



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Maria Teresa Carinci

Clausole generali, certificazione e limiti al
sindacato del giudice.
A proposito dell'art. 30, l. 183/2010

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"./IT – 114/2011



© Maria Teresa Carinci 2011
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Milano
mariateresa.carinci@unimi.it

ISSN - 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

**Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato
del giudice.
A proposito dell'art. 30, l. 183/2010***

**Maria Teresa Carinci
Università di Milano**

1. La <i>ratio</i> dell'art. 30, l. 183/2010: certezza del diritto fra interpretazione e derogabilità <i>in pejus</i> delle norme giuslavoristiche.	3
2. Art. 30, comma 1: limiti del sindacato del giudice e clausole generali.	4
2.a. L'ambito di applicazione: clausole generali in senso tecnico o norme a contenuto ampio e generico ?	5
2.b. Il giustificato motivo oggettivo non è clausola generale.	7
2.c. Il modello di giudizio del giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il cd. obbligo di <i>repêchage</i> è elemento del controllo di legittimità e cioè di conformità della causa concreta del singolo atto di esercizio del potere alla causa astratta protetta dall'ordinamento.	8
2.d. L'esclusione del controllo di merito.	10
3. L'art. 30, comma 3, primo periodo: gli specifici parametri del sindacato giudiziale in tema di giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento e la questione della derogabilità (assistita) delle previsioni di legge.	12
3.a. Sono derogabili in <i>pejus</i> da parte del contratto individuale certificato le norme in tema di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento?	12

* Il presente contributo è destinato agli studi in onore di Tiziano Treu.

- 3.b. I contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e i contratti individuali certificati come parametro di giudizio per il giudice. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo sono clausole generali in senso tecnico.14
4. L'art. 30, comma 3, secondo periodo: i criteri di commisurazione del "risarcimento del danno" nell'area della tutela obbligatoria....17
5. Limiti al sindacato del giudice e certificazione.18

1. La *ratio* dell'art. 30, l. 183/2010: certezza del diritto fra interpretazione e derogabilità *in pejus* delle norme giuslavoristiche.

L'art. 30, l. 183/2010¹, ad uno sguardo d'insieme, introduce o meglio cerca di introdurre alcuni (in ipotesi) più incisivi limiti al sindacato del giudice in tema di contratti di lavoro², con l'obbiettivo - come dichiarato da chi ha partecipato alla sua elaborazione³ - di aumentare la certezza del diritto al fine, da una parte di ridurre il contenzioso, e dall'altra, in una con l'accresciuta prevedibilità degli esiti dei giudizi, di rendere calcolabili per il datore di lavoro i costi della gestione dei rapporti di lavoro.

Si muove, infatti, dall'assunto che l'eccessivo numero dei processi in materia di lavoro e la loro durata non dipenda se non in modo marginale dalle norme procedurali - il processo del lavoro è ampiamente ispirato a regole di celerità e oralità -, ma piuttosto dalle norme sostanziali: "sono le regole del diritto sostanziale, incentrate sull'asse 'norma inderogabile-giudice', e la cultura giuridica conflittuale e antagonista che le pervade a essere tali da incentivare il contenzioso tra le parti del rapporto di lavoro"⁴.

Ma se così è - se il vero problema è costituito dalle norme sostanziali - non sarebbe stato più lineare ed efficace intervenire su queste ultime precisandone i contorni?

¹ Fra i primi commenti alla norma si v. P. ALLEVA, *Le riforme della giustizia del lavoro nel d.d.l. governativo n. 1167 in discussione al Senato. Note critiche e proposte emendative*, in www.cgil.it/giuridico/le-riforme-della-justizia-del-l.html; G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *DLM*, 2009, I, p. 37 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, in *LD*, 1/2009, p. 3 ss.; L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 111/2010; M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro: la riforma del Collegato*, in *Guida al Lavoro*, 2010, p. 8 ss.; G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2010, I, p. 219 ss.; S. CENTOFANTI, *Le nuove norme, non promulgate, di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, in *LG*, 4/2010, p. 329 ss.

² L'art. 30, l. 183/2010 non presenta tratti di assoluta novità, ma trova antecedenti nel D.Lgs. 276/2003; qui infatti si rivengono due disposizioni - una in tema di contratto di somministrazione a termine (art. 27, comma 3) e l'altra di lavoro a progetto (art. 69, comma 3) - volte a circoscrivere i poteri di controllo del giudice. L'art. 30, tuttavia, a differenza delle norme appena richiamate, vuole incidere a tutto raggio sui poteri giudiziali e presenta un impianto più complesso, come si avrà modo di segnalare nel corso della trattazione.

³ M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro. La riforma del collegato*, cit., p. 9. Sottolinea lo stesso obbiettivo anche A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *MGL*, 2010, n. 4, p. 211.

⁴ M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro. La riforma del collegato*, cit., p. 9.

Le parole dell'Autore appena richiamato disvelano peraltro che, al di là dei problemi esplicitati, c'è un'altra questione fra le righe, che riguarda non l'interpretazione e applicazione delle norme, ma il rapporto fra norma di legge e disciplina posta dal contratto individuale: la questione del superamento del principio di inderogabilità *in pejus* delle norme giuslavoristiche a favore di un più ampio margine d'intervento del contratto individuale. Corre fra le righe, cioè, l'idea che molte questioni che affollano le aule giudiziarie potrebbero essere superate se si desse facoltà alle parti nel contratto individuale di individuare la disciplina applicabile al singolo rapporto anche in deroga alle previsioni di legge.

Due sono, dunque, le questioni di fondo che pone l'art. 30, l. 183/2010: se ed in che termini i limiti introdotti ai poteri giudiziali possano riverberarsi sul significato delle norme sostanziali che disciplinano i contratti di lavoro - prime fra tutte quelle in tema di poteri e libertà del datore di lavoro - così circoscrivendone eventualmente i contenuti; e se ed in che termini siano possibili deroghe *in pejus* alle norme di legge - prime fra tutte quelle in tema di licenziamento.

Posti così gli interrogativi di fondo la trattazione che segue si articolerà, sulla falsariga del dettato dell'art. 30, l. 183/2010, nei seguenti punti: a) in primo luogo ci si interrogherà sui limiti posti in generale al sindacato del giudice - tanto in tema di lavoro privato, quanto di lavoro "privatizzato" alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni - quando norme che disciplinano qualunque aspetto del rapporto di lavoro contengano clausole generali (art. 30, comma 1); b) si discuterà, poi, degli specifici parametri del sindacato giudiziale in sede di controllo di quelle che potrebbero essere considerate specifiche ipotesi di clausole generali - la giusta causa e il giustificato motivo di licenziamento (art. 30, comma 3, primo periodo) - per capire se ed in che termini vengano incise le nozioni legali e se il contratto individuale possa ad esse derogare; c) si indagherà, poi, sui criteri che il giudice deve tenere presenti nel fissare l'indennità dovuta in caso di licenziamento nell'area della tutela obbligatoria e se tali criteri integrino o sostituiscano quelli già previsti dall'art. 8, l. 604/1966 (art. 30, comma 3, secondo periodo); d) infine si dedicherà qualche osservazione ai limiti del controllo giudiziale sul contratto certificato - si tratti di certificazione inerente alla qualificazione del contratto o di singole clausole in esso contenute - ai sensi del titolo VIII del D.Lgs. 276/2003 (art. 30, comma 2).

2. Art. 30, comma 1: limiti del sindacato del giudice e clausole generali.

L'art. 30, comma 1, l. 183/2010 prevede con riferimento alla generalità dei rapporti sia alle dipendenze di datori di lavoro privati che

pubblici in cui sia dedotta un'attività di lavoro – si tratti di rapporti di lavoro subordinato, parasubordinato o a progetto⁵ - 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 d'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 e al committente"*.

Per capire appieno la portata della norma due sono gli snodi problematici: a) cosa debba intendersi per "clausole generali", così da fissarne l'ambito di applicazione; b) cosa debba intendersi per "sindacato di merito", in modo da individuare le eventuali restrizioni al sindacato del giudice.

2.a. L'ambito di applicazione: clausole generali in senso tecnico o norme a contenuto ampio e generico ?

Prima di tutto è necessario chiarire cosa debba intendersi per clausole generali.

È da premettere che le clausole generali non sono norme, ma sono espressioni, sintagmi, frammenti⁶ in grado di caratterizzare le norme che le contengono e quindi di denotarne in modo particolare la struttura, così da renderle vere e proprie "valvole di apertura del sistema" verso la realtà sociale.

Infatti, secondo l'opinione più diffusa ed accreditata fra gli studiosi del diritto civile, che più di altri hanno indagato la materia, la caratteristica strutturale della clausola generale – e così anche della norma che la contiene – è quella di essere incompleta e di demandare all'interprete il proprio completamento tramite la rilevazione di dati esterni all'ordinamento, standard sociali o regole sociali di condotta. Scrive Luigi Mengoni: "Le clausole generali (...) impartiscono al giudice (...) una direttiva per la ricerca della norma di decisione; esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto,

⁵ L'art. 30, comma 1, prevede la propria applicazione "nelle materie di cui all'art. 409 del codice di procedura civile e dell'art. 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165".

Si ricorda che il lavoro a progetto è una particolare ipotesi di lavoro coordinato e continuativo di cui all'art. 409 c.p.c. di cui presenta tutti i caratteri con l'aggiunta appunto del progetto (v. art. 61, comma 1, D.Lgs. 276/2003).

⁶ Cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 26 s.

senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta. In questo senso le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di altre norme"⁷. Le clausole generali sono "norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale"⁸.

Per queste caratteristiche che le contraddistinguono le clausole generali sono da tenere distinte tanto dalle norme generali che dall'equità.

Le clausole generali non sono norme o precetti generali. A differenza delle prime che – come detto – sono denotate da una fattispecie incompleta che è demandato al giudice completare tramite *standard* sociali, "la norma generale è una norma completa costituita da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva". Certo anche la norma generale lascia al giudice "un certo margine di discrezionalità, e così ammette un certo spazio di oscillazione della decisione; ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità integrativa o produttiva di norme"⁹.

Le clausole generali si differenziano poi dall'equità. Se è vero, infatti, che entrambe costituiscono "valvole di sicurezza del sistema" e quindi condividono la medesima funzione di apertura dell'ordinamento a regole extragiuriche, nell'equità la regola è creata dal giudice specificamente per il caso concreto, mentre nelle clausole generali il giudice la desume dal contesto sociale di riferimento per regolare *anche* il caso specifico¹⁰.

Le clausole generali, dunque, sono norme strutturalmente incomplete che, per una precisa scelta del legislatore, demandano al giudice una attività integrativa sulla scorta di *standard* sociali di condotta. Ma se così è, se – come icasticamente è stato scritto¹¹ – l'incompletezza della clausola generale è "intenzionale" - risponde cioè a precise scelte, a precisi obbiettivi di politica legislativa - come si può poi dolersene, lamentando le oscillazioni giudiziali e la scarsa certezza del diritto ?

⁷ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 10 s.

⁸ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 13.

⁹ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰ Cfr. V. VARANO, voce *Equità*, I) *Teoria generale*, in *EGT*, vol. XII, 1989, p. 9: "equità e clausole generali adempiono ad una funzione diversa, giacché la prima si muove sul piano della concretezza delle circostanze, mentre le clausole generali 'implicano comunque il riferimento a parametri oggettivi, anche se variabili: cioè parametri che il giudice certamente contribuisce ad elaborare, ma non in funzione esclusiva della singola fattispecie'".

¹¹ In questo senso S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *RCDP*, 1987, p. 728.

Intervenire sull'applicazione giudiziale delle clausole generali – come pare fare la norma in commento – vuol dire modificare in profondità la portata delle regole in esse contenute.

A ben vedere, comunque, questo non è l'esito dell'art. 30, l. 183/2010. Quest'ultima norma, infatti, non fa riferimento a clausole generali in senso tecnico; al contrario il termine "clausola generale" è qui utilizzato in modo ampio, come sinonimo di norma vaga, per indicare, cioè, tutte le disposizioni caratterizzate da elevata "generalità"¹² o meglio genericità.

Che le cose stiano così si ricava sia dalle esemplificazioni contenute nella norma stessa, che dalla individuazione del profilo in ordine al quale il sindacato del giudice dovrebbe essere limitato. L'art. 30, comma 1, prevede infatti che fra le norme che contengono le cd. "clausole generali" vadano ricomprese quelle "in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso" nel qual caso il controllo del giudice "non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro e al committente".

Prima di tutto è da osservare che l'art. 30 chiama in causa molte disposizioni che – per come interpretate nel diritto vivente – sicuramente non costituiscono clausole generali in senso proprio, in quanto non richiedono un'integrazione in virtù di regole sociali, ma una mera interpretazione del dettato normativo: si pensi al concetto di progetto di cui all'art. 61 D.Lgs. 276/2003 o alla nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c.

Ma quel che è da mettere in particolare evidenza è che neppure il giustificato motivo oggettivo – cioè le "ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive)" cui la norma fa espresso riferimento per circoscrivere il sindacato del giudice¹³ - costituisce, per come interpretato dalla giurisprudenza maggioritaria, clausola generale in senso tecnico.

2.b. Il giustificato motivo oggettivo non è clausola generale.

Si è detto che il giustificato motivo oggettivo non costituisce clausola generale in senso proprio. L'affermazione risulta evidente sol che si abbia riguardo agli orientamenti giurisprudenziali. Nell'interpretazione

¹² Per questa precisazione infatti v. M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 9.

¹³ Il giustificato motivo oggettivo è ormai ampiamente utilizzato dal legislatore come limite a libertà e poteri datoriali: in tema di limiti alla libertà di stipulare il contratto di lavoro a termine, art. 1, D.Lgs. 368/2001; in tema di limiti alla libertà di stipulare il contratto di somministrazione a termine, art. 20, comma 4, D.Lgs. 276/2003, in tema di limiti al potere di trasferimento, art. 2103, ultimo comma, c.c.; in tema di limiti al potere di licenziamento, art. 3, l. 604/1966.

unanime fornita dalla giurisprudenza, infatti, il concetto di giustificato motivo oggettivo è tutto interno all'ordinamento e mai i giudici si spingono a verificare se l'atto posto in essere dal datore di lavoro risponda a *standard* di comportamento generalmente accettati dalla coscienza sociale.

Così, per esempio, i giudici non indagano se nel sentire sociale sia accettabile un licenziamento a seconda che venga disposto per contenere perdite o per incrementare i profitti, non verificano se il licenziamento tecnologico risponda a parametri sociali condivisi o se il trasferimento del lavoratore a grande o piccola distanza dalla sua abitazione contrasti con la coscienza diffusa¹⁴.

Il modello di giudizio che emerge dalle sentenze muove dall'interpretazione delle norme che pongono la regola del giustificato motivo e mai si avvale di parametri, di *standard* tratti dal contesto sociale.

È allora giocoforza concludere che il giustificato motivo oggettivo, per come interpretato nel diritto vivente, non è una clausola generale in senso tecnico.

Detto questo, però, non ogni problema è risolto.

Se si accoglie l'idea che l'art. 30, comma 1, l. 183/2010 si riferisce alle clausole generali in senso improprio, come sinonimo di norma vaga, rimane comunque da verificare se l'esclusione esplicita di ogni sindacato di merito con riferimento ad ogni regola che limiti le prerogative datoriali possa comunque avere riflessi sulla nozione di giustificato motivo generalmente accolta dalla giurisprudenza.

2.c. Il modello di giudizio del giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il cd. obbligo di *repêchage* è elemento del controllo di legittimità e cioè di conformità della causa concreta del singolo atto di esercizio del potere alla causa astratta protetta dall'ordinamento.

Se si esamina la giurisprudenza in tema di giustificato motivo oggettivo - e prima di tutto quella in tema di giustificato motivo di licenziamento (art. 3, l. 604/1966), che ne è la più cospicua, - emerge un modello di giudizio consolidato che si articola attraverso diversi passaggi.

Nella totalità dei casi, infatti, i giudici verificano che: a) il datore di lavoro abbia disposto una modifica della propria organizzazione e che tale modifica sia effettiva, non semplicemente dichiarata; b) esista un nesso causale positivo fra modifica organizzativa e mansioni del lavoratore, nel senso che deve risultare che il provvedimento datoriale colpisce quel

¹⁴ Per un'analisi della giurisprudenza mi sia permesso rinviare a M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo*, Cedam, Padova, 2004.

lavoratore e non altri perché la riorganizzazione rende inutili proprio le sue mansioni; c) sia assolto il cd. obbligo di *repêchage*, nel senso che si dimostri che il lavoratore non può essere utilmente impiegato in altra posizione aziendale rimasta scoperta e in ordine alla quale è richiesta la stessa o analoga professionalità.

Solo in presenza di tutti questi elementi si ritiene integrato il giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Tuttavia ricercare se la scelta del datore sia effettiva, se esista il nesso causale, se sia rispettato il cd. obbligo di *repêchage* altro non vuol dire - a ben vedere - che effettuare un controllo sulla conformità della causa del singolo, concreto, atto di esercizio di licenziamento alla causa in astratto protetta dall'ordinamento.

Se, infatti, si conviene che la causa degli atti di esercizio dei poteri e delle libertà del datore è quella di strutturare liberamente un'organizzazione diretta a fini produttivi (art. 41 Cost.) o a fini solidaristici o ideali (artt. 2, 18, 19, 39, 49 Cost.) il giustificato motivo oggettivo - attraverso i passaggi appena descritti - si sostanzia nel valutare se l'interesse tipico, astrattamente tutelato dall'ordinamento, a prefigurare e a rimodulare un'organizzazione sia quello perseguito dal datore nel caso concreto.

Insomma, i diversi passaggi del controllo giudiziale appena descritto altro non sono che la verifica della sussistenza di quella causa nel caso concreto: a) il primo passaggio - inteso a valutare l'esistenza di una decisione organizzativa, quale che sia purché effettiva -, vuole appurare se nel caso concreto emerga un interesse tecnico-organizzativo di quel datore di lavoro; b) il secondo passaggio - dedicato ad indagare l'esistenza di un collegamento fra decisione organizzativa e posizione di quel singolo lavoratore - vuole controllare se quell'interesse organizzativo è poi perseguito in concreto dal datore proprio con quello specifico atto di esercizio delle sue prerogative; c) il terzo passaggio - cioè il controllo sul rispetto del cd. "obbligo di *repêchage*" - altro non è che un'ulteriore verifica, questa volta in senso negativo, dell'esistenza del nesso causale fra decisione organizzativa e posizione del singolo lavoratore.

Insomma tramite il cd. obbligo di *repêchage* il giudice valuta se in ipotesi non esista un collegamento fra posizione del lavoratore ed un interesse del datore di lavoro *diverso da quello tecnico-organizzativo protetto dall'ordinamento*. Ecco perché si è parlato al riguardo di nesso causale in senso negativo.

Per escludere il rilievo di interessi *diversi* è di grande significato accertare se nell'ambito della compagine aziendale la professionalità del lavoratore sia ancora utilizzabile perché sono presenti o disponibili posizioni che richiedono l'esplicazione di identiche o analoghe mansioni.

Se una simile situazione si profila è evidente che l'interesse organizzativo del datore può comunque trovare piena esplicazione senza riflessi negativi sulla posizione del lavoratore; se invece nonostante l'alternativa possibile il datore si risolve comunque a licenziare, non si può che concludere che l'interesse sotteso all'atto datoriale non è quello tecnico-organizzativo dichiarato, *ma un altro*.

Se così è - se cioè il cd. obbligo di *repêchage* è un passaggio ineliminabile del controllo sulla sussistenza della causa del concreto atto di esercizio delle prerogative datoriali - non vi possono essere dubbi sul fatto che anch'esso integri a pieno titolo quel controllo di legittimità pacificamente ammesso in generale in tema di giustificato motivo oggettivo e ribadito dall'art. 30, comma 1, l. 183/2010.

Non integrando controllo di merito, il cd. obbligo di *repêchage* non è dunque inciso in alcun modo dalla norma che si sta commentando¹⁵.

2.d. L'esclusione del controllo di merito.

L'unico limite al controllo giudiziale esplicitamente posto dall'art. 30, comma 1, l. 183/2010 riguarda *"in conformità ai principi generali dell'ordinamento (...) il sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro e al committente"*.

La norma - che ricalca i contenuti di due disposizioni del D.Lgs. 276/2003 in tema di lavoro a progetto (art. 69, comma 3¹⁶) e di contratto

¹⁵ Per alcune preoccupazioni sul riflesso della norma in commento sul cd. obbligo di *repêchage* cfr. M.V. BALLESTRERO, *Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, cit., p. 6.

Ed infatti su questa falsariga si colloca P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, CICU MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 457 secondo il quale: "La distinzione tra 'scelta sottostante', di cui si pretende l'insidiabilità e scelta (sindacabile) di licenziare un determinato lavoratore è, del resto, sostanzialmente contraddetta dagli orientamenti giurisprudenziali di cui si è detto sopra, concernenti l'obbligo di *repêchage*, o l'applicazione di un criterio ragionevole nella scelta del lavoratore da licenziare: quando il giudice valuta la possibilità (*rectius*: la non eccessiva onerosità) dello spostamento di un lavoratore da una postazione all'altra in seno all'azienda, o la fungibilità di un lavoratore con un altro, egli interviene proprio sull'organizzazione aziendale, sulle modalità dell'attività produttiva, discriminando esigenze di cui occorre tener conto da esigenze che devono essere considerate non rilevanti".

¹⁶ Ai sensi dell'art. 69, comma 3, D.lgs. 276/2003 "Ai fini del giudizio di cui al comma 2, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del progetto, programma di lavoro o fase di esso e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative e produttive che spettano al committente".

di somministrazione (art. 27, comma 3¹⁷) – non introduce sostanziali novità rispetto all'orientamento giurisprudenziale consolidato.

È infatti molto comune che i giudici, nel controllare la sussistenza di giustificato motivo oggettivo (di licenziamento), affermino l'insindacabilità nel merito delle decisioni del datore di lavoro e cioè la totale irrilevanza della tipologia delle modifiche che il datore intende apportare alla sua organizzazione. Come dire che una volta accertato che l'atto persegue un fine tecnico-organizzativo – e che quindi è conforme alla causa in astratto protetta dall'ordinamento – è poi irrilevante accertarne le modalità (utili o inutili; buone o cattive; giuste o sbagliate; opportune o inopportune).

Non di rado poi le sentenze precisano che una valutazione di tal genere non solo non è richiesta, ma addirittura è preclusa dall'art. 41 Cost.

A ben vedere, però, se è vero che il giustificato motivo oggettivo, per come interpretato nel diritto vivente, non richiede oggi alcuna valutazione di merito sulle scelte datoriali, nulla vieta in futuro al legislatore¹⁸ di introdurle anche per il tramite del rinvio a regole sociali di buona conduzione dell'impresa¹⁹. L'art. 41 Cost. legittima infatti stringenti limiti alla libertà di impresa purché non tali da eliderne il nucleo essenziale²⁰.

In conclusione la norma non fa che ribadire un orientamento giurisprudenziale consolidato.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 27, comma 3, D.Lgs. 276/2003 "Ai fini delle valutazioni delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della sussistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive, che spettano all'utilizzatore".

¹⁸ È pacifico che l'art. 41 Cost. contiene una riserva di legge in merito all'individuazione dei limiti alla libertà di iniziativa economica, cfr. F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1982, p. 40 ss.

¹⁹ È quanto accade per es. in materia fallimentare cfr. art. 217 r.d. 267/1942.

²⁰ Cfr. per tutti G. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *EGT*, 1989, vol. XVII, p. 3. Sul punto cfr. la fondamentale C.Cost., 30 dicembre 1958, n. 78, in *Giur. Cost.*, 1958, p. 979 s.

3. L'art. 30, comma 3, primo periodo: gli specifici parametri del sindacato giudiziale in tema di giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento e la questione della derogabilità (assistita) delle previsioni di legge.

L'art. 30, comma 3, primo periodo, l. 183/2010 con specifico riferimento alle ragioni che legittimano il licenziamento dispone che *"nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene 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 di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni"*.

A fronte di tale disposizione si tratta di capire se il legislatore abbia voluto semplicemente incidere sui poteri del giudice, vuoi ribadendo i termini dell'attuale sindacato giudiziale sulle nozioni di giusta causa e giustificato motivo accolti in giurisprudenza – così riconfermando quelle nozioni -, vuoi modificando i parametri di giudizio – così indirettamente ridisegnando i concetti di giusta causa e giustificato motivo – oppure abbia addirittura voluto incidere sul rapporto fra le fonti di disciplina del rapporto di lavoro, rendendo derogabili *in pejus* a danno del lavoratore le norme in tema di giustificazione del licenziamento, legittimando non solo il contratto collettivo ma anche il contratto individuale certificato a modificare in senso peggiorativo per il lavoratore i limiti al potere di recesso del datore di lavoro.

3.a. Sono derogabili in *pejus* da parte del contratto individuale certificato le norme in tema di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento?

Partiamo da quest'ultima opzione interpretativa, sicuramente la più dirompente.

Secondo un'opinione, la norma sarebbe rivoluzionaria non solo perché legittimerebbe le parti del contratto individuale certificato ad introdurre ulteriori ipotesi di giusta causa e di giustificato motivo – in deroga all'art. 7, comma 1, St.lav. che demanda solo al contratto collettivo affisso in luogo accessibile a tutti l'individuazione delle sanzioni disciplinari -, ma soprattutto perché tali previsioni potrebbero operare anche *in pejus* rispetto alle norme di legge. Secondo questa lettura "bisogna arrivare a ritenere che il principio di cui all'articolo 2113 c.c.

(inderogabilità *in pejus*) non vale in tema di licenziamento, in quanto la norma speciale in commento prevale su quella generale²¹.

L'interpretazione è senz'altro da respingere.

In primo luogo non pare che un esito così "rivoluzionario" quale la derogabilità *in pejus* delle norme in tema di licenziamento – uno snodo cruciale, destinato ad avere riflessi sull'intera disciplina del rapporto di lavoro – possa ricavarsi da una disposizione formulata in termini così blandi, da una norma che si limita a precisare che il giudice "tiene conto" delle clausole (fra l'altro) dei contratti individuali certificati. "Tenere conto" vuol dire considerare, ma non certo essere tenuti ad applicare, come accadrebbe invece se le clausole del contratto certificato sostituissero a pieno titolo la disciplina di legge²².

È da osservare, in secondo luogo, che in linea generale la certificazione dei contratti di lavoro di cui al Titolo VIII del D.Lgs. 276/2003 per unanime interpretazione produce l'unico effetto di rendere stabili fino alla pronuncia di primo grado nei confronti dei terzi (enti previdenziali e assicurativi, ispettivi e fiscali) le determinazioni delle parti in ordine alla qualificazione del contratto ed alla disciplina del rapporto; è da escludere, invece, che in sede di certificazione possano essere validamente introdotte previsioni derogatorie *in pejus* rispetto a quelle di legge. Non è stata accolta, infatti, l'idea originaria di Marco Biagi secondo la quale il contratto individuale stipulato in una sede qualificata, ove la volontà individuale fosse risultata adeguatamente assistita, avrebbe potuto prevedere deroghe *in pejus* alla disciplina di legge.

Se così è – e nessuno ormai ne dubita – sarebbe del tutto incongruo che una tale possibilità fosse introdotta oggi e con una norma tanto ambigua, proprio con riferimento ad uno snodo nevralgico e delicatissimo del rapporto di lavoro, lasciando per il resto invariato l'istituto nelle sue linee fondamentali. L'art. 30, comma 2, l. 183/2010 che si occupa degli effetti della certificazione è infatti meramente confermativo di quanto già previsto dal titolo VIII del D.Lgs. 276/2003 (ma v. *infra* par. 5).

²¹ Cfr. E. BARRACO, *Il collegato lavoro: un nuovo modus operandi per i pratici e, forse, un nuovo diritto del lavoro*, in *LG*, 4/2010, p. 346 s. Si v. anche A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, cit., p. 211 che afferma che "la nuova disposizione, dunque, non riduce la discrezionalità del giudice ed, anzi, la salvaguarda ulteriormente. (...)". Ed anche le tipizzazioni contenute nei contratti individuali, certamente ammissibili anche in precedenza, quali indicazioni della particolare rilevanza di un determinato compito ai fini della gravità del relativo inadempimento, sono ora solo quelle previste nei contratti certificati".

²² In questo senso v. L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale*, cit., p. 10. Si noti fra l'altro che la norma si riferisce (al plurale) ai contratti certificati e non al singolo contratto, così avallando l'idea che i contratti certificati debbano essere considerati complessivamente (v. *infra* par. 3.b).

In terzo luogo una simile interpretazione contrasta con i principi dell'ordinamento comunitario. È noto infatti che oggi la Carta di Nizza – ormai parte integrante del Trattato dell'Unione (v. art. 6, comma 1 TU) – prevede che "ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione europea e alle legislazioni e prassi nazionali" (art. 30). Il principio di giustificatazza del recesso è dunque ormai principio sovranazionale, che al legislatore nazionale non è dato superare – come sarebbe invece se i contratti individuali potessero disporre in senso peggiorativo – pena la violazione del diritto comunitario²³.

3.b. I contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e i contratti individuali certificati come parametro di giudizio per il giudice. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo sono clausole generali in senso tecnico.

Molto più convincente è l'altra opzione interpretativa che vuole, invece, che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo (per quanto qui interessa, soggettivo²⁴) siano inderogabilmente individuate dalla legge. Non viene dunque alterato il consueto rapporto fra le fonti, che non viene inciso dall'art. 30, comma 3, primo periodo, l. 183/2010.

In quest'ottica si deve, dunque, ammettere che il contratto individuale, certificato o no, possa limitare la facoltà di recesso del datore di lavoro a favore del lavoratore²⁵ escludendo dalle nozioni di giusta causa e giustificato motivo (soggettivo²⁶) alcune ipotesi ed estendendo così l'area del licenziamento illegittimo e della relativa tutela (obbligatoria o reale).

Diverso discorso, invece, deve essere condotto con riferimento al contratto collettivo.

Si deve, infatti, osservare che mentre la dottrina è per lo più orientata nel ritenere che giusta causa e giustificato motivo soggettivo non costituiscano clausole generali in senso proprio²⁷, sulla scorta della

²³ V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato*, cit., p. 149. Ma v. già M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 217 s.

²⁴ Infatti solo con riferimento a queste previsioni è possibile parlare di clausole generali in senso tecnico e quindi dotare di significato l'art. 30, comma 3, l. 183/2010. Il giustificato motivo oggettivo non costituisce infatti una clausola generale.

²⁵ In relazione ad una questione analoga (cioè l'esclusione del trasferimento per giustificato motivo oggettivo) v. Cass. 25 luglio 2006, n. 16907, in *MGL*, 2007, p. 277.

²⁶ Analogo discorso peraltro a questo riguardo potrebbe essere fatto con riferimento al giustificato motivo oggettivo.

²⁷ In questo senso v. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 9; M.V. BALLESTRERO, *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, I, Jovene, Napoli, 1991, p.

considerazione che le relative norme rimandano al concetto tecnico di inadempimento contrattuale, tutto interno all'ordinamento giuridico²⁸, la giurisprudenza – pur con alcuni ondeggiamenti – è di opinione opposta²⁹. Il che del resto trova ragione nel fatto che per l'orientamento giurisprudenziale dominante la giusta causa non si risolve nel mero inadempimento contrattuale, ma si espande ad ulteriori comportamenti pur esterni al rapporto, ma idonei a ledere la fiducia del datore di lavoro³⁰.

In quest'ottica per i giudici i contratti collettivi costituiscono ineliminabile punto di riferimento per completare/integrare la nozione di giusta causa e di giustificato motivo³¹, anche se ovviamente possono essere "disattesi"³² (ed il giudice è chiamato a motivare sul punto³³) laddove prevedano una sanzione eccessiva rispetto allo *standard* invalso nel settore considerato o, all'apposto, non ne prevedano alcuna. Per giurisprudenza costante, infatti, possono non costituire giusta causa o giustificato motivo soggettivo comportamenti che, pur contemplati dal contratto collettivo fra le ipotesi di recesso, tuttavia debbano essere valutati diversamente – e più blandamente – in virtù delle regole di comportamento del contesto sociale in cui si esplicano oppure possono costituire giusta causa di licenziamento comportamenti, non contemplati

104 ss.; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in AIDLASS (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007, Giuffrè, Milano, 2008, p. 41 ss.

²⁸ M. V. BALLESTRERO *Perturbazione in arrivo*, cit., p. 7 ss. ma v. già Id., *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, cit., p. 104 ss.

²⁹ Cfr. per es. Cass. 12 agosto 2009, n. 18247, in *ADL*, 2/2010, II, p. 531 ss.; Cass. 19 marzo 2008, n. 7388, in *De Jure on line*; Cass. 15 aprile 2005, n. 7838, in *MGL*, 2005, p. 839 ss.; Cass. 29 aprile 2004, n. 8254 in *FI on line*; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17208 in *LG*, 2003, p. 344; Cass. 22 agosto 2002, n. 12414 in *GI*, 2003, p. 646; Cass. 26 luglio 2002, n. 11109 in *FI on line*; Cass., 21 novembre 2000, n. 15004; Cass. 8 maggio 2000, n. 5822, Cass. 22 aprile 2000, n. 5299, tutte in *FI*, 2005, I, c. 1846 ss.; Cass. 13 aprile 1999, n. 3645, in *FI*, 1999, I, c. 3558 ss. Per l'orientamento contrario si v. Cass. 15 novembre 2001, n. 14229, in *De Jure on line*; Cass. 19 giugno 2000, n. 8313, in *RIDL*, 2001, II, p. 112.

³⁰ Cfr. M.L.VALLAURI, *Espressioni ingiuriose, abitudini lessicali e giusta causa di licenziamento. Alcune osservazioni sulla natura della giusta causa e del giustificato motivo*, in *RIDL*, 2001, II, p. 115.

³¹ La giurisprudenza li considera, infatti, "elemento di valutazione" di cui il giudice deve tener conto.

³² È frequente l'affermazione che le previsioni del contratto collettivo non vincolano il giudice avendo valenza esemplificativa e non tassativa, cfr. per es. Cass., 18 novembre 2009, n. 24329, in *DPL*, 2010, p. 728; Cass. 10 agosto 2006, n. 18144, in *RIDL*, 2007, II, p. 463; Cass. 19 agosto 2004, n. 16260 in *LG*, 2005, p. 845; Cass. 21 maggio 1998, n. 5103, in *FI on line*.

³³ Cfr. Cass. 18 novembre 2009, n. 24329, cit. Della stessa opinione L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 11.

dai contratti collettivi³⁴, che la coscienza sociale considera lesivi del vivere civile³⁵.

Se le cose stanno così ne risulta con tutta evidenza che il contratto collettivo chiamato ad integrare la clausola elastica non può al contempo derogare alla norma di legge che concorre a definire. Ecco perché non si pone un problema di deroga *in pejus* da parte del contratto collettivo delle norme in tema di giusta causa e giustificato motivo soggettivo.

L'art. 30, comma 3, primo periodo, sembra proprio collocarsi in quest'ottica. La norma, infatti specifica che i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e i contratti individuali certificati³⁶, considerati nel loro insieme, costituiscono parametri di giudizio di cui il giudice deve appunto "tener conto" nel fissare i contenuti delle norme di legge in tema di giusta causa e di giustificato motivo.

Insomma si tratta di una norma che non limita i poteri del giudice e non modifica le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo invalse nel diritto vivente, ma conferma ancora una volta l'orientamento giurisprudenziale dominante che legge le nozioni legali come clausole generali ed utilizza i contratti collettivi come *standard* sociali di riferimento.

³⁴ Per orientamento costante, però, nel caso in cui il comportamento del lavoratore sia *puntualmente e specificatamente* previsto come ipotesi disciplinare nel codice disciplinare contenuto nel contratto collettivo e fatto oggetto di una sanzione conservativa, tale previsione assume valore vincolante per il giudice che da essa non può discostarsi. Cfr. in tal senso per es. Cass. 20 marzo 2008, n. 7600, in *Riv. infortuni*, 2008, II, p. 1; Cass. 20 marzo 2007, n. 6621, in *MGL*, 2007, p. 631; Cass., 29 settembre 2005, n. 19053, in *OGI*, 2005, I, p. 918; Cass. 19 agosto 2004, n. 16260, in *LG*, 2005, p. 845; Cass. 21 maggio 1998, n. 5103, in *FI on line*; Cass. 29 aprile 1998, n. 4395, in *FI on line*. In questa ipotesi in effetti il codice disciplinare integra il disposto di legge e diviene così vincolante per le parti del rapporto di lavoro in virtù del rinvio operato dall'art. 7 St.lav.

³⁵ Cfr. per es. Cass., 18 novembre 2009, n. 24329, cit.; Cass., 14 febbraio 2005, n. 2906, in *LG*, 2005, p. 1143; Cass. 16 marzo 2004, n. 5372, in *FI on line*; Cass. 9 aprile 1993, n. 4307, in *MGL*, 1993, p. 426, relativa ad un interessante caso concernente l'abbigliamento del lavoratore.

Sul punto L. CALCATERRA, *Sindacato di legittimità e norme elastiche in materia di lavoro*, in *GC*, 2000, II, specie p. 331.

³⁶ Si segnala qui, per completezza, che sembra assai difficile che le parti del contratto individuale – ed in particolare il datore di lavoro – abbiano interesse a certificare clausole in tema di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento, che peraltro potrebbero solo essere migliorative rispetto alle previsioni di legge (v. par. 3.a.).

4. L'art. 30, comma 3, secondo periodo: i criteri di commisurazione del "risarcimento del danno" nell'area della tutela obbligatoria.

Di minore portata sistematica è l'art. 30, comma 3, secondo periodo. Non si tratta, infatti, di una norma volta a limitare in generale il sindacato giudiziale in ordine alle prerogative del datore di lavoro. Il disposto individua, invece, alcuni parametri di cui il giudice deve tener conto in sede di calcolo del risarcimento del danno esclusivamente nell'area della tutela obbligatoria (art. 8, l. 604/1966). Rimane invariata, invece, la tutela reale (art. 18 St.lav.).

Sembra preferibile ritenere che la norma in commento, per come formulata, integri³⁷ il disposto dell'art. 8, l. 604/1966. Ne consegue che il risarcimento – che rimane fissato fra il minimo di 2,5 e il massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto ed il cui importo massimo è ulteriormente elevato in caso di consistente anzianità del lavoratore³⁸ – può essere modulato sulla scorta anche dei nuovi criteri³⁹.

Così inteso, insomma, l'art. 30, comma 3, secondo periodo, si limita ad aggiungere ai parametri già individuati dalla l. 604/1966 per la modulazione del risarcimento nel suo importo base e maggiorato in virtù dell'anzianità del lavoratore ulteriori criteri.

Alcuni sono direttamente individuati dalla legge, cioè "la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento della parti anche prima del licenziamento". Si tratta, dunque, nel complesso di criteri sociali, che pongono in primo piano le difficoltà per il lavoratore di reperire una nuova occupazione e di sopportare economicamente la perdita del posto di lavoro. Fra essi il

³⁷ Di contrario avviso S. CENTOFANTI, *Le nuove norme*, cit., p. 337; G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro"*, cit. p. 245 s.; M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 11.

³⁸ L'art. 8, secondo periodo, l. 604/1966 prevede infatti che "La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore con anzianità superiore ai 10 anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai 20 anni, se dipendenti dal datore di lavoro che occupino più di 15 lavoratori".

Ritengono invece che la norma in commento integri soltanto il disposto dell'art. 8, comma 1, l. 604/1966 G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro"*, cit. p. 245 s. e M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 11.

³⁹ Secondo altra opinione, invece, la norma in commento sarebbe destinata ad integrare solo il disposto dell'art. 8, primo periodo, l. 604/1966, con la conseguenza che nulla cambierebbe per il caso di elevata anzianità del lavoratore (ai sensi dell'art. 8, secondo periodo, l. 604/1966) caso per il quale l'unico criterio di modulazione era e rimane appunto l'anzianità del lavoratore. Così M.V. BALLESTRERO, *Perturbazione in arrivo*, cit., p. 10.

criterio più innovativo⁴⁰ è costituito dalla "situazione del mercato del lavoro locale", che potrà dar luogo ad una maggiorazione del risarcimento in considerazione delle difficoltà per il lavoratore a trovare nuova occupazione nel contesto di riferimento.

Altri parametri, poi, possono essere individuati dai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e dai contratti individuali certificati. Si deve ritenere, comunque, che tali ulteriori criteri in base ai quali commisurare il risarcimento debbano essere in linea con la *ratio* della norma e dunque dare rilievo alle difficoltà economiche e di vita del lavoratore che ha perso il proprio posto di lavoro.

5. Limiti al sindacato del giudice e certificazione.

Per concludere – e corroborare così ulteriormente la tesi fin qui sostenuta secondo la quale l'art. 30, l. 183/2010 non ha circoscritto il sindacato del giudice sulle prerogative del datore di lavoro – qualche minimale osservazione deve essere dedicata ai limiti del controllo giudiziale sul contratto certificato ai sensi del titolo VIII del D.Lgs. 276/2003, si tratti di certificazione inerente alla qualificazione del contratto o di singole clausole in esso contenute.

Con riferimento alla certificazione l'art. 30, comma 2, l. 183/2010 prevede 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 di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, 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 norma non introduce alcuna novità in tema di effetti della certificazione nè limiti ulteriori al sindacato del giudice⁴¹; al contrario, si limita a ribadire che l'atto di certificazione non è incontrovertibile e che la qualificazione è prerogativa del giudice e non può essergli sottratta.

Com'è noto la certificazione è un atto amministrativo tramite il quale la qualificazione del contratto⁴² è dotata di forza imperativa,

⁴⁰ Gli altri criteri sono già previsti, almeno in parte, dall'art. 8, l. 604/1966, che fa riferimento "al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore, al comportamento e alle condizioni delle parti".

⁴¹ L'unica novità contemplata dalla norma è l'estensione della certificazione a "tutti i contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro" (art. 75, comma 1, D.Lgs. 276/2003, come riformulato dall'art. 30, comma 4 della norma in commento). Ma per il contratto di appalto già l'art. 84 D.Lgs. 276/2003.

⁴² Si è discusso sul momento in cui può intervenire la certificazione, se solo in fase di conclusione del contratto o anche in un momento successivo, quando ne sia già iniziata l'esecuzione.

imponendosi alle parti e ai terzi nella cui sfera giuridica il contratto è destinato a produrre effetti (enti previdenziali, fiscali, organi ispettivi).

Tale atto, tuttavia, è dotato per legge di stabilità solo relativa, nel senso che la qualificazione operata in sede di certificazione è destinata ad essere superata⁴³ dalla pronuncia di merito (cfr. art. 79 D.Lgs. 276/2003) con la quale il giudice sussuma il contratto in una diversa fattispecie, vuoi per erronea qualificazione del contratto operata in sede di certificazione⁴⁴, vuoi per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione⁴⁵ (oppure dichiara invalido il contratto per vizi del consenso) (cfr. art. 80 D.Lgs. 276/2003).

La norma in commento si limita a riconfermare la stabilità solo relativa dell'atto di certificazione, ribadendo che l'ultima parola in tema di qualificazione spetta sempre e comunque al giudice. La qualificazione è, infatti, una competenza del giudice che non può essergli sottratta, pena la violazione degli artt. 24 e 102 Cost.

Per la verità l'art. 30, comma 2, l. 183/2010 contiene ora anche un riferimento all'interpretazione delle clausole contrattuali, disponendo che *"nell'interpretazione delle (...) clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti espresse in sede di certificazione"*.

Anche per questo aspetto, tuttavia, la norma non è innovativa, ma si limita a ribadire quanto già previsto in generale in tema di interpretazione del contratto⁴⁶ dall'art. 1362 c.c. ai sensi del quale

L'art. 31, comma 17, l. 183/2010 aggiunge ora un comma all'art. 76 D.Lgs. 276/2003 specificando che *"Gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede. In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita"*.

Sembra così essere risolto il problema che aveva diviso la dottrina circa la possibilità di certificare un contratto non al momento della sua stipulazione bensì in un momento successivo. In verità, considerando che le commissioni di certificazione non sono dotate di poteri istruttori né dispongono delle risorse per effettuare indagini o assumere prove in ordine al concreto svolgimento del rapporto di lavoro, non si capisce in che modo possano in concreto accertare come il contratto abbia avuto esecuzione.

⁴³ Gli effetti della pronuncia giudiziale che qualifica diversamente il negozio retroagiscono al momento della sua conclusione in caso di erronea qualificazione oppure al momento in cui ha avuto inizio la difformità nel caso di discrasia fra il programma contrattuale e ciò che è stato concretamente posto in essere dalle parti (art. 80, comma 2, D.Lgs. 276/2003).

⁴⁴ Hanno riqualificato il contratto – certificato come di lavoro a progetto – sulla scorta di una erronea qualificazione ad opera della commissione di certificazione Trib. Bergamo, 29 maggio 2010 e Trib. Bergamo 12 ottobre 2010, entrambe in http://www.cgil.bg.it/ufficio_vertenze/vertenze.htm.

⁴⁵ È questa l'ipotesi più ricorrente.

⁴⁶ Dello stesso avviso L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 8 s.

"nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti"⁴⁷ (comma 1) e "per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo" (comma 2) .

Certo nel "comportamento complessivo" va incluso anche quello tenuto dalle parti in sede di certificazione. Diventa allora essenziale che le commissioni di certificazione predispongano verbali dettagliati da cui risulti una descrizione specifica del comportamento delle parti.

⁴⁷ Così V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato*, cit., p. 150.