



Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 215/2014

© Valerio Speziale 2014
Facoltà di Economia – Università di Chieti-Pescara
valeriospeziale@libero.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele^α

Valerio Speciale
Università degli Studi di Chieti-Pescara

1. Osservazioni preliminari. <i>Stare decisis</i> e funzione creativa della giurisprudenza.....	2
2. Effettività delle tutele e diritti fondamentali nel rapporto di lavoro.....	5
3. Segue. Il principio di effettività e la sua realizzazione nel processo del lavoro.	8
4. Processo del lavoro e mediazione dei conflitti individuali e collettivi.....	11
5. Certezza del diritto, "monetizzazione" delle posizioni giuridiche soggettive e sottrazione del controllo giurisdizionale.	13

^α Il testo è la rielaborazione della Relazione tenuta a Milano il 23 novembre 2012 nel Convegno "*Diritto e processo: rapporti ed interferenze*", organizzato dall'Università degli Studi di Milano "Bicocca".

1. Osservazioni preliminari. *Stare decisis* e funzione creativa della giurisprudenza.

Prima di analizzare il problema della effettività delle tutele nel processo del lavoro, mi soffermerò su alcune questioni preliminari, che hanno una diretta connessione con il tema studiato.

La prima è quella della accresciuta importanza, nel nostro sistema giuridico, del carattere vincolante del precedente giudiziario. Una chiara espressione di questo fenomeno è individuabile nella recente riforma dell'articolo 374, comma 3, c.p.c. Questa disposizione stabilisce che, qualora la Sezione semplice della Corte non condivida il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, deve rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Si è detto che la legge prevede un «vincolo negativo: non già obbligo di recepire l'interpretazione accolta dalle Sezioni Unite, bensì divieto di adottare una pronuncia con quest'ultima contrastante e contestuale obbligo di investire le Sezioni Unite, con un'ordinanza interlocutoria che ha il contenuto di *anticipatory overruling*, affinché siano queste a rimuovere il precedente che tale vincolo crea»¹. In questo caso, dunque, si afferma un principio di autorità e di gerarchia a favore delle Sezioni Unite, le cui statuizioni impongono un vincolo interpretativo a carico della stessa Suprema Corte, con l'esaltazione della funzione nomofilattica di questo organo collegiale². È interessante rilevare che, in relazione a quanto si dirà in seguito, si è negato che il terzo comma dell'art. 374 c.p.c. crei un meccanismo di *stare decisis*, perché il vincolo a non emettere una sentenza difforme è cosa diversa dall'obbligo di emanare una decisione conforme³.

¹ G. AMOROSO, *La giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione nel 2010 in materia di lavoro e previdenza sociale*, RIDL, II, 2011, 585 ss.. Sull'*anticipatory overruling* v. anche D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto*, Jovene, Napoli, 2008, 68, 94 ss.

² In tal senso G. AMOROSO, *Art. 374 c.p.c. - Pronuncia a sezioni unite*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 1, Cedam, 2009, 208. Sul secondo e terzo comma dell'art. 374 c.p.c. si rinvia anche al commento di M. DE CRISTOFARO, *Art. 374 c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Ipsoa, 2010, 1049 ss. (con altre indicazioni bibliografiche e rassegna delle diverse opinioni); D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., 34 – 35. La Corte Costituzionale ha recentemente affermato che il deferimento della decisione alle Sezioni Unite ha lo scopo di assicurare «il fondamentale valore rappresentato dalla omogeneità nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto» (C. cost. 27 gennaio 2011, n. 30, www.cortecostituzionale.it, 9, con commento di M. CROCE, *La «lunga marcia» del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale? (a proposito di Corte cost. n. 30/2011)*, CI, 4 - 5/2011, 847 ss.

³ F. P. LUISSO, *Il vincolo delle sez. semplici al precedente delle s.u.*, GI, 2003, 821. Altri hanno ribadito l'esistenza di un «vincolo negativo, una forma debole della regola dello «*stare decisis*»...» (G. AMOROSO, *op. ult. cit.*, 586).

Un'osservazione, quest'ultima, certamente condivisibile e che mette in evidenza la differenza tra questa riforma e quella subito dopo esaminata.

La seconda innovazione, che ha un'incidenza «sistemica» ancora più accentuata, è costituita dalla introduzione dell'art. 360 bis c.p.c. L'articolo prevede che «il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo». La finalità della disposizione è stata individuata nella necessità di creare un «filtro» che limiti l'accesso alla Suprema Corte, per deflazionare il contenzioso e restituire a quest'ultima la funzione di effettivo controllo di legittimità sull'applicazione della legge che è tipica di altri ordinamenti giuridici. Essa, inoltre, ha lo scopo di garantire una maggiore uniformità degli orientamenti giurisprudenziali⁴. La Cassazione, nell'interpretare la norma, ha affermato che «in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale» va attuato «un adeguato bilanciamento tra diritto delle parti al ricorso per cassazione per violazione di legge, affermato dall'art. 111 Cost., e concreta possibilità di esercizio della funzione di giudice di legittimità, garanzia a sua volta del principio di uguaglianza del cittadino di fronte alla legge (art. 3 Cost.). Adeguato bilanciamento conseguibile solo con un impiego economico della risorsa di questa articolazione della giurisdizione..» finalizzata a «consentire e non impedire la formazione di indirizzi interpretativi dotati, oltre che di persuasività, di tendenziale stabilità»⁵. I giudici di legittimità hanno poi affermato che l'inammissibilità prevista dall'art. 360 bis c.p.c. costituisce una forma di manifesta infondatezza e che pertanto «la Corte rigetta il ricorso, perché manifestamente infondato, se, al momento in cui pronuncia, la decisione di merito si presenta conforme alla propria giurisprudenza e il ricorso non prospetta argomenti per modificarla»⁶.

⁴ Sull'art. 360 bis si rinvia, tra gli altri, a A. BRIGUGLIO, *Art. 360 bis – Inammissibilità del ricorso*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., 51 ss.; E. SILVESTRI, *Le novità in tema di giudizio di cassazione*, in M. TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, 2010, 414 ss.; F. CARPI, *Il tormentato filtro al ricorso per Cassazione*, *CG*, 2009, 1443 ss.; A. PROTO PISANI, *Principio di eguaglianza e ricorso per cassazione*, *FI*, 2010, V, 65 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Art. 360 bis*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, cit., 830 ss.; G. COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, *FI*, 2009, V, 306; B. SASSANI – R. TISCINI, *Art. 360 bis*, in B. SASSANI – A. SALETTI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Utet, 2009, 162 ss.

⁵ Cass. 6 settembre 2010, n. 19051, DeJure, www.dejure.giuffrè.it, 6.

⁶ Cass. 6 settembre 2010, n. 19051, cit., 5. La Corte esprime queste parole quale «principio di diritto enunciato a norma dell'art. 363 cod. proc. civ., in tema di interpretazione dell'art. 360 bis cod. proc. civ., n. 1..»: 5. Su tale decisione si rinvia, tra gli altri, a A. CARATTA, *Il*

A me sembra che questa disposizione e l'interpretazione del suo contenuto sopra descritti introducano, nell'ordinamento italiano, un sistema simile allo *stare decisis* e trasformino la giurisprudenza della Cassazione, ed in particolare quella delle Sezioni Unite, da orientamento autorevole che non impone al giudice di conformarsi ad esso a precedente vincolante per il magistrato. Ovviamente questa conclusione, che introdurrebbe una vera e propria «rivoluzione» venendo ad incidere su una consolidata e diversa tradizione giuridica, viene da me formulata con prudenza e come base per una discussione più approfondita su una materia così delicata⁷.

In tempi più recenti si è ribadito che «benchè non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello "stare decisis", essa tuttavia costituisce un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente all'ordinamento, in base alla quale non ci si può discostare da una interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione nomofilattica, senza delle forti ed apprezzabili ragioni giustificative». Inoltre « la regola dello "stare decisis" è stata valorizzata anche dalla novella di cui alla L. 18 giugno 2009, n. 69 che, nell'introdurre nell'ordinamento l'art. 360 "bis" c.p.c. (che sancisce l'inammissibilità del ricorso quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa), ha accentuato maggiormente l'esigenza di non cambiare l'interpretazione della legge in difetto di apprezzabili fattori di novità (Cass. S.U. 5-5-2011 n. 9847), in una prospettiva di limitazione dell'accesso al giudizio di legittimità coerente con l'esercizio della funzione nomofilattica; è appena il caso di rilevare che il richiamo a tale ultima disposizione [...] viene valorizzato soltanto per evidenziare un ulteriore elemento di riscontro nell'ordinamento al principio sopra affermato sulla sussistenza di limiti oggettivi alla modificazione degli orientamenti

«filtro» al ricorso in Cassazione e la prima pronuncia delle Sezioni unite, TRECCANI.IT, www.treccani.it/Portale/sito/diritto, 1 ss.; C. CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato «stare decisis»: la prima ordinanza sull'art. 360-bis*, CG, 2010, 1405 ss.; G. SCARSELLI, *Circa il (supposto) potere della Cassazione di enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge*, FI, 2010, I, 3339; F. P. LUISO, *La prima pronuncia della cassazione sul c.d. filtro (art. 360 bis c.p.c.)*, *Judicium, Processo civile*, 27.09.2011, www.judicium.it, 1 ss.

⁷ Cfr. sul tema, se vuoi, V. SPEZIALE, *Le Sezioni Unite della Cassazione nel 2010 sul termine di impugnazione del licenziamento e sul deposito del testo del contratto collettivo*, in RIDL, II, 2011, 1003 ss. In questo scritto cerco di argomentare in modo approfondito le ragioni per cui ritengo che lo *stare decisis* sia oggi una caratteristica anche del ns. ordinamento giuridico.

giurisprudenziali del giudice di legittimità»⁸. Questa decisione, dunque, sembra confermare le linee evolutive del sistema nel senso di un più accentuato carattere vincolante del precedente giudiziario.

Un secondo aspetto di grande rilievo è quello della funzione «creativa» della giurisprudenza, che è notevolmente aumentata negli ultimi anni per le ragioni illustrate dai relatori che mi hanno preceduto ed anche per altri due fondamentali motivi. Il primo è la forte crescita del contenzioso, che amplia notevolmente l'intervento dei giudici e la loro influenza sulla società, attraverso un processo di «concretizzazione» della norma giuridica che ne condiziona in modo rilevante contenuti e sfera di applicazione. Il secondo motivo è che la giurisprudenza svolge sempre di più un ruolo di mediazione sociale, in sostituzione di soggetti (partiti politici, sindacati, associazioni di vario contenuto) che non riescono a comporre il conflitto tra gruppi in modo tale da trovare soluzioni ai problemi derivanti da una società sempre più complessa. In questo caso, dunque, la giurisprudenza assume un ruolo di «arbitraggio» di interessi economici e sociali, che la stimola a individuare regole specifiche di soluzione dei conflitti anche "oltre" i confini della norma giuridica che deve essere applicata, enfatizzando la sua funzione creativa.

2. Effettività delle tutele e diritti fondamentali nel rapporto di lavoro.

L'effettività delle tutele e la certezza del diritto sono due concetti fondamentali di teoria generale che certamente non posso analizzare nei loro profili strutturali. Assumo qui il concetto di "effettività" in senso classico, come idoneità del diritto ad essere concretamente applicato tramite strumenti giuridici che garantiscano questo obiettivo e la concreta realizzazione del "comando" contenuto nella norma⁹. Il problema della effettività assume un rilievo specifico nel Diritto del lavoro in considerazione della peculiarità delle posizioni soggettive interessate. In questo caso, infatti, oltre a situazioni di carattere patrimoniale, sono coinvolti diritti fondamentali che attengono alla persona e la cui lesione non può essere soddisfatta da un equivalente monetario (il danno) ma presuppone il ripristino della posizione soggettiva che è stata violata. Questo spiega perché la tutela in forma specifica e la reintegrazione del diritto leso assumano nel Diritto del lavoro una funzione determinante. In questo ambito, infatti, l'esecuzione della prestazione non è solo

⁸ Cass. 31 luglio 2012, n. 13620, DeJure, www.dejure.giuffrè.it, 4.

⁹ La nozione di effettività, peraltro, come tutte quelle di teoria generale del diritto, può assumere diversi significati. Per una analisi recente del problema v. N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Esi, Napoli, 2009.

l'adempimento di un obbligo contrattuale, ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio di suoi diritti fondamentali¹⁰.

Tale impostazione, coerente con una specifica lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sopranazionali¹¹, è stata accolta da importanti elaborazioni della nostra dottrina processualistica e lavoristica¹² ed anche dalle Sezioni Unite della Cassazione. La Corte, infatti, rileva come il risarcimento del danno è un rimedio utilizzato anche nel Diritto del lavoro ma non ne costituisce la regola, che va invece identificata nella reintegrazione in forma specifica. Quest'ultima è una tecnica fondamentale del nostro ordinamento giuridico, che, in coerenza con l'art. 24 Cost., vuole garantire «l'esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario»¹³. In questo contesto «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma». E questo anche in considerazione del fatto che «il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa al datore, ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36»¹⁴.

¹⁰ Su tali aspetti, v. V. SPEZIALE, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, a cura di M. BARBIERI – F. MACARIO, G. TRISORIO LIUZZI, Giuffrè, 2004, 88 ss. e, di recente, G. CANNATI, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, *DLRI*, 2012, 129 ss.

¹¹ G. CANNATI, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela*, cit., 132 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici e la critica al diverso indirizzo della Corte di Giustizia sull'effettività del rimedio risarcitorio nelle situazioni indicate nel testo.

¹² Oltre alle citazioni già fatte, con riflessioni talvolta fondate anche sul diritto comune dei contratti, si vedano, per tutti, S. MAZZAMUTO, *Ancora sul mobbing*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, 2007, 211 ss.; ID., *Un'introduzione al mobbing*, in *Il mobbing*, a cura di P. TOSI, Giappichelli, 2004, 23 ss. e nt. 45; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, 2004, 65 ss.; ID., *Diritto del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, *RIDL*, I, 2005, 489 ss.; A. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, cit., 40; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2001, 270 ss.; G. VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in AA.VV. *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, Giuffrè, 2001, 60 ss. (ma con qualche precisazione critica rispetto agli altri AA. cit.).

¹³ Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, www.dejure.giuffre.it, 7.

¹⁴ Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., 8. La sentenza segue l'impostazione della dottrina civilistica e lavoristica indicata nelle nt. precedenti ed è stata recentemente confermata nelle sue argomentazioni da Cass. 18 giugno 2012, n. 9965. Sulla coesistenza, nel Diritto del lavoro, di tecniche risarcitorie e ripristinatorie v. anche A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, *RIDL*, I, 2012, 564, nt. 12 (con riferimenti bibliografici).

Tale orientamento, ovviamente, non implica l'obbligo della reintegra quale unica sanzione ammessa dall'ordinamento. Ad esempio, nell'ambito della tutela in tema di licenziamenti illegittimi nelle imprese a cui si applica lo Statuto dei lavoratori, la reintegrazione nel posto di lavoro prevista dall'art. 18 non ha rilievo costituzionale¹⁵. E, sempre in questo contesto ed anche alla luce delle fonti sovranazionali così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea¹⁶, non vi è un obbligo di adottare rimedi restitutori, perché anche un indennizzo risarcitorio può essere introdotto, purché abbia quei caratteri di adeguatezza, effettività e dissuasività che siano tali da costituire un reale deterrente per il datore di lavoro¹⁷. Non vi è dubbio, peraltro, che per le Sezioni Unite l'impresa è il luogo di valorizzazione della persona alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale¹⁸.

Questa lettura, d'altra parte, è coerente con la straordinaria valorizzazione della tutela del lavoro contenuta nella nostra Costituzione, dove ben quattro articoli dei Principi fondamentali (come è noto sottratti al meccanismo di revisione costituzionale previsto dall'art. 138) sono espressamente dedicati a questo tema¹⁹. Senza dimenticare, poi, che la nostra legge fondamentale protegge il lavoro sia nella sua dimensione individuale (artt. 35 – 38, art. 40), sia in quella collettiva (artt. 39 e 40), valorizzando anche quei particolari soggetti che sono le organizzazioni sindacali e attribuendo fondamento costituzionale all'autonomia collettiva quale strumento di autoregolazione economica e normativa degli interessi di gruppi organizzati. Anche le fonti europee, infine, attribuiscono un ruolo fondamentale al lavoro ed alla sua protezione nella sua proiezione

¹⁵ C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46. Il principio è affermato da altre sentenze della Corte. Cfr. P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, <http://www.pietroichino.it>, 24, nt. 41; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, *DLRI*, 2007, 671.

¹⁶ Art. 30 della Carta di Nizza, art. 24 della Carta Sociale Europea, Convenzione OIL n. 158/1982.

¹⁷ G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, *DLRI*, 2012, 634 ss. (con indicazione delle sentenze della Corte di giustizia). Quest'autore, tuttavia, interpreta la normativa europea come tale da configurare la reintegra come regola e l'indennizzo come eccezione. In senso analogo a quanto sostenuto nel testo cfr. M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi* (versione provvisoria), Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass (Pisa, 7 – 9 giugno 2012), dattiloscritto, 33 (a questi a. si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹⁸ Non è un caso che la Corte cost. abbia affermato che il diritto al lavoro è «un fondamentale diritto della persona umana»: C. cost. 31 marzo 1994, n. 108, <http://www.dejure.giuffrè.it>, 3 (con richiamo alla sentenza n. 45 del 1965 della stessa Corte).

¹⁹ Artt. 1, 2, 3, c. 2, e 4 Cost.

individuale e collettiva (oggi ulteriormente enfatizzate dalla costituzionalizzazione dei diritti fondamentali contenuti nella Carta di Nizza)²⁰.

3. Segue. Il principio di effettività e la sua realizzazione nel processo del lavoro.

La presenza, all'interno del rapporto di lavoro, di una pluralità di diritti patrimoniali e fondamentali accresce l'importanza del processo del lavoro, che assume una funzione strumentale di notevole rilievo: garantire la effettiva realizzazione delle tutele sostanziali previste dalla Costituzione italiana, dai Trattati europei, dalla legislazione ordinaria e dalla contrattazione collettiva che ha ulteriormente ampliato le posizioni soggettive dei lavoratori subordinati.

L'introduzione, nel 1973, di un processo speciale contrassegnato da caratteri all'epoca molto diversi da quello civile si spiega proprio con l'esigenza di raggiungere questo obiettivo. Le sue caratteristiche costitutive – sintetizzate nei requisiti (elaborati da Chiovenda) della "oralità, concentrazione ed immediatezza" – determinano regole procedurali particolari tra cui il tentativo di conciliazione, le preclusioni sin dagli atti introduttivi del giudizio, i poteri istruttori del giudice, la concentrazione ed oralità della procedura, il dispositivo letto in udienza, la esecutorietà della sentenza di primo grado ed altre ancora. Queste caratteristiche hanno dato vita ad un processo che, pur nel cronico panorama di inadeguatezza del sistema giudiziario italiano, ha dimostrato subito di avere un grado di efficienza molto più elevato di quello ordinario sia per quanto riguarda i tempi sia per quanto attiene alla sua concreta idoneità a garantire i diritti coinvolti nel rapporto di lavoro. Non è un caso che questo modello processuale sia poi stato esteso anche all'ordinario giudizio civile (seppure soltanto parzialmente) ed abbia costituito il "prototipo" di ulteriori processi speciali.

Ovviamente non posso analizzare approfonditamente questi aspetti e mi limiterò soltanto ad alcune osservazioni, sottolineando quei caratteri che, ancora oggi – pur dopo il ravvicinamento tra processo civile e del lavoro – costituiscono una peculiarità del rito di cui agli artt. 409 ss. c.p.c. Le preclusioni processuali (artt. 414 e 416 c.p.c.) e la concentrazione ed oralità del procedimento (art. 420 c.p.c) rendono più veloce il giudizio ed evitano la definizione «in corso di causa» delle strategie difensive delle parti, obbligandole a fissare immediatamente - ed in modo pressoché non modificabile - le proprie allegazioni, le difese e

²⁰ Artt. 151 e ss. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Art. 6 del Trattato sull'Unione Europea.

le richieste di mezzi di prova. Il giudice viene dotato di particolari poteri istruttori (art. 421 c.p.c.), che possono essere esercitati d'ufficio, anche al di fuori dei limiti previsti dal codice civile (ad eccezione del giuramento decisorio) e che gli consentono di acquisire le prove anche in presenza di preclusioni e decadenze delle parti, purché i fatti da provare siano stati allegati ed in considerazione dell'esigenza di «contemperare il principio dispositivo con quello della ricerca della verità materiale»²¹. Nel caso di condanna al pagamento di somme per crediti di lavoro, il giudice deve riconoscere al lavoratore sia gli interessi legali sia il maggior danno subito per la diminuzione di valore del suo credito, con diritto quindi anche alla rivalutazione monetaria che si cumula con gli interessi (art. 429, c. 3, c.p.c.). Non viene applicata in questo caso la regola propria delle obbligazioni pecuniarie nel diritto civile, che prevede l'assorbimento del maggior danno da perdita di valore della moneta nell'incremento monetario garantito dagli interessi moratori. La tutela dei diritti patrimoniali del lavoratore viene quindi garantita nonostante il ritardo nell'adempimento, neutralizzando anche gli effetti dell'eventuale durata eccessiva della controversia in sede giudiziale. La pronuncia del giudice è provvisoriamente esecutiva e, per le decisioni che dispongono la condanna a favore del lavoratore per crediti di lavoro, all'esecuzione si può procedere con la sola copia del dispositivo (art. 431 c.p.c.), assicurando, anche in questo caso, un accesso più veloce al processo esecutivo.

Altri esempi potrebbero essere fatti. E' importante peraltro sottolineare che un procedimento giurisdizionale con queste caratteristiche garantisce una effettività di tutela coerente con i diritti fondamentali del lavoratore coinvolti. Anche se questo assetto normativo fortemente innovativo è spesso stato vanificato da inefficienze croniche del sistema giustizia che non hanno consentito di raggiungere concretamente l'obiettivo che il legislatore perseguiva.

Le peculiarità del processo del lavoro, peraltro, non finiscono qui. La legge, infatti, prevede una serie di riti speciali con caratteristiche particolari. In alcune ipotesi il processo è basato su una prima fase sommaria, caratterizzata da celerità ed ampia latitudine dei poteri istruttori concessi al giudice, che può definire il giudizio in tempi relativamente brevi²². In queste situazioni, quando il provvedimento giurisdizionale è positivo per il lavoratore, la effettività delle tutele è una proiezione della celerità del processo, che consente in tempi ragionevoli

²¹ Cass. 4 maggio 2012 n. 6753; Cass. 2 ottobre 2009 n. 21124 e molte altre.

²² Art. 28 della l. n. 300/1970. Art. 1, commi 47 ss., della l. 92/2012. Art. 38 del d.lgs 198/2006.

l'accertamento del diritto violato²³. Tra l'altro, la legge, per assicurare l'effettiva esecuzione del «comando» contenuto nella pronuncia del giudice, prevede, in caso di sua violazione, sanzioni penali sotto forma di contravvenzioni²⁴. Inoltre, nel caso di licenziamento ingiustificato nell'ambito della stabilità reale disciplinata dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e qualora il datore di lavoro non adempia spontaneamente all'ordine giudiziario di reintegrazione, la legge stabilisce la condanna al pagamento a favore del lavoratore di un risarcimento commisurato alla retribuzione, con un diritto che matura anche in assenza dell'effettivo svolgimento della prestazione. In questa ipotesi il danno svolge una funzione di *astreinte* ed è una forma di coazione indiretta ad ottemperare all'ordine del giudice per garantire al dipendente la effettiva possibilità di riprendere a lavorare. Questi strumenti (sanzioni penali; risarcimento del danno in funzione di garanzia dell'attuazione del provvedimento giurisdizionale) sono espressione di diverse tecniche dirette ad assicurare al lavoratore la effettiva fruizione del diritto violato.

In altri casi, il carattere sommario del procedimento (e, quindi, la celerità della tutela) si coniuga con l'attribuzione al giudice di poteri assai rilevanti e tali da incidere in misura considerevole sulla stessa struttura organizzativa dell'impresa. L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori è finalizzato alla tutela dell'attività e della libertà sindacale oltre che del diritto di sciopero, a protezione quindi di diritti previsti dalla Costituzione. Il magistrato, anche in questo caso all'esito di un procedimento sommario, qualora ravvisi una lesione di queste posizioni giuridiche «ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti».

Il provvedimento del giudice ha caratteri di atipicità ed è a contenuto indeterminato. Esso si può sostanziare in qualunque ordine che imponga al datore di lavoro di interrompere la continuazione dell'illecito e di ripristinare il diritto leso. Il comando giudiziale, in questo caso, può incidere sulla dimensione individuale del rapporto di lavoro e, di riflesso, può condizionare la struttura organizzativa dell'impresa, come quando viene ordinata la reintegrazione di un lavoratore illegittimamente

²³ Il nuovo rito Fornero (art. 1, commi da 47 a 68, della l. 92/2012), relativo ai licenziamenti illegittimi nell'ambito di applicazione dell'art. 18 della l. 300/1970, estende questa brevità dei tempi anche alle successive fasi del procedimento giurisdizionale, con una inedita accelerazione dell'intero iter processuale che non è tipico invece degli altri riti, dove la fase più rapida riguarda soltanto quella iniziale.

²⁴ Art. 650 c.p. in caso di violazione dell'ordine del giudice disposto ai sensi dell'art. 28 della l. 300/1970. Ammenda fino a € 50.000 ed arresto fino a sei mesi qualora non venga ottemperato il decreto previsto dall'art. 38 del d.lgs. 198/2006 in tema di discriminazioni.

licenziato o si stabilisca la sua riadibizione alle mansioni originarie o la ricollocazione nel luogo di lavoro dove operava prima che fosse trasferito.

L'ordine del magistrato, peraltro, può tradursi anche in obblighi di fare che condizionano direttamente la stessa attività di impresa, come nei casi in cui si imponga l'effettuazione di un'assemblea sindacale (obbligando il datore di lavoro a mettere a disposizione un idoneo locale), si garantisca l'esecuzione di uno sciopero o si disponga di modificare assetti organizzativi interni dell'impresa al fine di rimuovere la lesione della libertà o dell'attività sindacale.

Nell'ambito della tutela antidiscriminatoria, la legge altera in modo sensibile i principi in tema di onere della prova, consentendo al soggetto discriminato di utilizzare elementi presuntivi (anche di carattere statistico) per dimostrare la fondatezza della sua azione giurisdizionale ed imponendo al datore di lavoro di provare l'inesistenza della discriminazione²⁵. Il magistrato, inoltre, se ritiene che l'azione sia fondata, oltre alla condanna al risarcimento del danno anche non patrimoniale, può adottare «ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti». In aggiunta, «al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate»²⁶. Il che significa, ad esempio, che se la discriminazione si è tradotta in una limitazione all'accesso ai livelli superiori di inquadramento di alcune tipologie di lavoratori (ad esempio, le donne), il giudice può ordinare all'impresa quale sviluppo di carriera garantire ai soggetti protetti e penalizzati dalla condotta del datore di lavoro, definendo tempi e regole delle promozioni.

Si è in presenza, come si vede, di strumenti giurisdizionali che vanno ben al di là dei tradizionali provvedimenti di accertamento e di condanna ed il cui carattere comune è costituito dalla loro idoneità ad incidere direttamente o indirettamente sui poteri e le prerogative imprenditoriali (che hanno tutela costituzionale), al fine di garantire la piena fruibilità di diritti fondamentali del lavoratore illegittimamente negati.

4. Processo del lavoro e mediazione dei conflitti individuali e collettivi.

Queste caratteristiche del processo del lavoro sono anche una proiezione della funzione attribuita al giudice di comporre i conflitti

²⁵ Art. 28, c. 4, del d.lgs. 150/2011, che peraltro recepisce quanto era già previsto dagli artt. 4 dei d.lgs. 215 e 216 del 2003.

²⁶ Art. 28, c. 5, del d.lgs. 150/2011.

individuali e collettivi che connotano il rapporto di lavoro. Lo squilibrio di potere è infatti un carattere immanente del contratto previsto dall'art. 2094 c.c., con un assetto che si presenta, per tale ragione, spesso conflittuale. La legge (e le altre fonti di regolazione, come i contratti collettivi) cercano di ridurre questa disarmonia nelle posizioni giuridiche delle parti agendo su due versanti. Dal punto di vista del singolo contratto di lavoro, la norma inderogabile è diretta a limitare la fisiologica supremazia del datore di lavoro ponendo limiti alle prerogative imprenditoriali. A livello collettivo, l'ordinamento valorizza la presenza e il ruolo del sindacato, attribuendo a questo soggetto una serie di «contropoteri» che condizionano la gestione e l'organizzazione dell'impresa. Questa situazione si traduce in un assetto normativo caratterizzato da una pluralità di diritti individuali e collettivi che il giudice del lavoro è chiamato ad implementare. In tale contesto il «bilanciamento dei poteri» perseguito dalle norme sostanziali si concretizza, per mezzo del processo, in una composizione del conflitto e nella continua ricerca di diversi equilibri nei «rapporti di forza» che sono il sostrato della regolazione giuridica in materia.

Gli esempi di questa peculiare funzione di mediazione individuale e collettiva sono molteplici. Il giudice, ad esempio, è chiamato a valutare la legittimità di scelte gestionali che si traducono in variazioni nel contenuto del contratto di lavoro (mutamento di mansioni, trasferimento in altra unità produttiva) o nella sua estinzione (licenziamento). E così operando incide su poteri imprenditoriali unilaterali che esprimono precise esigenze di carattere economico ed organizzativo e compone il contrasto tra esigenze della impresa e tutela del lavoratore, che può essere penalizzato dall'esercizio delle prerogative manageriali riconosciute dalla legge. In altro contesto le organizzazioni sindacali, titolari di una pluralità di diritti, possono rivolgersi al giudice per chiedere la loro attuazione quando essi vengano negati. E questo accade, ad esempio, nel caso della mancata concessione dei permessi sindacali o quando non viene riconosciuto il diritto a costituire una rappresentanza sindacale aziendale o se venga impedita in altre forme la libertà o l'attività sindacale. In queste ipotesi il giudice è chiamato a riaffermare il diritto del sindacato ad esistere ed a svolgere la sua funzione, componendo il conflitto fisiologico tra l'impresa ed il soggetto collettivo che la legge autorizza ad operare anche «contro» le esigenze imprenditoriali.

La funzione di mediazione sociale collettiva, peraltro, si muove anche in ambiti diversi. In tempi recenti, ad esempio, la conflittualità tra diverse organizzazioni sindacali ha determinato la stipula di contratti collettivi separati per importanti categorie produttive, con la contestuale coesistenza di fonti regolative diverse, alcune sottoscritte da

Confindustria e da Cgil-Cisl-Uil, ed altre prive del consenso della Cgil. La giurisprudenza è stata chiamata a trovare una soluzione al problema di quale di questi contratti collettivi dovesse essere effettivamente applicato e lo ha risolto nel senso di affermarne la contemporanea vigenza in relazione agli iscritti ai rispettivi sindacati stipulanti e senza escludere quello unitario (firmato da tutti e tre le grandi confederazioni sindacali) come in realtà sostenevano gli imprenditori ed anche la Cisl e la Uil. Un altro esempio è costituito dal caso Fiat, dove, alla luce della formulazione letterale dell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, la Fiom era stata esclusa dalla possibilità di costituire rappresentanze sindacali aziendali in quanto non aveva sottoscritto un contratto collettivo con l'impresa (che era stato invece firmato da Cisl e Uil). La giurisprudenza è stata investita della questione e, in molti casi, «forzando» in modo evidente il testo della legge, aveva ugualmente consentito alla Fiom di costituire la sua rsa, risolvendo in senso favorevole al sindacato un conflitto attinente alla stessa legittimità di un'organizzazione di interessi a svolgere la sua naturale funzione di rappresentanza. La recente sentenza della Corte costituzionale ha poi risolto il problema, «riscrivendo» l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori e riattribuendo piena legittimità al diritto della Fiom di essere presente nelle imprese anche in assenza della concreta sottoscrizione di un contratto collettivo e purché abbia partecipato alle trattative²⁷.

5. Certezza del diritto, “monetizzazione” delle posizioni giuridiche soggettive e sottrazione del controllo giurisdizionale.

Effettività delle tutele e mediazione di conflitti sono due caratteristiche ormai strutturali del processo del lavoro che hanno segnato la storia giuridica italiana degli ultimi quarant'anni. Tuttavia sono oggi presenti nel sistema processuale (e più in generale nell'ordinamento giuridico) tendenze diverse ed in qualche misura antagoniste a quelle descritte.

Il riferimento è al principio della certezza del diritto, letto, peraltro, in una sua versione del tutto originale. La certezza, infatti, non viene intesa nel senso suo proprio, come (relativa) prevedibilità della decisione giurisdizionale allo scopo di soddisfare l'esigenza della parità di trattamento di casi effettivamente uguali. Al contrario, la certezza del diritto viene declinata come «insindacabilità» della scelta imprenditoriale e sottrazione al giudice del controllo sul suo contenuto.

²⁷ C. cost. 23 luglio 2013, n. 231, <http://dejure.giuffrè.it>, 1 ss.

Questa tendenza é oggi strettamente connessa alla diffusione dell'analisi economica del diritto «che richiede la sostituzione del controllo giudiziale con un mero filtro monetario. Questa prospettiva è del tutto coerente con la tesi espressa dalla dottrina giuseconomica della "rottura efficace del contratto" (*efficient breach of contract*), secondo la quale la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tanto meno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria. Applicata alla materia del licenziamento, la dottrina della rottura efficiente segue le ragioni imponderabili della razionalità economica, giustifica qualunque motivo opportunistico di recesso nell'interesse dell'impresa e conduce alla mera monetizzazione del recesso, come se il bene-lavoro fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo, escludendo qualsiasi argomento di natura assiologica a favore del rispetto della norma. L'analisi economica del diritto alla Posner consapevolmente riduce la complessa dimensione valoriale della stabilità del rapporto di lavoro a un puro calcolo finanziario, sostenendo che "il costo che l'imprenditore deve sopportare per giustificare il licenziamento di un lavoratore eccede i benefici che il lavoratore trae dalla protezione contro il licenziamento derivante dalla sua specializzazione professionale (*firm-specific human capital*)", onde l'extra costo dell'imprenditore rappresenta un *labor cost* imputato al lavoratore in termini di minore retribuzione»²⁸.

Questa impostazione teorica ha trovato una sua espressa formalizzazione nella recente riforma in materia di licenziamenti, che ha profondamente modificato l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Nel sistema preesistente, qualora fosse stata accertata l'assenza di giustificazione del licenziamento, il giudice, oltre a liquidare il danno, statuiva l'inidoneità del recesso ad interrompere il contratto di lavoro e ricostituiva *ab origine* il vincolo negoziale. Dopo la legge 92/2012, al contrario, vi sono delle ipotesi in cui il licenziamento ha sempre effetto risolutivo del contratto e la sua eventuale illegittimità determina solo un risarcimento del danno, secondo quella logica della «monetizzazione dell'inadempimento» già descritta. Dopo la riforma, in queste ipotesi il controllo del giudice non può mai incidere sul potere di recesso – perché la decisione non può mai negare la validità del licenziamento - e si esclude qualsiasi bilanciamento tra interesse dell'impresa alla prosecuzione del vincolo contrattuale ed interesse del lavoratore alla

²⁸ A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, RGL, I, 2012, 563.

stabilità dell'occupazione e alla realizzazione di tutti quei valori non patrimoniali che sono propri del rapporto di lavoro. In questo modo si riduce drasticamente la funzione di mediazione giurisdizionale, a cui viene sottratta la possibilità di vagliare la sostanza del potere imprenditoriale di interruzione del contratto di lavoro e di cercare un equilibrio tra interessi giuridici contrapposti e di rilievo costituzionale (iniziativa economica privata, tutela del lavoro).

In questo contesto, dunque, la certezza del diritto viene intesa come incontestabilità del potere imprenditoriale e sua sottrazione al controllo del magistrato.

Ma non basta. Questa tendenza alla eliminazione del controllo giurisdizionale²⁹ si manifesta in forme diverse. Una prima strada è quella della eliminazione delle causali che legittimano la stipulazione di alcuni contratti. L'esempio più importante è quello della riforma del contratto a tempo determinato, dove è stato soppresso il riferimento alle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive e di fatto si è sancita la piena libertà di apposizione di un termine finale al rapporto in assenza di cause giustificative. Tra l'altro, oltre alla volontà di incrementare in questo modo le opportunità di occupazione (sia pure precaria), la ragione fondamentale di questa riforma è stata individuata nella volontà di evitare l'enorme contenzioso determinato dal precedente regime di causalità del contratto. Il controllo del giudice sulla legittimità dell'apposizione della clausola di durata è stato dunque considerato come una sorta di anomalia e non l'applicazione di una legge che intendeva semplicemente escludere la totale fungibilità tra lavoro a t. indeterminato e contratto a termine, in piena coerenza con le fonti europee che qualificano il rapporto stabile come "forma comune" del contratto di lavoro³⁰. Questa preferenza per la «decausalizzazione» dei poteri imprenditoriali è presente in Spagna e Francia anche in relazione al licenziamento, dove si consente all'imprenditore di evitare il controllo giurisdizionale previo pagamento di somme più elevate di quelle previste per un normale recesso o sostenendo i medesimi oneri economici³¹. E, durante il dibattito che ha preceduto la riforma del 2012, una simile proposta era stata autorevolmente sostenuta da Pietro Ichino anche per l'Italia.

Una seconda linea di tendenza è quella dell'«aggiramento» della norma inderogabile tramite l'arbitrato. L'ampia utilizzazione nel Diritto del lavoro di disposizioni inderogabili non richiede particolari spiegazioni. Si è

²⁹ Definita come di «evitamento» del sindacato giurisdizionale (A. PERULLI, op. ult. cit., 577).

³⁰ Si veda il 6° "Considerando" della Direttiva europea 1999/70/CE, oggi espressamente recepito nel comma 01 dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001 in tema di contratto a tempo determinato.

³¹ A. PERULLI, *Efficient breach*, cit., 577 ss.

in presenza di un contratto individuale contrassegnato da un «contraente debole» che si inserisce in un contesto produttivo da altri organizzato e soggetto a penetranti poteri di controllo e direzione che incidono sulla stessa persona del lavoratore. Una condizione di debolezza che tra l'altro è enfatizzata dal fisiologico squilibrio tra domanda di lavoro (proveniente dalle imprese) ed offerta, che, ormai da oltre un ventennio, rende l'occupazione un «bene raro» e stimola l'accettazione di qualsiasi possibilità di lavoro (anche se precario o scarsamente remunerato). In questo contesto, è evidente che la capacità negoziale del lavoratore è fortemente limitata se non del tutto esclusa. Di qui la necessità di etero-determinare il contenuto del rapporto tramite norme legali o contrattuali collettive non modificabili dalle parti individuali del contratto. L'inderogabilità, d'altra parte, trova fondamento anche nel rilievo pubblicistico degli interessi connessi al rapporto di lavoro, che, in molti casi, devono prevalere su quelli dei singoli contraenti. Tuttavia la norma inderogabile, secondo la teoria economica ormai dominante, costituirebbe un limite alla gestione efficiente del fattore lavoro e, introducendo elementi di rigidità nel contratto, ostacolerebbe la competitività dell'impresa e la crescita dell'occupazione. Questa teoria, priva di significativi riscontri empirici e sempre più assimilabile ad una vera e propria «teologia economica», ha determinato un costante processo di deregolazione e riduzione delle tutele dei lavoratori che, in parte, è stato già descritto. Tuttavia, questa strategia deregolativa è stata perseguita anche attraverso il tentativo di generalizzare l'arbitrato come strumento processuale alternativo alla giurisdizione statale.

In questo disegno riformatore, l'idea di fondo era quella di ampliare l'utilizzazione dell'arbitrato irrituale fondato sull'equità, con il chiaro intento di bypassare integralmente le norme inderogabili. Inoltre, si prevedeva la possibilità, in sede di stipulazione del contratto di lavoro, di sottoscrivere una clausola compromissoria che consentiva di devolvere tutte le future controversie ad un giudizio arbitrale equitativo. In questo caso, dunque, nel momento di massima «debolezza contrattuale» del lavoratore - quando cioè vi è la concreta alternativa tra il lavoro o la disoccupazione - si introduceva la possibilità di inserire nel contratto una sorta di «clausola di uscita» dalle tutele lavoristiche. Infatti, le norme inderogabili di legge e contratto collettivo - pur se formalmente esistenti - in caso di contestazione non sarebbero state applicate nel procedimento arbitrale rimesso alla completa valutazione equitativa degli arbitri.

Il tentativo di «rivoluzionare per via processuale» l'intero Diritto del lavoro è stato così evidente (e maldestro) da suscitare la forte reazione del Presidente della Repubblica. Con un Messaggio alle Camere del 31 maggio 2010, Napolitano ha in primo luogo osservato come la

previsione della clausola compromissoria all'atto dell'instaurazione del contratto di lavoro non garantisce la effettiva volontarietà della scelta dell'arbitrato, perché «la fase della costituzione del rapporto è ...il momento nel quale massima è la condizione di debolezza dalla parte che offre la prestazione di lavoro»³². Il Presidente, inoltre, ha criticato il ricorso all'equità, perché «si incide in tal modo sulla stessa disciplina sostanziale del rapporto di lavoro, rendendola estremamente flessibile anche a livello del rapporto individuale»³³. Il Messaggio, in particolare, ha sottolineato come l'esigenza di flessibilizzazione del rapporto di lavoro è un obiettivo che deve essere «esplicitato e precisato, non potendo essere semplicemente presupposto o affidato in misura largamente prevalente a meccanismi di conciliazione e di soluzione equitativa delle controversie, assecondando una discutibile linea di intervento legislativo - basato sugli istituti processuali piuttosto e prima che su quelli sostanziali - di cui l'esperienza applicativa mostra tutti i limiti»³⁴. Il Presidente esprime quindi una evidente censura del tentativo di aggirare con la riforma del processo l'applicazione delle norme inderogabili.

Le critiche descritte ed anche vincoli di sistema - la Corte costituzionale, ad es., ha ribadito che nel nostro sistema giuridico non vi è spazio per l'equità «sostitutiva» del diritto sostanziale ma solo di quelle integrativa³⁵ - hanno imposto correttivi significativi. La conferma dell'arbitrato equitativo «nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari» (art. 412, c. 2, n. 2, c.p.c.) ha di fatto escluso, a mio giudizio, la possibilità di non applicare le norme inderogabili che regolano gli istituti fondamentali del Diritto del lavoro³⁶. Inoltre, la clausola compromissoria - che può essere inserita nel contratto individuale solo se è autorizzata dall'autonomia collettiva e con l'assistenza degli organi di

³² *Messaggio del Presidente della Repubblica*, www.senato.it, 5. Nel messaggio inoltre si sottolinea che l'assistenza di un organo di certificazione non è idoneo ad eliminare tale condizione, perché i certificatori «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 pertanto un'ovvia condizione di debolezza» (5).

³³ *Messaggio*, cit., 5. «Né può costituire garanzia sufficiente il generico richiamo del rispetto dei principi generali dell'ordinamento, che non appare come tale idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi di diritti indisponibili al di là di quelli costituzionalmente garantiti; e comunque un aspetto così delicato non può essere affidato a contrastanti orientamenti dottrinali o giurisprudenziali, suscettibili di alimentare contenziosi che la legge si propone invece di evitare»: 5 – 6.

³⁴ *Messaggio*, cit., 6.

³⁵ Su tali aspetti e, più in generale, su tutte le questioni connesse alla riforma dell'arbitrato introdotta dalla l. 183/2010 cfr., se vuoi, V. SPEZIALE, *I limiti alla giustiziabilità dei diritti nella riforma del lavoro*, RGL, I, 2011, 25 ss. (per quanto indicato nel testo, 55 ss.).

³⁶ V. SPEZIALE, op. ult. cit., 42 ss., 55 ss.

certificazione - può essere sottoscritta solo dopo la conclusione del periodo di prova e, nel caso in cui esso non sia previsto, dopo 30 giorni dalla stipulazione contratto (art. 31, c. 10, l. 183/2010). Questa modifica, peraltro, non è tale da superare le obiezioni connesse alla debolezza contrattuale del lavoratore ed alla sua effettiva libertà di scelta dell'arbitrato e non esclude ulteriori possibili profili di incostituzionalità³⁷.

Le riflessioni svolte mettono in evidenza diverse linee di politica del diritto e la sovrapposizione di normative che perseguono scopi differenti. Da un lato il processo del lavoro continua ad essere uno strumento funzionale a garantire l'effettività dei diritti individuali e collettivi che caratterizzano la materia, con l'intento di assicurare celerità del procedimento giurisdizionale e la sua concreta attitudine a ripristinare le situazioni giuridiche lese, in un'ottica restitutoria che supera la logica meramente indennitaria. I recenti sviluppi della disciplina processuale in tema di discriminazione e la stessa permanenza di riti speciali tradizionali (come, ad es., quello regolato dall'art. 28 Stat. lav.) o di nuova istituzione (rito Fornero sui licenziamenti individuali) ne sono una chiara espressione. In senso opposto, gli imperativi della *Law and Economics* e la considerazione della inderogabilità delle norme quale ostacolo alla competitività del sistema economico spingono verso la valorizzazione del risarcimento del danno in alternativa alla tutela in forma specifica ed alla sottrazione al giudice del controllo sull'esercizio dei poteri imprenditoriali o sul contenuto del contratto di lavoro. In questo contesto prevale una dimensione della certezza del diritto diversa da quella tradizionale ed intesa come insindacabilità della scelta del datore di lavoro - con l'eliminazione del contenzioso - ed esatta prevedibilità del «costo dell'inadempimento».

Al momento non è dato sapere quale di queste due linee di tendenza potrà prevalere. La mia impressione è che il processo del lavoro nella sua funzione tradizionale verrà confinato alla protezione di alcuni diritti fondamentali, come nel caso delle discriminazioni. Mentre, la parte preponderante del Diritto del lavoro verrà gradualmente liberalizzata, con una progressiva riduzione delle tutele. In questo contesto il giudice vedrà fortemente ridotta la sua funzione di mediazione sociale tra diritti fondamentali ed il suo compito sarà limitato alla quantificazione del danno subito dal lavoratore per effetto della lesione delle sue situazioni soggettive.

Si tratta di un cambiamento graduale e, credo, irreversibile del diritto sostanziale e del processo del lavoro che ne altera radicalmente la sostanza, ribadendo una concezione tutta economica del rapporto di

³⁷ V. SPEZIALE, *I limiti alla giustiziabilità*, cit., 59 ss.

lavoro, secondo i postulati della teoria neoclassica. Questo approccio, oltre ad essere fortemente discutibile nei risultati che intende perseguire (la crescita dell'occupazione), è molto lontano dai valori costituzionali nazionali ed europei che tuttora caratterizzano il Diritto del lavoro e segna un «mutamento genetico» della materia di cui non è possibile al momento prevedere gli esiti finali.