

DALLA LEGGE BIAGI AL COLLEGATO LAVORO IL SIGNIFICATO DI UN INTERVENTO DI RIFORMA DELLA GIUSTIZIA DEL LAVORO IN ITALIA

Michele Tiraboschi

Introduzione

Il disegno di legge n. 1167 (o n. 1441, se si segue la numerazione della Camera), ormai notoriamente nominato “Collegato lavoro”, è indubbiamente un disegno di legge alquanto eterogeneo per la quantità, la diversità e – in alcuni tratti – la complessità dei temi affrontati: su questo aspetto si deve senz'altro concordare con il messaggio con cui il Capo dello Stato ha rinviato il testo alle Camere ⁽¹⁾.

È sufficiente, per confermare questa affermazione, leggere il titolo del disegno di legge: “Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro”.

D'altra parte, il testo di legge è il frutto di oltre due anni di iter parlamentare e del conseguente stratificarsi di norme derivanti da stralci di altre leggi (come è la stessa parte relativa al processo del lavoro, che fu inizialmente discussa unitamente alle disposizioni che sono confluite nel decreto legge 112 e nella successiva legge di conversione n. 133 dell'estate del 2008), di emendamenti e di altre proposte normative.

All'interno di questo disegno di legge, tuttavia, una parte che ha una sua uniformità è quella relativa, appunto, ai temi della giustizia del lavoro, sui quali si è focalizzata l'attenzione non solo della dottrina giuslavoristica e sindacale e in generale degli “addetti ai lavori”, ma della stessa stampa ⁽²⁾. Critiche piuttosto tardive, a ben vedere, se si considera che esse sono state sollevate solo a ridosso (se non, addirittura, a seguito) dell'approvazione in via definitiva da parte del Senato nello scorso mese di marzo, periodo nel quale si approssimavano le elezioni regionali tenutesi poi nello stesso mese. Critiche che hanno poi portato al noto messaggio del Presidente della Repubblica e delle quali pertanto il Parlamento è opportuno che, in qualche misura, tenga in considerazione, come dimostrano i lavori parlamentari e gli stessi emendamenti recentemente apportati successivamente al rinvio alle Camere.

Questa parte del disegno di legge ha, come dicevo, una sua uniformità come è confermato dalla stessa origine del corpo di disposizioni in esame.

Questo corpo di norme, che sostanzialmente era già stato proposto come disegno di legge nella scorsa legislatura dall'On.le Sacconi (all'epoca all'opposizione) e altri (ddl. n. 1163/2006 ⁽³⁾), porta a compimento, dopo quasi un decennio di attesa, un segmento strategico del progetto di riforma riconducibile alla legge Biagi.

È sufficiente leggere il «Libro Bianco sul mercato del lavoro» dell'ottobre 2001 – e, ancor di più, il successivo disegno di legge 848, comunicato alla Presidenza del Senato il 15 novembre 2001 – per comprendere come le misure in materia di conciliazione e arbitrato rappresentassero un tassello decisivo nel processo di modernizzazione del quadro regolatorio dei rapporti di lavoro ipotizzato dalla riforma Biagi. Ciò non solo in termini di

-
- 1 Il testo del messaggio al Parlamento del Presidente della Repubblica è reperibile in A. Corvino (a cura di), *Il “Collegato” al riesame del Parlamento. E ora?*, Bollettino speciale 12/2010, in www.adapt.it.
 - 2 Si veda la rassegna stampa in A. Corvino (a cura di), *Arbitrato: una soluzione alternativa*, Bollettino speciale 9/2010, in www.adapt.it ed in A. Corvino (a cura di), *Il “Collegato” al riesame*, cit..
 - 3 Reperibile, come anche la documentazione di seguito citata, in www.adapt.it, indice A-Z, voce Conciliazione e arbitrato.

maggior tempestività ed effettività della giustizia del lavoro ma, più ancora, nella prospettiva di un arretramento dello Stato dalle questioni del lavoro per lasciare spazio, in una ottica sussidiaria e partecipativa, alle libere dinamiche della contrattazione collettiva e del bilateralismo e, laddove adeguatamente sostenuta, anche alla stessa contrattazione individuale tra lavoratore e datore di lavoro.

A seguito delle note vicende relative all'articolo 18 – articolo di fatto invocato da più parti, non a caso, anche in relazione al “Collegato lavoro”, benché, come si dirà, del tutto infondatamente – le misure relative all'arbitrato furono tuttavia stralciate, confluendo sul binario morto del disegno di legge 848-bis (comunicato alla Presidenza del Senato il 13 giugno 2002).

La legge n. 30 del 2003 contemplava, tuttavia, una importante delega per l'introduzione, nel nostro ordinamento dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro e di appalto.

Un istituto che non si può certo dire abbia avuto sì qui particolare successo, se si eccettua l'esperienza del Centro Studi Internazionali e Comparati “Marco Biagi” dell'Università di Modena e Reggio Emilia che, come sede universitaria di certificazione abilitata nel 2005, conta oltre 7.000 istanze di certificazione ad essa pervenute ⁽⁴⁾. Esperienza che, con i dati senza dubbio importanti appena richiamati, dimostra come la certificazione, ove ben attuata, risponda alla domanda di certezza e di stabilità dei rapporti di lavoro. Vero è che la certezza assoluta del diritto nell'ambito dei rapporti di lavoro non vi può essere, ma l'alto numero di istanze ed il numero ancor più elevato di rapporti di lavoro coinvolti nelle certificazioni (si consideri che la certificazione di un contratto di appalto può coinvolgere un numero alquanto considerevole di lavoratori), se rapportato all'esiguo numero di contestazioni su contratti certificati ed all'ancora inferiore contenzioso su rapporti vagliati dalla Commissione di certificazione (è di questi ultimi giorni la notizia di una sentenza al riguardo proprio del Tribunale di Bergamo, tuttavia non definitiva, che rappresenta – al momento – l'unico caso di controversia sui tanti rapporti certificati), la dice lunga sulla utilità pratica di questo strumento.

L'esperienza sin qui maturata nei primi anni di sperimentazione delle procedure di certificazione consente oggi al Legislatore di portare a compimento il disegno di riforma della giustizia del lavoro delineato nella legge Biagi. A ben vedere, peraltro, occorre ricordare, negli anni dalla riforma ad oggi, il rapido, ma significativo, cenno effettuato dall'art. 27 del decreto legislativo n. 81 del 2008 ⁽⁵⁾. Quest'ultimo stabilisce che, ai fini della qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, con riferimento alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, occorre tenere conto anche della applicazione di determinati standard contrattuali e organizzativi nell'impiego della manodopera, anche in relazione al ricorso agli appalti ed alle tipologie di lavoro flessibile, certificati – appunto – in base alle disposizioni contenute nel titolo VIII, capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

Giustizia del lavoro e procedure di certificazione. Il completamento della legge Biagi

In relazione ai temi legati alla giustizia del lavoro nel disegno di legge in esame, il corpo di norme del cosiddetto “Collegato” muove dal presupposto che i tempi eccessivamente dilatati di risoluzione delle controversie – che, se si vuole affrontare il tema, è un dato incontrovertibile e punto di partenza imprescindibile anche per chi nutre perplessità sulla prospettiva sussidiaria e di relazioni industriali prospettata dalla riforma Biagi ⁽⁶⁾ – non

4 Cfr. C. Bizzarro, F. Pasquini, M. Tiraboschi, D. Venturi, *The Certification of Employment Contracts: A Legal Instrument for Labour Market Regulation in Italy*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n. 1/2010.

5 Su cui vedi M. Tiraboschi, L. Fantini (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo*, Milano, 2009.

6 Secondo i dati Istat, la durata media di un processo di lavoro è, per il solo primo grado di giudizio, di

sono frutto, o comunque non in modo preponderante, di disposizioni procedurali poco efficienti. E' quanto si legge nella stessa relazione introduttiva del disegno di legge n. 1163/2006 presentato dal Senatore Sacconi, già sopra richiamato.

Il processo del lavoro è, anzi, ispirato a regole di celerità e oralità, che ne hanno fatto un procedimento particolarmente snello e concentrato, spesso usato come raffronto e termine di paragone per altre riforme.

V'è, quindi, in questo disegno di legge, la convinzione che non è con la riscrittura delle norme dettate dal codice di procedura che si risolve il problema della scarsa efficienza del processo, né con la proliferazione di canali privilegiati di urgenza, strada questa seguita da altri disegni di legge presentati nel corso della passata legislatura: il riferimento è, in particolare, al disegno di legge “Salvi-Treu” n. 1047, presentato anch'esso nel corso del 2006, e alle proposte formulate dalla Commissione per lo studio e la revisione della normativa processuale del lavoro, istituita con D.M. 28.11.2006 e presieduta del prof. Foglia.

Vero è, piuttosto, che il nostro Paese è caratterizzato da uno straordinario “tasso di litigiosità”.

Lo dimostrano i dati Istat, che attestano l'insorgere di 438.560 nuove cause proposte in un anno davanti ai giudici del lavoro (di cui oltre 145mila in materia di lavoro) e un quoziente di pronunce di primo grado soggette a gravame pari quasi al 16% .

Sono, piuttosto, le regole di diritto sostanziale – incentrate sull'asse «norma inderogabile–giudice» – e la cultura giuridica, che le pervade, ad essere tali da incentivare il conflitto tra le parti del rapporto di lavoro.

Secondo i dati sul contenzioso lavoristico, il 42% delle controversie di primo grado riguarda la corresponsione della retribuzione ed altre indennità di natura retributiva, il più delle volte conseguenza di una richiesta di riconoscimento della diversa natura/qualificazione del rapporto di lavoro.

Sull'elevato contenzioso in materia di qualificazione del rapporto grava senza dubbio il divario esistente, ancora oggi, tra diverse categorie di lavoratori: da una parte il lavoratore subordinato della grande impresa, cui, pressoché esclusivamente, si è rivolta la legislazione lavoristica approntando sistemi di tutele e garanzie che – viceversa – non sono riconosciute ad altri lavoratori.

Fino a quando non vi sarà un intervento legislativo volto a sdrammatizzare il momento qualificatorio – e quindi le differenze di tutele e garanzie connesse alla qualificazione del rapporto di lavoro – la questione della distinzione tra rapporti di lavoro viene inevitabilmente rinviata alla giurisprudenza, chiamata a decidere caso per caso la disciplina applicabile a ciascun singolo rapporto di cui sia pone in dubbio la qualificazione.

Il dibattito dottrinale sul punto – e le stesse proposte legislative già presentate – è ormai abbastanza ricco e sviluppato: il riferimento va, *in primis*, all'idea di Statuto dei Lavori, cioè, in altri termini, all'idea di riscrivere, almeno in parte, le tutele tradizionali del lavoro subordinato, delineando un percorso di tendenziale riduzione delle differenze di trattamento normativo e contributivo, che accompagnano i rapporti di lavoro autonomo e quelli di lavoro subordinato; ciò identificando un nucleo fondamentale di diritti applicabili a tutti i rapporti di lavoro, a prescindere dalla qualificazione del contratto come autonomo, subordinato, associativo o atipico ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, del codice civile, e modulando le restanti tutele e il relativo apparato sanzionatorio. Tale rimodulazione non dovrà essere dettata dai criteri tradizionali della qualificazione del rapporto, bensì da parametri potenzialmente trasversali alle diverse tipologie contrattuali, quali, ad esempio: la dipendenza economica (di cui è indice la monocommittenza); l'anzianità continuativa di servizio; la tipologia di datore di lavoro (pubblico o privato,

805 giorni (quasi due anni e mezzo), dei quali 205 intercorrono dal giorno del deposito della domanda giudiziale allo svolgimento della prima udienza. Agli 805 giorni va aggiunto un mese per il deposito per la sentenza.

terzo settore, organizzazioni di tendenza, dimensione dell'impresa da valutare, tuttavia, non attraverso mere soglie dimensionali, ma anche in termine di fatturato, eccetera); le condizioni soggettive od oggettive del lavoratore nella logica delle azioni positive e delle norme incentivanti alla assunzione; la modalità di esecuzione della prestazione dedotta in contratto. Altri, o anche differenti, parametri potrebbero essere meglio individuati dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali in sede di volontà assistita: la modulazione delle tutele potrebbe essere in effetti meglio coniugata, non in funzione di indicatori astratti e predeterminati, bensì in funzione dell'assetto di interessi realizzato dalle parti in sede di contrattazione collettiva o di volontà individuale assistita in sede di certificazione del rapporto di lavoro.

Al di là di questi aspetti, sul contenzioso lavoristico (e, in particolare, su quello relativo alla qualificazione del contratto) pesano, però, non di rado, scelte già a priori sbagliate circa la scelta del contratto idoneo a realizzare gli interessi voluti delle parti (datore di lavoro e lavoratore), spesso non adeguatamente assistite in sede di stipulazione dello stesso. Si è spesso di fronte ad accordi non adeguatamente formalizzati o non supportati dal punto di vista probatorio, a fronte di una legislazione del lavoro che, a partire dalla riforma del contratto a termine di cui al decreto legislativo n. 368 del 2001 ⁽⁷⁾, accorda particolare importanza, in chiave antifraudolenta, ai patti convenuti ed esplicitati per iscritto in sede di stipulazione del regolamento contrattuale.

Si pensi, ad esempio, alla rilevanza attribuita dalla legge Biagi alle convenzioni contrattuali ai fini della corretta stipulazione del contratto di collaborazione coordinata e continuativa, dove la mancata identificazione di un progetto o programma di lavoro scritto in maniera specifica è sanzionato con la presunzione relativa di subordinazione del rapporto; ovvero alla importanza dell'indicazione delle causali che giustificano il ricorso al lavoro a termine, o il lavoro in somministrazione.

Sono esempi, questi, di come la più recente legislazione faccia sempre più spesso rinvio a norme contenenti "clausole generali": si pensi agli stessi concetti di "giusta causa" e "giustificato motivo" di licenziamento o a tutte quelle norme che legittimano il ricorso a particolari tipologie di lavoro – o anche a decisioni sullo svolgimento del rapporto (si pensi al trasferimento del lavoratore da una unità produttiva ad un'altra) – non in presenza di specifici causali tipizzate, bensì di requisiti flessibili che però, allo stesso tempo, devono essere effettivi e riscontrabili.

Occorre precisare che l'espressione "clausole generali" è, in effetti, utilizzata in senso lato e sostanzialmente atecnico. Le clausole generali sono, in effetti, tecnicamente, concetti valvola perché aprono il diritto a standard di valutazione socialmente diffusi, o prediletti dall'interprete.

Alcuni accreditati studi specialistici di semantica, in campo giuridico, sulle "clausole generali" ⁽⁸⁾ individuano, tuttavia, due accezioni di detta locuzione: da una lato, quale sinonimo di norma ad elevata generalità, che descrive la fattispecie in termini riassuntivi, e, dall'altro, come concetto bisognoso di integrazione valutativa; se si fa riferimento a questa duplice accezione, l'espressione è qui intesa dando prevalenza, senz'altro, alla prima.

Essa è quindi utilizzata – ed in tal senso se ne avvale lo stesso legislatore nell'articolo 30 del disegno di legge in esame – come fa del resto anche parte della dottrina ⁽⁹⁾ per indicare una particolare tecnica legislativa, che si sostanzia nel descrivere con elevata generalità un ambito di casi e, quindi, nella costruzione di una fattispecie aperta, e quindi flessibile, e intenzionalmente indeterminata.

Sul punto, tornando all'utilizzo delle clausole generali in ambito lavoristico, la legge Biagi

7 Per l'impostazione del problema si rinvia a M. Tiraboschi, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Milano, 2009, p. 3 e ss.

8 K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970.

9 S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in Riv. critica dir. Priv., 1987.

– proprio con l’espressa finalità di deflazione del contenzioso – ha affiancato la flessibilità, connessa a questo tipo di tecnica normativa, a percorsi e sedi di sostegno della genuina manifestazione della volontà delle parti negoziali, come le sedi di certificazione dei contratti di lavoro, ispirate alla regola dello “stare ai patti”, che è poi il vero argine contro la deriva della conflittualità permanente.

La flessibilità, quindi, viene ricondotta, per un verso, alla soddisfazione di esigenze oggettive dell’impresa, normalmente di natura tecnica, organizzativa o produttiva. Per altro verso, essa è equilibrata dalla imposizione di patti chiari stabiliti in anticipo e adeguatamente verificabili in sede ispettiva e/o di eventuale contenzioso. Verifica che deve certo poter essere operata in via giudiziale. Meglio ancora, però, detto riscontro potrebbe avvenire anticipatamente: si pensi, in relazione agli esempi sopra fatti, alla possibilità di attestare, nel momento della stipula di un contratto o ancora prima, la veridicità di un progetto aziendale nel cui ambito è richiesta una determinata collaborazione, ovvero la ricorrenza di effettive ragioni che giustifichino l’apposizione di un termine ad un contratto di lavoro o il ricorso alla somministrazione a termine; ovvero – con riguardo alla delicata questione dei tempi di lavoro nella gestione dei rapporti – alla possibilità di certificare un modello di organizzazione del lavoro in squadre e un avvicinarsi di turni tali da giustificare, coerentemente con quanto previsto dalla legge (art. 9 d.lgs. n. 66/2003), una deroga al riposo settimanale.

E ciò con un vantaggio quanto meno duplice. In primo luogo, e a garanzia delle parti, l’attestazione – da parte di un organo terzo ed imparziale e di sicura competenza – della correttezza, rispetto alla legge, dello strumento giuridico utilizzato in relazione alla regolamentazione del rapporto che le parti si intendono dare; il che tutela non solo la parte datoriale (su cui più gravano i rischi di scelte sbagliate), ma anche il lavoratore sulla serietà del proprio datore di lavoro o committente, perché scelte azzardate non supererebbero certo il vaglio delle commissioni. La certificazione, inoltre, contribuisce all’arricchimento del materiale probatorio – a sostegno della genuinità del contratto o dell’atto di gestione del rapporto – poi eventualmente utile in caso di contestazioni, in quanto potrà essere valutato in sede giudiziale (o arbitrale) come materiale non certo meno attendibile rispetto ad altre risultanze probatorie.

Si spiega, allora, perché il Legislatore, in un corpo di norme che riguardano la giustizia del lavoro, abbia tanto insistito sullo sviluppo della certificazione: essa rappresenta quanto di più antagonista rispetto alla cultura del conflitto, in quanto impegna le parti ad una verifica preventiva e su base volontaria circa la correttezza del proprio operato, salva sempre la possibilità di ricorrere al giudizio qualora i patti sottoscritti e certificati non siano rispettati nel concreto svolgimento del rapporto. In una legislazione del lavoro che vuole contemperare le esigenze di flessibilità con la regola della trasparenza e effettività, detto controllo ex ante assicura poi la sussistenza dei presupposti richiesti dalle norme di diritto per l’esercizio della flessibilità medesima.

L’articolo 30 del ddl 1167. Clausole generali e certificazione dei contratti

La centralità della certificazione nel “collegato lavoro” è attestata, oltre che dalla estensione dell’ambito di applicazione e della finalità dell’istituto (su cui si veda l’art. 31 del ddl), anche dal fatto che la disposizione di apertura del corpo di norme che affrontano il tema della giustizia del lavoro si intitola proprio «Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro».

Come si è detto sopra, nella più recente produzione legislativa il rilievo assegnato alle clausole generali – spesso anche sulla scorta di avvisi comuni delle parti sociali, come nel caso del contratto di lavoro a termine – rende necessario che il controllo sui presupposti di legittimità di una determinata scelta aziendale sia vincolato alla verifica – ex ante in sede di certificazione dei contratti di lavoro ovvero ex post in sede giudiziale – della esistenza

concreta delle condizioni poste dalle norme inderogabili di legge e/o contratto collettivo, senza che possa essere sindacato il merito o la opportunità della scelta datoriale. Compito questo che appartiene semmai, in funzione della tutela di principi di rilevanza costituzionale, alla contrattazione collettiva e alla autotutela collettiva in sede di bilanciamento della libertà di iniziativa economica privata. È evidente, infatti, che, ove si legittimi il giudice a valutazioni nel merito o di opportunità tecnico-organizzativa, qualunque norma diviene non solo alquanto incerta, ma essa stessa fonte di contenzioso, perché vincolata ad interpretazioni soggettive e, comunque, eccessivamente ampie e contrastanti, assegnando al giudice un compito che non gli appartiene e che va ben oltre il controllo su frodi e abusi.

Nell'area delle clausole generali (intese nel senso sopra specificato), quindi, le valutazioni dei giudici dovrebbero più avvicinarsi, nella loro struttura logica, ai controlli di legittimità sui poteri datoriali, piuttosto che a valutazioni sul merito di specifiche scelte aziendali; da ciò deriverebbe, anche, una maggiore uniformità dei giudicati e un omaggio più realistico se non alla certezza del diritto, almeno alla prevedibilità delle decisioni.

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

Formulazioni di contenuto sostanzialmente analogo erano state proposte in sede di Commissione anche da senatori dell'opposizione. Si veda, ad esempio, la formulazione suggerita dall'On. Ichino: «Salvo il controllo giudiziale di legittimità sul rispetto dei limiti posti dalle leggi speciali e dei diritti soggettivi dei lavoratori e dei terzi, le scelte di gestione aziendale dell'imprenditore in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso sono insindacabili. Il controllo giudiziale sulle scelte di gestione aziendale, anche in riferimento a clausole generali come quella di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 368 del 2001 in materia di assunzioni a termine, non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono esclusivamente al datore di lavoro o al committente».

Con questa disposizione non si limita affatto – contrariamente a quanto sostenuto in alcuni commenti – il potere istruttorio o decisionale della magistratura. La disposizione ribadisce, infatti, un principio di diritto già più volte affermato dalla giurisprudenza sia di Cassazione che di merito, anche se spesso da quest'ultima disatteso: il giudice, al fine di valutare il rispetto della clausola generale, deve verificare, sulla base delle prove fornite dalle parti, la sussistenza concreta ed effettiva del presupposto, senza però poter sindacare il merito o l'opportunità della scelta. Principio che non viene mai apertamente violato, bensì – in talune pronunzie di merito – talvolta aggirato, mascherando il controllo vietato come controllo sulla congruità tra determinazioni sul piano del rapporto di lavoro e scelte economiche presupposte ⁽¹⁰⁾.

10 *Ex multis*, cfr., in materia di trasferimento del lavoratore, Cass. 28 luglio 2003, n. 11597: «l'art. 2103 cod. civ. richiede come unico presupposto di legittimità la sussistenza di "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive", restando pertanto circoscritto il controllo giudiziale all'accertamento del nesso di causalità tra il provvedimento di trasferimento e le predette ragioni poste a fondamento della scelta imprenditoriale, senza che sia sindacabile il merito di tale scelta al fine di valutarne l'idoneità o inevitabilità» (si veda anche: Cass. 18 novembre 1998 n. 11634, Cass. 9 giugno 1993, n. 6408, Cass. 28 novembre 1994, n. 10122); Trib. Ivrea, 30 ottobre 2006 n. 124: «Il controllo

La norma ha non solo lo scopo di richiamare – cristallizzandolo – un principio del tutto maggioritario, ma anche la portata pratica di rendere impugnabili le sentenze che lo violino sia per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, sia per violazione o falsa applicazione di norme di diritto.

Anche il secondo comma della disposizione in esame – in base al quale nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione – è evidentemente improntato al principio dello *stare pactis*, riconducibile alla buona fede contrattuale ed alla trasparenza nella gestione dei rapporti di lavoro. La disposizione, in questa ottica, valorizza l'intenzione delle parti sia con riguardo alla qualificazione del rapporto di lavoro (ad esempio: lavoro subordinato, lavoro autonomo, collaborazione, ecc.) sia sul significato delle clausole contrattuali che le parti abbiano liberamente convenuto. Si pensi, a titolo esemplificativo, in un contratto di collaborazione a progetto, alla indicazione in sede contrattuale di modalità di coordinamento del collaboratore con il committente, che le parti abbiano reputato tali da non pregiudicare l'autonomia dello svolgimento della prestazione: in questi casi, il giudice non può discostarsi da tale valutazione, ove il contratto – a garanzia di assistenza delle parti – sia stato certificato da una apposita commissione ai sensi della legge Biagi, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto da parte della commissione o di difformità fra quanto pattuito (e certificato) e la concreta attuazione del rapporto.

Lo stesso terzo comma dell'articolo 30, modificato a seguito del messaggio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica, prevede poi una norma, molto discussa in sede parlamentare, in materia di licenziamenti. Esso stabilisce che, nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice debba tenere conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro, ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione.

La formulazione finale di questa norma risulta senza dubbio ammorbidita rispetto alla iniziale previsione del disegno di legge, secondo cui il giudice non doveva soltanto “tenere conto”, bensì “fare riferimento” alle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi stipulati e nei contratti certificati.

Quanto alle tipizzazioni delle ipotesi di giusta causa e di giustificato contenute nei contratti collettivi, questa norma, così formulata, non risulta particolarmente innovativa. È, infatti, principio consolidato in giurisprudenza quello in base al quale il giudice, al fine di valutare la gravità di un comportamento e della ricorrenza degli estremi della giusta causa, può tener conto delle ipotesi eventualmente contenute nei contratti collettivi, ferma restando la

giudiziale sulla legittimità del trasferimento del lavoratore ha ad oggetto l'accertamento della sussistenza delle comprovate ragioni tecniche e organizzative che devono giustificarlo. È insindacabile l'opportunità del trasferimento, con le uniche eccezioni derivanti dal fatto che risulti diversamente disposto dalla contrattazione collettiva »; Trib. Roma 22 marzo 2006: «Il sindacato giudiziale sulle ragioni tecniche, organizzative e produttive che legittimano, ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., il trasferimento del lavoratore da una ad altra unità produttiva, salva l'equivalenza delle mansioni, deve attenere al controllo che il trasferimento non sia fondato su ragioni di comodo, pretestuose o arbitrarie e sia conforme al principio di ragionevolezza, e non deve esercitarsi sull'opportunità della scelta operata dall'imprenditore, eventualmente tra più soluzioni possibili, e sempre salva l'applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede. Una volta appurata la sussistenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive a base del trasferimento e rilevato che l'obbligo di *repêchage* si applica alla materia del licenziamento e non a quella del trasferimento e non è limitato alla medesima unità produttiva, il criterio della maggiore anzianità di servizio non è ostativo all'individuazione e scelta del lavoratore da trasferire in presenza di ragioni organizzative comprovate, non trattandosi di procedura di mobilità collettiva»

valenza meramente esemplificativa e non tassativa di detta elencazione, dal momento che la nozione di giusta causa trova la propria fonte direttamente nella legge. In diverse pronunzie ⁽¹¹⁾, peraltro, si è stabilito il principio per cui, nel valutare le lesioni del vincolo fiduciario, il giudice ben può prendere in considerazione le specifiche previsioni contenute non solo nei contratti collettivi, ma addirittura in atti unilaterali del datore di lavoro. Non si vede, allora, perché il giudice non debba prendere a parametro per la valutazione della ricorrenza della giusta causa anche i patti convenuti tra le parti e le tipizzazioni da esse specificate, specialmente se assistiti da una commissione al momento dell'accordo.

La determinazione di ipotesi che le parti hanno a priori convenuto costituire ipotesi di giusta causa può prevenire lunghi contenziosi nei quali viene rimesso all'apprezzamento del giudice – per sua natura aleatorio e distante dalla realtà dei contesti di produzione e lavoro – stabilire se un dato comportamento integri o meno giusta causa di licenziamento o meno. Si pensi a una clausola che, in virtù della delicatezza di alcuni dati custoditi nella rete informatica aziendale, preveda come ipotesi di giusta causa l'accesso non consentito alla rete da parte del dipendente; ovvero che preveda che costituisca giusta causa di licenziamento l'utilizzo a fini personali di un telefono aziendale; o che preveda il ricorrere della giusta causa nella ipotesi di abbandono del posto di lavoro e di conseguente mancata sorveglianza sulle macchine di una azienda (i casi, evidentemente esemplificativi, sono tratti, rispettivamente, da Cass. 9 gennaio 2007 n. 153, da Cass. 9 luglio 2007, n. 15334, e da Cass. 22 giugno 2009, n. 14586, ove oggetto dei tre gradi di giudizio – con esiti anche contrastanti tra i gradi – è stata la valutazione della ricorrenza della giusta causa in relazione ai fatti contestati).

Rappresenta quindi una garanzia, e non certo un arretramento delle tutele, la previsione in via contrattuale – e in una sede idonea ad assistere le parti nel momento di formazione e manifestazione della loro reale volontà – di ipotesi che, in relazione alle mansioni o all'interesse della organizzazione aziendale, costituiscono infrazioni gravi da parte del lavoratore, tali da minare l'equilibrio del regolamento contrattuale pattuito e sintetizzato nella relativa causa di scambio.

Nella formulazione definitiva del testo di legge – a seguito del messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica dello scorso 31 marzo e del conseguente riesame del testo in Parlamento – è venuto meno anche il richiamo alle “fondamentali regole del vivere civile e dell'oggettivo interesse dell'organizzazione”, presente invece nel testo licenziato dal Senato il 3 marzo.

Quanto alle “fondamentali regole del vivere civile”, è in realtà la stessa giurisprudenza ad adottare questa formulazione (o espressioni analoghe, come il richiamo alla “comune etica”) quale parametro di valutazione dei comportamenti del lavoratore. Si è affermato, per esempio, come “l'elencazione delle ipotesi di giusta causa di licenziamento contenuta nei contratti collettivi non esclude la sussistenza della giusta causa per un grave inadempimento o per un grave comportamento del lavoratore contrario alle norme della comune etica o del comune vivere civile” ⁽¹²⁾; consolidato è, poi, l'orientamento secondo cui la garanzia di pubblicità del codice disciplinare non trova applicazione ogniqualvolta il licenziamento disciplinare sia intimato per comportamenti del lavoratore che la coscienza sociale considera, appunto, “lesivi delle regole fondamentali del vivere civile” ⁽¹³⁾.

Quanto all' “oggettivo interesse dell'organizzazione”, l'eliminazione di questo riferimento evita ogni possibile – ancorché, si ritiene, priva di fondamento – interpretazione maliziosa della disposizione. Era stato, infatti, sostenuto che, con il richiamo all'«oggettivo interesse dell'organizzazione aziendale», sarebbe tornata in auge «l'idea che accanto, ed eventualmente in contrapposizione con l'interesse soggettivo dell'imprenditore, ci sia un

11 Vedi, ad es., Cass. 10 dicembre 2002, n. 17562.

12 Cass. 16 marzo 2004, n. 5372, in Mgc, 2004, 3

13 Cass. 28 settembre 1996, n. 8571, in Ogl, 1997, 173; Cass. 17 novembre 1994, n. 9719, in Mgc, 1994, 11.

distinto “interesse oggettivo dell’impresa”» e che il giudice potesse «dunque d’ora in poi contrapporre alle scelte di gestione aziendale – persino a quelle eventualmente concordate tra imprenditore e sindacato! – un’idea sua propria del “vero”, “oggettivo” interesse dell’organizzazione aziendale» (14).

Si trattava di una interpretazione palesemente maliziosa e priva di fondamento. Volta unicamente a ingenerare incertezza e confusione tra gli operatori. La disposizione si inserisce in un articolo di legge che – come visto sopra – vieta al giudice di sindacare il merito delle scelte di gestione aziendale, che competono esclusivamente all’imprenditore: sarebbe del tutto illogico, in questo quadro, consentire una valutazione del giudice sull’interesse della organizzazione aziendale proprio in punto di licenziamento.

Il riferimento all’interesse dell’organizzazione non avrebbe, comunque, potuto voler dire che il giudice dovesse verificare la legittimità del licenziamento sindacando nel merito la conformità del licenziamento all’interesse produttivo, anzi, tutt’altro. La norma, piuttosto, nel fare riferimento all’interesse dell’organizzazione, richiamava la disposizione codicistica (art. 2104 c.c.) in materia di diligenza del prestatore di lavoro, secondo la quale il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta e – appunto – dall’«interesse dell’impresa».

Venuto meno il richiamo all’oggettivo interesse, pare non possano più sussistere dubbi sul fatto che la norma si riferisca, in via esclusiva, ai licenziamenti per addebiti soggettivi (giusta causa o giustificato motivo soggettivo).

La legge prevede, infine, che, nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento ai sensi dell’articolo 8 della legge n. 604 del 1966 e successive modificazioni, il giudice tenga egualmente conto di elementi e di parametri fissati dai contratti collettivi e dai contratti individuali certificati e, comunque, consideri le dimensioni e le condizioni della attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l’anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento ed evidentemente in sede di certificazione.

La disposizione si applica – espressamente, giusto il richiamo all’articolo 8 della legge 604 del 1966 – nel solo ambito della tutela obbligatoria e non tocca l’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Solo in tale ambito, quindi, il giudice terrà conto, nel determinare l’indennità compresa tra 2,5 e 6 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, di eventuali parametri fissati nei contratti collettivi e nei contratti individuali certificati e degli altri fattori indicati dalla norma, oltre al numero dei dipendenti occupati e alle dimensioni dell’impresa, alla anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti.

L’art. 31 del ddl n. 1167. Conciliazione ed arbitrato

La stessa riforma degli articoli 412 e seguenti del codice di procedura civile recepisce punti qualificanti del disegno di legge delega n. 848, comunicato alla Presidenza del Senato il 15 novembre 2001: compromettibilità in arbitri delle controversie; natura volontaria della compromissione in arbitri delle controversie individuali di lavoro, risultante da atto scritto contenente, a pena di nullità, il termine per l’emanazione del lodo, nonché i criteri per la liquidazione dei compensi spettanti all’arbitro; possibilità di pattuire clausole compromissorie; possibilità delle parti, in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita, di affidare allo stesso conciliatore il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia; superamento del divieto di compromettibilità in arbitri delle controversie individuali in relazione a clausole compromissorie, che abbiano ad oggetto diritti dei lavoratori derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di contratti collettivi, affermandosi conseguentemente il lodo secondo equità; decadenza del collegio arbitrale allo spirare del termine di incarico senza emissione del lodo; immediata

14 P. Ichino, *Una legge per il posto fisso*, Il Corriere della Sera, 29 novembre 2009

esecutività del lodo.

L'arbitrato che il disegno di legge in esame delinea è senza dubbio un arbitrato irrituale. Si tratta, in altri termini, di un libero accordo fra le parti, in base al quale esse stabiliscono di devolvere la controversia ad un terzo, impegnandosi ad accettare la sua decisione come atto avente l'efficacia di un contratto (tra le medesime parti). Sia l'art. 412 che l'articolo 412 quater del codice di procedura civile, come verrebbero modificati dal disegno di legge (relativi, il primo, alla procedura di conciliazione ed arbitrato avanti le Direzioni Provinciali e gli altri soggetti, già abilitati alla certificazione, presso cui potranno essere istituite camere arbitrali e, il secondo, alla procedura di conciliazione ed arbitrato presso collegi istituiti *ad hoc* su nomina delle parti) sono chiari nella scelta della natura irrituale dell'arbitrato. Non a caso le norme richiamano l'articolo 1372 del codice civile, che disciplina l'efficacia del contratto, e l'ultimo comma dell'art. 2113 del codice civile, riguardante la non impugnabilità delle conciliazioni che avvengono davanti a sedi idonee ad assistere la volontà delle parti.

Ebbene, se si considera la natura irrituale dell'arbitrato, ne devono necessariamente derivare, a mio avviso, le seguenti caratteristiche.

In primo luogo, esso, in base alla definizione di arbitrato irrituale che dà il codice di procedura civile (art. 808 *ter* c.p.c., introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40), ha natura di accordo fra le parti o – usando la terminologia del codice di rito – di definizione della controversia mediante “determinazione contrattuale” e non ha natura di sentenza. Ricordo, al riguardo, che anche nel regime attualmente vigente, parte della dottrina ha ammesso la possibilità di equiparare l'arbitrato irrituale, segnatamente in ambito lavoristico, alla transazione, sostenendo che il lodo emesso in esito all'arbitrato irrituale sia “pienamente valido o invalido nei modi e nei limiti stabiliti dall’art. 2113 c.c”⁽¹⁵⁾.

Di conseguenza, nessun problema si pone in relazione a lodi arbitrali che non abbiano ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo.

Ma anche qualora l'arbitrato verta su diritti derivanti da norme inderogabili, esso è pienamente valido se si svolge avanti sedi qualificate, appositamente definite dal legislatore in forza della loro imparzialità, terzietà e competenza; allo stesso modo in cui anche diritti derivanti, appunto, da norme inderogabili di legge e di contratto collettivo sono rinunziabili avanti le sedi di cui all'art. 2113 ultimo comma del codice civile e sugli stessi è possibile stipulare accordi transattivi. Vero è che la conciliazione di cui all’art. 2113 del codice civile e il giudizio arbitrale differiscono in quanto il primo presuppone il consenso dell’interessato all’esito specifico della conciliazione, mentre nel secondo il consenso riguarda solo l’affidamento del caso⁽¹⁶⁾. Come si è però evidenziato⁽¹⁷⁾, la *ratio* non è

15 P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Vol. III, Milano, 2003. “Io non vedo motivi giuridici che possano indurre a negare la sussunzione di questo negozio privatistico a formazione progressiva nel tipo legale della transazione. Donde la conclusione — che non mi risulta contraddetta da nessuno, ma non ha neppure il conforto di alcuna voce dottrinale, né di alcuna pronuncia giudiziale, in riferimento alla disciplina legislativa della materia oggi vigente — secondo cui il negozio stesso è valido o invalido nei modi e nei limiti stabiliti dall’art. 2113 c.c. per le transazioni in materia di lavoro; più precisamente:

- l’arbitrato-transazione, quando di questo si tratti e non dell’arbitrato con funzione giurisdizionale disciplinato dalla legge, è pienamente valido quando esso abbia per oggetto diritti del lavoratore non nascenti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo (così, ad esempio, quando esso abbia per oggetto un elemento retributivo pattuito soltanto individualmente fra datore e prestatore di lavoro in aggiunta allo standard minimo collettivo);

- l’arbitrato-transazione è invece annullabile, mediante impugnazione entro sei mesi dall’emanazione del lodo o dalla cessazione del rapporto se successiva, quando esso abbia per oggetto diritti già maturati in capo al lavoratore, nascenti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo;

- l’arbitrato-transazione è nullo quando abbia per oggetto diritti non ancora maturati in capo al lavoratore, nascenti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, cioè quando abbia la pretesa di sostituire per il futuro la disciplina inderogabile del rapporto”.

16 E. Zucconi Galli Fonseca, *L’arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*,

irrimediabilmente diversa, e l'identità di trattamento si giustifica a condizione che l'arbitrato risolva, per il passato, una controversia e non incida anche sulla regolamentazione generale per il futuro del rapporto di lavoro (come è il caso previsto dall'art. 2113 c.c. stesso, che si riferisce solo alle conciliazioni incidenti su diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore e non a quelle riguardanti diritti futuri, che sono nulle in radice).

Ulteriore conseguenza che si deve trarre dalla natura irrituale dell'arbitrato è la sua inappellabilità. Esso, come accordo fra le parti, può essere, se mai, impugnato. E lo è infatti – come dispone l'articolo 31 del “Collegato lavoro” nella versione modificata dai recenti emendamenti successivi al rinvio alle Camere – nei casi previsti dal codice di procedura civile all'articolo 808 *ter*: se la convenzione dell'arbitrato è invalida o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai loro limiti (e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale); se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale; se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro; se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo; se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.

In questi casi, l'impugnazione – come ora stabilito dal novellato articolo 31 – dovrà essere proposta in unico grado avanti il Tribunale, in funzione di Giudice del lavoro, entro trenta giorni dalla notifica del lodo. Decorso questo termine, o se le parti hanno comunque dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale, o se il ricorso viene respinto dal Tribunale, il lodo – su istanza della parte interessata – viene dichiarato esecutivo, previo accertamento della sua regolarità formale.

La stessa possibilità, che le parti decidano che la controversia sia decisa secondo equità, su cui tanto si è discusso, è conseguenza naturale della natura irrituale dell'arbitrato.

In sostanza, la scelta concorde delle parti di consentire al collegio arbitrale una decisione secondo equità, anziché secondo diritto, ha la funzione di delimitare il mandato: il lodo sarà annullabile, laddove sia stato emesso secondo equità qualora le parti abbiano optato per una decisione secondo diritto⁽¹⁸⁾ e, parimenti, laddove sia stato emesso secondo diritto qualora le parti abbiano optato per una decisione secondo equità⁽¹⁹⁾. Con l'avvertenza che, ove le

in Riv. arbitrato, 2008, 4, 459, secondo cui “non si può fare riferimento, oggi, all'art. 2113 c.c., perché, oltre a non esservi espresso rinvio, il lodo è accertamento e non rinuncia o transazione”

17 T. Treu, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione et arbitrato*, DRI, 2003, 1, 87.

18 Cfr., sul punto, Cass. 15 luglio 2004, n. 13114, in Mgc, 2004, 7-8, secondo cui “*in tema di arbitrato libero, l'averle le parti assegnato agli arbitri, all'esito di procedimento non formale, il potere di adottare decisioni secondo diritto non impugnabili comporta che il lodo così pronunciato è impugnabile [...] se la decisione [...] trovi fondamento in una regola di decisione difforme da quella assegnata come l'equità o il diritto straniero. Ne consegue che l'eventuale malgoverno del diritto applicabile da parte del collegio arbitrale rappresenta nulla più di un abuso dei poteri conferiti agli arbitri, che non inficia neanche la riferibilità ai mandanti del "decisum" oggetto del lodo, posto che questi ultimi ebbero a conferire agli arbitri proprio il potere di dare contenuti giuridici non impugnabili alla loro stessa volontà negoziale. Error iuris non censurabile deve, peraltro, ritenersi quell'errore che infinge un'erronea valutazione della norma di diritto (che la natura negoziale dell'arbitrato fa ovviamente ritenere insindacabile da parte del giudice), e non anche l'errore percettivo di diritto (attinente alla erronea supposizione di esistenza o inesistenza di una norma, e la cui sindacabilità è, viceversa, correlata alla stessa rilevanza attribuita all'errore di fatto), che non vi è ragione di escludere dall'area dell'impugnativa per vizi della volontà, ad istanza e nell'interesse della parte, tutte le volte in cui l'ambito della decisione degli arbitri irrituali abbia investito la (erroneamente supposta e predicata) esistenza o inesistenza di una norma di diritto”*

19 Cass. 25 maggio 1981, n. 3414, in GC, 1981, I, 2600, secondo cui “*costituisce "error in procedendo" denunciabile come motivo di nullità del lodo nonostante qualsiasi rinuncia, l'ipotesi in cui gli arbitri investiti del giudizio di equità, non rendano tale giudizio per erronea nozione giuridica dell'equità (nella specie: ritenendo che essa debba essere configurata come necessaria conseguenza dello stretto diritto). Così pure vi rientra l'ipotesi in cui dal lodo risulta l'intendimento degli arbitri di volersi attenere allo stretto diritto anziché all'equità per effetto di una aprioristica rinuncia a pronunciare*

parti intendano delegare al collegio la soluzione arbitrale secondo equità, dovranno essere comunque rispettati i principi generali dell'ordinamento e – secondo la formulazione da ultimo emendata dell'articolo 31 in commento – i principi formatori della materia, derivanti anche dall'ordinamento comunitario: ove la decisione non rispettasse detti principi, il lodo sarebbe annullabile ex art. 808 *ter* n. 4 c.p.c., avendo violato i limiti stabiliti dal compromesso o dalla clausola compromissoria.

Si devono ritenere superate le obiezioni di illegittimità costituzionale sollevate da quanti, all'indomani della approvazione da parte del Senato del ddl 1167 lo scorso 3 marzo, hanno paventato che la possibilità di decisione secondo equità consentirebbe la violazione di principi generali dell'ordinamento ovvero di diritti di rilevanza costituzionale, come il diritto alle ferie o a un compenso equo.

Ancor meno fondata è poi la tesi di una illegittimità costituzionale basata sulla possibilità di derogare – con la decisione secondo equità – l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori in relazione alle conseguenze da riconnettere a un licenziamento illegittimo.

È sufficiente ricordare, a tale proposito, che l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori è stato oggetto anche di referendum: ora, se si trattasse di norma di rango costituzionale non avrebbe potuto essere mai sottoposta a consultazione popolare per chiederne la sua abrogazione. Ed infatti, chiamata a decidere circa la ammissibilità del referendum, la Corte Costituzionale (sentenza n. 46 del 2000) ha già chiaramente e inequivocabilmente affermato che la stabilità reale del posto di lavoro non è un diritto fondamentale del lavoratore.

Diritto fondamentale del lavoratore è quello di non essere ingiustamente licenziato. Altra cosa, invece, sono le conseguenze (risarcimento e/o reintegrazione) del licenziamento privo di giustificazione che, secondo la Corte Costituzionale, rientrano nella piena discrezionalità del legislatore ordinario: è pacifico, come risulta dall'obbligo del rispetto dei principi generali dell'ordinamento sancito tanto dall'art. 412 quanto dall'art. 412 *quater* del codice di procedura civile che, anche in caso di arbitrato di equità, l'arbitro debba rigorosamente attenersi al rispetto del diritto del lavoratore a non essere ingiustamente licenziato, lasciando invece a una valutazione di equità la decisione circa le conseguenze della illegittimità del licenziamento stesso.

La clausola compromissoria ed il ruolo della contrattazione collettiva

Tanto ha fatto discutere, infine, la disposizione relativa alla clausola compromissoria.

Occorre in primo luogo ribadire che l'opzione tra la risoluzione arbitrale della controversia e la via giudiziale resta una libera scelta delle parti. All'arbitrato è possibile accedervi, infatti, soltanto in forza di un compromesso, in altri termini di un accordo fatto per iscritto nel quale sia determinato l'oggetto della controversia già insorta fra le parti (art. 807 c.p.c.). Viceversa, la clausola compromissoria – cioè il patto nel quale si stabilisca che le eventuali controversie che dovessero insorgere dal rapporto saranno decise da arbitri (art. 808 c.p.c.) – è consentita unicamente nel caso in cui concorrano due requisiti.

In primo luogo, la possibilità di pattuire clausole compromissorie è interamente rimessa agli accordi interconfederali e ai contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

In assenza degli accordi interconfederali o contratti collettivi, trascorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali convocherà – come si legge nel comma 11 dell'articolo 31 come modificato a seguito del

secondo equità o mediante una denegata applicazione dell'equità alla questione risolta nonostante la riconosciuta possibilità di una difformità di decisione. Non vi rientra, invece, l'ipotesi in cui gli arbitri motivatamente ritengano che il principio di equità coincide con il giudizio di diritto, dovendo allora il controllo esplicarsi sull'adeguatezza della motivazione”

messaggio alle Camere – le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative, al fine di promuovere l'accordo. In caso di mancata stipulazione dell'accordo, entro i sei mesi successivi alla data di convocazione, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali individuerà in via sperimentale, con proprio decreto, tenuto conto delle risultanze istruttorie del confronto tra le parti sociali stesse, le modalità di attuazione e di piena operatività delle disposizioni riguardanti la clausola compromissoria.

Inoltre, quest'ultima, a pena di nullità, deve essere certificata, in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, dagli organi di certificazione a ciò abilitati dal medesimo decreto legislativo, i quali devono accertare, all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria, la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le controversie che dovessero insorgere in relazione al rapporto di lavoro; davanti alle commissioni di certificazione le parti possono farsi assistere da un legale di loro fiducia o da un rappresentante dell'organizzazione sindacale o professionale a cui abbiano conferito mandato.

Oltre a questo duplice filtro – intervento a monte della contrattazione collettiva per delimitare ambiti e limiti della clausola compromissoria e successiva certificazione della singola clausola compromissoria – il Parlamento, a seguito del messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica, ha previsto ulteriori garanzie. La clausola compromissoria, infatti, potrà essere pattuita e sottoscritta solo concluso il periodo di prova, ove previsto, ovvero trascorsi trenta giorni dalla stipulazione del contratto di lavoro in tutti gli altri casi ed, inoltre, non potrà riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro.

Il disegno di legge affida, come detto, alle parti sociali, mediante accordi interconfederali o contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, il compito di regolamentare le modalità concrete di accesso agli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro; in particolare, rinvia ai suddetti accordi la delimitazione dell'ambito di operatività e degli effetti dell'arbitrato, quale secondo canale aggiuntivo alla tutela giurisdizionale.

L'arbitrato intende caratterizzarsi, in questa prospettiva, non solo quale possibile strumento di deflazione dell'abnorme contenzioso in materia di lavoro ma, più ancora, quale completamento di un libero e responsabile sistema di buone relazioni industriali, dotato di adeguati strumenti sanzionatori di gestione e amministrazione delle controversie che possano insorgere nell'ambito dei rapporti di lavoro. Ciò secondo parametri di tutela sostanziale dei diritti e in considerazione del comune interesse, del lavoratore e datore di lavoro, al buon funzionamento del mercato del lavoro e a una pacifica prosecuzione della attività lavorativa nel rispetto della persona che lavora e della solidità competitiva della impresa.

Questo spiega probabilmente perché, ancor prima della entrata in vigore del provvedimento legislativo, oltre trenta tra associazioni datoriali e sindacali dei lavoratori (con l'esclusione della sola Cgil) abbiano definito, con la dichiarazione comune dell'11 marzo 2010, alcune brevi, ma importanti, linee guida finalizzate alla regolamentazione dell'arbitrato in sede interconfederale e nei contratti collettivi nazionali di lavoro. Per un verso le parti firmatarie hanno ribadito l'utilità dell'arbitrato, laddove scelto liberamente ed in modo consapevole dalle parti, in quanto strumento idoneo a garantire una soluzione tempestiva alle controversie in materia di lavoro a favore della effettività delle tutele e della certezza del diritto. Per l'altro verso, a sostegno della volontarietà dell'arbitrato e della genuina manifestazione di volontà del lavoratore in tal senso, le parti firmatarie hanno subito escluso che eventuali clausole compromissorie pattuite al momento della assunzione possano “riguardare le controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro”.

Come detto, l'esclusione della possibilità di stipulare clausole compromissorie aventi ad

oggetto le controversie relative alla risoluzione dei contratti di lavoro è stata poi recepita dallo stesso legislatore – acquisendo, così, efficacia *erga omnes* a prescindere dai contratti collettivi che verranno stipulati – a seguito del messaggio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica.