

FINANZIARIA 2010: LE NECESSARIE MODIFICHE DA APPORTARE AL "COLLEGATO LAVORO"

(Atto Camera n. 1441-QUATER-B)

* * *

LE INCONGRUENZE DA RIMUOVERE

Il progetto di legge presente in Parlamento avente ad oggetto "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" è stato approvato dalla Camera (A.C. n. 1441- quater A) e modificato dal Senato (A.S. n. 1167) ed ora di nuovo all'esame della Camera (A.C. n. 1441- quater B).

Nel testo disponibile approvato dal Senato (A.S. n. 1167) sono presenti diverse incongruenze su molti aspetti oggetto di intervento legislativo che rischiano di rendere incerto l'ordinamento giuridico e processuale.

Di seguito la Fondazione Studi del Consiglio Nazionale dei Consulenti del Lavoro propone una disamina dettagliata dei diversi aspetti evidenziando le criticità riscontrate. L'analisi è stata fatta avendo riguardo al testo licenziato dal Senato.

1) CLAUSOLE GENERALI

Il primo comma dell'art. 32 del d.d.l. 1167, stabilisce che: *"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”.

La norma è ridondante. Si prospetta la cristallizzazione legislativa (utile?) di principi ormai consolidati nella giurisprudenza e pacificamente condivisi ed assurti a diritto vivente. È indubbio infatti il limite che è imposto al giudice che decida in ordine alle c.d. “ragioni tecnico-produttive” sottese ad un licenziamento sorretto da giustificato motivo oggettivo.

La normativa vigente (art. 3 l.n. 604/66) sottrae al giudice ogni ingerenza in ordine alla congruità, opportunità, convenienza (Cass.civ.sez.lav., sent. 17 gennaio 2008, n. 841) del licenziamento disposto per ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro o il regolare funzionamento della stessa. Decisioni rispetto alle quali, quando determinate da ragioni organizzative frutto di scelte strategiche effettive e non pretestuose (Cass.civ.sez.lav., sent. 22 agosto 2007, n. 17887), l'imprenditore gode dell'autonomia concessagli dalla libertà di iniziativa economica garantita ex art. 41 Cost.

Già oggi dunque, e sin dalla norma del '66, all'attualità (Cass.civ.sez.lav., sent. 22 aprile 2000, n. 5301) delle ragioni imprenditoriali (Cass.civ.sez.lav., sent. 7 gennaio 2004, n. 28) è riconosciuta la possibilità di organizzare l'impresa modificando la consistenza della forza lavoro impiegata, realizzando fattispecie di “licenziabilità” tutelate per i fini di cui all'art. 41 Cost., e sottratte ad eterovalutazioni, purché genuine e sorrette dalla sussistenza del nesso causale tra le scelte economico-imprenditoriali ed il provvedimento espulsivo.

Ciò indipendentemente dalla *generalità* o puntuale dettaglio delle disposizioni di legge regolatrici.

La norma in esame interviene **inoltre** sull'applicazione delle "clausole generali" nel rapporto di lavoro, stabilendo che, in presenza delle predette clausole, il controllo del giudice del lavoro è limitato all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni discrezionali – *"tecniche, organizzative e produttive"* – che rientrano nella competenza del datore di lavoro o del committente.

La formulazione del legislatore non appare corretta, poiché presuppone che la disciplina del recesso preveda "clausole generali", cioè clausole con cui si delega il giudice a integrare la regola normativa mediante concetti estranei alla legge, secondo criteri che l'ordinamento stesso prescrive di seguire (è tipica clausola generale, ad esempio, la buona fede ex art. 1375 c.c.).

In realtà, l'interpretazione prevalente esclude che le definizioni legali di giusta causa (art. 2119 c.c.) e di giustificato motivo (art. 3, legge n. 604 del 1966) possano essere definite "clausole generali", inquadrandole piuttosto nel concetto di "norme aperte" o "vaghe".

In tale quadro, l'utilizzazione della formula "clausole generali" nel disegno di legge appare fuori e luogo e foriera di sicure incertezze interpretative.

2) INDEROGABILITA' DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI

Il terzo comma dell'art. 32 del d.d.l. 1167, prevede che *"Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto, oltre che delle fondamentali regole del vivere civile e dell'oggettivo interesse dell'organizzazione, delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni"*.

La formulazione della norma è ancora una volta incerta e fin troppo vaga ai fini della disciplina di dettaglio che si propone, così come estemporanea appare la rubrica dell'articolo, che in realtà disciplina anche regole per il sindacato sui licenziamenti.

Decisamente inopportuno appare il richiamo alle *"fondamentali regole del vivere civile"* quale parametro della valutazione delle motivazioni poste a base del licenziamento. È una espressione obiettivamente atecnica che implica difficoltà ermeneutiche enormi nel tentativo di ricavarne dati obiettivi di certa riconducibilità a principi giuridici afferenti la materia in esame.

Né più felice può considerarsi l'individuazione di un *"oggettivo interesse dell'organizzazione"*, quasi a voler individuare un elemento specifico distinto dall'interesse e dai fini dell'imprenditore, tant'è che su di esso può basarsi il sindacato del giudice finanche, parrebbe intendersi, in contrasto con l'interesse dello stesso titolare dell'impresa.

Si tratta di percorsi fuorvianti, che nondimeno discendono immediatamente dalla formulazione della norma, che perciò si pone in immediato e diretto contrasto con quanto evidenziato appena al precedente paragrafo (riportando altro comma della medesima disposizione), e con l'intero impianto sistematico dei principi vigenti, all'interno del quale difficilmente può trovare spazio un concetto di *"interesse dell'impresa"* diverso da quello dell'imprenditore sin qui accennato, che consentirebbe, attraverso tale anomalo strumento, l'assegnazione al giudice di poteri amplissimi, addirittura smisurati, nell'ambito del giudizio in ordine alla legittimità del licenziamento, con connotati di incertezze applicative sicuramente distorsive delle finalità prefisse dalla legge.

Il rinvio infine alle *"tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi..."* appare fin troppo ottimistico. Deve ritenersi poco probabile, in una realtà in continuo mutamento e ontologicamente proteiforme come il diritto del lavoro, la possibilità di formalizzare, attraverso una tipizzazione pattizia efficacemente esaustiva, le diverse eventualità che, di fatto, abbiano a realizzare tutte le ipotesi possibili

giustificatrici del licenziamento. L'alternativa del riferimento indicativo o della previsione non tassativa non aggiunge nulla a quanto in atto e priva la norma della efficacia innovativa cui evidentemente vuole essere destinata.

La predetta disposizione si pone inoltre in contrasto con il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale la nozione di giusta causa di licenziamento costituisce un principio di ordine pubblico (v., tra le molte, Cass. civ. Sez. lavoro, 9 maggio 2007, n. 10549, in *Impresa*, 2007, 6, 963), con conseguente possibilità del giudice di discostarsi dalle previsioni contenute nei contratti collettivi (ad esempio, considerando illegittimo il licenziamento per un'infrazione per cui il contratto collettivo espressamente preveda tale sanzione).

Stante tale impostazione – secondo cui la regola della giustificazione necessaria è principio di ordine pubblico dell'ordinamento italiano (v. anche Cass. 11 novembre 2002, n. 15822, in *Foro it.*, 2003, I, 484) – è altamente in dubbio che il legislatore ordinario possa affidare alle parti collettive, o addirittura a quelle individuali, la determinazione delle motivazioni che supportano il recesso, spogliando il giudice dal potere di valutare la ragionevolezza di quanto stabilito da soggetti privati.

Ma non solo. L'art. 32, co. 3, del ddl 1167 prevede che dei predetti parametri il giudice “*tiene conto*”. In assenza di ulteriori specificazioni, ove all'espressione debba assegnarsi il significato normalmente riconosciuto ad altre analoghe – ed allo stato non pare potersi agire diversamente – come ad esempio quella contenuta dall'art. 420 Cpc, e riferita alla mancata comparizione personale della parte alla prima udienza nel rito del lavoro, la portata della norma sfuma ulteriormente riducendosi a mera indicazione di principio, pressoché priva di implicazioni immediatamente cogenti.

Deve infine accogliersi favorevolmente l'attribuzione, operata attraverso il quinto comma della norma in esame, delle funzioni di coordinamento e vigilanza al Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, sebbene irragionevolmente compressa dal limite degli “*aspetti organizzativi*”, che ben potrebbe essere

superato efficacemente attraverso il riconoscimento del ruolo di determinazione di direttive uniformatrici riguardo direttamente i principi generali in materia.

3) TERMINE DI IMPUGNATIVA NEI 180 GIORNI

L'art. 34 del d.d.l. in esame modifica il primo e il secondo comma dell'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, disponendo che *“Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni (..) L'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato. Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo».*

Il primo comma dell'art. 34 riordina l'art. 6 l.n. 604/66, riproponendone però l'identica formulazione. Conservando la natura recettizia della impugnativa del licenziamento, si confermano le incertezze interpretative ed – evidentemente – applicative in ordine alla tempestività della impugnazione, rinvigorite per effetto di una recente pronuncia (Cass.civ.sez.lav., sent. n. 22287/08), che sovvertendo l'orientamento pacificamente consolidatosi (s.s.u.u. n. 5395/1982; sez.lav. n. 11116/06; n. 7625/04; n. 8765/01), ha ritenuto valida l'impugnazione del licenziamento anche soltanto spedita entro il termine decadenziale di 60 giorni, contro lo status quo, che ritiene necessario – e più coerente con il dato normativo – la necessità del ricevimento della comunicazione entro il suddetto termine.

Il contrasto, sebbene abbia avuto scarsa eco, se non per isolati ed opportuni rilievi in dottrina, è di non poco momento, e implica gravi risvolti concreti, con argomentazioni apprezzabili e tali altre da respingere in entrambe le posizioni:

- quella tradizionale, risalente e di fatto sempre confermata dalla giurisprudenza, più coerente col dato normativo, anche sistematicamente

interpretato, lascia però esposto il lavoratore a conseguenze negative che possono ricadergli senza sua colpa per fatto di terzi (Es. invio tempestivo a mezzo posta della impugnazione, che però viene recapitata successivamente la decadenza);

- quella recata dalla recente pronuncia della cassazione, tesa pragmaticamente alla tutela della posizione del lavoratore, è ancorata a principi condivisi dalla giurisprudenza di legittimità e della Corte costituzionale, fissati però in ambito processuale, e trasposti nell'alveo del diritto sostanziale del lavoro con una operazione di dubbia avallabilità ed ancor più flebile coerenza col dato normativo.

Il momento riformatore appare dunque quale utile occasione per rivedere l'originaria formulazione, risolvendo alla radice tali contrasti latenti, che coinvolgono un momento fondamentale del rapporto di lavoro quale è la cessazione, e le modalità per far rilevare tempestivamente eventuali illegittimità.

Una soluzione potrebbe essere rappresentata da una riformulazione della norma che, dopo l'indicazione del termine per l'impugnativa, ne dichiari – più semplicemente – la perentorietà.

L'appuntamento pare però esser stato mancato dal ddl 1167 con la riproposizione del testo del '66.

Con la predetta disposizione il legislatore ha inteso eliminare la possibilità che la decadenza sia evitata con una semplice raccomandata, e la controversia rimandata anche di decenni dall'evento che vi ha dato origine.

Tuttavia, termini di decadenza tanto ristretti appaiono incoerenti con il diritto di accesso all'amministrazione della giustizia, sancito dall'art. 24, comma 1, Cost (si pensi, ad esempio, al difficile compito di reperire prove, documenti, etc.).

Le limitazioni legali al ricorso alla giustizia devono, infatti, essere *“ragionevolmente giustificate”* e tali da *“non rendere oltremodo difficoltoso l'accesso alla tutela giurisdizionale”* (Corte Cost. 26 maggio 2005, n. 213), ed introdotte *“esclusivamente in presenza di interessi generali, o di pericoli di abusi o di interessi*

sociali, o di superiori finalità di giustizia” (v., ad esempio, Corte Cost. 25 luglio 2008, n. 296)

Ora, in tal caso, la riduzione dei tempi d’iniziativa processuale prevista dal ddl 1167 in esame appare senz’altro irragionevole se si osserva che lo stesso disegno di legge non prevede altre disposizioni che incidano sostanzialmente sulla durata del processo, sicché il sacrificio iniziale imposto al lavoratore risulta del tutto vanificato dalla successiva tempistica della procedura innanzi al giudice.

4) CONCILIAZIONE E ARBITRATO

Ai sensi dell’art. 33, comma 5, del ddl 1167: “In qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita, le parti possono indicare la soluzione, anche parziale, sulla quale concordano, riconoscendo, quando è possibile, il credito che spetta al lavoratore, e possono accordarsi per la risoluzione della lite, affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia. Nel conferire il mandato per la risoluzione arbitrale della controversia, le parti devono indicare: 1) il termine per l’emanazione del lodo, che non può comunque superare i sessanta giorni dal conferimento del mandato, spirato il quale l’incarico deve intendersi revocato; 2) le norme invocate dalle parti a sostegno delle loro pretese e l’eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei princìpi generali dell’ordinamento.

Dal testo della norma non è impossibile valutare qual è l’alternativa concessa alle parti.

Ed invero, non è chiaro se la legge intenda consentire alle parti di indicare specificamente agli arbitri quali norme applicare e quali no (ad es. escludendo la contrattazione collettiva, o la legge), ovvero, più semplicemente, se abbia conferito alle parti la possibilità di indicare agli arbitri se il giudizio debba essere deciso secondo legge o secondo equità.

L'incertezza sul punto rischia di aumentare la difficoltà applicativa dell'istituto dell'arbitrato, già di per sé complesso.

5) RICHIAMO ALL'ART. 2113 c.c.

Sempre ai sensi dell'art. 33, comma 5: *“Il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce tra le parti gli effetti di cui all'articolo 1372 e all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile..”*

Il richiamo all'art. 2113 c.c. è del tutto fuori luogo, atteso che mai prima d'ora si era pensato di estendere il campo delle rinunzie e transazioni al lodo contrattuale.

6) COMPENSO DELL'ARBITRO TERZO

Il comma 7 dell'art. 33, dispone che: *“Il compenso del presidente del collegio è fissato in misura pari al 2 per cento del valore della controversia dichiarato nel ricorso ed è versato dalle parti, per metà ciascuna, presso la sede del collegio mediante assegni circolari intestati al presidente almeno cinque giorni prima dell'udienza”.*

La norma prevede che, almeno cinque giorni prima dell'emanazione del lodo, le parti debbano versare il compenso del terzo arbitro, fissato nel 2% del valore della controversia, in ragione della metà ciascuna, senza peraltro precisare quali siano le conseguenze in caso di inadempienza di una o di entrambe le parti.

Il disegno di legge lascia, pertanto, incerto se in caso di mancato pagamento all'arbitro terzo si applica l'art. 816 *septies* c.p.c., ovvero l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., ovvero ancora se si deve ritenere sussistente un obbligo da parte dell'arbitro di emanare il lodo, riservandosi di agire in separata sede per il recupero dell'onorario maturato.

Tale incertezza rischia di incentivare (e non diminuire) il contenzioso nella definizione delle competenze spettanti agli arbitri.

7) COMPENSI AGLI ARBITRI DI PARTE

Sempre ai sensi dell'art. 33, comma 7: *“Ciascuna parte provvede a compensare l'arbitro da essa nominato. Le spese legali e quelle per il compenso del presidente e dell'arbitro di parte, queste ultime nella misura dell'1 per cento del suddetto valore della controversia, sono liquidate nel lodo ai sensi degli articoli 91, primo comma, e 92. I contratti collettivi nazionali di categoria possono istituire un fondo per il rimborso al lavoratore delle spese per il compenso del presidente del collegio e del proprio arbitro di parte”.*

Il disegno di legge stabilisce che ognuna delle parti debba provvedere a versare il compenso dell'arbitro che ha nominato, fissato nell'1% del valore della controversia.

Ma il pagamento diretto dell'arbitro ad opera della parte che lo ha nominato non appare corretto, poiché rafforza l'idea (non coerente con l'istituto in esame) che tra l'arbitro e la parte si instauri un rapporto sinallagmatico tale per cui il primo è pagato per curare l'interesse del secondo.

Inoltre, la norma, nell'affrontare la delicata questione dei costi della procedura, appare incerta sulla strada da intraprendere, oscillando tra il principio di responsabilità e quello di gratuità.

Ed infatti, da un verso dispone che la procedura arbitrale è governata dal principio processualistico secondo cui le spese seguono la soccombenza, sia per quel che concerne i compensi degli arbitri sia relativamente agli onorari degli avvocati dei difensori (i quali, contrariamente a quanto accade normalmente in arbitrato, devono necessariamente assistere le parti).

Da un altro verso, il progetto di legge prevede una sorta di “gratuito patrocinio” per i lavoratori, che i contratti collettivi hanno facoltà di istituire, ma che, a

quanto pare, terrebbe indenni i lavoratori stessi unicamente dalle spese sostenute per il compenso degli arbitri, ma non degli onorari degli avvocati.

Tali (incerte) previsioni finiscono per disincentivare il ricorso all'arbitrato soprattutto da parte dei lavoratori.

8) APPREDISTATO

All'articolo 50, comma 7 del disegno di legge viene modificato l'articolo 53 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nel modo seguente: *«1-bis. I contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono stabilire la retribuzione dell'apprendista in misura percentuale della retribuzione spettante ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle per il conseguimento delle quali è finalizzato il contratto. La retribuzione così determinata deve essere graduale anche in rapporto all'anzianità di servizio».*

La norma è inutile dal momento che l'articolo 2, comma 155 della legge n. 191/2009 (Finanziaria 2010) ha introdotto una norma praticamente identica. Tale circostanza mette in evidenza una rilevante incongruenza e la mancanza di coordinamento dei testi normativi in esame.

Invero, il testo contenuto nel disegno di legge in esame differisce per un solo aspetto, di rilevanza sostanziale, rispetto alla legge Finanziaria 2010; infatti, la possibilità di introdurre un sistema retributivo con il criterio percentuale, la legge Finanziaria 2010 la riserva ai *contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale* “da” associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro *comparativamente*.

Al contrario, il disegno di legge in esame fa riferimento ai contratti collettivi stipulati “dalle” associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro *comparativamente più rappresentative*.

La modifica fa compiere all'ordinamento un passo indietro di molti anni (riforma dell'orario di lavoro – D.Lgs. 66/2003 in cui si registra la prima modifica in tale senso) con lo scontato rischio di creare una rilevante incertezza applicativa.

Infatti, come è noto, il riferimento preposizione articolata “dalle”, specifica quale debbano essere (congiuntamente) le organizzazioni che possono stipulare gli accordi collettivi modificativi oggetto della legge. A differenza l'utilizzo della preposizione semplice “da”, usata in tutti i riferimenti normativi degli ultimi anni, compresa la Legge Finanziaria 2010, che evita tale puntuale riferimento.