



MAURO BOVE

Modifiche processuali per le liti di lavoro nella riforma Cartabia*

L'autore ripercorre le modifiche che la riforma Cartabia ha messo a punto per le controversie di lavoro. Descritte le nuove norme sul rito dei licenziamenti, ci si sofferma con maggiore approfondimento sulla possibile conciliazione delle liti nel percorso dato dalla negoziazione assistita, anche in confronto agli altri strumenti stragiudiziali previsti dalla legge. Si conclude, quindi, accennando ad altri aspetti, tra i quali in particolare la compatibilità col rito del lavoro della sostituzione dell'udienza col deposito di note scritte.

The Author analyzes the changes to the Labour Law Procedure introduced by the "Cartabia Reform of law". First, he examines the new rules on dismissal process. Then he deepens the topic of the possible conciliation of the dispute in the within of the assisted negotiation and the other extrajudicial instruments regulated by the law. Finally, he analyses other questions, including in particular if, in the Labour Law Procedure, it's possible to replace trial hearing with written notes

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le controversie relative ai licenziamenti. – 3. La negoziazione assistita. – 4. Coordinamenti o adeguamenti a modifiche intervenute nel processo dichiarativo ordinario. – 5. Norme di carattere generale interessanti per le liti di lavoro: udienze da remoto e cartolari nel processo del lavoro.

1.Introduzione

Diverse sono le modifiche che la c.d. riforma Cartabia ha apportato in materia di liti di lavoro. Alcune sono specificamente riferite alle controversie di lavoro, altre sono anche riferite a tale settore, ma rappresentano modifiche di coordinamento o al più adeguamenti consequenziali a modifiche apportate al processo dichiarativo ordinario, altre infine derivano da cambiamenti di carattere più generale, che si ripercuotono sulla giustizia del lavoro, ma senza che il legislatore lo abbia esplicitato.

2. Le controversie relative ai licenziamenti

Partendo dal primo insieme di modifiche, distinguiamo gli interventi che hanno toccato le controversie relative ai licenziamenti da quelle hanno riguardato la negoziazione assistita.

Nel primo ambito abbiamo nel codice di procedura civile tre norme nuove: 1) l'art. 441-*bis* sulle controversie in materia di licenziamento con richiesta di reintegra nel posto di lavoro, 2)

* Scritto tratto da un seminario tenuto ad Arezzo il 19 aprile 2024, nell'ambito di un corso su *Il diritto del lavoro e i suoi "protagonisti"* organizzato dagli Avvocati Lavoro Toscana.

l'art. 441-ter in merito alle controversie di licenziamento di soci di cooperativa, 3) l'art. 441-quater per le controversie sui licenziamenti discriminatori.

In queste previsioni si vuole, per un verso, rivalutare il rito del lavoro e, per altro verso, viste le dispute precedenti, trovare delle semplificazioni procedurali in situazioni discutibili nelle quali potevano emergere competenze dubbie e pluralità di riti possibili.

Partendo dall'osservazione dell'art. 441-bis c.p.c.¹, è evidente come in esso si superi la situazione caleidoscopica precedente per cui al fine dell'impugnativa dei licenziamenti il lavoratore doveva: 1) proporre ricorso secondo il rito Fornero per liti attinenti a rapporti nati prima del 7 marzo 2015, 2) proporre ricorso secondo il rito del lavoro per liti relative a rapporti sorti dopo il 7 marzo 2015, con applicazione delle tutele del *Jobs Act* (d.lgs. n. 23/2015).

Con la nuova norma si abroga il rito Fornero², per cui sono assoggettate al rito del lavoro tutte le cause in materia di licenziamento, sia che venga richiesta la tutela reale fornita dalla reintegra sia che venga richiesta la tutela per equivalente.

A prescindere dalla bontà o meno della fattura di quello che era il c.d. rito Fornero, e, quindi, a prescindere dai dubbi interpretativi che suscitava o dalla sua efficacia in concreto, con questa scelta il legislatore ha preferito fondarsi su un'idea che a me pare condivisibile. Ossia: se in certi casi il sistema esige una particolare efficienza, una rapidità di soluzione che è anche possibile ottenere in virtù del tipo di conflitto, l'obiettivo non si raggiunge prevedendo un rito diverso da quello che potremmo definire come "normale", quanto piuttosto organizzando il lavoro in modo diverso.

Ovviamente di questa scelta l'interprete deve solo prendere atto. A me resta solo da aggiungere che, se forse il risultato di un lavoro efficiente dipende (anche) dal tipo di rito, qui quello del lavoro appunto, che è generalmente ritenuto un buon rito, io credo, piuttosto che in prospettiva quell'idea di fondo dovrebbe essere sposata sempre. Invero, a me sembra che, uscendo dal settore delle cause di lavoro, sia del tutto irragionevole l'opinione, da tempo accreditata dalla dottrina e dal legislatore, secondo la quale si dovrebbero celebrare riti diversi a seconda del tipo di controversia. In particolare credo che sia del tutto irragionevole disciplinare due riti diversi, a seconda della semplicità o meno della lite, perché in concreto il tempo necessario per giungere alla decisione, rimanendo all'interno di un solo tipo di percorso, può essere più o meno lungo in base al lavoro da svolgere. Insomma, la distinzione

¹ Vedi LUISO, *Il nuovo processo civile*, Milano 2023, 254-255; D. DE SANTIS, *Il processo del lavoro e l'impugnazione del licenziamento*, in *La riforma del processo civile* a cura di Dalfino, Padova 2022, p. 347 ss.; POLISENO, *I giudizi di impugnazione dei licenziamenti dopo la riforma Cartabia*, in *Il giusto processo civile 2023*, p. 1111 ss.; MENGALI, *Controversie relative ai licenziamenti*, in *Il processo civile dopo la riforma* a cura di Cecchella, Bologna 2023, p. 205 ss.; MOLINARO, *Le controversie in materia di lavoro*, in *Manuale breve della riforma Cartabia* a cura di Passanante, Milano 2024, p. 209 ss.

² Sul quale molto è stato scritto: basti qui il rinvio alla panoramica generale in TRISORIO LIUZZI, DALFINO, *Manuale del processo del lavoro*, Bari 2021, p. 243 ss. ed ivi citazioni.

tra rito ordinario secondo gli articoli 163 ss. c.p.c. e rito semplificato secondo gli articoli 281-*decies* ss. c.p.c. è solo fonte di complicazioni, senza avere alcuna base razionale.

Tornando all'art. 441-*bis* c.p.c., si rileva come in esso siano previste due disposizioni specifiche da applicare quando l'impugnativa del licenziamento mette in gioco la reintegra³. Insomma, è vero che le cause di licenziamento sono tutte trattate e decise secondo il rito del lavoro. Ma quando in esse è in gioco la tutela specifica (la reintegra) emergono le seguenti previsioni particolari.

La prima: il giudice, letto il ricorso, può ridurre i tempi del procedimento fino alla metà. Fermo restando che il convenuto deve conoscere della domanda 20 giorni prima dell'udienza, è possibile che egli debba costituirsi 5 giorni prima di essa. Così il convenuto può avere 15 giorni per preparare l'atto e non i 20 giorni previsti dall'art. 416 c.p.c.

La seconda: le impugnative di licenziamento che mettono in gioco la reintegra sono trattate e decise in una corsia preferenziale, con giorni riservati nel calendario delle udienze. A questa previsione si collega pure l'art. 144-*quinquies* disp. att. c.p.c., che vorrebbe dare effettività a quella preferenza e che si collega alle normative sulla gestione degli uffici giudiziari con le quali si vorrebbe favorire l'efficienza organizzativa, a prescindere dalle norme che disciplinano propriamente i percorsi processuali.

Vedremo con l'esperienza quanto un simile approccio sarà funzionale all'obiettivo. Certo è che, in astratto, esso suscita delle perplessità.

In primo luogo sul suo campo di applicazione, rilevando come, se questa corsia preferenziale dovrebbe valere solo per le domande che richiedono la reintegra, potrebbe sempre emergere il problema a fronte di quelle domande che tale reintegra richiedono in modo strumentale. Né si possono dimenticare le domande dipendenti da quella di reintegra, per le quali dovrebbe pur rimanere l'esigenza della corsia preferenziale. Inoltre, non si vede quale possa essere l'eventuale conseguenza per il caso che tutte le misure organizzativo-gestionali non siano rispettate.

Pertanto, se è vero che con tali previsioni si vorrebbe anche sfavorire l'accesso alla tutela cautelare *ante causam* (ad esempio per via dell'art. 700 c.p.c.), vista la celerità della trattazione, è anche vero che in nulla è cambiata l'azione cautelare in questa materia, né nei suoi presupposti né nelle forme, tra le quali si ricordi la possibilità di ottenere il provvedimento anticipatorio di reintegra *inaudita altera parte*.

Quindi che l'auspicio si realizzi è tutto da vedere! Mentre più probabile è che, dovendo assicurare la corsia preferenziale a queste cause, le altre ritardino.

Resta una particolare attenzione per le domande ulteriori dell'attore ovvero riconvenzionali del convenuto, oltre che per quelle da e verso terzi interventori. Cade lo sfavore precedente,

³ A tal proposito si accenna al fatto che di recente C. Cost. 22 febbraio 2024 n. 22, in *Guida al diritto*, 2024, fasc. 10, 34, ha allargato la possibilità della reintegra intervenendo sull'art. 2, comma, del d.lgs. n. 23/2015 (il c.d. *Jobs act*).

peraltro espresso con una disposizione che aveva dato motivi di dubbio, dato che si parlava di una impossibile identità di fatti, ed indotto a proporre una chiave di lettura ampliativa, che rendeva ammissibili almeno le domande conseguenti alla cessazione del rapporto di lavoro. Oltretutto, poteva anche essere dubbia la sorte delle domande connesse non ammesse, perché, se per le riconvenzionali si prevedeva la separazione⁴, per quelle ulteriori (rispetto alla domanda di reintegra) proposte dall'attore sembrava che il giudice dovesse disporre il rigetto in rito⁵. L'interpretazione ragionevole per cui al più per le domande connesse si dovesse disporre sempre la separazione e non certo il rigetto (sia per le riconvenzionali sia per le ulteriori domande proposte dall'attore) è stata ora esplicitata nell'art. 441-*bis*, comma 4, c.p.c. Infine, come accadeva già prima alla luce di quella ragionevole interpretazione, è ovviamente lasciata al giudice la valutazione in ordine al se mantenere il simultaneo processo ovvero separare le cause, valutazione per la quale conta il tipo di connessione tra cause, come in generale si ritiene alla luce dei principi vigenti per il simultaneo processo dichiarativo. Per cui il cumulo sarà da preferire in caso di connessioni per subordinazione, alternatività o pregiudizialità-dipendenza, ipotesi nelle quali il simultaneo processo è strumento di coordinamento tra le decisioni, mentre la separazione sarà ipotizzabile per situazioni avvicinabili ai casi che rientrano nell'art. 103 o nell'art. 104 c.p.c., norme nelle quali appunto di separabilità si parla, in quanto il simultaneo processo risponde solo ad una esigenza di economia processuale.

Venendo all'art. 441-*ter* c.p.c., qui si prevede che causa associativa e causa di lavoro possano essere cumulate di fronte al giudice del lavoro col rito del lavoro. La norma interviene in un settore nel quale emerge un vero ginepraio di problematiche sostanziali e processuali, alle quali posso ora fare solo qualche rapido cenno⁶.

Sul piano sostanziale si tenga presente che abbiamo due rapporti giuridici, quello associativo e quello di lavoro, collegati negozialmente in termini unilaterali⁷. Ossia, almeno secondo l'opinione comune, abbiamo che il rapporto associativo è pregiudiziale a quello di lavoro, per cui questo cade se cade quello (art. 9 della legge n. 30/2003), mentre la caduta del rapporto di lavoro non implica necessariamente la caduta del rapporto associativo, per cui potrebbe anche rimanere in vita il rapporto associativo nonostante la cessazione del rapporto di lavoro.

⁴ Vedi l'art. 1, comma 56, nella legge n. 92 del 2012.

⁵ Nel medesimo luogo normativo vedi il comma 51.

⁶ Tra precedenti normative ed attuale riforma si vedano: LUISO, *op. cit.*, p. 256-257; BUONCRISTIANI, *Esclusione o licenziamento del socio lavoratore di cooperativa?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, p. 1331 ss.; Id, *Estromissione del socio lavoratore: come la disciplina sostanziale cerca di plasmare quella processuale e viceversa*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*; D. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 350 ss.; POLISENO, *op. cit.*, p. 1124 ss.; MENGALI, *Profili processuali in tema di esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa dopo l'intervento delle sezioni unite*, in *Il giusto processo civile* 2019, p. 219 ss.; Id, *Controversie relative ai licenziamenti* cit., p. 219 ss.; MOLINARO, *op. cit.*, p. 217 ss.

⁷ La c.d. teoria dualistica viene affermata con legge n. 142/2001.

Insomma, almeno così sembrerebbe dal punto di vista della cessazione dei rapporti, si può rimanere soci senza più essere dipendenti, ma non si può rimanere dipendenti dopo che non si è più soci.

Pertanto, sempre sul piano sostanziale, si tenga presente che le ragioni che portano alla cessazione dell'uno non sono necessariamente le stesse che portano alla cessazione dell'altro: è possibile, ma non è detto! Oltretutto, dovrebbe aversi che l'atto che comporta la cessazione dell'uno sia formalmente diverso dall'atto che comporta la cessazione dell'altro, non solo nelle eventuali motivazioni, ma anche nei rispettivi regimi giuridici.

La delibera di esclusione del socio è cosa diversa dall'atto di licenziamento. Si pensi solo al profilo della reazione da parte dell'interessato: la delibera di esclusione del socio è disciplinata dall'art. 2533 c.c., dalla cui lettura si ricava sia quando si può adottarla sia come la si impugna, mentre l'atto di licenziamento è impugnabile nel duplice termine decadenziale, il primo di 60 gg. per l'impugnazione stragiudiziale ed il secondo di successivi 180 gg. per la domanda giudiziale o arbitrale o l'accesso ad un percorso negoziale disciplinato.

Prima della riforma Cartabia da questo quadro derivava la possibilità di una distinzione anche dal punto di vista dei percorsi processuali da seguire, dovendo, almeno in linea di principio, "naturalmente" attribuirsi al giudice del lavoro la causa di licenziamento ed al tribunale delle imprese la causa associativa, fatta salva la costruzione di spazi per un simultaneo processo che coordinasse anche le decisioni, soprattutto in caso di atti estintivi fondati sullo stesso motivo, simultaneo processo da attrarre al giudice del lavoro.

Oggi, alla luce della norma in commento, mi sembra che questi spazi siano più sicuri e la preferenza è data al giudice del lavoro e al rito del lavoro. Ma è anche vero che il caleidoscopio delle possibilità, anche dal punto di vista delle tutele, resti variegato, perché nel caso concreto la vicenda che coinvolge il socio-lavoratore può presentarsi in modi diversi.

Sia concesso un rapido accenno.

Potrebbe esservi solo un atto di licenziamento oppure solo un atto di esclusione del socio. Oppure potrebbero esservi due atti, uno di esclusione ed uno di licenziamento, assunti in modi formalmente diversi ovvero assunti con un solo atto o almeno comunicati con un solo atto.

Se vi è un solo atto, sia formalmente sia giuridicamente, l'interessato impugnerà quello.

Se c'è solo l'atto di licenziamento e non anche la delibera di esclusione, s'impugna l'atto di licenziamento nel suddetto doppio termine e la causa si celebra di fronte al giudice del lavoro col rito del lavoro, potendo il giudice decidere anche, al limite, su questioni attinenti al rapporto associativo. In questo contesto processuale sul piano sostanziale dovremmo individuare due conseguenze. La prima: la tutela del lavoratore in quanto tale dipende dalla situazione, ossia dalla disciplina legale in quel caso, per cui potrebbe aversi la reintegra ovvero solo il risarcimento dei danni. La seconda: rispetto al rapporto associativo, bisogna vedere se l'estinzione del rapporto di lavoro implichi necessariamente anche l'estinzione del rapporto associativo, cosa che può accadere o meno in base alla legge ed allo statuto.

E se abbiamo solo l'atto di esclusione del socio, senza licenziamento formale, dal quale deriva anche la cessazione del rapporto di lavoro, sul piano processuale l'art. 441-ter c.p.c. individua la competenza ed il rito del giudice del lavoro. Ma, azzardo come ipotesi forse astratta, si potrebbe anche ritenere che ciò sia una possibilità e non una necessità, ossia che resti all'interessato la scelta tra il rito del lavoro ed il rito ordinario di fronte al tribunale delle imprese. Peraltro la causa associativa potrebbe avere motivazioni che attengono solo al rapporto sociale.

Comunque in questo ambito potrebbe emergere una ridda di problemi, tra i quali mi limito a individuarne un paio.

Se il socio è escluso per motivi che nulla hanno a che fare col rapporto di lavoro, ad esempio per mancati pagamenti di quote ex art. 2531 c.c. o in virtù di liquidazione giudiziale visto l'art. 2288 c.c., perché mai ciò dovrebbe far venir meno anche il rapporto di lavoro? Certo, si dirà, ciò accade in virtù del principio sopra visto della dipendenza sostanziale del rapporto di lavoro da quello associativo. Ma, francamente, non so quanto ciò sia ragionevole, per cui, pur rispettando il dettato normativo, che a me pare assurdo nel suo automatismo, non vedo perché le regole statutarie non potrebbe derogarvi.

Inoltre, se l'esclusione è dettata da un motivo che incide anche nel rapporto di lavoro, potremmo avere una diminuzione di garanzie nell'*iter* dell'atto risolutivo, posto che ad esempio la delibera di esclusione non prevede un previo contraddittorio. Però, da questo punto di vista, c'è anche di rilevare come, a vantaggio dell'escluso, abbiamo che, annullata la delibera di esclusione, egli rientra sia nella compagine sociale sia nel posto di lavoro.

Se ci sono sia il licenziamento sia l'esclusione dalla società (anche ipotizzando che le due determinazioni giuridiche siano assunte formalmente con un solo atto o almeno comunicate con un solo atto), il lavoratore ha un ventaglio di scelte possibili.

Innanzitutto egli può impugnare solo il licenziamento, fermo restando che in tal caso non potrebbe ottenere la reintegra, ma al più il risarcimento del danno sulla base di un accertamento incidentale dell'illegittimità della delibera di esclusione. Invero se non è socio egli non può essere dipendente, perché il rapporto associativo è fatto costitutivo e pregiudiziale del rapporto di lavoro. Ovviamente tutto ciò seguendo l'opinione comune, che, ripeto, stride con l'idea per cui non si capisce la ragione che dovrebbe imporre ad una cooperativa di avere solo lavoratori che siano anche soci.

In secondo luogo egli può proporre opposizione alla sola delibera di esclusione, per cui, guardando al merito, in caso di vittoria si avrà certamente la ricostituzione del rapporto sociale, mentre è dubbio che ne consegua anche la ricostituzione del rapporto di lavoro, mancando l'impugnazione del licenziamento (si ricordi ancora che in teoria si può essere soci e non lavoratori). In tal caso, visto il nuovo art. 441-ter c.p.c., la causa è incardinabile di fronte al giudice del lavoro secondo il rito lavoro e non di fronte al tribunale delle imprese secondo il

rito ordinario. Insomma, il fatto che non sia impugnato il licenziamento, ma solo l'atto di esclusione del socio, porta sempre il giudice del lavoro a decidere sul rapporto associativo.

Ma anche in riferimento a tale ipotesi non vedo la ragione che dovrebbe impedire all'interessato di scegliere la strada del tribunale delle imprese col rito ordinario. Certo, forse in pratica è improbabile che si faccia una simile scelta. Però in astratto resta il fatto che qui l'interessato propone un'opposizione alla delibera della società, atto che può "naturalmente" essere rivolto al tribunale delle imprese secondo il rito ordinario. Si ripete: dalla lettura che potremmo definire "secca" dell'art. 441-ter c.p.c. sembrerebbe doversi escludere la scelta, in virtù dell'idea per cui la causa associativa e la causa di lavoro si intrecciano e la legge, in ragione di un simile intreccio, semplifica il quadro rinviando semplicemente al rito e al giudice del lavoro. Ma resta il dubbio che questa semplificazione sia anche un'imposizione.

In terzo luogo l'interessato può con un solo ricorso (ma nel rispetto di tutti i termini) impugnare sia la delibera di esclusione dalla società sia il licenziamento, caso in cui si ha un solo processo di fronte al giudice del lavoro con rito del lavoro.

Infine, l'interessato potrebbe impugnare entrambi gli atti con due domande formalmente diverse, sempre nel rispetto dei diversi termini. In tal caso si dovrebbe procedere alla riunione di fronte al giudice del lavoro che seguirà il rito del lavoro: sia che le due domande siano state proposte entrambe di fronte al giudice del lavoro (cosa che dovrebbe oggi essere "naturale" visto l'art. 441-ter c.p.c.) sia che la domanda sulla causa di lavoro sia stata proposta di fronte al giudice del lavoro e quella associativa di fronte al tribunale delle imprese.

L'alternativa al simultaneo processo sarebbe la sospensione ex art. 295 c.p.c. della causa di lavoro (impugnativa del licenziamento) in attesa della definizione della causa sociale (opposizione alla delibera di esclusione).

Quanto all'art. 441-quater c.p.c., accade che la stessa vicenda illecita possa essere denunciata dall'interessato seguendo percorsi diversi: quelli specificamente previsti nelle leggi speciali di riferimento ovvero quello generale del lavoro. La norma citata lascia la possibilità di scelta, ma fissa il principio per cui *electa una via non datur recursus ad alteram*⁸.

Il primo problema applicativo che si pone riguarda l'esito del processo irritualmente iniziato per secondo col rito diverso da quello scelto per instaurare prima la stessa causa: si avrà una chiusura in rito per inammissibilità o una chiusura per litispendenza ai sensi dell'art. 39 c.p.c.? Francamente a me sembra possibile sposare la seconda soluzione, che consente di accedere alla forma ed al regime del provvedimento con cui si dichiara la litispendenza.

In secondo luogo, quanto al presupposto applicativo della disposizione, c'è da precisare come, per aversi la stessa causa, sia anche necessario che ad agire due volte sia lo stesso soggetto legittimato. Ora, se l'impugnativa per nullità del licenziamento discriminatorio secondo il rito del lavoro è a disposizione del singolo lavoratore licenziato, le azioni di cui all'art. 28 del d.lgs.

⁸ LUISO, *op. cit.*, p. 259.

n. 150/2011 e all'art. 38 del codice delle pari opportunità possono essere esercitate: quella sia dal singolo sia da un ente collettivo legittimato e questa sia dal singolo sia dalla consigliera o consigliere di parità competente. Ma, allora, l'eventuale azione dell'ente o del/la consigliere/a non può sottrarre la successiva azione individuale al singolo con la sua conseguente scelta del rito che preferisce.

Infine, quanto al dubbio in ordine all'applicabilità di eventuali regole particolari sull'onere della prova dettate nei riti speciali, io credo che sia ragionevole estenderla anche all'eventualità che sia celebrato il rito del lavoro⁹.

3. La negoziazione assistita

Novellando la legge n. 162 del 2014, si favorisce un ulteriore percorso stragiudiziale per la conciliazione della lite prima del processo inserendo un art. 2-ter per la negoziazione assistita nelle controversie di lavoro, senza che ciò costituisca condizione di procedibilità¹⁰. Resta esclusa la mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, perché non è stato modificato l'art. 23 di questo articolato. La Commissione Luiso aveva avanzato una diversa proposta, ma essa non è stata accolta, per cui nelle liti di lavoro è utilizzabile la negoziazione assistita, ma non la mediazione. La cosa sfugge alla mia capacità di comprensione, ma questa è la scelta del legislatore!

Siamo in presenza di un percorso del tutto garantito dagli avvocati. Mentre prima, almeno a quanto di solito si dice¹¹, gli accordi erano fatti in concreto dagli avvocati e poi "portati" in sede protetta, per il fatto che la legge non riconosceva all'assistenza degli avvocati la dignità di assurgere a quella protezione a cui rinvia l'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., oggi si fa cadere il velo dell'ipocrisia e si riconosce direttamente quella dignità prima negata¹².

Ovviamente restano salvi gli altri percorsi già esistenti, ancorché la modifica faccia (incomprensibilmente) esplicito riferimento al solo canale dato dall'art. 412-ter c.p.c. Insomma, per i percorsi esistenti nulla cambia, restando i quattro canali¹³ che esistevano e

⁹ Nello stesso senso MOLINARO, *op. cit.*, p. 220.

¹⁰ Su questa modifica vedi variamente: D. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 361 ss.; VOZA, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *La nuova "giustizia complementare"*, in *Gli speciali del Foro it.* a cura di Dalfino, 2023, p. 380 ss.; Id, *La conciliazione sindacale e la negoziazione assistita in materia di lavoro: false amiche o false nemiche?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it – 469/2023; LICCI, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro*, in LDE 2023; SCARPELLI, *La negoziazione assistita per le controversie di lavoro: i dubbi dei sindacati e il tema della serietà delle transazioni sui diritti dei lavoratori*, in www.wikilabour.it; DI NUNZIO, *Negoziare assistita nelle controversie di lavoro: una nuova possibilità prima del contenzioso*, in LDE 2023; MOROTTI, *Negoziare assistita: istruttoria stragiudiziale, nuovi ambiti, incentivi*, in *Manuale breve della riforma Cartabia cit.*, p. 209 ss.

¹¹ Fra i tanti vedi GHEZZI, *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, p. 205 ss., spec. 210-211.

¹² Per il concetto di sede protetta in questo contesto non sono necessarie citazioni: basti il solo rinvio a CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano 1989, p. 984 ss., spec. 1002.

¹³ Se vuoi BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel collegato lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, p. 125 ss.

continuano ad esistere per giungere ad un accordo come definizione della lite di lavoro, che possa godere della protezione di cui all'art. 2113, comma 4, c.c.¹⁴.

Su di essi nulla è il caso di ricordare in questa sede, se non ripescare un dubbio che potrebbe emergere anche a fronte della negoziazione assistita, nell'ambito della quale emergerà un problema analogo. Mi riferisco alla disputa sulla conciliazione in sede sindacale, in ordine alla quale si confrontano due opinioni. Secondo alcuni essa è protetta sia che avvenga nelle sedi e secondo le modalità predeterminate nei contratti sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative sia che avvenga comunque nelle sedi sindacali, ma senza che vi siano regole predeterminate. Secondo altri, invece, la protezione si ha solo quando vi sono quelle regole predeterminate, come sembrerebbe esigere l'art. 412-ter c.p.c.¹⁵.

A me sembra che la soluzione più ragionevole sia quella che si ispira alla necessità di un'assistenza effettiva¹⁶, per cui, se è questa che conta al fine di attuare la logica di istituire sedi protette di negoziazione, ossia l'esigenza di ritrovare un equilibrio tra posizioni normalmente squilibrate all'origine, per stabilire se abbiamo o meno una sede protetta bisogna vedere in concreto se vi sia stata un'effettiva assistenza sindacale. È inutile avere regole predeterminate in CCL se poi in concreto esse non sono rispettate o lo sono solo in apparenza ed è buona cosa una conciliazione sindacalmente assistita con efficienza, anche se non vi erano regole predeterminate nei CCL.

Venendo all'osservazione del nuovo strumento, si ricorda come in esso emergano due possibili accordi: il primo di carattere strumentale ed il secondo, se il percorso riesce, di carattere sostanziale. Con quello si fonda il percorso, avendo come contenuto, fra l'altro, l'impegno a «cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia» (art. 2 della legge). Con questo, invece, si pone la norma sostanziale concreta che presiederà alle future relazioni dei litiganti, norma non imposta da un terzo (il giudice o l'arbitro), ma trovata e scelta dagli stessi interessati.

L'accordo strumentale è stimolato da un invito¹⁷ che una parte rivolge all'altra di aderire ad una convenzione di negoziazione assistita, atto firmato dall'interessato con certificazione del

¹⁴ Ossia il tentativo di fronte: 1) alle commissioni presso la direzione provinciale del lavoro (al quale dovrebbe equipararsi quello di fronte agli organismi degli enti di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276 del 2003), 2) ad organismi sindacali a prescindere dalla precostituzione di procedure di conciliazione in sede di contratto collettivo (art. 411, comma 3, c.p.c.), 3) ad organismi sindacali secondo modalità precostituite nei contratti collettivi (art. 412-ter c.p.c.), 4) al giudice del lavoro.

¹⁵ In quest'ultimo senso anche da ultimo Trib. Roma 8 maggio 2019 n. 4354.

¹⁶ Vedi ad esempio GHEZZI, *op. cit.*, p. 208-209.

¹⁷ Che ha già l'effetto di interrompere il termine di prescrizione del diritto in gioco o impedire una decadenza: vedi l'art. 8 della normativa. A tal proposito va rispettata la previsione di cui all'art. 2, comma 2, lettera b) della legge, ai sensi del quale nell'invito va precisato l'oggetto della controversia, perché, invero, se non si individua un diritto soggettivo non si saprebbe a quale situazione giuridica poter collegare i detti effetti. Però è anche vero che poi la procedura successiva non è vincolata a quell'oggetto, ben potendo le parti trovare un accordo andando oltre i suoi limiti.

suo avvocato (art. 4, comma 2)¹⁸. Se l'invito va a buon fine per l'adesione dell'altra parte, l'accordo strumentale per svolgere la negoziazione assistita su un dato oggetto è ancora firmato dalle parti con certificazione degli avvocati (art. 2, comma 6).

Successivamente, durante il percorso, sono gli avvocati ad aiutare le parti, per un verso a cercare soluzioni negoziali convenienti e, per altro verso, a svolgere la loro ricerca senza dimenticare la lettura giuridica della vicenda, tantomeno l'eventuale operatività di norme inderogabili. Poi, se il percorso giunge alla meta sperata dell'accordo sostanziale sono ovviamente sempre le parti a siglarlo, ma con gli avvocati che svolgono il doppio ruolo di certificatori delle loro firme e i guardiani a fronte della vigenza di norme inderogabili. Persino in caso di fallimento sono sempre gli avvocati a certificare la dichiarazione di mancato accordo¹⁹.

Questo percorso, si legge esplicitamente nell'art. 2-ter della legge, non è condizione di procedibilità. Però resta la previsione generale di cui all'art. 3 della medesima legge, in virtù della quale la pretesa in giudizio di somme fino a 50.000 euro deve essere preceduta dalla negoziazione assistita a prescindere dal titolo giuridico di essa. Quindi sembrerebbe che anche il titolo dato da un contratto di lavoro possa rendere applicabile la norma, dopo che nell'art. 2, comma 2, lett. b) è stato espunto il divieto in generale di utilizzabilità di tale istituto in materia di lavoro.

La domanda è: la norma specifica contenuta nell'art. 2-ter sulla materia di lavoro è speciale solo per alcune peculiarità strutturali che in essa sono previste oppure è, per così dire, speciale in tutto e per tutto? Di fronte a tale domanda si potrebbero seguire due linee interpretative. In base ad una prima lettura si potrebbe così ragionare: la linea di confine tra negoziazione obbligatoria e non obbligatoria è data dalla norma generale contenuta nell'art. 3, prevedendo l'art. 2-ter alcune caratteristiche della negoziazione di lavoro, quali la presenza di almeno un avvocato per parte²⁰, ai quali può aggiungersi anche l'assistenza di consulenti del lavoro,

¹⁸ Per la stipulazione della convenzione strumentale il CNF ha adottato uno specifico modello, in attuazione dell'art. 2, comma 7-bis della legge, sul quale vedi ZUMPANO, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro e la convenzione predisposta dal Consiglio Nazionale Forense*, in LDE 2023.

¹⁹ Che sembra essere il momento da cui ricomincia a decorre un termine di decadenza o prescrizione, visto l'art. 8 della legge. Peraltro, si potrebbe dubitare di questa affermazione ove il percorso duri più del termine pattuito per esso, ipotesi in cui si potrebbe ritenere che i termini sostanziali ricomincino a decorrere alla scadenza del termine che le parti si sono date per la negoziazione assistita (al massimo 3 mesi più eventuali 30 giorni: art. 2, comma 2, lettera a) della legge). È certo che questo termine conta processualmente quando la negoziazione assistita è condizione di procedibilità, nel senso che allo scadere di esso la domanda diventa procedibile in giudizio. Però si potrebbe ritenere che quel termine conti anche per il nuovo inizio dei termini sostanziali relativi al diritto soggettivo in gioco. Altro è che, poi, le parti continuino il percorso e magari trovino un accordo pur dopo la scadenza del termine pattuito. Si tenga poi presente che la disciplina di questi effetti è diversa a seconda che si segua la strada dell'art. 410 c.p.c. ovvero della negoziazione assistita, perché in quella l'iniziativa interrompe senza sospendere il termine di prescrizione e si limita a sospendere il termine di decadenza. L'invito alla negoziazione, invece, interrompe e sospende il termine di prescrizione ed azzera il termine di decadenza.

²⁰ Questa previsione è qui esplicita, per cui è certo che non sia possibile l'assistenza di un solo avvocato. Invero, l'esclusione di un percorso in cui vi sia un solo avvocato per entrambe le parti non è prevista da una disposizione generale, dovendola

nonché la necessità della trasmissione dell'accordo alle commissioni di certificazione. Insomma, si potrebbe concludere, il citato art. 2-ter è dettato per dare alla negoziazione di lavoro queste caratteristiche, a prescindere, poi, dal fatto che essa sia obbligatoria o facoltativa.

Ma si potrebbe dire: l'art. 2-ter è norma speciale in misura maggiore, anche se non totale e completa, per cui essa, guardando ad altre norme della stessa legge, mette sì fuori gioco l'art. 3, ma non anche altre disposizioni, quali quelle che attengono agli obblighi di cooperazione, all'efficacia di titolo esecutivo dell'accordo o agli effetti su prescrizione e decadenza.

Io direi che vale questa seconda interpretazione, soprattutto per il dato che emerge nell'art. 2-ter, quando si precisa «senza che ciò costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale». Tale specificazione esclude l'applicabilità dell'art. 3 e consente anche di mettere fuori gioco solo ed unicamente l'art. 3, lasciando l'ovvia applicabilità di altre norme, perché in caso contrario sarebbero emersi seri problemi.

Dell'applicabilità di alcune norme della legge in parola abbiamo già detto sopra, in riferimento alla stipula dell'accordo strumentale, sugli effetti in relazione a prescrizione e decadenza nonché sull'efficacia di titolo esecutivo dell'accordo finale. A quelle se ne aggiungano altre: così quella che, sempre in riferimento all'accordo strumentale, esige la forma scritta *ad substantiam* (art. 2, comma 4), quella che prevede la possibilità della forma telematica (art. 2-bis), nonché le disposizioni che prevedono una sorta di istruttoria stragiudiziale (articoli 4-bis e 4-ter).

Tuttavia, fatta l'importante precisazione per cui qui non può pretendersi l'applicazione dell'art. 3, non ci si può neanche limitare a dire che sia espunta ogni forma di obbligo, se solo si leggono le norme vigenti con un po' di attenzione.

Mi riferisco a quanto è previsto nell'art. 4 della legge sulla negoziazione assistita, che impone un obbligo di cooperazione sanzionato in capo a colui che riceve l'invito a stipulare la convenzione di negoziazione assistita, aspetto che certamente manca nell'ambito dell'art. 410 c.p.c.

Così, leggendo insieme l'art. 2-ter e l'art. 4, si può dire: è vero che la legge non costruisce la negoziazione assistita come condizione di procedibilità nelle controversie di lavoro, con la conseguenza che chi vuole agire in giudizio non deve previamente passare da un percorso negoziale, ma è anche vero che, se una parte lo sceglie, invitando l'altra a stipulare l'accordo strumentale al fine di incardinare il percorso che in caso di successo arriverà all'accordo sostanziale, l'altra parte nella posizione di invitata deve senz'altro rispondere e magari anche

ricavare solo dalla modifica della rubrica dell'art. 2, in cui oggi si legge «*Convenzione di negoziazione assistita da avvocati*», mentre prima vi si leggeva «*Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati*». Quindi la disciplina per le liti non di lavoro potrebbe essere dubbia (sul problema vedi, per tutti, DELUCA, *Il ruolo dell'avvocato nella mediazione (e nella negoziazione assistita)*, in *La riforma del processo civile* cit., p. 243 ss., spec. 253-254), anche considerando il fatto che l'art. 2, comma 5, della legge continua a parlare di convenzione conclusa da uno o più avvocati.

rispondere adesivamente, perché in caso contrario rischia una sanzione economica nel successivo processo e magari anche la possibilità che il giudice valuti il suo comportamento non collaborativo come argomento di prova²¹.

Insomma, il legislatore, se esclude una obbligatorietà *hard*, secondo il paradigma della condizione di procedibilità, tuttavia non disdegna di costruire una sorta di obbligatorietà *soft* in caso di opzione di una parte in tal senso. Soluzione, questa, che è pensata, non certo per le liti di lavoro, ma in generale come caratteristica dello strumento in questione, caratteristica che non credo possa cadere per le liti di lavoro ritenendo non applicabile ad esse il citato art. 4 in virtù della specialità dell'art. 2-ter.

Se le cose stanno così, l'applicazione dell'art. 4 nella nostra materia può comportare qualche complicazione, anche considerando il fatto che per le liti di lavoro vi sono più sedi possibili di trattativa. Ed allora sorge la domanda: come si coordinano tra loro queste sedi?

In mancanza di norme di coordinamento sembra che quei percorsi possano convivere ossia che, ad esempio, una parte possa invitare l'altra alla negoziazione dopo che magari sia stato percorso il cammino sindacale ovvero quello amministrativo senza successo, percorso che poteva anche essere stato iniziato da controparte. Ora, se questi percorsi sono tutti facoltativi, ossia nessuno di essi è condizione di procedibilità dell'azione in giudizio, è anche vero che, come accennato sopra, la normativa sulla negoziazione assistita, a differenza delle altre, prevede un obbligo di cooperazione per la parte invitata. Allora bisogna interpretare la normativa con un po' di prudenza, sia pur partendo dal presupposto che il citato art. 4 si applichi alla materia lavoristica.

Facciamo il caso che il lavoratore usi il percorso sindacale o quello amministrativo, al quale il datore non coopera o che comunque fallisce. Se a seguito di questa vicenda potrebbe il datore fare la mossa di attivare l'invito per la negoziazione assistita e se pure in tale eventualità si deve ritenere applicabile il detto art. 4, è anche vero, a me sembra, che tale disposizione debba essere applicata in tutte le sue parti ed in coordinamento con lo spirito della legge sulla negoziazione assistita, fortemente improntata al principio di buona fede e lealtà (art. 2). Ed, allora, è evidente come un giudice statale, investito dopo il fallimento di ogni trattativa stragiudiziale, deve utilizzare il potere discrezionale che l'art. 4 gli attribuisce utilizzando il verbo "può" proprio alla luce del detto principio di buona fede e così giustificare l'eventuale mancata cooperazione da parte del lavoratore che non abbia risposto all'invito alla negoziazione a causa del fatto che un altro percorso di possibile trattativa era già stato provato. Insomma, ed in definitiva, io credo che non si possa escludere in astratto l'applicabilità dell'art. 4 della legge n. 162/2014 alle liti di lavoro. Ma credo anche che esso vada utilizzato con

²¹ La possibilità di subire anche questa "sanzione" può essere discutibile, perché essa non è richiamata nel citato art. 4. Tuttavia io credo che sia qui estendibile la previsione che è esplicitata nella disciplina della mediazione (oggi all'art. 12 del d.lgs. n. 28/2010): vedi il mio *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Il giusto processo civile* 2017, p. 31 ss., spec. 66.

prudenza. La quale cosa non significa ipotizzare che l'obbligo di cooperazione sia, sempre in astratto, da imporre solo al datore, in ipotesi invitato alla negoziazione, e non anche al lavoratore che dovesse trovarsi nella stessa situazione. Però è anche vero che il giudice deve essere prudente nel valutare il caso concreto al fine di applicare quella parte della norma in cui si dice che la mancata risposta o il rifiuto «può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96, primo, secondo e terzo comma, e 642, primo comma, del codice di procedura civile»²².

Guardando, ora, all'esito positivo del percorso, come ho già accennato sopra qui accade che l'assistenza degli avvocati diventa ora in grado di assicurare un'ulteriore sede protetta, nell'ambito della quale è possibile negoziare validamente le liti di lavoro, senza il rischio dell'invalidazione di cui all'art. 2113 c.c.

Su questa disposizione, sulla quale sono scorsi fiumi d'inchiostro, mettiamo, sia pur rapidamente, qualche punto fermo.

Il primo: l'art. 2113 c.c. non tocca l'eventuale impugnabilità del contratto per vizi tipici del contratto, che lo possano rendere nullo o annullabile.

Il secondo: detta norma non si occupa di diritti indisponibili, per i quali resta il fatto che non è possibile negoziare, a prescindere dalla sede, che sia protetta o meno. Invero, un contratto col quale si disponesse di un diritto indisponibile sarebbe radicalmente nullo. Così l'art. 2113 c.c. si riferisce a negoziazioni su diritti disponibili, ancorché derivanti dalla concretizzazione di norme inderogabili. Solo che nella materia lavoristica la negoziabilità, come del resto l'arbitrabilità, esige percorsi particolari²³.

Con la riforma Cartabia si è aggiunto il percorso della negoziazione, non libera, ma assistita dagli avvocati. Cerchiamo di comprendere la doverosa struttura di questo percorso, affinché esso possa assurgere al rango di quella sede protetta di cui all'art. 2113, comma 4, c.c. e, quindi, di capire poi i limiti di tale protezione, riprendendo il rilievo sopra fatto secondo cui l'art. 2113 c.c. non tocca lo spazio delle generali impugnative negoziali.

Innanzitutto, si noti come l'art. 2-ter della legge precisi che possono aggiungersi, eventualmente, nell'assistenza consulenti del lavoro.

Su tale previsione io credo che valgano le seguenti affermazioni: 1) i consulenti del lavoro possono aggiungersi, ma non sostituire gli avvocati²⁴; 2) per essi non valgono direttamente i commi 1 e 2 dell'art. 9 della legge n. 162/2014, ma dovrebbe sopperire il loro codice deontologico per imporre loro la riservatezza²⁵; 3) in ogni caso vale anche per loro il comma 3

²² Conformemente Voza, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro* cit., p. 389.

²³ Per fare un paragone, problemi non molto diversi emergono, ad esempio, nella materia di famiglia, sulla quale rinvio, se vuoi, ai miei scritti: *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, in *Riv. dir. proc.* 2017, p. 891 ss. e *Impiego della ricchezza nella famiglia e arbitrato*, in *Riv. arbitrato* 2023, p. 525 ss.

²⁴ MOROTTI, *op. cit.*, p. 309-310; DELUCA, *op. cit.*, p. 254.

²⁵ Peralto è anche ipotizzabile la stesura di un impegno negoziale in tal senso.

del medesimo art. 9, per cui i consulenti del lavoro che abbiano assistito al percorso non possono essere chiamati a deporre nell'eventuale giudizio successivo; 4) essi non hanno poteri di certificazione né devono firmare l'invito alla negoziazione assistita o l'accordo strumentale al fine di intraprendere il percorso né, ancora, l'accordo finale, in caso di successo, ovvero la dichiarazione di mancato accordo, in caso di insuccesso.

Stabilita quindi l'essenzialità della sola assistenza degli avvocati, si pone il problema del regime giuridico di un accordo raggiunto senza gli avvocati o con l'assistenza di un solo avvocato.

La risposta dovrebbe essere semplice se si tiene presente come la garanzia del riequilibrio tra parti che si ritengono squilibrate in partenza stia proprio e solo nell'assistenza dei loro avvocati, i quali, fra l'altro, sono anche coloro i quali garantiscono che l'atto di normazione concreta non sia posto in violazione di norme inderogabili, fermo restando che comunque un'impugnativa per nullità, a causa di una simile violazione, non è esclusa dalla loro certificazione.

Ed allora a me sembra evidente come l'assenza di quella assistenza degradi il percorso a sede non protetta mettendo così capo, in ipotesi, ad un contratto invalidabile secondo i primi commi dell'art. 2113 c.c.

Su questo punto è bene insistere, anche anticipando una riflessione sul principio per cui l'art. 2113 c.c. non esclude certo la normale impugnativa per nullità del contratto, data, visto l'art. 1418 c.c., anche dalla violazione di norma inderogabile. Ora, la norma che qui impone l'assistenza degli avvocati è certamente una norma inderogabile. Però da ciò non si può, a mio parere, conseguire che la sua violazione comporti la nullità del contratto, in ipotesi raggiunto, ai sensi dell'art. 1418 c.c., perché, se essa attiene alla costituzione della c.d. sede protetta, se ne deve ricavare che la sua violazione causi la mancanza, appunto, di una tale sede. Insomma la norma in parola, vista la sua funzione, rientra nello spettro applicativo dell'art. 2113 c.c. e non dell'art. 1418 c.c.

Pertanto, si deve aggiungere, è anche necessario che quella assistenza sia effettiva. Qui emerge un altro aspetto delicato, che forse potrebbe essere fonte in futuro di dubbi applicativi.

In astratto il discorso è chiaro: se sta agli avvocati assistere e garantire dal rischio della disparità, essi devono avere, a questo fine, un ruolo attivo nella trattativa, non limitandosi alla certificazione finale. Essi dovrebbero garantire la serietà del riequilibrio, anche a causa delle norme sulla loro responsabilità professionale nonché delle norme deontologiche²⁶.

Insomma, anche nella negoziazione assistita per la materia lavoristica deve valere quanto ormai è già stato fissato per altre conciliazioni siglate in sede protetta, in particolare per quella svolta in sede sindacale, in riferimento alla quale, riprendendo le parole della Corte di cassazione, si è detto: «*Per il combinato disposto degli artt. 2113 cod. civ. e 410, 411 cod. proc. civ., le rinunzie e transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da*

²⁶ Può essere, invece, dubbia un'eventuale responsabilità penale in virtù dell'art. 380 c.p., dato che siamo al di fuori di un contesto processuale.

disposizioni inderogabili della legge o di contratti collettivi, contenute in verbali di conciliazione sindacale, non sono impugnabili ex art. 2113, commi 2 e 3, cod. civ., solo a condizione che l'assistenza prestata dai rappresentanti sindacali sia stata effettiva, consentendo al lavoratore di sapere a quale diritto rinuncia ed in che misura, e, nel caso di transazione, a condizione che dall'atto si evinca la "res dubia" oggetto della lite (in atto o potenziale) e le "reciproche concessioni" in cui si risolve il contratto transattivo ai sensi dell'art. 1965 c.c.»²⁷.

Ma come un simile principio di "assistenza effettiva"²⁸ possa declinarsi in concreto è cosa che potrebbe essere assai dubbia. Oltretutto qui, non avendo tecnicamente una mediazione, non c'è un terzo che possa fornire garanzie, diciamo così, istituzionali, date, per un verso, dalla sua posizione di terzietà e indipendenza rispetto agli interessi in gioco e, per altro verso, dalla necessaria preparazione sulle tecniche di contrattazione applicate alla soluzione dei conflitti, che dovrebbe essere assicurata dagli obblighi formativi imposti dall'ordinamento. Insomma, nel contesto sotto osservazione non entra in gioco una persona che istituzionalmente dovrebbe essere in grado di elevare il dialogo tra le parti, portandolo dal piano del conflitto tipico del giudizio che guarda alla vittoria su un diritto litigioso ad un piano di incontro che guardi alla composizione degli interessi economici ed umani.

Qui abbiamo due avvocati l'uno di fronte all'altro. E, se dobbiamo fare i conti col fatto che in materia di lavoro la negoziazione in sé tra le parti non può funzionare, mentre essa funziona solo se è protetta ossia assistita in modo effettivo, non credo che nella prassi ci si potrà accontentare dell'elemento formale dato dalla presenza degli avvocati, al fine di veder costituita quella sede protetta che fa scattare l'assolvimento dall'invalidazione dell'accordo ai sensi dell'art. 2113 c.c. Sarà necessario qualcosa di più del dato formale, qualcosa che la prassi applicativa dovrà individuare.

Insomma, è vero che l'ordinamento ha concesso agli avvocati il potere della trattativa in materia di lavoro, ma è anche vero che, attraverso la necessità di applicare in concreto il principio dell'effettività dell'assistenza, i giudici statali avranno uno strumento per verificare nei casi concreti l'eventuale invalidabilità degli accordi conclusi.

Tornando, poi, al problema della convivenza con le ordinarie impugnative negoziali, è bene precisare ancor meglio, sia pur succintamente, il senso dell'art. 2113 c.c., quindi, in particolare, la distinzione tra norma inderogabile e diritto indisponibile.

L'inderogabilità è qualità della norma giuridica e consiste nel fatto che i privati non possono metterla fuori gioco con un accordo, perché il legislatore esige la sua concretizzazione²⁹. La sua presenza non impedisce un contratto né un arbitrato, ma esige solo che in entrambe le attività

²⁷ Cass. 23 ottobre 2013 n. 24024, in *Giur. it.*, 2014, p. 921 ss., con nota di PIOVESANA, *Conciliazione sindacale ed effettività dell'assistenza prestata al lavoratore*, in cui si ha una sintesi del dibattito sulla questione.

²⁸ Sul problema vedi, ad esempio, VOZA, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro* cit., p. 383-384.

²⁹ Concetto di carattere generale, che incide anche oltre il diritto privato, sul quale risali a BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht und verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Acp* (40), 1881, p. 1 ss.

essa sia applicata. Ove un contratto non la rispetti esso è giuridicamente nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c.

L'indisponibilità è qualità di un diritto soggettivo esistente, quindi nato per il verificarsi della sua fattispecie. Essa impedisce l'arbitrato ed anche il contratto, a prescindere dalla costruzione di condizioni o percorsi particolari. I diritti indisponibili non sono negoziabili neanche ipotizzando sedi protette, perché in caso contrario si negherebbe la loro natura ed il negozio che ne disponga è anch'esso nullo.

L'art. 2113 c.c. non demolisce né indebolisce alcuno di questi principi, occupandosi esso di diritti disponibili che tuttavia siano frutto della concretizzazione di norme inderogabili. Nella convivenza tra norma inderogabile e diritto disponibile si deve tenere presente che, se quella non può essere oggetto di negozio, questo invece può esserlo, perché non è da escludere la disponibilità di un diritto.

Ma su tale disponibilità il legislatore può utilizzare schemi di gioco diversi.

È possibile che del diritto semplicemente le parti possano disporre. Così, ad esempio, se è vero che la norma sul diritto agli utili nel diritto commerciale è indisponibile, mentre il diritto agli utili una volta nato è disponibile, poi su tale diritto le parti possono negoziare liberamente.

Ma è anche possibile, invece, che la disponibilità debba essere giocata in certi "modi". Così, ad esempio, se il diritto al divorzio nasce per una data ed indisponibile fattispecie di legge, di esso poi, una volta nato, si può disporre, ma solo all'interno di certi percorsi. E ciò accade anche per diversi diritti nella materia lavoristica, per la quale si costruiscono quelle che abbiamo visto essere le "sedi protette".

Insomma, quando abbiamo a che fare con diritti nati, sempre che essi siano disponibili, la legge può scegliere: se lasciare ai privati la possibilità di negoziare come vogliono oppure imporre loro condizioni e percorsi. Questa seconda scelta è fatta per i diritti del lavoratore, che vanno negoziati in sedi protette, altrimenti il negozio è annullabile.

Altro è, però, che la fattispecie contrattuale sia contraria a norma inderogabile: qui siamo fuori dall'ambito applicativo dell'art. 2113 c.c., perché, disciplinandosi assetti per il futuro, non si dispone di un diritto nato, per cui in realtà si stipula un contratto nullo, appunto in virtù dell'art. 1418 c.c.

Insisto: l'art. 2113 c.c. si riferisce a diritti disponibili né esso mette fuori gioco l'impugnativa di nullità per violazione di norme imperative o l'impugnativa per annullabilità in caso di vizi della volontà. Se quei diritti sono negoziati fuori dalle sedi protette, il negozio è annullabile per questa ragione. Se i diritti sono negoziati nelle sedi protette, allora il negozio non è annullabile per questa ragione. Ma esso resta nullo se posto in violazione di una norma inderogabile, ossia se non dispone di diritti nati, ma, disponendo di diritti futuri non ancora nati, esso in realtà pretenderebbe di mettere fuori gioco norme imperative. Come, del resto, resta annullabile se affetto da un vizio del volere.

Residua, qualche dubbio.

Il primo: come va applicato il comma 2 dell'art. 2-ter della legge in commento, in virtù del quale a cura di una parte l'accordo deve essere trasmesso entro 10 giorni ad uno degli organismi di certificazione? A parte il fatto che una simile previsione sembra sottrarre agli avvocati quella fiducia che l'istituto invece doveva loro riconoscere, qui il punto è stabilire la valenza giuridica di una simile attività.

Certo la norma non è derogabile. Ma ciò implica qualche conseguenza ove la trasmissione non dovesse aversi? Magari in termini di efficacia o esecutività dell'accordo? E poi la commissione cosa deve fare: un controllo ad esempio per gli aspetti contributivi e fiscali? Ed ancora possiamo dire che vi è libertà di scegliere il tipo di ente e la sua collocazione territoriale?

Io spero che il rischio insito in tutte queste domande sarà sminuito nella prassi, in particolare perché mi sembrerebbe difficile ipotizzare invalidazioni o altro, mentre certamente il ruolo di questi organismi può avere un valore di monitoraggio.

Altro dubbio è la possibilità di attivare in questa sede la c.d. istruzione stragiudiziale. Ma francamente non vedo cosa potrebbe impedirlo, per cui credo che gli articoli 4-bis e 4-ter siano utilizzabili, se le parti si esprimono in tal senso nell'ambito della convenzione per la negoziazione assistita³⁰.

Piuttosto, penso che i dubbi riguardino, più in generale, l'istituto in sé, anche perché le relative previsioni sono un po' farraginose. Tuttavia, se si tratta di acquisire dati che possano rendere più probabile il successo della trattativa, non vedo perché non si possa svolgere un'attività in tal senso al di fuori delle regole date. In verità queste regole servono al fine di rendere possibile la spendita delle dichiarazioni raccolte in sede processuale, per cui esse guardano all'eventualità di un insuccesso del percorso. Ma le parti, se non voglio assumere questa prospettiva e vogliono anche garantire del tutto il principio di riservatezza, fanno bene a non usare lo strumento della legge.

Infine, prima di concludere il discorso, si accenni ad un rapidissimo confronto con altri percorsi stragiudiziali.

Se guardiamo alla fase iniziale³¹, abbiamo visto che quello qui in commento può far emergere un rischio, perché, se è vero che si tratta di percorsi che sono tutti facoltativi, è anche vero che, ricevuto l'invito, la parte è del tutto libera di non aderire in sede di art. 410 c.p.c., mentre può essere sanzionata la sua mancata cooperazione in sede di negoziazione assistita. Ma, ripeto, se i giudici saranno prudenti il rischio sarà relativo.

Guardando, poi, allo svolgimento del fenomeno io credo che la negoziazione assistita dagli avvocati potrebbe avere dei vantaggi.

³⁰ Al più si può dubitare del fatto che l'opzione sia possibile in un momento successivo. Ma anche su questo aspetto io sarei liberale.

³¹ Sulle differenti discipline relative a prescrizione e decadenza torna alla nota 20.

Intanto il vantaggio dato dal fatto, forse discutibile ma da segnalare, che nella negoziazione assistita vi è la possibilità di svolgere un genere di attività istruttoria i cui frutti sono spendibili nel successivo processo ove il percorso fallisca³².

In secondo luogo, guardando al fallimento del percorso, emerge che in sede di tentativo di cui all'art. 410 c.p.c. si deve avere una proposta (art. 411 c.p.c.), la cui mancata accettazione può essere sanzionata, mentre nella negoziazione assistita non si ha niente di tutto ciò, cosa che potrebbe essere vantaggiosa.

Oltretutto quest'ultimo elemento rinvia anche ad un altro aspetto dato dal fatto che, se per la negoziazione assistita è garantita la riservatezza, nella sede costruita dall'art. 410 c.p.c. questa garanzia non si ha ed anzi l'art. 411 c.p.c. prevede la produzione in giudizio di verbali e memorie, come se si fosse svolto un processo in chiave minore.

Inoltre, in caso di esito positivo, se i verbali hanno sempre la stabilità garantita dalla sussistenza di una sede protetta e sono titoli esecutivi, bisogna però dire che, mentre per il verbale costruito nella sede di cui all'art. 410 c.p.c. ci vuole un passaggio dal giudice e per quello raggiunto in sede sindacale addirittura è necessario un doppio deposito (art. 411 c.p.c.)³³, per il verbale in sede di negoziazione assistita basta, invece, la garanzia degli avvocati ed inoltre abbiamo anche un titolo per iscrivere ipoteca (art. 5 della legge).

Insomma e per finire, se vi sono più percorsi possibili per cercare di trovare un accordo con cui si eviti il processo, quello oggi proposto dalla riforma Cartabia ha forse più vantaggi che svantaggi.

4.Coordinamenti o adeguamenti a modifiche intervenute nel processo dichiarativo ordinario

In questa area abbiamo pochissimi cambiamenti che qui merita solo segnalare, senza approfondimenti.

Innanzitutto è stato modificato l'art. 430 c.p.c., eliminando il riferimento ad un termine di 15 giorni, che era in contraddizione con l'art. 429 c.p.c., nel quale si prevedeva e si prevede ancora, in caso di scissione tra lettura del dispositivo in udienza e deposito della motivazione un termine non superiore a 60 giorni. Oggi l'art. 430 c.p.c. si limita a dire che in questo secondo modulo la sentenza è depositata fuori udienza ed il cancelliere ne dà immediata comunicazione alle parti.

Quindi per il giudizio d'appello abbiamo due modifiche.

³² Sui modelli stranieri di ispirazione, ancorché diversi tra di loro, ossia la *discovery* nordamericana e la *procédure participative* francese vedi, fra tutti, FICCARELLI, *Istruzione stragiudiziale nella negoziazione assistita da avvocati. Nuova sfida culturale per il legislatore italiano e metodi complementari di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2023, p. 503 ss.

³³ Presso la Direzione provinciale del lavoro a cura di una parte o per il tramite di un'associazione sindacale e poi presso il giudice a cura del direttore o di un suo delegato (dopo averne accertatane l'autenticità), avendosi l'*exequatur* solo in presenza anche dell'istanza della parte interessata.

La prima, riguardante l'atto d'appello, ha toccato l'art. 434 c.p.c., prevendendosi, come per l'appello ordinario (art. 342 c.p.c.), la sanzione dell'inammissibilità per difetto di chiarezza, sinteticità e specificità. Su questa previsione molto ci sarebbe da dire, ma nulla di specificamente riferito al rito del lavoro. C'è solo da ricordare che la scelta del legislatore è stata assai criticata dalla dottrina e sembra, dalla lettura del c.d. "Correttivo" nelle bozze che stanno circolando, che si voglia ritornare in una certa misura indietro. In particolare, sempre da brogliacci ufficiosamente in circolazione, sembra che il comma 1 dell'art. 434 c.p.c. dovrà essere nel seguente tenore: ««Il ricorso deve contenere le indicazioni prescritte dall'articolo 414 e deve essere motivato in modo chiaro, sintetico e specifico. Per ciascuno dei motivi, a pena di inammissibilità, l'appello deve individuare lo specifico capo della decisione impugnato e in relazione a questo deve indicare:

- 1) le censure proposte alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado;
- 2) le violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.»

Se così sarà, ne verrà fuori una previsione nella quale in realtà la necessità di quei requisiti sarà mantenuta, eliminandosi piuttosto la sanzione dell'inammissibilità in caso di loro difetto. Di conseguenza l'interprete si troverà di fronte a due nuovi problemi. In primo luogo si dovrà tracciare la linea di confine tra questo tipo di difetto e quelli che invece determineranno l'inammissibilità dell'appello. In secondo luogo si dovrà individuare la sanzione da collegare alla carenza di chiarezza, sinteticità e specificità, probabilmente da ravvisare nella nullità dell'atto, la quale, a differenza dell'inammissibilità, è sanabile.

Insomma, ne verrà fuori un altro pasticcio per sopportare i tanti mal di pancia di un legislatore che poteva mantenersi ancorato alla semplice formula della necessità dei c.d. "motivi specifici" a pena d'inammissibilità.

Col secondo intervento si modifica del tutto l'art. 436-*bis* c.p.c., che, se prima disciplinava quel filtro che era previsto anche nel rito ordinario, oggi, venuto meno questo istituto già nella sua sede principale, viene meno anche nel rito del lavoro. Ora, leggendo il novellato art. 436-*bis* c.p.c. insieme all'art. 437 c.p.c., abbiamo due modalità di decisione.

In entrambi i casi la sentenza è pronunciata in udienza. Ma nel modulo più rapido (legato ai casi di "facilità", perché l'appello è: improcedibile, inammissibile, manifestamente fondato o infondato ovvero poco complesso o urgente) abbiamo in udienza la lettura sia del dispositivo sia della motivazione, mentre nel modulo di cui all'art. 437 c.p.c. abbiamo la lettura del dispositivo in udienze a poi il deposito della motivazione.

5. Norme di carattere generale interessanti per le liti di lavoro: udienze da remoto e cartolari nel processo del lavoro

In questa area interessa l'osservazione degli articoli 127-*bis* e *ter* c.p.c., che, essendo norme di carattere generale, ben potrebbero applicarsi, almeno in astratto, anche al rito lavoro. Il problema è verificare quanto questa ipotesi astratta possa diventare concreta³⁴.

L'art. 127-*bis* c.p.c. prevede la possibilità di sostituire l'udienza in presenza con quella da remoto, se l'ufficio ha tutte le dotazioni tecniche necessarie. In astratto essa è da escludere solo quando si devono assumere testimoni e comunque nella salvaguardia del contraddittorio. Sta al giudice scegliere, pur nell'opposizione delle parti, ipotesi nella quale è sempre il giudice ad avere la valutazione finale, sempre alla luce del rispetto del contraddittorio, che potrebbe anche consigliare di svolgere l'udienza in forma mista, avendo magari una parte in presenza e l'altra da remoto.

Ben diversa è la struttura della c.d. udienza cartolare di cui all'art. 127-*ter* c.p.c., nella quale sparisce l'oralità ed il confronto diretto tra le parti, sostituiti da uno scambio di note scritte. Quindi, sempre strutturalmente, non abbiamo la fissazione di una data dell'udienza in senso proprio³⁵ (ma si veda l'ultimo comma dell'art. 127-*ter*, per cui la data di scadenza del termine di almeno 15 giorni³⁶ assegnato dal giudice alle parti per lo scambio di note scritte è la data dell'udienza non formalmente celebrata come tale), né la stesura di un verbale di udienza.

Insomma, più che una diversa forma dell'udienza (come accade in quella da remoto), qui abbiamo la sostituzione dell'udienza con un meccanismo che ne fa le veci (anche se la doppia inerzia delle parti provoca quella stessa ipotesi di estinzione di cui tratta l'art. 309 c.p.c. per il caso della diserzione a due udienze in sequenza: vedi il comma 4 dell'art. 127-*ter* c.p.c.). Del resto, l'art. 127, comma 3, c.p.c. si esprime chiaramente in questo senso, prevedendo che, se il collegamento audiovisivo a distanza rappresenta un diverso modo di svolgere l'udienza, il deposito di note scritte, invece, rappresenta un'alternativa all'udienza, ossia un modo per compiere le attività che si potrebbero svolgere in udienza sostitutivo di questa.

³⁴ Sul tema si è sollevata un'accesa discussione, per la quale vedi variamente: D. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 356 ss.; CARBONE, *In difesa dell'udienza cartolare*, in www.questionegiustizia.it 2023; COLOSIMO, *Trattazione dell'udienza e impugnazione dei licenziamenti*, in LDE 2023, fasc. 2; SORDI, *In difesa del processo del lavoro: perché la trattazione scritta è incompatibile con il rito lavoro*, in *Giustiziavivile.com* 2023, n. 1; RICCHEZZA, *L'art. 127-ter c.p.c. ed il processo del lavoro: alla ricerca di soluzioni "salvifiche"*, in www.dirittoigiustiziaecostituzione.it, p. 5; ALLIERI, *Le nuove disposizioni in materia di processo del lavoro*, in *Giustizia insieme*; MOLINARO, *op. cit.*, p. 212 ss.

³⁵ Il provvedimento del giudice può fissare fin dall'origine il meccanismo sostitutivo, ed allora non abbiamo una fissazione di udienza in senso proprio, ovvero sostituire (poi) l'udienza già fissata (prima) col modo cartolare. In questo secondo caso la sostituzione potrebbe di fatto operare per rinviare la causa.

³⁶ Dovrebbero coordinarsi il termine entro il quale le parti sono chiamate a depositare le note scritte col termine di 5 giorni entro il quale ciascuna parte costituita può opporsi al provvedimento del giudice, opposizione che lascia al giudice 5 giorni successivi per rispondere. Quindi il giudice nel suo provvedimento dovrebbe calcolare il tempo di questo possibile "incidente oppositivo": 5 giorni per opporsi più 5 giorni per rispondere all'opposizione. Quindi il giudice dovrebbe dare alle parti almeno 25 giorni per il deposito delle note scritte, da calcolare sottraendo 10 giorni (5 + 5) e così attribuendo 15 giorni effettivi e pieni, successivamente decorrenti, nei quali le parti, ove il giudice confermi la c.d. cartolare, possano redigere e depositare le note scritte.

E, allora, se dalla lettura delle due norme sopra citate emerge che il limite sia sempre lo stesso, ossia che i meccanismi in esse previsti certamente non sono utilizzabili quando, ad esempio, si tratta di assumere un testimone, essendo per il resto sempre utilizzabili, in realtà in riferimento alla c.d. “cartolare” bisogna porsi qualche dubbio in più, visto che con essa non si ha propriamente un’udienza né certamente un confronto orale e diretto tra le parti.

È indubbiamente non ipotizzabile la sostituzione cartolare delle udienze istruttorie. Se, quando si tratta di assumere testimoni l’esclusione è prevista *per tabulas* nell’art. 127-ter c.p.c., direi che la medesima esclusione sia predicabile anche quando si tratta di assumere dichiarazioni formalizzate di parte, per interrogatorio formale o deferimento di giuramento, visto che le note scritte sono attività degli avvocati, contenenti istanze e conclusioni.

Pertanto, dovrebbe essere ritenuta incompatibile la sostituzione cartolare con lo svolgimento di attività che esigono il confronto diretto e orale tra le parti: si pensi all’interrogatorio libero delle parti o al tentativo di conciliazione condotto dal giudice. E, si badi, se qui emerge un’incompatibilità (che nei detti casi non mi sembra che sia smentita nella bozza di “Correttivo” che circola ufficiosamente), di ciò non può dimenticarsi il giudice anche a fronte di una richiesta congiunta delle parti. È vero che tale richiesta congiunta sembrerebbe vincolare il giudice (art. 127-ter, comma 1, ultimo inciso). Ma è anche vero che, visto l’art. 127 c.p.c. (ed anche l’art. 175 c.p.c.), spetta sempre al giudice il potere di direzione e quindi di controllo della funzionalità di ciò che si fa nel processo, con la conseguenza che il giudice non può essere vincolato ad una richiesta congiunta delle parti per svolgere un’attività secondo forme non funzionali e, quindi, non ragionevoli.

Insomma, dal punto di vista della sostituzione cartolare l’accordo tra le parti (opposizione congiunta) può vincolare il giudice in negativo e non anche, almeno non sempre, in positivo: con esso si può imporre al giudice di non operare la sostituzione e celebrare l’udienza, ma esso non può, si ripete almeno non sempre, imporre al giudice di operare la sostituzione e non celebrare l’udienza, perché, nonostante la richiesta congiunta, il giudice ha il potere di celebrare l’udienza in quanto ritiene che la sostituzione cartolare sia incompatibile con l’attività da compiere nell’udienza.

Sulla base di questi principi diventa in generale difficile ipotizzare l’applicazione dell’art. 127-ter c.p.c. nel rito del lavoro, visti i principi di oralità, concentrazione ed immediatezza tipici di questo rito.

Pertanto, la difficoltà emerge anche più in particolare guardando alla disciplina degli snodi principali del processo del lavoro.

La sostituzione cartolare dell’udienza ex art. 420 c.p.c. sembra difficilmente ipotizzabile alla luce delle attività che in essa devono svolgersi. Inoltre, una simile opzione sembra impedita anche dalla disciplina della costituzione del convenuto, da farsi con deposito di memoria 10 giorni prima dell’udienza fissata dal giudice con decreto ex art. 415 c.p.c. (che insieme al ricorso è notificato al convenuto), perché non si capirebbe quando il giudice dovrebbe disporre

detta sostituzione. Se la disponesse nel decreto ex art. 415 c.p.c., avremmo una possibilità di opposizione ex art. 127-ter, comma 2, c.p.c. solo da parte dell'attore, in quanto il convenuto non è ancora costituito. Se la disponesse dopo la scadenza del termine di cui all'art. 416 c.p.c., quindi dopo la costituzione del convenuto, il giudice dovrebbe sostituire la data dell'udienza già fissata con i termini dell'attività in sostituzione, in pratica inventando una sorta di spostamento in avanti dell'udienza ex art. 420 c.p.c., che non sta nelle norme.

Guardando alla fine del processo del lavoro, dovrebbe essere ritenuta incompatibile la sostituzione cartolare quando la legge esige propriamente un'udienza magari pubblica (art. 128 c.p.c.): così, visto l'art. 429 c.p.c., l'udienza in cui si discute la causa e poi si pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo ed anche della motivazione, salvo scissione e così successivo deposito della motivazione.

Tuttavia, mi sembra che una posizione rigorosa come quella appena accennata non potrà reggere a lungo. Così, guardando a quella bozza di "Correttivo" che ufficiosamente circolare³⁷

³⁷ L'art. 127-ter c.p.c. dovrebbe subire le seguenti modifiche:

Al comma 1 si aggiunge in fondo: «L'udienza non può essere sostituita quando la presenza personale delle parti è prescritta dalla legge o disposta dal giudice» (così si chiarisce che non si può fare la c.d. cartolare quando ci devono essere le parti personalmente al fine di un dialogo, per un interrogatorio libero o un tentativo di conciliazione). Al comma 2 dopo il primo periodo si aggiunge: «Nel caso previsto dall'articolo 128, se una delle parti si oppone il giudice revoca il provvedimento e fissa l'udienza pubblica» (così è chiarito che l'udienza pubblica è derogabile, ma anche che basta l'opposizione di una parte per renderla necessaria; la previsione dovrebbe semplificare la fase decisoria). Al comma 5 in fondo si aggiunge: «Il provvedimento depositato entro il giorno successivo alla scadenza del termine si considera letto in udienza» (si risolve l'incompatibilità della forma cartolare con quelle disposizioni che prevedono la lettura del dispositivo in udienza). Nella relazione si legge: «L'intervento correttivo si propone di risolvere le questioni sorte in ordine alla possibilità di sostituire l'udienza di discussione della causa con il deposito di note scritte e, più in generale, alla sua compatibilità con il rito del lavoro e con le udienze che, anche nel rito ordinario, richiedono la comparizione personale delle parti ai fini di un'interlocuzione col giudice. La scelta è caduta su una soluzione mediana che, per un verso, valorizza l'impiego virtuoso della disposizione di cui all'art. 127-ter c.p.c. tutte le volte in cui la trattazione della causa in udienza appesantisce senza una concreta utilità la singola vicenda processuale e, più in generale, la gestione delle udienze e del ruolo del giudice; per altro verso, è chiarito che la trattazione in udienza è obbligatoria e, dunque, insostituibile, nei casi in cui l'effettiva interlocuzione tra le parti e delle parti col giudice risulta necessaria – specialmente in presenza di un'espressa previsione di legge (artt. 117, 185 e 185-bis) – alla formazione del libero convincimento dell'organo giudicante, al pieno esercizio del diritto di difesa oppure alla definizione per via conciliativa della lite. Il fatto che, ai sensi delle disposizioni ora indicate, il giudice possa disporre in ogni momento la presenza personale delle parti costituisce peraltro una delle principali espressioni del potere generale del giudice di direzione del processo, previsto in via generale dall'articolo 175 del codice di procedura civile. In questa ottica, si è ritenuto opportuno ribadire tale facoltà che non è superata dai principi di delega della legge n. 206 del 2021, che con essa devono essere armonizzati.

Si è poi voluto dare prevalenza, in nome delle garanzie e del diritto di difesa, all'interesse alla base della previsione di cui all'articolo 128 secondo cui l'udienza in cui si discute la causa è pubblica a pena di nullità, prevedendo esplicitamente la possibilità della sua sostituzione con la trattazione scritta (di grande utilità nei casi, ricorrenti nella pratica, in cui le parti non hanno interesse ad una effettiva illustrazione orale delle questioni controverse) ma disponendo che in questo caso sia sufficiente l'opposizione anche di una sola delle parti perché il giudice revochi il provvedimento e disponga la celebrazione della pubblica udienza (nel regime ordinario, viceversa, il giudice è vincolato alle indicazioni delle parti solo in caso di loro istanza congiunta). Per quanto concerne, più nel dettaglio, il rito del lavoro, per il quale una lettura rigorosa del combinato disposto degli artt. 420 e 128 osterebbe alla sostituzione dell'udienza con la trattazione scritta ai sensi dell'art. 127-ter, si è scelto di considerare, in senso contrario, il dato esperienziale in base al quale l'udienza di cui all'art. 420, che in virtù dei principi di immediatezza, oralità e concentrazione dovrebbe condensare in una sola udienza l'intera vicenda

si accolgono interpretazioni più indulgenti. In particolare si esplicita la possibilità di sostituire l'udienza di discussione con lo scambio cartolare, salva l'opposizione anche di una sola parte. Insomma, il giudice è vincolato a celebrare l'udienza pubblica, non solo quando lo richiedono congiuntamente tutte le parti, ma anche se solo una parte ne fa richiesta.

Inoltre, si prevede anche che il provvedimento depositato il giorno successivo alla scadenza del termine per le note scritte valga come lettura in udienza, scegliendo così di sminuire la funzione dell'udienza pubblica tradizionale per la discussione, soluzione che potrebbe anche essere ragionevole, visto che quella discussione è spesso ininfluyente, perché, visto il meccanismo decisorio, il giudice arriva a quella udienza con la sentenza già in tasca³⁸. Ed anzi, avendo un giorno di tempo, forse il contenuto delle note scritte potrebbe anche influenzare un po' di più il giudice.

Mauro Bove

Ordinario dell'Università degli Studi di Perugia

processuale, si snoda invece in una fase introduttiva, nella quale si esperisce il tentativo obbligatorio di conciliazione ai sensi del primo comma, una fase istruttoria e una fase decisoria, alle quali sono destinate due o più udienze. Le disposizioni di cui si è detto troveranno quindi applicazione in relazione al segmento decisorio. Infine, si è risolta l'inconciliabilità pratica della sostituzione ex art. 127-ter c.p.c. dell'udienza di discussione, nei casi in cui questa richiede la lettura del dispositivo in udienza, con la possibilità delle parti di depositare note scritte fino al termine di quello stesso giorno: è stato perciò aggiunto un periodo all'ultimo comma dell'art. 127-ter c.p.c., in virtù del quale il provvedimento depositato entro il giorno successivo alla scadenza del termine si considera letto in udienza.

Non si è viceversa ritenuto necessario apportare un'ulteriore correzione volta a prevedere che nel revocare il provvedimento che ordina la trattazione scritta il giudice possa disporre che l'udienza si svolga mediante collegamenti audiovisivi a distanza, in quanto si è ritenuto che tale possibilità sia già contemplata dalla attuale previsione, ai sensi della quale in caso di opposizione il giudice «provvede»; espressione che non pone un'alternativa secca tra il rigetto dell'opposizione e la celebrazione dell'udienza in presenza, ma consente anche la soluzione intermedia rappresentata dall'udienza «da remoto». Quindi, collegato all'art. 127-ter si aggiunge al comma 1 dell'art. 428: «*Il giudice può altresì disporre la sostituzione dell'udienza ai sensi dell'articolo 127-ter, salvo che una delle parti si opponga*». Vedi ancora la relazione: «la modifica dell'articolo 128, infine, si rende necessaria per assicurare la coerenza e sistematicità dell'intervento correttivo appena esposto, prevedendo che il giudice può disporre la sostituzione dell'udienza pubblica, salvo che una delle parti si opponga. Tale intervento è del resto rispettoso della delega conferita dall'articolo 1, comma 17, lettera m) della legge 26 novembre 2021, n. 206. La possibilità di sostituire le udienze con il deposito telematico di note scritte va necessariamente coordinata con i principi generali che governano il processo civile proprio al fine di evitare le incertezze applicative sorte nell'applicazione della disciplina emergenziale, prima, e della disciplina di cui alla riforma del 2022, poi».

³⁸ Su questi meccanismi vedi, se vuoi, Bove, *La decisione nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 2016, p. 721 ss., spec. 727 ss.