



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Valerio Speciale

La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183)

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 118/2011



© Valerio Speciale 2011
Facoltà di Economia – Università di Chieti-Pescara
valeriospeziale@libero.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

La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183) *

**Valerio Speciale
Università degli Studi di Chieti-Pescara**

1. L'oggetto dell'indagine	2
2. Le finalità della riforma	2
3. Le nuove funzioni della certificazione e la «debolezza contrattuale» del lavoratore.....	7
4. La certificazione e la derogabilità assistita.....	10
5. L'arbitrato	16
6. L'arbitrato e le norme inderogabili.....	19
7. L'impugnazione dell'arbitrato	27
8. L'arbitrato e l'equità.....	28
9. La clausola compromissoria	35

* Il presente saggio verrà pubblicato sul n. 1/2011 della Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale.

1. L'oggetto dell'indagine

Dopo un lungo e controverso iter parlamentare, che ha imposto sette diverse letture ed un rinvio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica, il «Collegato lavoro» è stato approvato definitivamente. La legge, composta da 50 articoli e che si occupa di materie molto eterogenee, introduce importanti riforme in materia di Diritto del lavoro¹. Dopo alcune considerazioni sulle finalità della riforma, mi occuperò, tra le innovazioni, solo della certificazione e dell'arbitrato. L'analisi, peraltro, riguarderà soltanto alcuni aspetti di questi istituti. Mi soffermerò sulle nuove funzioni della certificazione ed in particolare sulla possibilità che sia stata introdotta una nuova forma di derogabilità assistita, nell'ambito del problema più generale della «debolezza contrattuale» del lavoratore. Per quanto riguarda l'arbitrato, dopo aver analizzato alcune caratteristiche generali ed i profondi cambiamenti introdotti, concentrerò l'attenzione sulla clausola compromissoria e sul rapporto tra arbitrato irrituale in materia di lavoro e norme inderogabili. Analizzerò anche i profili connessi all'equità ed ai mezzi di impugnazione del lodo dinanzi al Tribunale.

Non esaminerò il lavoro pubblico ed altre questioni molto importanti che riguardano le materie trattate (come ad esempio la modificazione del regime di efficacia della certificazione o delle regole procedurali dell'arbitrato). E questo non solo per ragioni di spazio. Mi sembra, infatti, che i temi che prendo in considerazione sono tra quelli più importanti e pongono delicati problemi interpretativi che condizioneranno l'applicazione ed anche il successo della riforma in relazione agli istituti studiati.

2. Le finalità della riforma

«Liberare il lavoro dal peso della cattiva regolazione. Da un formalismo giuridico esasperato. Causa ed effetto di un contenzioso abnorme...»², che non dipende dalle regole del processo del lavoro ma «dalle norme di diritto sostanziale – incentrate sull'asse "norma inderogabile - giudice" e (dalla) cultura conflittuale e antagonista che la pervade»³. E' opportuno, quindi, lasciare spazio a conciliazione ed arbitrato, che dovrebbero garantire «maggiore tempestività ed effettività

¹ Ho già esaminato gli istituti analizzati in questo lavoro nel corso di approvazione della riforma. Mi permetto di rinviare a V. Speciale, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel «collegato lavoro»*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, p. 139 ss.

² M. Tiraboschi, *Premessa*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Il Sole 24 Ore S.p.A., Milano, 2010, p. XIII.

³ M. Tiraboschi, *Giustizia del lavoro: la riforma nel Collegato*, in *I Supplementi di Guida al Lavoro – Collegato lavoro*, Il Sole 24 Ore S.p.A., Milano, 2010, p. 9.

della giustizia del lavoro», in una «prospettiva di arretramento dello Stato dalle questioni dal lavoro per lasciare spazio, in una ottica sussidiaria e partecipativa, alle libere dinamiche della contrattazione collettiva e del bilateralismo e, laddove adeguatamente sostenuta, anche alla stessa contrattazione individuale tra lavoratore e datore di lavoro»⁴.

Le parole di uno dei principali consulenti del Ministro del lavoro, che ha sicuramente contribuito in modo determinante alla ideazione e realizzazione della riforma, sono illuminanti per comprendere le finalità perseguite. Il problema della giustizia del lavoro non dipende dunque dalla insufficienza degli organici dei giudici e del personale amministrativo e dalla mancanza di mezzi e strutture. Né essa impone investimenti economici più rilevanti o la previsione di riti speciali alternativi, che possano, ad esempio, fornire canali preferenziali a controversie di particolare rilievo (come quelle in materia di licenziamenti). Il vero problema è nella norma inderogabile e nei diritti da essa riconosciuti. E, quindi, la deflazione del contenzioso deve essere perseguita per mezzo della...riduzione dei diritti. Questi, tuttavia, non vengono formalmente eliminati. Si preferisce invece seguire una duplice strategia. Introdurre, tramite la volontà assistita, la possibilità di modificare il contratto di lavoro (soprattutto al momento della stipulazione) con la deroga di quanto previsto dalla legge o dai contratti collettivi. Prevedere un arbitrato fondato sull'equità che, almeno nelle intenzioni, non deve essere impugnabile per violazione di norme inderogabili.

Questa linea di politica del diritto è, dal mio punto di vista, censurabile per una molteplicità di ragioni. Ma non è questo il punto. Se si vuole ridurre il peso delle norme inderogabili non è possibile realizzare questo obiettivo in modo indiretto con «l'aggiramento» delle tutele normative sostanziali. Una maggiore flessibilità del Diritto del lavoro deve essere perseguita in modo trasparente, aprendosi ad un dibattito pubblico con tutte le forze politiche e sociali e non cercando vie surrettizie di deregolazione del sistema. Questa critica è stata espressa in modo chiaro dal Presidente della Repubblica, che ha sottolineato come questo «intendimento riformatore... deve essere esplicitato e precisato, non potendo essere semplicemente presupposto» e realizzato con «una discutibile linea di intervento legislativo, basato sugli istituti processuali piuttosto e prima di quelli sostanziali»⁵.

⁴ M. Tiraboschi, *op. ult. cit.*, p. 8.

⁵ *Messaggio del Presidente della Repubblica*, p. 4 con il quale, il 31 marzo 2010, è stata sollecitata una nuova deliberazione della camera sul d.d.l. AS 1167 – B. Il Messaggio è reperibile sul sito della Presidenza (<http://www.quirinale.it>). Le citazioni del Messaggio contenute nel testo si riferiscono a questo documento. Critiche analoghe a quelle da me espresse anche in M.T. Carinci, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del*

D'altra parte, le vicende relative all'articolo 18 dello statuto dei lavoratori sono emblematiche e rivelatrici di queste finalità «surrettizie». Il testo originario conteneva una disposizione che poteva essere interpretata come una riforma del regime degli effetti del licenziamento illegittimo anche nell'area della stabilità reale. Solo in un secondo momento si è precisato che essa era riferita esclusivamente ai recessi disciplinati dall'art. 8 della legge 604/1966 (articolo 30, comma 3). Inoltre, sempre nelle precedenti formulazioni contenute nel disegno di legge, l'arbitrato con clausola compromissoria poteva essere riferito anche ai licenziamenti individuali e collettivi. Tuttavia, la forte opposizione della Cgil ed un'intensa campagna mediatica hanno portato alla «Dichiarazione comune» con la quale alcune organizzazioni sindacali, su sollecitazione del Governo, hanno sottoscritto un accordo interconfederale che esclude dalla materia arbitrale le controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro, con un principio poi formalizzato nella legge (articolo 31, comma 10, l. 183/2010). In questo contesto si afferma che la modifica è stata introdotta «per evitare ogni rischio di strumentalizzazione (anche riguardo alle critiche di possibile "aggiramento" della tutela reale contro i licenziamenti)»⁶, con una valutazione quantomeno singolare. Se si voleva evitare ogni strumentalizzazione sarebbe stato sufficiente specificare fin dall'inizio che la clausola compromissoria non si riferiva al recesso, mentre, nonostante le varie letture parlamentari, questa previsione non è stata mai inserita, fino a quando non vi è stata una forte opposizione da parte del mondo sindacale e politico.

La volontà di riformare il Diritto del lavoro in via indiretta aggirando l'ostacolo delle norme inderogabili spiega alcuni aspetti della riforma che sono altrimenti incoerenti. Se si voleva deflazionare il contenzioso, non si comprende perché il tentativo di conciliazione obbligatorio, che aveva questa specifica funzione, è eliminato e, oltre a diventare facoltativo, viene addirittura ulteriormente «scoraggiato». Vi è, innanzitutto, la previsione di un contenuto assai dettagliato della richiesta, che è molto simile ad un vero e proprio ricorso introduttivo in sede giurisdizionale. Questo impone soprattutto al lavoratore, che in genere promuove la controversia, di svelare le proprie strategie difensive,

*giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010, in WP Csdle «Massimo D'Antona».IT, 114/2011, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm#2011, p. 3; A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, in *Dir. lav. merc.*, 2/2010 (dattiloscritto), p. 3.*

⁶ G. Proia, M. Tiraboschi, *La legge 183 del 2010: una proposta interpretativa*, in G. Proia, M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, p. XXIII.

con evidente vantaggio per l'altra parte. Inoltre si attribuisce al giudice la possibilità di dare valore al comportamento tenuto dalle parti nel corso del tentativo non andato a buon fine. Pertanto, il datore di lavoro e il lavoratore avranno il timore di conciliare la controversia in assoluta libertà, pensando che una proposta transattiva (magari fatta solo per mettere in difficoltà l'altra parte ed ottenere il rifiuto) possa vincolarli anche nel giudizio successivo⁷. Si è obiettato che dinanzi alla Direzione provinciale del lavoro venivano trattate, nei 60 giorni previsti dalla legge, soltanto un esiguo numero di controversie, di cui soltanto poco più della metà venivano conciliate. Pertanto, il tentativo di conciliazione era diventato uno strumento di ulteriore dilazione dei tempi del contenzioso e presso le DPL non si faceva altro che ratificare accordi conciliativi già intervenuti altrove con l'intervento dei rispettivi avvocati⁸.

In primo luogo, non si capisce perché la conciliazione anche di un numero limitato di controversie non è di per sé un fatto positivo, nell'ottica di una reale volontà di deflazione del contenzioso. D'altra parte, l'esperienza professionale dimostrava l'esatto contrario. Soprattutto quando erano in gioco soltanto valori economici, l'obbligo di dover comparire personalmente dinanzi ad un soggetto terzo per un'eventuale conciliazione imponeva agli avvocati (anche a quelli non particolarmente desiderosi di trovare una transazione) di spiegare vantaggi e svantaggi di un'eventuale controversia e le convenienze di un possibile accordo, svolgendo un'utile funzione che spesso sfociava nella soluzione conciliativa. E lo stesso "disagio" della presenza personale delle parti, imposta da molte DPL, era un importante stimolo a riesaminare la questione per verificare se vi era spazio per la transazione. Non si comprende poi per quale ragione si è deciso di enfatizzare il tentativo di conciliazione dinanzi al Giudice, riformando l'art. 420 cpc: se si trattava di una questione secondaria non si vede perché si debba aggravare il magistrato di un obbligo di formulare personalmente una proposta conciliativa, con un'attività che avrebbe potuto essere svolta prima e senza il suo coinvolgimento (e magari evitando l'insorgenza della lite!). In verità, quando non vi è la volontà surrettizia di aggirare le tutele sostanziali, il legislatore si è mosso in modo del tutto diverso. Nel processo civile, caratterizzato da una mole di ricorsi assai superiore a quella della cause di lavoro e dove si vuole effettivamente deflazionare il

⁷ In tal senso anche E. Ghera, L. Valente, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 868.

⁸ A. Corvino, M. Tiraboschi, *La conciliazione in materia di lavoro e la conciliazione obbligatoria dei contratti certificati*, in *Collegato lavoro...*, cit., p. 21; Id., *La nuova conciliazione*, in *La riforma dei rapporti...*, cit., p. 98; A. Vallebona, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *Mass. Giur.lav.*, 2010, p. 906.

contenzioso, per tutta una serie di controversie anche molto importanti si è introdotta la mediazione obbligatoria (d.lgs 4 marzo 2010 n. 28), che è stata incentivata anche con la previsione di particolari clausole di riservatezza⁹. Questa innovazione poteva essere confermata anche nell'ambito lavoristico, magari favorendo la conciliazione obbligatoria con incentivi fiscali o di altro genere¹⁰.

La strumentalità della riforma, d'altra parte, risulta anche da altre disposizioni in essa contenute. L'imposizione di un termine di decadenza generalizzato molto stretto per impugnare tutta una serie di atti imprenditoriali, con la previsione aggiuntiva di un ulteriore periodo temporale entro il quale attivare necessariamente il ricorso al giudice, può avere effetti contrari alla volontà di deflazionare il contenzioso. Molte controversie, che in passato non si sarebbero attivate (perché una valutazione più approfondita della situazione avrebbe sconsigliato il ricorso al giudice), saranno ora sempre proposte, perché i tempi ristretti consigliano di agire in ogni caso per non perdere il potere di tutela giudiziaria¹¹. E se si trattava di evitare che, dopo l'impugnazione, il lavoratore dilazionasse eccessivamente l'instaurazione del giudizio (potendo così arrecare al datore di lavoro, in caso di esito positivo, un danno ingiusto), il problema poteva essere risolto eliminando o riducendo le conseguenze risarcitorie derivanti dall'atto illegittimo in relazione al tempo tra impugnazione stragiudiziale e ricorso dinanzi al giudice¹². Inoltre, la deflazione del contenzioso viene effettuata anche in termini regressivi. Si pensi ai lavoratori precari che, nella speranza di ottenere un rinnovo dei contratti già esauriti, non eserciteranno il diritto di impugnazione nei 60 giorni dalla loro scadenza, per il timore di non avere altre possibilità occupazionali. O all'intervento diretto a ridurre gli effetti

⁹ In questo caso, proprio per consentire il successo della mediazione, si è previsto che le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nella fase di conciliazione non sono utilizzabili nel corso del giudizio, né possono formare oggetto di prove (art. 10). La finalità è quella di impedire... proprio quello che la riforma ha reso possibile nel processo del lavoro (evitare che le proposte conciliative vincolino le parti nel giudizio)!

¹⁰ Così anche A. Vallebona, *op. ult. cit.*, in relazione alla conciliazione in sede amministrativa, anche se l'autore è favorevole alla abolizione della obbligatorietà del tentativo.

¹¹ Tutte le agenzie di stampa ed i mezzi di comunicazione riportano delle migliaia di impugnazioni effettuate prima del 23 gennaio 2011, data di scadenza dei 60 giorni previsti dall'art. 32 della l. 183/2010, a cui seguiranno una parte assai elevata di controversie giudiziarie. Per tale ragione, in sede di approvazione della legge "Milleproroghe" in Senato, il termine è stato esteso alla fine di dicembre del 2011 (con conseguente possibile ampliamento delle vertenze che saranno portate in giudizio).

¹² Ad esempio, si poteva prevedere che soltanto nel caso di attivazione del giudizio entro 12 mesi si aveva diritto al risarcimento integrale. Mentre, dopo tale data, il danno riconosciuto dalla sentenza veniva proporzionalmente ridotto o eliminato.

derivanti dalla conversione dei contratti a termine, con una disposizione che è stata già inviata alla Corte Costituzionale per una valutazione sulla sua legittimità¹³.

Gli esempi potrebbero continuare. Si è detto che, nell'accostarsi alla nuova legge, «l'attività dell'interprete deve essere "leale", nel senso che il significato attribuito alla norma deve tenere conto dell'effettiva intenzione del legislatore (e non mirare, come a volte avviene, a stravolgerla per poterla più facilmente criticare)»¹⁴. Chi scrive ha sempre cercato di seguire questo obiettivo di «lealtà», anche per evitare un'indebita sovrapposizione tra «precomprensioni» ideologiche ed analisi tecnica o quanto meno per giustificare le prime alla luce dell'applicazione di rigorose regole di interpretazione. E' indiscutibile, peraltro, che gli intenti «nobili» descritti in apertura del paragrafo sono difficilmente conciliabili con le contraddizioni e le finalità effettivamente perseguite dalla riforma, i cui contenuti, non a caso, sono stati fortemente censurati anche dall'intervento autorevole del Presidente della Repubblica.

3. Le nuove funzioni della certificazione e la «debolezza contrattuale» del lavoratore

La certificazione, come è noto, ha avuto una pratica limitata¹⁵. Essa, infatti, da un lato non riesce a consolidare la qualificazione dei contratti di lavoro (in quanto può sempre essere rimessa in discussione dal giudice ordinario e da quello amministrativo per una pluralità di vizi e di ragioni) e dall'altro non dà ingresso alla «derogabilità assistita» che l'avrebbe resa particolarmente conveniente. Prima di analizzare quest'ultimo aspetto, va sottolineato che la riforma si propone di rivitalizzare l'istituto con l'ampliamento delle sue funzioni, non più limitate alla qualificazione dei contratti o all'assistenza alle parti per la determinazione del suo contenuto. La certificazione, infatti, oltre alle attività già svolte in passato:

- può essere la sede per il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 cpc;

¹³ Cfr. Cass. (ord. interlocutoria) 28 gennaio 2011, n. 2112.

¹⁴ G. Proia, M. Tiraboschi, *La legge 183 del 2010...*, cit., p. XXIV.

¹⁵ Cfr. le osservazioni di L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 102/2010, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm#2010, p. 17, a cui si rinvia per indicazioni sulla (scarsa) diffusione di questo istituto. Conf. anche A. Corvino, M. Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione: nuovi ambiti di operatività e «tenuta» giudiziaria*, in *Collegato lavoro...*, cit., p. 4 (che sottolineano, peraltro, la felice esperienza dell'Università di Modena e Reggio Emilia con oltre 7000 istanze di certificazione pervenute).

- è in grado di attribuire piena legittimità alle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo contenute nel contratto individuale o alla clausola compromissoria che apre la strada all'arbitrato irrituale su base equitativa;
- può definire, nel contratto individuale certificato, "elementi e parametri" che consentano di quantificare gli effetti risarcitori connessi all'art. 8 della legge n. 604/1966;
- è abilitata ad istituire camere per arbitrati irrituali sia nel lavoro pubblico che nel lavoro privato.

Il rilancio dell'istituto nascerebbe anche dalla volontà di ridurre le incertezze che derivano dalla erronea formulazione dei contratti, sia per quanto riguarda la qualificazione giuridica che il suo contenuto. In questo contesto la certificazione dovrebbe essere finalizzata a garantire la «genuina manifestazione della volontà delle parti» e sarebbe ispirata «alla regola dello "stare ai patti", che è poi il vero argine contro la deriva conflittuale permanente»¹⁶, con possibilità, quindi, di ridurre il ricorso alla tutela giurisdizionale.

Per confutare queste affermazioni è sufficiente richiamare le parole del Presidente della Repubblica: «la fase costitutiva del rapporto é...il momento nel quale massima è la condizione di debolezza della parte che offre la prestazione di lavoro». In questo contesto, l'assistenza dell'organo di certificazione non è sufficiente a garantire la «effettiva» genuinità della volontà del lavoratore. I certificatori, infatti, «non potrebbero che prendere atto della volontà dichiarata del lavoratore, una volta che sia stata confermata in una fase che è pur sempre costitutiva del rapporto e nella quale permane un'ovvia condizione di debolezza»¹⁷. Queste essenziali parole del Presidente sottolineano in primo luogo che la «debolezza contrattuale» è ancora un carattere costitutivo del rapporto di lavoro, in contrasto con quelle opinioni che, al contrario, sottolineano la presunta piena riconquista, da parte del lavoratore, della sua capacità negoziale¹⁸. Senza dimenticare le condizioni generali dell'economia

¹⁶ M. Tiraboschi, *Giustizia del lavoro...*, cit., p. 9; conf. A. Corvino, M. Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione...*, p. 13; F. Pasquini, M. Tiraboschi, *I nuovi spazi della certificazione: efficacia e tenuta giudiziaria*, in *La riforma dei rapporti...*, cit., p. 44.

¹⁷ *Messaggio del Presidente della Repubblica...*, cit., p. 3.

¹⁸ Ho già analizzato il problema della «debolezza contrattuale» (V. Speziale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 143 ss.). Su tali aspetti v., di recente, P. Ichino, *Cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l'imprenditore. Le nuove frontiere delle politiche del lavoro nell'era della globalizzazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 453 – 454 (che nega l'esistenza di squilibri contrattuali, a conferma di quanto già espresso in *Il lavoro ed il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, p. 58 ss.); S. Liebman, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, secondo il quale «l'asimmetria di potere negoziale dei contraente...resta

italiana, caratterizzata da un alto tasso di disoccupazione (che in alcune parti del paese è a due cifre e per i giovani tra i 15 e 24 anni ha raggiunto il 29%), da un tasso di attività ridotto, un persistente squilibrio tra domanda ed offerta di lavoro, salari mediamente non elevati, ampie fasce di lavoro precario ed irregolare ed impoverimento dei ceti medi. Elementi, questi, che sono certamente tali da accentuare il ridotto potere contrattuale del lavoratore perché enfatizzano la sua «dipendenza economica» dal lavoro in un mercato fortemente concorrenziale «al ribasso» e dove l'occupazione è un bene raro e prezioso¹⁹. Tra l'altro, la protezione del contraente debole con norme inderogabili e nullità «di protezione» (o tecniche diverse) è ormai una caratteristica anche nel Diritto civile quando vi sono soggetti privi di reale capacità contrattuale per ragioni economiche (come nel caso dei consumatori)²⁰. E' quindi paradossale ritenere che nel rapporto di lavoro - in presenza delle condizioni di mercato sopradescritte e della «supremazia» giuridica riconosciuta al datore di lavoro - si possa affermare che il lavoratore ormai è una parte dotata di piena libertà contrattuale.

Il Presidente della Repubblica, inoltre, rileva quello che è a tutti noto. Con l'assistenza di un soggetto terzo (organo di certificazione, sindacato ecc.) il lavoratore potrebbe ottenere la rimozione delle asimmetrie informative, che impediscono una genuina espressione del suo consenso, ed eliminare o ridurre la sua posizione di soggezione nei confronti del datore di lavoro (dotato della maggiore autorità derivante dalla forza economica di cui dispone)²¹. In sostanza egli potrebbe

ovviamente alla base della legislazione speciale di tutela» ed anche le più recenti riforme sono finalizzate a ristabilire «un equilibrio negoziale minacciato» (p. 585); M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 414 ss.; R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007, pp. 208 ss. In senso critico sul concetto di «contraente debole» v. L. Castelvetro, *Libertà contrattuale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 20 ss.

¹⁹ Fanno eccezione i lavoratori in possesso di competenze professionali molto qualificate e scarsamente fungibili, che sono ovviamente una minoranza.

²⁰ V., su tali aspetti, S. Liebman, *Prestazione di attività produttiva...*, cit., p. 575 ss.; M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., p. 423 ss.; R. Voza, *L'autonomia individuale...*, cit., p. 205 ss.; A. Barba, *Opinioni sul «Collegato lavoro»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 28 ss. (bozze).

²¹ Cfr., tra gli altri, C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 388 ss.; R. Voza, *L'autonomia individuale...*, cit., pp. 74 ss., 201 ss.; E. Gragnoli, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 102 ss.; A. Barba, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 36 (in relazione all'assistenza nella sottoscrizione della clausola compromissoria); M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., p. 416 ss. In senso parzialmente diverso C. Faleri, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 134 ss. (pur nella consapevolezza che, per molti lavoratori, l'assistenza non restituisce la libertà contrattuale: p. 137). A questi autori si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche anche di opinioni contrarie alla tesi espressa nel testo.

acquisire una più consapevole capacità di agire. Tuttavia, la sua scelta non sarebbe mai «libera» ma dettata dalla pura logica dei rapporti di forza. E proprio queste condizioni spiegano perché si sia detto che «la generalizzazione del modello della volontà assistita ha un senso solo ove si ritenga superato il presupposto sociologico del lavoratore contraente debole»²². Un presupposto che, al contrario, è ancora parte integrante del nostro sistema, se non addirittura più accentuato che in passato.

Questa situazione di «svuotamento» del potere negoziale rimane immutata, o si attenua soltanto senza peraltro sparire, quando l'assistenza è effettuata nel corso del rapporto di lavoro, come si vedrà in relazione alla stipula della clausola compromissoria dinanzi alla Commissione di certificazione (v. *infra* § 9). D'altra parte nessuna assimilazione è possibile con le conciliazioni di cui all'art. 2113, ultimo comma, c.c. Disporre di un diritto già acquisito al proprio patrimonio giuridico quando il rapporto di lavoro è cessato o in corso è cosa ben diversa dal rinunciare ai diritti futuri per un contratto ancora da eseguire. In questo secondo caso, infatti, l'assistenza qualificata non può svolgere nessuna funzione di parziale riequilibrio negoziale come nel caso della transazione assistita, dove in verità c'è soltanto un ausilio ad un esercizio più consapevole del potere abdicativo. Qui, al contrario, è in gioco la stessa possibilità di una futura occupazione, con i diritti fondamentali ad essa connessi e l'assistenza di un terzo, per le ragioni già spiegate, può fare ben poco.

In questo ambito, quando gli accordi sono frutto della mancanza o di una sostanziale limitazione della libertà contrattuale del lavoratore assente, è difficile parlare della «regola dello "stare ai patti"» come fondamento della riduzione del contenzioso. In questo caso la deflazione dei giudizi, se si dovesse verificare, sarebbe semplicemente il frutto dell'imposizione della volontà negoziale del datore di lavoro e non l'espressione di una maggiore aderenza al genuino consenso di entrambi i contraenti.

4. La certificazione e la derogabilità assistita

La riforma, nel modificare la disciplina della certificazione, pone il problema se è stata introdotta una forma di «derogabilità assistita». L'autore che per primo ha proposto l'introduzione di questo istituto, ha espresso un'opinione positiva²³, con una tesi confermata da altri

²² M. Novella, *op. ult. cit.*, p. 417.

²³ A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 902 per quanto attiene ai casi previsti dall'art. 30, comma 3 e 31, comma 10, ma non in relazione al comma 2 dell'art. 30, esaminato nel testo.

commentatori²⁴. La soluzione affermativa potrebbe trovare conforto nella interpretazione dell'art. 30, comma 2, della legge, secondo il quale «nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro...». Infatti, l'inciso «nell'interpretazione delle relative clausole» potrebbe essere letto nel senso che il riferimento non è alle clausole connesse ad individuare la tipologia del rapporto di lavoro, ma a quelle in generale relative anche al contenuto del contratto. Inoltre, anche l'assistenza e consulenza nelle tipizzazioni di giusta causa e/o giustificato motivo potrebbe essere considerata come una forma di derogabilità assistita, nella misura in cui i contraenti pattuiscono nozioni meno vincolanti di quelle legali, che rendono più semplice il licenziamento²⁵. La clausola compromissoria arbitrale certificata, di cui si parlerà in seguito (v. § 9), potrebbe costituire un'altra forma di certificazione «in deroga».

Tra l'altro, l'art. 79, primo comma, del d.lgs. 276/2003 (rimasto immutato), se letto insieme alla nuova definizione dell'art. 75 del decreto legislativo (dove non si lega la certificazione alla sola qualificazione del contratto), potrebbe far ritenere che gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione riguardano non soltanto la definizione della tipologia negoziale ma anche il contenuto di tutte le clausole del contratto a cui sembra riferirsi il comma 2 dell'art. 30. In questo modo, si avrebbe un effetto paradossale: mentre la qualificazione effettuata in sede di certificazione potrebbe essere contestata dinanzi al giudice in base ai tre vizi tradizionali (errore, vizi del consenso, difformità tra programma negoziale e sua attuazione), il magistrato sarebbe vincolato alle valutazioni delle parti in relazione all'oggetto del contratto che non potrebbero così più essere rimesso in discussione²⁶. La volontà di

²⁴ L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti...*, cit., p. 18 ss.

²⁵ In questo caso, peraltro, la formulazione letterale del comma 3 permetterebbe anche un'altra interpretazione: la legge, in sede di certificazione, consente alle parti di «tipizzare e personalizzare» i contenuti della giusta causa e del giustificato motivo senza peraltro autorizzare la deroga peggiorativa delle nozioni legali, ma solo quella migliorativa (tesi, questa sostenuta da A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 901 e da M.T. Carinci, *Clausole generali...*, cit., p. 14). Il carattere non vincolante delle tipizzazioni di licenziamento certificate, basato sul fatto che il giudice «tiene conto» delle causali, è confermato da M. Tiraboschi, *Giustizia del lavoro...*, cit., p. 11; Id., *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice*, in *La riforma dei rapporti...*, cit., p. 36; G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., pp. 48 – 49; A. Corvino, M. Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione...*, cit., p. 14 ss.; E. Ghera, L. Valente, *Un primo commento...*, cit., p. 867; L. Nogler, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 9; L. de Angelis, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 14.

²⁶ In tal senso: G. Falasca, *Potenziata la certificazione dei contratti di lavoro*, in *I Supplementi...*, cit., p. 16; F. Natalini, *Le novità del Collegato lavoro in tema di Certificazione*, ivi, p. 19; M. Tiraboschi, *Clausole generali...*, cit., pp. 35 – 36; A. Corvino, M.

introdurre la derogabilità assistita potrebbe trovare conferma nella linea di politica del diritto, già criticata, che vede nel contratto certificato un mezzo per «blindarne» il contenuto e per sottrarlo alla impugnazione, con evidenti effetti di deflazione del contenzioso²⁷.

Ho già espresso le mie critiche alla derogabilità assistita²⁸. In primo luogo, come si è detto nel precedente paragrafo, nessun accostamento è possibile con l'art. 2113, ultimo comma, c.c., perché è la stessa «qualità» dell'assistenza sindacale ad essere diversa e a non restituire libertà negoziale al lavoratore. D'altra parte, anche la funzione dell'ultimo comma della disposizione sulle rinunce e transazioni è completamente differente. Questa norma, che non a caso si riferisce ad atti abdicativi o negozi transattivi ed opera soltanto in relazione al singolo lavoratore, riguarda la disposizione di diritti derivanti da norme inderogabili. Al contrario, qui si prevede un meccanismo che consente alla parte «assistita» di trasformare la norma imperativa in disposizione derogabile, venendo ad incidere sulla stessa funzione regolativa dell'inderogabilità, che, per la tutela di interessi pubblici o superindividuali, esclude la contraria volontà delle parti. In questo caso, dunque, non si dispone dei propri diritti individuali ma si «depotenzia» una qualificazione normativa effettuata dalla legge o dall'autonomia collettiva per fini generali o a tutela del gruppo professionale e non riconducibile esclusivamente alla sfera individuale del singolo come nel caso dell'art. 2113, u.c.. L'accostamento con questa norma, quindi, è del tutto arbitrario e pretende di confondere il piano dell'inderogabilità con quello della indisponibilità (seppur relativa) regolata da quest'ultima disposizione²⁹. La flessibilizzazione della norma inderogabile non può

Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione...*, cit., pp. 13 – 14. La non impugnabilità delle valutazioni delle parti è stata contestata da M. Tatarelli, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 877, il quale ritiene che, se così fosse, la disposizione sarebbe in contrasto con gli artt. 24 e 101 Cost. Tuttavia, se si trattasse di una forma di derogabilità assistita in grado di produrre gli stessi effetti dell'art. 2113, u.c., c.c. la non impugnabilità potrebbe essere probabilmente superata.

²⁷ Nessuno degli autori citati nella nota precedente parla di derogabilità assistita. Mi sembra, peraltro, che se la valutazione delle parti è vincolante per il giudice, si è in presenza di questo istituto.

²⁸ V. Speziale, *Certificazione: introduzione*, in P. Bellocchi, F. Lunardon, V. Speziale (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 144 ss.

²⁹ Su tali problematiche cfr. R. Voza, *L'autonomia individuale...*, cit., pp. 65 ss., 208 ss.; C. Cester, *La norma inderogabile...*, cit., pp. 387 ss. e 407 ss.; P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 433 ss., 441 ss., 451, 476; M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., pp. 415 ss., 246 ss., 320 ss., 345 ss.

essere rimessa alla volontà del lavoratore con l'ausilio di un soggetto terzo, ma deve essere effettuata dalla legge, o su delega della prima, dalla contrattazione collettiva in una logica di ponderazione delle varie istanze pubbliche o superindividuali coinvolte e nel bilanciamento degli interessi costituzionali e comunitari a protezione dell'impresa e del lavoro. Il che, tra l'altro, affiderebbe alla contrattazione tra le parti sociali la funzione di rimozione di un vincolo inderogabile alla luce di un interesse collettivo e non a sostegno della volontà di un singolo, evitando di trasformare le organizzazioni sindacali in mere «agenzie di servizio dell'individuo»³⁰.

A parte queste considerazioni, si tratta di capire se la riforma introdotta sia effettivamente tale da dare spazio alla derogabilità assistita e, in caso di risposta positiva, se essa sia compatibile con il nostro sistema giuridico. In relazione al primo aspetto va detto che, come si è visto, la formulazione dell'art. 30 consentirebbe di giungere a tali conclusioni, anche se essa conserva un certo margine di ambiguità. Infatti il periodo «nell'interpretazione delle relative clausole» potrebbe essere connesso alla «qualificazione del contratto» e riferirsi a quelle parti che incidono sull'individuazione del tipo negoziale e senza riguardare la regolazione del contenuto dell'accordo. Tuttavia, una vera e propria «rivoluzione» come quella sopra descritta, che consentirebbe di mutare il «codice genetico» del Diritto del lavoro con un nuovo istituto di carattere generale ed applicabile a tutte le materie del rapporto, non potrebbe fondarsi su una disposizione ambigua. E questo suggerisce di utilizzare le potenzialità polisemantiche della disposizione per interpretarla in modo restrittivo, escludendo quindi la funzione derogatoria³¹. Il tutto in applicazione del canone di interpretazione apagogico o "per assurdo", che «impone di scartare le interpretazioni assurde o irragionevoli, in sé considerate, oppure per le loro conseguenze sul diritto e/o sui fenomeni regolati»³².

³⁰ G. Casadio, *Introduzione*, in AA.VV., *Il «Libro bianco» del Ministero del lavoro*, in q. Riv., 2002, I, p. 145. Cfr. anche R. Voza, *op. ult. cit.*, p. 210.

³¹ Così anche L. de Angelis, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 13 ss. Id., *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in WP Csdle «Massimo D'Antona».IT, 111/2010, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm#2010, pp. 8 – 9; G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 46 ss.; S. Centofanti, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 31; M.T. Carinci, *Clausole generali...*, cit., pp. 19 – 20; L. Nogler, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 9; A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 902.

³² P. Chiassoni, *L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del «metodo tradizionale»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 559.

Ad ogni buon conto, se, al contrario, si giungesse ad esiti interpretativi opposti, la derogabilità assistita non sarebbe coerente con l'ordinamento giuridico in materia di lavoro. Un primo ostacolo è rappresentato dalla giurisprudenza costituzionale secondo la quale al legislatore non è consentito «negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento...»³³. In particolare, «non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere, direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione proprie del lavoro subordinato»³⁴. Questi principi, anche se criticabili³⁵, escludono la legittimità della derogabilità assistita anche in relazione al contenuto del contratto. Infatti, in questi casi la legge consentirebbe alle parti, «con la propria dichiarazione contrattuale», di disporre della disciplina inderogabile, realizzando proprio quel fine che la Corte Costituzionale intende vietare. Una regola che, secondo la Corte, sembra avere valenza generale (ed è quindi riferita anche alla inderogabilità garantita dalla legge o dalla contrattazione collettiva). In ogni caso, se «i principi, le garanzie e diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia... sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti...»³⁶, la regola sopra descritta vale sicuramente per tutti i diritti di origine costituzionale e comunitaria.

In questo contesto, la presenza dell'organo di certificazione non cambia i termini della questione. Infatti, la Corte Costituzionale sottolinea che, almeno per quanto attiene ai diritti scaturenti da fonti sovraordinate alla stessa legge ordinaria, si è in presenza di una sorta di «indisponibilità assoluta», vincolante anche per il legislatore. Un limite, questo, certamente non superabile con una assistenza qualificata. Tra l'altro l'art. 2113, comma 4, c.c. non consente di risolvere il problema. Perché è vero che in questi casi il lavoratore può, se coadiuvato da un terzo, rinunciare anche a diritti di fonte costituzionale. Tuttavia in queste ipotesi si dispone di posizioni soggettive di un singolo lavoratore e già appartenenti al suo patrimonio giuridico. Mentre nella derogabilità assistita si incide sul carattere imperativo previsto da fonti eteronome ed in rapporto a diritti e non ancora acquisiti. Senza dimenticare l'inidoneità dell'assistenza qualificata a restituire al lavoratore un effettivo potere negoziale quando

³³ Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, p. 2434.

³⁴ Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, *ivi*, 1994, I, p. 2657.

³⁵ Rinvio all'analisi da me effettuata (V. Speziale, *Certificazione:...*, cit., p. 193 ss.).

³⁶ Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, cit., p. 2657.

sono in gioco scelte giuridiche ed economiche che influenzano l'esistenza ed il contenuto del futuro rapporto di lavoro. Queste differenze, e quelle ulteriori già in precedenza delineate, impediscono qualsiasi assimilazione tra le due situazioni, a meno, ancora una volta, di voler indebitamente sovrapporre il piano della inderogabilità con quello della indisponibilità relativa dei diritti.

Un ulteriore ostacolo alla introduzione della derogabilità assistita è costituito dal «diritto vivente»³⁷ in tema di invalidità delle rinunzie relative ai diritti futuri³⁸. La giurisprudenza, infatti, inclusa la Corte Costituzionale, ha sancito la nullità assoluta - estranea alla disciplina dell'art. 2113 c.c - degli atti abdicativi o transattivi connessi a diritti non ancora entrati nella sfera giuridica del lavoratore³⁹. Questa giurisprudenza, tra l'altro, è sempre riferita ad ipotesi di rinunzie o transazioni effettuate in sede sindacale o dinanzi ad uffici pubblici a dimostrazione del fatto che l'assistenza qualificata non può consentire la disponibilità di... ciò che ancora non si possiede⁴⁰ ed a riprova che il sostegno esterno nella derogabilità assistita non ha la medesima funzione svolta nell'ambito dell'ultimo comma dell'art. 2113, in quanto non può minimamente incidere sullo squilibrio contrattuale tra le parti. Quest'orientamento giurisprudenziale conferma le osservazioni già svolte sulla impossibilità di assimilare la deroga a norma imperativa con l'atto dispositivo relativo a singoli diritti⁴¹. Se, dunque, l'art. 30, commi 2 e 3, della l. 183/2010 venisse interpretato quale espressione di derogabilità assistita, si sarebbe in presenza di un atto abdicativo consensuale relativo a diritti futuri sicuramente colpito da nullità perché in contrasto con i principi sopra indicati, che sono parte della «costituzione materiale» del lavoro. E questo avverrebbe non solo in rapporto a norme costituzionali o comunitarie ma anche per quanto attiene alle disposizioni inderogabili di legge e/o del contratto collettivo.

³⁷ M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., p. 359.

³⁸ La nullità di questi atti abdicativi è confermata da costante dottrina. Si rinvia a R. Voza, *L'autonomia individuale...*, cit., p. 52, a cui si rimanda (note 189 – 191) per le ulteriori indicazioni bibliografiche. Successivamente v. M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., pp. 293 ss., 334 ss., 341, 359 ss.; P. Tullini, *Indisponibilità...*, cit., pp. 441, 446.

³⁹ Corte Cost. 7 marzo 1974 n. 77, in www.cortecostituzionale.it, p. 1 (in relazione alla retribuzione); Cass. 18 aprile 1986, n. 2766; Cass. 8 luglio 1988, n. 4529; Cass. 13 marzo 1992, n. 3093; Cass. 14 dicembre 1998, n. 12548; Cass. 6 novembre 2001, n. 13834; Cass. 26 maggio 2006, n. 12561; Cass. 20 febbraio 2007, n. 3920.

⁴⁰ P. Tullini, *Indisponibilità...*, cit., p. 446.

⁴¹ Infatti, quando la rinunzia riguarda diritti non ancora sorti, essa «viene ad assumere il valore di atto diretto a regolamentare gli effetti del rapporto di lavoro in maniera diversa da quella fissata in maniera inderogabile dalle norme di legge o di contratto collettivo, e ciò ne determina la nullità a norma dell'art. 1418 cod. civ. o l'invalidità o l'inefficacia a norma dell'art. 2007 c.c.» (Cass. 6 novembre 2001, n. 13834, cit.).

Il diritto vivente descritto è sicuramente espressione dell'indisponibilità di alcune tutele garantite da fonti sovraordinate alla legge di cui si è già parlato. Esso peraltro sembra fondarsi anche sul principio, autorevolmente espresso dal Presidente della Repubblica, secondo il quale quando esiste «un evidente, marcato squilibrio di potere contrattuale tra le parti, la Corte (costituzionale) ha riconosciuto la necessità di garantire la "effettiva" volontarietà delle negoziazioni...»⁴². In questo contesto, dunque, la derogabilità assistita sembra impedita da un assetto costituzionale che attribuisce alla giurisprudenza sulla nullità degli atti abdicativi relativi ai diritti futuri una particolare «forza di resistenza» anche a riforme legislative che la volessero introdurre.

Per evitare che le nuove disposizioni contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 30 della l. 183/2010 siano in contrasto con i principi giuridici sopra analizzati, si è già proposta l'interpretazione che riconduce il vincolo del giudice alla qualificazione e non al contenuto del contratto. Se, invece, tenendo conto delle parole utilizzate dal legislatore, si volesse estendere l'obbligo del magistrato anche alle regole del rapporto di lavoro, il comma 2 va considerato come una norma sull'interpretazione del contratto. Infatti il giudice per non «discostarsi dalla valutazione delle parti» deve ricostruire l'intenzione dei contraenti. In questo ambito, il riferimento alle valutazioni espresse in sede di certificazione altro non significa che il giudice, per individuare la loro «comune intenzione», deve dare particolare rilievo all'interpretazione letterale del testo contrattuale (ed in questo senso non se ne può «discostare»). Gli si chiede, dunque, di agire in piena coerenza con quanto la giurisprudenza afferma in relazione agli artt. 1362 ss. c.c.⁴³, con l'obbligo di una motivazione adeguata del perché intenda aderire o meno al significato proprio delle parole utilizzate nell'accordo⁴⁴.

5. L'arbitrato

La riforma ha modificato profondamente la materia, con l'intento di rilanciare un istituto che, salvo alcune eccezioni (ad esempio, nel settore privato, per le sanzioni disciplinari) ha avuto scarsa applicazione

⁴² *Messaggio del Presidente della Repubblica...*, cit., p. 3.

⁴³ Sulla prevalenza della formulazione letterale quale strumento prioritario ed esclusivo di interpretazione del testo contrattuale v. A. Guerra, *Il contratto collettivo*, in *Un dibattito su giurisprudenza e tecniche di interpretazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 672 ss. (con numerosi riferimenti giurisprudenziali a cui va aggiunta, tra le tante, Cass. 30 ottobre 2009, n. 23066).

⁴⁴ Ho espresso questa tesi in *La riforma della certificazione...*, cit., p. 150. Ad essa aderiscono L. de Angelis, *Collegato lavoro...*, cit., pp. 8 – 9; Id., *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 13 – 14; M.T. Carinci, *Clausole generali...*, cit., pp. 19 – 20.

del Diritto del lavoro. In questo ambito l'arbitrato può essere un valido strumento di deflazione del contenzioso purché rispetti determinati requisiti. In particolare, è necessario che questa giurisdizione sia celere, affidata a persone competenti, gratuita per il lavoratore (o almeno con costi molto contenuti) e, soprattutto, deve attribuire alle parti la stessa tutela del giudice ordinario. In verità si è sostenuto che il mancato decollo dell'istituto è proprio connesso all'obbligo degli arbitri di applicare le norme inderogabili ed alla possibilità di impugnare il lodo per la loro violazione⁴⁵. La realtà è diversa. La scarsa utilizzazione dell'arbitrato è legata soprattutto ai costi elevati ed al fatto che non è assicurata la necessaria competenza professionale degli arbitri. In situazioni nelle quali il processo del lavoro è in ogni caso relativamente lungo (con una media di due anni), il lavoratore e il datore di lavoro potrebbero essere entrambi molto interessati ad un giudizio che gli assicuri lo stesso livello professionale del magistrato e si svolga in tempi celeri. L'applicazione delle norme inderogabili non è il problema fondamentale, anche perché a fronte di un giudizio ben motivato - che comunque darebbe alle parti in tempi brevi una certezza almeno relativa sulla legittimità del loro comportamento - non necessariamente vi sarebbe l'interesse ad impugnare. Mentre il datore di lavoro potrebbe accettare di sopportare costi accettabili del giudizio purché esso sia rapido e tecnicamente valido.

La riforma non sembra introdurre requisiti che ne consentirebbero un'ampia utilizzazione. Sotto il profilo della competenza degli arbitri, nulla si dice per quello previsto dai contratti collettivi, mentre nel caso dell'arbitrato disciplinato dal nuovo art. 412 c.p.c (estensibile anche ai licenziamenti) il giudizio verrebbe emesso da funzionari della DPL che, per formazione e cultura, non sono in grado di assicurare la necessaria professionalità. La situazione sembra diversa nell'arbitrato previsto dall'art. 412 quater, dove il terzo membro deve essere selezionato tra i professori universitari o gli avvocati cassazionisti, con un limite che potrebbe valere anche nell'ipotesi di cui la scelta venga effettuata non dalle parti ma dal Presidente del Tribunale. Tuttavia la stessa disposizione prevede un compenso molto basso pari al 2% del valore della controversia e quindi in una lite di valore indeterminato od anche di una certa consistenza economica (ad es. 100.000 Euro) al Presidente del collegio arbitrale spetterebbero 1000/2000 Euro. Una somma che certo

⁴⁵ A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 907; A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Collegato lavoro...*, cit., p. 41, nota 7 (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Id., *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in *La riforma...*, cit., p. 113.

non invoglierà professionisti di valore ad accettare l'incarico⁴⁶. In realtà occorre accollare le spese del terzo arbitro al datore di lavoro (con incentivi di carattere fiscale) e senza limiti di compenso od applicando al più le tariffe professionali. La nuova normativa non soddisfa quindi l'interesse ad un procedimento più celere di quello ordinario e con la medesima (o superiore) competenza.

La legge 183/2010, inoltre, intende espressamente imporre che il giudizio arbitrale si fondi sull'equità (anche se nei limiti più stringenti introdotti nella versione finale) e vuole sottrarre gli arbitri dall'applicazione delle norme inderogabili di legge o di contratto collettivo. Si tratta di vedere se questo obiettivo è stato raggiunto (v. *infra* § 6 e 8). Qui è sufficiente rinviare alle osservazioni del Presidente della Repubblica che ha fortemente censurato il ricorso all'equità, che non può essere utilizzato come un «grimaldello» per scardinare le tutele sostanziali del lavoratore. Comunque, se in effetti le norme inderogabili non sono applicabili, il lavoratore, a parte le questioni sulla competenza degli arbitri, avrà un interesse ulteriore a non utilizzare l'arbitrato, che gli fornisce meno garanzie della giustizia ordinaria. Quindi, poiché l'istituto presuppone, a lite insorta, un accordo di entrambe le parti per devolvere la questione ad arbitri, ne deriva che tutta la parte preponderante della riforma in materia costituirà solo un ponderoso assetto normativo privo di concreta applicazione. Mentre l'unica disposizione che potrà avere successo sarà quella relativa alla clausola compromissoria, dove, come vedremo, la volontà del lavoratore di accedere all'arbitrato non è libera e presenta profili di incostituzionalità. Comunque, l'utilizzazione dell'arbitrato tramite la clausola compromissoria potrebbe non essere interessante neanche per i datori di lavoro. L'istituto, infatti, solleva numerosi problemi interpretativi sia in rapporto alla esclusione delle norme inderogabili, sia per quanto attiene alla esatta individuazione dei limiti del potere equitativo degli arbitri (che potrebbe essere molto più esteso di quanto a prima vista si potrebbe credere). Senza dimenticare che il giudizio arbitrale, in ogni caso, potrà essere impugnato dinanzi al Tribunale e delicate questioni giuridiche si pongono anche sui limiti del sindacato giurisdizionale. Queste incertezze potrebbero scoraggiare anche gli imprenditori dal ricorrere ad un giudizio che potrebbe aprire più problemi di quanto ne possa risolvere⁴⁷.

⁴⁶ C.A. Nicolini, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato (art. 412-quater c.p.c.)*, in *Il contenzioso del lavoro...*, cit., pp. 197 – 198; D. Borghesi, *L'arbitrato ai tempi del «Collegato lavoro»*, in *Judicium – Saggi – Processo civile*, in www.judicium.it, p. 39.

⁴⁷ C.A. Nicolini, *op. ult. cit.*, parla di normativa densa di «"trabocchetti"» e realizzata «con soluzioni tecniche decisamente discutibili» (p. 197).

6. L'arbitrato e le norme inderogabili

La legge 183/2010 ha introdotto quattro nuove forme di arbitrato, di cui uno demandato alla contrattazione collettiva e tre "da legge"⁴⁸. Inoltre ha completamente riscritto gli artt. 412 ter e 412 quater c.p.c ed ha modificato il regime di impugnazione dei lodi, anche se, da questo punto di vista, non vi sono innovazioni significative. La nuova disciplina è molto complessa e pone numerose questioni interpretative.

Le nuove disposizioni regolano degli arbitrati irrituali. Questa conclusione è confermata dalla formulazione letterale, nella quale si precisa che il lodo «produce tra le parti gli effetti di cui all'articolo 1372 e all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile». E' evidente il riferimento al contratto ed anche agli atti negoziali a contenuto abdicativo. Tra l'altro la decisione è impugnabile «ai sensi dell'articolo 808 ter», che è la disposizione generale del c.p.c. per l'arbitrato irrituale, qualificato come «determinazione contrattuale». L'assimilazione con gli atti negoziali ed il riferimento ai mezzi di impugnazione dell'arbitrato irrituale previsto dal codice di rito escludono ogni dubbio. Indubbiamente si tratta di arbitrati irrituali *sui generis* (si è parlato di un «ibrido») perché, ad esempio, per quelli disciplinati dagli artt. 412 e 412 quater, è prevista la possibilità di rendere il lodo esecutivo, caratteristica questa estranea al modello previsto dall'art. 808 ter⁴⁹. Tuttavia, nonostante questa peculiarità, il carattere irrituale sembra, per le ragioni già dette, indiscutibile⁵⁰.

Le nuove forme arbitrali possono riguardare tutte le controversie relative ai rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.⁵¹ Da questo punto di vista vi è la conferma di quanto già previsto dall'art. 5 della l. 533/1973. Ne deriva l'estensione dell'arbitrato anche a diritti indisponibili, che sono sicuramente coinvolti nelle controversie disciplinate dalla disposizione

⁴⁸ Così definiti da M. Bove, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, in *Judicium – Saggi – Diritto dell'arbitrato*, in www.judicium.it, p. 15.

⁴⁹ M. Bove, *ADR nel c.d. collegato...*, cit., p. 18 (con ulteriori riferimenti bibliografici). Su tali aspetti, v. anche D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 13.

⁵⁰ La natura irrituale dei nuovi arbitrati è confermata dagli autori citati nelle precedenti note 7, 45 e 46 e da D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 13 ss.; M. Bove, *op. ult. cit.*, p. 19; R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 16 ss.; G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 52; M. Scillieri, *Altre modalità di conciliazione e arbitrato, in La riforma...*, cit., p. 147 ss.; R. Donzelli, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro, in Il contenzioso del lavoro...*, cit., p. 109 ss.; S. Boccagna, *L'impugnazione del lodo arbitrale, in Il contenzioso del lavoro...*, cit., p. 148 ss.; A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., p. 5 ss.

⁵¹ Si vedano gli artt. 412 (letto in combinazione con l'art. 410), 412 ter e 412 quater c.p.c.

sulla competenza funzionale in materia di lavoro⁵². D'altra parte il riferimento agli «effetti» delle rinunzie e transazioni di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 rafforza tale conclusione. Gli atti e gli accordi previsti da questa disposizione riguardano, nella maggior parte dei casi, proprio diritti indisponibili derivanti da norme inderogabili. Si è creata, in questo modo, una situazione alquanto particolare. Nel Diritto civile l'arbitrato è previsto solo per i diritti disponibili (art. 806, comma 1, cpc). Nell'ambito del Diritto del lavoro, al contrario, tutte le forme di arbitrato, compreso quello irrituale, si estendono a qualunque tipologia di diritto. Di qui il paradosso del divieto di arbitrati in materia societaria – dove sono in gioco soprattutto questioni patrimoniali – su controversie che hanno ad oggetto «interessi della società o che attengono alla violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci e dei terzi»⁵³. Mentre, al contrario non vi sono limiti al giudizio arbitrale in una materia, come quella del lavoro, caratterizzata da norme inderogabili e da diritti (relativamente) indisponibili. L'enfasi sull'arbitrato come «arretramento dello Stato» in una dimensione «sussidiaria» ed in alternativa ad una «cultura pubblicistica e statualistica della giustizia»⁵⁴ sconta, come al solito, una visione settoriale e riduttiva della funzione giurisdizionale. Infatti l'esclusione dell'arbitrato in determinati ambiti si giustifica con la volontà dell'ordinamento di privilegiare il processo ordinario quale strumento di migliore garanzia ed effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) quando sono in gioco diritti fondamentali ed interessi di carattere generale o superindividuale. Mentre, nel Diritto del lavoro, sembra che di queste esigenze garantistiche ormai...non vi sia più traccia!

Alcune tra le nuove forme di arbitrato, quelle previste dagli artt. 412 e 412 quater e dal comma 10 dell'art. 31 della l. 183/2010 (in relazione al giudizio attivabile con clausola compromissoria) stabiliscono che il lodo può essere deciso «secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari»⁵⁵. Questa formulazione, modificata dopo le severe critiche del Presidente della Repubblica, dimostra la volontà di sottrarre l'arbitrato dall'applicazione delle norme inderogabili di legge e di

⁵² In tal senso anche R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 18 ss.; G. Proia, *Le clausole compromissorie*, in *La riforma...*, cit., p. 139 ss.

⁵³ Cass. 6 luglio 2000, n. 9022.

⁵⁴ Queste ultime parole sono di M. Sacconi, *Giustizia del lavoro: meno stato più società*, in *La riforma...*, cit., p. XVII. V. *retro* § 2.

⁵⁵ Nulla viene detto per l'arbitrato in sede collettiva (art. 412 ter) e per quello svolto dinanzi alle camere arbitrali degli organi di certificazione (art. 31, comma 12, l. 183/2010). Non posso approfondire il problema. Tuttavia il carattere irrituale di entrambi gli arbitrati, assimilati agli altri, dovrebbe consentire l'estensione analogica anche ad essi di quanto previsto in tema di giudizio di equità.

contratto collettivo e dalla possibile impugnazione dinanzi al Tribunale per la loro violazione⁵⁶. La legge, da questo punto di vista, conferma la liberalizzazione del giudizio arbitrale già da tempo in atto, realizzata prima con l'eliminazione del divieto del giudizio equitativo nell'arbitrato con clausola compromissoria e poi con l'esclusione dell'obbligo del rispetto delle norme inderogabili. In sostanza si era già sviluppata una linea di tendenza che assimilava l'arbitrato in materia di lavoro a quello di Diritto civile consentendo, anche per il primo, il giudizio equitativo⁵⁷. L'intento era quello di dare maggiore stabilità al lodo sottraendolo alla possibilità del rispetto delle regole di diritto ed alla contestazione della loro mancata applicazione in sede giurisdizionale. E non a caso si era sostenuto che l'arbitrato, con queste caratteristiche, era diventato una forma «surrettizia» di aggiramento della norma inderogabile⁵⁸. La riforma, dunque, non sembrerebbe avere un carattere fortemente innovativo.

In verità la situazione è più complessa. Vi è infatti un consistente orientamento dottrinario che ritiene che l'arbitrato irrituale, anche se deve decidere secondo equità, è soggetto al vincolo del rispetto delle norme comunitarie e costituzionali, di quelle di ordine pubblico ed anche delle disposizioni inderogabili di legge. Questa conclusione è basata sulla natura contrattuale dell'arbitrato (considerato, con diverse opinioni, come arbitraggio, negozio di accertamento, atto dispositivo) e sul fatto che un atto negoziale è sempre soggetto, ai sensi dell'art. 1418 c.c., al rispetto delle norme imperative. L'interpretazione avrebbe trovato conferma nella riforma del 2006, perché l'art. 808 ter qualifica l'arbitrato irrituale come «determinazione contrattuale» e prevede delle ipotesi di «annullabilità» del lodo, lasciando quindi spazio anche alle impugnazioni per nullità, come quelle regolate dagli artt. 1418 e 1419 c.c.⁵⁹ A questa tesi se ne

⁵⁶ Questo intento della legge é dimostrato anche dall'espresso riferimento – contenuto nella versione precedente a quella approvata - alla impossibilità di impugnare l'arbitrato per le ragioni indicate nell'art. 829, commi quarto e quinto, c.p.c. (che riguardano la violazione di regole di diritto o di contratti ed accordi collettivi di lavoro). V., sul punto, V. Speciale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 161 ss.; Donzelli, *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 115.

⁵⁷ Le tappe di questa riforma sono scandite prima dalla modifica dell'art. 808, comma 2, c.p.c. da parte dell'art. 3 della l. n. 25/1994 e poi dall'abrogazione dei commi 1 e 2 dell'art. 5 della l. 533/1973, con apertura all'arbitrato di equità, al mancato obbligo di rispetto delle norme inderogabili e così via. Cfr., su tali aspetti, M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., p. 402 ss.; A. Corvino, M. Tiraboschi, *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 112 ss.

⁵⁸ M. Novella, *op. ult. cit.*, p. 413; C. Cester, *La norma inderogabile...*, cit., pp. 411 – 412; M.G. Garofalo, *Note sull'arbitrato nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 328 ss.

⁵⁹ Cfr. G. Barbieri, E. Bella, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Cedam, Padova, pp. 436 – 439 (con ulteriori indicazioni bibliografiche nella nt. 148 a p. 439); M. Bove, *Art. 808 ter c.p.c.*,

contrappone un'altra. Le innovazioni introdotte recentemente, in coerenza con una evoluzione giurisprudenziale già in atto⁶⁰, avrebbero statuito una concezione unitaria del fenomeno arbitrale, secondo il quale l'arbitrato irrituale avrebbe natura di «atto decisorio» e si differenzerebbe dall'altro soltanto sotto il profilo degli effetti, costituendo un semplice negozio giuridico (una «determinazione contrattuale» appunto), che non potrebbe avere il valore di sentenza (come stabilito, per quello rituale, dall'art. 824 bis c.p.c). In questo contesto non sarebbe possibile l'impugnazione per contrasto con norma imperativa⁶¹. Nel Diritto del lavoro, dopo le modifiche legislative del 1998 e del 2006, il dibattito si è sviluppato in modo autonomo e solo in parte influenzato da quello processual civilistico. Buona parte della dottrina ha sostenuto che, nonostante le novità, l'arbitrato irrituale in materia di lavoro era sempre soggetto al vincolo delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo, da far valere, in caso di loro violazione, come specifico mezzo di impugnazione⁶². Una tesi che, in parte, ha trovato conforto anche in giurisprudenza⁶³. Si era sostenuta anche l'interpretazione opposta, che era peraltro minoritaria⁶⁴.

in S. Menchini (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Nuov. leg. civ. comm.*, p. 1160; Id., *ADR nel c.d. collegato...*, cit., pp. 19 – 20; P.L. Nela, *Commento all'art. 808 ter*, in S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Zanichelli, Bologna, p. 1643; V. Bertoldi, *Art. 808 ter*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di Procedura Civile Commentato*, III, Ipsoa, Milano, p. 1655 (con citazioni giurisprudenziali); D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., secondo il quale «in dottrina e giurisprudenza (è pacifico) che l'arbitrato irrituale non può disapplicare le norme inderogabili...», p. 29.

⁶⁰ V. Bertoldi, *op. ult. cit.*, p. 1621 (a cui si rinvia per l'indicazione della giurisprudenza).

⁶¹ Cfr. V. Bertoldi, *op. ult. cit.*, p. 1623 (con ampie citazioni bibliografiche) per la lettura dell'istituto arbitrale in chiave unitaria. Per la non impugnabilità dell'arbitrato irrituale per violazione di norme imperative dopo l'introduzione dell'art. 808 ter c.p.c., v. G. Tota, *Art. 808 ter (Arbitrato irrituale)*, in A. Briguglio, B. Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, Cedam, Padova, 2009, p. 555 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

⁶² Il vincolo delle norme inderogabili era sostenuto, tra gli altri, da G. Pera, *La nuova disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 370.; M. G. Garofalo, *op. ult. cit.*, p. 322 ss.; D. Borghesi, *Bilanci e prospettive per l'arbitrato e la conciliazione previsti dai contratti collettivi*, in *Lav. pubb. amm.*, 2003, p. 1061; Id., *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 824; M. Bove, *Art. 808 ter c.p.c....*, cit., p. 1194. Per l'indicazione di altri autori rinvio a M. Novella, *L'inderogabilità...*, cit., p. 404, nt. 28; P. Tullini, *Indisponibilità...*, cit., p. 460, nt. 114; A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., p. 5, nt. 37 e 38; R. Donzelli, *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 133, nt. 65.

⁶³ Cass., Ss. Uu., 1 dicembre 2009, n. 25253; Cass. 22 febbraio 2006, n. 4025; Cass. 4 aprile 2002, n. 4841.

⁶⁴ R. Vaccarella, *Appunti sul contenzioso di lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 754 ss.; A. Vallebona, *L'impugnazione del lodo arbitrale irrituale in materia di lavoro*, ivi, 2001, p. 79; R. Flammia,

In questo contesto si potrebbe dunque sostenere che la riaffermazione espressa del carattere equitativo dell'arbitrato non escluderebbe l'obbligo del rispetto delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo⁶⁵. E questa tesi è stata immediatamente fatta propria da un autore secondo il quale l'equità, nei limiti definiti dalla legge, costituirebbero soltanto un limite positivo, evitando che essa si trasformi in arbitrio, mentre le norme inderogabili delimiterebbero in negativo il potere equitativo, costituendo un vincolo comunque da rispettare⁶⁶.

In verità questa interpretazione, di cui condivido pienamente le finalità di politica del diritto, potrebbe essere contrastata dalla previsione secondo la quale gli arbitrati producono «gli effetti» dell'art. 2113, ultimo comma, c.c. Quest'ultima disposizione, come è noto, consente atti abdicativi o transattivi assistiti con i quali, purché si tratti di situazioni soggettive già appartenenti al patrimonio giuridico del lavoratore, si può liberamente disporre di tutti i diritti derivanti da norme inderogabili di legge. Ebbene il legislatore ha inteso attribuire agli arbitri il medesimo potere. E, quindi, di fatto li ha svincolati dal rispetto delle norme inderogabili attribuendo loro la medesima capacità dispositiva che il singolo lavoratore, con un'assistenza qualificata può esercitare. Questa utilizzazione dell'art. 2113 in funzione di esclusione dall'inderogabilità è stata sottolineata da molti commentatori⁶⁷. Ed infatti si è subito affermato che, ad esempio, gli arbitri potranno anche non applicare l'art. 18 dallo statuto dei lavoratori⁶⁸. Si è giustamente obiettato che, con poche parole, si metterebbe in discussione l'intero impianto del Diritto del lavoro⁶⁹. Un'affermazione del tutto condivisibile, ma insufficiente, a mio giudizio, a rendere ineffettiva questa intenzione della riforma.

Mentre, in modo più fondato, si è sottolineata l'impossibilità di accostare l'arbitrato, anche di carattere equitativo, alle rinunce e transazioni assistite. Nel primo caso gli arbitri, attraverso un giudizio, intervengono sul regolamento contrattuale «riscrivendone» il suo contenuto e definendo l'assetto degli interessi per i profili controversi. Nel secondo il lavoratore viene a disporre di un proprio diritto e senza che si

Conciliazione ed arbitrato nel rapporto di lavoro privato, in *Conciliazione e arbitrato nelle controversie individuali di lavoro*, Bancaria, Roma, p. 42.

⁶⁵ M. Bove, *ADR nel c.d. collegato...*, cit., p. 19; C.A. Nicolini, *Altre modalità...*, cit., p. 196.

⁶⁶ A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., pp. 6 e 10.

⁶⁷ D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 14 – 15, 28 – 29, 30, 33, 40; A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 47 ss.; Id., *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 117 – 118 e 121; S. Boccagna, *L'arbitrato di equità*, in *Il contenzioso del lavoro...*, cit., p. 145; Id., *L'impugnazione...*, cit., p. 153; C.A. Nicolini, *Altre modalità...*, cit., pp. 194 – 195.

⁶⁸ A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 44, in considerazione peraltro dei caratteri del giudizio equitativo.

⁶⁹ A. Zoppoli, *op. ult. cit.*, p. 9.

realizzino gli effetti sopradescritti⁷⁰. In verità nessun accostamento è possibile, sotto il profilo strutturale, tra decisione arbitrale - assunta da terzi imparziali, nell'ambito di un procedimento fissato nei tempi, nelle scadenze e nel rispetto del contraddittorio e che sfocia in un provvedimento a contenuto decisorio - e l'atto dispositivo compiuto personalmente dal singolo lavoratore con un'assistenza qualificata⁷¹. Tuttavia non è questo il problema. Il legislatore non ha equiparato arbitrato e rinunzie o transazioni di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 nelle caratteristiche costitutive dei diversi istituti, ma ha inteso attribuire al giudizio arbitrale il medesimo effetto dispositivo dei primi. Questa equiparazione è del tutto legittima, soprattutto se si considera che l'arbitrato equitativo irrituale è stato considerato come una «sorta di disposizione indiretta dei diritti sottesi alla lite che i soggetti contraenti affidano all'arbitro...»⁷². Tra l'altro, ad una prima analisi non sembrano presenti profili di incostituzionalità. Il giudizio arbitrale viene abilitato a realizzare la stessa funzione degli atti contemplati dall'art. 2113 u.c., che ha superato il vaglio della Corte Costituzionale, nell'ambito oltretutto di specifici mezzi di impugnazione che non lo rendono irreversibile.

Si dovrebbe dunque concludere che le nuove forme di arbitrato irrituale sono sempre sottratte al vincolo del rispetto delle norme inderogabili⁷³. Tuttavia questa conclusione è confutata dalla stessa formulazione usata dalla legge che è particolarmente infelice e tale, a mio giudizio, da condurre ad effetti opposti a quelli che si volevano perseguire.

La l. 183/2010 consente che le parti, nel compromesso o nella clausola compromissoria, possano attribuire agli arbitri il potere di decidere secondo diritto, con un ovvio rinvio anche alle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo. Questa facoltà scaturisce dalla stessa normativa, che impone di indicare «le norme invocate dalle parti a sostegno delle loro pretese e l'eventuale richiesta di decidere

⁷⁰ A. Zoppoli, *op. ult. cit.*, pp. 7, 11 – 12.

⁷¹ Così anche M.G. Garofalo, *Note sull'arbitrato...*, cit., pp. 320 – 321. In senso contrario A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 46 – 47, che, pur rilevando le differenze, sottolineano una affinità nella *ratio* dei due istituti. Il che vuol dire sminuire completamente il carattere di giudizio, anche se privato, che è tipico della giustizia arbitrale e che è stato particolarmente enfatizzato dopo la riforma del 2006 anche per l'arbitrato irrituale.

⁷² A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, I, Giappichelli, Torino, p. 95 ss.

⁷³ Questa tesi è sostenuta da numerosi autori: A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 908; M. Tiraboschi, *Collegato lavoro...*, cit., p. 12 ss.; A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 41 ss., Id., *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 117 e 121; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 28 (seppure per il solo arbitrato irrituale di diritto, a cui propone di estendere, in via interpretativa, gli stessi limiti di quello equitativo); M. Tatarelli, *Le novità...*, cit., p. 869; S. Boccagna, *L'arbitrato...*, cit., p. 147; Id., *L'impugnazione...*, cit., p. 153 ss.; R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 22.

secondo equità.....». Il giudizio equitativo dunque è solo «eventuale»⁷⁴. Il principio corrisponde a quanto previsto dall'art. 822 c.p.c., applicabile anche all'arbitrato irrituale⁷⁵, secondo il quale di regola il giudizio è di diritto, a meno che non vi sia espressa autorizzazione all'uso dell'equità.

La riforma, inoltre, prevede che i lodi sono impugnabili ai sensi dell'art. 808 ter dinanzi al Tribunale. Questa disposizione stabilisce tra l'altro che l'arbitrato irrituale è annullabile «se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizioni di validità del lodo» (comma 2, n. 4). La norma è inequivocabile: essa consente di impugnare anche la violazione delle disposizioni di diritto o comunque di quelle attinenti al merito della controversia⁷⁶. In verità si è sostenuto che il n. 4 del comma 2 dell'art. 808 ter permetterebbe di contestare solo il criterio di giudizio (l'uso dell'equità invece del diritto e viceversa) e non anche la mancata applicazione delle disposizioni concretamente utilizzate per decidere⁷⁷. Tale opinione peraltro si scontra in primo luogo con la formulazione letterale del n. 4, perché le norme sostanziali di diritto imposte agli arbitri (o comunque quelle in base alle quali devono decidere) sono elementi essenziali della «validità» della «determinazione contrattuale», in quanto attengono al contenuto del giudizio richiesto agli arbitri. Una pronuncia è «valida» nella misura in cui sia «legittima» e cioè rispettosa delle disposizioni a fondamento della decisione volute dalle parti. Inoltre, le altre ipotesi previste dal c. 2 dell'art. 808 ter contemplano l'invalidità della convenzione arbitrale o violazioni di norme processuali. Pertanto, a meno di non ritenere il n. 4 come una inutile

⁷⁴ D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 27; R. Donzelli, *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 132 – 133.

⁷⁵ R. Donzelli, *op. ult. cit.*, pp. 132 – 133. Sull'applicazione dell'art. 822 c.p.c. anche all'arbitrato irrituale v. G. Ruffini, S. Boccagna, *Art. 822 c.p.c.*, in C. Consolo (diretto da), *Codice...*, cit., III, p. 1947; Cass. 10 ottobre 2003, n. 15150.

⁷⁶ G. Barbieri, E. Bella, *Il nuovo diritto...*, cit., p. 438, secondo il quali le regole poste «a condizione di validità del lodo» possono «avere il contenuto più vasto, riferendosi sia allo svolgimento del giudizio, sia alla fase decisoria del procedimento, sia al contenuto del lodo». Infatti, in tale dizione, rientra anche la possibile violazione delle norme di diritto attinenti al merito della controversia: V. Bertoldi, *Art. 808 ter*, in C. Consolo (diretto da), *Codice...*, cit., p. 1667; P. Biavati, *Art. 808 ter*, in F. Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 174; M. Giorgetti, *Profili espansivi nell'impugnazione dell'arbitrato libero*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene, Napoli, 2010, p. 415 ss.; M. Bove, *ADR nel c.d. collegato...*, cit., p. 20; Id., *La giustizia privata*, Cedam, Padova, 2009, p. 244 ss.

⁷⁷ S. Boccagna, *L'impugnazione...*, cit., pp. 158 – 159, in base al carattere dispositivo dei nuovi arbitrati introdotti dalla l. 183/2010; A. Corvino, M. Tiraboschi, *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 125 – 126. Tuttavia, l'interpretazione prevalente ritiene che, oltre al criterio di giudizio, sia possibile contestare anche «le norme di giudizio» (M. Bove, *ADR nel c.d. collegato...*, cit., p. 20; Id., *La giustizia...*, cit., p. 244 ss.; G. Tota, *Art. 808 ter...*, cit., p. 559, con ulteriori riferimenti bibliografici).

ripetizione delle altre fattispecie, le regole poste a «condizione di validità» devono necessariamente riferirsi alle disposizioni che disciplinano in astratto la fattispecie oggetto di arbitrato e su cui vi è conflitto. Infine, la tesi qui criticata contrasta anche con la stessa finalità, propria della riforma del 2006, di unificare arbitrato rituale ed irrituale nell'ambito di un fenomeno unitario, con la previsione anche per il secondo di specifici mezzi di impugnazione e con la volontà di distinguerlo dal primo soltanto per la possibile semplificazione delle regole procedurali e per quanto attiene al regime degli effetti. È evidente allora che, in base all'interpretazione qui seguita, se gli arbitri non hanno applicato le norme inderogabili in base alle quali dovevano giudicare, tale violazione può essere fatta valere dinanzi al giudice ordinario⁷⁸, purché, peraltro, le parti abbiano espressamente stabilito che esse «condizionino» appunto la validità dell'arbitrato⁷⁹.

In questo caso, dunque, si crea un «corto circuito». Da un lato il riferimento all'art. 2113, u.c., sembra attribuire agli arbitri un pieno potere dispositivo dei diritti nascenti da norme inderogabili (permettendone il superamento nei fatti). Dall'altro, l'art. 808 ter consente di impugnare la violazione delle norme inderogabili quando queste ultime sono poste quali condizioni di validità della decisione, contraddicendo la capacità dispositiva sopra descritta. Questo conflitto tra disposizioni di legge si coglie anche nel caso in cui agli arbitri venga attribuito il potere di decidere secondo equità. Infatti, i limiti previsti per questo tipo di giudizio implicano, come vedremo, anche il rispetto delle norme inderogabili e in ogni caso non possono sicuramente essere violati i principi costituzionali e comunitari (v. § 8). Gli arbitri, dunque, potrebbero, ai sensi dell'art. 2113, u.c., non considerare, ad esempio, le regole costituzionali della «retribuzione sufficiente» o della «irrinunciabilità delle ferie». Tuttavia, in base all'art. 808 ter, vi sarebbe la possibilità di impugnare dinanzi al Tribunale la scorretta utilizzazione del giudizio di equità quando si ponga in conflitto con tali principi.

Le contraddizioni sopra descritte possono essere risolte soltanto con un'interpretazione correttiva, che consenta di combinare i nuclei normativi altrimenti inconciliabili. Nell'arbitrato irrituale secondo diritto e

⁷⁸ In tal senso anche G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 52 (in base a diverse argomentazioni). *Contra* A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 908; A. Corvino, M. Tiraboschi, *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 120 – 121; S. Boccagna, *L'arbitrato...*, cit., p. 147; Id., *L'impugnazione...*, cit., p. 157 (ma non nel caso di arbitrato basato su clausola compromissoria).

⁷⁹ G. Barbieri, E. Bella, *Il nuovo diritto...*, cit., p. 438; G. Tota, *Art. 808 ter...*, cit., p. 557, nt. 45. *Contra* M. Bove, *Art. 808 ter c.p.c....*, cit., p. 1162, secondo il quale le regole imposte dalle parti dovrebbero reputarsi essenziali (salvo prova contraria) a prescindere da qualunque affermazione delle parti.

in quello equitativo sarà possibile impugnare il lodo anche per violazioni di norme inderogabili quando esse sono poste espressamente alla base del giudizio arbitrale (nel primo caso) o devono essere comunque applicate perché riconducibili ai «principi regolatori della materia» o a quelli di fonte costituzionale o comunitaria. Soltanto in questo modo si riesce ad attribuire un senso ad una normativa che altrimenti non ne avrebbe alcuno, a meno di non voler completamente escludere qualsiasi significato alla possibilità di impugnare il lodo ai sensi dell'art. 808 ter che..... è come se non esistesse. In questo contesto occorre attribuire un significato diverso all'art. 2113, u.c. Una prima tesi potrebbe essere quella secondo la quale con questo riferimento non si è voluto sottrarre il giudizio arbitrale alla contestazione della violazione di norme inderogabili, ma sottolineare soltanto che il lodo non è «impugnabile nei modi indicati dagli altri commi della stessa norma»⁸⁰ e unicamente con l'azione dinanzi al Tribunale⁸¹. Oppure si potrebbe affermare che il richiamo di questa disposizione serve soltanto a rinforzare la natura contrattuale ed irrituale dell'arbitrato, escludendo qui il potere dispositivo degli arbitri.

Mi rendo conto che l'interpretazione proposta reintroduce le norme inderogabili nonostante la contraria volontà del legislatore. Tuttavia questo risultato deriva innanzitutto dal fatto che diritto o equità, che sono alla base del giudizio non escludono le disposizioni imperative ed anzi le presuppongono in moltissimi casi. Essa nasce anche dall'applicazione delle regole in tema di impugnazione del lodo irrituale (art. 808 ter) la cui mancata estensione anche agli arbitrati lavoristici avrebbe determinato una disparità di trattamento con la disciplina generale del tutto ingiustificabile. In sostanza sono i «vincoli di sistema» ad impedire le finalità perseguite dalla riforma.

7. L'impugnazione dell'arbitrato

Le riflessioni svolte consentono di risolvere anche il problema di come interpretare la disposizione che consente di impugnare dinanzi al Tribunale, quale giudice di unico grado, le controversie «avente ad oggetto la validità del lodo arbitrale irrituale». La formulazione riprende alla lettera le parole contenute nell'art. 412 quater antecedente alla riforma. Avevo sottolineato come questa espressione fosse stata interpretata come un riferimento alle tipiche azioni contrattuali che possono essere esperite per contestare la validità o l'efficacia del lodo irrituale, come quella di nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., di

⁸⁰ M. Bove, *ADR nel c.d. collegato...*, cit., p. 20, nt. 35; C.A. Nicolini, *Altre modalità...*, cit., pp. 195 – 196.

⁸¹ C.A. Nicolini, *op. ult. cit.*, p. 196.

annullamento di cui all'art. 1425 ss. c.c. o per eccesso dai limiti del mandato prevista dall'art. 1711 c.c.⁸² Una parte consistente della dottrina processualistica riteneva che tra esse dovesse essere inclusa anche l'azione diretta a far valere la violazioni di norme inderogabili di legge, anche se non mancavano opinioni contrarie⁸³. La prima tesi potrebbe essere oggi confutata, per la legge 183/2010, in conseguenza dell'inserimento dell'art. 2113, u.c., che ha proprio la finalità di escludere questa ipotesi (v. § 6).

A me sembra, peraltro, che la riforma cambi il quadro di riferimento. La disposizione che attribuisce al giudice del lavoro la competenza sulle controversie relative alla «validità del lodo... ai sensi dell'articolo 808 ter...» implica che il Tribunale è investito di tutti poteri di giudizio in relazione ai motivi di impugnazione previsti da questa disposizione. Quindi potrà essere contestata anche la violazione delle regole «imposte dalle parti come condizioni di validità del lodo» e cioè di quelle riferite al contenuto della decisione e che esse hanno espressamente dichiarato come essenziali ai fini del giudizio. Tra queste, come si è detto, anche la mancata applicazione delle norme inderogabili nell'arbitrato di diritto o dell'equità disciplinata dagli artt. 412 e 412 quater c.p.c.⁸⁴

8. L'arbitrato e l'equità

La versione originale del disegno di legge prevedeva che gli arbitri potessero decidere secondo equità nei limiti dei principi generali dell'ordinamento. Il Presidente della Repubblica ha censurato questa formulazione perché non consentiva una adeguata tutela dei diritti più rilevanti del lavoratore, particolarmente quelli indisponibili a fondamento non costituzionale⁸⁵. A seguito di tali critiche si è giunti al testo attuale, secondo il quale il giudizio equitativo deve svolgersi «nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari»⁸⁶.

⁸² V. Speziale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 162. Su tali aspetti cfr., per tutti, R. Muroli, *Art. 414 ter*, in C. Consolo (diretto da), *Codice...*, cit., II, p. 1418 (a cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici).

⁸³ Cfr. R. Muroli, *op. ult. cit.*, pp. 1418 – 1419 con l'indicazione degli autori.

⁸⁴ Conf. M. Scillieri, *Altre modalità...*, cit., p. 153 nel giudizio equitativo e nel caso di violazione dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari. Così anche A. Barba, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 43.

⁸⁵ *Messaggio del Presidente della Repubblica...*, cit., p. 4.

⁸⁶ La modifica dunque non vi sarebbe stata senza le censure del Presidente. Sul punto, per tutti, v. D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 27.

La disposizione oggi vigente, oltre a dover rimediare alle critiche del Presidente, è il frutto anche della necessità di tenere conto della sentenza della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004 n. 206⁸⁷. Questa decisione, infatti, ha espressamente stabilito che il giudizio di equità non può essere «extra giuridico» e, al fine di rispettare il principio di legalità e di costituzionalità, deve essere effettuato rispettando i «medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva», identificati con quelli «informativi della materia». La sentenza ha dunque eliminato nel nostro ordinamento l'equità «sostitutiva», che, appunto, consentiva agli organi giudicanti di svincolarsi «dalla rigorosa osservanza delle regole di diritto oggettivo», affidandosi a valutazioni coerenti «con le proprie categorie soggettive di equità e ragionevolezza»⁸⁸. La Corte Costituzionale ha indubbiamente circoscritto in modo assai rilevante il contenuto del giudizio equitativo. Tuttavia i limiti e l'estensione dell'equità sono ancora fonte di controversie ed ambiguità, anche se si può tentare di trovare una soluzione alla luce della giurisprudenza in materia. Questa situazione di indeterminatezza, peraltro, potrebbe essere un elemento che scoraggia l'utilizzazione dell'arbitrato anche per il datore di lavoro, in considerazione della possibilità di impugnare dinanzi al Tribunale la violazione di regole equitative non esattamente definite.

Per quanto attiene al contenuto, va subito detto che l'equità è soggetta, in primo luogo, al rispetto dei principi costituzionali e comunitari, questi ultimi richiamati oggi espressamente. Tale limite è ribadito sia dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 206/2004 sia dal «diritto vivente» in materia⁸⁹. Si tratta di un vincolo di sicuro rilievo soprattutto per quelle norme che hanno una diretta incidenza sul rapporto di lavoro, come nel caso della tutela antidiscriminatoria o di diritti essenziali come quelli alla salute, alla riservatezza, alla formazione ed elevazione professionale, all'assistenza sociale, al diritto di sciopero e

⁸⁷ Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 206, in www.cortecostituzionale.it, p. 1 ss.

⁸⁸ Corte Cost. n. 206/2004, cit., p. 5. Le parole citate nel testo nel primo periodo sono contenute in Cass. 20 gennaio 2006, n. 1183 (i cui principi sono confermati da Cass. 7 agosto 1993, n. 8563; Cass. 8 novembre 1984, n. 5637; Cass. 25 maggio 1981, n. 3414). Quelle contenute nel secondo periodo sono espresse da Corte Cost. n. 206/2004, cit., p. 6.

⁸⁹ Il principio era stato già espresso da Cass., Ss. Uu., 15 ottobre 1999, n. 716. Così anche Cass. 19 luglio 2007, n. 16017; Cass. 22 febbraio 2006, n. 4040. Il rispetto delle regole costituzionali e comunitarie è affermato, tra gli altri, da R. Martino, *Giudizio equitativo e «principi informativi della materia»: continua la contesa tra la Consulta e la Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 986; L. Montesano, *Sui «principi regolatori della materia» nel giudizio di equità*, in *Foro. It.*, 1985, V, p. 21 ss.; A. Levoni, *Prime note alla legge del 30 luglio 1984, n. 399 sulle modificazioni di competenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 1197; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 31 – 32; A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 43 – 44; Id., *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 123 ss.; G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 51.

di organizzazione sindacale e così via. Tra l'altro si è sottolineato come, oltre ai diritti sociali fondamentali che sono parte del Trattato dell'Unione Europea, il riferimento agli «obblighi comunitari» «ha senso soltanto se riferito alle fonti (europee) non direttamente applicabili, quali direttive, raccomandazioni e pareri»⁹⁰. I principi regolatori, dunque, devono essere desunti anche da questi materiali normativi, oltre che, ovviamente, dalle leggi nazionali che hanno implementato le direttive. Va detto, peraltro, che, in questo ambito, gli arbitri sarebbero esonerati dall'applicazione di normative che garantiscono tutele che non hanno rango costituzionale. È questo il caso, ad esempio, della reintegrazione di cui all'art. 18 dello statuto dei lavoratori⁹¹. Una certa discrezionalità, inoltre, potrebbe essere esercitata anche per le nozioni di giusta causa o un giustificato motivo. Probabilmente, l'unico limite sarebbe quello di non poter legittimare ipotesi di recesso così lievi che siano di fatto tali da rendere inefficace la regola comunitaria di una tutela contro il licenziamento ingiustificato. Se quelli indicati fossero i soli vincoli del giudizio equitativo, gli arbitri conserverebbero un margine di discrezionalità di una certa ampiezza, con distinzioni a seconda dei casi (ad esempio essa sarebbe minima nell'ambito della tutela antidiscriminatoria e assai ampia per i licenziamenti, dove, di fatto, si potrebbe disapplicare la normativa in tema di reintegrazione).

L'equità, peraltro, deve rispettare le norme di ordine pubblico, che si identificano con i principi basilari della nostra Costituzione o comunque con quelle disposizioni che tutelano i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento. Tra queste, ad esempio, quello «di non essere licenziati senza un valido motivo...»⁹². Inoltre non possono essere violati i principi generali dell'ordinamento che, secondo la Corte costituzionale, si identificano con gli orientamenti e le direttive di carattere generale e fondamentale desumibili dall'intero sistema delle norme e costituenti il tessuto dall'ordinamento giuridico vigente⁹³. Si

⁹⁰ R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 21, nt. 70, che riprende l'opinione di D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 31 – 32.

⁹¹ Cfr. Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in *Dejure*, www.dejure.it, pp. 4 – 5. E tale aspetto è stato subito sottolineato da A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 44; Id., *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 127. Tra l'altro, la giurisprudenza ha affermato che l'art. 18 dello statuto dei lavoratori non è norma di ordine pubblico (Cass. 11 novembre 2002, n. 15822; Cass. 9 maggio 2007, n. 10549).

⁹² Cass. 19 luglio 2007, n. 16017. La prima parte della decisione è confermata anche da Cass. 22 febbraio 2006, n. 4040. In senso analogo R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 21. Sulla tutela contro il licenziamento ingiustificato quale principio comunitario inderogabile v. R. Del Punta, *op. ult. cit.*; V. Speziale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 149; M.T. Carinci, *Clausole generali...*, cit., p. 14.

⁹³ Corte Cost. 15 giugno 1956, n. 6, in www.cortecostituzionale.it, p. 4; Corte Cost. 12 dicembre 1988, n. 1107, in www.cortecostituzionale.it, p. 4 (con numerose altre pronunce)

tratta di concetti molto vaghi che garantirebbero comunque agli arbitri una ampia libertà di giudizio.

Un rilievo ben diverso deve essere attribuito alle parole «principi regolatori della materia». Questa formulazione, definita anche «un'araba fenice»⁹⁴, ha dato vita ad un ampio dibattito, con opinioni diverse⁹⁵. Tra queste, peraltro, vi è un consistente indirizzo interpretativo che identifica tali principi con le norme positive, sia sul piano degli elementi costitutivi che su quello degli effetti e la cui disapplicazione finirebbe per stravolgere le linee individuanti della materia in esame⁹⁶. Questa interpretazione, a mio avviso, si avvicina molto a quanto definito dalla giurisprudenza in questo campo. Per questa ragione è opportuno riepilogare le vicende più recenti nella evoluzione giurisprudenziale per comprendere meglio di cosa si stia parlando.

La dizione «principi regolatori» era stata introdotta per il giudice conciliatore dalla legge n. 399/1984, che aveva modificato l'art. 113, comma 2, c.p.c. Su tale formulazione si era formato in giurisprudenza un contrasto interpretativo, che è stato risolto da Cass., Sez. Un., 15 giugno 1991, n. 6794, poi confermato da altre decisioni a Sezioni Unite⁹⁷. La Cassazione ha affermato che: a) il giudizio di equità é di «diritto» in quanto presuppone la «normale qualificazione giuridica dei fatti e (la) valutazione giuridica delle loro conseguenze», senza potersi ridurre alla «intuizioni soggettiva del giudicante che trova nella propria coscienza le regole non scritte per risolvere il singolo caso»; b) la «materia» è quella relativa al rapporto giuridico dedotto in giudizio; c) i «principi regolatori» non sono né «l'insieme delle norme materiali non formalizzate che

e che qualifica i concetti sopra descritti come espressione di una «giurisprudenza costante di questa Corte».

⁹⁴ D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 30.

⁹⁵ Per un riepilogo delle diverse interpretazioni cfr. R. Martino, *Giudizio equitativo...*, cit., p. 967 ss. e gli altri autori citati nella nt. 88; R. Martino, *Poteri equitativi del giudice e giudizio di impugnazione*, in R. Martino (a cura di), *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 245 ss.; A. O. Comez, I. Ferranti, *Art. 113 c.p.c.*, in N. Picardi (a cura di), *Codice di Procedura Civile*, I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 839 ss.; I. Ferranti, *Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e le conseguenze sul piano processuale della riconciliazione fra diritto ed equità operata dalla Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2922 ss.; E. Grasso, *Equità (giudizio)*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. civ.*, 1991, VII, Utet, Torino, 1991, p. 472; B. Sassani, *Art. 113 c.p.c.*, in C. Consolo, F. Luiso, B. Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 68 (a questi autori si rinvia per le indicazioni bibliografiche).

⁹⁶ V., tra gli altri, A. Cerino Canova, *Principio di legalità e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1985, p. 32; E. Grasso, *Equità...*, cit., p. 472; L. Di Nanni, G. Fusco, G. Vacca, *Giudizio civile innanzi al conciliatore e competenza del pretore nella legge 399/1984*, Jovene, Napoli, p. 37.

⁹⁷ Cass. n. 6794/1991 in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1965 ss. Le altre decisioni sono Cass., Ss. Uu., 11 novembre 1991, n. 12014; Cass., Ss. Uu., 30 dicembre 1991, n. 14016.

regolano la materia», né si identificano «soltanto con gli istituti generali (il contratto; la responsabilità civile; la proprietà)...» d) essi vanno individuati nelle norme di diritto «costituenti le linee guida della sua disciplina, senza le quali quel tipo di rapporto non sussiste...». Si tratta delle «norme fondamentali relative al rapporto controverso», delle «linee essenziali caratterizzanti la disciplina della materia». In un secondo momento la formula «principi regolatori della materia» è stata abrogata e si è riproposto il contrasto giurisprudenziale sull'art. 113 c.p.c. Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 15 ottobre 1999, n. 716, hanno fornito una risposta. In base ad un'interpretazione letterale del nuovo testo dell'art. 113, la decisione ha sostenuto che il giudice di pace era abilitato ad esercitare una equità sostitutiva e non correttiva, fondata su giudizio intuitivo «e non di tipo sillogistico, perciò non richiedente la preventiva individuazione della norma astratta applicabile al caso concreto»⁹⁸. Vi era dunque un evidente rovesciamento integrale della precedente interpretazione. Questo nuovo indirizzo si è consolidato in modo tale da costituire un «diritto vivente» ed è stato sottoposto al giudizio della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 206/2004, lo ha risolto nel senso sopra descritto. La Corte, in particolare, ha ripristinato l'equità integrativa confermando l'interpretazione delle Sezioni Unite del 1991. E non è un caso che l'attuale art. 339 c.p.c. prevede che le sentenze del giudice di pace sono impugnabili per violazione «dei principi regolatori della materia»⁹⁹.

La lettura di questo percorso giurisprudenziale consente di fare giustizia dei molti tentativi di bypassare, attraverso l'equità, le norme inderogabili. E non è un caso che alcuni processual civilisti, nel commentare la riforma, si siano immediatamente espressi nella permanenza del vincolo della inderogabilità¹⁰⁰. Infatti, è evidente che si è tornati ai rigidi limiti del potere equitativo che erano stati definiti dalla Cassazione con la sentenza n. 6794/1991. D'altra parte, una lettura dalla casistica giurisprudenziale dimostra chiaramente quanto si sta sostenendo. Sono considerati «principi regolatori» i modi di estinzione delle obbligazioni e le regole in tema di adempimento e responsabilità per

⁹⁸ Cass., Ss. Uu., 15 ottobre 1999, n. 716, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3246.

⁹⁹ Elemento, questo, che dimostra come non vi sia sostanziale differenza tra «principi informativi» e «principi regolatori», come si può desumere dalla stessa motivazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 206/2004 (cit., p. 5). Su tale aspetto v. R. Martino, *Giudizio equitativo...*, cit., p. 963.

¹⁰⁰ V., ad es., G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 51. In senso conforme anche R. Donzelli, *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 134. *Contra* R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 20 ss.; A. Corvino, M. Tiraboschi, *La risoluzione arbitrale...*, cit., pp. 125 – 126; Id., *L'arbitrato...*, cit., p. 43 ss.; S. Boccagna, *L'arbitrato...*, cit., pp. 146 – 147.

inadempimento; il danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c.; l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile quale mezzo di esonero dalla responsabilità del debitore; la tutela dell'affidamento e della buona fede nei contratti; il principio di protezione del consumatore ed in particolare il diritto di recesso nei casi di «vendita porta a porta» e molte altre ipotesi ancora¹⁰¹. Sono esclusi da tale ambito le regole che non costituiscono i «canoni fondamentali che ispirano la disciplina dell'istituto»¹⁰².

Le conclusioni che si possono trarre da questi interventi giurisprudenziali mi sembrano chiari. La fattispecie normativa astratta «nei suoi elementi essenziali e non (secondari), costituisce il limite invalicabile per la determinazione, in via equitativa, delle conseguenze giuridiche». Pertanto, il vincolo dei principi regolatori non viene superato soltanto quando la sentenza del giudice di pace determina «un'alterazione dei soli elementi di dettaglio della fattispecie normativa»¹⁰³. Ed ovviamente queste conclusioni sono estensibili alle nuove forme arbitrali, perché le nuove disposizioni richiamano espressamente la formulazione oggi codificata nell'art. 339 c.p.c.

In questo contesto non sono certamente modificabili le norme definite come «"portanti" della materia», quali la disposizione sulla subordinazione (art. 2094), quella sulla professionalità (art. 2103), sulla sicurezza (art. 2087), quelle che limitano i poteri imprenditoriali per fini di tutela e libertà del lavoratore (racchiuse nel Titolo I dello statuto lavoratori), le norme sulla tutela antidiscriminatoria o di protezione della malattia, della maternità e così via¹⁰⁴.

Inoltre, anche la reintegrazione di cui all'art. 18 dello statuto non può essere disattesa¹⁰⁵. Essa, infatti, nell'ambito della stabilità reale, costituisce la «linea guida della disciplina», la «norma fondamentale» che caratterizza la materia e senza la quale «quel tipo di rapporto non sussiste»¹⁰⁶. La reintegra nel posto di lavoro è senza dubbio un istituto a sé stante e costituisce quindi «l'oggetto normativo» rispetto al quale devono essere individuati i «principi regolatori». Si è sottolineato, infatti, che la «materia», a cui essi si riferiscono, coincide con i singoli istituti

¹⁰¹ Cfr. le numerose sentenze citate da M. Montanari, L. Baccaglioni, *Art. 113 c.p.c.*, in C. Consolo (diretto da), *Codice...*, cit., I, p. 1331 ss.; A. O. Comez, I. Ferranti, *Art. 113 c.p.c.*, in N. Picardi (a cura di), *Codice...*, cit., p. 840 ss.

¹⁰² Cass. 26 marzo 2009, n. 7372.

¹⁰³ R. Martino, *Giudizio equitativo...*, cit., p. 995.

¹⁰⁴ R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 21.

¹⁰⁵ *Contra*, R. Del Punta, *op. ult. cit.*, pp. 21 – 22; A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 44.

¹⁰⁶ Cass., Ss. Uu., 15 giugno 1991, n. 6794, cit.

giuridici¹⁰⁷ e quindi con un oggetto comunque dotato di una sua autonomia concettuale e regolamentare¹⁰⁸. Nel Diritto del lavoro nessuno può dubitare che la disciplina degli effetti del recesso abbia queste caratteristiche, tanto da essere regolata da disposizioni inderogabili distinte da quelle relative alla giusta causa e giustificato motivo. Pertanto, è all'interno dell'art. 18 che va individuata la «norma fondamentale», che deve necessariamente coincidere con la reintegrazione e gli altri aspetti determinanti dell'istituto. In questo contesto, non procedere alla ricostituzione *ex tunc* del rapporto ed alla riammissione in azienda del lavoratore significherebbe stravolgere un «elemento essenziale e non di dettaglio» dell'istituto e trasformare un regime giuridico - di carattere restitutorio e satisfattivo - in uno meramente risarcitorio. Poco importa, dunque, che l'art. 18 non esprima una tutela di rango costituzionale. Sono i «principi regolatori» ad impedirne la disapplicazione, al contrario di quanto sostenuto da alcuni autori¹⁰⁹. Mentre, viceversa, il risarcimento del danno «commisurato» alla retribuzione globale di fatto potrebbe essere ridotto (ma anche aumentato) alla stregua di una valutazione equitativa «integrativa», che peraltro non potrebbe arrivare a negare (o a ridurre in modo assai rilevante) le somme dovute, in quanto altrimenti si violerebbe in questo modo un carattere «essenziale» dell'istituto.

Nel trasferimento individuale di un lavoratore, gli arbitri non potrebbero giustificare la mobilità del lavoratore in assenza delle esigenze tecniche od organizzative, perché in caso contrario la disciplina dell'art. 2103 verrebbe ad essere radicalmente trasformata nel suo contenuto. Inoltre essi non potrebbero stabilire che le ferie possono essere inferiori a quattro settimane (art. 10 del d.lgs. 66/2003) perché anche in questo caso stravolgerebbero nella sua struttura fondamentale un istituto legale di derivazione comunitarie e costituzionale. Queste conclusioni sono ovviamente estensibili anche alle norme dei contratti collettivi sia nei casi di esercizio delegato di poteri normativi spettanti alla legge (si pensi all'integrazione delle fattispecie della somministrazione a tempo indeterminato o alla determinazione del periodo di comporto previsto dall'art. 2110 c.c.). Sia quando esse completano la disciplina legale in modo tale da costituirne una componente essenziale.

¹⁰⁷ Cass. 20 marzo 1996, n. 2369 (in motivazione); Cass. 20 ottobre 1994, n. 8883; Cass. 18 febbraio 1991, n. 1701.

¹⁰⁸ E. Grasso, *Equità...*, cit., p. 472.

¹⁰⁹ V. gli autori citati *supra*. Tra l'altro, in questo contesto, non sarebbe neanche possibile trasformare la stabilità obbligatoria in reale (disponendo in questo caso la reintegra: R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 22). Anche in questa ipotesi si stravolgerebbe un elemento essenziale di una disciplina, quella dell'art. 8 della l. 604/1966, che esclude qualsiasi effetto ricostituivo del vincolo contrattuale.

Gli esempi potrebbero continuare. A me sembra che in questo contesto di sistema derivante dal «diritto vivente» in materia, il potere equitativo si riduca a ben poca cosa ed operi particolarmente sul piano risarcitorio o su aspetti secondari della normativa, consentendo una modulazione degli effetti di «dettaglio» scaturenti dalle norme di diritto. Non è un caso che un commentatore certamente non ostile nei confronti della riforma, nel sottolineare le caratteristiche del giudizio secondo diritto o secondo equità (nei limiti imposti dalla riforma), affermi che «il risultato dei due modelli di decisione, nella sostanza, tenderà a coincidere»¹¹⁰. Un'osservazione, questa, che, oltre ad essere pienamente condivisibile, potrebbe costituire un elemento di ulteriore disincentivo all'utilizzazione dell'arbitrato, in considerazione soprattutto del fatto di non avere la garanzia di un collegio dotato di una competenza tecnica mediamente corrispondente a quella di un giudice ordinario, in un contesto decisionale caratterizzato dagli stessi limiti giuridici della giurisdizione statale o comunque da vincoli non molto diversi.

9. La clausola compromissoria

La vera novità che potrebbe garantire l'effettiva estensione dell'arbitrato alle controversie di lavoro è costituita dalla possibilità di scegliere la giustizia arbitrale tramite una clausola inserita nel contratto individuale di lavoro. Si è già spiegato perché difficilmente, quando il conflitto è già in atto, il lavoratore accetterà di utilizzare gli arbitri, soprattutto se la normativa in materia è incerta e può essere interpretata nel senso di attribuirgli una tutela sostanziale e processuale nettamente meno favorevole rispetto a quella ordinaria. Senza dimenticare che, a lite già insorta, proprio perché le parti sono in atteggiamento conflittuale, è assai difficile trovare un accordo su tale aspetto¹¹¹. Pertanto la nuova disciplina sulla clausola compromissoria è l'unica che può effettivamente assicurare il successo del nuovo istituto¹¹². Le finalità «regressive» della riforma sono state già sottolineate anche dal Presidente della Repubblica: utilizzare un momento di forte «debolezza contrattuale» del lavoratore per imporgli un arbitrato equitativo sottratto al vincolo delle norme inderogabili (v. *retro* § 3 e 6) e senza possibilità di successivi ripensamenti. Infatti, in base alle regole generali in materia, a meno che

¹¹⁰ G. Proia, *Le clausole compromissorie...*, cit., p. 145.

¹¹¹ C.A. Nicolini, *Altre modalità...*, cit., p. 197.

¹¹² C.A. Nicolini, *op. ult. cit.*, pp. 196 – 197. Conf. P. G. Alleva, *Per una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori*, in q. *Riv.*, 2010, I, pp. 365 – 366 (a condizione, peraltro, che al lavoratore, nonostante la sottoscrizione della clausola, sia data la possibilità di «ripensamento» con facoltà di adire l'autorità giudiziaria); R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 23.

non vi sia un'espressa previsione legislativa (come era stabilito nell'art. 808, comma 2, c.p.c. prima della riforma del 1994) la sottoscrizione della clausola compromissoria determina la definitiva impossibilità di poter utilizzare la giustizia ordinaria¹¹³. E questa è la situazione oggi disciplinata dall'art. 31, comma 10, della l. 183/2010.

Le censure del Presidente della Repubblica, che ha sollevato problemi anche di carattere costituzionale, hanno determinato alcune modifiche della normativa originaria che devono essere esaminate. Prima di analizzarle è opportuno ricordare quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale. Essa ha affermato che «la giustizia per arbitri dà risultati particolarmente soddisfacenti quando le parti si trovano in una posizione di relativo equilibrio»¹¹⁴. Il che non avviene nel rapporto di lavoro, dove vi sono due soggetti di forza economicamente diversa che non hanno i medesimi poteri contrattuali. E questo spiega la necessità di sostenere l'arbitrato in modo da garantire che questo squilibrio venga eliminato o ridotto, anche e soprattutto nella fase di accesso alla giustizia arbitrale.

L'arbitrato con clausola compromissoria non si applica alle «controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro», con un termine ampio che include tutte le ipotesi di licenziamento, ma anche di dimissioni o di risoluzione per mutuo consenso. Le ragioni di questa esclusione sono state già esaminate (v. *retro* § 2). Qui va osservato che, se l'arbitrato assicurasse al lavoratore le medesime garanzie della giurisdizione ordinaria, non si capirebbe per quale motivo non vi dovrebbe essere la sua estensione anche ai casi non contemplati. La ragione è che il legislatore intende offrire un duplice livello di garanzie processuali e sostanziali: pieno per le ipotesi di cessazione del contratto, più ridotto per le altre controversie, che pure attengono a tutti gli aspetti (alcuni molto delicati) connessi alla gestione del rapporto di lavoro¹¹⁵. Vi è qui l'implicita ammissione che il giudizio arbitrale, almeno nelle intenzioni, non è come un processo ordinario. E questo spiega in modo chiaro, se ancora ve ne era bisogno, le vere finalità della riforma.

Le nuove disposizioni introdotte dal comma 10 dell'art. 31 della l. 183/2010 pongono numerosi problemi interpretativi che non posso

¹¹³ Infatti la stipula del compromesso o della clausola configura «...una rinuncia all'esperimento dell'azione giudiziaria e alla giurisdizione dello stato...» (Cass. 3 aprile 2008, n. 8531; Cass. 30 maggio 2007, n. 12684: giurisprudenza costante), a meno che non vi sia «...una diversa norma di legge o convenzione internazionale...» (Cass. 21 ottobre 2009, n. 22236).

¹¹⁴ C. Cost. 4 luglio 1977, n. 127, in www.cortecostituzionale.it, p. 5.

¹¹⁵ Tra l'altro G. Ferraro (*La composizione stragiudiziale delle controversie nel «Collegato lavoro»*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, p. 323) sottolinea come si è determinata una situazione di «difficoltà di trattamento rispetto a diritti del lavoratore che hanno uguale o maggiore dignità giuridica».

analizzare compiutamente. Mi soffermerò soltanto su alcune delle questioni più rilevanti. Un primo aspetto fondamentale riguarda il carattere realmente facoltativo dell'arbitrato introdotto tramite la clausola compromissoria inserita nel contratto di lavoro. La Corte Costituzionale, con numerose sentenze che costituiscono un vero e proprio «diritto vivente», ha affermato che «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti», in mancanza della quale non sarebbe consentito la deroga ai principi di cui all'art. 24 e 102, comma 1, Cost. Pertanto «la "fonte" dell'arbitrato non può... ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa» (corsivo nostro)¹¹⁶. Quest'ultimo aspetto è stato sottolineato anche da altre decisioni, che hanno messo in evidenza come la libertà di scelta deve essere effettiva, tanto da penalizzare meccanismi legali che, pur essendo fondati sul consenso delle parti, determinavano una «apparente facoltatività bilaterale dell'opzione» arbitrale¹¹⁷.

Si è sostenuto che la riforma garantirebbe la libertà di scelta del lavoratore perché: a) vi è la necessità dalla contrattazione collettiva che autorizzi la clausola compromissoria; b) il dipendente, al momento della stipula della clausola, è sostenuto dal supporto della Commissione di certificazione, dinanzi alla quale può farsi assistere anche da un legale di fiducia o da un rappresentante sindacale; c) la sottoscrizione della clausola può essere effettuata solo alla fine del periodo di prova o dopo 30 giorni dall'assunzione in mancanza del patto di cui all'art. 2096 c.c.¹¹⁸.

Per quanto attiene all'autonomia collettiva, essa può forse incidere sui contenuti dell'arbitrato e sulle materie ad esso riservate. Tuttavia, il contratto collettivo non può mai surrogare la libertà individuale della scelta arbitrale, che attiene alla posizione del singolo di fronte al maggior potere economico e giuridico del datore di lavoro ed è condizionato dalla sua situazione di «debolezza» di cui si è già parlato (v. *retro* § 3). L'attività delle parti sociali non può certo eliminare l'alternativa

¹¹⁶ Corte Cost. 14 luglio 2007, n. 127, cit., p. 4. Su tale questione v. G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 53.

¹¹⁷ Corte Cost. 9 maggio 1996, n. 152, in *Dejure*, www.dejure.it, pp. 3 – 4. La non obbligatorietà dell'arbitrato è confermata da giurisprudenza costante: Corte Cost. n. 488/1991, 49/1994, 206/1994, 232/1994, 54/1996, 381/1997, 325/1998, 221/2005. Sulla illegittimità dell'arbitrato obbligatorio v., per tutti, D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 7 – 8; M. Curti, *L'arbitrato irrituale*, Utet, Torino, 2005, p. 173 ss.; G. Costantino, *op. ult. cit.*, p. 53 ss.

¹¹⁸ L. Antonini, G. Canavesi, *Brevi considerazioni su alcune questioni di costituzionalità della disciplina dell'arbitrato*, in *Collegato...*, cit., p. 55 ss.; A. Corvino, M. Tiraboschi, *L'arbitrato...*, cit., p. 48 ss.; Id., *La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 127 ss.; G. Proia, *Le clausole compromissorie...*, cit., p. 140 ss.; A. Vallebona, *Il Collegato lavoro...*, cit., p. 908; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 7 ss.

tra disoccupazione (o occupazione «sgradita» al datore di lavoro con tutte le possibili ritorsioni nella gestione del rapporto) e accettazione della clausola, come subito si dirà in seguito. Questa situazione, tra l'altro, si verificherebbe anche nel caso in cui il contratto collettivo imponesse il rispetto delle norme inderogabili. Il lavoratore, infatti, sarebbe in ogni caso costretto ad accettare un giudizio svolto da arbitri che, come si è spiegato, non necessariamente possiedono le competenze tecniche di un giudice ordinario (oltre alla possibile rinuncia a tutte le garanzie derivanti dalle regole processuali degli artt. 413 ss. c.p.c). Senza dimenticare che il rinvio all'equità da parte della contrattazione - pur nei limiti sopradescritti (v. § 8) - lascia margini di ambiguità e di incertezza sui contenuti e l'estensione di questo tipo di giudizio. Pertanto, in questo contesto, il lavoratore potrebbe non voler scegliere l'arbitrato, con una situazione certo non rimuovibile (ed anzi determinata!) dalle previsioni del contratto collettivo che autorizza la valutazione equitativa.

Il ruolo della Commissione di certificazione è stato sottolineato autorevolmente dal Presidente della Repubblica. L'organo potrebbe solo «prendere atto» della volontà del lavoratore di sottoscrivere la clausola, ma certo non può incidere sulla sua condizione personale (v. *retro* § 2 e 3). In definitiva la Commissione potrebbe rimuovere le asimmetrie informative ed incrementare la capacità di agire del lavoratore, ma la sua decisione non sarebbe mai realmente «voluta», perché condizionata da una situazione di soggezione economica che certamente non può essere rimossa da un sostegno qualificato alla sua volontà¹¹⁹. In questo contesto, sindacalista ed avvocato potrebbero fare ben poco. Ed anzi, se svolgessero un ruolo fortemente attivo sottolineando i rischi e le conseguenze derivanti dalla sottoscrizione della clausola compromissoria, essi potrebbero pregiudicare gli interessi del lavoratore, esposto a possibili reazioni dell'altra parte che potrebbero incidere sulla stessa esistenza del contratto o, comunque, rendere assai più difficile la sua futura gestione. Il che spingerà ad un'assistenza solo... formale e non sostanziale, per evitare guai peggiori al dipendente!

Tuttavia, si obietta, adesso la situazione è completamente diversa. La clausola compromissoria non viene più sottoscritta al

¹¹⁹ Si vedano le puntuali osservazioni di L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti...*, cit., p. 23; A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., p. 8; G. Ferraro, *La composizione stragiudiziale...*, cit., pp. 323 – 324; T. Treu, *Per una tutela effettiva...*, cit., p. 362; P.G. Alleva, *ivi*, p. 364. Diversa la posizione di S. Centofanti, *La certificazione...*, cit., p. 37 ss., secondo il quale una compiuta e dettagliata informazione da parte dell'organo di certificazione su tutte le caratteristiche (giuridiche ed economiche) dell'arbitrato sarebbe in grado di garantire una «volontà effettiva» del lavoratore. L'autore non coglie che la condizione di debolezza contrattuale non ha nulla a che vedere con la completezza dell'informazione.

momento dell'assunzione (quando vi è una «ovvia» - secondo le parole del Capo dello Stato - debolezza contrattuale), bensì in epoca successiva, a rapporto ormai in atto, quando il *metus* del lavoratore sarebbe sparito. Mi sembra evidente che questa modifica non elimina la debolezza contrattuale del lavoratore. Infatti:

a) nei rapporti non assistiti da stabilità reale, la relativa facilità con cui è possibile licenziare (senza reintegra ed a costi molto contenuti) costituisce un forte deterrente per il lavoratore a contrastare la volontà del datore di lavoro di introdurre la clausola compromissoria¹²⁰;

b) nei contratti a termine (o comunque precari), la speranza di ottenere il rinnovo del contratto o l'assunzione a t. indeterminato escluderanno qualsiasi possibilità di opporsi alla volontà del datore di lavoro di imporre l'arbitrato¹²¹;

c) in presenza di stabilità reale, il lavoratore è sicuramente dotato di una maggiore forza di resistenza. Tuttavia: quando un rapporto è appena iniziato, quale dipendente se la sentirà di opporsi alla richiesta dell'imprenditore di devolvere le future controversie ad arbitri? In questo caso, infatti, il lavoratore avrebbe il timore che questo rifiuto non sarebbe apprezzato e di poter quindi subire le innumerevoli ritorsioni "indirette" (non consistenti cioè in discriminazioni palesi, violazioni di norme imperative ecc.) che il datore di lavoro è in grado di operare nei confronti di un dipendente «non gradito»¹²².

Le modifiche introdotte, dunque, non sono sicuramente in grado di restituire al lavoratore la propria libertà di scelta sia nei rapporti tutelati dalla stabilità obbligatoria, sia in quelli precari. Dove si applica l'art. 18 dello statuto dei lavoratori la manifestazione di volontà è soltanto meno condizionata, ma certo non vi è una libertà piena per le ragioni già spiegate. Si tenga presente, da questo punto di vista, che, anche per i rapporti assistiti da stabilità reale, questa condizione di inferiorità è codificata durante la vigenza del rapporto per quanto attiene al regime di impugnazione delle rinunzie e transazioni (a cui fa espressamente riferimento il Messaggio Presidenziale come dimostrazione della necessità di "assicurare una adeguata tutela del contraente debole"). Questo significa che neanche una disciplina «forte» contro i licenziamenti

¹²⁰ Avevo già espresso questa opinione in V. Speciale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 158 ss. In senso analogo L. de Angelis, *Collegato lavoro...*, cit., p. 15; P.G. Alleva, *Per una tutela effettiva...*, cit., p. 364; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., p. 10; R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 27 ss.

¹²¹ Così anche L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti...*, cit., p. 23; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, op. ult. cit., p. 10.

¹²² A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., sottolinea che una «adeguata tutela estintiva» è «indubbiamente importante ma non esaustiva» (p. 8).

restituisce al lavoratore l'effettiva libertà contrattuale e/o dispositiva. Né è possibile sostenere che l'assistenza qualificata renderebbe legittima la clausola compromissoria così come consente di effettuare rinunce e transazioni valide nel corso del rapporto di lavoro. In questo modo, infatti, si confonderebbero ancora una volta due aspetti completamente diversi. Il primo che attiene alla disposizione del futuro contenuto sostanziale del rapporto di lavoro (se, ad esempio, non si applicheranno, in caso di lite, le norme inderogabili di legge o di contratto collettivo) o alla rinuncia alle garanzie tipiche della giurisdizione ordinaria per una controversia solo potenziale. Il secondo relativo alla disponibilità di singoli diritti già acquisiti al proprio patrimonio giuridico. Due situazioni che, come si è già detto non sono omologabili per una pluralità di ragioni (v. *retro* § 3 e 4)¹²³.

A mio giudizio, dunque, lo spostamento nel tempo del momento in cui può essere sottoscritta la clausola compromissoria non è in grado di rimuovere il condizionamento sostanziale della "libertà" negoziale del lavoratore. Questa situazione e le altre ragioni già indicate confermano che la scelta all'arbitrato non sarebbe in queste ipotesi effettiva, ma espressione di «una volontà autoritativa» e di un consenso solo «apparentemente facoltativo», secondo i principi espressi dalla Corte Costituzionale. Ne deriverebbe un evidente profilo di incostituzionalità¹²⁴. L'illegittimità costituzionale potrebbe essere superata soltanto se la normativa vigente venisse interpretata in modo tale da consentire, anche dopo la sottoscrizione della clausola certificata, di adire l'autorità giudiziaria. Questa tesi, peraltro, non mi sembra trovi conforto nella legge. La riforma, infatti, lascia alle parti la libertà di scegliere tra arbitrato e tutela giurisdizionale, come dimostra il riferimento alla «possibilità» del giudizio arbitrale (art. 31, comma 10, l. 183/2010; art. 412, comma 1, c.p.c) ed alla salvezza della «facoltà di ciascuna delle parti di adire l'autorità giudiziaria» (art. 412 quater c.p.c). Tuttavia, la legge non sembra consentire ripensamenti dopo che la volontà di deferire la controversia agli arbitri sia stata espressa dinanzi alla Commissione di certificazione. E questa conclusione è rafforzata dalla mancanza di una chiara previsione in tal senso, in una disposizione (art. 31, comma 10)

¹²³ Conclusione, questa, sicuramente valida anche per i profili processuali. Infatti, senza voler negare a priori la possibilità per il lavoratore, con una clausola compromissoria, di definire ad arbitri una possibile controversia, non vi è dubbio che una simile manifestazione di volontà, relativa al futuro regime giuridico di un contenzioso non ancora in atto, non può essere paragonata – per le ragioni già spiegate – all'atto dispositivo di singoli diritti già acquisiti.

¹²⁴ *Contra* R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 25 ss. (seppure con qualche dubbio).

che è invece molto esauriente nel definire i limiti di validità della clausola compromissoria¹²⁵.

La clausola compromissoria potrebbe inoltre essere considerata come una forma di derogabilità assistita. Questa ipotesi potrebbe verificarsi qualora si ritenesse che il rinvio all'equità consentirebbe di bypassare norme inderogabili di legge (come l'art. 18 dello statuto dei lavoratori) o anche di contratto collettivo. La tesi è stata da me contestata (v. § 8). Tuttavia, se l'interpretazione da me criticata dovesse essere accolta, vi sarebbe un ulteriore profilo di illegittimità del comma 10 dell'art. 31 della l. 183/2010. Infatti la clausola costituirebbe un accordo che, con il ricorso al giudizio equitativo, consentirebbe in modo indiretto di abdicare alla possibile futura applicazione di diritti derivanti da norme inderogabili¹²⁶. Tale particolare forma di derogabilità assistita sarebbe illegittima per le ragioni già analizzate, sia in relazione ai diritti di origine costituzionale e comunitaria (per i quali vi è una «indisponibilità assoluta» vincolante anche per il legislatore), sia per il «diritto vivente» relativo all'invalidità delle rinunzie e transazioni connesse a situazioni soggettive non ancora entrate nel patrimonio giuridico del lavoratore (v. § 4). Tra l'altro neanche il sostegno della Commissione di certificazione (o l'ausilio di un avvocato e/o di un sindacalista) potrebbero risolvere il problema, perché la giurisprudenza sopra descritta si riferisce ad ipotesi di atti abdicativi o transattivi effettuati con l'assistenza di un funzionario pubblico o del sindacato ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2113. E, nonostante tale situazione, queste sentenze negano che la capacità dispositiva connessa a diritti futuri possa essere validamente espressa per effetto di un'assistenza qualificata alla volontà del lavoratore.

Le conclusioni indicate sono state fatte proprie da molti commentatori, anche perché l'esplicito riferimento della legge, in relazione agli effetti dell'arbitrato, all'art. 2113, u. c., c.c. dimostra che il legislatore non ha voluto minimamente mutare l'assetto della giurisprudenza già analizzata. Quest'ultima, infatti, considera valide solo le rinunzie e transazioni di diritti già esistenti, mentre afferma la radicale nullità degli atti abdicativi e transattivi che incidono sul momento genetico di un diritto non ancora acquisito¹²⁷.

¹²⁵ G. Costantino, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., p. 53 ss. esclude la possibile incostituzionalità dell'art. 31, comma 10, perché ritiene che la lettura di questa disposizione, insieme a quanto previsto dagli artt. 412, comma 1, e 412 quater, comma 1, c.p.c., consentirebbe sempre alle parti di adire l'autorità giudiziaria. Non mi sembra che questa sia una possibile lettura della disposizione.

¹²⁶ Rinvio a V. Speciale, *La riforma della certificazione...*, cit., p. 148 ss. e p. 159.

¹²⁷ Su tale aspetto v. *retro* il § 4. La sottoscrizione della clausola compromissoria poco dopo l'instaurazione del rapporto, e la sua potenziale attitudine a disporre di future situazioni soggettive, si traduce in una «inammissibile rinuncia preventiva del lavoratore a tutti i

Le obiezioni descritte potrebbero essere superate soltanto se, con la clausola compromissoria, si imponesse agli arbitri un giudizio secondo diritto, con l'obbligo di applicare necessariamente le norme inderogabili di legge e di contratto collettivo. Oppure se venisse accolta l'opinione secondo la quale le norme costituzionali, comunitarie e di ordine pubblico, i principi generali dell'ordinamento e quelli regolatori della materia sono tali da imporre comunque il rispetto delle norme imperative di legge o di contratto. In questo caso, infatti, non vi sarebbe l'effetto dispositivo di diritti futuri non consentito dall'ordinamento. Mentre il profilo di illegittimità si riproporrebbe nella stessa misura qualora si ritenesse che l'equità consentirebbe di non applicare disposizioni inderogabili (come l'art. 18 dello statuto dei lavoratori o l'art. 2103 c.c.). Oppure si sostenga che, fermo restando il vincolo del rispetto delle «linee guida della disciplina» e delle «norme fondamentali» che caratterizzano la materia, comunque l'equità consenta, rispetto alla giurisdizione statale, un più ampio potere derogatorio sugli effetti giuridici «secondari» scaturenti dalle norme di diritto (come, ad esempio, quelli risarcitori). In queste ipotesi, poiché si attribuirebbero agli arbitri poteri maggiori dei giudici ordinari e potenzialmente in grado di produrre effetti più negativi per i lavoratori, vi sarebbe una disposizione di situazioni soggettive non ancora acquisite tale da rendere invalida la clausola compromissoria.

Mi sembra evidente che la parte più importante della riforma in materia arbitrale si presti a numerose censure giuridiche. Occorre attendere e verificare se le questioni di illegittimità analizzate saranno tali da impedire una più ampia diffusione dell'arbitrato. A me sembra che essa, peraltro, sia fortemente condizionata da aspetti che ne potrebbero ostacolare una compiuta applicazione.

propri diritti» (S. Boccagna, *L'impugnazione...*, cit., p. 157) non legittimata dall'art. 2113, comma 4, c.c. Conf. A. Zoppoli, *Riforma della conciliazione...*, cit., pp. 11 - 12; D. Borghesi, *L'arbitrato...*, cit., pp. 14 - 15; R. Del Punta, *Opinioni sul «Collegato lavoro»...*, cit., pp. 22 - 23. Al contrario, pur sostenendo che l'ultimo comma dell'art. 2113 non può riferirsi a diritti non ancora acquisiti, A. Corvino e M. Tiraboschi affermano che l'arbitrato «non ha nulla a che vedere con la derogabilità assistita» (*La risoluzione arbitrale...*, cit., p. 122). Evidentemente questi a., che tra l'altro confermano la possibilità, per gli arbitri, di non applicare norme inderogabili di legge o di contratto collettivo (pp. 117 e 121), non hanno colto il profilo potenzialmente dispositivo della sottoscrizione della clausola compromissoria per future controversie.