

## **Certificazione, arbitrato e depotenziamento della giurisdizione: la scure del governo sui diritti dei lavoratori**

### **Premessa**

Le disposizioni che disciplinano il processo del lavoro costituiscono il segmento di chiusura dell'ampio spettro ideale costituito dalle norme dettate a tutela del lavoratore, siano esse frutto di precetto legale che di contrattazione collettiva. Quelle disposizioni regolano quindi le procedure attraverso le quali, in caso di contestazione, i diritti di chi lavora possono ritenersi effettivi nel loro godimento: un diritto non esercitabile e non azionabile nei confronti del datore di lavoro per via giudiziaria non è, di per sé, un vero diritto, bensì un'inutile petizione di principio.

D'altra parte è anche vero che, per converso, un diritto azionabile per via giudiziaria ma ottenibile solo a distanza di molti anni, costituisce anch'esso un parziale fallimento del predetto sistema normativo di tutela costituito dal diritto del lavoro e dal diritto sindacale. La giustizia del lavoro, com'è noto, vede nel 1973 un punto cruciale di svolta, ovvero l'approvazione della legge n. 533/1973, attraverso la quale è stato riformato il processo del lavoro.

E' stato così introdotto nel sistema processualistico civile un rito speciale che, soprattutto nei primi anni di vita, ha dato un'ottima prova di sé, tanto da assurgere a "modello" per altri settori dell'ordinamento.

Tutt'ora la gran parte dei processualisti e dei magistrati, nonché dei giuslavoristi, considerano il processo del lavoro come un esempio di efficienza e di efficace risposta alla domanda di giustizia dei lavoratori (ma anche dei datori di lavoro). Nel tempo, tuttavia, si sono accumulati diversi fattori che hanno reso assai difficile la gestione delle controversie di lavoro, come ad esempio il forte aumento della litigiosità in materia previdenziale che ha letteralmente "intasato" gli uffici giudiziari contribuendo ad aumentare lo spaventoso arretrato della giustizia civile nel suo complesso.

In tale contesto appare dunque strumentale l'orientamento del Governo di centro-destra tendente ad utilizzare le disfunzioni del sistema giustizia (dovute in vero a problemi organizzativi e alla nota mancanza di risorse) come grimaldello per scardinare, in realtà, il diritto del lavoro nelle sue fondamenta, ovvero, come vedremo, nel suo sistema normativo delle fonti.

Il progetto governativo di riforma della giustizia del lavoro contenuto nel disegno di legge

n. 1167-B attualmente in discussione al Senato (nell'ultima lettura alla Camera riportava il n. 1441-quater-B) non ha pretese né caratteristiche di sistematicità ed affronta, invece, singoli istituti, tuttavia di notevole importanza, e non soltanto di diritto processuale in senso stretto. Per tale motivo è preferibile parlare di riforma della "giustizia" anziché, propriamente, del processo. E di norme "sostanzialistiche" di questo tipo il disegno di legge n. 1167-B ne presenta diverse, come quelle in tema di sindacabilità degli atti di esercizio di poteri datoriali, di sanzioni disciplinari, di conseguenze risarcitorie del licenziamento ingiustificato, e soprattutto di "regime speciale" del contratto di lavoro certificato.

Possono anche individuarsi ed esser riconosciuti, nel progetto governativo, diversi "filoni" o argomenti già affrontati, a far tempo dall'anno 2001, sia in leggi di riforma effettivamente emanate, sia in progetti promossi anche dal centro-sinistra (in particolare il "progetto Foglia" di riforma della giustizia del lavoro), ma ovviamente ora "riletti" con ottica e risultati diversi.

In particolare, sicuramente riprendono e approfondiscono tematiche già introdotte con il d.lgs. n. 276/2003:

- le previsioni che tendono a tutelare, in termini di limitazione del potere di sindacato giudiziario, la discrezionalità del datore di lavoro nell'adozione di suoi atti unilaterali. Esemplari, in proposito, sono le norme in tema di "clausole generali" e di sanzioni disciplinari;
- le previsioni che tendono a garantire l'autonomia negoziale individuale, in linea con i noti precetti dl "Libro bianco" del 2001: si tratta, in sintesi, della nuova disciplina del contratto di lavoro individuale "certificato".

### **1) La tela del ragno (ovvero come destrutturare il diritto del lavoro senza colpirlo al cuore)**

Dopo più di un anno di gestazione in Parlamento, il 28 gennaio scorso l'Aula di Montecitorio ha dato il definitivo via libera al disegno di legge n. 1441 quater-B che, agli articoli da 30 a 32, reca una vera e propria contro-riforma del diritto del lavoro, per certi aspetti molto più incisiva di quella portata a termine con la cd. "Legge Biagi" e il d. lgs. n. 276/2003. Il disegno di legge, che ora riporta il n. 1167-B, è attualmente all'esame del Senato della Repubblica per la sua quarta ed ultima lettura, a meno che non intervengano ulteriori modificazioni (cosa che appare improbabile, vista la decisa volontà del Governo di accelerare il più possibile l'iter definitivo di approvazione dell'articolato)

Nonostante la rubrica del disegno di legge faccia riferimento alle “controversie di lavoro”, il testo approvato reca modifiche che in verità toccano solo marginalmente il processo del lavoro e che invece mirano a destrutturare l'effettività dei diritti.

In sostanza il Governo di centro-destra ha scelto una strada diversa rispetto al passato: non c'è più l'attacco diretto all'articolo 18 dello Statuto, non vi è più traccia di interventi moltiplicatori delle forme contrattuali precarie, bensì si effettua un'operazione che, all'interno dell'ampio concetto di giustiziabilità dei diritti dei lavoratori, mira a rendere sostanzialmente inutile l'intero impianto normativo posto a loro tutela.

Il risultato, in linea con i precetti cardine del libro bianco, è quello di lasciare il lavoratore ancora più solo nella libera dinamica dei rapporti forza con il datore di lavoro, con facoltà di derogare in peggio rispetto a leggi e contratti collettivi.

Si è così pensato ad un effetto combinato derivante da tre fattori, tra di loro interagenti:

- 1) Potenziamento dell'istituto della certificazione
- 2) Introduzione dell'arbitrato su vasta scala, anche “secondo equità”
- 3) Sterilizzazione del ruolo del giudice del lavoro

Di seguito esamineremo solo gli aspetti più eclatanti di questa strategia complessiva.

## **2) Certificazione e arbitrato secondo equità: un “*requiem*” per il diritto del lavoro**

**2.1** Non ci sono dubbi: la disposizione che suscita maggior preoccupazione è quella contenuta nel comma 9 dell'articolo 31, laddove si prevede che le parti, in sede di certificazione, possono pattuire clausole compromissorie di devoluzione delle controversie ad arbitri.

Ciò permetterà al datore di lavoro di ottenere, oltre agli effetti generali della certificazione del contratto di assunzione (v. paragrafo 3), anche una preventiva “rinuncia” da parte del lavoratore ad adire il giudice del lavoro qualora vi sia una successiva controversia scaturente dal rapporto di lavoro. Tale controversia sarà quindi devoluta ad un collegio di arbitri che potranno decidere senza applicare le leggi e i contratti collettivi, ossia “secondo equità”.

Il sistema è semplice ed efficacissimo (per il datore): il lavoratore, se vorrà essere assunto, non avrà altra strada che accettare di recarsi presso una commissione di certificazione e sottoscrivere un contratto di lavoro nel quale venga prevista la clausola compromissoria, rinunciando così alla tutela giurisdizionale “piena”.

Da segnalare che, mentre nel testo originale del ddl n. 1167 (art. 24, comma 5, secondo periodo) era prevista la nullità di ogni clausola contrattuale “che obblighi una

parte o entrambe a proporre le controversie indicate (...) al collegio di conciliazione e arbitrato o che ponga limitazioni a tale facoltà”, il testo definitivamente licenziato dalla Camera il 28 gennaio 2010 non reca più il citato secondo periodo, rafforzando così i pesanti dubbi di incostituzionalità già prefigurati nelle precedenti note dell’Ufficio giuridico (v. Alleva, *Le riforme della giustizia del lavoro nel d.d.l. governativo n. 1167 in discussione al Senato. Note critiche e proposte emendative*).

\*\*\* \*\* \*\*\*

**2.2** Le clausole compromissorie, contenute nel contratto, devono essere certificate a pena di nullità. La norma pone una condizione: tutto ciò è possibile solo qualora sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro (di che livello?) stipulati dalle organizzazioni più rappresentative sul piano nazionale.

A parte tutte le considerazioni immaginabili in ordine alla possibilità di una contrattazione “separata” su una materia di tale delicatezza, la vera “perla” la si scorge quando, in chiusura del comma 9, si legge che *“In assenza dei predetti accordi interconfederali o contratti collettivi, trascorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente 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”*.

Non sembra difficile prevedere cosa accadrà: gli accordi non si faranno (per ragioni diverse e contrapposte) e le disposizioni che devolvono le controversie di lavoro agli arbitri saranno rese *“pienamente operative”* da un decreto del Ministro del lavoro, libere finalmente di dispiegare tutto il loro devastante potenziale. E sicuramente non sembra rassicurante il fatto che quelle norme verranno adottate a seguito di una consultazione delle parti sociali, vista la tendenza dell’attuale esecutivo al *“divide et impera”* e a non tenere in alcun conto i rilievi che la CGIL, se consultata, sicuramente porrà all’attenzione del Governo. Per non parlare della palese incostituzionalità di un intervento normativo secondario (il decreto del Ministro) in una materia riservata alla legge (la giustizia).

D’altra parte - la domanda sorge spontanea - che interesse a firmare accordi di tal genere avrebbe una parte di imprenditoria davanti alla possibilità di approfittare a man bassa di un’occasione così ghiotta per far concorrenza (sleale) a quella parte di datori che, per varie ragioni, non utilizzeranno lo strumento della certificazione delle clausole compromissorie?

Saremmo curiosi di sapere se all'interno di Confindustria si sia riflettuto adeguatamente su questo scenario da vero "far west".

A meno di non valorizzare quanto previsto dal precedente comma 7 dell'art. 31, secondo cui resta ferma "la facoltà di ciascuna delle parti di adire l'autorità giudiziaria...". Infatti, se tale inciso potesse valere anche in sede di contratto d'assunzione, oltre che nella successiva fase del contenzioso, allora la portata eversiva della clausola compromissoria verrebbe assai ridotta e limitata al doppio binario: in sede di assunzione (ma anche in epoca successiva: v. art. 31 comma 15) il lavoratore autorizzerebbe l'arbitrato secondo equità (attualmente vietato) accanto al canale processuale, salvo sciogliere definitivamente la riserva al momento successivo della controversia. Una lettura, questa, per vero costituzionalmente necessitata. Ma non è il caso di farsi soverchie illusioni: basta scorrere il recente dibattito parlamentare per capire, con estrema chiarezza, quali sono i veri intenti del disegno di legge.

### **3) La nuova linfa all'istituto della certificazione**

Non c'è dubbio che l'istituto della certificazione, sin dalla sua introduzione nel 2003, sia stato assai poco utilizzato, soprattutto in ragione dell'evidente impossibilità di superare quella giurisprudenza della Corte costituzionale che vieta al legislatore (figuriamoci alle parti del rapporto) di porre dei limiti al potere del giudice nella qualificazione di un contratto di lavoro.

Ora, tuttavia, le cose cambiano (e di molto) con il potenziamento previsto dalle norme del disegno di legge n. 1167-B.

L'articolo 30, comma 2, del d.d.l., infatti, intende attribuire alle commissioni di certificazione il compito di asseverare non solo la qualificazione del contratto (cosa già prevista dal d.lgs. 276/2003), bensì anche la "interpretazione delle relative clausole", ossia i diritti e gli obblighi previsti dal contratto stesso.

Si vuole in definitiva rendere immodificabile quanto sottoscritto dalle parti in sede di certificazione, anche nei casi di difformità con le norme inderogabili di legge, legando le mani al giudice nella "interpretazione" del contratto certificato. Questi, ad esempio, non potrebbe più verificare le mansioni effettivamente svolte dal lavoratore perché farebbe fede quanto stabilito dal contratto individuale certificato. La norma, tuttavia, sembra essere stata posta nel nulla dall'ultima parte dello stesso comma, laddove espressamente recita: *"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"*.

Ma c'è di più e di peggio: il successivo comma 3, per quanto riguarda la valutazione giudiziale delle motivazioni poste a base del licenziamento, prevede che *"il giudice tiene conto (...) delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti (...) nei*

*contratti individuali di lavoro*” certificati (su questo torneremo nel paragrafo 4); e ciò anche se le tipizzazioni siano peggiorative rispetto alle causali di licenziamento prevista dal contratto collettivo di categoria (v. infra al n. 4).

Se a questo aggiungiamo che la certificazione potrà essere utilizzata anche in corso di rapporto di lavoro per dismettere diritti precedenti e futuri (art. 31, comma 15: anche con l’ausilio di una clausola compromissoria con arbitrato per equità) e, soprattutto, l’opportunità di utilizzare la commissione di certificazione per includere nel contratto di lavoro una clausola compromissoria per affidare all’arbitrato le future controversie (come abbiamo visto nel paragrafo 2), c’è da ritenere che le commissioni di certificazione saranno assai più utilizzate dai datori di lavoro rispetto al passato.

#### **4) La giurisdizione dimezzata**

L’art. 30 del ddl n. 1167-B, al comma 1, stabilisce che, in tutte le norme lavoristiche che 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”*, escludendo quindi un controllo *“di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente”* (i collaboratori a progetto sono avvisati...).

Questa disposizione contiene una limitazione gravissima del potere interpretativo del giudice che, in presenza di una definizione legislativa elastica (come quella contenuta nell’art. 3 legge n. 604/1966 che definisce il giustificato motivo oggettivo di licenziamento in ogni ipotesi di sussistenza di *“ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”*), tenta di bilanciare questa latitudine definitoria con il principio lavoristico alla base di molte norme della Costituzione (diritto al lavoro, tutela del lavoro, retribuzione adeguata, non discriminazione etc...).

Ora, invece, le valutazioni tecniche datoriali devono essere verificate solo nella loro apparenza senza entrare nel merito della loro ragionevolezza intrinseca: così, alla base di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sarà sufficiente dire che l’eliminazione di una postazione di lavoro con la traslazione del relativo carico lavorativo sulle spalle dei lavoratori residui in pianta organica rientra nelle ragioni inerenti all’attività produttiva, senza che rilevi più il parametro costituzionale del diritto al lavoro.

Come già evidenziato nel paragrafo 3, l’articolo 30, comma 2, del d.d.l. intende attribuire alle commissioni di certificazione il compito di certificare non solo la qualificazione del contratto (cosa già prevista dal d.lgs. 276/2003), bensì anche la valutazione che le parti hanno fornito delle relative clausole, ossia i diritti e gli obblighi previsti dal contratto stesso. Così, di fronte ad un contratto certificato, il giudice dovrà attenersi non solo alla tipologia

contrattuale scelta dalle parti (la qualificazione del contratto), ma anche alla valutazione che queste avranno esplicitato davanti alla commissione.

Ancor peggio, il successivo comma 3 prevede che, per quanto riguarda le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice deve *“tener conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, ovvero (questa è la vera “gemma” n.d.r.) nei contratti individuali di lavoro”* certificati (su quest’ultimo aspetto vedi paragrafo 3).

L’innovazione sembrerebbe radicale: attualmente l’art. 7 dello Statuto dei lavoratori prevede che le infrazioni e le sanzioni disciplinari applicate dal datore debbano essere conformi a quanto in materia è stabilito da accordi e contratti collettivi di lavoro. Questa norma contiene un vincolo per il datore di lavoro ma non anche per il giudice.

Così il datore di lavoro non potrà licenziare un lavoratore per un’assenza di un giorno se il c.c.n.l. prevede diversamente; all’opposto il giudice potrà disapplicare una clausola vessatoria del c.c.n.l., anche se correttamente applicata dal datore di lavoro, perché vincolato al rispetto delle sole norme di legge tra cui, *in primis*, le norme costituzionali sul diritto al lavoro, sulla tutela del lavoro (artt. 4 e 35 cost.) e sul principio di ragionevole bilanciamento degli interessi, posto dall’art. 3 Cost..

Se a questo si aggiunge addirittura il riferimento al contratto di lavoro individuale certificato, il rovesciamento delle fonti appare evidente e non potrà certamente essere bilanciato dal filtro della commissione di certificazione. Crolla la funzione garantista della legge e del contratto collettivo e viene scardinato il principio di tutela del lavoro posto dall’art. 35 Cost..

L’unica speranza, a ben vedere, potrebbe risiedere nel fatto che, contrariamente a quanto previsto dal disegno di legge originario (1441 *quater-A*), il giudice dovrà “tener conto” delle tipizzazioni contenute nei contratti collettivi e individuali certificati (la formulazione precedente imponeva al giudice di “far riferimento” a tali clausole), essendo quindi libero di seguire una corretta gerarchia delle fonti normative.

## **5) Il regime delle decadenze e il risarcimento nei contratti a termine**

Sebbene “ammorbidita” nella versione finale del d.d.l. n. 1167-B, quella che abbiamo già avuto modo di definire come “tagliola giudiziaria dei diritti” rimane tuttora in piedi.

In sostanza, l’art. 32 del d.d.l. continua a prevedere clausole assai stringenti in materia di decadenza dal diritto di impugnare il licenziamento (anche se nullo, perché discriminatorio, o inefficace, per mancanza della forma scritta), il contratto a termine, i contratti di collaborazione, i trasferimenti, le cessioni ex art. 2112 cod. civ., gli appalti e la somministrazione (art. 32, comma 4, lettere da a) a d).

Infatti, per tutti questi casi, trascorsi i 60 + 180 giorni dal provvedimento datoriale senza che venga depositato il ricorso giudiziario, il diritto si perde. Ed il diritto certamente si perderà per tutti i lavoratori a termine ed i collaboratori a progetto, i quali faranno per lo più decorrere i predetti termini sperando in un rinnovo del loro contratto scaduto.

La norma spingerà a depositare ricorsi in massa, intasando gli uffici giudiziari e saltando a piè pari tutti quei tentativi preliminari di conciliazione sindacale che oggi si fanno anche in via informale.

Assai preoccupante risulta anche il non aver consentito un'impugnazione che possa travolgere l'intera catena di contratti a termine illegittimi. In questo modo si priva il lavoratore della tutela necessaria per tutti i rapporti pregressi.

Il comma 5 dell'articolo 32, infine, prevede che, in caso di conversione di contratti a termine illegittimi, il giudice dovrà quantificare il danno maturato fino al deposito della sentenza limitandolo ad una somma tra 2,5 e 12 mensilità riducendo così di molto il risarcimento dovuto ai lavoratori in caso di utilizzo fraudolento dei contratti a termine da parte dei datori di lavoro.