

01-04-2010

Giurisdizione, tutela dei diritti, arbitrato: l'ossessione del legislatore di centrodestra

[DDL 1167-B - "Collegato lavoro"](#)

a cura di **FRANCO SCARPELLI**

Questo numero di Note informative era pronto per la stampa quando è giunta la notizia del rinvio alle Camere del disegno di legge qui commentato. Riteniamo comunque utile la pubblicazione dei contributi che seguono, insieme a un breve editoriale e al testo del [Messaggio alle Camere del Presidente Napolitano](#), quali strumenti per approfondire i contenuti del disegno di legge che dovrà essere sottoposto a nuova valutazione. I commenti pubblicati sono stati redatti, anche nella forma lessicale, nell'ipotesi dell'entrata in vigore del testo di legge: torneremo sui medesimi temi quando vi sarà un testo di legge definitivo.

Una disciplina densa di aspetti contraddittori tende a limitare il ruolo dei giudici nel contenzioso in materia di lavoro. Gli strumenti utilizzati dal legislatore vanno dal tentativo di ridurre gli ambiti del controllo giudiziale, all'introduzione della giustizia privata (arbitrato), al potenziamento dell'istituto della certificazione.

Dalla "legge Biagi" alla d.d.l. 1167-B: differenze e continuità

Come è noto, tra il 2001 e il 2003 si è consumata la prima importante stagione di leggi in materia di lavoro volute dal centrodestra, che prese avvio con il programma enunciato nel Libro Bianco del Ministero del Lavoro, dell'autunno 2001: il [D.Lgs. 368/2001](#) sui contratti a termine, il d.lgs. 66/2003 sugli orari di lavoro e soprattutto la [legge 30/2003](#) e il conseguente [d.lgs. 276 dell'ottobre 2003](#).

Quell'insieme di provvedimenti, dai contenuti per molti aspetti criticabili, erano percorsi da alcune evidenti linee di politica del diritto, tra le quali l'accentuazione a favore dell'impresa delle regole sulla flessibilità del lavoro, la moltiplicazione delle tipologie di impiego di lavoro precario, la modifica degli equilibri dei rapporti tra le fonti depotenziando il ruolo della contrattazione collettiva. Accanto a queste ve ne era anche un'altra, che mostrava una visione fortemente negativa del ruolo della giurisdizione e dei giudici: tale pregiudizio emergeva in diversi punti, come nell'istituto della certificazione e in alcuni passaggi miranti a imbrigliare il giudizio del magistrato chiamato a giudicare la legittimità dell'operato del datore di lavoro e il rispetto dei limiti legali nel ricorso alle forme di decentramento e di lavoro atipico.

D'altronde, l'avversione alla giurisdizione è un dato culturale caratterizzante le politiche (e le prassi) del centrodestra italiano in ogni settore del diritto e delle relazioni sociali.

A distanza di una decina d'anni, o poco meno, da quella stagione legislativa, è possibile fare qualche considerazione sul suo effettivo impatto sul sistema giuridico (che è cosa diversa dall'impatto politico e culturale, che può essere andato anche oltre gli effettivi contenuti tecnici dei provvedimenti). Molti degli istituti allora introdotti hanno avuto successo e diffusione ben inferiori a quelli che si attendevano i loro promotori; alcune regole si sono dimostrate alla prova dei fatti migliori di quanto si ritenesse inizialmente (si pensi alla disciplina dei contratti a progetto, che costituisce in sede giudiziaria uno strumento efficace per perseguire gli abusi nel ricorso al lavoro autonomo), ed altre meno eversive di quanto si temesse (penso alla disciplina della somministrazione di lavoro, o a quella dei servizi privati per l'impiego); per altre discipline, invece, l'impatto sulla condizione sociale di larghe fasce di lavoratori è stato decisamente negativo (ciò vale ad esempio per le regole dei contratti a termine e dell'orario di lavoro).

All'interno di tale (parziale) bilancio, può certamente affermarsi come sia sostanzialmente fallito il tentativo di ridisegnare e contenere il ruolo della giurisdizione nell'applicazione delle regole e dei diritti del lavoro: la certificazione dei contratti di lavoro ha avuto un'applicazione marginale, mentre nessun rilievo hanno assunto le regolette, sparse qua e là nei provvedimenti legislativi, miranti a ridurre e condizionare la funzione interpretativa della giurisprudenza. Anzi, se vogliamo, può ritenersi che la complessità e la scarsa fattura tecnica di quelle leggi, insieme alla loro idoneità a fomentare invece che ridurre il conflitto sociale, abbiano accentuato la centralità del ruolo della magistratura, chiamata a risolvere una miriade di problemi interpretativi (ciò che ha fatto, a parere di chi scrive, sviluppando orientamenti quasi sempre equilibrati e coerenti ai principi generali dell'ordinamento, nazionale e comunitario).

Le ragioni di tale percorso sono tante, e non possono essere approfondite in questa sede. Mi pare tuttavia che una su tutte si imponga, ovvero quella della debolezza di fondo dell'impianto culturale e di principio delle leggi richiamate (a differenza, ad esempio, di una riforma come quella dello statuto dei lavoratori, di cui in questo anno si celebra il quarantennale) discipline che quindi il 'sistema' giuridico ha potuto metabolizzare attenuandone gli aspetti più discutibili, o potenzialmente eversivi, con la forza di principi consolidati e ampiamente condivisi dalla cultura giuridica degli operatori (tra i quali, appunto, i magistrati del lavoro).

La politica del diritto della maggioranza nell'attuale legislatura è diversa, negli obiettivi e nelle tecniche (come diverso, peraltro, è il contesto sociale ed economico rispetto a quello dell'inizio del decennio): rinunciando a nuovi interventi che impattino sul cuore della disciplina dei rapporti di lavoro, la politica del centrodestra in materia

di lavoro si affida a interventi settoriali o apparentemente minori. Nella proposta di legge appena riviata alle Camere dal Presidente Napolitano, tuttavia, si ripropone con rinnovato vigore il progetto di contenimento del ruolo della giurisdizione (pubblica), tentando da un lato di condizionarla e di limitarne i poteri, puntando dall'altro sulla promozione dell'arbitrato (cioè di una forma di giurisdizione privata alternativa a quella statutale) sulla base di una disciplina che mira a scardinare alcuni principi consolidati dell'attuale ordinamento.

Se tale disegno, questa volta, avrà successo, è tutto da verificare: certamente in questa occasione le nuove regole (alcune di esse) sono più insidiose e meglio congegnate rispetto al passato, ma nuovamente dovranno fare i conti con il dovere di coerenza rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento e della disciplina lavoristica.

Il giudice e le clausole generali: i paletti veri o presunti del controllo giudiziario

L'ossessione del legislatore verso i temuti o pretesi 'sconfinamenti' del controllo giudiziario, come si diceva, compariva già nel [d.lgs. 276 del 2003](#). Lì, in particolare, nella disciplina della somministrazione irregolare (art. 27, 3° comma) e della conversione in rapporti di lavoro subordinato di contratti a progetto irregolari (art. 69, 3° comma), la legge inibiva al giudice di sindacare nel merito le valutazioni e le scelte tecniche, organizzative o produttive dell'impresa: disposizione che apparve subito sostanzialmente ridondante, poiché corrispondente a principi generali dell'ordinamento già ampiamente acquisiti nel dibattito scientifico e giurisprudenziale. Se ne poteva temere un effetto 'culturale' o 'sociale', tale da porre i magistrati in una posizione di oggettivo condizionamento, così da renderne più difficile lo svolgimento indipendente e coraggioso della propria funzione: come si detto, tuttavia, ciò non è poi avvenuto.

Il DDL ci riprova oggi con l'art. 30, primo comma, il quale recita che *"In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge (...) 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"*.

Il linguaggio del legislatore è impreciso e discutibile, ad iniziare dall'uso del concetto di "clausole generali" (fino ad oggi appartenente esclusivamente al dibattito teorico giuridico, e che non pare adattarsi correttamente a tutte le ipotesi indicate nella disposizione, nella gran parte delle quali sarebbe stato forse più corretto parlare di

“norme generali”). L'intenzione è però chiara, ed è quella di fissare un confine più stretto possibile al controllo giudiziale sui presupposti di legittimità dei singoli atti di esercizio dei poteri del datore di lavoro o per altre fattispecie.

I casi interessati dalla norma potranno essere, ad esempio, i seguenti: la ragione organizzativa che giustifica una assunzione a termine (art. 1 [D.Lgs. 368/2001](#)) o una somministrazione a tempo determinato (art. 20 [d.lgs. 276/2003](#)); le ragioni organizzative di un trasferimento del lavoratore ad altra unità produttiva o l'equivalenza tra diverse mansioni (art. 2103 c.c.); le ragioni organizzative e produttive del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 3 [l. 604/1966](#)); la nozione di attività economica organizzata costituente ramo d'azienda ai fini di un trasferimento (art. 2112 c.c.); la nozione di progetto, programma o fase di lavoro nelle collaborazioni di lavoro autonomo (art. 61 d.lgs. 276/2003).

Ora, in questi come in altri casi è da tempo oggetto di ampio dibattito il limite entro il quale il giudice, nell'ambito di una controversia sulla legittimità del ricorso al potere o alla singola fattispecie, possa entrare nel merito dell'atto di gestione del rapporto di lavoro. Tuttavia, a ben guardare, tale dibattito non si svolge affatto sul problema oggetto dell'odierno intervento legislativo, poiché ciò che ora afferma il legislatore è un principio ampiamente condiviso e dominante: non c'è dubbio, secondo l'orientamento prevalente, che il giudice debba esercitare il controllo di legittimità e non possa spingersi a sindacare le valutazioni tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro (cioè, potremmo dire, l'opportunità della scelta imprenditoriale che è a monte dell'atto).

Il punto è che il sindacato di legittimità comporta sempre e inevitabilmente anche una verifica di merito, riguardante in primo luogo la verità ed effettività delle ragioni organizzative (o degli altri presupposti di legittimità) adottati dal datore di lavoro e la coerenza tra le stesse ed il ricorso all'istituto utilizzato (in termini di nesso di causalità, di congruità della ragione quale giustificazione del provvedimento di gestione del rapporto di lavoro, ecc.). E quindi, per fare degli esempi (salvo migliore approfondimento delle specifiche diverse norme), nel caso del trasferimento del lavoratore per ragioni organizzative il controllo di legittimità implica sicuramente la verifica del fatto che le ragioni invocate siano vere e che siano tali (per coerenza causale, per consistenza, per il carattere non pretestuoso ecc.) da giustificare quel trasferimento (così come, va aggiunto, appartiene sempre all'area del controllo di legittimità la verifica del rispetto dei criteri di scelta tra più lavoratori, in quanto obbligo discendente da norme di legge o dai principi giuridici di correttezza e buona fede).

Altro esempio: il progetto nelle collaborazioni autonome. Certamente il controllo giudiziario non potrà spingersi (e non si spinge mai) a valutare l'opportunità di assicurare un certo risultato produttivo mediante ricorso ad un contratto di

collaborazione autonoma (invece che all'assunzione di lavoratori dipendenti, o a un appalto esterno), ma appartiene certamente all'area del controllo di legittimità verificare che il progetto dedotto in contratto sia, oltre che reale, un progetto effettivo dotato di autonomia e compiutezza rispetto all'ordinaria attività produttiva. Ancora: nel caso di trasferimento di un ramo d'azienda, il giudice non potrà sindacare le ragioni della scelta di esternalizzazione, ma continuerà ad essere chiamato a verificare se il preteso 'ramo' oggetto del trasferimento integri i requisiti dell'articolazione funzionalmente autonoma richiesti dall'art. 2112 c.c.

Certamente più complessa è la tematica del licenziamento per ragioni organizzative, con riguardo alla quale si discute dei limiti entro il quale il giudice possa verificare non soltanto la verità ed effettività della ragione organizzativa addotta, ed il suo collegamento causale con la posizione del lavoratore interessato, ma anche la "giustificazione" del motivo oggettivo invocato, consistente secondo i vari orientamenti nella sua rilevanza o consistenza, nel suo collegamento ad una necessità di carattere economico dell'impresa, ovvero nel carattere di novità sopravvenuta rispetto al momento di assunzione del lavoratore: tutti profili sui quali, come accennato, il dibattito è da sempre aperto e probabilmente destinato a non concludersi mai, ma che in ogni caso attiene ancora alla verifica dei presupposti di legittimità del recesso e non al sindacato della valutazioni imprenditoriali.

Pare, insomma, che la conclusione debba essere la stessa tratta con riguardo alle analoghe disposizioni introdotte nel 2003: una norma che non dice nulla di nuovo, la cui rilevanza è più che altro politica e culturale (e, come tale, resistibile ed alla quale è corretto resistere richiamando l'interprete ad un corretto utilizzo di regole e principi dell'ordinamento, non scalfiti dalla novità odierna).

Il giudice e la certificazione: una disposizione difficile da comprendere

Altrettanto scetticismo, invero, deve essere espresso riguardo al secondo comma dell'art. 30, il quale recita che *"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"*.

La disposizione non pare aggiungere gran che a quanto già previsto dalla disciplina della certificazione, e in particolare dall'art. 80 [d.lgs. 276/2003](#): non si comprende, infatti, quali concreti problemi possano sorgere rispetto ad un contratto certificato se non quelli di una erronea qualificazione del medesimo contratto o (più probabilmente) di una difformità tra quanto certificato al momento della stipulazione e il concreto assetto del rapporto successivamente verificatosi nei fatti. Poiché tali due ipotesi sono espressamente escluse dalla disposizione in esame (e non potevano non

esserlo, per ragioni di compatibilità costituzionale), non si comprende a quali altri fini possa porsi un problema di vincolo del giudice rispetto alle valutazioni delle parti. Se si intende dire, ad esempio, che le parti avanti la Commissione di certificazione possono avere valutato che l'obbligo di rispettare un certo orario di lavoro non sia incompatibile con la natura autonoma del rapporto, o tale valutazione ricade (come è possibile e probabile) sulla correttezza della qualificazione, ma allora il giudice potrà tranquillamente discostarsene (come prevede la stessa disposizione in esame), o la questione, sembrerebbe, perde oggettivamente di rilevanza.

Il giudice e il licenziamento: nuovi vincoli nei contratti collettivi e individuali?

Ben più problematiche appaiono alcune disposizioni contenute nel terzo comma dell'art. 30, dedicato alla tematica (evidentemente irresistibile per il legislatore) del licenziamento.

La norma pone il fuoco sul momento della valutazione da parte del giudice delle *“motivazioni poste a base del licenziamento”*, affermando che il giudice in tale operazione *“tiene conto”*:

- *“delle fondamentali regole del vivere civile”* e *“dell’oggettivo interesse dell’organizzazione”*, ma anche
- *“delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi”*, nonché
- *“nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l’assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione (...)”*.

La previsione solleva numerosissime questioni, di carattere sia teorico sia pratico, che susciteranno certamente ampie discussioni tra gli interpreti. In prima battuta, e senza alcuna pretesa di approfondimento, possono farsi alcune considerazioni.

In primo luogo, appare indubbio che si tratti di disposizione di enorme delicatezza, poiché incide su una delle discipline centrali di tutela inderogabile del diritto del lavoro, ovvero quella del licenziamento. Taluno potrebbe ritenere che la norma modifichi in questa materia il rapporto tra le fonti, aprendo spazi alla contrattazione collettiva, ed a quella individuale certificata, per integrare o persino derogare il dettato legislativo sui motivi legittimi di recesso. Tuttavia, una simile lettura sarebbe certamente discutibile, a partire dalla constatazione del fatto che il legislatore non interviene in sede di disciplina sostanziale del licenziamento (cioè sulla disciplina del licenziamento dettata dalla [legge n. 604/1966](#)), ma solo sul terreno della sua applicazione giudiziaria.

Ciò, insieme ad altre considerazioni di carattere sistematico, deve far ritenere che la gerarchia tra le fonti non ne venga modificata: il giudice, in materia di licenziamento,

dovrà dunque tener conto delle valutazioni e tipizzazioni richiamate, ma nei limiti in cui queste non entrino in contrasto con i principi inderogabili dettati dalla disciplina di legge (e dunque verificandone la coerenza con le norme generali – le clausole generali, direbbe il legislatore – dettate dall'art. 2119 c.c. e dall'art. 3 l. 604/1996). Che è come dire: il giudice deve tenerne conto, ma non è vincolato al loro rispetto. Ma andiamo per ordine, sia pure rapidamente.

Il riferimento alle “*fondamentali regole del vivere civile*” appare piuttosto generico: ci si potrebbe leggere la codificazione di un principio già condiviso dalla giurisprudenza, in materia di licenziamento per ragioni soggettive e disciplinari, ovvero il fatto che alcuni comportamenti di estrema gravità, contrari a norme di legge esterne a quelle del rapporto di lavoro, ovvero al cosiddetto “minimo etico” nelle relazioni personali e sociali, possono giustificare un licenziamento anche ove non previste dai codici disciplinari. In ogni caso, tale dizione nulla pare poter aggiungere a quanto già deducibile dall'attuale sistema.

Veramente sorprendente è il riferimento all' “*oggettivo interesse dell'organizzazione*”: qui il legislatore formula una disposizione potenzialmente in grado di sconvolgere decenni di dibattito teorico sulla natura dell'impresa e del contratto di lavoro, giunto da lungo tempo ad escludere la sussistenza di un interesse dell'impresa (dell'organizzazione) distinto da quello dell'imprenditore. Non è questa la sede per avventurarsi su questo terreno, potendoci limitare a rilevare di nuovo l'estrema genericità del criterio offerto alla valutazione del giudice, ma anche un possibile effetto paradossale della disposizione.

Poco sopra si è visto, infatti, come il legislatore abbia invitato il giudice a non ingerirsi nelle “*valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente*”. Ora tuttavia, adombrando l'esistenza di un interesse oggettivo dell'organizzazione sembra andarsi in direzione esattamente contraria, poiché questo potrebbe non essere interpretato correttamente dal suo titolare (il giudice, ad esempio, potrebbe valutare che licenziare un lavoratore di elevata professionalità, al fine di ridurre i costi ma creando una disfunzione notevole all'organizzazione del lavoro, non corrisponda all'interesse oggettivo di quest'ultima, e dunque censurare per ciò solo la decisione imprenditoriale: non è questa una valutazione nel merito?). Non crediamo che questa sia un'interpretazione percorribile né desiderabile, ma certamente il legislatore compie qui una scelta altamente criticabile.

La disposizione più problematica, anche sul piano pratico, è certamente quella che invita il giudice a tenere conto delle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo presenti nei contratti collettivi e in quelli individuali certificati. Per quanto riguarda i contratti collettivi, si tratta di una relazione già instaurata da tempo dalla giurisprudenza con riguardo ai licenziamenti per motivi soggettivi disciplinari, ma sempre interpretata quale riferimento a criteri orientativi di giudizio, a valutazioni e

tipizzazioni di indiscutibile rilevanza sociale, ma dalle quali il giudice può sempre discostarsi (ciò che avviene, ad esempio, sul terreno del giudizio di proporzionalità, che oltretutto richiede sempre una valutazione del comportamento tenuto dal lavoratore con riferimento al contesto specifico e alla storia del rapporto di lavoro).

Assai più insidiosa, si ritiene, è l'ipotesi che la tipizzazione dei motivi di licenziamento possa riguardare il recesso per ragioni economiche, ad esempio prevedendo ipotesi astratte che giustificano una certa riduzione del personale (come, per immaginare un caso pratico, nell'ipotesi in cui per certe imprese di servizi venga istituita una relazione tra il volume di servizi erogati e un certo numero di dipendenti).

Anche in questo caso, si ritiene, il giudice dovrà comunque operare una verifica in concreto del fatto che l'ipotesi astratta determini, nel caso concreto, l'effettiva sussistenza e rilevanza del motivo di recesso, oltre che degli altri requisiti di legittimità del licenziamento (come il rispetto dell'obbligo di ricollocamento nell'ambito aziendale, quando possibile).

E' evidente l'importanza di un utilizzo responsabile e prudente delle tipizzazioni da parte della contrattazione collettiva. Va qui segnalato che la norma non riserva tale funzione a specifici livelli contrattuali, lasciando così aperta anche l'ipotesi (che su questa materia pare assai rischiosa) di contratti di livello aziendale. D'altronde, la norma richiede che i contratti siano stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi: requisito che dovrà dunque essere attentamente verificato da parte del giudice, tanto più in ipotesi di accordi "separati" stipulati da alcuni soltanto dei soggetti sindacali (requisito di rappresentatività il cui onere di prova incombe certamente sul datore di lavoro che invoca la rilevanza della disposizione collettiva).

Ancora più discutibile è l'apertura alle tipizzazioni previste dai contratti individuali certificati. Sul punto, è il caso di osservare che non tutte le procedure di certificazione sembrano poter garantire il rigore e l'imparzialità del procedimento: non solo pensando alle polemiche sollevate con riferimento a qualche caso di (discutibile) certificazione proveniente da commissioni molto impegnate sul tema, ma soprattutto ricordando che la disciplina del [d.lgs. 276/2003](#) consente anche la costituzione di commissioni di certificazione da parte dei consigli provinciali dei consulenti del lavoro, portati con tutta evidenza, per ruolo professionale, ad una maggiore sensibilità alle esigenze e agli interessi delle imprese.

Ebbene qualora un contratto di lavoro, sia pure certificato, dovesse prevedere che il verificarsi di un certo evento (ad esempio, il venire meno di una commessa di lavoro) consenta un giustificato motivo di licenziamento, si dovrebbe ritenere che il giudice sia vincolato a tale tipizzazione? La risposta, a mio parere, non può che essere negativa, poiché ciò significherebbe che le parti sono autorizzate a disporre della regola inderogabile in materia di recesso: pertanto il giudice, pur tenendo doverosamente conto della previsione contrattuale, ne dovrà valutare sia la coerenza ai principi generali della disciplina del licenziamento (proporzionalità, rilevanza

causale, ecc.) sia la rilevanza in concreto della circostanza tipizzata, nel momento specifico in cui l'evento si verifica.

Sempre in tema di licenziamento, va segnalata la disposizione che prevede che *“Nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, il giudice tiene egualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento”*. Si tratta di criteri orientativi per la fissazione del risarcimento dovuto (solo) nei casi di tutela c.d. obbligatoria (la previsione dunque non riguarda in alcun modo la reintegrazione ex art. 18 stat. lav.), nei limiti previsti tra le 2,5 e le 6 mensilità di retribuzione. Di fatto, la giurisprudenza opera già tale valutazione secondo i criteri indicati, o parte di essi, risultando semmai innovativo, in questo caso, il riferimento di nuovo all'ipotesi di una previsione in tema da parte dei contratti collettivi o dei contratti individuali certificati.

La nuova disciplina dell'arbitrato: qualche cenno per questioni di grande importanza.

E' constatazione comune a molti osservatori che il cuore e la parte più critica della proposta di legge in esame sia quella relativa all'arbitrato, idonea secondo alcuni a mettere in discussione l'impianto stesso della disciplina protettiva del diritto del lavoro.

Il tema è difficile e complesso, e dovrà essere oggetto di successivi approfondimenti da parte di questa rivista. In sede di prima analisi, ci si limita a richiamare i tratti essenziali della disciplina, e ad evidenziarne alcuni snodi problematici.

Merita tuttavia, in primo luogo, specificare per quale motivo l'arbitrato – cioè il ricorso volontario a una forma di giurisdizione privata, alternativa a quella dello stato – non abbia mai avuto particolare diffusione e fortuna nelle controversie di lavoro. La ragione essenziale è prima di tutto tecnica: poiché la disciplina dei rapporti di lavoro è composta, per la gran parte, di norme imperative e inderogabile, il DDL circonda l'arbitrato di una serie di limiti o cautele miranti a far sì che anche in tale sede la legge debba comunque essere rispettata (obbligando gli arbitri a decidere le controversie secondo le regole di diritto, e prevedendo che il lodo arbitrale – cioè la sentenza – sia sempre impugnabile per violazione sia delle norme di legge sia della disciplina dei contratti collettivi); inoltre la legge ha sempre espresso un certo sfavore o sospetto nei confronti della giurisdizione privata, stabilendo che il ricorso agli arbitri fosse possibile solo nei casi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva. La ragione per cui era limitata la possibilità per le parti del contratto di lavoro di decidere di rivolgersi agli arbitri (con la c.d. clausola compromissoria) è evidente: infatti, a differenza delle relazioni giuridiche commerciali, internazionali o di altro genere, nelle

quali l'arbitrato è molto diffuso, qui la posizione delle parti del contratto è costantemente squilibrata, e la volontà del lavoratore di affidarsi all'arbitrato sarebbe puramente formale.

Anche nei casi in cui l'arbitrato sarebbe consentito esso ha avuto scarsissimo successo, per vari motivi, tra i quali soprattutto la diffusa percezione di una maggiore garanzia di indipendenza e di competenza professionale dei giudici di professione nonché il carattere gratuito (del servizio) del processo del lavoro. E' tradizione, in ogni caso, che dove ci sono soggetti socialmente più deboli la giurisdizione statale garantisca più elevati livelli di effettività delle discipline di tutela.

Poteva forse ritenersi ragionevole aprire oggi maggiori spazi per l'arbitrato, soprattutto per alcune tipologie di controversie, anche a fronte della crisi del processo che si manifesta in alcune realtà territoriali, purché fossero salvaguardate le ragioni di fondo ora ricordate (e quindi garantendo sempre la volontarietà della scelta tra giudice e arbitri e il rispetto delle regole di diritto e dei contratti, magari con limitate eccezioni per le controversie di modesto valore). Il DDL, invece, rovescia gran parte dei principi appena richiamati.

La disciplina appare invero di una certa complessità, prevedendosi diverse forme di arbitrato:

- quello che può essere svolto durante o alla fine di una procedura di conciliazione avanti le commissioni di conciliazione istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro (nuovo art. 412 c.p.c.);
- quelli previsti e disciplinati dai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati maggiormente rappresentativi (nuovo art. 412-ter c.p.c.);
- quelli che si svolgono davanti a un collegio costituito ad hoc secondo le regole del nuovo art. 412-quater c.p.c. (arbitrato espressamente definito irrituale);
- quelli che si svolgono davanti alle camere arbitrali costituite dagli organi di certificazione di cui all'art. 76 [d.lgs. 276/2003](#) (v. art. 31, comma 10).

Vi sono poi tratti di disciplina particolarmente discutibili, tra i quali segnaliamo i seguenti.

A) La possibilità di stipulare la clausola compromissoria in sede di contratto individuale certificato (v. art. 31, comma 9), per le controversie che dovessero sorgere in futuro: tale previsione, di fatto, può mettere in discussione l'effettiva volontarietà della scelta di rivolgersi agli arbitri invece che al giudice, poiché in tale sede il lavoratore quasi sempre non è in grado di esercitare una libera scelta, condizionata dalla necessità di ottenere il posto di lavoro (né d'altronde può ritenersi che la disciplina della certificazione garantisca una sufficiente integrazione della volontà del lavoratore, oltre ai seri dubbi, già avanzati, sulla indipendenza di alcune delle sedi di certificazione previste dal legislatore). Su

tale disposizione sono stati immediatamente sollevati, e con buone ragioni, consistenti dubbi di legittimità costituzionale.

La norma prevede invero che la possibilità di stipulare la clausola compromissoria sia subordinata alla previsione da parte di “accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”. Si aggiunge tuttavia poco dopo che, ove tali accordi non intervengano entro dodici mesi dall’entrata in vigore della legge, “il Ministro del lavoro e delle politiche sociali definisce con proprio decreto, sentite le parti sociali, le modalità di attuazione e di piena operatività delle disposizioni di cui al presente comma”: insomma, la delega alla contrattazione collettiva, come già avvenuto altre volte, appare pesantemente condizionata dalla minaccia dell’intervento sostitutivo ministeriale (ciò che potrà indurre alcune parti a non affrontare la faticosa ricerca del compromesso contrattuale, magari contando su una disciplina ministeriale più vicina ai propri interessi).

Va ricordato infine che, nel caso di clausola compromissoria inserita nel contratto individuale, l’arbitrato dovrà svolgersi con le modalità di cui agli art. 412 e 412-quater (non potrà dunque svolgersi davanti alle camere arbitrali istituite dalle stesse commissioni di certificazione).

- B) La possibilità che le parti affidino al collegio arbitrale la decisione della controversia secondo equità, e dunque valutando una sorta di giustizia “sostanziale” del caso singolo, senza necessità di applicare le regole di legge e della contrattazione collettiva; a tale disposizione va affiancata quella che prevede che possa essere limitata la possibilità di impugnare la decisione arbitrale, escludendo in particolare l’impugnazione per violazione delle regole di diritto e dei contratti collettivi. La procedura si trasforma così da giurisdizionale a negoziale, e gli arbitri finiscono per raggiungere un accordo invece che una sentenza, impugnabile solo per limitate ragioni relative alla validità del consenso e della procedura arbitrale: qui viene visto il rischio che possano essere sostanzialmente disapplicate le tutele in materia di lavoro, comprese quelle in materia di licenziamento.

Il timore è fondato, e la questione dovrà essere discussa e approfondita. Nell’immediato pare però opportuno mantenere un atteggiamento molto cauto, e non legittimare (nemmeno per amor di critica) letture più estreme quando ne possano (anzi ne debbano) essere proposte altre più compatibili con i principi del sistema. In proposito, si segnala in primo luogo che le disposizioni che consentono di chiedere agli arbitri di decidere secondo equità prevedono che la stessa vada esercitata “*nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento*”: si tratta di un limite dovuto sulla base di ricorrenti pronunce della Corte

costituzionale la quale (a proposito di altre fattispecie) ha avuto modo di precisare che l'equità 'sostitutiva' (e quindi non meramente integrativa del disposto di legge) non può consentire la violazione del principio di legalità: la soluzione arbitrale della controversia non può dunque condurre alla violazione dei principi generali cui si ispira la disciplina legale (così come, a maggior ragione, dei principi costituzionali e del diritto comunitario). Ciò peraltro significa che, nonostante le previsioni sui (limitati) motivi di impugnazione del lodo, questo debba poter essere sempre impugnato, davanti a un giudice, anche per violazione dei principi generali dell'ordinamento (e di quelli costituzionali e comunitari) (v. in particolare Corte cost. 6.7.2004, n. 206).

Tale limite nella nostra materia può assumere notevole rilevanza, pur rimanendo ovviamente incerta, di volta in volta, la fissazione del limite del principio generale rispetto alla regola, pur inderogabile, che non sia espressione di un principio generale. E' facile prevedere che, in contrasto con le intenzioni del legislatore, tale inevitabile terreno di controllo dei lodi arbitrari produrrà un ricco contenzioso giudiziario.

In secondo luogo, dovrà valutarsi l'estensione della valutazione equitativa, ovvero se la stessa sia limitata alla questione sostanziale della controversia o possa estendersi anche alle conseguenze sanzionatorie (nel caso del licenziamento, ad esempio, il giudizio di equità potrà esercitarsi solo sulla giustificazione dello stesso, fermo il principio generale di necessaria giustificazione, sancito oggi anche dai Trattati comunitari, o anche sulle conseguenze sanzionatorie di un recesso eventualmente ritenuto ingiustificato?

- C) Ancora, va segnalato che l'arbitrato secondo l'art. 412-quater (probabilmente la forma destinata a maggiore diffusione) comporta dei costi (in parte da anticipare), certamente più difficili da affrontare (e da versare in anticipo) per il lavoratore rispetto al datore di lavoro (la disciplina, tra l'altro, prevede che il compenso dell'arbitro di parte rimanga a carico della parte stessa anche nel caso di esito vittorioso della controversia, pur aggiungendo poi che i contratti collettivi possono – ma non devono – istituire un fondo per rimborsare al lavoratore i compensi corrisposti al collegio): ciò che con evidenza può scoraggiare la proposizione di controversie sui diritti lesi. D'altro canto, va sottolineato come la disciplina (art. 412-quater, undicesimo comma) preveda compensi assai modesti per gli arbitri (2% del valore della controversia per il presidente del collegio, 1% per gli arbitri di parte), nonostante l'onere di gestire, oltretutto con scadenze serrate, un vero e proprio processo: condizione questa che con ogni probabilità scoraggerà l'impegno nei collegi arbitrari dei professionisti di maggiore competenza (salvo probabilmente per l'arbitro nominato dalla parte datoriale, che più facilmente potrà permettersi di integrare il compenso previsto dalla norma),

provocando una differenza di qualità del giudizio rispetto a quella garantita (mediamente) dai magistrati di professione.

Insomma, la disciplina è densa di aspetti e passaggi altamente discutibili. Si può sperare che la contrattazione collettiva utilizzi lo spazio delegato dal legislatore, pur sotto la minaccia dell'intervento sostitutivo ministeriale, per rendere l'arbitrato una reale opportunità (ad esempio, per ottenere una più rapida soluzione di alcune tipologie di controversie) e non uno strumento di abbattimento dei livelli di effettività dei diritti: ciò che sarà possibile, tuttavia, soltanto ponendo limiti agli aspetti più discutibili dell'istituto (il contratto collettivo potrebbe prevedere, ad esempio, che anche in presenza di una clausola compromissoria le parti, al momento del sorgere della controversia, possano sempre decidere se confermare la procedura arbitrale o rivolgersi al giudice, così come potrebbe impegnare i soggetti del rapporto di lavoro a chiedere soltanto arbitrati secondo diritto, almeno per le controversie di maggiore rilevanza). In alternativa, il contrasto agli aspetti più lesivi della nuova disciplina dovrà essere praticato tornando sul piano giudiziario, mediante l'impugnazione dei lodi che dovessero pregiudicare diritti essenziali e indisponibili dei lavoratori, e attraverso la verifica di legittimità costituzionale della legge (questione peraltro in parte già sollevata dal Presidente della Repubblica).

note informative

Periodico di informazione e approfondimento sulle tematiche giuridiche del lavoro, delle relazioni sindacali e della previdenza sociale
Direzione editoriale CGIL Milano, CGIL Lombardia

Redazione: c/o Camera del lavoro metropolitana di Milano - Corso di Porta Vittoria 43 - 20122 Milano

www.noteinformative.it - noteinformative@cgil.lombardia.it

Iscritto al nr. 0048 del Registro delle pubblicazioni periodiche del tribunale di Milano - autorizzazione del 25 gennaio 2005