombenze funzionali alla verifica della possibilità di conciliazione anche ad una forma arbitrale, e non solo ordinaria, di tutela.

La *consecutio* tracciata dal legislatore "tentativo di conciliazione/arbitrato" potrebbe avere un senso ove ci si allontani dall'idea che l'arbitrato sia una mera composizione transattiva della controversia e non già un procedimento finalizzato ad un giudizio, quale che sia la forma esteriore che l'atto deliberativo sia destinato ad assumere.

E' indubbio, comunque, che la previsione - anche per l'arbitrato irrituale - del tentativo obbligatorio di conciliazione abbia segnato una tappa importante nel processo di tendenziale processualizzazione di tale forma arbitrale¹², imprimendogli una marcata caratterizzazione in tal senso.

A fronte della nuova figura di arbitrato irrituale, dai tratti procedurali così nettamente scolpiti, si è posto il quesito se la stessa si sovrapponesse alle altre forme arbitrali irrituali già previste dalla legge ovvero se potesse con esse coesistere.

In dottrina si era optato per quest'ultima soluzione argomentando che l'arbitrato irrituale generale, previsto dall'art. 5, comma 1, l. n. 533/1973, cui si ricollegavano

ha eliminato dalla norma in questione il riferimento all'art. 410-bis contenuto nel testo originario, il tentativo di conciliazione debba svolgersi secondo le modalità del menzionato art. 410-bis. MAGRINI, *La "piccola riforma" della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. e prat. del lav.*, 1998, n. 24,1591; MURONI, *La nuova disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Giust. civ.*, 1998, 1345.

¹² CAPPONI, *op.cit.*, 578.

gli arbitrati irrituali speciali previsti da leggi particolari, fosse sopravvissuto all'intervento normativo, che si era limitato ad introdurre una nuova forma di arbitrato qualificato irrituale¹³; rimaneva, comunque, forte l'impressione che il legislatore, pur non abrogandoli espressamente, avesse voluto abbandonare al loro destino gli arbitrati diversi da quello introdotto dalla nuova disciplina (artt. 412-ter e 412-quater), divenuto la nuova figura generale (o "trasversale") di arbitrato irrituale, sul quale il riformatore aveva puntato ogni speranza di rilancio dell'istituto¹⁴.

Più esattamente, non sembra dubbio, alla luce della lettura sistematica delle norme anzidette, che la disciplina dettata dagli artt. 412-ter e 412-quater si poteva applicare a tutti gli arbitrati irrituali di lavoro di fonte collettiva e che l'arbitrato previsto dall'art. 5 l. n. 533/1973 coincideva oramai con quello disciplinato dalle norme codicistiche anzidette¹⁵.

¹³ CECHELLA, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. Giur. lav.* 1999, 178 ss.;

¹⁴ Si riteneva, così, che sopravvivessero le forme di arbitrato *ex lege*, nonché quelle forme arbitrali previste dai contratti e accordi collettivi (art. 5, comma 1, l. n. 533/1973), con la conseguente coesistenza tra arbitrati generici previsti dal menzionato art. 5 ed arbitrati procedimentalizzati o tendenzialmente ritualizzati disciplinati dal codice di rito. I primi sarebbero sottratti alle nuove regole codicistiche e, dunque, definibili con lodo impugnabile innanzi al tribunale competente ai sensi dell'art. 413 c.p.c., chiamato a pronunciarsi con sentenza appellabile, restando ovviamente esclusa la possibilità di attribuire esecutività al lodo.

¹⁵ Pertanto, è soggetto alla disciplina codicistica anche l'arbitrato di fonte collettiva per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari nel pubblico impiego, previsto nella prima parte degli artt. 59 e 59 bis (introdotto dall'art. 28 d.lgs. n. 80/1990 e corrispondente all'art. 56 d.lgs. n. 165/01) del d.lgs. n. 29/1993: cfr. Cass. 7.1.2003, n. 44; id.

Il nuovo modello di arbitrato irrituale continuava nondimeno a coesistere con altre fattispecie di arbitrato libero previste dalla legge, alle quali, pacificamente, non si applicava questa disciplina. Infatti, ai sensi del comma 1 dell'art. 5 l. n. 533/1973, ancora oggi l'arbitrato irrituale è ammesso per le controversie di lavoro non solo quando è previsto in contratti o accordi collettivi, ma anche nei casi in cui sia previsto *ex lege*¹⁶.

Gli artt. 412-ter e 412-quater delineavano una figura generale di arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro,

Sez. Un. 6.10.2000 n. 10; e si sono sostanzialmente adeguati alle norme anzidette gli arbitrati irrituali sindacali, previsti da accordi interconfederali.

¹⁶ Sono figure di arbitrato *ex lege*, tra le altre: l'arbitrato in materia di licenziamento dei dipendenti da piccole imprese di cui alla l. n. 108/90; l'arbitrato in materia di licenziamenti individuali (art. 7 u.c. l. n. 604/1966); l'arbitrato in materia di sanzioni disciplinari per il settore privato (art. 7 Stat. lav.). Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'arbitrato *ex lege* non costituisce una fattispecie autonoma di arbitrato irrituale, ma *species* della sola categoria concettuale di arbitrato irrituale, soggetto, come quello previsto dalla contrattazione collettiva, allo stesso regime di impugnativa di cui all'art. 412-quater, non essendovi ragione alcuna per una disciplina differenziata, specie alla luce dell'abrogazione dei commi 2 e 3 dell'art. 5 (Cass. 2.2.2009, n. 2576). Anzi tale abrogazione si spiegherebbe proprio considerando che il legislatore ha dettato, nell'art. 412-quater, un nuovo regime (unificato) dell'impugnativa del lodo in caso di arbitrato irrituale. Di talché, alla fattispecie dell'arbitrato rituale, assoggettato all'impugnativa di cui all'art. 828 c.p.c. si contrappone un'unica fattispecie di arbitrato irrituale, di norma previsto dal C.C.N.L., ma talora contemplato dalla legge, assoggettato in entrambe le ipotesi all'impugnativa di cui all'art. 412-quater c.p.c. (Cass. n. 2576/2009). Escluso, allora, che quella dell'arbitrato irrituale *ex lege* possa costituire una fattispecie autonoma, rimane la sola alternativa tra arbitrato irrituale *tout court* ed arbitrato rituale.

caratterizzata, al di là di ulteriori peculiarità, dalla sua fonte necessariamente collettiva; ciò di per sé non escludeva che continuassero a mantenere pieno vigore le fattispecie di arbitrato irrituale previste in leggi speciali, così come potevano essere previste, proprio ai sensi dell'art. 5 l. n. 533/1873, nuove e speciali fattispecie legislative di arbitrato irrituale di lavoro.

Già a priva vista la nuova figura arbitrale rivela una natura ibrida o mista che la colloca ai margini della tradizionale distinzione tra arbitrato irrituale ed arbitrato rituale, in posizione trasversale.

Ove si volesse, comunque, tentare un inquadramento dell'istituto in una delle due categorie concettuali, la preferenza dovrebbe accordarsi per la forma rituale, stante i profili distintamente processualizzati della sua fisionomia¹⁷.

Le prescrizioni della contrattazione collettiva alle quali facevano riferimento l'art. 412-ter erano quelle specificamente indicate e riguardavano:

a) le modalità della richiesta di devoluzione della controversia al collegio arbitrale e il termine entro il quale l'altra parte può aderirvi¹⁸;

¹⁷ PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, Padova, 2003, 118 ss. BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, 335, secondo l'autore l'arbitrato irrituale di lavoro continuerebbe ad appartenere, sia pure in posizione del tutto particolare, al *genus* dell'arbitrato irrituale di diritto comune.

¹⁸ Il mancato rispetto del termine per l'adesione alla domanda di arbitrato non determina alcuna decadenza, ma trasforma l'accettazione tardiva in nuova proposta, bisognosa a sua volta di accettazione da parte dell'originario proponente: così VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la*

- b) la composizione del collegio arbitrale e la procedura per la nomina del presidente e dei componenti;
- c) le forme e i modi di espletamento dell'eventuale istruttoria¹⁹;
- d) il termine entro il quale il collegio deve emettere il lodo, dandone comunicazione alle parti interessate;
- e) i criteri per la liquidazione dei compensi agli arbitri.

I commi successivi sancivano: il primo, la possibilità che i contratti e accordi collettivi prevedessero l'istituzione di collegi o camere arbitrali stabili, composti e distribuiti sul territorio secondo criteri determinati in sede di contrattazione nazionale; il secondo, l'applicabilità alla pronuncia del lodo arbitrale dell'art. 429, comma 3, c.p.c. e l'applicabilità degli artt. 91, comma 1, e 92 c.p.c. in tema di regime delle spese della procedura arbitrale.

L'art. 412-quater detta, poi, norme in tema di impugnazione ed esecutività del lodo arbitrale. Esso prevede, infatti, che sulle controversie relative alla validità del lodo arbitrale decida in unico grado il tribunale, in funzione di giudice del lavoro, della circoscrizione in cui è la sede dell'arbitrato; stabilendo un termine per la proposizione del ricorso, in giorni trenta dalla notificazione del lodo.

Il comma secondo dispone, infine, che trascorso tale termine, o se le parti hanno comunque dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale, ovvero se il ricorso è stato respinto dal tribunale, il lodo è depositato nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato; e che il giudice, su istanza della parte

privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 752.

¹⁹ Con possibilità di riferimento *per relationem* alla disciplina codicistica in tema di arbitrato rituale.

interessata, accertata la regolarità formale del lodo arbitrale, lo dichiara esecutivo con decreto²⁰.

Le puntuali prescrizioni della speciale disciplina, ritenute evidentemente necessarie per superare le tradizionali diffidenze di parte sindacale nei confronti dell'arbitrato e per favorire, così, il rilancio dell'istituto, portano a compimento il processo di formalizzazione e processualizzazione dell'arbitrato irrituale in materia di lavoro²¹. Non solo, ma comportano una chiara compressione dell'autonomia privata, sancendo la decisa prevalenza della disciplina collettiva sulle libere determinazioni delle parti, le quali saranno costrette a muoversi entro i limiti tracciati dalla disciplina collettiva, se vorranno accedere alla particolare figura di arbitrato disciplinata dal codice di rito. Tale figura assai difficilmente è inquadrabile nella tradizionale dicotomia tra arbitrato rituale ed irrituale.

La disciplina, relativa al regime di impugnazione teso a valorizzare implicitamente la componente sostanzialmente decisoria nonché, soprattutto, l'idoneità del lodo ad acquisire l'efficacia di titolo esecutivo, sembra suggerire l'inquadramento di questo tipo di arbitrato nei termini di una figura ibrida di arbitrato semirituale, a torto denominato irrituale, nel senso cioè di libero, essendo strutturato in modo da acquisire una differente stabilità ed

²⁰ L'art. 412-quater è stato inserito dall'art. 39 d.lgs 31.3.1998, n. 80; il testo è stato poi modificato dall'art. 19 d.lgs 29 ottobre 1998, n. 387.

²¹ Di cui si ha chiara consapevolezza nella relazione che accompagna il menzionato disegno di legge CNEL, al quale il legislatore delegato ha attinto: la tradizionale distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, anche dopo la riforma di cui alla l. n. 25/1994, mal si presta a un preciso inquadramento delle figure arbitrali già oggi previste in materia di lavoro.

una maggior forza, specie sul versante esecutivo, sulla falsariga di quanto avviene per l'arbitrato rituale ex art. 825, onde risultare maggiormente funzionale ad assicurare le finalità di tutela del lavoratore.

Il carattere ibrido della regolamentazione è ancor più marcato in materia di impugnazione, per chi ritenga che l'individuazione dei motivi d'impugnazione, nel silenzio del legislatore, dovrebbe risentire della connotazione negoziale del lodo, mentre, incontrovertibilmente, la disciplina dei termini, del procedimento d'impugnazione e dell'exequatur è ispirata alle regole dell'arbitrato rituale, rendendone possibile l'applicazione analogica²².

In questi termini può, tra l'altro, risolversi il quesito dell'applicabilità del termine annuale di decadenza delle impugnazioni, di cui all'art. 828, comma 2, in caso di mancata notificazione del lodo, ad ulteriore sottolineatura della singolare convergenza di profili relativi alla

²² VERDE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in *Problemi attuali dell'arbitrato irrituale*, a cura di Quadri, Napoli, 1994, 81 ss.. In particolare, quanto ai motivi d'impugnazione, nella versione originaria dovuta al d.lgs. n. 80/1998, l'art. 412-quater ammetteva l'impugnazione per violazione di disposizioni inderogabili di legge e per difetto assoluto di motivazione; nella versione emendata dal decreto n. 387/1998, la norma tace circa i motivi specifici (senza peraltro escludere quelli appena menzionati) per la cui individuazione l'interprete deve tener conto dell'intervenuta abrogazione degli originari 2° e 3° comma dell'art. 5 l. n. 533/1973. Accanto alle ordinarie impugnative negoziali, tipiche del lodo irrituale, occorrerà fare riferimento alla mancanza degli specifici presupposti della particolare figura in esame (difetto della condizione di procedibilità o degli elementi rimessi alla predisposizione delle norme collettive): tutti i possibili motivi confluiranno nell'unica impugnazione ex art. 412-quater, non essendo possibile distinguere tra vizi diretti del lodo e tra i vizi derivati, relativi al procedimento della sua formazione.

connotazione negoziale del lodo (propri dell'arbitrato irrituale puro) e di profili procedurali tipici del lodo rituale. La brevità del termine entro il quale il tribunale competente deve pronunciarsi si spiega con l'esigenza di assicurare la tempestiva e massima stabilità dell'epilogo arbitrale, tant'è che, decorso tale termine non sarà più possibile esperire altra impugnazione, nonostante i diversi termini previsti per le impugnative negoziali.

Il controllo del tribunale è di tipo estrinseco, non comportando l'automatica possibilità di decidere la causa nel merito; trattandosi di decisione in unico grado, la sentenza non sarà appellabile, ma solo ricorribile per cassazione (ai sensi art. 360, comma 1, e non già art. 111 Cost.).

Come già il lodo irrituale di cui all'art. 5, comma 5, l. n. 108/1990, anche quello in esame può acquistare efficacia esecutiva, alla pari di un lodo irrituale, nei casi previsti dalla norma (inutile decorso del termine per l'impugnativa, accettazione espressa della decisione arbitrale da parte di entrambe le parti, rigetto dell'impugnazione da parte del tribunale). Il controllo di regolarità del lodo è di tipo estrinseco. Trattandosi di disciplina dell'*exequatur* chiaramente ispirata all'art. 825, comma 3, c.p.c., deve ritenersi applicabile, in via analogica, il comma 5 dello stesso articolo, in ordine alla reclamabilità del decreto che nega esecutorietà al lodo²³.

Questa era la situazione antecedente alla novella del 2006, che prevedeva un modello generale di arbitrato irrituale in materia di lavoro.

²³ Giustamente è stata sottolineata (VERDE, *Profili del Processo Civile*, 2, cit., 362-363) la singolarità della previsione del controllo di regolarità formale anche in caso di rigetto dell'impugnazione.

Identici problemi di coordinamento si pongono, ora, con riferimento al nuovo statuto di arbitrato irrituale introdotto dall'art. 808-ter.

La peculiarità delle esigenze del mondo del lavoro, sottese alla configurazione della particolare forma arbitrale di cui si è detto, non lasciano spazio a dubbi di sorta sulla coesistenza dei due moduli e sulla non riconducibilità, a dispetto della connotazione nominalistica dell'art. 412-ter, dell'arbitrato di lavoro allo schema concettuale dell'arbitrato irrituale di cui all'art. 808-ter.

La specificità di questo tipo di arbitrato continua a risiedere, essenzialmente, nell'idoneità del solo lodo libero di lavoro ad acquisire efficacia di titolo esecutivo stragiudiziale, nonché nella sua marcata componente sindacale. Infatti, il legislatore, oltre a ribadire la c.d. clausola di salvaguardia²⁴ ed il divieto di arbitrato individuale²⁵, impone che già a livello di contrattazione collettiva venga predisposta una disciplina del

²⁴ Prevista, peraltro, da alcuni contratti collettivi (Aran, Confservizi, Cispel e Confapi) anche in corso di arbitrato: BORGHESI, *I primi contratti collettivi definiscono il nuovo statuto dell'arbitrato irrituale*, *Leggi Pubblica Amministrazione*, 2001, Torino, 167 ss.. La giurisprudenza ha affermato che la clausola di salvaguardia si inserisce automaticamente nella clausola compromissoria collettiva, ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.: Cass. Sez. U. 14.11.2002, n. 16044.

²⁵ La scelta sindacale in favore dell'arbitrato irrituale costituisce presupposto della valida stipulazione di un vero e proprio compromesso individuale ovvero una sorta di negozio autorizzativo che lascia impregiudicata la necessità di un patto compromissorio individuale autonomo: Cass. 6.3.1992, n. 2773, in *Riv. arb.* 1992, 377, con nota D'ALESSANDRO; la mancanza determina invalidità del lodo, censurabile in sede di impugnazione: LUISO, *L'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro dopo la riforma del 1998*, in *Riv. arb.*, 1999, 33.

procedimento arbitrale in tutte le sue fasi di svolgimento secondo le prescrizioni espressamente indicate. Nell'ottica di potenziamento della tutela della parte individuale debole, la disciplina codicistica attribuisce, dunque, alla sola autonomia negoziale collettiva il potere di prestabilire le regole procedurali di svolgimento dell'arbitrato irrituale²⁶.

Netta è la differenziazione dei regimi d'impugnazione, anche se entrambe le discipline prevedono l'esperimento di una ordinaria azione di cognizione per far valere i vizi del lodo irrituale. Senonché, profondamente diversi sono i motivi d'impugnativa che, per l'arbitrato irrituale di lavoro, ineriscono alla validità del lodo (ai sensi dell'art. 412-quater, che si riferisce alle controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale), trattandosi delle tipiche azioni contrattuali (azioni di nullità ex art. 1418 c.c., di annullamento ex artt. 1425 ss. c.c. e per eccesso dai limiti del mandato di cui all'art. 1711 c.c.)²⁷, mentre l'art. 808-ter contiene, al comma secondo, un elenco di distinti motivi di annullabilità del lodo, che solo ove se ne escluda la tassatività, può lasciare spazio all'esperimento delle ordinarie azioni d'invalidità.

²⁶ La disciplina speciale individua due condizioni per il valido deferimento ad arbitri irrituali delle controversie di lavoro: l'autorizzazione sindacale e la predisposizione nella clausola sindacale delle regole processuali indicate dall'art. 412-ter: LUISO, *L'arbitrato irrituale*, cit., 35; BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 832; contra GRANDI, *Arbitrato e processo. Profili di qualificazione degli arbitrati irrituali in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 595.

²⁷ Secondo VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, pp. 46 e ss., i motivi di validità del lodo arbitrale di lavoro si identificano in quelli che sostanziano i vizi del lodo rituale, ai sensi dell'art. 829, trattandosi di lodo sostanzialmente rituale.

In tale logica di differenziazione, può anche essere significativa l'abrogazione del comma secondo dell'art. 5 della l. n. 533/1973²⁸, secondo cui il lodo arbitrale non è valido ove vi sia stata violazione di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi, che, delineando un *error in iudicando* aveva conferito allo stesso lodo un contenuto decisorio. Se è vero che l'eliminazione del riferimento normativo non rende il lodo incensurabile sotto tale profilo, è pur vero che la prevista violazione può essere fatta valere solo con l'esperimento di un'azione di nullità, qualora l'assetto degli interessi sostanziali delle parti che ne scaturisce sia contrario a norme inderogabili di legge, e non già per la mera violazione delle stesse norme²⁹. Ad ogni modo,

²⁸ Ad opera dell'art. 43 d.lgs. n. 80 del 1998, con l'effetto di consentire la pronuncia arbitrale secondo equità, salvo il limite della norma inderogabile di legge.

²⁹ Si discute in dottrina se tra le norme inderogabili debbano farsi rientrare anche quelle processuali stabilite in sede di contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 412-ter (in senso favorevole LUISO, *L'arbitrato irrituale*, op. cit., 43; BORGHESI, *Un nuovo statuto per l'arbitrato irrituale*, in *Leggi Pubb. Amm.*, 1998, 824; contra CECHELLA, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 125). Sembra però preferibile l'opinione secondo cui la violazione da parte degli arbitri delle regole processuali predisposte dalla contrattazione collettiva, ai sensi dell'art. 412-ter, sia censurabile in sede di impugnazione del lodo, ma solo in quanto detta violazione integri un eccesso dai limiti del mandato che viene conferito agli arbitri dalle parti, anche attraverso l'eterointegrazione della volontà di queste ultime da parte della contrattazione collettiva (in questo senso BOCCAGNA, *Artt. 412-ter e 412-quater*, in *AAVV, Riforma dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ. comm.* 1999, 1573; CORSINI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: note*

mentre l'azione di impugnativa ai sensi dell'art. 412-quater è soggetta ad un brevissimo termine di decadenza, l'azione di impugnativa del lodo libero di cui all'art. 808-ter è soggetta all'ordinario termine prescrizionale. Inoltre, il giudizio di impugnativa del lodo irrituale di lavoro si svolge in unico grado, mentre quello relativo al lodo libero di diritto comune segue il normale iter lungo i due gradi di merito. Da ultimo, solo il lodo libero di lavoro può acquistare efficacia di titolo esecutivo stragiudiziale³⁰.

Si tratta di connotati di particolarità tanto intensi da rendere l'istituto del tutto estraneo non solo alla tradizione di matrice giurisprudenziale dell'arbitrato irrituale puro, ma anche alla nuova configurazione emergente dall'art. 808-ter. Sicché sembra problematico l'inquadramento come species del nuovo arbitrato libero di diritto comune e più plausibile l'accostamento, in rapporto di species a genus, all'istituto codicistico³¹.

Come è ovvio, il rilievo che precede non risponde solo ad esigenze di inquadramento concettuale, ma è decisivo sul versante delle conseguenze applicative. L'assimilazione dell'arbitrato in questione alla forma rituale porta, infatti, alla conclusione che, per colmare le lacune della

sull'impugnazione del lodo ex art. 412-quater c.c., in *Il lav. nella giurispr.*, 2000, 12.

³⁰ BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 834.

³¹ BOVE, Note in tema di arbitrato libero, in *Riv.dir.proc.*, 1999, 1201 e in *La giustizia privata*, Padova, 2009, 253. Anche VERDE, *Lineamenti di diritto processuale*, op. cit., 46, reputa che si tratti di un tipo particolare di arbitrato rituale, la cui disciplina diverge dal modello ordinario, avendo il legislatore privilegiato in questo settore l'autonomia collettiva (a scapito di quella individuale), avendo circondato l'arbitrato di maggiori garanzie e avendo tentato di imprimere ad esso una maggiore speditezza.

regolamentazione anzidetta, è applicabile la disciplina dettata per l'arbitrato rituale e non già la scarna normativa dell'art. 808-ter.

In particolare, per integrare le norme relative agli arbitri, potrebbero trovare applicazione le regole in tema di responsabilità e riconsunzione dell'arbitro rituale. Parimenti, la disciplina collettiva del procedimento arbitrale potrebbe essere integrata dalla normativa codicistica, specie in tema di istruzione probatoria, ai sensi dell'art. 816-ter, di eccezione di incompetenza, ai sensi dell'art. 817, di sospensione, ai sensi dell'art. 819 bis, ed infine di rapporti tra arbitro e giudice statale, a mente dell'art. 819-ter. La stessa procedura d'integrazione andrebbe, infine, seguita anche per il lodo, ritenendo applicabile l'art. 825, ultimo comma, per cui contro il decreto che nega o concede al lodo l'efficacia esecutiva è ammesso reclamo mediante ricorso alla Corte di Appello entro trenta giorni dalla comunicazione; ovvero la normativa sui motivi d'impugnazione del lodo che, non indicati dall'art. 412-quater, andrebbero ricavati dall'art. 829 c.p.c.346.

In seguito alla riforma del 2006, il legislatore è intervenuto nuovamente in materia di arbitrato con la legge n.183 del 2010, tentando di ridare importanza ad una procedura che negli anni non è mai riuscita a decollare propriamente nel sistema giuridico italiano. Tali problematiche verranno affrontate più approfonditamente nel capitolo secondo.

Par. 2 Premesse ricostruttive: le origini dell'arbitrato

Storicamente la tutela che si è sempre alternata alla giurisdizione statale è rappresentata dall'arbitrato, l'archetipo dei modelli alternativi di risoluzione delle

controversie che si fondano sulla cognizione e decisione della stessa da parte di un terzo³².

L'ordinamento italiano prevede agli articoli 24 e 101 della Costituzione norme volte a garantire "il diritto ad agire in giudizio" ed "il diritto all'organizzazione della giustizia". Il potere giurisdizionale si concretizza, quindi, nella predisposizione dei mezzi idonei al raggiungimento dello scopo, ossia la risoluzione delle controversie³³.

Tuttavia, si potrebbe dire che il "monopolio" della giurisdizione su altre tutele coinvolgerebbe solo la tutela coattiva dei diritti attraverso l'uso della forza pubblica nella fase dell'esecuzione concreta della decisione risolutiva della controversia. Relativamente ai diritti disponibili, dovrebbe escludersi l'esclusività della giurisdizione quale unica forma di risoluzione dei conflitti: ed infatti si potrebbe dire che la decisione pronunciata dai giudici assume un ruolo necessario solo quando gli individui non riescano e non vogliano trovare un accordo mediante l'utilizzo di strumenti alternativi.

L'evoluzione dell'istituto dell'arbitrato inizia con l'esperienza della giurisdizione dei probiviri, e, quindi,

³² "Ciò che muove alle forme dell'arbitrato è il risultato di una evoluzione interna all'ordinamento intersindacale. (...) Nella ricerca intorno alle forme che storicamente hanno contraddistinto gli arbitrati industriali sono state enucleate delle specificità del rito, tali da giustificare quell'appellativo di tutela differenziata adottata in dottrina, che la giurisdizione dello Stato ha direttamente mutuato dall'ordinamento sindacale. Le particolarità del rito arbitrale nei loro caratteri salienti si rinvengono nel rito speciale del lavoro disciplinato dallo Stato e innestatosi nella tradizione liberale del processo ordinario interamente governato dal principio dispositivo, cui non ha mai smesso di uniformarsi il processo del lavoro." (CECCHIELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, pp. 272 e ss.)

³³ SATTA, *Commentario al c.p.c. IV, 2*, Milano, 1971, 167 e ss.

dalla legge 15 giugno 1893 n. 295 che conferì, per il settore industriale, alla giuria probivirale compiti di conciliazione e di arbitrato secondo equità per la risoluzione di controversie aventi un determinato valore, quantificato in duecento lire³⁴.

L'arbitrato del lavoro delle origini ha come scopo la ricomposizione del conflitto attraverso il perfezionamento di un rapporto obbligatorio e non quello di imporre alle parti il rispetto dei diritti e obblighi nascenti da un contratto preesistente.

Tuttavia, già nel 1871, le società operaie di Mantova iniziarono a prevedere nei loro statuti la devoluzione di

³⁴ L'arbitrato delle controversie di lavoro è un fenomeno giuridico che nasce in un contesto storico ben preciso: *“esso coincide con le lacerazioni sociali (...) dovute all'affermarsi del nuovo modo di produzione industriale sostitutivo dei tradizionali equilibri risalenti ancora ad età medievale e coincidenti con il modo artigianale di produzione o con l'economia agricola familiare, nel quale tendenzialmente la titolarità dello strumento lavorativo, dell'energia lavorativa e del prodotto appartengono allo stesso soggetto. Il titolare della sola energia lavorativa è in balia della unilaterale disciplina imposta al rapporto, dalla sua costituzione alla sua cessazione, da chi ha la proprietà dei mezzi di produzione e della legge inesorabile dell'impresa ad esso dai cicli di crisi ed espansione che contraddistinguono immediatamente il nuovo modo di produzione, il tutto traducendosi in basso salario, lavoro in condizioni contrarie alla salute e all'igiene e disoccupazione. Lo squilibrio che ne scaturisce frantuma lo schema individualistico del contratto d'opera e lo sostituisce con il livello collettivo della associazione, ricomponendolo sul piano di una nuova bilateralità, ove al datore di lavoro industriale si contrappone la collettività organizzata dei lavoratori. È in questo formarsi ancora embrionale di un tessuto di relazioni intersindacali, nel tentativo di rimettere su un piano di concreta bilateralità il rapporto di lavoro, che ha modo di manifestarsi per la prima volta l'arbitrato del lavoro”*. (CECCHIELLA, *op. cit.*, pp. 18 e ss.)

alcune controversie all'arbitrato, in risposta agli industriali dell'epoca; si leggeva che *“le controversie tra principali e operai per causa di salari o divisioni di lucri, di scioglimento di impegni reciproci specialmente circa la durata del lavoro; di domande per danni e interessi in causa di licenziamento dato o prevenuto, e qualunque altra vertenza che non rientri in queste tre categorie, purché si riferisca al lavoro, previo tentativo di conciliazione, in mancanza del quale spetta al collegio arbitrale di decidere le vertenze”*.

I probiviri conservano tutti i caratteri dell'arbitrato del lavoro, ma ne aggiungono uno nuovo: la coesistenza di organi provenienti da diversi ordinamenti, quello sindacale e quello dello Stato. La legge, infatti, qualificava i collegi come organi dello Stato con compiti di amministrazione della giustizia.

I collegi erano composti da un presidente, scelto tra i magistrati, ed un eguale numero di rappresentanti degli industriali e degli operai; in ogni collegio venivano poi creati un ufficio di conciliazione, articolazione del collegio probivirale diversa dalla giuria, cui erano devolute le funzioni di giudizio (composto da due membri provenienti dalle opposte componenti sociali oltre al presidente del collegio), e una giuria alla quale veniva conferito lo *ius decidendi* sulle controversie secondo equità, qualora il tentativo di conciliazione desse un esito negativo.

L'ufficio di conciliazione poteva essere adito solo per il componimento amichevole delle controversie.

Le cause di competenza dei collegi erano, quindi, limitate in base al valore e alla materia; erano, infatti, escluse le cause aventi ad oggetto controversie economiche collettive. Diversamente, come già previamente accennato, venivano trattate, ai sensi degli artt. 1 e 8 della legge 295 del 1893: *“a) i salari pattuiti o da pattuirsi; b) il prezzo del*

lavoro eseguito o in corso di esecuzione e il salario per le giornate di lavoro prestate; c) le ore convenute o da convenirsi; d) l'osservanza dei patti speciali di lavorazione; e) le imperfezioni del lavoro; f) i compensi per i cambiamenti nella qualità della materia prima o nei modi di lavorazione; g) i guasti recati dall'operaio ad oggetti della fabbrica, o i danni da questo sofferti nella persona per fatto dell'industriale; h) le indennità per l'abbandono della fabbrica o per licenziamento prima che sia compiuto il lavoro o trascorso il termine pattuito; i) lo scioglimento del contratto di lavoro e di tirocinio; e in generale tutte le controversie che riguardano convenzioni relative al contratto di lavoro o di tirocinio, fra industriali e capi operai o lavoranti; fra capi operari e operai apprendisti, o che dipendano da trasgressioni disciplinari”.

La giuria probivirale era dotata di funzioni di giudizio nel limite costituito da un certo valore della causa (lire 200); nelle controversie di valore superiore, essa, per scelta spontanea delle parti, funzionava come collegio arbitrale. Il ridimensionamento di tale funzione era determinato dal fatto che alla giuria la controversia era obbligatoriamente devoluta solo nei limiti di valore non eccedenti le lire duecento; per i valori superiori lo stesso tipo di lite poteva essere trattata, soltanto, quando la giuria avesse rivestito le qualità di collegio arbitrale preceduto da patto compromissorio delle parti, cioè per spontanea adesione di queste (art. 12).

Con la legge 20 marzo 1921 n. 303 venne novellato l'art. 9 della legge 295 del 1893 nella parte in cui determinava il limite di valore delle controversie attribuite ai collegi dei probiviri, innalzandolo a 1000 lire. Tale modifica venne effettuata in un periodo in cui l'arbitrato iniziava a mostrare segni di logoramento; tuttavia, l'istituto è stato

utilizzato fino al 1928, quando l'introduzione del nuovo processo delle controversie individuali di lavoro ha segnato la definitiva eliminazione dell'istituto.

Successivamente, vennero istituite le commissioni arbitrali dell'impiego privato. La disciplina delle commissioni era talmente in continuità con l'esperienza probivirale che la stessa legge vi faceva rinvio. In questo modo si consolidava, relativamente alle controversie di lavoro instaurate innanzi al giudice dello Stato, quella specialità di rito che era emersa spontaneamente dalla comunità sindacale, sia negli arbitrati delle origini, sia nell'esperienza degli arbitrati probivirali.

La continuità si manifestava, durante lo svolgimento del processo innanzi alle commissioni: a) nelle regole sulla competenza per materia, i cui limiti erano fissati da una causa petendi che doveva coincidere esclusivamente con il rapporto di impiego privato; b) nell'introduzione di una soglia di valore oltre la quale la competenza ritornava alla giurisdizione ordinaria; c) nella competenza per territorio determinata non secondo la regola comune, costituita dal foro del convenuto, bensì sulla base del luogo della prestazione, cioè dalla dislocazione territoriale dell'azienda ove il lavoro era svolto; d) nella fissazione d'ufficio del giorno di udienza; e) nella garanzia di una concentrazione del giudizio attraverso l'introduzione di una preclusione per la presentazione di deduzioni scritte o la produzione di documenti costituita dal termine di sei giorni anteriori all'udienza; f) nella immediatezza garantita dall'interrogatorio libero delle parti che compaiono personalmente salvo mandato speciale e dalla partecipazione alla fase decisionale dei soli membri della commissione che hanno assistito alla discussione della causa; g) nella accentuazione dell'iniziativa probatoria dell'ufficio ed infine h) nella provvisoria esecuzione *ex*

lege della decisione finale nei limiti delle controversie il cui valore non ecceda le lire tremila e discrezionale nelle controversie di valore superiore, con inibitoria al giudizio di appello. Proprio il mezzo di impugnazione costituiva l'unica differenza con il rito probivirale; era consentito un appello pieno per le pronunce emesse nelle controversie superiori alle tremila lire, e una impugnazione in senso stretto per incompetenza ed eccesso di potere limitata alle cause di valore inferiore. In entrambi i casi innanzi alla commissione centrale. Quest'ultima non decideva inappellabilmente, poiché la legge consentiva alla parte soccombente di redigere un ricorso per Cassazione sia per incompetenza che per eccesso di potere. La competenza delle commissioni sull'impiego privato concerneva esclusivamente le controversie individuali; di quelle collettive, sia economiche che giuridiche, la legge non faceva alcun riferimento.

La fine dell'esperienza arbitrale si verificò nel 1928 con la soppressione formale degli organi con il r.d. n. 47/1928. L'annullamento nella dimensione aziendale della realtà intersindacale, che pure era stata la matrice storica e vitale dell'arbitrato delle origini e dell'esperienza probivirale, e la pubblicizzazione del sindacato fascista ha portato al monopolio della giurisdizione statale della risoluzione delle controversie con la creazione della magistratura del lavoro per la composizione di quelle collettive, in particolar modo in relazione alla loro soluzione preventiva. Con la caduta del regime venne travolto anche l'ordinamento corporativo che ne costituiva le fondamenta ideologiche e giuridiche.

L'art. 39 della Costituzione riconobbe la libertà e la garanzia piena all'autonomo svolgimento delle associazioni sindacali, in ogni loro manifestazione

organizzativa e contrattuale, contro l'ingerenza dello Stato, fatto salvo l'obbligo di registrazione.

In tale prospettiva il disposto dell'art. 24 Cost., che sancì il diritto di azione giurisdizionale innanzi al giudice dello Stato per far valere diritti ed interessi legittimi, escluse dal sistema ogni esclusività del mezzo di risoluzione offerto garantendo all'individuo l'alternativa alla via giurisdizionale, non privando l'arbitrato di una piena legittimità sul piano costituzionale come arbitrato facoltativo.

L'origine del divieto arbitrale in materia di lavoro va, dunque, ricercata nell'orientamento negativo nei confronti dell'istituto che si era affermato nella legislazione corporativa, come emerge dall'art. 3 comma 2 del r.d. 26 febbraio 1928 n. 471 che costituisce il precedente dell'art. 808 comma 2 del codice di rito del 1940.

Così il testo originario dell'art. 806 c.p.c. escluse dalle controversie quelle previste negli artt. 409 e 442 c.p.c., ossia quelle individuali di lavoro e quelle in materia di previdenza e assistenza obbligatorie, travolgendo sia la clausola compromissoria sia il compromesso, sia di origine individuale che collettiva.

L'art. 808 comma 2 c.p.c. sanciva che *“la clausola compromissoria non può essere inserita nei contratti collettivi di lavoro, negli accordi economici e nelle norme equiparate”*³⁵.

Ad ogni modo, anche dopo la caduta dell'ordinamento corporativo, la storia dell'istituto è stata segnata da orientamenti volti a riconfermare il divieto di arbitrabilità

³⁵R. FLAMMIA, *Conciliazione ed arbitrato nel rapporto di lavoro privato*, in AA.VV. *Conciliazione ed arbitrato nelle controversie individuali di lavoro*, Atti dell'incontro di studi tenutosi a Roma il 20 marzo 2001, NGL-Saggi, n. 3, Roma, 2001.

delle controversie di lavoro e di stipulare patti compromissori individuali. Il legislatore, seppur con la legge 604/1966 ha ritenuto opportuno introdurre un'ipotesi di arbitrato all'art. 7, si è, infatti, subito prodigato a qualificare tale istituto come irrituale, con il plausibile scopo di non intaccare il dettato dell'art. 806 c.p.c

Pertanto, stante l'atteggiamento di sfavore nei confronti dell'istituto dell'arbitrato, gli artt. 806 e 808, comma 1, prevedevano il divieto dell'arbitrato per le controversie individuali di lavoro, mentre l'art. 808, comma 2, poneva analogo divieto per le controversie collettive.

L'opposizione derivava dal fatto che l'inderogabilità della normativa che riguarda la materia veniva spesso confusa con l'indisponibilità dei diritti controversi. Tale identificazione era originariamente affidata proprio all'art. 806 c.p.c. che consentiva la devoluzione ad arbitri solo delle controversie che potevano formare oggetto di transazione, fermo restando il generale divieto di quelle di lavoro e previdenziali³⁶.

La ratio del divieto del patto compromissorio individuale di cui all'art. 806 c.p.c. veniva individuata nella tutela del contraente debole, già operata sul piano sostanziale attraverso il regime della invalidità di rinunce e transazioni sui diritti del lavoratore discendenti dalla disposizione inderogabile di cui all'art. 2113 c.c., quindi nella intransigibilità dei diritti³⁷.

Stante il divieto assoluto di arbitrabilità delle controversie di lavoro, chi intendeva devolvere la propria lite ad arbitri

³⁶ RICCI G. F., *Dalla transigibilità alla disponibilità del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in Riv. arb., 2006, pp. 265 e ss.; RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in Riv. dir. proc., 2002, p. 140.

³⁷ GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in Riv. dir. lav., 1958, I, 15.

poteva aggirare l'ostacolo attraverso la stipulazione di patti compromissori irrituali, principalmente di origine sindacale; ed infatti, le clausole compromissorie irrituali sviluppatasi nella prassi erano principalmente di carattere collettivo, ma non solo. Non vi era, infatti, alcuna regola ostativa alla stipulazione di clausole per arbitrato direttamente tra le parti individuali e senza previa autorizzazione sindacale.

Tale soluzione fornita dalla prassi consentiva di giungere alla decisione di una lite, sottraendo alle regole procedurali e regolamentari i rapporti attraverso un provvedimento, il lodo, non soggetto alle impugnazioni previste nel codice di rito e neppure omologabile ai sensi dell'art. 825 c.p.c.

L'arbitrato irrituale diventava, quindi, lo strumento alternativo, fondato esclusivamente sulla piena autonomia negoziale delle parti, al fine di consentire una risoluzione delle controversie di lavoro, diversamente destinate ad essere decise solo dai giudici dello Stato³⁸.

Par. 3 I primi arbitrati irrituali: dalla legge n. 604/1966 allo Statuto dei Lavoratori

Il legislatore introduce per la prima volta una forma di arbitrato irrituale nell'art. 7 della L. 604/1966, in materia di licenziamenti individuali³⁹.

L'art. 7, in realtà, non regola l'arbitrato irrituale, bensì lo menziona quale possibile strumento di tutela che le parti possono decidere di adottare in caso di "esito

³⁸ LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2009, pp. 361.

³⁹ CECHELLA, *L'arbitrato in materia di lavoro dopo la legge n. 183 del 2010*, cit., 57; SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, 1993, Milano, 50.

negativo del tentativo di conciliazione”, devolvendo la decisione delle loro liti in materia di licenziamento ad un arbitro.

La previsione dell’arbitrato irrituale riconosce l’esistenza e la possibilità di utilizzo di forme di risoluzione alternativa delle controversie; svolta che viene, poi, confermata dal disposto dell’art. 7 della legge 300 del 1970 che prevede un procedimento di risoluzione delle controversie in materia di sanzioni disciplinari.

Tuttavia, a differenza di quanto statuito dalla legge 604/1966, dove all’arbitrato è attribuita evidentemente la natura di arbitrato libero, la norma prevista nello Statuto dei Lavoratori non specifica in alcun modo la natura della procedura arbitrale in esso prevista.

Ad ogni modo, la maggior parte della dottrina⁴⁰ ribadisce la natura irrituale anche dell’arbitrato previsto dall’art. 7 della legge 300/1970 e di tutte le procedure analoghe previste dalla contrattazione collettiva.

L’art. 7 si occupa di disciplinare esclusivamente la parte introduttiva dell’arbitrato, consentendo al lavoratore di scegliere tra la procedura arbitrale e quella giudiziale, rimanendo in questo modo pienamente compatibile con il disposto costituzionale dell’art. 24 Cost., trattandosi di un arbitrato volontario per entrambe le parti. L’art. 7 consente altresì alle parti di utilizzare le procedure arbitrali previste dalla contrattazione collettiva.

⁴⁰ PERA, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento secondo lo Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 1284; SPAGNUOLO VIGORITA, FERRARO, “Sanzioni disciplinari”, in AA.VV: *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, Milano, 1975, 196 e ss.; ROCCELLA, *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *QL*, n. 8, p. 9 e ss..

L'unica lacuna che presenta tale articolo si trova nella mancata previsione dell'iter procedimentale e del suo regime di impugnazione; tuttavia, la scelta del legislatore di far conseguire effetti sospensivi o estintivi della sanzione disciplinare dalla proposizione della domanda arbitrale da parte del lavoratore o dall'inerzia del datore di lavoro nel prendere parte alla procedura arbitrale, dimostra la volontà dello stesso, nonostante il divieto di arbitrato per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c., di voler promuovere la composizione della lite in via arbitrale, sfavorendo il ricorso ai giudici. Questo però non ha portato ad alcun cambiamento ed anzi la regolamentazione successiva dell'istituto non ha fatto altro che sottoporlo a maggiori limitazioni tali da scoraggiarne significativamente l'utilizzo⁴¹.

L'epoca postcorporativa fu, quindi, segnata dalla contrapposizione delle norme del codice di rito che prevedevano la nullità radicale del patto compromissorio su una controversia di lavoro, sia che esso fosse costituito da un compromesso o da una clausola arbitrale individuali o da una clausola compromissoria contenuta in un contratto collettivo, e le forme di giustizia privata che sorgevano nell'ordinamento intersindacale.

Par. 4 L'art. 5 legge 533/1973: un primo tentativo di dar origine ad un arbitrato irrituale generale

Nonostante l'impegno del legislatore di regolamentare il fenomeno arbitrale nella materia del diritto del lavoro, non veniva ancora delineato un modello unico di arbitrato irrituale, ed infatti, quello previsto dalla legge 604/1966 si

⁴¹ VENEZIANI, voce *Arbitrato nel diritto del Lavoro*, in Dig. comm., I, Torino, 1987, 216.

limitava alle fattispecie di licenziamenti individuali, mentre quello disciplinato dalla legge 300/1970 riguardava le sanzioni disciplinari.

Solo la legge 533 del 1973 regolamenta, per la prima volta, la materia in via generale, introducendo una nuova fattispecie di arbitrato irrituale, delimitando il campo di applicazione, le fonti, le condizioni e i limiti di validità⁴².

Viene, quindi, stabilita un'unica regola per la devoluzione delle controversie ad arbitri irrituali, ossia la previsione della procedura da parte della legge o del contratto o accordo collettivo, mediante clausola compromissoria intersindacale; il primo comma dell'art. 5, infatti, consente di superare l'originario divieto di patto compromissorio a condizione che ciò sia autorizzato dalla contrattazione collettiva o dalla espressa previsione normativa⁴³.

L'arbitrato irrituale previsto dalla legge consente, quindi, di devolvere la controversia agli arbitri, purché la volontà di procedere in tale senso venga manifestata in modo espresso e chiaro, non essendo sufficiente la sola previsione legislativa⁴⁴.

Sono le parti che scelgono di ricorrere ad un arbitrato ad hoc tutte le volte che la legge lo prevede. Il legislatore del

⁴² GRANDI, *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1991, 417 c.c.

⁴³ Mentre il secondo e terzo comma di questo articolo sono stati abrogati dal D. Lgs. 80/1998, il primo comma è rimasto vigente anche in seguito alla legge 183/2010 che ha lasciato immutato proprio questa disposizione. Diversamente da quanto previsto per l'arbitrato irrituale, per quello rituale, l'art. 4 della legge 533/1973 consentiva la procedura solo se il contratto collettivo la prevedeva, escludendo così la possibilità di applicare l'arbitrato rituale in caso di mancata previsione collettiva.

⁴⁴ BORGHESI, *L'arbitrato in materia di lavoro*, in Lav. giur., 1995, 993.

1973 ha avvicinato la disciplina dell'arbitrato irrituale di lavoro a quella dell'arbitrato rituale, differenziando queste due tipologie solo sul piano delle fonti: mentre l'arbitrato rituale trova il suo riconoscimento solo nella contrattazione collettiva, quello irrituale può essere previsto anche dalla legge.

L'arbitrato irrituale, previsto dal contratto collettivo, preclude la possibilità delle parti di stipulare un valido compromesso o clausola compromissoria in assenza di una espressa previsione sindacale, limitando, in questo modo, lo spazio dell'autonomia individuale delle parti e la facoltà di stabilire con che modalità ricorrere all'arbitrato. Gli accordi collettivi determinano le condizioni per devolvere la controversia agli arbitri organizzando il procedimento e disciplinando gli spazi di autonomia concessi alle parti private del rapporto.

È chiaro che la ratio che ha spinto il legislatore a consentire l'utilizzo dell'arbitrato nelle controversie di lavoro solo in caso di previsione normativa o nel contratto collettivo trova la sua origine nel timore che l'assenza di una regolamentazione non avrebbe fornito la tutela necessaria al lavoratore, il quale non avrebbe avuto la facoltà di imporre le proprie regole e la propria volontà nei confronti del datore di lavoro⁴⁵.

⁴⁵ La legge 533/1973 fu “*il tentativo di persuadere i sindacati sull'opportunità di impadronirsi dello strumento arbitrale, seppur in uno scenario di supremazia della giurisdizione*”, attraverso la codificazione, per la prima volta, di un arbitrato rituale di lavoro su clausola compromissoria; tenendo ferma l'alternativa irrituale generalizzata, laddove prevista dalla legge, come nei casi della legge 604/1966 e 300/1970, ovvero dalla autonomia collettiva”. C. CECHELLA, *L'arbitrato in materia di lavoro dopo la legge n. 183/2010*, cit., 49.

Qualora la legge non preveda i modi e le forme della procedura, stabilendo preliminarmente un assetto di base tra le parti – come, ad esempio, accade nei casi dell'art. 7, commi 6 e 7, della legge 300/1970 dove con riferimento alla formazione del collegio arbitrale è stabilito che esso sia composto da un rappresentante del lavoratore, uno del datore di lavoro e un terzo membro scelto di comune accordo per garantire l'imparzialità dell'organo giudicante – deve intervenire il contratto collettivo che legittima le parti a concludere compromessi individuali conformi alle condizioni e alla disciplina dettata in sede di autonomia contrattuale, tutelando così il contraente più debole.

Cosa accade, però se viene stipulata una clausola compromissoria individuale che consente di utilizzare per la risoluzione della controversia la procedura arbitrale irrituale, in assenza di una previsione sia di legge sia del contratto collettivo?

Alcuni hanno interpretato la previsione della via arbitrale da parte della legge o del contratto collettivo come una norma avente carattere imperativo; ai sensi dell'art. 1343 c.c., si crea un legame tra la nozione di norma imperativa ed i concetti di ordine pubblico e buon costume. La norma imperativa oltre ad essere cogente, si fonda sulla tutela dell'ordine pubblico e del buon costume, ossia sul rispetto dei principi generali dell'ordinamento, proteggendo un bene assoluto.

La violazione, pertanto, della norma determina la nullità del contratto.

Un'altra parte della dottrina, diversamente, ha ritenuto che non si trattasse di una norma imperativa, bensì inderogabile; in questo caso, essendo la norma inderogabile posta a tutela di un bene relativo, e non assoluto, i comportamenti contrari ad essa rappresentano solo un mancato rispetto di un criterio posto dalla legge al

quale deve conformarsi l'autonomia privata, perciò non comporta l'illiceità del contratto, bensì la sostituzione automatica della clausola ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c., quando ve ne siano i presupposti⁴⁶.

L'importanza della qualificazione del vizio, in termini di nullità o annullabilità, rileva ai fini della scelta dei rimedi applicabili per la rilevabilità dell'invalidità: l'orientamento dottrinale che sostiene la annullabilità del lodo, lo ritiene soggetto alla declaratoria di annullabilità previsto dall'art. 2113 c.c., diversamente, chi ritiene il lodo nullo, afferma l'impugnabilità dello stesso con il procedimento previsto dall'art. 1418 c.c., ossia con una azione imprescrittibile di nullità.

Le contrastanti interpretazioni hanno, poi, portato a sostenere che, qualora un difetto del lodo sia stato determinato dal mancato rispetto delle regole procedurali o di giudizio stabilite nell'interesse delle parti e da esse non derogabili, l'eventuale impugnazione potrà essere proposta solo dalle parti in causa nei limiti e nelle forme previste dall'azione di annullamento. Diversamente, se sono state violate norme imperative che impongono generali condizioni di ammissibilità e validità dell'arbitrato, il bene da tutelare non è limitato solo alla sfera delle parti in causa, bensì si estende anche all'ordine pubblico, richiedendo perciò l'utilizzo di una tutela prevista dall'art. 1418, ossia l'azione di nullità⁴⁷.

⁴⁶ C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., 293; MONTESANO, VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996; BORGHESI, *l'arbitrato in materia di lavoro*, cit., 993.

⁴⁷ Se le parti si accordano per devolvere ad arbitri una controversia non compromettibile, il lodo non sarà semplicemente annullabile con i modi e i limiti dell'art. 829 c.p.c., ma, ad esempio, sarà insistente qualora sia stato emesso da un arbitro privo del potere di

Ad ogni modo, le due contrapposte interpretazioni sono state riunificate dalla abrogazione dei commi 2 e 3 dell'art. 5 della legge 533/1973, ed infatti non vi è più alcun richiamo all'art. 2113 c.c., quale strumento di impugnazione del lodo (apparentemente esclusivo), rimanendo a disposizione delle parti solo l'azione di nullità.

L'art. 5 della legge 533/1973 stabilisce, altresì, che nei contratti collettivi specularmente alla previsione della

decidere. In questo caso, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno deciso di non estendere a tale fattispecie quanto previsto dall'art. 161 c.p.c. (ossia l'assorbimento delle nullità in motivi di gravame) per sostenere la rilevabilità d'ufficio del vizio. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, pp. 15 e ss.; PUNZI, voce *Arbitrato*. I) *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. Giuridica Treccani*, II, Roma, 1988, pp. 29 e ss.. Dopo la riforma del 2006, attuata con D. Lgs. 40/2006, è stato previsto all'art. 817, comma 2, che *“la parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrale”*. A seguito di tale modifica, si applica un regime differenziato per l'ipotesi di arbitri privi del potere di decidere, a seconda che derivi da invalidità, inefficacia e inesistenza della convenzione di arbitrato o da non arbitrabilità della controversia. Nel primo caso deve escludersi l'inesistenza del lodo, il quale sarà assoggettabile all'azione di nullità ex art. 829 c.p.c.; nel secondo caso, si è in presenza di un vizio da poter far valere senza limiti di tempo, anche se non dedotto in via arbitrale. MENCHINI, *Impugnazione del lodo “rituale”*, in *Riv. arb.*, 2005, 850 e ss., dove si osserva che l'art. 829, comma 1, n. 1, nel disciplinare l'azione di nullità per inesistenza, invalidità e inefficacia della convenzione di arbitrato, non menziona l'invalidità derivante da lodo reso su materia non compromettibile, deducendo da tale esclusione che il lodo è da considerare non semplicemente nullo, bensì inesistente.

clausola compromissoria debba essere fatta salva la facoltà di adire il giudice ordinario, ed infatti, il divieto di arbitrato obbligatorio è collegato ai soli arbitrati previsti dai contratti collettivi.

Il legislatore, in questo modo, ha impedito che al lavoratore fosse imposto l'istituto dell'arbitrato come unico rimedio, salvaguardando il diritto di azione previsto costituzionalmente dall'art. 24 Cost⁴⁸.

Ed infatti, il timore del legislatore che il ricorso alla procedura arbitrale fosse imposta al lavoratore, ha originato il dibattito dottrinale, di cui si parlerà ivi di seguito, in ordine alla possibilità di ritenere che la clausola compromissoria collettiva possa consentire solo convenzioni arbitrali individuali, o possa anche essere direttamente applicata alle parti ricomprese nell'ambito di efficacia soggettiva del contratto collettivo⁴⁹.

La legge 533/1973 ridimensiona molto la portata e l'efficacia del contratto collettivo, sottraendo a quest'ultimo il potere di disporre del diritto delle parti a far

⁴⁸ *“L'arbitrato previsto dai contratti collettivi, anche in mancanza di una previsione di salvaguardia del diritto di agire in giudizio, non potrebbe porsi sullo stesso piano degli arbitrati autoritativamente imposti dalla legge come, ad esempio, quelli in materia di appalti di opere pubbliche, dove il legislatore, in questo caso, ha progressivamente sostituito l'arbitrato obbligatorio con il c.d. arbitrato da legge, il quale è apparentemente un modello alternativo alla giurisdizione statale, ma standardizzato a priori sottratto in larga misura al potere organizzativo delle parti, in modo da somigliare ad una giurisdizione speciale”*. BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 81 e ss.

⁴⁹ R. FLAMMIA, *Arbitrato e conciliazione in materia di lavoro*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2000, II, pp. 3 e ss.; STOLFA-VENEZIANI, *Arbitrato nel diritto del lavoro*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1987, I, 218.

valere in giudizio i propri diritti, consentendolo solo alle parti stesse. Del resto, a differenza della legge, il contratto collettivo non fonda la sua efficacia giuridica su un principio di autorità; lo stesso ha pur sempre una matrice volontaristica individuale considerato che fonda la sua efficacia sul volere di singole parti private che, in quanto associate, decidono di adottare le regole in esso previste⁵⁰. La convenzione arbitrale ha valore solo fra le parti che l'hanno sottoscritta e non può essere imposta a coloro che non l'hanno accettata⁵¹.

Tuttavia, con la previsione di far salva la facoltà delle parti di agire in giudizio nella clausola compromissoria collettiva si consente al lavoratore ed al datore di lavoro di stipulare accordi arbitrali con le modalità che ritengono più opportune, sempre però nel rispetto di limiti imposti dal contratto collettivo.

L'accordo individuale, diversamente, sia stipulato nella forma del compromesso quanto in quello della clausola

⁵⁰ *“I commi 3 e 4 dell’art. 34 del D.lgs. 5/2003 indicano il campo di applicazione soggettivo della clausola compromissoria statutaria, prevedendo che essa sia vincolante “per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia”; nonché, a seguito dell’accettazione dell’incarico, per “gli amministratori, liquidatori e sindaci”, qualora la controversia sia stata promossa da loro o contro di loro. La norma rappresenta una regola del gruppo che per il sol fatto di essere inserita nello statuto, vincola anche coloro che non hanno concorso a formarla”.* RICCI E. F., *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 524 e ss.

⁵¹ CECHELLA, *L’arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., 298, *“(…) il principio costituzionale di tutela del diritto d’azione va inteso nel senso che solo alla parte non vincolata per propria scelta alla disciplina collettiva (per mancata adesione ad uno dei sindacati firmatari, deve essere garantito il diritto di optare per la via giurisdizionale in alternativa a quella sindacale)”.*

compromissoria, ha valore tra le parti, che, una volta stipulata la convenzione di arbitrato, non potranno più sottrarsene.

È pur vero che l'art. 5 della legge 533/1973 non prevede alcuna sanzione in caso di violazione relativa alla mancata previsione della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria⁵². Sul punto è intervenuto il D.Lgs. 80/1998 che, abrogando il rinvio compiuto dall'art. 5 all'art. 2113 c.c., ha fornito come unico rimedio l'azione di cui all'art. 1418 c.c., dovendosi così, ad oggi, ritenere nulla la clausola che preveda arbitrati obbligatori.

Si è, quindi, osservato che l'impianto normativo della legge 533/1973, volendo proteggere il lavoratore nel momento della scelta per la soluzione arbitrale ed in relazione ai parametri di giudizio degli arbitri, ha previsto sempre e comunque la facoltà delle parti di adire il giudice del lavoro⁵³.

⁵² Una parte della dottrina ha sostenuto che il patto compromissorio sindacale in contrasto con la previsione espressa della facoltà di ricorrere al giudice doveva considerarsi parzialmente nullo, ai sensi dell'art. 1419 comma 2, con la conseguente automatica sostituzione della norma imperativa che prevedesse la facoltà di deroga all'arbitrato nella difforme clausola collettiva. BARONE, *Gli arbitrati e le conciliazioni stragiudiziali*, Bologna, 1987, 220 e ss.

⁵³ RUFFINI, *sub. art. 806 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, ed. IV, Milano, 2010, III, 1537.

Par. 5 Natura, funzioni e struttura dell'arbitrato irrituale e rituale: gli elementi distintivi dell'arbitrato irrituale anche alla luce della legge n. 25 del 1994

Uno dei primi aspetti che distingue l'arbitrato rituale da quello irrituale risiede nel fatto che il primo è regolato dalla legge e trova la sua disciplina nel codice di rito⁵⁴.

L'arbitrato irrituale nasce, invece, come espressione pura dell'autonomia negoziale delle parti, pertanto, non può essere disciplinato da norme imposte dallo Stato per il suo concreto svolgimento⁵⁵.

Un'ulteriore aspetto che, tradizionalmente, differenzia le due tipologie di arbitrato è il fatto che solo l'arbitrato rituale è suscettibile di exequatur e, quindi, di essere reso esecutivo.

Con l'arbitrato rituale viene esercitata un'attività di giudizio e decisione palesemente giurisdizionale, sostitutiva di quella esercitata dai giudici, ed infatti il lodo ha efficacia di sentenza; questo è quanto risultava dal codice di rito nel quale si inseriva la disciplina dell'arbitrato. Lo stesso art. 825 c.p.c. prevedeva che *“il lodo deve essere depositato da uno degli arbitri in*

⁵⁴ G. MAMMONE, *L'arbitrato*, Milano, 2003, Giuffrè, p. 2 e ss. La giurisprudenza di legittimità meno recente, soprattutto antecedente alla legge 5 gennaio 1994 n. 25, aveva affermato la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale in ragione della struttura processuale ad esso offerta dal codice di rito. Argomentando, invece, dalla diversa costruzione dell'istituto risultante dalla riforma legislativa, la S.C. nelle decisioni più recenti, sembra avviata ad abbandonare definitivamente la tesi della giurisdizionalità dell'arbitrato rituale per riconoscerne il carattere pienamente negoziale.

⁵⁵ BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1999, 688 e ss.; SATTA, *Commentario*, cit., 178 e ss.

originale, con l'atto di compromesso o con l'atto contenente la clausola compromissoria e gli atti con i quali sono stati proposti i quesiti, nel termine perentorio di cinque giorni dalla data di sottoscrizione, nella cancelleria della pretura del luogo in cui è stato pronunciato. Il pretore accertata la tempestività del deposito e la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto”.

Diversamente l'arbitrato irrituale dà origine ad una decisione di carattere negoziale e dispositiva.

L'arbitrato irrituale viene, quindi, ricostruito sulla base di due ipotesi differenti: la prima lo parifica funzionalmente all'arbitrato rituale distinguendolo solo in virtù degli effetti del lodo e delle modalità di impugnazione dello stesso; la seconda, invece, riconosce nell'arbitrato irrituale un atto dispositivo nel quale gli arbitri non devono accertare le situazioni giuridiche preesistenti, bensì devono perfezionare la volontà negoziale manifestata dalle parti, attraverso l'accordo compromissorio, con il loro giudizio di diritto o di equità.

Emerge chiaramente che le due ipotesi ricostruttive pongono l'attenzione maggiormente sui motivi di impugnazione ed in particolare sulla possibilità o meno di un sindacato sugli errori di giudizio eventualmente commessi dagli arbitri. Infatti, tale sindacato non risulta compatibile qualora si consideri l'arbitrato uno strumento di disposizione negoziale del diritto controverso, caratterizzato dall'accettazione a priori della decisione degli arbitri quale manifestazione della volontà delle parti. L'impugnazione del lodo, in questo caso, non potrà avere ad oggetto gli errori di diritto, bensì solo l'errore sul criterio di giudizio indicato dalle parti, fatto salvo il controllo sulla conformità del lodo alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume ex art. 1418 c.c. Ed

è proprio tale contrasto dottrinale che ha dato origine alle differenziazioni previamente citate tra l'arbitrato rituale e irrituale circa la loro natura, funzione e struttura⁵⁶.

Del resto durante il periodo postcodicistico, l'obbiettivo che si voleva raggiungere non era quello di delineare l'essenza dell'arbitrato irrituale per valutare le differenze nel regime delle impugnazioni, quanto piuttosto quello di tracciare un confine ben definito tra le due tipologie di arbitrato; da subito, infatti, la giurisprudenza ha delineato il primo confine, ossia per l'arbitrato rituale equiparandolo alla giurisdizione grazie alla funzione degli arbitri e soprattutto all'efficacia di sentenza del lodo da loro pronunciato⁵⁷, lasciando invece quello irrituale nell'ambito

⁵⁶ FALAZZARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir proc civ.*, 1968, 459 e ss.; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Rtdpc*, 1991, 389; M. MARTINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, Torino, 2002, 103 e ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2010, 144 e ss.

⁵⁷ LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, in www.judicium.it, par. 3, sostiene l'equiparazione del lodo alla sentenza in base al fatto che, al di là delle formulazioni delle norme e degli effetti che la legge fa conseguire alla pronuncia della decisione arbitrale, il lodo e la sentenza hanno analogo contenuto e funzione; sia che si tratti di un contratto o di una sentenza non è rilevante per comprendere il regime degli effetti dell'atto. L'effetto deriva non dalla natura imperativa dell'atto ma dal suo contenuto. Tanto la sentenza quanto il lodo sono idonei a risolvere una controversia tra le parti stabilendo in maniera vincolante i comportamenti che queste devono tenere. *“Il contratto finalizzato alla risoluzione della controversia e la sentenza operano nello stesso modo, sostituendo una regola di condotta concreta alla disciplina generale ed astratta, anche in relazione agli effetti sul rapporto pregiudiziale e sui diritti dipendenti non vi può essere diversità fra i due strumenti”*.

negoziale. Ciò rappresenta, in qualche modo, l'epilogo del lungo processo di ripensamento della dottrina relativamente alla funzione ed alla struttura dell'arbitrato irrituale che veniva riconosciuto non come procedura nella quale un terzo aveva il potere di decidere la controversia, attraverso un giudizio, bensì “come un mero atto di volontà dispositivo in luogo delle parti”⁵⁸. Il tentativo di trovare un elemento equivalente in entrambe le forme di arbitrati si è scontrato con l'inserimento forzato dell'arbitrato irrituale nell'ambito dei negozi di risoluzione della lite⁵⁹.

L'orientamento dottrinale citato ha determinato oltre al sorgere di un dualismo tra le due tipologie arbitrali, anche l'attrazione dell'arbitrato irrituale tra quelle forme di composizione della lite, quali la determinazione dell'oggetto del negozio, la disposizione della lite, ovvero la transazione della lite stessa; tutte caratterizzate dalla mancanza dell'elemento tipico dell'arbitrato, sia rituale

In particolare l'autore osserva che il contenuto dell'atto è l'elemento qualificante dello stesso. Se il lodo e la sentenza hanno una identica funzione, ossia quella di risolvere una lite insorta tra le parti, a nulla rileva che esse siano soggette ad impugnazioni differenti o a regimi giuridici diversi. Quanto statuito dalla sentenza opera nello stesso modo se statuito nel lodo, ciò significa che “*la volontà di legge nel caso concreto espressa nella decisione di giudici è identica e con uguale efficacia se espressa in un lodo arbitrale*”. Entrambi passano in giudicato nel senso che l'accertamento che esse contengono deve ritenersi in futuro come norma immutabile del caso deciso.

⁵⁸ C. PUNZI, *Il processo civile*, III, cit., 271.

⁵⁹ R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 93; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. IV, III ed., Napoli, 1964, 746; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, ed. XVIII, Torino, 2006, vol. III, 387.

che irrituale, ossia il conferimento ad un terzo del potere di giudicare e decidere una controversia⁶⁰.

Ciò ha inevitabilmente determinato anche una disorganicità degli interventi normativi di abrogazione parziale che crea una disciplina lacunosa e poco idonea a garantire la stabilità del lodo che dovrebbe invece porsi come provvedimento conclusivo della controversia.

Sull'evoluzione dell'arbitrato del lavoro ha influito negativamente l'affermata diversità di natura, funzione e struttura tra le due tipologie, facendo così propendere maggiormente per l'arbitrato irrituale (libero) in virtù della sua presunta maggior duttilità.

Ed infatti, prima della legge n. 25 del 1994, la costante evoluzione della disciplina generale dell'arbitrato confermava per entrambi i modelli una funzione di composizione della lite, alternativa alla giurisdizione, ma parimenti orientata alla decisione di una controversia giuridica, in diritto o in equità, e di struttura connotata dalla forma processuale e dal contraddittorio tra le parti⁶¹.

La distinzione tra i due modelli arbitrali si realizzava esclusivamente nella diversa efficacia processuale dei lodi e conseguentemente nel regime utilizzato per le impugnazioni per nullità e revocazione straordinaria, per l'arbitrato rituale, e le impugnazioni conformi a quelle riferite ad un negozio ex artt. 1418 c.c. e ss⁶² per l'arbitrato irrituale.

Tale criterio di distinzione, tuttavia, sembra venir meno con l'entrata in vigore della legge n. 25 del 1994 che ha

⁶⁰ PUNZI, *Il processo civile*, III, cit., 275.

⁶¹ FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.*, 1993, 585; LUISO, *Diritto processuale civile*, ed. III, vol. IV, Milano, 2000, 312; CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, 22.

⁶² PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1983, 78.

eliminato dall'art. 825 c.p.c. l'espressione “*efficacia di sentenza*” e ha escluso dall'art. 827 c.p.c. l'assoggettabilità del lodo alle impugnazioni processuali, senza fare alcuna distinzione di modelli.

I tentativi di mantenere una linea di demarcazione tra le due tipologie diminuiscono fortemente; la differenza si rinviene solo nella volontà delle parti che scelgono inizialmente la forma rituale al fine di ottenere un lodo che produca gli effetti previsti dall'art. 825 c.p.c.⁶³. Ed è proprio nella materia di lavoro che la distinzione tra i due modelli arbitrali, al di là del *nomen*, persiste.

Par. 6 Il D. Lgs. 80/1998 e l' art. 412 c.p.c.

La legge 533/1973 aveva lo scopo di ridare splendore all'arbitrato nelle controversie di lavoro; in questa legge veniva proposto un modello generale di arbitrato del lavoro per la prima volta riconosciuto dal legislatore in materia giuslavoristica.

Tuttavia le limitazioni presenti nel modello offerto non hanno fatto altro che disincentivare l'utilizzo dell'istituto⁶⁴.

⁶³ G. RUFFINI, *Sulla distinzione tra arbitrato “rituale” e arbitrato “irrituale”*, in Riv. Arb., 2002, 756; C. PUNZI, *Arbitrato. I) Arbitrato rituale e irrituale*, ed. II, in Enc. Giur., Vol. II, Roma, 1995, 3.

⁶⁴ A. VALLEBONA, *L'arbitrato irrituale per le controversie di lavoro*, in Mass, giur. Lav., 2010, 362 e ss. L'autore osserva che il monopolio sindacale della scelta arbitrale, il divieto di arbitrato obbligatorio, l'impugnabilità del lodo per violazione di disposizioni inderogabili di legge e di contratti collettivi con una mera impugnativa stragiudiziale ex art. 2113 c.c., hanno rappresentato il “*definitivo massacro dell'arbitrato irrituale*”. In particolare è l'impugnabilità del lodo con lo strumento previsto dall'art. 2113 c.c. a rendere la via arbitrale sempre meno appetibile e meno utile per le parti, atteso che un lodo “*impugnabile innanzi al giudice per*

Il dibattito dottrinale successivo alla legge n. 533/1973 prende, quindi, consapevolezza del fallimento dell'istituto arbitrale nel diritto del lavoro e, a partire dall'inizio degli anni '90, comincia a prospettare un riesame di alcune soluzioni processuali e di impugnazioni in rapporto alla normativa inderogabile.

La legge n. 108/1990⁶⁵ con la riforma dell'intera materia dei licenziamenti individuali, ha introdotto all'art. 5 un "tentativo di conciliazione e arbitrato" con funzione deflattiva del contenzioso del lavoro, componendolo in una fase obbligatoria, strutturata come condizione di procedibilità, seguita da un'eventuale fase arbitrale, in base alla previsione dello stesso articolo 5 o a quella del contratto collettivo di riferimento.

Questa norma ha dato una nuova spinta e richiamato l'attenzione sul tema dell'arbitrato in materia di lavoro⁶⁶.

violazione delle disposizioni legali e collettive relative al merito della controversia non serve a nulla, poiché è sempre il giudice ad avere l'ultima parola".

⁶⁵ In seguito alla introduzione nel codice di rito degli artt. 412 ter e 412 quater, attuata dal d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, si consente al datore di lavoro e al lavoratore di deferire ad arbitri la risoluzione delle loro controversie "se i contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro prevedono tale facoltà". Questa esperienza, ora estesa a tutte le controversie di lavoro, si rinveniva peraltro, già nella legge 11 maggio 1990 n. 80, sulla disciplina dei licenziamenti individuali, per la quale il datore di lavoro e lavoratore possono deferire la controversia circa la legittimità del licenziamento al collegio arbitrale previsto dal contratto collettivo applicabile, o in mancanza, ad un collegio arbitrale composto da un rappresentante scelto da ciascuna delle parti e da un presidente scelto di comune accordo o, in alternativa, dal direttore dell'ufficio provinciale del lavoro.

⁶⁶ Cass. Sez. lav., 10 aprile 1990, n. 3023, Pres. Mollica, est. Ciciretti. In caso di risoluzione del rapporto di lavoro a tempo

indeterminato dei dirigenti di aziende industriali, il ricorso al collegio arbitrale ai sensi dei contratti collettivi di categoria del 13 aprile 1981 e 16 maggio 1985 costituisce strumento di tutela alternativo, e non esclusivo, del dirigente licenziato, dovendosi ritenere automaticamente inclusa nella clausola compromissoria la facoltà, pur non espressamente prevista, di ricorrere all'autorità giudiziaria, fermo il divieto di far valere, in via giudiziaria le proprie ragioni una volta che si sia rivolto al collegio arbitrale. Tuttavia, l'azione giudiziaria, e in particolare, quella con cui il dirigente reclama l'accertamento della mancanza di giustificazione del licenziamento e la condanna del datore di lavoro alla corresponsione dell'indennità supplementare, è esperibile, nonostante l'iniziale scelta del dirigente di avvalersi della tutela innanzi al collegio predetto, ove questo si sia dichiarato privo di legittimazione a decidere la controversia per il difetto di iscrizione del datore di lavoro alle associazioni stipulanti e può essere esercitata entro il normale termine di prescrizione del diritto controverso, non soggiacendo né al termine di decorrenza previsto dall'art. 6 della legge n. 604/1966 (norma inapplicabile ai dirigenti, ex art. 10 della stessa legge) né ad alcuno dei termini che detta contrattazione prevede esclusivamente per il procedimento davanti agli arbitri. Cass. Sez. lav. 7 aprile 1992 n. 4245, Pres. Farinaro, est. Miani Canevari. La rinuncia delle parti alla tutela giurisdizionale, conseguente alla devoluzione della controversia in tema di applicazione di sanzione disciplinare al collegio di conciliazione ed arbitrato previsto dall'art. 7 legge 3007/1970, è risolutivamente condizionata alla sopravvenienza di un lodo valido, sicché quando per qualsiasi ragione il patto compromissorio abbia esaurito la sua efficacia per l'impossibilità di far regolare dagli arbitri il rapporto controverso, come nelle ipotesi in cui il rappresentante designato dal datore di lavoro in seno al collegio comunichi la rinuncia al procedimento arbitrale, risorge per le parti la facoltà di sottoporre al giudice la questione controversa, senza che dall'inadempimento del patto compromissorio imputabile ad una parte possa conseguire per la stessa la preclusione all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale costituzionalmente garantito (Nel caso di specie, è stata cassata la statuizione dei giudici di merito relativa alla improcedibilità dell'azione disciplinare, promossa

Il D.Lgs. 80/1998 - “*Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell’articolo 11, comma 4, della legge n. 59 del 1997 (15 marzo 1997)*” – è stato l’intervento normativo successivo alla legge 533/1973 in tema di arbitrato irrituale, avente lo scopo di incrementare l’utilizzo dello stesso⁶⁷.

dallo stesso datore di lavoro al quale era imputabile il mancato compimento del procedimento arbitrale).

⁶⁷ C. CECHELLA, *L’arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 405 e ss.; MONTELEONE, *Il nuovo assetto dell’arbitrato*, in *Corr. giur.* n. 8/1994, e Studi Montesano, I, Padova, 1997, 641 e ss.; ID., *L’arbitrato nelle controversie di lavoro, ovvero esiste ancora l’arbitrato irrituale?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 43 e ss.. In giurisprudenza, Cass. Sez. Unite, 3.08.2000 n. 527, in *Giust. civ.*, 2001, 761 e ss. La legge 25/1994 confermò l’impianto della legge 28/1993 risolvendo alcuni problemi da essa derivati. Accentuò la facoltatività del deposito sopprimendo in radice il termine, confermò che il lodo rituale acquistava efficacia vincolante tra le parti dall’ultima sottoscrizione eliminando la locuzione “sentenza” per indicarne gli effetti dopo l’omologazione, e precisò che le impugnazioni contro di esso potevano proporsi indipendentemente dal deposito. Fu a questo punto una parte della dottrina ritenne superata legislativamente la distinzione tra arbitrati rituali e irrituali, essendone venuti meno i presupposti di fatto e di diritto, in quanto un qualsiasi lodo poteva rimanere valido e produrre effetti vincolanti senza essere mai depositato, mentre la giurisprudenza cominciò ad attribuire esplicitamente natura negoziale anche ai lodi rituali. I ritocchi compiuti dalla legge n. 25 del 1994 non avevano modificato il quadro normativo di riferimento sia riguardo ai motivi di nullità del lodo rituale sia in merito alla clausola compromissoria individuale la cui legittimità restava comunque condizionata alla preesistenza della previsione collettiva. Particolare importanza assume

Il 28 gennaio 1998 il Cnel ha approvato uno schema di riforma della disciplina dell'arbitrato in materia di lavoro le cui finalità erano *“a) rafforzare l'autonomia collettiva, ponendo l'accento sul momento non solo della stipula, ma anche dell'amministrazione e gestione del contratto e accordi collettivi e tentando, in tal modo, di elaborare idonei istituti di completamento del sistema delle relazioni sindacali; b) introdurre misure di deflazione del carico giudiziario e creare così le premesse per una tempestiva tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento, nella consapevolezza che l'attuale situazione della Amministrazione della giustizia non consente a medio e breve termine diverse soluzioni”*.

Lo schema di riforma, nell'indicare come necessaria l'abrogazione dei commi 2 e 3 dell'art. 5 della legge 533/1973, proponeva l'inserimento degli artt. 412-ter, quater e quinquies, diretti rispettivamente alla rivisitazione della forma irrituale di fonte sindacale, del giudizio di equità e del regime delle impugnazioni.

l'arbitrato previsto dalla contrattazione collettiva dei dirigenti di azienda (categoria sottratta alle norme limitative dei licenziamenti individuali poste dalle leggi 15 luglio 1966 n. 604 e legge 20 maggio 1970 n. 300), la quale devolve ad un collegio di arbitrato e conciliazione il riscontro della giustificazione o meno del licenziamento, nonché il riconoscimento, in difetto di giustificazione, di un'indennità in favore del dipendente licenziato. È poi, legislativamente previsto il ricorso al procedimento arbitrale per l'impugnazione di sanzioni disciplinari previsto dall'art. 7, sesto comma, della legge 300/1970. In entrambi i casi, tuttavia, si tratta di arbitrati facoltativi, alternativi alla tutela giurisdizionale, ma non esclusivi.

La realizzazione della proposta del Cnel è stata realizzata in due fasi: prima con il d.lgs. 30 marzo 1998 n. 80 e poi con il correttivo d.lgs. 29 ottobre 1998 n. 387⁶⁸.

Il decreto legislativo interviene su due aspetti: da una parte viene introdotto per la prima volta nel codice di rito una norma in tema di arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro, dall'altra vengono abrogati i commi 2 e 3 dell'art. 5 della legge 533/1973 e le norme che regolano la procedura arbitrale sulle sanzioni disciplinari irrogate ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni (D.Lgs. 29/1993 art. 59 commi 7, 8 e 9).

L'art. 39 D.Lgs. 80/1998 prevede appunto l'inserimento di due nuovi articoli: il 412 ter e il 412 quater, riguardanti gli arbitrati previsti dalla contrattazione collettiva e le norme sull'impugnazione del lodo e sulla sua esecutività.

L'art. 43, comma 7, D.Lgs. 80/1998 abroga i commi 2 e 3 dell'art. 5 della legge 533/1973 che disciplinano i motivi e il regime di impugnazione dei lodi irrituali di lavoro, lasciando solo il comma 1 dello stesso articolo che sopravvivrà oltre che alle riforme del 1998 e del 2006 anche alla legge 183/2010.

Il legislatore, ad ogni modo, fa entrare nel codice di rito l'arbitrato senza però prevedere l'eliminazione del divieto di compromettibilità delle controversie di lavoro⁶⁹ previsto

⁶⁸ Relazione di accompagnamento alla proposta di legge del Cnel, in *Lavoro e Informazione*, 1998, n. 5, 72 e ss.

⁶⁹ Si deve, preliminarmente, partire dalla distinzione fra diritti disponibili e diritti indisponibili. Siamo in presenza di un diritto disponibile quando le parti possono, attraverso propri atti negoziali, costituire, regolare od estinguere la situazione sostanziale protetta (v. art. 1321 c.c.); con la conseguenza che, nell'ambito del processo, dato che gli atti negoziali delle parti sono efficaci e, quindi, vincolanti per il giudice, anche gli atti processuali dispositivi hanno lo stesso effetto vincolante.

Siamo in presenza, invece, di diritti indisponibili, quando le parti non hanno potere negoziale, e, quindi, non essendo i loro atti negoziali efficaci, non vincolano il giudice e neppure gli atti processuali dispositivi hanno efficacia nel processo.

La precedente disposizione dell'art. 806 c.p.c. escludeva, dalle controversie compromettibili, quelle “previste dagli art. 429 e 459 (ora 409 e 442), quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione”.

Dopo lunga discussione dottrina (e giurisprudenziale), e dopo essere pervenuti alla conclusione che, sulla base di tale formulazione, la regola, in materia, sarebbe stata la competenza del giudice ordinario, mentre la possibilità di deferire controversie agli arbitri rimaneva l'eccezione, con la nuova formulazione dell'art. 806 c.p.c., che si trascrive, sembra di poter affermare che la situazione si è rovesciata, nel senso che l'arbitrabilità è diventata, ora, la regola e la non arbitrabilità, quando si è in presenza di diritti indisponibili, è considerata come l'eccezione.

Statuisce infatti l'attuale art. 806 c.p.c., con le modifiche apportate, che: *“le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se ciò è previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro”*.

Devono ritenersi controversie relative a diritti indisponibili ad esempio: a) le controversie in cui la libertà delle parti è limitata da norme di ordine pubblico o poste a tutela dell'interesse collettivo o di terzi (Cass. 6.7.2000, n. 9022); b) le controversie di lavoro (salvo quanto previsto dall'art. 412-ter c.p.c., in materia di arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi di lavoro); c) le controversie aventi ad oggetto la separazione personale fra i coniugi; le domande di indebito arricchimento; d) i provvedimenti implicanti la forza pubblica (emanazione di provvedimenti cautelari, di natura possessoria, in quanto gli arbitri non possono adottare provvedimenti coercitivi);

Sono invece considerati compromettibili, ad esempio: a) le controversie relative a risarcimento danni o a restituzioni da reati (Cass. 26.1.1988, n. 664); b) le controversie in materia

dall'art. 806 c.p.c. ed infatti, dopo la riforma del 1973 solo il testo dell'art. 808 c.p.c. era stato modificato nel senso di prevedere al secondo comma della stessa norma che “*le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. possono essere decise dagli 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 l'autorità giudiziaria*”. Il contenuto dell'art. 806 c.p.c. restava invariato: le parti potevano far decidere le controversie da arbitri “*tranne quelle previste negli artt. 429 e 459*”. Alla luce delle disposizioni all'epoca vigenti in tema di arbitrato rituale, le parti del contratto individuale di lavoro non potevano pattuire il deferimento delle controversie ad arbitri né con la clausola compromissoria né con il compromesso a lite già insorta. Le liti individuali di lavoro potevano quindi essere deferite ad arbitri rituali solo ai sensi dell'art. 808 comma 2 e quindi in caso di previsione in tal senso ad opera dei contratti collettivi.

La lettura proposta da una parte della dottrina di questi due nuovi articoli, 412 ter e 412 quater, introdotti nel codice di rito, sembra voler confermare che la qualificazione come irrituale data al modello previsto dall'art. 412 ter sia funzionale solo all'esigenza di aggirare il divieto di stipulazione di patti compromissori rituali contenuto negli

condominiale (Cass. 5.6.1984, n. 6406 – Cass. 10.1.1986, n. 73 – Cass. 29.1.1993, n. 1142), purché la clausola arbitrale sia contenuta nel regolamento condominiale, sia stato esso approvato all'unanimità (regolamento di origine interna) o accettato da tutti i condomini (regolamento di origine esterna o contrattuale), ma non le controversie relative alla proprietà esclusiva del singolo condomino (Cass. 15.4.1971, n. 1057); c) le impugnazioni di delibere assembleari (Cass. 19.9.1968, n. 2960).

artt. 806 e 808 c.p.c., ma non idonea a originare alcuna distinzione tra le due tipologie⁷⁰.

Si pone la questione relativa a quali fossero le forme arbitrali utilizzabili nel diritto del lavoro; da un lato si riteneva che gli arbitrati fossero solo di due tipi, quello *ex lege* e quello sindacale che si identificava solo in quello previsto dall'art. 412 ter c.p.c.⁷¹, dall'altro lato, si configuravano tre tipologie di arbitrato, che vedeva oltre alle due già illustrate anche la figura dell'arbitrato c.d. "contrattuale puro" previsto dall'art. 5 comma 1 della legge 533 del 1973⁷².

⁷⁰ C. PUNZI, *L'arbitrato per la risoluzione delle controversie di lavoro*, in C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, ed. I, vol. II, Padova, 2000, 670; S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, ed. XIII, Padova, 2000, 879. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, ed. III, Padova, 2002, 821.

⁷¹ SALVANESCHI, *Il nuovo arbitrato in materia di lavoro*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1999, 44.

⁷² F.P. LUISO, *L'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro dopo la riforma del 1998*, cit., 43; C. CECHELLA, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *MGL*, 1999, 178. *Stando alla formulazione dell'art. 412 ter si stabilisce che oltre alla previsione del contratto collettivo, occorre altresì che le parti manifestino la loro volontà di deferire a degli arbitri la risoluzione della controversia, non essendo sufficiente, per l'inizio della procedura arbitrale, il riferimento al patto compromissorio. Sicché la previsione collettiva non può assumere di per sé valore di clausola compromissoria per le parti, ma autorizza la stipulazione di convenzioni individuali. Le parti sono tenute, se vogliono che la loro lite sia risolta da giudici privati, a concludere un patto compromissorio autonomo. Pertanto, al di là della differente formulazione, non sembrerebbe differenziarsi dal procedimento previsto dall'art. 5 della legge 533/1973, la quale tuttavia non faceva alcun riferimento alla possibilità per le parti di concludere accordi individuali.*

La dottrina era invece unanime nel ritenere che solo i lodi di cui all'art. 412 ter potessero utilizzare la disciplina prevista dall'art. 412 quater, la possibilità dell'*exequatur* e l'impugnabilità in unico grado nel termine di trenta giorni dalla notifica del lodo. Gli altri lodi, secondo la disciplina applicata alla forma di arbitrato irrituale, non avrebbero potuto conseguire l'esecutività e sarebbero stati soggetti alle impugnazioni negoziali (e dopo il 2006 alle disposizioni dell'art. 808 ter c.p.c.)⁷³.

L'art. 412 ter, quindi, consentiva di stipulare un compromesso individuale, a seguito del tentativo di conciliazione fallito presso la commissione paritetica.

Sul rapporto tra la conciliazione obbligatoria e l'arbitrato si sono espresse diverse tesi: una parte della dottrina riteneva che il tentativo di conciliazione fosse anche rispetto alla procedura arbitrale una condizione di procedibilità⁷⁴; un altro orientamento, invece, aveva interpretato come un mero riferimento descrittivo il richiamo al tentativo di conciliazione.

Chiaramente, come abbiamo visto, il compromesso individuale era consentito solo se previsto nel contratto collettivo.

La dottrina, anche in questo caso, si era separata in due diversi orientamenti, evidenziando sia i lati negativi della formulazione dell'art. 412 ter, perché priva di una prestabilita organizzazione dell'intero processo arbitrale, lasciato, quindi, in balia della disciplina collettiva, ovvero i lati positivi proprio della carenza di una preventiva

⁷³ V. BERTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla legge 4 novembre 2010 n. 183*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2011, 834.

⁷⁴ SALVANESCHI, *Il nuovo arbitrato in materia di lavoro*, cit., p. 34 e ss.

disciplina, così da affidare alla parti e agli arbitri l'individuazione delle norme da osservare, costituendo un sistema dove l'autonomia collettiva lasciava il posto all'autonomia individuale.

Nell'arbitrato ex art. 412 ter c.p.c., il compromesso arbitrale, oltre ad essere preconstituito sindacalmente ("se i contratti o gli accordi collettivi nazionali di lavoro prevedono tale facoltà", è anche pre-organizzato dai contratti collettivi i quali sono tenuti a stabilire: "a) *le modalità della richiesta di devoluzione della controversia al collegio arbitrale e il termine entro il quale l'altra parte può aderirvi; b) la composizione del collegio arbitrale e la procedura per la nomina del presidente e dei componenti; c) le forme e i modi di espletamento dell'eventuale istruttoria; d) il termine entro il quale il collegio deve emettere il lodo, dandone comunicazione alle parti interessate; e) i criteri per la liquidazione dei compensi degli arbitri*".

Con tale disposizione il legislatore ha voluto derogare a quanto previsto nell'art. 816 bis c.p.c. che consente alle parti di nominare liberamente gli arbitri e di predisporre la sede, le modalità e i termini del procedimento. L'articolo 816 bis c.p.c. prevedeva che "*le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con altro atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno*"⁷⁵. La procedura arbitrale, in questo caso, si svolge

⁷⁵ Articolo modificato dal D.Lgs. n. 40/2006.

solitamente rispettando le regole predisposte dalle parti e, in carenza di ciò, dagli arbitri⁷⁶.

Diversamente, nell'arbitrato previsto dall'art. 412 ter le regole sono fissate dall'autonomia collettiva che si sostituisce all'autonomia dei singoli. Le parti non sono, quindi, libere di determinare le modalità, i termini e, più in generale, tutte le regole da rispettare nello svolgimento della procedura; la legge impone la predeterminazione sindacale di ogni regola.

L'art. 412 ter, pertanto, non limita soltanto l'autonomia individuale, consentendo la devoluzione della controversia agli arbitri solo qualora previsto nel contratto collettivo, ma impedisce altresì alle parti di predisporre tutta la struttura regolamentare del procedimento, affidando tale compito esclusivamente ai sindacati.

Ciò fa sì che il contratto collettivo debba avere un contenuto minimo previsto dalla legge, potendo eventualmente stabilire altre regole da imporre alle parti.

La predisposizione delle norme dell'arbitrato nei contratti collettivi rappresenta, ad oggi, una condizione necessaria per la validità del procedimento stesso, tuttavia, non viene prevista espressamente alcuna nullità della clausola compromissoria che violi la regola fissata dall'art. 412 ter.

Le norme che devono essere stabilite dalla contrattazione sindacale hanno certamente natura di norme indisponibili per le parti litiganti, esse, infatti, non hanno alcun potere di disposizione di tali norme. I contratti collettivi, d'altro canto, devono regolare la procedura arbitrale secondo quanto disposto dalla legge, potendo colmare eventuali lacune legislative con la previsione di altre norme.

⁷⁶ TRISORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in www.judicium.it

Pertanto, ove manchi la clausola compromissoria, prevista dai contratti collettivi nei modi e termini indicati dalla legge, ovvero venga omessa la precostituzione collettiva delle regole del procedimento arbitrale, si ha la nullità del compromesso individuale e del lodo per violazione di norma inderogabile; nullità che potrà essere accertata mediante l'impugnazione prevista dall'art. 412 quater c.p.c.⁷⁷.

L'art. 412 quater potrà essere utilizzato anche per impugnare il lodo pronunciato in violazione dell'art. 5 L. 533/1973.⁷⁸

Nel caso in cui, il contratto collettivo preveda, invece, le regole della procedura, ma esse non vengono rispettate dalle parti, una corrente dottrinale sostiene, quindi, che non si concretizza il regime della nullità⁷⁹, in quanto la fonte che verrebbe violata non è la legge, bensì un accordo collettivo alla cui violazione non è ricollegata una conseguenza diretta dagli artt. 412 ter e quater c.p.c.

Questo orientamento, quindi, sembra voler interpretare l'art. 412 ter come "un invito"⁸⁰ rivolto alla contrattazione collettiva, affinché ponga in essere una regolamentazione

⁷⁷ C. CECHELLA, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in Mass. Giur. lav., 1999, pp. 179 e ss.; BORGHESI, *Un nuovo statuto per l'arbitrato irrituale*, in Lav. pubbl. amm., 1998, pp. 812 e ss.

⁷⁸ Con il D.Lgs. 80/1998 sono stati abrogati i commi 2 e 3 dell'art. 5, pertanto l'impugnazione del lodo irrituale del lavoro non è più disciplinato in essi. L'art. 412 quater rappresenta la norma che viene applicata a tutte le specie di arbitrato irrituale di lavoro per sopperire alle lacune lasciate dalle norme precedenti alla riforma del 1998. Lacune che con la legge 183/2010 vengono colmate attraverso il riferimento generale per l'arbitrato irrituale di lavoro nell'art. 808 ter c.p.c.

⁷⁹ C. CECHELLA, *op. ult. cit.*, 180 e ss.

⁸⁰ C. CECHELLA, *op. ult. cit.*, 190 e ss.

della procedura arbitrale, così da salvaguardare il principio di diritto comune secondo il quale sono le parti che devono stabilire le regole del procedimento e solo in mancanza di ciò devono intervenire gli arbitri.

Questo orientamento dottrinale si scontra con coloro che, diversamente, sostengono che proprio il disposto dell'art. 412 ter serve a dare maggiori tutele al lavoratore e a consentire uno svolgimento equilibrato della procedura arbitrale⁸¹.

In quest'ottica le regole stabilite dalla contrattazione collettiva si imporrebbero agli arbitri ed alle parti negli stessi termini in cui si impongono le disposizioni previste nell'art. 816 bis c.p.c. nell'arbitrato comune.

Rimane, quindi, da comprendere come possa la violazione delle regole stabilite dalle parti e dagli arbitri invalidare il lodo, mentre non si possano ritenere ugualmente vincolanti le regole di matrice collettiva, il cui inserimento è previsto dalla legge.

Nell'ipotesi in cui il lodo violi la preorganizzazione collettiva del procedimento arbitrale, pertanto, la nullità dello stesso sarà impugnabile ai sensi dell'art. 412 quater c.p.c.

L'art. 412 ter presenta quindi diverse lacune relativamente al caso in cui il compromesso individuale dovesse essere privo di una "preorganizzazione collettiva". Il risultato del dibattito dottrinale è stata non solo l'abrogazione dei commi 2 e 3 dell'art. 5 Legge 533/1973, ma anche il venir meno nel testo dell'art. 412 quater c.p.c., nella modifica

⁸¹ LUISO, *L'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro dopo la riforma del 1998*, p. 35 e ss. Il lodo è, quindi, nullo se non sono state osservate nel procedimento le forme prescritte dalle parti, nonché ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c., comma 1, n. 4, il lodo irrituale è annullabile se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo.

effettuata dal d.lgs. 387/1998 al d.lgs. 80/1998, del riferimento alla inosservanza della normativa inderogabile di legge⁸².

Par. 7 L'intervento del D.Lgs. 387/1998 e le sue modifiche

Il D.Lgs. 387/1998 “Ulteriori disposizioni integrative e correttive del D.Lgs. 29/1993 e successive modificazioni, e del D.lgs. 80/1998” modifica l’assetto normativo sino ad allora stabilito.

L’art. 19 del decreto 387 interviene sulla rubrica dell’art. 412 ter c.p.c. per qualificare come irrituale l’arbitrato in esso disciplinato. La precisazione è stata ritenuta necessaria per evitare che lo si considerasse un arbitrato rituale ovvero un modello di arbitrato libero⁸³.

Sempre l’art. 19 sostituisce l’esplicito riferimento all’art. 410 bis c.p.c., contenuto nell’art. 412 ter c.p.c.⁸⁴.

⁸² A. VALLEBONA, *L’impugnazione del lodo arbitrale in materia di lavoro*, in *ADL*, 2000, p. 79 e ss. ha sostenuto la non sindacabilità del lodo irrituale rispetto all’inosservanza delle norme inderogabili di legge in relazione ai diritti c.d. acquisiti, nonché a quella delle disposizioni, derogabili e non, di fonte sindacale. A questa lettura, l’orientamento maggioritario aveva sostenuto che la natura negoziale del lodo irrituale avrebbe dovuto condurre alla sua nullità ai sensi dell’art. 1418 c.c. nelle ipotesi di violazione di norme inderogabili di legge (CORSINI, *L’arbitrato nelle controversie di lavoro; note sull’impugnazione del lodo*, in *Lav. giur.*, 2000, pp. 11 e ss).

⁸³ SGARBI, *Gli arbitrati in materia di lavoro dopo il d.lgs. 31 marzo 1998*, n. 80, in *Lav. giur.*, 1998, 457 e ss.

⁸⁴ L’art. 410 bis c.p.c., “*Il tentativo di conciliazione, anche se nelle forme previste dai contratti e accordi collettivi, deve essere espletato entro sessanta giorni dalla presentazione della richiesta. Trascorso inutilmente tale termine, il tentativo di conciliazione si*

Più in generale, comunque, l'intervento del D.Lgs. 387/1998 opera, con l'esclusione di mezzi tipici ed il richiamo dalle "controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale", un riallineamento tra quanto previsto per l'impugnazione dell'arbitrato irrituale in materia di lavoro e quanto previsto nella forma generale dell'arbitrato, per soddisfare un'esigenza, che accompagna tutto l'iter evolutivo dell'arbitrato, di stabilire una disciplina unitaria ed omogenea circa l'applicabilità della disciplina delle impugnazioni, prevista dall'art. 412 quater c.p.c., a tutti gli arbitrati irrituali e non solo a quelli di cui all'art. 412 ter c.p.c.⁸⁵.

In merito ai motivi previsti per l'impugnazione del lodo, si può ricordare che prima del citato decreto legislativo era previsto che il lodo arbitrale di lavoro fosse impugnabile per "violazione di disposizioni inderogabili di legge" e per "difetto assoluto di motivazione", con ricorso da depositarsi entro trenta giorni dalla notificazione della

considera comunque espletato ai fini dell'articolo 412-bis", disciplina per l'appunto il termine per l'espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato, mentre per quelle di pubblico impiego questo termine è previsto dall'art. 69 D.Lgs. 29/1993.

⁸⁵ Prima dell'intervento del 2010, l'arbitrato irrituale in materia di lavoro era regolato come quello di diritto comune, relativamente ai rimedi esperibili per impugnare il lodo, ossia attraverso un rinvio alle azioni ordinarie di impugnazione del contratto. L'unica particolarità era riferita agli aspetti procedurali, alle regole sulla competenza e sul grado. L'impugnativa avveniva innanzi al tribunale nella cui circoscrizione ha avuto sede l'arbitrato, ai sensi dell'art. 413 c.p.c., e in un unico grado, a differenza dell'arbitrato comune. Si otteneva così una riduzione dei tempi di stabilizzazione del lodo, grazie anche al regime del termine previsto per l'impugnativa regolato come decadenza processuale e contenuto quanto il lasso temporale previsto.

decisione da parte degli arbitri davanti alla Corte d'Appello, in funzione di giudice del lavoro, nella cui circoscrizione si trova la sede dell'arbitrato.

Con il D.Lgs. 387/1998, la disciplina dell'impugnazione del lodo di lavoro muta in modo significativo: vengono meno le ragioni di impugnazione del lodo. Nell'art. 412 quater c.p.c. non vi era più alcun riferimento alla impugnabilità per violazione di norme inderogabili di legge e di contratti collettivi e mancava altresì l'indicazione dei motivi di censura della decisione finale.

Esso prevedeva, riformato dal D.Lgs. 387/1998 e poi modificato dalla L. 183/2010, che *“Sulle controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale decide in unico grado il Tribunale, in funzione del giudice del lavoro, della circoscrizione in cui è la sede dell'arbitrato. Il ricorso è depositato entro il termine di trenta giorni dalla notifica del lodo. Trascorso tale termine, o se le parti hanno comunque dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale, ovvero se il ricorso è stato respinto 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”*.

Ciò ha acceso un intenso dibattito dottrinale nel quale una parte della dottrina ha sostenuto la non sindacabilità del lodo irrituale rispetto all'inosservanza delle norme inderogabili di legge in relazione ai diritti c.d. acquisiti, nonché a quella delle disposizioni derogabili e non di fonte sindacale⁸⁶.

⁸⁶ A. VALLEBONA, *L'impugnazione del lodo arbitrale in materia di lavoro*, in *ADL*, 2000, pp. 79 e ss.

L'orientamento prevalente, invece, aveva contrapposto un'altra lettura fondata sulla natura negoziale del lodo irrituale che pertanto consentiva di far rientrare la sua eventuale invalidità nei rimedi dell'art. 1418 c.c., in caso di violazione di norme inderogabili di legge, riformulando anche la questione circa la coincidenza o meno delle norme inderogabili con le norme imperative.

Le novità inserite nell'art. 412 quater c.p.c. hanno coinvolto sia la determinazione della sede⁸⁷ con l'indicazione del meccanismo per individuare la sede, e la competenza per materia, attribuita al Tribunale e non più alla Corte d'Appello.

In ultimo, relativamente alla termine per proporre l'impugnazione, se nell'originario art. 412 quater veniva fatto decorrere dalla notifica del lodo ad opera degli arbitri, con le modifiche apportate dal D.Lgs. 387/1998 viene stabilito che il *dies a quo* è rappresentato dal momento di notificazione della decisione senza tuttavia prevedere a chi spetti la notifica.

Emerge, pertanto, che dopo il D. Lgs. 387/98, e prima della legge 183/2010, i modelli di arbitrato in materia di lavoro che operano nell'ordinamento sono quattro: 1) quello ex lege regolato da specifiche disposizioni settoriali, ad esempio in materia di licenziamento o di sanzioni disciplinari; 2) quello irrituale ex contractu previsto dall'art. 5 legge 533/1973; 3) quello rituale ex contractu previsto dall'art. 4 della legge 533/1973 e in ultimo quello

⁸⁷ Il legislatore, nell'arbitrato di diritto comune, ha previsto meccanismi tali per cui in mancanza della sua previsione ad opera delle parti (ex art. 816 c.p.c.) e ove la sua indicazione non venga indicata nel lodo ciò comporti la nullità della decisione (ex art. 829 c.p.c.).

irrituale *ex contractu* disciplinato dagli artt. 412 ter e 412 quater.

Tuttavia, considerate le modifiche apportate dal D.Lgs. 80/1998 all'art. 5 della legge 533/1973, gli artt. 412 ter e 412 quater sembrano aver delineato un modello di arbitrato che possa definirsi la disciplina generale degli arbitrati irrituali *ex contractu*.

Sarà comunque la riforma apportata dal D.Lgs. 40/2006 che con la previsione contenuta nell'art. 808 ter c.p.c. darà una disciplina generale sull'arbitrato irrituale alla quale fare riferimento qualora gli artt. 421 ter e 412 quater non individuino espressamente delle regole.

Par. 8 La riforma del 2006: il D.Lgs. 40/2006

Il D.Lgs. 40/2006 s'inserisce in un contesto normativo complesso e contraddistinto da svariati interventi legislativi⁸⁸.

⁸⁸ Originariamente l'arbitrato irrituale consisteva in una forma di composizione della lite extragiudiziale, dove le parti tra loro contrapposte esoneravano nel patto compromissorio gli arbitri dall'osservanza delle norme dettate per l'istituto del codice di procedura civile, ed in particolare dall'obbligo di depositare il lodo innanzi all'Autorità giudiziaria; ed infatti fino all'entrata in vigore della legge 28/1983 gli arbitri erano obbligati al deposito entro il termine perentorio di cinque giorni dalla pronuncia sotto pena di nullità assoluta ed insanabile del lodo e del risarcimento dei danni patiti dalle parti a causa di tale omissione. Lo scopo di tale formalità era quello di omologare la decisione dopo il controllo giudiziario della sua regolarità formale per corredarlo degli elementi presenti in una sentenza, come ad esempio l'efficacia di titolo esecutivo. Proprio in seguito a tale previsione normativa nacquero gli arbitrati liberi o irrituali, dove le parti in lite, pur manifestando la volontà di rinunciare alla giurisdizione ordinaria e di deferire la controversia ad arbitri, non volevano che la decisione

Per la prima volta sono inserite delle norme che pur indirettamente disciplinano l'arbitrato irrituale come istituto collocato nel codice di procedura civile⁸⁹.

Con il d.lgs. 40/2006 è stato inserito nel codice di procedura civile l'art. 808 ter, "*arbitrato irrituale*", il quale viene definito come quello in cui le parti pattuiscono espressamente nella convenzione di arbitrato (compromesso o clausola compromissoria) che la controversia tra loro insorta sia definita "mediante determinazione contrattuale". Essa costituisce il contenuto di un lodo, che non produce gli effetti di una sentenza e che non può essere omologato a tutti gli altri fini previsti dalla legge⁹⁰.

venisse depositata e poi omologata. Le parti, quindi, nell'esercizio della loro autonomia negoziale su diritti disponibili intendevano mantenere la risoluzione del loro contrasto rigorosamente al di fuori del circuito giurisdizionale dello Stato. Il sistema così descritto cominciò ad incrinarsi con la legge 28/1983, che innovando gli art. 823, ultimo comma, e 825 c.p.c. dispose che il lodo acquistava "efficacia vincolante" dall'ultima sottoscrizione, eliminò l'obbligo degli arbitri di depositarlo a pena di nullità assoluta nel termine perentorio di cinque giorni, rese facoltativo tale deposito riservandolo alla parte che vi avesse interesse, portò il termine, tuttavia, definito perentorio ad un anno. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1983, 78 e ss.; MONTESANO, *Sugli effetti e sull'impugnazioni del lodo nella recente riforma dell'arbitrato irrituale*, *Foro.it*, 1983, V, 160 e ss.; ID., *Negozio e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1984, 214 e ss.; E. F. RICCI, *Modificazione alla disciplina dell'arbitrato*, in *Leggi Civili commentate*, 1983, 733 e ss.

⁸⁹ SALVANESCHI, *Il nuovo arbitrato in materia di lavoro*, cit., p. 34 e ss.; C. PUNZI, *L'arbitrato per la risoluzione delle controversie di lavoro, Disegno sistematico dell'arbitrato*, ed. II, vol. II, cit., p. 668.

⁹⁰ Il secondo comma dell'art. 808 ter introduce cinque motivi di annullamento della "determinazione contrattuale", da farsi valere

Le sottili differenze strutturali tra arbitrato rituale e irrituale, e al contrario, le enormi differenze negli effetti e nel regime giuridico soprattutto del lodo e delle impugnazioni, impongono maggior chiarezza sul tipo di arbitrato prescelto, anche al fine di avere la certezza delle norme processuali da seguire nel corso del procedimento arbitrale, anche in considerazione di dubbi in merito a quali norme del procedimento arbitrale rituale siano applicabili all'arbitrato irrituale.

Le norme del Codice di Procedura Civile dettate per l'arbitrato rituale non erano, sino alla riforma introdotta dal d.lgs. 40/2006, applicabili all'arbitrato libero o irrituale, tuttavia, il principio del contraddittorio era ed è assolutamente inderogabile anche nell'arbitrato irrituale.

La disciplina del procedimento arbitrale irrituale, data la sua natura contrattuale, era rimessa all'autonomia negoziale delle parti⁹¹. Con la nuova riforma del 2006 è stato introdotto l'art. 808 ter c.p.c. intitolandolo appunto "arbitrato irrituale"; tale forma di arbitrato è prevista solo se le parti con disposizione espressa per iscritto abbiano stabilito, in deroga a quanto disposto dall'art. 824 bis c.p.c. che la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale; in mancanza si applicano le disposizioni relative all'arbitrato rituale.

L'unico elemento che rimane inalterato è l'impossibilità di rendere esecutivo il lodo contrattuale, avendo previsto espressamente l'art. 808 ter c.p.c. ultimo comma l'inapplicabilità all'arbitrato irrituale dell'art. 825 c.p.c.

mediante impugnazione proponibile con azione ordinaria innanzi al giudice di norma competente (materia, valore, territorio). Tali motivi coincidono nel contenuto con alcuni di quelli dettati per l'impugnazione del lodo rituale dall'art. 829, I comma, c.p.c.

⁹¹ In tal senso Cass., sez. lav., 6.04.1973, n. 961.

L'art. 808 ter c.p.c. disciplina accuratamente l'arbitrato irrituale e individua la differenza con quello rituale nel fatto che la decisione degli arbitrati irrituali ha sì valore contrattuale, ma non è annullabile alla stessa stregua di un normale contratto, ma solo per alcuni dei motivi indicati nello stesso articolo, che richiama altresì alcuni dei motivi di impugnazione per la nullità del lodo rituale ⁹².

Pertanto, al di là, delle norme applicabili nel silenzio delle parti, le due modifiche più rilevanti sono: a) l'obbligo per le parti di manifestare espressamente l'opzione per l'arbitrato irrituale; b) l'introduzione di un regime generale delle impugnazioni.

Quanto alla prima modifica che in virtù della generale applicazione dell'art. 808 ter c.p.c., impone alle parti di manifestare espressamente la loro volontà di affidarsi alla forma irrituale, essa comporta come conseguenza che, in assenza di manifestazione, l'arbitrato deve ritenersi rituale

⁹² Le nuove norme in tema di convenzione di arbitrato trovano applicazioni solo alle convenzioni stipulate successivamente all'entrata in vigore del D.lgs. 40/2006, pertanto anche le nuove norme introdotte per l'arbitrato irrituale saranno applicate ai soli compromessi e clausole arbitrali stipulati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 40/2006, diversamente da quanto avviene per l'arbitrato rituale per il quale le nuove norme si applicano ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda arbitrale è stata proposta successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 40/2006, anche se questi si fondano su vecchi compromessi. Ne consegue che in assenza di un'opzione delle parti formulata per iscritto e in modo espresso a favore della forma irrituale, si dovrà concludere per la forma rituale, con l'applicazione integrale delle norme del Titolo VIII, del Libro IV del Codice di rito per quanto non espressamente previsto dai commi 6 e 7 del citato art. 7, in relazione, ad esempio, alle modalità di attivazione della procedura arbitrale, di composizione del collegio, nonché alla sospensione della sanzione disciplinare.

e il giudice, nel dubbio, non potrà più optare per la qualificazione irrituale⁹³.

La seconda novità si riferisce al regime delle impugnazioni dell'arbitrato irrituale in materia di lavoro modificato dall'art. 808 ter c.p.c. Questa disposizione permette di impugnare il lodo con efficacia contrattuale per motivi diversi dai vizi di origine negoziale e/o sostanziale.

Questo nuovo sistema di annullamento del lodo contrattuale rende, inoltre, esplicitamente o implicitamente applicabili, almeno in parte, all'arbitrato irrituale varie regole processuali dettate per quelle rituali, perché è dalla loro violazione che derivano i vizi denunciabili⁹⁴.

Si potrebbe quindi affermare che i due arbitrati nascono da un'identica matrice negoziale avente disciplina giuridica unitaria e si snodano attraverso un procedimento per molti aspetti simile, la violazione delle cui regole determina in entrambi i casi l'annullabilità del lodo decisorio della controversia⁹⁵.

Questo quadro normativo prospetta dunque, prima della legge 183/2010, una forma irrituale che si colloca a latere dell'arbitrato rituale, trovando la sua collocazione nel

⁹³ Ad esempio l'arbitrato ex art. 7, commi 6 e 7, legge 300/1970 - per il quale manca un'espressa qualificazione di irritualità, come invece è previsto per gli arbitrati ex art. 7 legge 604/1966 e art. 5 legge 108/1990 - può assumere sia la forma rituale che irrituale.

⁹⁴ VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.* 2005, 665 e ss.; MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, IV ed., II cap. Padova, 2007, 9-10.

⁹⁵ Il lodo contrattuale è annullabile se è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'art. 812 c.p.c., quindi, quest'articolo dettato per l'arbitrato rituale, si applica direttamente anche a quello irrituale. Il lodo può altresì essere annullato se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.

codice di procedura, che ha le seguenti caratteristiche: è una forma soggetta a regole che solitamente non si applicano all'arbitrato libero e/o irrituale e deve essere una forma voluta e prevista dalle parti esplicitamente per iscritto⁹⁶.

Peraltro, proprio l'art. 808 ter c.p.c. che, in qualità di norma dedicata all'arbitrato irrituale poteva astrattamente fungere da elemento di armonizzazione delle vari discipline settoriali per quegli aspetti che non erano stati regolati in modo specifico e compatibile, si era trovato a dover affrontare le questioni relative all'applicazione dell'allora vigente art. 412 quater, senza fornire definitive soluzioni⁹⁷.

Con questo intervento normativo viene riscritto anche l'art. 806 c.p.c., insieme agli artt. 808 c.p.c. e l'art. 829 c.p.c. che vengono a loro volta modificati.

In particolare, nel nuovo testo dell'art. 806 c.p.c., si prevede al primo comma una disciplina generale che prevede che siano compromettibili in arbitri, salvo che la legge non disponga altrimenti, le questioni relative a diritti disponibili: *“le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge”*; nel

⁹⁶ TOTA, *Commento all'art. 808 ter c.p.c.*, in BRIGUGLIO – CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, Padova, 545 e ss. Si potrebbe affermare che non sussistono ragioni per continuare a distinguere le due tipologie arbitrali, che si presentano ormai come due procedure aventi le medesime origini.

⁹⁷ Le difficoltà incontrate dall'articolo erano dettate dalle incertezze e dai dubbi interpretativi a cui lo stesso art. 803 ter c.p.c. aveva dato adito, ad esempio, con riferimento ai margini di applicabilità degli artt. 806 e ss. c.p.c., alla tassatività o meno dei motivi di impugnazione di cui al comma due, al rapporto tra giudizio di impugnazione del lodo e cognizione sul merito della controversia.

secondo comma, prevede la deferibilità ad arbitri delle controversie di lavoro, se previsto dalla legge o dai contratti collettivi⁹⁸.

⁹⁸ MOTTO, *Commento all'art. 806 c.p.c.*, in Briguglio-Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, Padova, 491 e ss.

CAPITOLO II

L'ARBITRATO ALLA LUCE DELLA LEGGE 183/2010

Par 1. L'arbitrato del lavoro dopo la L. 183/2010

L'*iter* di riforma del processo del lavoro è stato inizialmente approvato con il disegno di legge C/1441 quater del 5 agosto 2008 relativo alla “*Delega al Governo in materia di lavori usuranti e di riorganizzazione di Enti, misure contro il lavoro sommerso e norme in materia di lavoro pubblico e di controversie di lavoro*”, approvato dalla Camera il 28 ottobre 2008.

Il Presidente della Repubblica avvalendosi delle sue prerogative costituzionali, ha rinviato alle Camere il provvedimento chiedendo di riesaminare l'istituto dell'arbitrato⁹⁹.

Il provvedimento è tornato alla Camera dei Deputati per essere emendato nel rispetto delle osservazioni del Capo dello Stato, poi al Senato ed infine il 19 ottobre 2010 è stato approvato dalla Camera senza ulteriori modifiche, entrando in vigore il 4 novembre 2010¹⁰⁰.

⁹⁹ *Il messaggio del 31 marzo 2010, <http://www.quirinale.it>*

¹⁰⁰ BALLESTRERO, *Perturbazioni in arrivo. I licenziamenti nel decreto legislativo 1177, in Lav. e dir., 2009, 3 e ss.*; ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit. 459; BORGHESI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n. 1441 quater, in Lav. dir., 2009, 13.*FERRARO, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: la conciliazione, in RDSS, 2010, 313*; TIRABOSCHI, *Gli equivoci sull'arbitrato, www.adapt.it.*

Il testo definitivo¹⁰¹ della legge introduce nuovi modelli di arbitrato di lavoro, modificando la precedente disciplina del codice di rito prevista dai decreti legislativi 80/1998 e 387/1998.

A seguito dell'entrata in vigore della legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro), l'istituto dell'arbitrato irrituale di lavoro, fino ad allora disciplinato dagli artt. 412 ter e 412 quater c.p.c., ha conosciuto un'importante rivisitazione nell'art. 31.

L'intento legislativo è quello di potenziare lo strumento arbitrale per perseguire lo scopo deflattivo fino a ieri attribuito al tentativo obbligatorio di conciliazione¹⁰².

L'art. 31 in vigore, oltre ad eliminare i rinvii agli artt. 825 e 829 c.p.c. contenuti nel disegno di legge, limita la possibilità di inserire clausole compromissorie individuali, imponendo una serie di condizioni funzionali a superare le riserve espresse in tal senso dal Presidente della

¹⁰¹ In senso anche critico, CENTOFANTI, *Le nuove norme, non promulgate, di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, in *Lav. giur.* 10, 4, 329 ss.; MURONI, *Arbitrato in materia di lavoro, in Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno ed internazionale*, a cura di Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo, Padova, 2010, 396-397.

¹⁰² DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in *Lav. giur.* 11, 1, 57 ss., l'autore intravede nel parallelo abbandono della obbligatorietà del tentativo di conciliazione il disegno del legislatore di non affidare più le prospettive deflattive del contenzioso di lavoro ad una fase pre-giudiziale di "decantazione del conflitto imposta alle parti"; per un'analisi retrospettiva di questa novella in materia di arbitrato di lavoro anche PUNZI, *L'arbitrato per la soluzione delle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 11, 1, 1 ss. e, prima ancora Id., *L'arbitrato in materia di lavoro: fonti e impugnazioni*, in *Mass. G. lav.* 10, 352 ss.

Repubblica. Si vuole garantire la genuina manifestazione della volontà del lavoratore di deferire agli arbitri le *insorgende* controversie con il datore di lavoro.

Viene, quindi, vietata la possibilità di stipulare la clausola compromissoria durante il periodo di prova e, se non previsto, comunque non prima di trenta giorni dalla data dell'assunzione, con esclusione in ogni caso, dall'oggetto della predetta clausola, delle *insorgende* controversie in materia di risoluzione del rapporto di lavoro. Le clausole compromissorie devono, comunque, essere certificate a pena di nullità e autorizzate a livello di contrattazione collettiva. Si attenua, altresì, la possibilità per le parti di optare per un lodo irrituale secondo equità, con la previsione del limite del rispetto non solo dei principi generali dell'ordinamento, ma anche dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari. Tali importanti ritocchi al testo originario del disegno di legge non hanno, comunque, sopito il dibattito dottrinale; restano, infatti, ancora forti perplessità, almeno di una parte della dottrina, che intravede nell'attuale testo normativo possibili meccanismi di coercizione indiretta della volontà compromissoria del lavoratore¹⁰³.

In ogni caso, gli interventi della legge non si limitano alla modifica della disciplina dell'arbitrato prevista dal codice, ma coinvolgono altri profili del diritto del lavoro, sia sostanziali che processuali.

Ed infatti, nel lungo *iter* di approvazione della riforma si sono contrapposte due diverse posizioni: una volta a

¹⁰³ Sia pur con qualche forzatura, anche esegetica, MISCIONE, Il collegato lavoro 2010 proiettato al futuro, *in Lav. giur.* 11, 1, 5 s., spec. 7, secondo cui attraverso la certificazione si renderebbe obbligatorio il tentativo di conciliazione, trasformabile a sua volta «senza la dovuta riflessione» sempre in arbitrato

favorire la disciplina del diritto del lavoro attraverso la valorizzazione dell'autonomia individuale; l'altra diversamente sostiene che dietro ad una presunta modifica processuale si nasconda l'introduzione di uno strumento, quale l'arbitrato di equità, idoneo a smantellare la struttura protettiva vigente¹⁰⁴.

Il legislatore ha, poi, riscritto gli artt. 412 ter e 412 quater, estendendone l'applicazione alle controversie di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni contrattualizzate¹⁰⁵; mentre non vengono modificate le norme del Titolo VIII, Libro IV del codice di rito per la forma rituale.

L'intervento travolge anche il procedimento ordinario innanzi al giudice che viene integrato con le modifiche apportate alla conciliazione e all'arbitrato.

L'istituto della conciliazione diventa uno strumento facoltativo, attraverso la modifica dell'art. 410 c.p.c.; così facendo, questo articolo, insieme ai successivi, può definirsi la nuova disciplina generale per la conciliazione facoltativa stragiudiziale in tutte le liti del lavoro¹⁰⁶.

Il legislatore nel riformulare l'istituto della conciliazione definisce da un lato quali devono essere i suoi contenuti in caso di proposizione dell'istanza¹⁰⁷ e dall'altro lo priva

¹⁰⁴ La legge assume come riferimento la forma arbitrale irrituale, manifestando disinteresse per l'arbitrato rituale.

¹⁰⁵ BORGHESI, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, in A. Vallebona (a cura di), *Il diritto processuale del lavoro*, Padova, 2011, 660 e ss.

¹⁰⁶ Rimangono escluse da tale disciplina le controversie relative ai contratti certificati ex art. 80 comma 4 del D.Lgs. 276/2003, alle quali continua ad applicarsi la procedura conciliativa prevista dal comma 2 dell'art. 31 L. 183/2010.

¹⁰⁷ Art. 63 D.Lgs. 165/2001.

dello *status* di condizione di procedibilità della domanda¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Ora chi vorrà far valere i propri diritti in materia di rapporto di lavoro potrà e non dovrà esprimere il tentativo di conciliazione: la scelta in ordine alle modalità di risoluzione delle controversie di lavoro viene ricondotta nell'ambito dell'autonomia privata, attraverso una conciliazione stragiudiziale ovvero mediante il deposito di un ricorso diretto all'Autorità giudiziaria. In materia di licenziamenti, il Collegato lavoro istituisce una tempistica più rigida attraverso due strumenti: ricorso giurisdizionale o tentativo di conciliazione. La scelta viene rimessa al lavoratore entro il termine di 270 giorni dall'impugnazione del licenziamento. Avvalendosi del tentativo di conciliazione il lavoratore, innanzi alle Commissioni di conciliazione istituite presso le Direzioni Provinciali del lavoro, dovrà specificare i dati identificativi delle parti, del luogo di lavoro e fornire anche l'esposizione dei fatti, delle ragioni poste a fondamento della pretesa, eleggendo un domicilio presso il quale dovranno essere notificate le relative comunicazioni. Il destinatario dell'istanza se vorrà aderire all'iter conciliativo dovrà darne riscontro entro il termine di 20 giorni depositando le sue difese ed eccezioni e proponendo eventuali domande riconvenzionali, ove però decidesse di non farlo, l'istante con il decorso del termine di 20 giorni avrebbe definitivo riscontro che il tentativo di conciliazione si è concluso senza esito ed ognuno ai sensi dell'art. 410 riformato sarà libero di adire l'Autorità giudiziaria. I tempi di conciliazione della Commissione adita vengono ridotti e l'Ufficio competente deve procedere alle convocazioni entro 10 giorni dal deposito della memoria ad opera del convenuto e deve fissare una seduta non oltre i successivi 30 giorni. La durata complessiva del procedimento resta circoscritta nel termine di 60 giorni, come già previamente previsto dalla legge. Se la conciliazione non riesce resta alle parti la scelta tra la risoluzione giurisdizionale o l'arbitrato innanzi alla Commissione di Conciliazione. Se si sceglie di ricorrere al giudice bisogna dare atto dell'attività svolta nella fase conciliativa con il deposito dei verbali e delle memorie unitamente al ricorso introduttivo del giudizio ordinario. La riforma così facendo accentua la possibilità

Se da una parte viene eliminata l'obbligatorietà della fase conciliativa, affidando alla piena volontà delle parti la scelta di risolvere la controversia prima del processo, dall'altra il comma 4 dell'art. 31 L. 183/2010 ha enfatizzato e potenziato il potere di conciliazione del giudice attraverso la modifica dell'art. 420 c.p.c. In base alle nuove disposizioni dell'art. 420 c.p.c., quindi, nell'udienza fissata per la discussione, il giudice oltre a tentare la conciliazione della lite procederà a formulare una proposta transattiva alle parti, il cui rifiuto, senza giustificato motivo, integrerà un comportamento valutabile ai fini del giudizio¹⁰⁹.

Sembra, quindi, che tali modifiche vogliano soddisfare una duplice esigenza: da un lato capire se dopo l'intervento del c.d. Collegato Lavoro sia possibile finalmente ottenere un modello generale di arbitrato per tutte le controversie di lavoro, dall'altro verificare se i nuovi modelli arbitrali

per il giudice di valutare il mancato raggiungimento di un accordo tra le parti in sede conciliativa. Infatti ai sensi del nuovo comma 2 dell'art. 411 c.p.c. qualora non si raggiunga l'accordo tra le parti, la Commissione di Conciliazione è tenuta a formulare una proposta per la definizione bonaria della controversia, proposta che viene verbalizzata anche qualora non fosse accettata con l'indicazione delle valutazioni espresse dalle parti. Il giudice dovrà poi tenere in considerazione quanto emerso in tale fase e delle ragioni della mancata accettazione.

¹⁰⁹ La conciliazione in sede sindacale, invece, continua ad essere regolata come prima, art. 411 comma 3 c.p.c., non essendo prevista in questo caso la procedura amministrativa indicata nel tentativo di conciliazioni innanzi alla Commissioni presso la DPL. Il processo verbale di conciliazione è depositato a cura di una delle parti o dell'associazione sindacale presso la DPL che, verificatane l'autenticità ne cura il deposito presso la cancelleria del Tribunale territorialmente competente per la dichiarazione di esecutività mediante decreto.

possano incentivare il ricorso all'arbitrato, diminuendo il numero di controversie di lavoro incardinate innanzi ai giudici ordinari.

Par. 2 I modelli di arbitrato: l'arbitrato individuale e l'arbitrato collettivo

In primo luogo, il legislatore delinea nei nuovi artt. 412 e 412 quater c.p.c., nonché nell'art. 31 altri modelli di arbitrato di lavoro di fonte legislativa accomunati da un lodo che “*produce gli effetti di cui all'art. 1372 e all'art. 2113 quarto comma c.c.*”, e da un conseguente identico sistema impugnatorio, che a sua volta rinvia espressamente a quello di cui all'art. 808 ter c.p.c. Il giudice dell'impugnazione viene individuato nel Tribunale in unico grado in funzione di giudice del lavoro nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato.

Ciò significa che la fissazione della sede arbitrale deve essere effettuata su istanza concorde delle parti o, in mancanza, dagli stessi arbitri. In difetto, si presume che operino, in via generalizzata, i criteri sussidiari previsti in modo specifico nel solo modello di arbitrato *ad hoc*, ex art. 412 quater c.p.c., che valorizzano il luogo in cui è sorto il rapporto di lavoro, ovvero il luogo in cui il lavoratore svolge o ha svolto le proprie mansioni¹¹⁰.

È, quindi, indubbia la natura di lodo irrituale che, peraltro, mantiene anche la sua caratteristica ibrida rispetto alla dicotomia arbitrato rituale/irrituale recepita dal legislatore del 2006 con l'introduzione dell'art. 808 ter c.p.c. e dell'art. 824 bis c.p.c.. Infatti, anche oggi il lodo irrituale

¹¹⁰ Sul nuovo regime impugnatorio dei lodi arbitrali irrituali di lavoro, cfr. Auletta, *Le impugnazioni del lodo nel «Collegato lavoro»*, in R. arb. 10, 4, 563 ss.

di lavoro, a prescindere dal modello procedimentale prescelto dalle parti, è idoneo ad acquisire efficacia di titolo esecutivo.

Sia l'art. 412 c.p.c. sia l'art. 412 c.p.c. quater ammettono che il lodo possa acquisire l'esecutività mediante l'omologazione del Tribunale, che ne accerta previamente la sola regolarità formale. Il Tribunale, in sede di *exequatur* di questo lodo, incontra gli stessi limiti di cognizione del giudice dell'*exequatur* del lodo rituale. L'idoneità del lodo ad acquisire efficacia di titolo esecutivo presuppone, però che l'efficacia del lodo si sia consolidata in uno dei due modi alternativamente previsti dalla legge: 1) le parti hanno dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale; 2) per decorrenza del breve termine di impugnazione di trenta giorni dalla notificazione del medesimo¹¹¹.

Il lodo deve essere autenticato; tale requisito non costituisce presupposto dell'efficacia negoziale del lodo, che a tal fine necessita solo della sottoscrizione.

La mancata autenticazione non è neppure motivo di impugnazione del lodo, quanto semmai ragione di responsabilità degli arbitri per l'omissione, là dove essi hanno impedito la formazione di un valido titolo esecutivo. Il Collegato Lavoro svuota, pertanto, di contenuto gli artt. 412 ter e quater, abrogando l'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi e introducendo quattro nuovi tipi di arbitrato menzionati rispettivamente dagli artt. 412 (risoluzione arbitrale della controversia), 412 quater (altre modalità di conciliazione e arbitrato), 412 ter (altre

¹¹¹ Diversa opinione di VERDE, “*Sulla natura dell’arbitrato nelle controversie di lavoro e sulla decorrenza del termine di impugnazione del lodo*”, in *Sull’arbitrato*, Studi offerti a Giovanni Verde, Napoli, 2010, 871 ss.

modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva) nel quale si prevede che *“la conciliazione e l’arbitrato nelle materie di cui all’art. 409 c.p.c. possano essere svolte altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative”*, nonché dall’art. 31, comma 12, che prevede un arbitrato gestito dagli organi di certificazione, i quali possono istituire camere arbitrali.

Iniziando con una sintetica analisi dei diversi modelli si veda che il primo modello è quello disciplinato dal nuovo articolo 412 c.p.c. ed è previsto nel corso del tentativo di conciliazione c.d. amministrato o al termine dello stesso ove infruttuoso; è connotato dal fatto che il mandato a decidere la controversia è conferito alla stessa Commissione che ha effettuato il tentativo di componimento della lite¹¹².

¹¹² Per tale tipologia di arbitrato rimane problematico il suo inquadramento nell’ambito dell’una o dell’altra categoria di arbitrato, ed infatti può definirsi irrituale in quanto ha sì l’efficacia di contratto, il lodo emanato produce gli effetti di cui all’art. 1372 c.c. e all’art. 2113 c.c., ma è impugnabile ex art. 808 ter (come l’arbitrato irrituale) e dopo gli emendamenti approvati in ragione della mancata promulgazione, non è più ammessa la deroga all’art. 829 commi quarto e quinto, quindi sarebbe possibile l’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia ed il lodo è soggetto ad impugnazione anche per violazione dei contratti e accordi collettivi, soppresso il lodo ha efficacia di titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. a seguito di provvedimento del giudice su istanza di parte ai sensi dell’art. 825 c.p.c.; b) rituale, in quanto l’ultimo comma aggiunto da emendamento prevede il termine di trenta giorni dalla notifica del lodo per il deposito del ricorso, e comunque dopo i trenta giorni dalla notificazione, o se vi è stata accettazione, o rigetto del ricorso, il lodo è depositato nella cancelleria del tribunale ed il giudice

La procedura di cui al comma 5 dell'art. 31 L. 183/2010 è, quindi, preceduta dall'esperimento del tentativo di conciliazione.

Il binomio conciliazione-arbitrato è l'espressione dell'autonomia delle parti che decidendo di sottrarsi alla via giurisdizionale, prima tentano spontaneamente la via conciliativa e poi, ove questa non riesca, ma permangano margini per giungere ad un accordo, scelgono di rivolgersi alla stessa Commissione di conciliazione; essa, nonostante l'esito negativo del precedente tentativo di conciliazione, viene nuovamente investita del compito di risolvere la controversia¹¹³.

Il tentativo di conciliazione si pone, quindi, solo come fase preliminare e non come condizione, in senso tecnico, di procedibilità¹¹⁴.

Si noti, comunque, che la scelta di far svolgere la fase conciliativa e l'arbitrato innanzi allo stesso organo era già stata prevista dall'art. 5 legge 108/1990

accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Quindi esecutività come nell'arbitrato rituale ex art. 825 c.p.c., ma esclusa proprio dall'art. 808 c.p.c. ultimo comma. È indubbio che questa species di arbitrato sia di difficile collocazione sistematica e positiva. Il risultato è, infatti, singolare: produce gli effetti di un contratto, dunque di un titolo stragiudiziale che diviene titolo esecutivo con decreto del Tribunale, come il lodo arbitrale rituale ex art. 825 c.p.c.

¹¹³ BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "Collegato lavoro"*, in www.judicium.it, par. 1.

¹¹⁴ MAGRINI, *La piccola riforma della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. prat. lav.*, 1998, 1591 e ss. Pertanto, le cause di invalidità del lodo sono quelle indicate nell'art. 808 ter c.p.c. e tra di esse non si rinviene l'ipotesi del mancato esperimento del tentativo di conciliazione prima della proposta arbitrale a meno di non voler considerare tale vizio alla stregua della violazione delle regole che presiedono la formazione dell'organo giudicante.

Il passaggio dalla fase conciliativa a quella arbitrale si attua mediante la stipulazione di un accordo con il quale si conferisce alla Commissione di conciliazione il compito di risolvere la lite.

La natura dell'accordo, intesa come compromesso o clausola compromissoria, non è indicata in maniera esplicita dall'art. 412 c.p.c.; nel testo dell'articolo viene fatto un generico riferimento al mandato da conferire agli arbitri. Il legislatore, infatti, non si è preoccupato di indicare dei requisiti di forma del mandato, ma ha soltanto indicato il contenuto che il mandato deve avere¹¹⁵.

Tuttavia, si può ipotizzare che l'accordo con il quale le parti deferiscono congiuntamente la risoluzione della controversia ad arbitri abbia sostanzialmente la forma del compromesso, in quanto sorto durante la lite.

Il mandato, quindi, è un compromesso, ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c., per il quale non è richiesto il rispetto di particolari requisiti formali, come è, invece, stabilito per la "convenzione arbitrale", ai sensi dell'art. 807 c.p.c.. Nell'art. 412 c.p.c. non viene indicata né la necessità della forma scritta dell'atto né se tale forma deve essere rispettata a pena di nullità.

Il secondo comma del nuovo art. 412 c.p.c. statuisce che nel mandato siano indicati: a) il termine, non superiore a sessanta giorni, per l'emanazione del lodo; b) le norme che le parti adducono a sostegno della loro pretesa; c) l'eventuale istanza di decisione secondo equità, ma con il rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei

¹¹⁵ BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "Collegato lavoro"*, in www.judicium.it, par. 1.

principi regolatori della materia, anche derivanti da “obblighi comunitari”¹¹⁶.

Il secondo modello di arbitrato è disciplinato dal nuovo art. 412 ter c.p.c., secondo il quale, nelle materie di cui all’art. 409 c.p.c., l’arbitrato può essere svolto presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative.

L’art. 412 ter c.p.c. è più aperto rispetto al passato, lasciando, quindi, alle parti collettive la pienezza di poteri in ordine alla determinazione delle modalità di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Il terzo modello di arbitrato, ex art. 412 quater c.p.c., è quello c.d. *ad hoc*; al posto di adire il giudice, la parte, che intende devolvere la controversia a un collegio di conciliazione e arbitrato irrituale, può notificare alla controparte la domanda di arbitrato; a quest’ultima è rimessa la scelta di accogliere o meno questo invito, con una accettazione che deve essere esplicita, poiché il mero silenzio equivale a rifiuto della proposta di deferire la lite per arbitrato.

Infine, l’ultimo modello viene disciplinato dall’art. 31 co. 12, che prevede un arbitrato gestito dagli organi di certificazione.

In merito all’art. 31 va, tuttavia, sottolineato un altro aspetto. Esso prevede la possibilità per le parti di prevedere, nelle materie di cui all’art. 409 c.p.c., una clausola compromissoria. Tali clausole consentono alle parti di pattuire espressamente la devoluzione futura di eventuali controversie al giudizio di arbitri, dalle stesse nominati, i quali sono chiamati a risolvere la controversia

¹¹⁶ CANALE, *Arbitrato e “Collegato lavoro”*, in www.judicium.it, par. 1.

con le modalità che le parti stesse definiscono in sede di stipulazione dell'accordo.

L'art. 31, comma 10, stabilisce, comunque, che le clausole compromissorie stipulate tra le parti, ai sensi dell'art. 808 c.p.c., rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli artt. 412 e 412 quater c.p.c, e 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 deve essere certificata, a pena di nullità, in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del D.Lgs. 10.09.2003 n. 76 dagli organi di certificazione di cui all'art. 76 del medesimo decreto.

Le Commissioni di certificazione accertano la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro.

In sede di approvazione finale della norma sono stati, inoltre, identificati degli ulteriori limiti.

Tra gli emendamenti al disegno di legge, votati in sede di approvazione finale della riforma, emergono proprio alcuni correttivi alla previsione di pattuire clausole compromissorie nei contratti di lavoro e in particolare: a) la clausola compromissoria può essere pattuita e sottoscritta solo una volta concluso il periodo di prova, ove previsto, ovvero trascorsi 30 giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro, in tutti gli altri casi; b) la clausola compromissoria non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro.

Se il contratto è sottoposto all'esame delle Commissioni di certificazione, istituite ai sensi degli artt. 75 e ss. D.Lgs. 276/2003, anche ai fini della valida sottoscrizione della clausola compromissoria, le parti possono farsi assistere da

un legale di loro fiducia o da un rappresentante dell'organizzazione sindacale a cui abbiano conferito mandato; c) è possibile il ricorso al Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, per le controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale, ai sensi del comma 10 del nuovo art. 412 quater c.p.c., norma che regola espressamente la nuova procedura per l'arbitrato irrituale. In mancanza della determinazione delle modalità di ricorso alla stipulazione delle clausole compromissorie da parte degli accordi interconfederali o dai contratti collettivi, il Ministero provvederà a promuovere l'intesa e trascorsi sei mesi dalla convocazione vi potrà provvedere mediante decreto, fatta salva la possibilità di integrazione da parte delle intese o degli accordi successivi.

Par. 3 La clausola compromissoria: profili costituzionali

Come si è rilevato nel precedente capitolo, la legge 4.11.2010 n. 183 ha introdotto la possibilità che, a determinate condizioni, venga inserita nel contratto individuale di lavoro una clausola compromissoria per l'arbitrato irrituale.

Partendo, quindi, dai rilievi mossi dal Presidente della Repubblica, si cercherà di analizzare i diversi profili critici emersi e le soluzioni ipotizzate.

Il codice di procedura civile prevede che le parti, nel contratto che stipulano, ovvero in un atto separato, hanno la facoltà di deferire la decisione di una controversia nascente dal contratto medesimo agli arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di una convenzione d'arbitrato (art. 808 c.p.c.)¹¹⁷.

¹¹⁷ “Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto

Il comma 8 dell'art. 31 del Collegato lavoro prevede che le parti contrattuali possano, in relazione alle materie indicate nell'art. 409 c.p.c., pattuire clausole compromissorie che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato, di cui agli articoli 412 e 412 *quater* c.p.c.

Alla luce della riforma del 2010, la possibilità di inserire una clausola compromissoria è legata al rispetto di una serie di condizioni, già previamente analizzate e ivi riportate sinteticamente: 1) tale facoltà deve essere prevista da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; 2) la clausola compromissoria, a pena di nullità, deve essere certificata dagli organi di certificazione di cui all'art. 76, D.Lgs. n. 276/2003¹¹⁸. Le commissioni di

medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'art. 807 c.p.c.. La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria”

¹¹⁸ La dottrina, peraltro, esprime le sue riserve in merito al fatto che la certificazione possa verificare l'effettività della volontà del lavoratore mediante il rinvio ai rimedi dell'impugnazione per vizi del consenso ai sensi dell'art. 80, c. 1, D.Lgs. 276/2003 o per la nullità della clausola. In ultimo, non si può tralasciare il fatto che nonostante la disciplina dei licenziamenti non sia ricompresa nell'ambito di applicazione dell'arbitrato, “la necessità di instaurazione definitiva del rapporto per la stipulazione della clausola compromissoria non offre sufficienti garanzie tutte le volte che il lavoratore graviti nell'area della tutela debole contro i licenziamenti ingiustificati” . Peraltro, la circostanza che la clausola compromissoria non sia utilizzabile per le controversie

certificazione accertano, all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria, l'effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie che dovessero insorgere nascenti dal rapporto di lavoro; 3) la clausola compromissoria non può essere pattuita e sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto, ovvero se non siano trascorsi almeno 30 giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro, in tutti gli altri casi; 4) la clausola compromissoria non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro¹¹⁹; 5) 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. L'imposizione di così tanti limiti, nonostante un'embrionale apertura avuta proprio con la riforma del Collegato Lavoro, conferma che il rapporto tra arbitrato e controversie di lavoro è stato da sempre affrontato con cautela.

relative alla risoluzione del rapporto di lavoro indirettamente fa insorgere alcuni dubbi circa gli intendimenti del legislatore; la norma sembra far pensare che la “giustizia privata” in concreto offra al lavoratore dipendente minori garanzie rispetto a quella ordinaria.

¹¹⁹ L'inserimento di tale limite è stato fortemente voluto dalle Associazioni ed Organizzazioni sindacali firmatarie, ad eccezione della CGIL, di un accordo interconfederale in cui di dava atto dell'importanza e dell'utilità dell'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie, purché scelto in modo consapevole e libero dalla parti. Per garantire tale libertà, nonché l'effettività della tutela e della certezza del diritto, le organizzazioni sindacali si impegnavano a stipulare accordi in cui venisse prevista l'esclusione delle controversie relative alla risoluzione del rapporto dall'ambito dell'applicazione della clausola compromissoria.

Tuttavia, forse una novità, volta a garantire un'effettiva estensione dell'arbitrato alle controversie di lavoro, può essere individuata nella facoltà di scegliere la giustizia arbitrale tramite una clausola, inserita nel contratto individuale di lavoro¹²⁰.

La legge 183/2010 è intervenuta profondamente in quest'ambito ed infatti il lavoratore che ritenga di aver acquisito un diritto derivante dal rapporto di lavoro può liberamente disporne¹²¹; tale autonomia negoziale viene però limitata dall'art. 806 c.p.c. che prevede che siano arbitrabili le controversie su diritti disponibili, ossia sono certamente compromettibili le controversie di natura patrimoniale, mentre non possono essere deferite agli

¹²⁰ Risulta infatti difficile, quando il conflitto è già in atto, che il lavoratore accetti di utilizzare gli arbitri, soprattutto se la normativa in materia è incerta e può essere interpretata nel senso di attribuirgli una tutela sostanziale e processuale meno favorevole rispetto a quella offerta dal giudice statale. Va poi rilevato che a lite già insorta le parti si trovano in una situazione di conflitto che rende sicuramente difficile la possibilità di trovare un accordo su tale aspetto. P.G. ALLEVA, *Per una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori*, in www.judicium.it, 2010, I, pp. 365 e ss.; V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro"*, in www.judicium.it, 2011, par. 9, pp. 35 e ss.

¹²¹ TREU, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione e arbitrato*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, I, p. 87. L'autore sottolinea l'analogia tra l'arbitrato e la transazione disciplinata dall'art. 2113 c.c., riprendendo quanto sostenuto da Verde (VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, p. 93), secondo il quale sarebbero indisponibili i soli diritti per i quali la parte non ha né la disponibilità negoziale né quella di azione (es. nei casi in cui la legittimazione alla tutela è riconosciuta anche al p.m.), poiché l'autore ritiene complesso ipotizzare che un soggetto che può decidere di non tutelare un suo diritto non possa, invece, tutelarlo in modo diverso, facendo ricorso all'arbitro e non al giudice.

arbitri le controversie relative a diritti indisponibili, quali ad esempio la tutela della sicurezza del lavoro.

La vasta gamma di liti, però che possono originarsi dal rapporto di lavoro, non sempre consente una facile attribuzione della natura di diritto disponibile o meno, al diritto oggetto della controversia¹²².

Tutte queste limitazioni rappresentano regole che, se violate, incidono sulla nullità del patto compromissorio¹²³.

A tale riguardo, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 127 del 4 luglio 1977¹²⁴, aveva affermato che: “*la giustizia per arbitri dà risultati particolarmente soddisfacenti quando le parti si trovano in una posizione di equilibrio*”. Tale statuizione sottolinea la necessità di sostenere

¹²² Ad esempio, nel caso in cui una lite abbia ad oggetto la rivendica di una qualifica che tragga origine da una discriminazione sul posto di lavoro. In un caso come questo, aderendo alla c.d. soluzione unitaria dei procedimenti arbitrali, il problema viene circoscritto all'interno del combinato degli artt. 819 e 919 bis c.p.c.; gli arbitri potranno prendere in esame la questione se essa sia posta come pregiudiziale mentre in caso contrario si dovrà verificare la incompromettibilità della lite e procedere alla separazione, se possibile, ovvero alla sospensione. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, p-409; DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, p. 40; MONTESANO, *Domanda e questioni nei giudizi arbitrali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2000, p. 621 e ss.

¹²³ Il legislatore con tali limitazioni sembrerebbe non aver voluto escludere l'arbitrabilità, bensì la scelta della via arbitrale mediante la clausola compromissoria, mantenendo quindi la facoltà in capo alle parti di scegliere la via arbitrale mediante compromesso e mediante le modalità previste dagli articoli 412, 412 *ter* e 412 *quater* c.p.c. M. BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, www.judicium.it, par. 4 pp. 13.

¹²⁴ C. Costituzionale sentenza n. 127 del 4 luglio 1977 in www.cortecostituzionale.it, p. 5.

l'arbitrato in modo da garantire che lo squilibrio economico tra lavoratore e datore di lavoro venga eliminato o ridotto, soprattutto nella fase di accesso alla giustizia arbitrale.

Venendo ora all'esame più specifico delle problematiche costituzionali, mosse proprio a fronte delle modifiche apportate dalla legge 183/2010, si deve porre l'attenzione su diversi profili, tra i quali, l'effettiva volontà del lavoratore di rinunciare all'alternativa giurisdizionale e la facoltà delle parti di utilizzare un giudizio di equità.

Parte della dottrina ha fortemente criticato il tentativo di "imporre" il rimedio dell'arbitrato, attraverso l'inserimento della clausola compromissoria nel contratto di lavoro¹²⁵.

La Corte Costituzionale ha affermato che: "*Il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti, in mancanza della quale non sarebbe consentita la deroga ai principi di cui agli artt. 24 e 102, co. 1, Cost.*"¹²⁶.

La fonte dell'arbitrato, pertanto, deve avere le proprie radici nella volontà effettiva e piena delle parti e non "*in una volontà autoritativa o in una legge ordinaria*".

¹²⁵ M. PIVETTI, *La tentata elusione del diritto del lavoratore ad avere un giudice*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, pp. 168 e ss. ; R. DEL PUNTA, in A. BARBA – G. COSTANTINO – L. DE ANGELIS – R. DEL PUNTA – L. NOGLER, *Opinioni*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.*, 2011, pp. 146 e ss.; L. DE ANGELIS, *Uno sguardo di conciliazione e arbitrato nella l. n. 183/2010*, in *QL*, 11.

¹²⁶ Corte Costituzionale, sentenza n. 127 del 4 luglio 1997, in *Dejure*, www.dejure.it; Corte Costituzionale, sentenza n. 152 del 09 maggio 1996, in *Dejure*, www.dejure.it. La non obbligatorietà dell'arbitrato è confermata da giurisprudenza costante quale: Corte Cost., sentenza n. 488/1991, n. 49/1994, n. 206/1994, n. 232/1994, n. 54/1996, n. 381/1997, n. 325/1998 e n. 221/1995.

Esaminando, quindi, alcune delle condizioni previste per l'inserimento della clausola compromissoria, la novella del 2010 prevede la certificazione delle clausole compromissorie da parte degli organi individuati dall'art. 76 del D.Lgs. n. 276/2003.

Essa dovrebbe assicurare che la scelta del lavoratore sia consapevole, informata e soprattutto esente da vizi del consenso, anche allo scopo di evitare un successivo contenzioso ai sensi degli artt. 80 del D.Lgs. n. 276/2003 e dell'art. 808-ter c.p.c.

Tuttavia, una parte della dottrina ha manifestato molti dubbi in merito alla reale portata di tale previsione, mettendo in luce i limiti del potere di accertamento delle commissioni stesse che, di fatto, non potranno che prendere nota delle dichiarazioni delle parti¹²⁷.

Un altro orientamento dottrinale, ritiene, invece, che la procedura c.d. di "derogabilità assistita", innanzi agli organi di certificazione, sembrerebbe collocare in una posizione di parità i contraenti.

Il legislatore, però, ha forse ritenuto necessario prevedere una procedura di certificazione, proprio in virtù di quanto veniva e viene affermato anche in giurisprudenza, ossia che le parti sono sempre e comunque collocate in una posizione di squilibrio.

La Corte costituzionale, in materia di arbitrato obbligatorio¹²⁸, nella sentenza n. 127/1977, aveva rilevato,

¹²⁷ La volontà oggetto di verifica è quella manifestata al momento della sottoscrizione della clausola, lasciando alle parti la possibilità di dimostrare che la pattuizione allora sottoscritta da entrambe deve ritenersi nulla, perché unilateralmente imposta, e comunque non voluta da entrambe, oppure che la clausola è stata sottoscritta dalle parti in un momento diverso rispetto a quello previsto dalla norma.

¹²⁸ LUISSO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, V, Milano, 2009, p. 356 e ss.; CINELLI-FERRARO, *Il contenzioso del lavoro nella*

tra i motivi della declaratoria d'illegittimità, che il rapporto giuridico, “*che dà occasione all'arbitrato obbligatorio*”, intercorre tra due soggetti di forza economica assai diversa. La stessa evidenziava fortemente l'esigenza che nel giudizio arbitrale le parti si trovassero in una posizione di equilibrio.

D'altronde il fatto stesso che l'arbitrato non sia consentito per le controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro, non fa altro che riconoscere implicitamente che la “giustizia privata” offre al lavoratore minori garanzie rispetto a quella ordinaria.

Sempre al fine di ridurre il rischio di coercizione della volontà del lavoratore, l'art. 31, co. 10, stabilisce che le clausole non possono essere pattuite e sottoscritte prima della scadenza del periodo di prova, ove previsto, ovvero, in tutti gli altri casi, se non sono decorsi 30 giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro.

Parte della dottrina¹²⁹ ha, però rilevato che alcuni contratti collettivi prevedono periodi di prova molto brevi, soprattutto per gli inquadramenti più bassi; pertanto, se è vero che superato il periodo di prova il lavoratore non corre più il rischio di licenziamento *ad nutum*, tuttavia, è pur vero che il legislatore ha individuato come limite temporale generale il decorrere di almeno 30 giorni dalla stipulazione del contratto.

legge 4 novembre 2010 n. 183 (collegato lavoro), a cura di Cinelli-Ferraro, 2011, p. 57 e ss.; PUNZI, *L'arbitrato per la soluzione delle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 14 e ss.

¹²⁹ V. SPEZIALE, *I limiti della giustiziabilità dei diritti nella riforma del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, p. 26 e ss.; G. CANALE, *Arbitrato e “collegato lavoro”*, in www.judicium.it, 6; BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in Bove-Cecchella, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, p. 3.

Ci si interroga, dunque, sulla legittimità di tale previsione, da cui discende una sostanziale difformità di trattamento per i lavoratori soggetti al periodo di prova, ma anche sulla corretta interpretazione della stessa. Non è, infatti, chiaro se nel caso in cui un contratto collettivo preveda un periodo di prova inferiore a 30 giorni le parti possano sottoscrivere la clausola all'esito positivo della prova o debbano comunque attendere che sia decorso il termine generale di 30 giorni.

Inoltre, non va trascurato il fatto che il rischio di coercizione potrebbe non essere eliminato neppure dal rispetto del termine di 30 giorni, in quanto non sempre il momento della stipulazione del contratto coincide con quello dell'effettiva instaurazione del rapporto di lavoro, per cui tale termine potrebbe addirittura coincidere con l'inizio del rapporto di lavoro.

Occorre, pertanto, domandarsi se la breve dilazione collochi davvero il lavoratore in una posizione di libertà, così da poter operare una scelta per lui più conveniente rispetto all'esercizio del diritto di azione¹³⁰.

¹³⁰ Con riferimento alle diverse tipologie di contratti senza stabilità, l'accettazione da parte del lavoratore alla richiesta di inserimento della clausola compromissoria formulata dal datore sarà potentemente indotta dalla speranza ad esempio di ottenere in futuro il rinnovo del contratto o l'assunzione a tempo indeterminato. Con riferimento ai contratti a stabilità obbligatoria, la facilità con cui si può licenziare, senza diritto alla reintegra e a costi limitati, indurrà ugualmente il lavoratore ad accettare la clausola. Anche con riferimento ai contratti a stabilità reale, forse con l'eccezione delle grandi realtà produttive, è probabile che il lavoratore non se la senta di rifiutare la proposta del datore, per non esporsi a future ritorsioni. V. SPEZIALE, *I limiti della giustiziabilità dei diritti nella riforma del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, p. 26 e ss.

La previsione di tali limitazione cerca quindi di garantire al lavoratore di scegliere liberamente la procedura arbitrale al posto del giudizio¹³¹.

Tuttavia, nonostante le predette limitazioni, se si analizza il disposto normativo, sembra, comunque, che la scelta dal lavoratore non possa definirsi propriamente espressione di una volontà effettiva.

La riforma lascia alle parti la libertà di scelta tra l'arbitrato e la tutela giurisdizionale, stabilendo la “*possibilità*” del giudizio arbitrale (art. 31, co. 10, l. 183/2010) e la “*facoltà di ciascuna delle parti di adire l'autorità giudiziaria*” (art. 412 quater c.p.c.), la norma, però non sembra consentire ripensamenti, dopo l'aver manifestato la volontà di deferire la controversia agli arbitri innanzi alla Commissione di certificazione.

Pertanto, si può provare ad assumere a riferimento l'art. 5, co. 1, della legge 533/1973, articolo non riformato dalla legge 183/2010, nel quale si riconosce espressamente la facoltà delle parti di preferire la soluzione giurisdizionale per tutte le ipotesi di clausola compromissoria riferita ad una lite non ancora insorta.

Del resto, costituisce principio generale dell'ordinamento il fatto che “*la fonte dell'arbitrato non può più ricercarsi e*

¹³¹ La riforma ha prodotto un testo che lascia spazio a molti dubbi circa la libertà dell'opzione che può esprimere il lavoratore tra l'arbitrato e l'alternativa giurisdizionale. “*Si è posta non in modo meramente rituale l'esigenza di non lasciare il lavoratore alla mercé del datore di lavoro, così che le limitazioni previste potrebbero essere sufficienti a salvare la norma da censure di costituzionalità quanto al libero manifestarsi della volontà del lavoratore*” R. DEL PUNTA, Opinioni, op. cit., pp. 148 e ss.; M. BOVE, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 885 e ss.; D. BORGHESI, *L'arbitrato di lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 822 e ss.

*porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa*¹³². Così facendo, pertanto, l'art. 31, co. 10, potrebbe essere letto nel senso che la devoluzione ad arbitri è rimessa all'autonomia privata e non pregiudica, comunque, la facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 5, legge 533/1973¹³³.

La stessa Corte Costituzionale ha precisato che: *“l'arbitrato può ritenersi non obbligatorio quando, dopo il contratto e fino alla nomina degli arbitri sia consentita la facoltà o all'una o all'altra parte del rapporto di scegliere ancora la competenza del giudice ordinario”*¹³⁴.

Sembra, quindi, che la persistenza dell'alternativa giurisdizionale possa essere, quindi, dedotta dall'art. 5 della legge 533/1973, che fa salva la facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria.

Par. 3.1 L'arbitrato e l'equità: sostitutiva o integrativa

Il modello di arbitrato previsto dal comma 10, dell'art. 31 del collegato lavoro è quello che fin da subito ha suscitato maggior interesse e perplessità presso i commentatori della riforma, in quanto sancisce la possibilità che il lavoratore e il datore di lavoro pattuiscano contrattualmente clausole compromissorie, di cui all'art. 808 c.p.c., le quali rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato, previste dagli

¹³² Corte Costituzionale, sentenza n. 127/1977; Corte Costituzionale n. 221/2005, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2005, I, p. 1043.

¹³³ Cass. N. 4027/2006, in *Foro It.*, 2007, I, 903. La Corte richiama gli art. 412 e 412 *quater* c.p.c. sottolineando come *“l'uso, in ciascuna ipotesi, del verbo “potere” non dovrebbe lasciare dubbi sulla libertà delle parti”*.

¹³⁴ G. COSTANTINO, *Opinioni sul “Collegato lavoro”*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2011, p. 28 e ss.

artt. 412 e 412 quater (ossia un arbitrato irrituale che potrà essere, qualora le parti lo prevedano, di equità).

Le diverse figure di arbitrato consentono alle parti di chiedere al collegio di comporre la controversia in via equitativa.

Tale previsione ha riaperto il dibattito sulla (non) opportunità di introdurre nel rito laburistico uno strumento processuale capace di incidere sulla disciplina sostanziale del diritto del lavoro, prevalentemente basata su normative inderogabili o comunque disponibili esclusivamente in sede di contrattazione collettiva.

Raccogliendo l'invito del Presidente della Repubblica a circoscrivere l'ambito di operatività della previsione, il legislatore ha previsto la possibilità che il lodo sia reso secondo equità, purché ciò avvenga nel rispetto "*dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivante da obblighi comunitari*".

Molti autori, a tale proposito, hanno rilevato che il predetto richiamo riproduce quanto previsto dall'art. 339, co. 2, c.p.c., a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1 D.Lgs. n. 40/2006, ovvero "*le sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità a norma dell'art. 113, co. 2, sono appellabili esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia*"¹³⁵.

¹³⁵ Il riferimento fatto dall'art. 113 era stato cancellato dalla legge 341/1991 e poi reintrodotta dal D.Lgs. 40/2006 in seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 206/2004 che aveva prospettato una visione del giudizio di equità non come extra-giuridico, bensì come un adattamento del giudizio di diritto alle caratteristiche della fattispecie concreta, fermo saldamente restando il radicamento di esso in un ordinamento contrassegnato, non

La legittimità costituzionale dell'arbitrato di equità sembra, dunque, essere condizionata al significato che viene attribuito al riferimento “*ai principi generali dell'ordinamento e ai principi regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari*”, nonché alla qualificazione dell'equità, come criterio sostitutivo o integrativo.

In merito a quest'ultimo profilo, il dibattito giurisprudenziale svoltosi, per anni, attorno alla previsione dell'equità sostitutiva o integrativa, ha trovato la sua conclusione nella sentenza della Corte Costituzionale n. 206 del 2004, la quale ha eliminato l'equità sostitutiva, giudicata uno strumento idoneo a eludere l'osservanza delle regole di diritto oggettivo.

L'equità risulta, pertanto, soggetta, in primo luogo, al rispetto dei principi costituzionali e comunitari, questi ultimi richiamati oggi espressamente¹³⁶.

Si tratta, dunque, di un vincolo di sicuro rilievo soprattutto per quelle norme che hanno una diretta incidenza sul

soltanto dalla norme costituzionali e dell'Unione Europea, ma dai medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva. P.C.RUGGERI, *Il giudizio di equità necessario, i principi informativi della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace a norma dell'art. 113 c.p.c.*, in *Foro It.*, 2007, I, 1365.

¹³⁶ Il principio era stato già espresso da Cass., S. U., 15 ottobre 1999, n. 716. Così anche Cass. 19 luglio 2007, n. 16017; Cass. 22 febbraio 2006, n. 4040. Il rispetto delle regole costituzionali e comunitarie è affermato, tra gli altri, da R. Martino, *Giudizio equitativo e “principi informativi della materia”*: continua la contesa tra la Consulta e la Suprema Corte, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 986; L. Montesano, *Sui “principi regolatori della materia” nel giudizio di equità*, in *Foro. It.*, 1985, V, p. 21 ss.; LEVONI, *Prime note alla legge del 30 luglio 1984, n. 399 sulle modificazioni di competenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 1197.

rapporto di lavoro, come nel caso della tutela antidiscriminatoria o di diritti essenziali come quelli alla salute, alla riservatezza, alla formazione ed elevazione professionale, all'assistenza sociale, al diritto di sciopero e di organizzazione sindacale e così via.

Tra l'altro, oltre ai diritti sociali fondamentali che sono parte del Trattato dell'Unione Europea, il riferimento agli *“obblighi comunitari ha senso soltanto se riferito alle fonti (europee) non direttamente applicabili, quali direttive, raccomandazioni e pareri”*.

I principi regolatori, dunque, devono essere desunti anche da questi materiali normativi, oltre che, ovviamente, dalle leggi nazionali che hanno implementato le direttive.

In quest'ottica, gli arbitri sarebbero esonerati dall'applicazione di normative che garantiscono tutele che non hanno rango costituzionale: è questo il caso, ad esempio, del diritto alla reintegrazione, di cui all'art. 18 dello statuto dei lavoratori¹³⁷.

Una certa discrezionalità, inoltre, potrebbe essere esercitata anche per le nozioni di giusta causa o un giustificato motivo.

Probabilmente, per tali fattispecie, l'unico limite sarebbe quello di non poter legittimare ipotesi di recesso così lievi che siano di fatto tali da rendere inefficace la regola comunitaria di una tutela contro il licenziamento ingiustificato. È chiaro, però che se quelli indicati fossero i soli vincoli del giudizio equitativo, gli arbitri conserverebbero un margine di discrezionalità di una certa ampiezza, diversificata a seconda dei casi.

¹³⁷ Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in Dejure, www.dejure.it, pp. 4 e ss. La giurisprudenza ha affermato che l'art. 18 dello statuto dei lavoratori non è norma di ordine pubblico (Corte Cass. 11 novembre 2002, n. 15822; Corte Cass. 9 maggio 2007, n. 10549).

In secondo luogo, l'equità deve rispettare anche le norme di ordine pubblico, che s'identificano con i principi basilari della nostra Costituzione o, comunque, con quelle disposizioni che tutelano i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento. Tra queste, ad esempio, quello “*di non essere licenziati senza un valido motivo (...)*”¹³⁸.

A ciò si aggiunga, che non possono essere violati i principi generali dell'ordinamento che, secondo la Corte costituzionale, si identificano con gli orientamenti e le direttive di carattere generale e fondamentale desumibili dall'intero sistema delle norme costituenti il tessuto dall'ordinamento giuridico vigente¹³⁹.

Sono, dunque, considerati “principi regolatori della materia”, ad esempio, i modi di estinzione delle obbligazioni, le regole in tema di adempimento e responsabilità per l'inadempimento; inoltre, in questo contesto, non sono certamente modificabili le norme definite come “portanti” della materia, quali le disposizioni sulla subordinazione, sulla professionalità, sulla sicurezza¹⁴⁰.

¹³⁸ Corte Cass. 19 luglio 2007, n. 16017. La prima parte della decisione è confermata anche da Cass. 22 febbraio 2006, n. 4040. Sulla tutela contro il licenziamento ingiustificato quale principio comunitario inderogabile V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione (...)*, op. cit., p. 149.

¹³⁹ Corte Cost. 15 giugno 1956, n. 6, in www.cortecostituzionale.it, p. 4; Corte Cost. 12 dicembre 1988, n. 1107, in www.cortecostituzionale.it, p. 4 e che qualifica i concetti sopra descritti come espressione di una “giurisprudenza costante di questa Corte”.

¹⁴⁰ BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel collegato lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 150 e ss.; DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in *Il contenzioso del lavoro*, a cura di Cinelli-Ferraro, Torino, 2011, p. 109 e ss.

La Cassazione, a tale proposito, aveva altresì chiarito che il richiamo ai medesimi principi, cui si ispira la disciplina positiva, deve intendersi come riferito non solo agli istituti generali, ma anche al singolo rapporto dedotto in giudizio, e gli arbitri devono esporre il procedimento logico che ha condotto ad una determinata decisione¹⁴¹.

Nella sentenza n. 6794, 15 giugno 1991, aveva, infatti, affermato che: 1) il giudizio di equità è di “*diritto*” in quanto presuppone la “*normale qualificazione giuridica dei fatti e la valutazione giuridica delle conseguenze*”, senza potersi “*ridurre alle intuizioni soggettive del giudicante che trova nella propria coscienza le regole non scritte per risolvere il singolo caso*”; 2) “*la materia è quella relativa al rapporto giuridico dedotto in giudizio*”; 3) “*i principi regolatori non sono né l’insieme delle norme materiali non formalizzate che regolano la materia, né si identificano soltanto con gli istituti generali*”; 4) “*essi vanno individuati nelle norme di diritto costituenti le linee guida della sua disciplina, senza le quali quel tipo di rapporto non sussiste*”.

¹⁴¹ Cass. S.U., sent. N. 6794 del 15 giugno 1991, in *Foro It.*, COSTANTINO, *Opinioni sul “Collegato lavoro”*, op. cit. p. 173. L’autore sostiene che il lodo non sarebbe censurabile neppure nell’ipotesi che non vi sia alcun espresso riferimento all’equità nella motivazione, “a meno che non se ne dimostri l’iniquità, in quanto si tratterebbe di un mero vizio della motivazione, inidoneo ad incidere sulla decisione, che potrebbe essere confermata dal tribunale, investito della impugnazione del lodo, ai sensi dell’art. 808-ter, co. 2, n. 4, c.p.c.; C. TIMELLINI, *I margini di operatività riconosciuti al principio di equità alla luce della legge n. 183/2010*, in F. BASENGHI-A.RUSSO, *Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti, Contributi sulla legge n. 183/2010*, Collana Fondazione Marco Biagi, n. 1, Giappichelli, Torino, 2012, p. 95.

Tuttavia, la novella del 2010¹⁴², non consente di far coincidere i principi regolatori della materia con tutte le norme inderogabili di protezione, bensì solo con i principi estraibili da quelle norme che possono essere considerate espressione dei canoni fondamentali di regolazione della materia¹⁴³.

¹⁴² L'equità viene variamente definita con espressioni come "la giustizia del caso concreto" o "la regola del giudice trovata nella coscienza sociale". Essa viene distinta tra equità integrativa e equità sostitutiva. Alla equità integrativa il giudice è chiamato a fare ricorso in molteplici casi, per esempio in tutte le ipotesi in cui il legislatore precede, come in materia di licenziamento, un indennizzo o un risarcimento stabilendo un minimo o un massimo ovvero anche nel caso dell'art. 432 c.p.c., doversi stabilisce che il giudice del lavoro, quando sia certo il diritto per cui il ricorrente ha agito in giudizio, ma non sia possibile determinare la somma dovuta, la liquidi con valutazione equitativa. Per quanto riguarda la c.d. equità sostitutiva, secondo il Codice di procedura civile (art. 113 e 114), il giudice può decidere una controversia secondo equità solo quando previsto dalla legge ovvero quando il merito della causa riguardi diritti disponibili e le parti gliene abbiano fatto concorde richiesta. La funzione che alla giurisdizione di equità può riconoscersi è quella di individuare l'eventuale regola di giudizio non scritta che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, nel rispetto tuttavia dei medesimi principi dell'ordinamento cui si ispira la disciplina positiva. A. CORVINO e M. TIRABOSCHI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in www.adapt.it, del 7 aprile 2010, p. 4.

¹⁴³ R. DEL PUNTA, *Opinioni, op. cit.*, pp. 143 e ss.. L'autore rileva come assumendo questa nozione, grazie al riferimento agli obblighi comunitari, permette di ricomprendere in essi non solo i diritti sociali fondamentali di cui al Trattato UE, ma anche le situazioni soggettive riferibili a normativa di non diretta applicazione; A. PESSI, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, Napoli, 2012, p. 195 e ss.; BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del collegato lavoro*, op. cit., par. 8.

Ciò nonostante, si potrebbe ipotizzare che l'arbitrato di equità sia soggetto non solo al vincolo delle norme costituzionali e comunitarie, ma anche delle disposizioni inderogabili di legge, sostenendo la natura contrattuale dell'arbitrato irrituale e il fatto che un atto negoziale è sempre soggetto, ai sensi dell'art. 1418 c.c., al rispetto delle norme imperative. Ciò, tuttavia, si scontrerebbe con l'applicabilità al lodo dell'art. 2113, co. 4, c.c., sancita dall'art. 31, co. 5, (nuovo art. 412, co. 3, n. 2, c.p.c.), con la conseguenza di veder attribuito al lodo il medesimo effetto dispositivo qui riconosciuto alle conciliazioni, anche con riguardo a disposizioni inderogabili¹⁴⁴.

Tuttavia, nonostante i dubbi che ancora ad oggi sembrano essere privi di una risposta, molti autori sostengono la prevalenza dell'orientamento che stabilisce che l'arbitrato in equità sia vincolato anche all'osservanza delle norme inderogabili di legge e di fonte collettiva¹⁴⁵.

¹⁴⁴ R. DEL PUNTA, *Opinioni, op. cit.*, pp. 140 e ss.; A. PESSI, *op. cit.*, pp. 195 e ss.

¹⁴⁵ A. VALLEBONA, *Il collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *Mgl*, 2010, 906 e ss; L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale*, *op. cit.*, 423; V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il collegato lavoro*, *op. cit.*, p. 34. L'autore sostiene che tale particolare forma di derogabilità assistita sarebbe illegittima sia in relazione ai diritti di origine costituzionale e comunitaria, per i quali vi è una indisponibilità assoluta vincolante anche per il legislatore, sia per il diritto vivente relativo all'invalidità delle rinunce e transazione connesse a situazioni soggettive non ancora entrate nel patrimonio giuridico del lavoratore. L'esplicito riferimento della legge, in relazione agli effetti dell'arbitrato, all'art. 2113 ultimo comma, c.c., dimostra che il legislatore non ha voluto minimamente mutare l'assetto della giurisprudenza che aveva negato che la capacità dispositiva connessa a diritti futuri potesse essere validamente espressa per effetto di un'assistenza qualificata alla volontà del lavoratore. Essa,

Ed infatti, parte della dottrina rileva un profilo di incostituzionalità qualora si ritenesse che l'equità consenta di non applicare le disposizioni inderogabili di legge (come l'art. 18 legge 300/1970 o l'art. 2113 c.c.), ovvero qualora si sostenesse che, fatto salvo il rispetto delle linee guida della disciplina e delle norme fondamentali che caratterizzano la materia, l'equità consenta un più ampio potere derogatorio sugli effetti giuridici "secondari" scaturenti dalle norme di diritto, quali ad esempio quelli risarcitori. In tali ipotesi, si verificherebbe una situazione di squilibrio, dove agli arbitri verrebbero concessi poteri maggiori rispetto a quelli dei giudici ordinari tali, potenzialmente, da produrre effetti negativi per i lavoratori¹⁴⁶.

In contrasto con tale orientamento, si colloca, tuttavia, l'altra parte della dottrina la quale conferma la possibilità per gli arbitri di non applicare le norme inderogabili di legge o di contratto collettivo¹⁴⁷.

Par. 3.2 Le norme inderogabili e i riflessi sull'impugnazione del lodo

Nel diritto civile, l'arbitrato è previsto solo per i diritti disponibili, ai sensi dell'art. 806, co. 1, c.p.c.; diversamente nel diritto del lavoro, tutte le forme di

infatti, considera valide solo le rinunce e transazioni di diritti già esistenti, mentre afferma la radicale nullità degli atti abdicativi e transattivi che incidono sul momento genetico di un diritto non ancora acquisito.

¹⁴⁶ V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il collegato lavoro*, op. cit., p. 34.

¹⁴⁷ M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro: la riforma nel collegato*, in *I supplementi di Guida al diritto – Collegato lavoro*, Il sole 24 ore, Milano, 2010, 8.

arbitrato, compreso quello irrituale, si estendono a qualunque tipologia di diritto. Non vengono, quindi, posti limiti al giudizio arbitrale in materia di lavoro, nonostante sia caratterizzata da norme inderogabili e da diritti in parte indisponibili¹⁴⁸.

La norma inderogabile può essere disapplicata nelle specifiche ipotesi nelle quali è lo stesso legislatore che la prevede, autorizzando di volta in volta la deroga, soprattutto attraverso una delega alla contrattazione collettiva.

Con la riforma del 2010 ha preso piede l'idea che una deroga possa essere legittimamente posta anche a livello individuale, purché in un contesto nel quale la presenza di un soggetto terzo possa garantire che la disapplicazione della norma inderogabile non confligga con la tutela predisposta dalla norma medesima, né in termini di riequilibrio delle asimmetrie contrattuali, né in termini di garanzia di uniformità.

Alcune tra le nuove forme di arbitrato (quelle previste dagli artt. 412, 412 quater c.p.c. e art. 31 co. 5 e co. 8 legge 183/2010) prevedono che il lodo possa essere deciso *“secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari”*.

La facoltà di far decidere una controversia secondo equità sembra voler svincolare l'arbitrato dalla disciplina delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo; così

¹⁴⁸ Le nuove forme arbitrali possono riguardare tutte le controversie relative ai rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.; ne deriva l'estensione dell'arbitrato anche a diritti indisponibili. G, BARBIERI, E. BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Cedam, Padova, pp. 346 e ss.; BOVE, *Art. 808 ter c.p.c.*, in S. Menchini, *Riforma del diritto arbitrale*, in *Nuov. Leg. Civ. comm.*, p. 1160.

facendo le parti non dovrebbero impugnare il lodo innanzi al Tribunale per la loro violazione¹⁴⁹.

È, quindi, pacifico che il lodo irrituale possa essere impugnato per i motivi enunciati nell'art. 808 ter c.p.c., tuttavia, la dottrina si divide sulla possibilità di un'impugnazione per nullità correlata alla violazione di norme inderogabili in presenza di una decisione resa secondo equità¹⁵⁰; infatti, l'elencazione dei motivi non dovrebbe consentire di escludere la possibilità di impugnare la decisione degli arbitri nei casi di nullità radicale per vizi desumibili da quanto previsto dallo stesso art. 808 ter c.p.c.¹⁵¹.

¹⁴⁹ D.Lgs. n. 80/1998 all'art. 43 aveva abrogato il comma 2 dell'art. 5 Legge 533/1973 che stabiliva “*il lodo non è valido ove vi sia stata violazione di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi*”. Già con abrogazione, iniziata dalla legge 25/1994, del comma 2 dell'art. 808 ter c.p.c., si era manifestata la volontà del legislatore di assimilare l'arbitrato in materia di lavoro a quello civile, per dare maggior stabilità al lodo sottraendolo alla possibilità del rispetto delle norme di diritto ed alla contestazione della loro mancata applicazione in sede di impugnazione.

¹⁵⁰ In linea generale si ritiene che gli arbitri irrituali di diritto non possono disapplicare le norme inderogabili, il cui rispetto costituisce un preciso limite al loro potere decisionale, senza costituire ipotesi di inarbitrabilità. FINOCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001, p. 112 e ss.; Cass., 4 maggio 1994, n. 4330, in *Riv. arb.*, 1994, 499, LUISO, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*.

¹⁵¹ Resta aperto il problema dell'esatta individuazione dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia della legislazione giuslavoristica. BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova, 2001, p. 291 e ss.; BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del collegato lavoro*, in www.judicium.it, par. 8, dove l'autore sottolinea anche che in tal

La questione controversa è, quindi, relativa al quesito se l'elencazione contenuta nell'art. 808 ter c.p.c. sia o meno esaustiva e tassativa.

Un primo punto dove sembra che la dottrina sia unanime è relativo alla possibilità che il lodo venga impugnato per nullità derivante da inarbitrabilità della lite o dalla contrarietà del lodo a previsioni di ordine pubblico. Vi è un ulteriore elemento sul quale non sembra esservi contrasto tra gli orientamenti, ed è relativo alla esclusione dell'impugnazione per violazione di norme di diritto derogabili, salvo diverso accordo delle parti, così che il vizio possa essere ricondotto a quello delineato nel n. 4 dell'art. 808 ter c.p.c.¹⁵².

Il profilo che, pertanto, rimane controverso attiene all'eventuale rilevanza in sede di impugnazione della violazione di norme inderogabili.

modo il lodo irrituale è sottoposto a un controllo più rigoroso di quello cui è sottoposto il lodo di diritto; infatti quest'ultimo non è censurabile per violazione di legge (salvo quelle che fuoriescano dai limiti tracciati dall'art. 2113 c.c.), mentre il primo può essere impugnato per erronea applicazione di norme che contengono principi regolatori della materia, che non sono necessariamente di ordine pubblico e la cui violazione non può dunque essere fatta valere contro il lodo di diritto. L'autore propone così di estendere questo motivo di impugnazione anche nei confronti del lodo di diritto, anche per evitare una disparità di trattamento del tutto irrazionale e quindi costituzionalmente censurabile per violazione del principio di parità.

¹⁵² M. BOVE, *ADR nel collegato*, op. cit., p. 20; BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi (...)*, op. cit., par. 9; in questo caso, infatti, gli arbitri avrebbero violato il mandato loro conferito dalle parti che, nell'esercizio del loro potere dispositivo, li avevano vincolati anche al rispetto di queste norme, facendole divenire, nel caso specifico, vincolanti.

La dottrina, a tale proposito, si divide in due distinti orientamenti: un primo orientamento ritiene che, nonostante la previsione di un giudizio secondo equità, anche l'arbitrato irrituale sia soggetto al rispetto delle norme comunitarie, costituzionali, di ordine pubblico ed alle disposizioni di norme inderogabili.

Tale tesi trova il suo fondamento nella natura contrattuale dell'arbitrato e nel fatto che un atto negoziale è sempre soggetto al rispetto delle norme imperative, ai sensi dell'art. 1418 c.c.; lo stesso art. 808 ter definisce l'arbitrato irrituale "*una determinazione contrattuale*", lasciando quindi la possibilità di impugnare il lodo per nullità¹⁵³.

Un altro orientamento ha, invece, sostenuto che l'arbitrato debba essere qualificato come un "atto decisorio", tale da essere parificato alle rinunce e transazioni assistite, regolate nell'art. 2113 c.c.; in questo modo, si ritiene che le nuove forme di arbitramento irrituale sono da considerarsi sempre sottratte al vincolo del rispetto di una norma inderogabile.

Le obiezioni sollevate nei confronti di quest'ultima tesi si basavano sul fatto che il rinvio effettuato dal legislatore all'art. 2113 c.c. era riferito soltanto all'effetto dispositivo da attribuire al giudizio arbitrale; ed infatti, analizzando la natura del giudizio arbitrale si può notare che rappresenta una decisione formulata da un soggetto terzo ed imparziale durante lo svolgimento di una procedura che si conclude con una pronuncia avente un contenuto decisorio. Diversamente le rinunce e le transazioni rappresentano degli atti dispositivi compiuti personalmente dal lavoratore assistito da un soggetto qualificato.

¹⁵³ G. BARBIERI, E. BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, op. cit., pp. 349.

Altri autori hanno diversamente ritenuto legittima l'equiparazione, quando si consideri l'arbitrato equitativo irrituale *“una sorta di disposizione indiretta dei diritti sottesi alla lite che i soggetti contraenti affidano all'arbitro”*¹⁵⁴, ma allo stesso tempo hanno ritenuto illegittima la tesi della sottrazione dell'arbitrato equitativo irrituale al rispetto delle norme inderogabili, sostenendo la contrarietà della stessa con il disposto normativo della legge 183 del 2010. Essa, infatti, impone agli arbitri di *“indicare le norme invocate dalle parti a sostegno delle loro pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità”* e, ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c., prevede che i lodi possano essere impugnabili, innanzi al Tribunale, stabilendo l'annullabilità dell'arbitrato irrituale *“se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizioni di validità del lodo”*¹⁵⁵.

In virtù di tale interpretazione, pertanto, qualora gli arbitri non abbiano applicato le norme inderogabili, in base alle quali dovevano giudicare, è possibile far valere tale violazione innanzi ad un giudice ordinario, purché le parti abbiano espressamente previsto che esse condizionino la *“validità”* dell'arbitrato.

¹⁵⁴ A. BERLINGUER, *La compromettibilità degli arbitri*, I, Giappichelli, Torino, p. 95 ss.

¹⁵⁵ Alcuni autori hanno sostenuto che il comma 2 n. 4 dell'art. 808 ter c.p.c. consentirebbe di contestare solo il criterio di giudizio, ossia l'uso dell'equità invece del diritto e viceversa, e non anche la mancata applicazione delle disposizioni concretamente utilizzate per decidere. Pertanto una pronuncia è valida nella misura in cui sia legittima e cioè rispettosa delle disposizioni a fondamento della decisione volute dalle parti. M. BOVE, *Adr nel c.d. collegato lavoro*, op. cit., p. 20; M. BOVE, *La giustizia privata*, Cedam, Padova, 2009, p. 244 e ss.; P. BIAVATI, *Art. 808 ter c.p.c.*, in F. Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 174 e ss.

Sembra, però difficile sostenere la sottrazione dell'arbitrato equitativo al rispetto delle disposizioni inderogabili, perché, da un lato si sostiene che l'art. 2113 c.c. attribuisca agli arbitri un totale potere dispositivo dei diritti posti in capo ai lavoratori, stabiliti da norme inderogabili, consentendone il superamento; dall'altro lato, l'art. 808 ter c.p.c. consente di impugnare il lodo per violazione delle norme inderogabili, quando queste sono poste dalle parti come condizione di validità del lodo stesso.

Per risolvere questo *empasse*, alcuni autori hanno ritenuto necessaria una interpretazione correttiva, che consenta di combinare i due ambiti normativi¹⁵⁶, senza, tuttavia, indicare l'iter giuridico da perseguire, per il raggiungimento di tale risultato.

¹⁵⁶ Nell'arbitrato irrituale secondo diritto e in quello di equità sarà possibile impugnare il lodo anche per violazioni di norme inderogabili quando esse sono poste espressamente alla base del giudizio arbitrale (nel primo caso) o devono essere comunque applicate perché riconducibili ai "principi regolatori della materia" o a quelli di fonte costituzionale o comunitaria. In questo contesto, occorre attribuire, però anche un diverso significato all'art. 2113, ultimo comma, c.c.. Una prima tesi potrebbe essere quella secondo la quale non si sia voluto sottrarre il giudizio arbitrale alla contestazione della violazione di norme inderogabili, ma sottolineare soltanto che il lodo non è impugnabile nei modi indicati dagli altri commi della stessa norma" e unicamente con l'azione innanzi al Tribunale. Diversamente si potrebbe affermare che il richiamo di questa disposizione serva soltanto a rinforzare la natura contrattuale ed irrituale dell'arbitrato, escludendo in questo caso il potere dispositivo degli arbitri. V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il collegato lavoro*, op. cit., p. 25 e ss.

Par. 4 Il regime delle spese

Il comma 4 dell'art. 412 ter c.p.c. (abrogato) regola la distribuzione del carico delle spese della procedura arbitrale attraverso un richiamo alle regole dettate dagli artt. 91, comma 1, e 92 c.p.c. per il processo civile, facendo salva la possibilità che i contratti collettivi prevedano un diverso regime rispetto a quello dettato nel libro primo del codice di rito. Viene così introdotto per l'arbitrato (irrituale) anche il principio della soccombenza (salva l'attuazione dell'art. 92 c.p.c. che consente la compensazione delle spese) la cui applicazione al lodo ne presuppone la natura di giudizio.

Il contratto collettivo può stabilire che le spese siano distribuite secondo principi diversi da quelli richiamati dall'art. 412 ter c.p.c. (abrogato) e quindi in deroga alla regola della soccombenza; ciò attribuisce alle parti sindacali un compito piuttosto impegnativo, ed infatti, la scelta delle parti di ricorrere all'arbitrato, in alternativa alla via giurisdizionale, potrà essere notevolmente influenzata dalla economicità o meno della procedura arbitrale.

Per quanto riguarda i costi dell'arbitrato avanti le Direzioni provinciali del lavoro e le Commissioni di certificazione, la legge nulla prevede sulle spese.

È oneroso, invece, l'arbitrato presso i Collegi *ad hoc*: il compenso del Presidente del Collegio è fissato in misura pari al 2% del valore della controversia dichiarato nel ricorso. 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% del suddetto valore della controversia, sono liquidate nel lodo. 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.

Quando l'arbitrato termina e viene adempiuta la loro obbligazione gli arbitri procedono alla richiesta degli onorari e del rimborso delle spese¹⁵⁷.

La problematica relativa al costo dell'arbitrato riceve sempre molta attenzione sia in ambito giurisprudenziale che normativo¹⁵⁸. L'arbitrato rappresenta uno strumento di risoluzione delle controversie fondato sul principio volontaristico, sostitutivo del processo ordinario.

Una delle ragioni del mancato ricorso alla giustizia privata, soprattutto nella forma dell'arbitrato, è ancora oggi quello dei suoi costi, che sono molto superiori rispetto a quelli previsti per ottenere una decisione dal giudice statale.

Il diritto degli arbitri *“al rimborso delle spese e dell'onorario per l'opera prestata”* è espressamente previsto dal 1 comma dell'art. 814 c.p.c., il quale, peraltro, dispone anche che *“le parti sono tenute solidalmente al pagamento salvo rivalsa tra loro”* di tali somme.

¹⁵⁷ V. VIGORITI, *La frequente evenienza: problemi del contenzioso sui compensi degli arbitri*, in www.judicium.it, par. 1, p. 2 e ss.; Trib, Chieti, sent. 18 febbraio 2009, n. 135, in PQM, 2009, I, p. 99 gli arbitri avevano quantificato all'inizio del procedimento l'importo degli onorari dovuto, invitando le parti a corrispondere subito il 50% degli stessi e il saldo all'emanazione del lodo. Le parti pagarono l'acconto, ma si rifiutarono di pagare il saldo, eccependo di non aver mai accettato la liquidazione complessiva degli arbitri. Il Tribunale riteneva che il pagamento dell'acconto valesse come accettazione per fatti concludenti della cifra globalmente pretesa, a nulla rilevando che le parti non fossero state avvisate e si dicessero non consapevoli dell'implicazioni del parziale adempimento.

¹⁵⁸ CAPONI, *L'arbitrato amministrato della Camere di Commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 663 ss.

Tra le parti e gli arbitri, infatti, si perfeziona, con l'accettazione dell'incarico, un contratto di diritto privato, variamente qualificato in dottrina¹⁵⁹, da cui deriva l'obbligo solidale delle parti di corrispondere agli arbitri il compenso per l'opera prestata, salvo l'eccezionale caso in cui gli stessi vi abbiano rinunciato¹⁶⁰. Tale contratto di diritto privato è un contratto bilaterale a prestazioni corrispettive: a fronte dell'obbligazione assunta dagli arbitri alla pronuncia del lodo le parti si obbligano, a loro

¹⁵⁹ MORTARA, Commentario al codice di procedura civile, Milano, 1920, III, p. 56 ss.; REDENTI, Diritto processuale civile, Milano, 1957, III, p. 454) l'obbligo delle parti di corrispondere agli arbitri il compenso deriverebbe da un contratto di mandato.

Secondo una diversa impostazione (VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema di diritto processuale civile*, Milano, 1971, p. 270 e in giurisprudenza, tra tante, v., Cass., 4 luglio 1968, n. 2244, in Giur. it., 1968, I, 1, p. 1041), invece, qui si avrebbe un contratto di prestazione d'opera intellettuale (in particolare secondo SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 397, il contratto parti /arbitri, pur dovendo essere inquadrato nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale, non ne avrebbe tutti i caratteri peculiari, non potendosi equiparare l'attività degli arbitri all'attività del prestatore d'opera intellettuale di cui all'art. 2229 c.c. ss.). Peraltro non sembra che la disputa riportata abbia una qualche ricaduta pratica, considerando anche il fatto che i principali aspetti del rapporto in parola sono ormai compiutamente regolati dal codice di procedura civile.

¹⁶⁰ La rinuncia al compenso, che ex art. 814, 1° comma, c.p.c. deve essere fatta per iscritto, deve risultare in maniera inequivocabile e può essere dichiarata al momento dell'accettazione o con atto successivo. Così CAMPAGNOLA, *Il compenso degli arbitri nella più recente giurisprudenza: qualificazione giuridica a quantificazione*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 553; TORIELLO, *Liquidazione del compenso*, in *L'arbitrato, profili sostanziali*, a cura di ALPA, Torino, 1999, p. 523; Cass., 9 aprile 1953, n. 909, in *Foro it.*, 1953, c. 190.

volta, ad una prestazione pecuniaria comprendente il rimborso delle spese e gli onorari¹⁶¹.

L'ammontare del compenso viene liquidato in base ai tariffari, predisposti dalla legge o dai Regolamenti arbitrali e strutturati in diversi scaglioni che presuppongono la precisa determinazione del valore della controversia.

L'art. 24 del decreto Bersani, rubricato "contenimento della spesa per compensi spettanti agli arbitri", ha previsto che le tariffe forensi si applichino inderogabilmente a tutti i componenti del collegio arbitrale, anche se non composto, in tutto o in parte, da avvocati¹⁶².

¹⁶¹ GIACOBBE, *Le prestazioni delle parti nel contratto di arbitrato. In particolare: la liquidazione giudiziale del compenso agli arbitri ed i limiti al potere di cognizione del Presidente del Tribunale, adito ai sensi dell'art. 814, comma secondo, cod. proc. civ.*, in *Riv. trim. appalti*, 1996, p. 708.

¹⁶² Secondo Cass., 13 luglio 1999, n. 7399, in *Giur. it.*, 2000, p. 35 e Cass., 29 marzo 1999, n. 2972, tratta del diritto degli arbitri al compenso: si domanda se la liquidazione sia cumulativa o individuale. Il Presidente del Tribunale non sarebbe vincolato, nella determinazione del compenso, ad alcun parametro normativo, ma sarebbe, invece, libero di scegliere i criteri più adeguati ed eventualmente ricorrere alle tariffe di particolari categorie professionali. Ma, a partire dall'entrata in vigore del D.M. 5 ottobre 1994 n. 585, in giurisprudenza si era consolidato il diverso orientamento secondo cui il Presidente del Tribunale doveva liquidare l'onorario spettante agli arbitri, che fossero anche avvocati, in base alla tariffa professionale, potendo, invece, ricorrere all'equità solo per la determinazione dell'onorario spettante agli arbitri non avvocati. Cfr.: Cass., 4 aprile 2003, n. 5252; Cass., 25 marzo 2003, n. 4355, in *Giust. Civ.*, 2003, I, p. 1783; Cass., 28 gennaio 2003, n. 1226, in *Giust. Civ.*, 2003, I, p. 1560; Cass., 23 settembre 2002, n. 13840, in *Riv. Arb.*, 2003, p. 764, con nt. DAMIANI, *Sulla liquidazione del compenso agli avvocati componenti collegi arbitrali*; Cass., 26 agosto 2002, n. 12490; Cass., 6 marzo 1999, n. 1929, in *Riv. Arb.*, 1999, p. 495; Cass., 19

La previsione dell'art. 24 del decreto Bersani, come è facile desumere dalla rubrica, mira al contenimento delle spesa degli arbitrati, fissando come tetto massimo inderogabile la tariffa forense.

La norma si applica a “*qualsivoglia arbitrato, anche se disciplinato da leggi speciali*”.

Individuato, il sistema tariffario di riferimento, per la concreta determinazione del compenso spettante agli arbitri, si dovrà scegliere lo scaglione, tra quelli previsti dalla tariffa, da applicare al caso concreto e, per l'effetto, liquidare il compenso arbitrale tra il minimo e il massimo tabellari. La scelta tra il minimo e il massimo tariffario avverrà sulla base di criteri generali quali il “valore della controversia”¹⁶³ ed il “numero ed importanza delle questioni trattate”¹⁶⁴.

Unitamente all'onorario sono liquidate anche le spese necessarie al funzionamento dell'arbitrato ossia le spese¹⁶⁵,

maggio 2000, n. 6513; Cass., 14 dicembre 2000, n. 15784; Cass., 2 marzo 2001, n. 3035, in Giust. Civ., 2001, I, p. 1523; Cass., 23 aprile 2004, n. 7764. Nel caso di collegio non interamente composto da avvocati si riteneva, invece, il giudice potesse ricorrere ad una valutazione equitativa (Cass., 7 gennaio 2003, n. 53, in *Riv. arb.*, 2003, p. 465, con nota LONGO, Liquidazione giudiziale del compenso agli arbitri e parametri di riferimento).

¹⁶³ Secondo Cass., 20 gennaio 1998, n. 480; Cass., 29 marzo 1999, n. 2972; Cass., 13 luglio 1999, n. 7399; Cass., 27 giugno 2003, n. 10249, il valore della controversia dovrà essere determinato in base al *disputatum* e non a quanto deciso.

¹⁶⁴ Cass., 21 aprile 1999, n. 3945

¹⁶⁵ Ad esempio, l'art. 11.2 Regolamento di arbitrato nazionale A.I.A. secondo cui “*le spese di arbitrato comprendono l'onorario e le spese dell'arbitro (incluse le spettanze dell'eventuale segretario) (...) ed i diritti amministrativi determinati in conformità alla tariffa dei servizi arbitrali, nonché l'onorario e le spese del consulente eventualmente nominato dall'arbitro*”.

debitamente documentate, sostenute dagli arbitri per l'adempimento della loro prestazione, nel cui ambito si ritiene che debba rientrare anche l'eventuale compenso dovuto ad esempio al consulente tecnico¹⁶⁶.

La liquidazione del costo totale dell'arbitrato avviene alla fine del procedimento. Normalmente, però, gli arbitri o, nel caso di arbitrato amministrato, l'Istituzione, chiedono alle parti un'anticipazione delle spese, il cui mancato versamento - secondo una parte della dottrina¹⁶⁷ - già sotto il vigore della disciplina antecedente al D.Lgs. n. 40/2006, rappresentava per gli arbitri, ai sensi del vecchio art. 813, 2° comma, c.p.c., un giustificato motivo di rinuncia all'incarico.

Con l'introduzione dell'art. 816-septies c.p.c., il legislatore, aderendo all'orientamento in precedenza maggioritario, non solo ha fugato ogni dubbio circa la legittimità della rinuncia all'incarico degli arbitri, in caso di mancato versamento degli anticipi, ma ha anche previsto che in tal caso si abbia l'estinzione dell'accordo compromissorio.

¹⁶⁶ Nel caso di arbitrato amministrato le parti sono, poi, tenute anche al pagamento dei diritti amministrativi spettanti alla Camera per la gestione dei procedimenti, il ricevimento e la trasmissione degli atti, il controllo in ordine alla regolarità formale degli atti, la convocazione e l'organizzazione delle udienze nei propri locali, l'attività del personale nelle udienze.

¹⁶⁷ ANDRIOLI, Commento al codice di procedura civile, Napoli, 1964, p. 817; BRIGUGLIO - FAZZALARI - MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Commentario, Milano, 1994, p. 80; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 403; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di VERDE, Torino, 1997, p. 90 e, in giurisprudenza, Cass., 21 marzo 1969, n. 899. Contra LA CHINA, *L'arbitrato nell'esperienza del sistema*, 1995, p. 62, secondo cui gli arbitri non avrebbero avuto diritto ad anticipazioni.

La norma dispone che ove una delle parti non presta l'anticipazione richiestale, l'altra può anticipare la totalità delle spese, mentre lo scioglimento del patto compromissorio si verifica solo là dove nessuna parte provvede al versamento degli anticipi nel termine indicato dagli arbitri¹⁶⁸.

L'art. 816-septies c.p.c. è, dunque, norma diretta a risolvere due diversi problemi di ordine pratico¹⁶⁹: il problema della legittimità della rinuncia degli arbitri all'incarico nel caso di mancato versamento degli anticipi e quello dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti quando l'attuazione dell'arbitrato è resa impossibile dalla mancata cooperazione delle parti di una di esse in ordine all'obbligo di versare gli anticipi.

In particolare la prevista cessazione dell'efficacia dell'accordo arbitrale consente alla parte, che ha bisogno della tutela, di agire di fronte al giudice ordinario, senza correre il rischio che l'altra parte, nonostante il mancato adempimento al suo obbligo di pagare gli anticipi agli arbitri, rilevi, poi, di fronte al giudice l'eccezione di patto compromissorio di cui all'art. 819-ter c.p.c..

Con la norma in oggetto, il legislatore cerca, dunque, di superare l'*empasse* che si potrebbe verificare ove, avendo una parte impedito la pronuncia del lodo, omettendo il

¹⁶⁸ Peraltro nel 2° comma dell'art. 816-septies c.p.c. si precisa che l'effetto estintivo è limitato alla lite in corso. Per cui, se si ha una clausola compromissoria, il mancato pagamento degli anticipi per la singola controversia non comporta l'inoperatività della clausola in relazione alle ulteriori, future controversie in essa ricomprese.

¹⁶⁹ I primi commentatori leggono con sfavore la disposizione in oggetto. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Il nuovo processo civile*, BOVE - CECHELLA, Milano, 2006, p. 66; RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.* 2005, p. 711 ss., spec. p. 724.

versamento degli anticipi, si ammettesse l'*exceptio compromissi* di fronte al giudice statale magari ad opera della stessa parte, dopo che l'altra abbia agito di fronte al giudice¹⁷⁰.

Generalmente, salvo il caso in cui le parti abbiano diversamente pattuito, sono gli arbitri a dover determinare la misura dell'anticipazione a carico di ciascuna parte. L'anticipazione delle spese arbitrali - a differenza dell'adempimento dell'obbligazione di pagamento del compenso, definita espressamente dall'art. 814 c.p.c. come solidale - rappresenta per le parti un'obbligazione parziaria: ogni parte è tenuta ad un pagamento *pro quota* dell'anticipazione, mentre, solo ove una parte ometta il versamento nel termine, l'altra può provvedervi al fine di ottenere la decisione arbitrale del conflitto.

Peraltro la lettera dell'art. 816-septies c.p.c. suscita qualche dubbio in merito alla possibilità di ricomprendere nell'espressione "versamento anticipato delle spese prevedibili" anche l'anticipazione degli onorari arbitrali.

Si potrebbe anche ritenere che nell'espressione utilizzata dall'art. 816-septies c.p.c. debba essere ricompresa anche l'anticipazione degli onorari¹⁷¹.

¹⁷⁰ Se è, dunque, facile comprende il motivo che ha indotto il legislatore ad introdurre una tale disposizione, più difficile è darne una spiegazione teorica idonea a conciliarsi con la separazione e l'indipendenza del patto compromissorio dal contratto parti-arbitri. La dottrina si è trovata di fronte al difficile compito di capire come l'inadempimento del contratto di arbitrato possa esplicare effetti sul diverso ed autonomo patto compromissorio. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, op. cit., p. 57 ss.

¹⁷¹ BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, op. cit., p. 57 ss.

Nel processo istaurato di fronte al giudice statale vige il principio indicato al 1° comma dell'art. 91 c.p.c. secondo cui *“il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari della difesa”*.

La norma, da collocarsi nel più ampio quadro della garanzia costituzionale del diritto di azione, imponendo al giudice la condanna del soccombente al pagamento di tutte le spese processuali, mira a tutelare chi, suo malgrado, ha dovuto agire o difendersi in giudizio.

Il principio secondo cui le spese del processo devono gravare sulla parte soccombente è, dunque, un principio cardine del processo civile a cui corrisponde il diritto della parte vincitrice a non subire alcun nocumento dal processo e, conseguentemente, il diritto ad essere esonerata dal carico di ogni spesa occasionata dal processo e ritenuta necessaria dal giudice.

Peraltro, un tale diritto della parte vincitrice è accessorio ad ogni domanda giudiziale: su di esso il giudice deve decidere - salvo il caso di rinuncia - anche in assenza di un'espressa richiesta di parte in tal senso, con la conseguenza che, là dove il giudice ometta di pronunciarsi sulle spese, l'interessato, al fine di evitare che si formi un giudicato negativo sul diritto al rimborso, deve lamentare l'omessa pronuncia in sede d'impugnazione.

Ci si chiede se nel silenzio del legislatore il principio in parola possa trovare applicazione anche nel processo arbitrale. Invero, risolvere positivamente detta questione non sarebbe in contrasto con la struttura e la funzione del fenomeno arbitrale.

Innanzitutto può accadere che le parti attribuiscono espressamente agli arbitri il potere di determinare il carico delle spese del procedimento, ivi comprese le spese per la

difesa tecnica. In tal caso, non possono sorgere problemi di sorta: gli arbitri, chiamati a statuire sul diritto al rimborso della parte vincitrice di tutte le spese, dovranno provvedervi nel lodo.

Può, però, anche accadere, che le parti non attribuiscono agli arbitri il potere di decidere sull'imputazione delle spese. In tal caso, ci si chiede quale debba essere il comportamento degli arbitri, ossia se, questi debbano, alla stregua del giudice ordinario - nonostante l'assenza di un'espressa richiesta - comunque, decidere, unitamente al merito della controversia, la ripartizione delle spese del procedimento o, viceversa se, così facendo, pronuncino un lodo viziato da ultra petizione.

Secondo una certa dottrina¹⁷², anche in assenza di un qualsivoglia accordo delle parti, gli arbitri sarebbero, comunque, tenuti a statuire sulla ripartizione delle spese dell'arbitrato. Ciò sarebbe possibile, in virtù dell'operatività anche nel procedimento arbitrale dei “*principi sanciti negli artt. 91 e ss. c.p.c.*”. In altri termini, secondo questa tesi, l'art. 91 c.p.c. avrebbe una portata precettiva generale, riferibile anche al procedimento arbitrale, in quanto norma inserita nel libro primo del codice di procedura civile. Insomma da detta norma sembra potersi ricavare il principio generale, legato a ragioni di carattere processuale, secondo cui l'imputazione delle spese deve seguire, anche nel processo istaurato di fronte a giudici privati, la soccombenza. In quest'ottica ad attribuire agli arbitri, in relazione alla ripartizione delle spese del procedimento, il potere di decidere sarebbero, dunque, argomenti di carattere esegetico.

¹⁷² ANDRIOLI, Commentario al codice di procedura civile, cit., pp. 817 e ss.

Nell'esperienza pratica si è, tuttavia, affermata una diversa prassi secondo cui, in assenza di un diverso accordo delle parti, ciascun compromittente debba farsi carico delle proprie spese e della metà delle spese relative al funzionamento dell'arbitrato, ovvero, della metà dei costi da sostenere per il pagamento di compensi e spese di arbitri, segretari e consulenti tecnici, con la conseguenza che la mancata statuizione in merito all'imputazione delle spese del giudizio arbitrale non incide in alcun modo sulla validità del lodo. ai sensi dell'art. 829, n. 4, c.p.c.¹⁷³.

Ma tale prassi, che chiaramente parte dall'idea che al giudizio arbitrale non si applicano i principi del processo statale, non tiene in alcuna considerazione il diritto del vincitore a rimanere esonerato dalle spese che, suo malgrado, ha dovuto necessariamente sostenere per agire o difendersi nel giudizio, ancorché privato.

¹⁷³ Cass., 3 dicembre 1984, n. 6293, in Giur. it. Mass., 1984.

CAPITOLO III

L'ARBITRATO NELLA PROSPETTIVA DEL MODELLO STATUNITENSE

Introduzione

Par. 1 L'arbitrato americano e l'arbitrato italiano: due modelli a confronto

L'utilizzo di sistemi di risoluzione delle controversie che siano rapidi, concreti e poco costosi, sembra essere la miglior scelta di fronte al rischio di far valere le proprie ragioni per anni e spendere considerevoli somme di denaro in dispute giudiziarie davanti ai Tribunali.

I sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) prevedono un'ampia gamma di processi risolutivi, che affiancano il processo giudiziario; in campo civilistico, si hanno, ad esempio, l'arbitrato, la conciliazione e la mediazione.

Generalmente, nell'ordinamento americano, è prassi risolvere le controversie, insorte tra i datori di lavoro e i lavoratori, mediante l'arbitrato; esso rappresenta un metodo più veloce rispetto al normale contenzioso ed è un rimedio privato. Inoltre, sembra che i cittadini americani abbiano più fiducia nell'obiettività di un arbitro che di un gruppo di persone prive totalmente o quasi di conoscenze giuridiche (i.e. la giuria).

Una *Policy* di arbitrato, per essere *enforceable*, deve essere redatta per iscritto e la clausola compromissoria deve contenere i seguenti elementi, per essere valida:

- il titolo "*Arbitration*" deve essere ben visibile;
- l'arbitrato deve essere separato dalle altre *policies* e ben individuabile;

- deve contenere il luogo in cui l'arbitrato si svolgerà in caso di controversia ed il nominativo dell'Agenzia competente (ad esempio *American Arbitration Association*);
- è necessario anche il riferimento alle regole procedurali adottate dall'Agenzia nominata (*Employment Arbitration Rules and Mediation Procedures*);
- deve essere indicato l'onorario dell'arbitro e l'imputabilità dei costi, in virtù del principio di soccombenza;
- è richiesto un *acknowledgment* separato e sottoscritto dal lavoratore che attesti che quest'ultimo ha ricevuto e preso visione della clausola compromissoria.

Il ricorso all'arbitrato dovrebbe, quindi, consentire:

- a) di avere un metodo di risoluzione delle controversie più veloce;
- b) di avere una riduzione del contenzioso giudiziario, senza così gravare sulle risorse della giustizia.

Uno studio americano¹⁷⁴ ha analizzato quanto era accaduto in una impresa locale, in seguito all'introduzione di un "arbitrato obbligatorio" nei contratti di lavoro dei loro dipendenti.

L'impresa in questione ha introdotto nel 2004 un sistema di "fasi risolutive" della controversia, suddiviso su più livelli.

Tale procedimento viene strutturato nel seguente modo: a) se il lavoratore ritiene che siano stati lesi i suoi diritti, preliminarmente deve rivolgersi al suo diretto superiore; b)

¹⁷⁴ EIGEN, ZEV J. e LITWIN, ADAM SETH, "A *Bicephalous Model of Procedural Justice and Workplace Dispute Resolution*" (January 1, 2012). Northwestern Law & Econ Research Paper No. 11-21; *A.&E. Plastik Park Co. v. Monsano Co.*, 396 F.2d 710, 716 (9th Cir. 1968); *American Safety Equip. Corp. v J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821, 827-28 (2d Cir. 1968).

se il superiore gerarchico non riesce a risolvere la situazione, il dipendente dovrà rivolgersi all'ufficio del personale; c) se anche in questa fase, il lavoratore non raggiunge i risultati sperati, allora potrà deferire la risoluzione della controversia ad un arbitro.

Allo scopo di valutare l'effetto prodotto dall'introduzione della procedura arbitrale nel posto di lavoro, l'impresa ha, altresì, deciso di distribuire una volta l'anno dei questionari ai dipendenti, i quali, in forma anonima, sono chiamati a rispondere a quesiti di vario tipo, quali ad esempio: *“Il mio superiore tratta tutti i dipendenti allo stesso modo senza riguardo a differenze di razza, sesso, o età?”*. O ancora, *“Se ho un problema, mi sento libero/a di chiedere aiuto al mio superiore?”*, oppure *“Ritengo che questa compagnia sia dedita a risolvere velocemente e imparzialmente problemi o preoccupazioni dei lavoratori?”*.

L'autore dello studio riteneva, pertanto, che dall'analisi di quanto accaduto in questa impresa (la cui identità veniva tenuta riservata), l'utilizzo dello strumento dell'arbitrato obbligatorio non sembra avere dato luogo a effetti disastrosi.

Nell'ordinamento italiano, diversamente, la normativa attuale non consente così agevolmente la rinuncia preventiva al ricorso giurisdizionale, rendendo molto più complessa l'adozione di procedure, come l'arbitrato obbligatorio.

La ragione per cui il legislatore italiano non ha voluto consentire la rinuncia preventiva al rimedio giurisdizionale è chiaramente legata al fatto che il lavoratore si trova in una posizione di “debolezza” nei confronti del datore di lavoro, al momento della sottoscrizione del contratto.

La novella del 2010, nonostante embrionali tentativi di incentivare l'utilizzo dell'arbitrato, ha continuato a

prevedere limiti, volti proprio ad evitare abusi da parte del datore di lavoro.

Par 2. L'origine del labor arbitration e dell'employment arbitration

L'origine dell'arbitrato va ricercata nella più vasta categoria delle *Alternative Disputes Resolution*, ovvero la composizione delle liti attraverso meccanismi differenti dal processo¹⁷⁵.

Tale fenomeno, dalle antichissime origine, si è sviluppato negli Stati Uniti intorno agli anni '70 del secolo scorso. Esso ha dato origine ad un "movimento" che è poi stato adottato, con alcune variazioni e adattamenti, dalla quasi totalità degli ordinamenti giuridici, rappresentando quello che possiamo considerare uno dei più impressionanti *legal transplant* effettuati.

Il movimento¹⁷⁶ trovò il proprio fondamento in tre aspetti. Il primo era rappresentato dai soggetti che avevano creato al movimento, ossia un gruppo di giudici e professori, tra i quali Warren Burger, allora *Chief Justice* della Corte Suprema, e Frank Sander, professore dell'Università di Harvard.

L'evento chiave, che diede il via al movimento, risale al 1976 e fu una conferenza organizzata da Burger, intitolata (per ricordare la celebre relazione tenuta da Roscoe Pound nel 1906) "*National conference on the causes of popular*

¹⁷⁵ AUERBACH, *Sulle radici del movimento ADR, Justice Without Law?* New York-Oxford, 1983, pp. 1 e ss.

¹⁷⁶ A. COHEN, *Debating the Globalization of U.S. Mediation*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 2006, pp. 300 e ss.

dissatisfaction with the administration of justice”¹⁷⁷. Oggetto della conferenza fu proprio la denuncia della “*litigation explosion*” che, ad avviso dei relatori, stava per abbattersi sulle corti americane, federali e statali, minacciando il loro funzionamento.

La soluzione alla crisi venne allora individuata nell'utilizzo di altri mezzi di risoluzione delle liti.

Celebre fu l'intervento di Sander, che presentò la sua proposta attraverso l'immagine suggestiva della “*multi-door courthouse*”, nella quale il cittadino proponeva la sua domanda non più ad un tribunale, ma ad un *dispute resolution center*, ove la domanda veniva indirizzata verso il meccanismo di risoluzione per essa più adatto: il processo, ovvero la mediazione, l'arbitrato, l'*ombudsman*, il *neutral-fact facting*¹⁷⁸.

¹⁷⁷ DELLA NOCE, *Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference*, in 17 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2002, pp. 545 e ss.

¹⁷⁸ L'esperienza degli Stati Uniti riporta una serie innumerevole di istituti, spesso difficilmente differenziabili l'uno dall'altro, che attestano l'elevato livello di diffusione delle tecniche ADR, e che offrono la concreta possibilità di scegliere il modello di risoluzione della controversia più adatta al singolo caso ed alle specifiche esigenze delle parti. S.B. GOLDBERG, F. SANDER, N. ROGERS, *Dispute resolution. Negotiation, mediation and Other Process*, Aspen Law & Business, 1999; American Bar Association, Standing Committee On Dispute Resolution, *Alternative dispute resolution: an ADR primer*, Washington, 1989. Tra i più significativi, si possono ricordare i seguenti: a) *Early neutral evaluation* (Valutazione neutrale preliminare): Consiste nella richiesta informale rivolta ad un terzo neutrale, tecnicamente esperto nella materia del contendere, di compiere una valutazione preliminare, esaminati i fatti oggetto di controversia ed ascoltate le parti, sul probabile esito della controversia se la stessa fosse portata dinanzi al giudice o a un collegio arbitrale. Negli Stati Uniti è spesso usata

nelle Corti nelle fasi iniziali del processo in relazione a controversie che coinvolgono questioni tecniche o di specifici settori di competenza, allo scopo di esprimere un pronostico sull'esito del processo e dare alle parti la possibilità di scegliere consapevolmente di proseguire attraverso lo strumento negoziale o proseguire con il processo ordinario. La valutazione, pur non essendo vincolante potrebbe facilitare il raggiungimento dell'accordo, facendo assumere alle parti un atteggiamento più realistico e oggettivo nel corso delle trattative. Nella *Early neutral evaluation*, in concreto, le parti vengono convocate davanti a un terzo designato dal tribunale, tecnicamente esperto nella materia del contendere; questi, una volta studiato il caso, prepara il suo pronostico sull'esito del processo e lo comunica alle parti solo dopo averle invitate alla conciliazione. Le parti possono perciò recedere, eventualmente, dal giudizio e rivolgersi allo stesso "valutatore" perché faccia da mediatore fra loro; b) *Minitrial*: E' una specie di "messa in scena" di un processo-giudizio al fine di favorire eventualmente una conciliazione o l'avvio di una mediazione. Le parti preventivamente stabiliscono le caratteristiche di questa procedura, la sua durata, le forme di esibizione delle prove. Si tratta di una sorta di negoziazione formalizzata, finalizzata alla formulazione da parte del terzo neutrale, *neutral adviser*, di una ipotesi di accordo alla quale le parti possono aderire oppure no. La procedura ha inizio con una fase nella quale i procuratori delle parti espongono la vicenda illustrando tutti gli aspetti di diritto rilevanti e le rispettive posizioni. Al termine della discussione, fatta secondo modalità e termini decisi dalle parti stesse, il *neutral adviser* esprime la propria opinione sulle posizioni delle parti facendo una panoramica riassuntiva del caso. Il *minitrial* si conclude o con il raggiungimento dell'accordo oppure con una dichiarazione di inutilità della prosecuzione fatta dal *neutral adviser*, per l'impossibilità di giungere ad una definizione consensuale della controversia. Lo scopo di questo meccanismo è essenzialmente quello di consentire alle parti di avere un contatto diretto con la controversia e di formarsi così un'opinione fondata intorno alle proprie possibilità di vittoria o alla possibilità di un accordo negoziale; c) *Summary jury trial*: Si tratta di un processo simulato finalizzato alla soluzione conciliativa della controversia.

Prevede la costituzione di una finta giuria, *mock jury*, di soli sei membri dinanzi alla quale il caso viene esposto nelle forme del giudizio ordinario. La giuria al termine emana un verdetto finale non vincolante che costituisce la base per una definizione della controversia reciprocamente accettabile, tenendo conto del rischio connesso all'eventuale giudizio ordinario; d) *Dispute settlement board*: Figura tipica dei paesi anglosassoni, si tratta di un Comitato permanente per la risoluzione delle controversie con un compito stabile di gestione di un contratto e di prevenzione e risoluzione delle questioni che lo coinvolgono. Svolge, dunque, una funzione di controllo dell'esecuzione dell'accordo riunendosi periodicamente, nonché una funzione preventiva degli eventuali contrasti; e) *Mediated Arbitration (med/arb)*: E' una forma ibrida di ADR costituita dalla combinazione di mediazione e arbitrato che si sviluppa in una prima fase conciliativa e in una seconda, eventuale, arbitrale. Le parti cominciano con una mediazione che le aiuti a chiarire le rispettive posizioni e a giungere ad un punto di incontro. Il loro accordo prevede però che, in mancanza di soluzione, il conflitto venga comunque risolto da un arbitro con una decisione. Le parti stabiliscono anticipatamente se il mediatore e l'arbitro debbano essere la stessa persona, anche se si ritiene preferibile differenziare i ruoli, altrimenti la mediazione rischia di ridursi, di fatto, a un'istruttoria dell'arbitrato. M.A. FODDAI, Lo spazio della mediazione, Milano, 2003. Se le funzioni di arbitro vengono svolte, appunto, da un professionista diverso dal conciliatore si tratta del sistema c.d. di *Med-then-arb*; f) *Shadow mediation*: Il conciliatore-ombra partecipa alla procedura di arbitrato come semplice osservatore finché le parti in conflitto si accordano per sospendere l'arbitrato e tentare, invece, un percorso di mediazione; g) *Court annexed arbitration*: Si tratta di una forma di arbitrato, spesso obbligatorio, precedente il giudizio ordinario, che si conclude con un lodo non vincolante. Tuttavia, se una delle parti non accetta il lodo e se davanti al giudice non si riesce a migliorare sostanzialmente il risultato ottenuto davanti all'arbitro, le spese del processo e gli onorari saranno a suo carico. Negli Stati Uniti questo è uno strumento per incentivare la definizione stragiudiziale delle controversie, a danno della parte che immotivatamente si ostina ad agire in via ordinaria; h) Arbitrato

In tal modo, secondo Sander, sarebbe stata possibile una risoluzione delle controversie efficace sotto il profilo “*dei costi, dei tempi, dell’accuratezza, della credibilità e della fattibilità*”¹⁷⁹.

Il secondo aspetto analizzò non tanto l’opportunità di alleggerire i giudici del loro carico di lavoro, quanto la necessità di garantire ai cittadini la possibilità di portare all’attenzione di un terzo quelle liti che, a causa dei costi del processo, non venivano incardinate innanzi ai giudici.

Legato (*High-Low Arbitration*): Forma di arbitrato, di solito vincolante, in cui le parti fissano ad insaputa dell’arbitro una “banda di oscillazione” (ossia un minimo ed un massimo), di solito uguale alle ultime offerte e contro-offerte delle parti, entro i cui limiti il lodo “fuori banda” deve essere ricondotto. Ogni lodo che rientra tra i valori della banda di oscillazione non è sottoposto ad aggiustamento; i) Arbitrato-Ultima Offerta (*Baseball-Last-Offer Arbitration*): Procedura di arbitrato adoperata soprattutto nelle vertenze di natura commerciale. Le parti, trovandosi in una situazione di impasse nel corso dei negoziati, rimettono ciascuna un’offerta monetaria finale al giudizio dell’arbitro. L’arbitro dovrà sceglierne solo una. Tale approccio pone dei limiti alla discrezionalità dell’arbitro e incentiva ogni parte ad avanzare un’offerta ragionevole, nella speranza che essa sia accettata dal decisore finale; l) Arbitrato Baseball Notturmo (*Night-Baseball Arbitration*): Variazione dell’arbitrato-ultima offerta, in cui l’arbitro predispone una proposta di accordo e prende una decisione a favore della parte la cui offerta è più vicina alla sua proposta di accordo; m) *Neutral Fact Finding* (Ricerca neutrale dei Fatti): Procedura di determinazione dei fatti rilevanti di una controversia da parte di un terzo neutrale che esamina il caso e può alla fine raccomandare una soluzione. Il *fact finding* interviene come componente di molteplici procedure di ADR.

¹⁷⁹ SANDER, *Address Before the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: Varieties of Dispute Processing*, in 70 Federal Rules Decisions, 1976, pp. 111 e ss.

Ecco allora che l'offerta di metodi alternativi informali, veloci e poco costosi veniva vista come la soluzione per la tutela dei diritti dei cittadini meno abbienti, esclusi dal sistema giudiziario tradizionale.

In ultimo, il "movimento" a sostegno delle ADR riconobbe, come questione primaria, la realizzazione del cittadino e della comunità nella quale era inserito, anziché l'efficienza del "sistema giustizia". A differenza del processo, ove il protagonista è l'avvocato, con le tecniche di ADR protagonista diventa la parte.

L'ADR era vista, di conseguenza, come un meccanismo che consentiva di risolvere le dinamiche sociali e interpersonali, così da raggiungere, nell'ambito organizzativo della comunità, soluzioni migliori rispetto a quelle possibili all'interno del sistema giudiziario.

Nonostante gli aspetti sui quali il movimento era fondato non fossero tra loro omogenei (l'efficienza del sistema giustizia, la garanzia dell'accesso alla tutela da parte di tutti i cittadini, il rafforzamento del ruolo delle comunità nella società, la crescita personale e l'autorealizzazione dei singoli), comune era l'idea circa: *"la possibilità di comporre le liti attraverso modalità diverse, a seconda della scelta fatta dai proponenti, migliori di quelle utilizzate nel processo dal giudice. Non è soltanto un problema di semplificazione o deformalizzazione del procedimento, ma di logica della composizione della lite"*.

In quegli stessi anni - in particolare presso l'Università di Harvard - le tradizionali tecniche di negoziazione e mediazione erano divenute oggetto di analisi sistematica.

Dal punto di vista strutturale, si era osservato che il conflitto risolto dal giudice sulla base della fondatezza della pretesa vantata da una parte nei confronti dell'altra, poteva trovare una composizione partendo, invece, dalla considerazione di quelli che erano i bisogni delle due parti.

Ma come possono le parti, in situazione di conflittualità tra loro, porre in essere una efficace negoziazione? Alcuni studi hanno rilevato che, in tali casi, entrano in gioco le tecniche di negoziazione basate sul c.d. *principled bargaining* e divulgate dal testo di Fisher e Ury “*Getting to yes*”¹⁸⁰. Pertanto, la negoziazione si può svolgere solo tra parti interessate, ovvero può svolgersi sempre tra le parti con l’assistenza di un terzo, che non “decide” il conflitto in favore di una parte o dell’altra, ma si limita ad “assisterle” nella ricerca della soluzione che meglio risponde ai loro interessi (come ad esempio nel caso della mediazione)¹⁸¹.

¹⁸⁰FISHER-URY, L’arte del negoziato (1981), Milano, 1995 (CUOMO ULLOA, La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti, Padova, 2008, 414 ss.). Sono quattro le strategie poste da Fisher e Ury alla base della loro teoria della negoziazione: 1) separare le persone dal problema; 2) focalizzare l’attenzione sugli interessi e non sulle posizioni; 3) inventare opzioni che rispondono a vantaggi per entrambe le parti in conflitto; 4) insistere su criteri obiettivi.

¹⁸¹ Le tecniche ADR pur nella loro eterogeneità possono ricondursi a due modelli fondamentali, che corrispondono a una distinzione sistematica tra *evaluative o adjudicative* ADR (cioè i mezzi c.d. “decisionali”, tra i quali l’archetipo è l’arbitrato, appartenenti al modello valutativo, che definiscono la controversia attraverso una decisione pronunciata da un soggetto terzo che non sia un giudice), e *facilitative o non adjudicative* ADR (c.d. mezzi “non decisionali”, tra i quali la mediazione, appartenenti al modello conciliativo, caratterizzate dal consenso delle parti sia nella fase procedimentale di dialogo e confronto che in quella finale di accordo riguardo ai rispettivi interessi). E. SILVESTRI, *Osservazione in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 1, 321; P. BERNARDINI, *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001.

Par 3. Le due tipologie di arbitrato: Labor arbitration e Employment arbitration

L'arbitrato, nel sistema statunitense, è una procedura in cui le parti di una controversia accettano volontariamente di essere vincolate dalla decisione di un soggetto imparziale, al di fuori del normale processo giudiziario, nel quale l'arbitro decide la questione sulla base di prove e argomenti presentati dalle parti. Esso sembra corrispondere formalmente ad un procedimento giudiziario, ma è condotto con meno formalità¹⁸².

Il *Labor Arbitration* è l'arbitrato nel quale le parti in lite sono il datore di lavoro ed il sindacato.

In base alla natura delle pretese, oggetto della lite, le controversie possono essere di due tipi: a) controversie di interesse ("*interest*" *disputes*), le quali riguardano disaccordi, tra datore di lavoro e sindacato, sulle condizioni da includere nel contratto collettivo e b) controversie sui diritti ("*rights disputes*"), che implicano invece disaccordi sul significato o sull'applicazione delle condizioni già contenute nel contratto collettivo¹⁸³.

¹⁸² A.L. LEVIN, R.R. WHEELER, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, St.Paul, Minn., 1979; K.L. HALL, *The magic mirror. Law in american history*, New York-Oxford, 1989.; R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in American Bar Association Reports, n. 29, 1906; F. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F.R.D. 111, 1976

¹⁸³ DENNIS R. NOLAN, *Labor and Employment Arbitration*, 2007, St. Paul, Minn., pp. 1 e ss.; MARK L. ADAMS, *Compulsory Arbitration of Discrimination Claims and the Civil Rights Act of 1991: Encouraged or Proscribed?*, 44, Wayne Law Review 1619 (1999); KAREN HALVERSON, *Arbitration and the Civil Rights Act of 1991*, 67 University of Cincinnati Law Review 445 (1999).

Diversamente nell'*employment arbitration*, le parti tra loro contrapposte sono il datore di lavoro e il singolo lavoratore.

In questa tipologia di arbitrato, la clausola compromissoria deve essere parte del contratto individuale di lavoro quando ciò è previsto nella "*policy*" del datore di lavoro, accettata dal lavoratore; è però possibile, come ad esempio nel caso degli agenti di cambio, che la clausola venga inserita nel regolamento della licenza professionale.

L'*agreement* non richiede necessariamente un accordo formale; un datore di lavoro può imporre ai soggetti candidati all'assunzione di sottoscrivere una clausola compromissoria, al fine di ottenere il posto di lavoro, ovvero può, unilateralmente, comunicare l'esistenza di un "*arbitration plan*", applicabile ai lavoratori già assunti. In tale caso, la condotta del lavoratore, che continua a prestare l'attività lavorativa anche dopo tale comunicazione, viene, interpretata come una manifesta accettazione dei nuovi termini contrattuali, in merito alle modalità di risoluzione delle controversie, per *facta concludentia*.

Par. 3.1 L'evoluzione dell'arbitrato americano

La logica e la semplicità dell'arbitrato sono sempre state gradite anche nei tempi più antichi.

Originariamente, nell'ambito delle controversie di lavoro, le richieste di arbitrato si rivolgevano direttamente ai datori di lavoro, che venivano invitati a negoziare con i sindacati, in qualità di rappresentanti dei lavoratori¹⁸⁴.

¹⁸⁴ RICHARD A. BALES, *Compulsory Arbitration: The Grand Experiment In Employment* 1-2 (1997) (describing the early years of employment arbitration); REBECCA HANNER WHITE,

Fino al 1786, anno in cui la Camera di Commercio di New York istituì un collegio arbitrale per la risoluzione di una controversia relativa ai salari dei marinai, vi furono pochi casi di “*labor arbitrations*”; tale procedura non fu un fenomeno molto comune, sino alla seconda metà del XIX secolo. Nel 1870 vennero istituiti collegi arbitrati nel settore del commercio del ferro a Pittsburg e nel settore calzaturiero nel Massachusetts.

La procedura del “*labor arbitration*” diventò uno strumento molto utilizzato negli anni 80 del diciannovesimo secolo, tanto da essere regolamentata all’interno delle leggi federali di un certo numero di Stati. Ed infatti, data l’ostilità, quasi universale, dei tribunali statali e federali verso l’arbitrato, gli Statuti furono determinanti nel far divenire le convenzioni di arbitrato qualcosa di più che dei semplici “pezzi di carta”¹⁸⁵. In

Arbitration and the Administrative State, 38 WAKE FOREST L. REV. 1283, 1289 n.35 (2003); For a recitation of statistics demonstrating the recent growth of employment arbitration, ELIZABETH HILL, *Due Process at Low Cost: An Empirical Study of Employment Arbitration Under the Auspices of the American Arbitration Association*, 18 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. III, 779-80 (2003).

¹⁸⁵ SAMUEL ESTREICHER, *Saturns for Rickshaws: The Stakes in the Debate over Pre-dispute Employment Arbitration Agreements*, 16 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 559, 563-64 (2001); KATHERINE VAN WEZEL STONE, *Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights: The Yellow Dog Contract of the 1990s*, 73 DENV. U. L. REV. 1017, 1036-49 (1996) [KATHERINE VAN WEZEL STONE, *Rustic Justice: Community and Coercion Under the Federal Arbitration Act*, 11 N.C. L. REV. 931, 960-61 (1999) [hereinafter Stone, *Rustic Justice*]; JEAN R. STERNLIGHT, *Mandatory Binding Arbitration and the Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial*, 16 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 669, 711-34 (2001) e JEAN R. STERNLIGHT,

genere, queste norme autorizzavano gli arbitri a formare delle Camere arbitrali locali, su richiesta congiunta dei datori di lavoro e dei sindacati.

Il primo importante passo verso l'arbitrato moderno fu, comunque, la risoluzione della controversia, sfociata poi nello sciopero del 1902, svoltasi nei giacimenti di carbone-antracite dislocati su tutto il territorio degli Stati Uniti. In quella occasione, la commissione presidenziale adita aveva pronunciato un dettagliato lodo che pose fine alla lite e agli scioperi. Veniva, contestualmente, costituito l'"*Anthracite Board of Conciliation*" (Consiglio di conciliazione dell'Antracite permanente) che aveva il compito di controllare il rispetto della decisione arbitrale da parte dei soggetti coinvolti.

A fronte del risultato ottenuto in quella vicenda, pochi anni dopo, molti rami del settore dell'abbigliamento iniziarono ad utilizzare l'arbitrato, come strumento atto a prevenire gli scioperi che in quel periodo spesso degeneravano in pericolose sommosse.

Louis Brandeis, giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, contribuì alla redazione del "Protocollo di Pace" (*Protocol of Peace*) che fece terminare lo sciopero, proclamato contro i produttori di abiti e cappotti di New York, svoltosi nel 1910. Proprio per la sua competenza in materia, nei successivi dieci anni, il Giudice Louis

The Rise and Spread of Mandatory Arbitration as a Substitute for the Jury Trial, 38 U.S.F. L. REV. 17, 38 (2003); STEPHEN J. WARE, *Arbitration Clauses, Jury Waiver Clauses and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights*, 67 LAW & CONTEMP. PROBS. 167, 167-70 (2004); STEPHEN J. WARE, *Contractual Arbitration, Mandatory Arbitration, and State Constitutional Jury-Trial Rights*, 38 U.S.F. L. REV. 39,43-44 (2003); DENNIS R. NOLAN, *Labor and Employment Arbitration*, 2007, St. Paul, Minn., pp. 5.

Brandeis presiedette il Collegio Arbitrale creato da quel Protocollo.

Nel 1911, uno sciopero proclamato presso la fabbrica manifatturiera di Chicago Hart Schaffner Marx, si concluse grazie ad un accordo di portata analoga a quella del “*Protocol of Peace*” del 1910. I due negoziatori di Chicago si autonominarono arbitri e procedettero alla negoziazione e redazione dell'accordo.

Con un po' di ritardo, anche nel settore automobilistico, ad esempio la General Motors e la United Automobile Workers, nel 1937, acconsentirono ad utilizzare l'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie. L'arbitrato obbligatorio svolto dal *War Labor Board*, durante la seconda guerra mondiale, estese molto l'uso di questa procedura che ormai si era già consolidata in diversi settori. Nel giro di pochi anni, dopo la fine della guerra, quasi ogni contratto collettivo prevedeva una clausola compromissoria per la risoluzione delle eventuali e future controversie.

Inevitabilmente, però il fenomeno del *labor arbitration* seguì la stessa sorte delle associazioni sindacali.

La partecipazione ai sindacati da parte dei lavoratori subì un forte declino, graduale ma costante, a partire dal 1975. Nel 2000 il numero di iscritti diminuì di circa un quarto rispetto alla percentuale iniziale. Il calo della densità sindacale (ossia la percentuale della forza lavoro appartenente ai sindacati) fu un processo lungo e tortuoso; si passò dal 35% della forza lavoro nel settore privato nel 1954 a meno dell'8% nel 2005.

Solamente la rapida crescita della sindacalizzazione nel settore pubblico, mantenne la densità complessiva superiore al 12%.

Sebbene non esista un registro centrale dei *labor arbitrations*, i dati disponibili [secondo i rapporti delle due

principali agenzie di arbitrato, l'American Arbitration Association (AAA) e il Servizio federale di mediazione e di conciliazione (FMCS)] indicano che il numero di lodi arbitrali raggiunse il suo massimo picco nei primi anni ottanta.

Da allora si è, poi, evidenziato un calo costante nell'utilizzo delle ADR e in particolar modo dell'arbitrato. Molte furono le critiche che denunciarono il "lato oscuro" della procedura arbitrale.

Dietro "l'ideologia" di strumenti che avrebbero ampliato la tutela del cittadino, potenziando la sua sfera di auto-determinazione e auto-realizzazione, consentendogli di comporre le liti in modo da soddisfare i suoi interessi e bisogni, si temeva che si sarebbero, invece, configurate forme di controllo sociale, con la conseguenza, da un lato, di una estensione dello Stato e del sistema giurisdizionale ad ambiti sociali prima meno accessibili e, dall'altro lato, di una neutralizzazione dei conflitti.

Le critiche non fermarono, però il fenomeno, ed anzi, anche se la sperimentazione dei meccanismi alternativi non diede i risultati sperati, perchè il numero dei procedimenti terminati con meccanismi alternativi al processo restò basso, vi fu l'entrata in scena di un nuovo soggetto: il legislatore, che svolse un'importantissima azione di promozione dell'ADR.

I meccanismi di soluzione alternativa furono, infatti, a partire dal *Dispute Resolution Act* del 1980, favoriti, finanziati e talora anche imposti dalla legislazione sia federale che statale.

Al riguardo, occorre fare solo un cenno al provvedimento legislativo più importante, ossia l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998 che prevede, nella sezione 2, al 1 comma, che la risoluzione alternativa della lite, se supportata da giudici e avvocati, e posta in essere da terzi

adeguatamente preparati secondo una procedura controllata dalla corte, ha potenzialmente numerosi vantaggi, inclusi la soddisfazione delle parti, l'utilizzo di metodi innovativi di risoluzione della lite e una maggiore efficienza nel raggiungere un accordo tra le parti. Al 2 comma, afferma che determinate forme di ADR possono portare ad una riduzione del carico di lavoro delle corti federali, consentendo alle stesse di concentrarsi sulla decisione di altri casi in modo più efficiente.

Nella sezione 3, vengono, invece, definite le ADR, come procedure diverse dalla decisione del giudice, alle quali partecipa un terzo neutrale che assiste le parti nella risoluzione di questioni controverse, attraverso strumenti quali l'*early neutral evaluation*, la *mediation*, il *minitrial* e l'arbitrato.

Con l'Act del 1998, pertanto, l'ADR è passata dalla sperimentazione all'istituzionalizzazione¹⁸⁶: più della metà delle corti statali e praticamente tutte le corti federali furono dotate di "programmi di ADR"¹⁸⁷.

L'arbitrato che originariamente aveva, quindi, assunto il significato di un qualcosa di simile a quello che oggi è

¹⁸⁶ Matthew W. Finkin, *Modern Manorial Law*, 38 INDUS. REL. 127,133 (1999). COBEN-THOMPSON, *Mediation Litigation Trends: 1999-2007*, In 1 World Arbitration & Mediation Review, 2007, p. 395;

¹⁸⁷ R. Bales, *A New Direction For American Labor Law: Individual Autonomy and the Compulsory Arbitration of Individual Employment Rights*, 30 Hous. L. Rev. 1863 (1994); Richard A. Bales, *The Discord Between Collective Bargaining And Individual Employment Rights: Theoretical Origins And A Proposed Solution*, 11 B.U. L. Rev. 687 (1997); Laura J. Cooper, Dennis R. Nolan & Richard A. Bales, *Adr In The Workplace* (2d Ed. 2005); Richard A. Bales, *Contract Formation Issues In Employment Arbitration*, 44 Brandeis L.J. 415 (2006).

conosciuto come “mediazione” (ovvero l'uso di un soggetto imparziale con il fine di aiutare le parti della controversia a comunicare e a raggiungere un accordo), nei giorni odierni, pur rimanendo una delle forme di risoluzione alternativa delle controversie, si distingue da essa. Il fattore che lo differenzia è rappresentato dal coinvolgimento di una terza parte investita del potere di risolvere la controversia.

L'arbitro non assume più il ruolo di soggetto dotato del potere di aiutare le parti a trovare un punto di caduta tra le due posizioni in gioco, esso diviene il soggetto al quale è attribuito il potere/dovere di dirimere la controversia, avendo la sua decisione efficacia vincolante tra le parti.

Par. 3.2 Il ruolo dell'arbitro

La rapida ascesa del *labor arbitration* fece emergere l'urgenza e la necessità di potersi rivolgere a soggetti esperti che avessero le competenze necessarie per svolgere tale procedura.

La comprensione delle relazioni industriali era un requisito essenziale da possedere, oltre alla familiarità con i contratti collettivi, la capacità di condurre un processo per accertare i fatti di causa, nonché un necessario talento per la scrittura. Veniva, altresì, previsto un limite temporale rispetto alla disponibilità che ciascun arbitro volontario poteva offrire per la gestione delle controversie di lavoro.

Occorreva creare una nuova professione, quella dell'arbitro, che svolgesse frequentemente, se non a tempo pieno, tale attività. In tale modo, essi avrebbero messo a disposizione delle parti le loro competenze e sarebbero stati pagati, come tutti gli altri professionisti, per i servizi forniti.

Tuttavia, pochi esperti ricoprivano quel ruolo durante le due guerre mondiali.

Solo con l'introduzione della norma che stabiliva la pubblicazione dei lodi arbitrali, prassi iniziata dal "*War Labor Reports*" e proseguita nel 1946 dal "*Bureau of Labor Report*", iniziò a diffondersi tra gli arbitri l'idea di essere tutti parte di un medesimo organismo. Si affermò tra loro la necessità di scambiarsi pareri, consulenze ed interpretazioni.

Gli arbitri iniziarono ad essere considerati una nuova classe di professionisti. Venne, infatti, istituito l'ordine professionale e fu redatto il codice etico.

Nel 1947, un piccolo gruppo di "alumni" costituì l'Accademia Nazionale dei Probitari (NAA); nel 1951, la stessa Accademia collaborò con alcuni centri di controllo per la redazione di un "*Code of Ethics and Procedural Standards for Labor-Management Arbitration*". Questo codice venne modificato nel 1974 e rinominato "*Code of Professional Responsibility for Arbitrators of Labor-Management Disputes*".

Il codice rimase la guida più autorevole in materia di condotta etica per gli arbitri.

Par. 4 L'uso dell'arbitrato nella risoluzione delle "Employment Claims"

Par. 4.1 Introduzione

La possibilità di utilizzare lo strumento dell'arbitrato nelle controversie di lavoro che traevano origine da dispute su diritti di fonte non contrattuale, ma legislativa fu stabilita dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Gilmer contro Interstate/Johnson Lane Corp.*

Tale sentenza può essere considerata il punto d'origine dell'*employment arbitration*, in quanto la Corte consentì il ricorso all'arbitrato “*in assenza di copertura del contratto collettivo e senza alcuna forma di assistenza del sindacato*”¹⁸⁸.

Nel caso *Gilmer*, la Corte aveva stabilito che l'attore, per invalidare la clausola compromissoria dallo stesso sottoscritta, avrebbe dovuto dimostrare che l'intenzione del Congresso, esplicitata nella legislazione federale vigente, era quella di precludere la possibilità di assoggettare le *statutory claims* all'arbitrato.

Poiché *Gilmer* non riuscì a dimostrare tale volontà, la Corte stabilì che il caso doveva essere deciso da un arbitro¹⁸⁹, in ottemperanza di quanto previsto nel contratto di lavoro.

Par. 4.2 Employment arbitration: primi casi pratici e primi conflitti

La maggior parte dei datori di lavoro ha sempre considerato l'arbitrato una conveniente alternativa al

¹⁸⁸ CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, 2010, p. 186; ID, *In search of Industrial Self-Regulation or Efficient Settlement of Employment Disputes? The case of Italian Arbitration Reform*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2012, 235.

¹⁸⁹ Legal cases: *Fletcher vs Kidder, Peabody & Co.*, 81 N.Y.2d 623, 601 N.Y.S.2d 686 (1993); *Mago vs Shearson Lehman Hutton Inc.*, 956 F.2d 932 (9th Cir. 1992); *Bender vs A.G. Edwards & Son*, 971 F.2d 698 (11th Cir. 1992); *Willis vs Dean Witter Reynolds Inc.*, 948 F.2d 305 (6th Cir. 1991); *Alford vs Dean Witter Reynolds Inc.*, 939 F.2d 229 (5th Cir. 1991).

ricorso alle Corti Federali, che si presentavano sempre sovraccariche di lavoro¹⁹⁰.

Ed infatti, nonostante il supporto a favore dell'arbitrato manifestato dalla Corte Suprema in molte decisioni, le clausole compromissorie sottoscritte dai lavoratori erano spesso oggetto di critiche da parte delle corti minori e della Commissione per le Pari Opportunità di Lavoro (*Equal Employment Opportunity Commission*, c.d. EEOC).

Tali soggetti, infatti, ritenevano che gli arbitrati ponessero un onere eccessivo a carico dei c.d. “contraenti deboli”, spesso vittime di discriminazioni.

Anche i lavoratori manifestavano i loro timori, e le numerose pronunce favorevoli, ottenute dai datori di lavoro in sede arbitrale, minavano la loro fiducia circa l'effettiva equità ed imparzialità di tale strumento.

Si veda, infatti, la decisione arbitrale pronunciata, a favore della Goldman Sachs & Co., da un Collegio Arbitrale composto da tre membri del New York *Stock Exchange*, in una causa del valore di 20 milioni di dollari, instaurata dall'ex consulente finanziario Rita M. Reid, la quale aveva dichiarato di essere stata scavalcata da un socio nella procedura di selezione per l'assegnazione di una promozione, a causa di una discriminazione sessuale¹⁹¹.

¹⁹⁰ Le controversie aventi ad oggetto i diritti civili comprendono un'ampia gamma di diritti previsti nel Titolo VH del Civil Rights Act del 1964, 42 U.S.C. §§ 2000e to 2000e-17; Age Discrimination in Employment, 29U.S.C. §§ 621 to 634, Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. §§ 12101 to 12213, *Equal Pay Act*, 29 U.S.C. § 206(d) (1) e ulteriori. L'arbitrato può essere applicato anche alle controversie che hanno controparti pubbliche (statali e locali) ed alle controversie aventi ad oggetto il licenziamento senza giusta causa, calunnia, scritti a contenuto diffamatorio.

¹⁹¹ Anita Raghavan, *A Big Board Panel Decides in Favor of Goldman Sachs in Sex-Bias Case*, Wall St. J., Apr. 10, 1995, at B4.

Si consolidava tra i lavoratori la percezione che l'arbitrato fosse uno strumento ingiusto e sbilanciato dalla parte dei datori di lavoro.

I tribunali minori sembravano, quindi, essere l'unico strumento idoneo a tutelare il "contraente debole"; nella famosa sentenza emessa in favore di Rena Weeks nell'azione legale contro Baker & McKenzie, un tribunale statale (state court) aveva previsto un risarcimento di 6,9 milioni di dollari in favore della lavoratrice¹⁹².

Par. 4.3 I profili problematici dell'arbitrato "obbligatorio"

L'utilizzo dell'arbitrato, inteso come strumento alternativo di risoluzione delle controversie di lavoro, ha sempre riscosso consensi e critiche.

Quest'ultime si sono focalizzate soprattutto sul *binding employment arbitration*.

Esistono, infatti, significative varianti nell'utilizzo dell'arbitrato.

Da una parte, i datori di lavoro e i lavoratori possono volontariamente utilizzare l'arbitrato per risolvere una controversia nel momento in cui sorge, mediante la stipulazione di un compromesso, e l'arbitrato in questo caso non deve essere necessariamente vincolante. Dall'altra, le parti possono già concordare che in caso di controversie queste saranno risolte con l'utilizzo della procedura arbitrale, mediante la stipulazione di una

¹⁹² Harriet Chiang (Secretary Wins Harass Suit Against Lawyer), la giuria incolpò, altresì, lo studio legale per non aver fatto nulla per prevenire il problema. Successivamente, i notiziari informarono che la condanna pronunciata dal tribunale era stata ridotta a 3,8 milioni di dollari, quantificando in 1,8 milioni di dollari gli onorari e le spese legali. Gli avvocati del convenuto sono ricorsi in appello.

clausola compromissoria, ed in questo caso configura un “*mandatory arbitration*”, ossia un arbitrato obbligatorio.

I sostenitori dell’*employment arbitration* affermano che si tratta di un’alternativa alla causa legale equa e meno costosa del processo; ritengono che tali aspetti rendano l’arbitrato una procedura perfettamente in linea con l’obiettivo di tutela dei lavoratori, sostenuto dagli Statuti federali. In particolare, i datori di lavoro considerano le ADR degli strumenti a fornire ai lavoratori una procedura più concreta, rispetto al contenzioso tradizionale, attraverso la quale far realmente valere le loro pretese.

Diversamente, l’orientamento contrario fonda la sua posizione sulla natura, considerata oppressiva, dei contratti che condizionano la continuità del rapporto di lavoro all’accettazione da parte del lavoratore dell’arbitrato vincolante (*binding arbitration*).

Judith Lichtman, presidente del Women's Legal Defense Fund afferma: “*Siamo molto preoccupati per il possibile abuso degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, creato dallo squilibrio di potere tra datori di lavoro e lavoratori, e per le situazioni di ingiustizia nelle quali possano trovarsi i lavoratori che, volontariamente o meno, decidano di affidare la risoluzione della propria controversia ad uno di questi strumenti. Queste preoccupazioni sono ovviamente legate a quelle fattispecie nelle quali la procedura di risoluzione alternativa è controllata totalmente e in maniera unilaterale dai datori di lavoro, come ad esempio nel caso di lavoratori costretti a firmare clausole che prevedono l’arbitrato obbligatorio quale condizione per la loro assunzione.*”¹⁹³

¹⁹³ Commission on the Future of Worker-Management Relations, U.S. Dep’t of Labor & Commerce, Report and Recommendations 29 (Dec. 1994) Dunlop Commission Report.

In risposta a tali critiche, nel 1995, il Senatore Russel Feingold propose l'emanazione di una normativa che enunciasse il divieto di obbligare i lavoratori ad accettare clausole che prevedevano l'arbitrato obbligatorio, quale condizione per l'assunzione¹⁹⁴.

Tale norma, tuttavia, non fu mai approvata dal Congresso ed il disegno di legge del Senatore Feingold, non fu più riproposto nei successivi Congressi.

Le maggiori critiche a tale strumento furono, però formulate dall'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC).

Nel caso EEOC contro Kidder Peabody & Co., l'EEOC aveva impugnato e contestato l'inserimento nel contratto di lavoro di clausole compromissorie che prevedevano l'utilizzo esclusivo ed obbligatorio dell'arbitrato¹⁹⁵.

James L. Lee, consulente regionale dell'Ufficio di New York dell'EEOC, aveva descritto il caso Kidder Peabody in questo modo: “[Questo caso rileva] il dubbio se il datore di lavoro possa proteggersi dai tentativi di intervento da parte del governo per limitare l'utilizzo delle clausole di “arbitrato obbligatorio”.

L'EEOC, sempre in questo caso, si era altresì opposta a tutti quegli accordi, tra i lavoratori e i datori di lavoro, che limitavano l'autorità investigativa della Commissione; essa riteneva che tale previsione avrebbe potuto vanificare il compito della Commissione di garantire un ambiente di lavoro privo di discriminazioni¹⁹⁶. Nella difesa sostenuta dall'EEOC, tali accordi venivano, tuttavia, differenziati da quelli nei quali si consentiva di svolgere la procedura

¹⁹⁴ S. 366, 104th Congress, 1st Session (1995).

¹⁹⁵ Wade Lambert, *Kidder Lawsuit Sparks Scrap With EEOC*, WALL ST. J., Mar. 24, 1995, At BIO.

¹⁹⁶ Gilmer, 500 U.S. at 28-29.

arbitrale, dopo l'esperimento delle operazioni investigative dell'EEOC, che solitamente si concludevano con l'emissione della "right of sue letter"¹⁹⁷. Essi erano considerati accordi legittimi.

¹⁹⁷ *"There are two types of letters generally referred to as "right to sue" sent out by the EEOC during the complaint resolution process, though they have formal different names and different meanings. Before you can go forward with a lawsuit under Title VII, you must have a "right to sue" letter in hand.*

If the EEOC determines that there is no reasonable cause to believe that discrimination occurred, you will be issued a letter called a Dismissal and Notice of Rights that tells you that you have the right to file a lawsuit in federal court within 90 days from the date of receipt of the letter. The employer will also receive a copy. Even though this letter will not support your claim, it establishes your right to bring a lawsuit and try to prove your claim in court.

Where there is reasonable cause to believe discrimination has occurred, both parties have been issued a Letter of Determination, and conciliation has failed, EEOC has the authority to file a lawsuit on your behalf in federal court. But the cases where the agency files a lawsuit are very rare. If the EEOC decides not to litigate in your behalf (by far the most common outcome), you will receive a Notice of Right to Sue outlining your right to file a private lawsuit in federal court within 90 days from receipt of the letter. If you decide the investigation is taking too long, you may ask for a notice of right to sue after the EEOC has had 180 days to investigate, whether or not they have completed their investigation. However, be aware that, as stated above, once a notice of right to sue is issued, you have only 90 days to file a lawsuit in federal court, or you will waive your right to do so. It is very difficult to locate a lawyer, have them complete their investigation, and file a lawsuit within 90 days, especially if the suit is a class action. Thus, you should try to retain a lawyer before you ask for a right to sue letter. If you decide to file a lawsuit, both you and your employer are entitled to a copy of the EEOC's investigative findings on your complaint. You should ask the EEOC representative handling your claim how to go about obtaining a copy of your EEOC file".

L'EEOC assunse una posizione ancora più estrema nel caso “*EEOC contro River Oaks Imaging and Diagnostic*”¹⁹⁸.

In questo caso, l'EEOC rilevò che, oltre all'illegittima previsione di clausole compromissorie, la River Oaks aveva tenuto una condotta ritorsiva nei confronti dei lavoratori che non avevano aderivano alla clausola compromissoria di arbitrato obbligatorio¹⁹⁹.

Questo comportamento fu criticato aspramente dall'EEOC, in quanto, oltre alla previsione di una illegittima clausola di arbitrato obbligatorio, i lavoratori non avevano ottenuto il posto di lavoro a causa della volontà ritorsiva della Società stessa.

La Commissione dichiarava: “*Risulta chiaro che, se i datori di lavoro avessero la possibilità di includere clausole compromissorie nei contratti di lavoro durante l'assunzione, molti dei diritti individuali delineati negli*

¹⁹⁸ Memorandum of Law in Support of the Equal Employment Opportunity Commission's Application for Temporary Restraining Order and Preliminary Injunction, and Memorandum of Law in Support of the U.S. Equal Employment Opportunity Commission's Application for Preliminary Injunction. *EEOC v River Oaks Imaging Diagnostic*, no. H-95-755 (S.D. Tex. 1995)

¹⁹⁹ L'EEOC mette inoltre in dubbio che il caso *Gilmer* possa essere interpretato per sostenere che il Federal Arbitration Act (FAA) permetta l'arbitrato per la risoluzione di controversie di lavoro nel settore privato, come nel caso di *River Oaks*. L'applicazione della “*State law*”, tuttavia, attraverso la scelta contrattuali della clausola potrebbe superare i potenziali limiti del Federal Arbitration Act. 9 U.S.C. §§ 1-15 (1988). Steven M. Kaufmann and John A. Chanin, *Directing the Flood: The Arbitration of Employment Claims*, 10 LAB. LAW. 17 (1994). But see *Lamdin v. District Court*, 1995 WL 593009 (Colo. Oct. 10, 1995).

*Statuti verrebbero totalmente privati di valore e costantemente violati”*²⁰⁰.

L’*Equal Employment Opportunities Commission* (EEOC), infatti, sosteneva che le clausole arbitrali non dovevano essere imposte come condizione per l’assunzione in quanto:

- La natura pubblica del processo giudiziario permette alle High Courts ed al Congresso di garantire ai cittadini che le leggi vengano interpretate e applicate in maniera corretta;
- I tribunali hanno un ruolo fondamentale nella prevenzione della discriminazione;
- L’arbitrato vincolante obbligatorio è strutturalmente sbilanciato a sfavore dei lavoratori poiché:
 - a. la presentazione delle prove è limitata;
 - b. l’arbitrato non è adatto alla gestione delle controversie che sono riferite ad una prassi e/o consuetudine;
 - c. il datore di lavoro è un “*repeat player*”²⁰¹;
 - d. i termini sono dettati dal contraente più forte, con evidente disequilibrio;

²⁰⁰ Memorandum of Law in Support of the U.S. Equal Employment Opportunity Commission's Application for Preliminary Injunction, supra note 13, at 12.

²⁰¹ “*In arbitration, the repeat-player effect is a proposition that, outside of the collective bargaining context, employers attain more favourable outcomes in arbitration. Factors contributing to the repeat-player effect include employers' having more information to gain an advantage in the arbitrator selection process, as well as influence on arbitrators, who may want to rule in the employer's favor to be selected in future arbitrations*” (BINGHAM LISA, *Employment Arbitration: The Repeat Player Effect*, 1997, *Employee Rights And Employment Policy Journal* 1, p. 189-220; COLVIN ALEXANDER J. S., *An Empirical Study Of Employment Arbitration: Case Outcomes And Processes*, 1 March 2011, *Journal Of Empirical Legal Studies* 8 (1): p. 1–23.

• Influisce in maniera negativa sulla capacità dell'EEOC di far applicare le leggi contro la discriminazione sul lavoro. Ad ogni modo, nonostante tale posizione, la Commissione decise, comunque, di sostenere l'uso dell'arbitrato volontario in alternativa al processo, alla luce del significativo risparmio di tempo e denaro che veniva garantito dall'arbitrato.

Nuovi fondi furono, quindi, destinati dall'EEOC (nel suo *budget* per l'anno fiscale 1999) alla risoluzione alternativa delle controversie, in particolare alla mediazione volontaria²⁰².

Un altro aspetto critico che coinvolgeva l'arbitrato obbligatorio era relativo alle regole che i tribunali dovevano applicare per stabilire quando ordinare alle parti l'applicazione della clausola compromissoria e quando dichiararne l'inapplicabilità.

Poteva, infatti, capitare un conflitto di giudicati, dove un tribunale riteneva una clausola compromissoria talmente vaga e complessa da dichiararla inapplicabile²⁰³, mentre un altro tribunale dichiarava la medesima clausola sufficientemente chiara e pertanto applicabile²⁰⁴.

Per sopperire a tale lacuna, nella prassi giurisprudenziale si stabilirono alcuni motivi idonei a legittimare la non applicabilità della clausola; tra i quali, ad esempio, l'illegittimità e/o la nullità dell'accordo²⁰⁵.

²⁰² EEOC Contro Woodmen Of World Life Ins. Soc., 479 F.3d 561 (8° Cir. 2007).

²⁰³ Prudential Ins. Co. Contro Lai., 42 F.3d 1299 (9° Cir.1994).

²⁰⁴ Kidcl Contro Equitable Life Assurance Society, 32 F.3d 516 (11° Cir.1994).

²⁰⁵ Il *Ninth Circuit* ha dichiarato che il *Federal Arbitration Act* non è in contrasto con le dottrine di legge in materia, *Circuit City Stores, Inc. u. Adams*, 279 F.3d 889 (9° Cir. 2002). Molti standards ammessi per l'arbitrato derivano dal *Federal Arbitration Act* stesso.

Nel caso *Hooters of America contro Phillips*, 173 F.3d 933 (4° Cir. 1999), l'applicazione era stata negata, poiché al lavoratore era stato consentito di scegliere gli arbitri solo all'interno di gruppo di soggetti precedentemente selezionato dal datore di lavoro.

Un altro motivo di non applicazione della clausola veniva rinvenuto nella previsione di un eccessivo aggravio di costi a carico del lavoratore, in alcuni casi addirittura superiori a quelli che il lavoratore avrebbe affrontato instaurando un giudizio, come nel caso *Shankle contro B-G Maintenance Management*, 74 F.E.P. Cas. (BNA) 94 (D.Colo.1997), affd, 163 F.3d 1230 (10° Cir. 1999); *Cole contro Burns International Security Services*, 105 F.3d 1465 (D.C.Cir. 1997).

La maggior parte delle decisioni della Corte Suprema, pronunciate in seguito a quella del caso *Gilmer*, avevano affermato il principio in base al quale l'arbitrato doveva

In merito al leading case "*Gilmer v. New York Stock Exchange*", sono state elencate alcune delle regole del New York Stock Exchange che sembravano porre le basi per una relazione equilibrata. In particolare, veniva posta l'attenzione sulle regole che impediscono l'utilizzo di collegi sbilanciati, le quali permettono almeno una rudimentale presentazione delle prove con "*produzione di documenti, richiesta di informazioni, deposizioni e mandati di comparizione*" e richiedono che le decisioni siano pubbliche, in forma scritta e che comprendano almeno un riepilogo delle questioni e una descrizione della sentenza. Poco dopo questa decisione, molte istituzioni arbitrali hanno formato un Collegio per discutere come dovessero essere gestiti gli arbitrati delle controversie in materia di diritto pubblico, presentate dai lavoratori. Uno dei risultati di questo Collegio è stato un documento del 1995 noto come il "*Due Process Protocol*". Questo documento affronta argomenti come il diritto di essere rappresentati da un avvocato, le qualifiche degli arbitri, la garanzia di neutralità dell'arbitro e le procedure per la presentazione delle prove.

essere un'alternativa ragionevole alla via giudiziaria; pertanto, poteva esserlo solo se l'arbitro applicava le stesse leggi in modo effettivo e solo se poteva garantire il medesimo grado di tutela dell'autorità giudiziaria.

Tutti i tentativi che venivano posti in essere dai datori di lavoro per limitare i rimedi di risoluzione delle controversie, venivano considerati clausole nulle tali da travolgere l'intero accordo, come nel caso *Trumbull contro Century Marketing Corp.*, 12 F.Supp.2d 683 (N.D.Ohio 1998), ovvero *McCaskill contro SCI Management Corp.*, 285 F.3d 623, 88 F.E.P. Cases (BNA) 705 (7° Cir.2002).

L'avversità dimostrata nei confronti dell'arbitrato obbligatorio non diminuì ed anzi, nel tempo, il numero di cause promosse per rivendicare l'illegittimità della clausola compromissoria di arbitramento obbligatorio aumentarono.

Vengono ivi di seguito analizzati alcuni casi pratici relativi a tali azioni legali.

Nel caso *Duffield contro Robertson Stephens & Co.*²⁰⁶ si contestava il fatto che le procedure arbitrali erano chiaramente sbilanciate a favore delle Società finanziarie, che selezionavano gli arbitri principalmente tra i manager, operativi nel settore, invece, di nominare degli arbitri che potessero soddisfare gli *standards* previsti dal Codice etico e dalle normative in materia²⁰⁷.

Relativamente al timore che gli arbitri fossero soggetti parziali e schierati dalla parte dei datori di lavoro, il *General Accounting Office*, nel proprio resoconto del 1994, notò che la maggior parte degli arbitri nei procedimenti della *National Association of Securities*

²⁰⁶ No. C95-0109CA1 (N.D. Cal Jan 11.1995)

²⁰⁷ PETER F. BLACKMAN, *Arbitration Suit Asserts Constitutional Arguments*, NAT'L L.J., Feb. 27, 1995, at B2.

Dealers e del *New York Stock Exchange* erano uomini bianchi e adulti²⁰⁸. Nei collegi arbitrali non venivano mai nominate donne o immigrati e tale innovazione, sosteneva l'Ente avrebbe, forse, potuto garantire una maggior imparzialità dei collegi aditi.

Nel caso *Olson contro American Arbitration Association*, 21 J. Meg Olson, ex dipendente di NCR Corp., ora parte di AT&T, impugnò le procedure della American Arbitration Association (AAA), sostenendo che i collegi dell'associazione fossero principalmente composti da maschi bianchi e fossero ingiustamente orientati contro le donne e le minoranze. Tuttavia, l'AAA vinse la causa, in quanto venne affermato che Olson non aveva ottemperato all'onere probatorio. Egli aveva dimostrato il presunto pregiudizio solo in base alla composizione dei collegi arbitrali²⁰⁹, che, a detta, dell'AAA “*era assolutamente casuale*”.

Nel caso *Burton contro A.F.M. Services*²¹⁰, il ricorrente aveva impugnato la clausola compromissoria, poiché limitava il diritto dei lavoratori di instaurare una causa presso l'autorità giudiziaria, mediante un esplicito atto di rinuncia a far valere in giudizio le controversie aventi ad oggetto le questioni relative ai danni punitivi; limitava, inoltre, in maniera significativa, l'utilizzo dei mezzi di prova²¹¹.

Come emerge dai casi esaminati, la maggior parte dei tribunali riteneva spesso la clausola compromissoria

²⁰⁸ S. GALE DICK, *Arbitration: An Industry Faces Its Critics*, 13 ALTERNATIVES 32 (Mar. 1995).

²⁰⁹ Court Dismisses Lawsuit Alleging Bias, in AAA Employment Panels, 6 WORLD ARB. & MEDIATION REP. 50 (Mar. 1995).

²¹⁰ No. 965632 (San Francisco, Cai. Super. Ct. Dec. 6, 1994).

²¹¹ Joyce E. Cutler, *Suits Challenge Mandatory Arbitration as Depriving*.

illegittima; veniva contestata sia la sua previsione nel contratto di lavoro sia le modalità di attuazione della procedura arbitrale.

Parte della giurisprudenza affermava, infatti, che gli attacchi generalizzati all'arbitrato “*si basano sul sospetto che l'arbitrato sia un metodo per indebolire le tutele offerte dal diritto sostanziale a coloro che desiderino incardinare delle cause e sono quindi in netto disaccordo con l'attuale sostegno fornito a quegli Statuti federali che favoriscono l'utilizzo di questo metodo di risoluzione delle controversie*”²¹².

Par. 4.4 Gli elementi di criticità ed opportunità della ADR

I soggetti contrari all'uso dell'arbitrato obbligatorio, che generalmente ignoravano i benefici dati dal risparmio di tempo e denaro ottenuti dall'utilizzo di uno strumento di risoluzione non giudiziaria delle controversie, di solito, erano favorevoli alle ADR volontarie.

Come citato nel precedente paragrafo, la Commissione EEOC, nel 1995, iniziò a lavorare alla realizzazione di programmi di mediazione e arbitrato volontari per la gestione dei casi ancora pendenti²¹³.

Nello stesso periodo, anche la “Commissione Dunlop”, sponsorizzata dal dipartimento del Lavoro e del Commercio nonché presieduta dall'ex segretario del lavoro, John T. Dunlop, cominciò a sostenere lo sviluppo

²¹² 500 U.S. at 30 (Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, 490 U.S. 477, 481 (1989)).

²¹³ EEOC Votes to Launch Mediation for Disputes, WALL ST. J., Apr. 26, 1995, at B4.

delle ADR, impostando la promozione di tali procedure sul criterio della volontarietà.

La Commissione giunse ad affermare che *“le clausole arbitrali vincolanti non devono essere applicabili come condizione di assunzione”*, tuttavia, riconobbe che *“quando le procedure volontarie non hanno successo, le parti devono ricorrere a un sistema che possa portare a una decisione vincolante”*.

La Commissione Dunlop, con tale assunto, affermò, ciò che è, poi, diventato *“il grido di battaglia”* dei sostenitori dell'arbitrato, ossia che *“le cause presso i tribunali sono diventate un metodo molto meno efficace per la risoluzione delle controversie di lavoro”*.

Il processo di sviluppo di tali procedure si imbatté, però nella problematica che nessuna disposizione di legge prevedeva o indicava le modalità di applicazione dell'arbitrato, né i collegi arbitrali fornivano linee guida idonee a delineare l'iter procedurale.

Le procedure, infatti, variavano da società a società, impedendo di ottenere una uniformità procedurale.

In risposta alle critiche formulate, in particolare dall'EEOC, gli arbitri decisero di redigere una serie di regole che consentissero di valutare preliminarmente la legittimità o meno dell'arbitrato.

Ogni arbitro doveva, pertanto, valutare le seguenti circostanze:

- Il ricorso all'arbitrato è il frutto di una negoziazione tra le parti oppure è stato imposto dal datore di lavoro?
- Chi sceglie l'arbitro?
- Chi paga l'arbitro?
- La procedura arbitrale provvede a garantire un'adeguata presentazione delle prove?
- Sono predisposte specifiche tutele procedurali?

- L'arbitro è obbligato ad applicare le stesse norme che verrebbero applicate dal giudice?

- il grado di tutela fornito è uguale a quello fornito in ambito giudiziario?

Così facendo tentavano di dimostrare che le procedure arbitrali venivano effettuate nell'interesse e a tutela di entrambe le parti litigiose.

Tuttavia, nonostante i buoni propositi della Commissione EEOC e Dunlop di garantire l'effettiva libertà di scelta del lavoratore, si riscontrava ancora in molte pronunce dei tribunali la volontà di alcuni datori di lavoro di far applicare clausole compromissorie addirittura sottoscrivere da lavoratori inconsapevoli ²¹⁴.

Nel caso *Prudential Insurance Co. of America contro Lai*, la Corte di Appello, nonostante avesse riconosciuto l'idoneità dell'ADR, come strumento di risoluzione delle controversie, valutò con molta preoccupazione il fatto che i lavoratori fossero stati costretti a rinunciare ai loro diritti, senza essersene concretamente resi conto. Ed infatti, nel caso *Lai* i ricorrenti avevano compilato e sottoscritto un modulo standard c.d. U-4. Tale modulo veniva solitamente fatto sottoscrivere a coloro che desideravano iscriversi alla *National Association of Securities Dealers*.

In giudizio, tuttavia, i lavoratori avevano affermato che al momento della assunzione la società datrice, senza fornire alcuna spiegazione circa il contenuto del modulo U-4, li aveva costretti alla sottoscrizione dello stesso, senza neanche concedergli il tempo necessario per leggerlo.

La Corte rilevò che il modulo U-4 non esplicitava che le eventuali controversie, aventi ad oggetto i “*civil rights*”, sarebbero state deferite agli arbitri per la loro risoluzione e non veniva, inoltre, svolta alcuna attività di informazione

²¹⁴ *Prudential Ins. Co. of Am. v. Lai*, 42 F.3d 1299, 1304 (1994).

da parte della società nei confronti dei lavoratori in merito alle rinunce alle quali sarebbero stati sottoposti aderendo alla scelta dell'arbitrato.

Il contenuto del modulo fu ritenuto particolarmente controverso, tanto che il Settimo Circuito stabilì che la sottoscrizione del modello U-4 non poteva essere considerata al pari di una accettazione incondizionata da parte del lavoratore, dell'utilizzo obbligatorio dell'arbitrato per la risoluzione delle cause di lavoro²¹⁵.

Una parte della dottrina²¹⁶, nonostante avesse ritenuto che la tesi sostenuta dalla Prudential Insurance nel caso *Lai*, circa l'idoneità della clausola di arbitrato obbligatorio, potesse essere meritevole di sostegno; tuttavia, riteneva che le modalità con le quali i lavoratori erano stati indotti a sottoscrivere tale clausola non favorire sicuramente l'uso dell'arbitrato.

Secondo tale orientamento, la previsione dell'ADR doveva essere indicata in modo chiaro nel contratto e doveva, inoltre, fornire una adeguata informativa relativa al campo di applicazione, l'*iter* procedurale dell'arbitrato e l'indicazione delle conseguenze relative alla sottoscrizione della clausola compromissoria.

²¹⁵ *Fan-and v. Lutheran Bhd.*, 993 F.2d 1253 (7th Cir. 1993); si veda anche *Lai*, 42 F.3d At 1305 (Norris, J. concurring)

²¹⁶ JEAN R. STERNLIGHT, *Mandatory Binding Arbitration and the Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial*, 16, *Ohio St. J. On Disp. Resol.* 669, 711-34 (2001); ID, *The Rise and Spread of Mandatory Arbitration as a Substitute for the Jury Trial*, 38 *U.S.F. L. REV.* 17, 38 (2003); STEPHEN J. WARE, *Arbitration Clauses, Jury- Waiver Clauses; and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights*, 67 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 167, 167-70 (2004); ID., *Contractual Arbitration, Mandatory Arbitration, and State Constitutional Jury-Trial Rights*, 38 *U.S.F. L. REV.* 39,43-44 (2003).

Quindi, mentre l'orientamento contrario all'utilizzo dell'arbitrato nelle controversie di lavoro contestava la legittimità della rinuncia da parte dei lavoratori al diritto ad un giusto processo, i sostenitori dell'arbitrato obbligatorio continuavano a ritenere che questo "sacrificio" fosse, in realtà, compensato dall'efficienza di tale istituto²¹⁷.

Tuttavia, si poteva affermare che entrambi gli orientamenti volevano garantire alle parti una procedura imparziale.

Nel dicembre del 1994 la JAMS/Endispute e AAA predisposero nella "*Policy on Employment Arbitration*" un elenco di criteri volti ad assicurare una procedura arbitrale imparziale e nell'aprile del 1995, l'AAA adottò nuove regole per la gestione delle controversie di lavoro nello Stato della California²¹⁸.

Tali regole vennero raccolte in un protocollo.

Esse indicavano i requisiti che ogni accordo arbitrale doveva soddisfare, quali ad esempio la libertà delle parti di scegliere il proprio rappresentante, il potere dell'arbitro di decidere la controversia secondo quanto stabilito dalla legge, nonché le qualifiche e le competenze che dovevano possedere gli arbitri.

Nello stesso periodo, anche il NASD, in risposta agli attacchi formulati dal Congresso, incaricò una "*unità di crisi di alta qualità*", costituita *ad hoc*, di esaminare tutte le procedure di ADR sino ad allora utilizzate. Nel dicembre del 1993 il NASD stabilì che le controversie di

²¹⁷ Hurst v. Prudential Sees., 1994 U.S. App. LEXIS 6940 (9th Cir. Apr. 4, 1994); Kidd v. Equitable Life Assurance Soc., 32 F.3d 516 (11th Cir. 1994); see also Gilmer, 500 U.S. 20.

²¹⁸ AAA, California Employment Dispute Resolution Rules (1995).

lavoro fossero decise da arbitri pubblici, invece che da soggetti terzi al settore²¹⁹.

Par. 4.5 Accenni ai profili procedurali dell'arbitrato obbligatorio

La previsione di linee guida idonee a garantire una “procedura imparziale” aveva il chiaro obiettivo di incrementare l'utilizzo dell'arbitrato obbligatorio nella risoluzione delle controversie di lavoro²²⁰.

Tali direttive si focalizzavano in particolar modo sulle modalità di scelta dell'arbitro²²¹ e sulle fasi di attuazione della procedura stessa²²².

²¹⁹ Id. The federal appellate decisions questioning the NASD arbitration provisions application to employment cases all dealt with pre-1993 versions of the U-4 forms. Kidd, 32 F.3d 516; Farrand, 993 F.2d 1253; Lai, 42 F.3d 1299.

²²⁰ Gilmer, 500 U.S. at 30-33; Mitsubishi Motors, 473 U.S. at 628-37; Shearson American/Express Inc. v. McMahon, 482 U.S. 220, 232-34 (1987).

²²¹ Volt Info. Sciences Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ., 489 U.S. 468, 479 (1989).

²²² In ogni caso, permane una certa autorità in capo ai Tribunali nella valutazione collaterale degli accordi o delle decisioni arbitrali. In primo luogo, la valutazione potrebbe rientrare nella responsabilità del tribunale di garantire l'applicazione del Tit. VII o di altri Statuti Federali posti a tutela dei lavoratori.

Lai, 42 F.2d, at 1302; W. R. Grace & Co. v. Local 759, International Union of the United Rubber Workers of Am., 461 U.S. 757, 766-72 (1983). In secondo luogo, l'analisi può rientrare nella cosiddetta “public policy exception” agli statuti arbitrali. Id. See also United Paperworkers Int'l Union v. Misco Inc., 484 U.S. 29, 42-44 (1987); Bowles Financial Group v. Stifel, Nicolaus & Co., 22 F.3d 1010, 1012-13 (10th Cir. 1994). In ultimo, la revisione formulate dal tribunale può essere effettuata sotto la “area di competenza” della FAA.

Relativamente al primo profilo, le parti dovevano essere libere di selezionare i propri arbitri; l'arbitro doveva essere considerato “*un'entità neutrale ed imparziale*”²²³.

La Commissione Dunlop aveva, infatti, insistito affinché gli arbitri fossero scelti all'interno di un gruppo di candidati preparati, qualificati e con esperienza.

In quegli anni, tuttavia, nessuna organizzazione governativa era in grado di fornire una certificazione o una adeguata formazione a coloro che esercitavano la professione dell'arbitro. La Commissione Dunlop decise allora di incaricare l'EEOC e l'*Occupational Safety and Health Administration* (OSHA) allo scopo di predisporre adeguate misure idonee a colmare tali lacune.

Si riscontrò, inoltre, che il timore delle parti di vedere risolta la propria controversia da un arbitro parziale poteva essere ridotto al minimo se il novero dei potenziali arbitri avesse compreso un numero significativo di donne e di minoranze; in realtà, la Commissione non fornì mai alcuna prova del fatto che una particolare composizione demografica dei collegi arbitrali portasse a giudizi parziali. Nel tentativo di creare una procedura che potesse tutelare entrambe le parti in gioco, la Commissione si trovò, altresì, ad analizzare le problematiche relative alle modalità di ripartizione tra le parti del compenso dell'arbitro e relative alla gestione della fase istruttoria.

In merito al primo aspetto non esisteva alcuna previsione normativa chiara.

Alcuni avvocati ritenevano che la totalità dei costi dell'arbitrato dovesse essere sostenuta dai datori di lavoro, questo per non scoraggiare i lavoratori all'utilizzo di tale procedura. Tuttavia, si era considerato che tale soluzione

²²³ In *Gilmer*, the Court focused on similar concerns relating to biased arbitration panels. 500 U.S. at 30-31.

poteva originare dubbi circa il fatto che, facendosi carico delle spese procedurali, il datore di lavoro potesse influenzare la decisione dell'arbitro.

La Commissione Dunlop avanzò, allora, la proposta di ripartire tra le parti tutti i costi dall'arbitrato, ponendo a carico del lavoratore una quota che non potesse superare un importo massimo, quantificato caso per caso sulla base della retribuzione mensile del lavoratore, e la restante somma a carico del datore di lavoro.

Le regole previste dell'AAA, ad esempio, stabilivano che la parcella dell'arbitro fosse suddivisa tra le parti, salvo diverso accordo, ciò al fine di consentire l'accesso alla procedura da parte del lavoratore.

La Commissione Dunlop si concentrò anche sulla problematica relativa alla fase istruttoria; non si doveva, infatti, trascurare la necessità di garantire, comunque, una procedura arbitrale snella e veloce, in coerenza con la natura della stessa.

L'illimitato ed eccessivo utilizzo dei mezzi di prova era, infatti, uno dei principali problemi che la Commissione Dunlop si era prefissata di risolvere.

Tuttavia, mentre la Commissione e la JAMS/Endispute spingevano gli arbitri a limitare tale fase, la AAA, nello Stato della California, lasciava alla discrezionalità dell'arbitro la decisione su come si sarebbe dovuta svolgere la fase istruttoria.

Tali diversità di approccio, tuttavia, creavano molte disparità tra i lavoratori dei diversi Stati.

Analizzando, ora, la procedura nello specifico, si nota che l'onere probatorio era posto a carico delle parti, in relazione alle domande ed eccezioni dalle stesse formulate; l'arbitro poteva decidere di non ammettere istanze di parte, qualora la parte richiedente non fosse in grado di fornire elementi essenziali a fondamento della propria pretesa.

Ogni parte aveva la possibilità di presentare le proprie argomentazioni e di richiedere di essere ammessa alla prova contraria sui fatti dedotti dalla controparte.

In ultimo, gli esiti di eventuali attività investigative e le valutazioni dell'arbitro dovevano essere redatte in forma scritta, così da informare le parti in merito alle norme utilizzate dall'arbitro nella formazione della propria decisione e dei fatti, anche sopravvenuti, che avevano influenzato il percorso intellettuale/decisivo del professionista.

Pertanto, affinché l'arbitrato potesse essere considerato una procedura imparziale, essa doveva garantire il rispetto delle seguenti regole:

- a) i lavoratori devono essere a conoscenza dell'applicazione delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie, in sostituzione all'ordinario procedimento giudiziario innanzi al tribunale;
- b) le procedure arbitrali devono prevedere e seguire alcune linee guida volte a garantire un procedimento equo e imparziale, senza rinunciare all'efficienza dell'arbitrato;
- c) i lavoratori devono essere consapevoli e certi di avere un ruolo attivo ed effettivo nelle procedure arbitrali.

Par. 5 Il controllo giudiziario dei lodi arbitrali

Par. 5.1 Il Controllo giudiziario delle decisioni nell'employment arbitration

La più importante novità nell'ambito delle ADR può senz'altro definirsi lo sviluppo dell'arbitrato individuale; l'utilizzo del quale viene previsto all'interno di una clausola arbitrale stipulata tra il datore di lavoro e i lavoratori non sindacalizzati.

In passato, tale procedura non aveva riscosso molti consensi soprattutto da parte dei datori di lavoro, in quanto, ad eccezione di alcuni dirigenti, dei personaggi dello spettacolo e dello sport, che avevano il potere di negoziare i propri contratti di lavoro, ciascuna parte poteva recedere dal contratto di lavoro in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo giuridico, senza incorrere in alcuna responsabilità.

Dal punto di vista del datore di lavoro la convenzione arbitrale rappresentava, infatti, un rischio tale da vanificare la natura “*at-will*”²²⁴ del rapporto di lavoro.

²²⁴ Tale regola è una presunzione probatoria secondo la quale, in assenza di prova contraria, un rapporto di lavoro non include una giusta causa per la stabilità del rapporto. La regola dell’*employment at-will* nel caso *Payne v. The Western & Atlantic Railroad Co.* viene così definita: “*Gli individui devono poter liberamente comprare e vendere ciò che desiderano; devono essere anche liberi di trattenerne in servizio o licenziare i lavoratori sia per una giusta causa che senza causa, o anche per un ingiustificato motivo senza che per questo violino la legge. È un diritto che il lavoratore può esercitare nello stesso modo, nella stessa misura e per gli stessi motivi dell’imprenditore*”. Il fondamento della regola viene individuato nella dottrina di Wood, il quale nel suo *Master and Servant* del 1987, affermò: “*da noi la regola è inflessibile: una assunzione generica indefinita è, prima facie, una assunzione ad nutum e se il lavoratore sostiene l’esistenza di un vincolo di durata annuale, è su di lui che ricade l’onere della prova. Una assunzione di un giorno, una settimana, un mese, se non è indicato il termine finale, è un’assunzione indefinita e non si può ad essa ricollegare la presunzione che la durata sia anche per un solo giorno, ma limitata nel tempo in cui le parti possono rendere i loro servizi*”. Tale regola divenne applicabile con riferimento a qualsiasi contratto di lavoro. Già prima della fine del XIX secolo si diffuse la convinzione che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, soggetto a cessazione da entrambe le parti per giusta causa, senza giusta causa o addirittura per una causa ingiusta, rappresentasse la

norma. L'*employment at-will* quale espressione della libertà contrattuale fu strenuamente difesa dalla giurisprudenza. Tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo numerose furono le pronunce, statali e federali, che censurarono i tentativi di introdurre leggi in materia di orario di lavoro, retribuzioni e salute e sicurezza, sulla base del rilievo che siffatte leggi statali avrebbero interferito con la libertà contrattuale, considerata dai giudici statunitensi come una delle libertà fondamentali del cittadino in quanto tutelata del V e del XIV Emendamento della Costituzione americana. Particolarmente emblematico da questo punto di vista fu il caso *Lochner v. New York* del 1905. La Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarò l'incostituzionalità di una legge di New York che stabiliva un orario di lavoro massimo per i fornai pari a dieci ore giornaliere e sessanta settimanali. Accanto a previsioni contrattuali individuali o collettive limitative della libertà di recesso ed alla previsione del licenziamento solo per giusta causa per i lavoratori iscritti al sindacato, un solo Stato ha adottato una disciplina limitativa del licenziamento, lo Stato del Montana nel 1987 con il *Wrongful Discharge from Employment Act*. In diversi Stati la giurisprudenza ha riconosciuto l'operatività di rilevanti eccezioni sia contrattuali che di ordine pubblico rispetto alla regola dell'*employment at-will*. Ad esempio si fa riferimento alla presenza di un intento doloso o di violenza psicologica, o ancora, all'interferenza intenzionale nel contratto o alla diffamazione. Le eccezioni di cui sopra possono riassumersi in tre casi particolari: a) la *public policy exception*; b) l'*implied contract of employment*; c) l'*implied obligation of good faith and fair dealing*. La prima costituisce uno dei maggiori limiti alla libertà di recesso: si tratta di un'eccezione in virtù della quale un lavoratore può impugnare il recesso datoriale se è stato ingiustamente licenziato per aver obbedito, o essersi rifiutato di violare una fondamentale e ben definita "public policy" o un'obbligazione di fare, stabilita dalla legge vigente. Si veda il caso *Petermann v. International Brotherhood of Teamster*, in cui è stato dichiarato illegittimo il licenziamento di un lavoratore che si era rifiutato, su richiesta del datore di lavoro, di testimoniare il falso. Una decisione emblematica pronunciata dalla Corte Suprema del New Jersey (*Wolley v. Hoffmann-La Roche*) nel 1985, ha concluso che "*un personal policy manual che tratta anche delle procedure*

Negli ultimi 25 anni, tuttavia, la maggior parte dei tribunali statali hanno iniziato ad intaccare lentamente la dottrina dell'impiego "at-will".

Quasi tutti i tribunali, ora, riconoscono, infatti, la possibilità di sollevare eccezioni nei casi di licenziamenti che violino le norme di ordine pubblico e quelle previste nei regolamenti e negli statuti aziendali.

Pertanto, alla luce dei nuovi orientamenti giurisprudenziali, nel giro di pochi anni, sempre più datori di lavoro hanno iniziato a comprendere che la clausola arbitrare avrebbe potuto garantirgli molti più vantaggi rispetto al semplice sforzo di mantenere intatto l'impiego "at-will".

L'incremento dell'utilizzo delle clausole compromissorie, inserite nei contratti individuali di lavoro ed il conseguente

da seguire prima che venga deciso il licenziamento, può essere considerato contrattualmente vincolante". Il contenuto degli employee handbooks veniva considerato come dichiarazione unilaterale del datore di lavoro; tuttavia, gli imprenditori hanno deciso di non subire passivamente tale interpretazione giurisprudenziale e si sono riservati di inserire in tali manuali dei "disclaimers", ossia delle clausole con le quali il datore di lavoro specifica che quanto contenuto nel regolamento aziendale non può ritenersi "una promessa contrattuale". L'eccezione relativa alla violazione degli obblighi di buona fede e correttezza trova il proprio leading case nella decisione della Corte del Massachusetts del 1977, Fortune v. National Cash Register Co., con la quale è stata dichiarata l'illegittimità di un licenziamento fatto per non pagare a un venditore una cospicua provvigione; i giudici, senza far alcun riferimento al diritto del datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro, hanno contestato le finalità del licenziamento, in quanto contrarie al principio secondo cui: "la buona fede e la correttezza tra le parti sono requisiti generali; le parti di un contratto o di una transazione commerciale sono vincolate da queste norme".

ricorso all'arbitrato fece, tuttavia, emergere la problematica sugli eventuali limiti del potere giurisdizionale di operare dei controlli sulle decisioni dell'arbitro.

Una parte della dottrina riteneva, infatti, che gli interminabili appelli e gli esami giudiziari del lodo arbitrale aggiungevano, soltanto costi superflui per le parti, vanificando in questo modo gli effetti benefici che si volevano ottenere con l'arbitrato.

L'altra parte della dottrina, nonché la Commissione Dunlop, ritenevano, invece, che i controlli giurisdizionali delle decisioni arbitrali fossero necessari per garantire l'imparzialità del giudizio. Esse, pertanto, chiedevano l'inserimento e l'applicazione anche nell'arbitrato di tutte le tutele procedurali utilizzate nei tribunali.

Tuttavia, tale visione, alla luce di quanto era stato stabilito dalla Corte Suprema nel caso *Gilmer*, risultava in chiaro conflitto con la struttura e la natura dell'arbitrato stesso, in quanto *“accettando l'arbitrato, le parti acconsentono a scambiare le procedure e la possibilità di analisi del tribunale per la semplicità, l'informalità e la rapidità dell'arbitrato”*.

Ad ogni modo, fu ritenuta legittima la previsione di un controllo giurisdizionale, che, tuttavia, doveva essere disciplinata in modo da non vanificare gli obiettivi dell'arbitrato.

Il controllo giudiziario del lodo arbitrale, nell'ambito dell'*employment arbitration*, ha molti aspetti in comune con quello che veniva e viene effettuato nei casi di arbitrato collettivo (*“labor arbitration”*).

Tuttavia, si possono delineare alcuni profili di distinzione. Ad esempio, la maggior parte dei lodi arbitrali, relativi ai casi di arbitrato individuale, viene impugnata in tribunale in base al Federal Arbitration Act (FAA) e non in base a

quanto previsto dalla Section 301 (a)²²⁵ del Labor Management Relation Act (LMRA).

Nell'individuazione dei motivi di impugnazione, però, la giurisprudenza ha scoperto l'esistenza di un motivo di revisione del lodo comune sia al FAA che al LMRA, rappresentato dal c.d. “*manifest disregard standard*” (“inosservanza manifesta”). Esso consentiva e consente ad un tribunale di annullare un lodo arbitrale nel caso in cui

²²⁵ La Sezione 301 (a) del Labor Management Relations Act prevede il diritto di un lavoratore di citare in giudizio il datore di lavoro per la violazione di un collettivo accordo. Essa stabilisce: “(a) *Venue, amount, and citizenship: Suits for violation of contracts between an employer and a labor organization representing employees in an industry affecting commerce as defined in this chapter, or between any such labor organizations, may be brought in any district court of the United States having jurisdiction of the parties, without respect to the amount in controversy or without regard to the citizenship of the parties*”.

L'uso dell'arbitrato volontario per risolvere le controversie derivanti dalle clausole dei contratti collettivi di lavoro è stato istituito dal Labor Management Relations Act del 1947 (LMRA) nella Sezione 301. Tuttavia, la previsione contenuta nella Sezione 301 (a) non era una mera concessione procedurale di competenza ai tribunali federali, bensì autorizzava gli stessi a decidere sulle controversie derivanti dai contratti collettivi. Si veda ad esempio il caso *Dowd Box vs Courtney* dove la Corte Suprema aveva dichiarato che la sezione 301 (a) non cede ai tribunali statali la giurisdizione in caso di violazioni di una disposizione di un contratto collettivo. Così, almeno implicitamente, un tribunale statale potrebbe esercitare la competenza concorrente in questi casi. La Corte ha poi dichiarato, tuttavia, che la giurisdizione federale e quella statale in merito alle violazioni della clausola arbitrale contenuta nel contratto collettivo non sono tra loro indipendenti ai sensi della sezione 301 (a). Di conseguenza, la portata del sindacato giurisdizionale su una decisione arbitrale divenne principalmente una questione di diritto federale.

l'arbitro abbia ignorato “in maniera manifesta”, quanto previsto dalla legge.

Occorre, altresì, tenere presente che nell'*employment arbitration* vengono decise controversie aventi ad oggetto diritti previsti dalla legge, mentre nel *labor arbitration* vengono prese in esame questioni legate al contratto collettivo.

Per meglio comprendere, quindi, la procedura applicabile all'*employment arbitration* occorre analizzare cosa avviene nel *labor arbitration*.

Innanzitutto, il controllo giudiziario, svolto sulle decisioni ottenute in seguito ad una procedura di *labor arbitration*, veniva e viene effettuato nei seguenti casi:

- 1) quanto la parte vittoriosa pretendeva l'applicazione giudiziaria del lodo, in quanto la parte soccombente si rifiutava di eseguirlo;
- 2) quando la parte soccombente chiedeva l'annullamento del lodo, a causa di presunti errori procedurali o dell'errata interpretazione della norma di diritto sostanziale;
- 3) quando una delle parti (o una parte terza, come il singolo lavoratore protetto da un contratto collettivo di settore) invocava il lodo arbitrale per sostenere il suo caso in un procedimento giudiziario collaterale.

La Corte Suprema stabilì le regole base per il controllo giudiziario dei lodi arbitrali (collettivi) nel caso dei “Steelworkers Trilogy, United Steelworkers of America contro Enterprise Wheel & Car Corp. (S.Ct.1960)”.

Justice Douglas scrisse che “*il rifiuto da parte dei tribunali di controllare il merito dei lodi arbitrali è l'approccio corretto all'arbitrato, in base a quanto previsto dai contratti collettivi. La regola federale per la gestione delle controversie di lavoro mediante l'arbitrato verrebbe minata, se i tribunali potessero avere l'ultima parola sul merito del lodo arbitrale*”.

Ed infatti, solo un numero ridotto di lodi venne impugnato in tribunale.

Uno studio, pubblicato nel 1991, aveva scoperto che i tribunali federali avevano fatto rispettare i lodi arbitrari circa nel 70% dei casi²²⁶.

Addirittura, era capitato che un tribunale, come nel caso della Corte di Appello della Settima Circoscrizione, irrogasse sanzioni alla parte soccombente che aveva impugnato il lodo arbitrale; si veda il caso Hill contro Norfolk and Western Railway Co. (7° Cir. 1987) e nel caso Dreis & Krump Manufacturing Co. contro International Association of Machinists (7° Cir. 1986).

Si constatò che solo una minima parte dei tribunali non aveva rinunciato alla propria autorità, continuando a svolgere funzioni di controllo sui lodi arbitrari.

Tornando, ora, all'analisi dei motivi di impugnazione del lodo, nei casi di employment arbitration, si veda che il *Federal Arbitration Act* (FAA) prevede l'annullamento dei lodi arbitrari nei seguenti casi: corruzione, frode, abuso di potere, evidente parzialità dell'arbitro, grave negligenza procedurale o qualsiasi altro comportamento immorale (FAA: appendice J, § 10).

Il FAA, al paragrafo 11, stabilisce che un tribunale possa modificare un lodo arbitrale in caso di un evidente errore di calcolo, di errore relativo alla descrizione di una persona o di un oggetto (...), ovvero nel caso in cui l'arbitro abbia pronunciato un lodo "*ultra petitem*" o "*extra petitem*". È,

²²⁶ MICHAEL H. LEROY AND PETER FEUILLE, *The Steelworkers Trilogy and Grievance Arbitration Appeals: How the Federal Courts Respond*, 13 Industrial Relations Law Journal 78, 102 (1991).

altresì, prevista l'impugnazione del lodo nel caso di vizi di forma dello stesso²²⁷.

Il lodo, si può, pertanto, impugnare più specificamente nei casi di: (1) difetto di giurisdizione; (2) grave negligenza e parzialità nello svolgimento della procedura da parte dell'arbitro; (3) errore grave o evidente irrazionalità della decisione; (4) violazione della legge e nello specifico delle regole di ordine pubblico; (5) vizi di forma.

Nel paragrafo che segue si analizzeranno i singoli motivi di impugnazione.

Par. 5.2 Il difetto di giurisdizione dell'arbitro

La motivazione utilizzata più di frequente dai tribunali per riformare o annullare un lodo arbitrale è rappresentata dal difetto di giurisdizione dell'arbitro.

L'arbitro "ignora" intenzionalmente (citazione *Warrior & Gulf*) una "clausola che esclude espressamente l'uso dell'arbitrato per la risoluzione di una determinata problematica"²²⁸, decidendo su questioni la cui trattazione è espressamente vietata dal contratto.

La giurisdizione dell'arbitro sussiste solo quando è presente una clausola compromissoria valida e vincolante. Pertanto, nel caso in cui l'accordo arbitrale non sia più in vigore tra le parti, ovvero sia stato raggiunto mediante una

²²⁷ Vedasi, per esempio, la critica del giudice Heaney ai suoi colleghi del caso *Trailways Lines, Inc. contro Trailways, Inc. Joint Council* (8° Circostrizione, 1987) in quanto era in disaccordo con la decisione di negare la riesamina "en banc" disse: "Il collegio respinge la sentenza dell'arbitro in quanto non trova il proprio fondamento nella contrattazione collettiva. Risulta, tuttavia, chiaro che il collegio ha agito in questo modo poiché in disaccordo con la formulazione [dell'accordo] fatta dall'arbitro".

²²⁸ *IBEW Local 278 contro Jetero Corp.* (5° Cir. 1974).

frode o non sia stato ratificato correttamente, il tribunale può annullare il lodo per carenza di giurisdizione da parte dell'arbitro ²²⁹.

Par. 5.3 Grave negligenza di una delle parti, parzialità dell'arbitro e irregolarità procedurali

Un altro motivo di riforma o annullamento di un lodo arbitrale, previsto dal FAA, è la cattiva condotta di una delle due parti, volta ad ottenere un lodo tramite “*la corruzione, la frode o l'abuso di potere*” [nel FAA, appendice J, § 10(a)].

A tale riguardo, va, tuttavia, segnalato che non vi sono molti casi di lodi arbitrali annullati o riformati per condotte gravemente negligenti delle parti, probabilmente, a causa delle oggettive difficoltà di provare tali circostanze. Si veda il caso Perry A. Zirkel and Peter D. Winebrake, *Legal Boundaries for Partiality and Misconduct of Labor Arbitrators*, 1992, *Detroit College of Law Review* 679.

Proseguendo nell'analisi, si legge che la norma prevista al paragrafo 10 (b) del FAA autorizza l'annullamento di un lodo per “*evidente parzialità o corruzione degli arbitri*”.

Anche in questa ipotesi, va precisato che casi di reale corruzione nel *labor o employment arbitration* non ve ne sono praticamente mai stati, perciò la “*evident partiality*” è la ragione più comune per impugnare il lodo in base alla regola 10(b).

Ciò nonostante, anche per la dimostrazione di questo motivo, la parte dovrà confrontarsi con una prova assai difficoltosa.

²²⁹ Textile Workers Union of America Local 1386 contro American Thread Co. (4° Cir. 1961).

L'*evident partiality* richiede ben più di una semplice "appearance" della parzialità, anche se non richiede il totale raggiungimento di una vera e propria prova dell'effettiva parzialità.

Si veda, ad esempio, il caso di un arbitro che abbia un rapporto personale o finanziario con una parte o con l'avvocato difensore di una delle parti; tali situazioni potrebbero far temere la parzialità dello stesso, ma per invalidare il lodo, occorre dimostrare l'esistenza di un nesso di causalità tra tali relazioni e una decisione parziale. Gli arbitri devono, chiaramente, attenersi alle norme del Codice di responsabilità professionale che impongono una rigida neutralità e obbligano gli stessi a rivelare ogni possibile fonte di pregiudizio.

Tuttavia, può sorgere una controversia interpretativa tra l'arbitro e la parte soccombente in merito a ciò che deve essere rivelato.

In questo caso, si dovrà, pertanto, tentare di bilanciare entrambi gli interessi in causa, tutelando sia l'interesse dell'arbitro a non dover rivelare tutto ciò che riguarda le sue relazioni personali e professionali, sia l'interesse della parte soccombente di sapere che la decisione presa non è stata determinata da fattori esterni alla causa.

In ultimo, la norma prevista al paragrafo 10 (c) del FAA autorizza un tribunale ad annullare un lodo a causa della cattiva condotta dell'arbitro che rifiuta, ad esempio, di rinviare "un'udienza", ovvero di valutare prove pertinenti o per "*ogni altro comportamento immorale che leda i diritti di una delle parti*".

Può, quindi, accadere che arbitro, in forza dell'ampia discrezionalità nel determinare se sia opportuno o meno rinviare "un'udienza", ponga in essere una condotta irregolare. Si veda, ad esempio il caso *Allendale Nursing Home, Inc. contro Local 1115 Joint Board* (S.D.N.Y.

1974) nel quale l'arbitro aveva negato un rinvio di "udienza" al rappresentante di una delle parti, costretto ad abbandonare "l'incontro" per motivi di salute.

In tale caso, il tribunale aveva ritenuto irregolare la condotta dell'arbitro, perché in violazione delle norme poste a tutela delle parti.

Diversamente, in altri casi, è concesso all'arbitro di rifiutare una richiesta di rinvio, ad esempio, se quest'ultima ha solo uno scopo dilatorio.

In ultimo, per quanto riguarda, la valutazione che deve compiere l'arbitro, circa la pertinenza al caso delle prove fornite dalle parti, la Corte Suprema ha stabilito che il lodo deve essere annullato solo in presenza di un errore "*talmente clamoroso da essere considerato una cattiva condotta, o intenzionale, così da configurare una condotta in malafede*", come era accaduto nel caso United Paperworkers International Union contro Misco, Inc. (S.Ct. 1987)).

Par. 5.4. Violazione delle previsioni di legge e in particolare delle regole di ordine pubblico

L'arbitro, nella propria decisione, deve tenere in considerazione l'applicazione e il rispetto delle norme di ordine pubblico.

I tribunali devono, pertanto, annullare o riformare qualsiasi decisione arbitrale che sostenga od ordini, ad una parte, l'esecuzione di un'obbligazione che configura una condotta illegale.

Nel caso UAW Local 985 contro W. M. Chace Co., (E.D.Mich. 1966) il tribunale adito dichiarò "*nessun giudice ordinerà ad una parte di adempiere ad una obbligazione, se per conformarsi al provvedimento del tribunale, la parte stessa deve commettere un crimine*"; ciò

veniva deciso “*nonostante le proteste della parte a cui è richiesto di porre in essere quella condotta*”.

A tale proposito, la Corte Suprema della California annullò un lodo, poiché contrario all'interpretazione data dalla Corte stessa a ciò che era considerato “*ordine pubblico*”.

Nel caso *Black v Cutter Laboratories* (Cai. 1955), il datore di lavoro aveva licenziato un dipendente verosimilmente perché membro del partito comunista.

L'arbitro, invece, aveva scoperto che il vero motivo del licenziamento era legato allo svolgimento dell'attività sindacale da parte del lavoratore.

Poiché lo svolgimento dell'attività sindacale non era una giusta causa di licenziamento e nessuna legge impediva ad un membro del partito comunista di lavorare, l'arbitro aveva ordinato al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore.

Tuttavia, la Corte della California, citando le leggi statali e federali che vietavano la possibilità dei membri del partito comunista di svolgere attività di qualsiasi genere, dichiarò che quelle leggi erano da considerarsi come leggi di ordine pubblico e pertanto sufficienti ad annullare l'ordine di reintegro del Signor Black “*in uno stabilimento che produce antibiotici utilizzati dai militari e civili*”.

Era chiaro in questo caso il contrasto tra l'arbitro e la Corte proprio in merito alla definizione di “ordine pubblico”.

Si veda il caso di un lavoratore licenziato per aver violato una norma sulla sicurezza sul lavoro che potenzialmente avrebbe potuto causare serie conseguenze al datore; l'arbitro, in questo caso, aveva stabilito che il licenziamento era privo di giusta causa, sia perché il lavoratore poteva essere “riabilitato”, sia perché il datore di lavoro non aveva irrogato la medesima sanzione ad altri lavoratori che avevano commesso infrazioni altrettanto

serie (E.I. DuPont de Nemours and Co. contro Grasselli Employees Independent Association of East Chicago, Inc. (7° Cir. 1986)).

Anche in questo caso, si nota una pericolosa diversità tra la valutazione dell'arbitro, circa le condotte da considerare in violazione delle norme di ordine pubblico, e quanto interpretato dall'organo giudicante.

Pertanto è lecito chiedersi, come deve svolgersi il controllo giurisdizionale del tribunale adito?

La violazione di una norma di ordine pubblico rende ogni provvedimento di reintegrazione inapplicabile?

Nei casi "Delta Air Lines" e "Iowa Electric" i due tribunali aditi avevano annullato entrambi i lodi nei quali erano state previste rispettivamente la reintegrazione di un pilota che aveva volato, dopo aver assunto alcolici, e di un addetto meccanico di una centrale nucleare che aveva disabilitato un sistema di sicurezza per anticipare la pausa pranzo.

Entrambi i tribunali dichiararono che le norme di ordine pubblico impedivano la reintegrazione dei due lavoratori.

Anche nel caso United States Postal Service contro American Postal Workers Union (1° Cir. 1984) un lavoratore era stato licenziato dopo una condanna per appropriazione indebita di fondi postali.

L'arbitro aveva ordinato la reintegrazione senza prevedere alcun rimborso (*back pay*), poiché il lavoratore aveva manifestato l'intenzione di restituire tutto il denaro di cui si era appropriato indebitamente e, in sette anni di servizio, non gli era mai stata irrogata alcuna sanzione disciplinare. La Corte di Appello dichiarò che il lodo violava le norme di ordine pubblico che prevedevano l'impossibilità di assumere lavoratori disonesti; si soffermava, inoltre, sul fatto che un'eventuale esecuzione del lodo avrebbe diminuito la fiducia degli altri lavoratori negli organi

giudiziari, che devono per loro natura garantire la parità di trattamento tra i cittadini. La Corte d'Appello annullò, quindi, il lodo.

Vi furono, però altri casi, in cui si giunse ad opposte conclusioni.

Un esempio tra tanti, è il caso Northwest Airlines, Inc. contro Air Line Pilots Association, International (D.C.Cir. 1987).

L'arbitro aveva ordinato la reintegrazione di un pilota, licenziato per violazione della norma imposta del datore di lavoro di non assumere bevande alcoliche nelle ventiquattro ore precedenti i voli. Tale norma era applicabile solo nel caso in cui il competente Ente Governativo, la Federal Aviation Agency, non avesse nuovamente attestato l'idoneità del pilota a volare.

La Corte di Appello dichiarò che l'ordine di reintegrazione doveva essere considerato legale, con esso, infatti, l'arbitro non aveva tentato in alcun modo di sostenere un comportamento illegale, in quanto il pilota era stato ritenuto idoneo al volo dall'Ente competente.

La problematica relativa alla definizione di quale condotta possa essere oggettivamente considerata in violazione di una norma di ordine pubblico rimane a tutt'oggi un ambito molto delicato.

I profili controversi che si possono, quindi, individuare riguardano, sicuramente, l'ampia e forse eccessiva discrezionalità dell'arbitro e la possibilità di consentire, in alcuni casi, il reintegrato di un lavoratore oggettivamente reo di una condotta, in violazione di una norma di ordine pubblico.

Par. 5.5 Le molestie sessuali

La più recente questione su cui viene posta l'attenzione nell'ambito della normativa giuslavorista è il tardivo riconoscimento legislativo e giudiziario delle molestie sessuali.

Nell'ultimo decennio, infatti, molte lavoratrici hanno dovuto sopportare le continue molestie sessuali da parte dei datori di lavoro, dei superiori o dei colleghi che, grazie a decisioni arbitrali discutibili, venivano reintegrati nel medesimo posto di lavoro, nonostante la condotta illecita.

Il percorso di assorbimento e di risoluzione di tale problematica, generò molte decisioni giudiziarie in contrasto tra loro²³⁰.

Per prima cosa, la giurisprudenza ritenne necessario comprendere quali motivazioni, facevano propendere un arbitro verso la decisione di reintegrare un lavoratore accusato di tale grave condotta.

²³⁰ MATTHEW W. FINKIN, *Modern Manorial Law*, 38 INDUS. REL. 127,133 (1999); ID. A counterargument might be that if discriminatory attitudes are deeply embedded in the community, jury-based decision making will reify those discriminatory attitudes - e.g., if the community finds it acceptable that women are sexually groped in the workplace, the antiharassment provisions of Title VII will be effectively nullified. See David Benjamin Oppenheimer, *Verdicts Matter: An Empirical Study of California Employment Discrimination and Wrongful Discharge Jury Verdicts Reveals Low Success Rates for Women and Minorities*, 37 U.C. DAVIS L. REV. 511, 560-66 (2003) (attributing lower success rates of women and minorities in part to juror bias). But judicial bias may be just as bad or worse, which augurs again for communal, rather than judicial, decision making. See *id.* at 558-60; THERESA M. BEINER, *The Elusive (but Worthwhile) Quest for a Diverse Bench in the New Millenium*, 36 U.C. DAVIS L. REV. 597,603-04 (2003).

A tale proposito, i tribunali, ad esempio, nel caso in cui l'arbitro, dopo un esame approfondito dei fatti, aveva valutato che il lavoratore non aveva effettivamente posto in essere le condotte illecite di cui era stato accusato, erano concordi nel ritenere legittimo il lodo e di non aver alcuna autorità per annullarlo.

In altri casi, però l'arbitro ordinava la reintegrazione del lavoratore, in quanto riteneva la sanzione del licenziamento troppo severa, anche in virtù della valutazione dell'anzianità di servizio del lavoratore, di un positivo stato di servizio o della possibilità di riabilitazione.

Dinanzi a tali posizioni, una parte dei tribunali ha ritenuto necessario tenere una linea dura in merito al controllo ed all'annullamento di lodi aventi tali contenuti.

Essi, infatti, hanno sostenuto che il licenziamento è l'unica risposta corretta alle molestie sessuali, rifiutando di accettare un lodo arbitrale che ordinava qualsiasi sanzione inferiore.

Nel caso *Newsday, Inc. contro Long Island Typographical Union*, n. 915 (2° Cir. 1990), la Corte di Appello dichiarò che un lodo che preveda la reintegrazione del lavoratore, fondato sulla severità del sanzione, viola le norme di ordine pubblico che vietano le molestie sessuali nel luogo di lavoro.

Tuttavia, in un caso simile, *Chrysler Motors Corp. contro International Union, Allied Industrial Workers of America* (7° Cir. 1992), un'altra Corte di Appello non annullò il lodo che aveva previsto la reintegrazione di un lavoratore che aveva molestato una collega di lavoro. L'arbitro aveva ritenuto che una sanzione altrettanto severa, ma diversa dal licenziamento, avrebbe potuto prevenire future molestie.

Il divario giurisprudenziale, che si è configurato, fa emergere le oggettive difficoltà dei tribunali nel corretto

svolgimento dell'attività di controllo giurisdizionale dei lodi.

Gli *standards* di controllo dovrebbero essere sempre gli stessi ed i tribunali dovrebbero revocare i lodi che giustificano o non sanzionano correttamente condotte illecite; ciò, però non sempre accade.

Par. 5.6 I vizi formali del lodo

L'ultima delle ragioni di controllo giudiziario della decisione arbitrale ha una natura diversa rispetto alle motivazioni sino ad ora esaminate e riguarda i vizi formali del lodo stesso.

La decisione arbitrale, per esempio, se non fornisce alcuna soluzione alla questione sottoposta al vaglio dell'arbitro o se risulta di difficile comprensione, può essere annullata, anche se viene spesso prevista la possibilità di rinvio all'arbitro per la riscrittura del lodo.

Si è, comunque, appurato che le impugnazioni fondate sulla presenza di vizi formali nel lodo raramente vengono accolte. Di solito i tribunali cercano di trovare un modo per dare un senso al giudizio dell'arbitro, così da impedirne l'annullamento solo per un vizio formale (International Union of Petroleum Workers contro Western Industrial Maintenance, Inc. (9° Cir. 1983); Sheet Metal Workers International Association, Local Union n. 420 contro Kinney Air Conditioning Co. (9° Cir. 1985)).

INDICE BIBLIOGRAFICO

- ADAMS M., *Compulsory Arbitration of Discrimination Claims and the Civil Rights Act of 1991: Encouraged or Proscribed?*, 44, *Wayne Law Review* 1619 (1999);
- ALLEVA, *Per una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori*, in www.judicium.it, 2010, I, 365.
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. IV, III ed., Napoli, 1964, 746.
- AUERBACH, *Sulle radici del movimento ADR, Justice Without Law?*, New York-Oxford, 1983, 1.
- AULETTA, *Le impugnazioni del lodo nel «Collegato lavoro»*, in *Riv. arb.* 10, 4, 563.
- BALES, *A New Direction For American Labor Law: Individual Autonomy and the Compulsory Arbitration of Individual Employment Rights*, 30 *Hous. L. Rev.* 1863 (1994).
- BALES, *Compulsory Arbitration: The Grand Experiment In Employment*, 1-2 (1997).
- BALES, *Contract Formation Issues In Employment Arbitration*, 44 *Brandeis L.J.* 415 (2006).
- BALES, *The Discord Between Collective Bargaining And Individual Employment Rights: Theoretical Origins And A Proposed Solution*, 11 *B.U. L. Rev.* 687 (1997).
- BALLESTRERO, *Perturbazioni in arrivo. I licenziamenti nel decreto legislativo 1177*, in *Lav. e dir.*, 2009, 3.
- BARBIERI - BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Cedam, Padova, 346.

BARONE, *Gli arbitrati e le conciliazioni stragiudiziali*, Bologna, 1987, 220.

BERLINGUER, *La compromettibilità degli arbitri*, I, Giappichelli, Torino, 95.

BERNARDINI, *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001. 40.

BERTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla legge 4 novembre 2010 n. 183*, in Riv. Dir. Proc., 2011, 834.

BIAVATI, *Art. 808 ter c.p.c.*, in F. Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Zanichelli, Bologna, 2007, 174.

BINGHAM L., *Employment Arbitration: The Repeat Player Effect*, 1997, Employee Rights And Employment Policy Journal 1, 189-220.

BLACKMAN P., *Arbitration Suit Asserts Constitutional Arguments*, NAT'L L.J., Feb. 27, 1995, at B2.

BOCCAGNA, *Artt. 412-ter e 412-quater*, in AAVV, *Riforma dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in Nuove leggi civ. comm. 1999, 1573.

BORGHESI, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, in A. Vallebona (a cura di), *Il diritto processuale del lavoro*, Padova, 2011, 660.

BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "Collegato lavoro"*, in www.judicium.it, par. 1.

BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, 834.

BORGHESI, *L'arbitrato in materia di lavoro*, in *Lav. Giur.*, 1995, 993.

BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova, 2001, 291.

BORGHESI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n. 1441 quater*, in *Lav. Dir.*, 2009, 13.

BORGHESI, *Un nuovo statuto per l'arbitrato irrituale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 812.

BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, www.judicium.it, par. 4, 13.

BOVE, *Art. 808 ter c.p.c.*, in S. Menchini, *Riforma del diritto arbitrale*, in *Nuov. Leg. Civ. comm.*, 1160.

BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel collegato lavoro*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2011, 150.

BOVE, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. Arb.*, 2005, 885.

BOVE, *La giustizia privata*, Cedam, Padova, 2009, 244.

BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Il nuovo processo civile*, BOVE - CECHELLA, Milano, 2006, 66.

BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 1201.

BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. Arb.*, 1999, 409.

BRIGUGLIO - FAZZALARI - MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Commentario, Milano, 1994, 80;

BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2003, 81.

CAMPAGNOLA, *Il compenso degli arbitri nella più recente giurisprudenza: qualificazione giuridica a quantificazione*, in Riv. Arb., 1993, 553.

CANALE, *Arbitrato e “Collegato lavoro”*, in www.judicium.it, par. 1.

CAPONI, *L'arbitrato amministrato della Camere di Commercio in Italia*, in Riv. Arb., 2000, 663.

CAPPONI, *L'arbitrato in materia di lavoro dopo le riforme del 1998*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni VERDE, 571.

CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in Rtdpc, 1991, 389.

CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in Riv. Arb., 2002, 22.

CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, pp. 272.

CECHELLA, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in Mass. Giur. lav., 1999, 179.

CENTOFANTI, *Le nuove norme, non promulgate, di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, in Lav. giur. 10, 4, 329.

CHIARLONI, *Prime riflessioni su riforma del pubblico impiego e processo*, in Corr. giur., 1998, 625 ss.

CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, in Studi offerti a Giovanni Verde, Napoli, 2010, 196.

CINELLI-FERRARO, *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010 n. 183 (collegato lavoro)*, a cura di Cinelli-Ferraro, 2011, 57.

COBEN - THOMPSON, *Mediation Litigation Trends: 1999-2007*, In 1 World Arbitration & Mediation Review, 2007, 395.

COHEN, *Debating the Globalization of U.S. Mediation*, in Harvard Negotiation Law Review, 2006, 300.

COLVIN A. J. S., *An Empirical Study Of Employment Arbitration: Case Outcomes And Processes*, 1 March 2011, Journal Of Empirical Legal Studies 8 (1), 1–23.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2010, 144.

COOPER L., NOLAN D., BALES, *Adr In The Workplace* (2005), 70.

CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, 2010, 186.

CORAZZA, *In search of Industrial Self-Regulation or Efficient Settlement of Employment Disputes? The case of Italian Arbitration Reform*, in Comparative Labor Law and Policy Journal, 2012, 235.

CORSINI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: note sull'impugnazione del lodo ex art. 412-quater c.c.*, in Il lav. nella giurispr., 2000, 12.

CORVINO-TIRABOSCHI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in www.adapt.it, del 7 aprile 2010, 4.

COSTANTINO, *Opinioni sul "Collegato lavoro"*, in Dir. Lav. rel. Ind., 2011, 28.

CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 414.

DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 40.

DE ANGELIS, *Uno sguardo di conciliazione e arbitrato nella l. n. 183/2010*, in QL, 11.

DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in Lav. giur. 11, 1, 57.

DEL PUNTA, in A. BARBA – G. COSTANTINO – L. DE ANGELIS – R. DEL PUNTA – L. NOGLER, *Opinioni*, in Giorn. Dir. Lav. rel. Ind., 2011, 146.

DELLA NOCE, *Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference*, in 17 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2002, 545.

DENNIS R. NOLAN, *Labor and Employment Arbitration*, 2007, St. Paul, Minn., 50.

DICK G., *Arbitration: An Industry Faces Its Critics*, 13 ALTERNATIVES 32 (Mar. 1995).

DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in Il contenzioso del lavoro, a cura di Cinelli-Ferraro, Torino, 2011, 109.

EIGEN, ZEV J. e LITWIN, ADAM SETH, *A Bicephalous Model of Procedural Justice and Workplace Dispute Resolution* (January 1, 2012). Northwestern Law & Econ Research Paper No. 11-21; A.&E. Plastik Park Co. v. Monsano Co., 396 F.2d 710, 716 (9th Circ. 1968);

American Safety Equip. Corp. v J.P. Maguire & Co., 391 F.2d 821, 827-28 (2d Cir. 1968).

FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974, 220;

FALASCA, *Collegato lavoro: le modifiche della Camera all'arbitrato irrituale*, in Guida al lavoro e in Sole 24 ore 10, 19, 1.

FALAZZARI, *I processi arbitrari nell'ordinamento italiano*, in Riv. Dir proc., 1968, 459.

FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, in Riv. Arb., 1993, 585.

FERRARO, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: la conciliazione*, in RDSS, 2010, 313.

FINKIN M. W., *Modern Manorial Law*, 38 INDUS. REL.

FINKIN M. W., *An Empirical Study of California Employment Discrimination and Wrongful Discharge Jury Verdicts Reveals Low Success Rates for Women and Minorities*, 37 U.C. DAVIS L. REV. 511, 560-66 (2003).

FINOCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001, 112.

FISHER-URY, *L'arte del negoziato* (1981), Milano, 1995, 35.

FLAMMIA, *Arbitrato e conciliazione in materia di lavoro*, in Enc. Giur., Roma, 2000, II, 3.

FLAMMIA, *Conciliazione ed arbitrato nel rapporto di lavoro privato*, in AA.VV. Conciliazione ed arbitrato nelle controversie individuali di lavoro, Atti dell'incontro di

studi tenutosi a Roma il 20 marzo 2001, NGL-Saggi, n. 3, Roma, 2001.

FODDAI, *Lo spazio della mediazione*, Milano, 2003, 14.

GIACOBBE, *Le prestazioni delle parti nel contratto di arbitrato. In particolare: la liquidazione giudiziale del compenso agli arbitri ed i limiti al potere di cognizione del Presidente del Tribunale, adito ai sensi dell'art. 814, comma secondo, cod. proc. civ.*, in Riv. Trim. Appalti, 1996, 708.

GIUGNI, *I limii legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in Riv. Dir. Lav., 1958, I, 15.

GIULIANI, *Interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 1, Torino, 1982, 218.

GOLDBERG – SANDER - ROGERS, *Dispute resolution. Negotiation, mediation and Other Process*, Aspen Law & Business, 1999; American Bar Association, Standing Committee On Dispute Resolution, *Alternative dispute resolution: an ADR primer*, Washington, 1989.

GRANDI, *Arbitrato e processo. Profili di qualificazione degli arbitrati irrituali in materia di lavoro*, in Arg. dir. lav., 1999, 595.

GRANDI, *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1991, I, 428.

HALL K. L., *The magic mirror. Law in american history*, New York-Oxford, 1989, 46.

HALVERSON K., *Arbitration and the Civil Rights Act of 1991*, 67 University of Cincinnati Law Review 445 (1999).

HILL E., *Due Process at Low Cost: An Empirical Study of Employment Arbitration Under the Auspices of the American Arbitration Association*, 18 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. III, 779-80 (2003).

KAUFMANN S. – CHANIN A., *Directing the Flood: The Arbitration of Employment Claims*, 10 LAB. LAW. 17 (1994). But see *Lamdin v. District Court*, 1995 WL 593009 (Colo. Oct. 10, 1995).

LA CHINA, *L'arbitrato nell'esperienza del sistema*, 1995, 62.

LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007, 240.

LEROY – FEUILLE, *The Steelworkers Trilogy and Grievance Arbitration Appeals: How the Federal Courts Respond*, 13 Industrial Relations Law Journal 78, 102 (1991).

LEVIN, R.R. WHEELER, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, St.Paul, Minn., 1979;

LEVONI, *Prime note alla legge del 30 luglio 1984, n. 399 sulle modificazioni di competenza*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1984, 1197.

LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in Riv. Arb., 1995, 15.

LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, V, Milano, 2009, 356.

LUISO, *L'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro dopo la riforma del 1998*, in Riv. arb. 1999, 42.

LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, in www.judicium.it, par. 3.

LUISO, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in Riv. arb., 1994, 499.

MAGRINI, *La "piccola riforma" della conciliazione e dell'arbitrato*, in Dir. e prat. del lav., 1998, n. 24, 1591.

MAMMONE, *L'arbitrato*, Milano, 2003, Giuffrè, 2.

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, ed. XVIII, Torino, 2006, vol. III, 387.

MARTINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, Torino, 2002, 103.

MARTINO, *Giudizio equitativo e "principi informativi della materia": continua la contesa tra la Consulta e la Suprema Corte*, in Rass. dir. civ., 2005, 986.

MASSI, *Il collegato lavoro*, www.dplmopdena.it, 42.

MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, in Riv. Arb., 2005, 850.

MIRANDA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione e l'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro*, Padova, 2005, 91.

MISCIONE, *Il collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in Lav. giur. 11, 1, 5-7.

MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, ed. III, Padova, 2002, 821.

MONTELEONE, *Il nuovo assetto dell'arbitrato*, in Corr. Giur. n. 8/1994, e Studi Montesano, I, Padova, 1997, 641.

MONTELEONE, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro, ovvero esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 2001, 43.

MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, IV ed., II cap. Padova, 2007, 9-10.

MONTESANO, *Domanda e questioni nei giudizi arbitrali*, in Riv. Dir. Proc. Civ., 2000, 621.

MONTESANO, *Negozio e processo nel nuovo arbitrato*, in riv. Dir. Proc., 1984, 214.

MONTESANO, *Sugli effetti e sull'impugnazioni del lodo nella recente riforma dell'arbitrato irrituale*, Foro.it, 1983, V, 160.

MONTESANO, *Sui «principi regolatori della materia» nel giudizio di equità*, in Foro.it, 1985, V, 21.

MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, 80.

MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1920, III, 56.

MOTTO, *Commento all'art. 806 c.p.c.*, in Briguglio-Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, Padova, 491.

MURONI, *Arbitrato in materia di lavoro*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno ed internazionale*, a cura di Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo, Padova, 2010, 396-397.

MURONI, *La nuova disciplina dell'arbitrato in materia di lavoro*, in *Corr.giur.* 1998, 139,

NAPOLI, *La riforma degli assetti contrattuali nelle intese tra le parti sociali*, Jus, 2009, 443.

PERA, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento secondo lo Statuto dei Lavoratori*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1971, 1284.

PESSI A., *Gli arbitrati in materia di lavoro*, Napoli, 2012, 164.

PIVETTI, *La tentata elusione del diritto del lavoratore ad avere un giudice*, in Riv. Giur. Lav., 2011, 168.

PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, Padova, 2003, 118.

POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in American Bar Association Reports, n. 29, 1906.

PUNZI, *Arbitrato. I) Arbitrato rituale e irrituale*, ed. II, in Enc. Giur., Vol. II, Roma, 1995, 3.

PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 103 e 488; II, 117-171.

PUNZI, *L'arbitrato in materia di lavoro: fonti e impugnazioni*, in Mass. G. lav. 10, 352.

PUNZI, *L'arbitrato per la soluzione delle controversie di lavoro*, in Riv. Dir. Proc., 2011, 14.

PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in Riv. Dir. Proc., 1983, 78.

QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1974, 326.

REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, III, p. 454.

RICCI, *Dalla transigibilità alla disponibilità del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in Riv. Arb., 2006, 265.

RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 2003, 524.

RICCI, *Modificazione alla disciplina dell'arbitrato*, in *Leggi Civili commentate*, 1983, 733.

ROCCELLA, *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in QL, n. 8, 9.

RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in Riv. Dir. Proc, 2002, 140.

RUFFINI, *Patto compromissorio*, in Riv. Arb. 2005, 711.

RUFFINI, *sub. art. 806 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, ed. IV, Milano, 2010, III, 1537.

RUFFINI, *Sulla distinzione tra arbitrato "rituale" e arbitrato "irrituale"*, in Riv. Arb., 2002, 756.

SALVANESCHI, *Il nuovo arbitrato in materia di lavoro*, in Riv. Dir. Proc. 1999, 44.

SAMUEL ESTREICHER, *Saturns for Rickshaws: The Stakes in the Debate over Pre-dispute Employment Arbitration Agreements*, 16 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 559, 563-64 (2001).

SANDER F., *Varieties of Dispute Processing*, 70 F.R.D. 111, 1976.

SANDER, *Address Before the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: Varieties of Dispute Processing*, in 70 Federal Rules Decisions, 1976, 111.

SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, ed. XIII, Padova, 2000, 879.

SATTA, *Commentario al c.p.c. IV, 2*, Milano, 1971, 167.

SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, 1993, Milano, 50.

SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 397.

SGARBI, *Gli arbitrati in materia di lavoro dopo il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, in *Lav. giur.*, 1998, 457.

SILVESTRI, *Osservazione in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 1, 321.

SPAGNUOLO VIGORITA, FERRARO, “*Sanzioni disciplinari*”, in AA.VV: *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, Milano, 1975, 196.

SPEZIALE, *I limiti della giustiziabilità dei diritti nella riforma del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2011, 26.

SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il “Collegato lavoro”*, in www.judicium.it, 2011, par. 9, 35.

STEPHEN J. WARE, *Contractual Arbitration, Mandatory Arbitration, and State Constitutional Jury-Trial Rights*, 38 U.S.F. L. REV. 39,43-44 (2003).

STERNLIGHT J., *Mandatory Binding Arbitration and the Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial*, 16 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 669, 711-34 (2001).

STERNLIGHT J., *The Rise and Spread of Mandatory Arbitration as a Substitute for the Jury Trial*, 38 U.S.F. L. REV. 17, 38 (2003).

STOLFA-VENEZIANI, *Arbitrato nel diritto del lavoro*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, Torino, 1987, I, 218.

TIMELLINI, *I margini di operatività riconosciuti al principio di equità alla luce della legge n. 183/2010*, IN F. BASENGHI - A.RUSSO, *Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti*, Contributi sulla legge n. 183/2010, Collana Fondazione Marco Biagi, n. 1, Giappichelli, Torino, 2012, 95.

- TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro: la riforma nel collegato*, in I supplementi di Guida al diritto – Collegato lavoro, Il sole 24 ore, Milano, 2010, 8.
- TIRABOSCHI, *Gli equivoci sull'arbitrato*, www.adapt.it, par. 1.
- TISCINI, *Nuovi (ma non troppo) modelli di titolo esecutivo per le prestazioni derivanti dal contratto di lavoro: il verbale di conciliazione stragiudiziale dopo il restyling della l. n. 183/2010 (c.d. Collegato Lavoro)*, in www.judicium.it, 2010, Par. 1.
- TORIELLO, *Liquidazione del compenso*, in *L'arbitrato, profili sostanziali*, a cura di ALPA, Torino, 1999, 523.
- TOTA, *Commento all'art. 808 ter c.p.c.*, in BRIGUGLIO - CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, Padova, 545.
- TREU, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione e arbitrato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2003, I, 87.
- TREU, *Passi in avanti sull'arbitrato*, in *Contratti e contrattazione collettiva* 10, 5, 1.
- TRISORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in www.judicium.it, par. 1
- VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 752.
- VALLEBONA, *Il collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *Mgl*, 2010, 906.
- VALLEBONA, *L'arbitrato irrituale per le controversie di lavoro*, in *Mass, giur. Lav.*, 2010, 362.

- VALLEBONA, *L'impugnazione del lodo arbitrale in materia di lavoro*, in ADL, 2000, 79.
- VAN WEZEL STONE K., *Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights: The Yellow Dog Contract of the 1990s*, 73 DENV. U. L. REV. 1017, 1036-49 (1996).
- VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema di diritto processuale civile*, Milano, 1971, 270.
- VENEZIANI, *Voce Arbitrato nel diritto del Lavoro*, in Dig. Comm., I, Torino, 1987, 216.
- VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, 93.
- VERDE, *Sulla natura dell'arbitrato nelle controversie di lavoro e sulla decorrenza del termine di impugnazione del lodo*, in *Sull'arbitrato*, Studi offerti a Giovanni Verde, Napoli, 2010, 871.
- VERDE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in *Problemi attuali dell'arbitrato irrituale*, a cura di Quadri, Napoli, 1994, 81.
- VERDE, *Arbitrato irrituale*, in Riv. Arb. 2005, 665.
- VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di VERDE, Torino, 1997, 90.
- VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 46.
- VERDE, *Profili del processo civile*, 2. Processo di cognizione, II ed., Napoli, 2000, 359.
- VIGORITI, *La frequente evenienza: problemi del contenzioso sui compensi degli arbitri*, in www.judicium.it, par. 1.

WARE S., *Arbitration Clauses, Jury Waiver Clauses and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights*, 67 LAW & CONTEMP. PROBS. 167, 167-70 (2004).

WHITE R., *Arbitration and the Administrative State*, 38 WAKE FOREST L. REV. 1283, 1289 n. 35 (2003).

ZOPPOLI, *Certificazione del contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, 2010, www.judicium.it 23.

NAPOLI, *La riforma degli assetti contrattuali nelle intese tra le parti sociali*, Jus, 2009, 443.

SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, 1993, Milano, 50.

CORAZZA, *In search of Industrial Self-Regulation or Efficient Settlement of Employment Disputes? The case of Italian Arbitration Reform*, in Comparative Labor Law and Policy Journal, 2012, 235.