

WORK SHOP AGI BOLOGNA 16 FEBBRAIO 2015

L'emanazione del primo dei decreti attuativi del cosiddetto jobs act restituisce, dopo molte e differenti ipotesi, non una soluzione sperimentale o un nuovo tipo contrattuale, ma il contratto a tempo indeterminato che sarà, connotato non da altro che da una completa riscrittura della disciplina protettiva dei licenziamenti.

Mi sembra difficile negare che si tratti di un cambiamento epocale che è molto altro rispetto alla disciplina della L. 92/2012 e realizzato con metodi anche più spicci di quella legge. Ad evitare intralci e compromessi è bastato il voto di fiducia su una delega di esemplare genericità.

Con il contratto a tutele crescenti viene portata a compimento l'erosione dell'area dei rimedi ripristinatori, quei rimedi, che nel nostro ordinamento lavoristico, credo che pochi tra gli operatori pratici se la sentirebbero di negarlo, avevano costituito lo stesso fondamento dell'effettività dei diritti presidiati dalle norme inderogabili e che la Corte di Cassazione aveva ritenuto forma normale di reazione dell'ordinamento all'illegittimo esercizio dei poteri datoriali.

Al loro posto restano fattispecie non tanto di monetizzazione, ma di forfettizzazione del danno, di sua predeterminazione in misura fissa e quindi misurabile ex ante, tale da consentire alle parti quali attori economici del contratto e del processo, ma in effetto in primis al datore di lavoro, di conoscere anticipatamente il costo della violazione della legge.

Una scelta rispetto alla quale, sia detto per inciso, diviene più significativa (cioè propriamente rappresentativa del senso, nella specie, di una presa di partito) la rinuncia della legge a perseguire, a fronte dell'esercizio dei poteri datoriali, lo scopo del ripristino della situazione soggettiva violata a mezzo di strumenti di induzione all'adempimento quali quelli disciplinati dall'art. 614 bis c.p.c.

Diviene regola che la violazione della legge, della disciplina limitativa dei licenziamenti sia un costo predeterminato di dismissione di un fattore della produzione. Ed un costo molto conveniente, perché obiettivamente modesto (e particolarmente modesto per le imprese di consistenti dimensioni) e dovuto non immediatamente e

comunque, ma solo all'esito di un giudizio, così che non è davvero difficile pensare che ad avere successo sarà soprattutto l'offerta di conciliazione di cui all'art. 6, anche per effetto dell'esenzione da ritenute fiscali;

Mi pare indubitabile che al centro di questo sistema vi sia un completo rovesciamento della prospettiva del legislatore: dal lavoratore alle imprese. La nuova disciplina limitativa dei licenziamenti ha mi sembra due, davvero non negoziabili, obiettivi: assicurare alle imprese che la loro decisione di dismissione di un rapporto di lavoro sarà irreversibile e che essa implicherà un costo aziendale sostenibile e predeterminato.

Il raggiungimento di questi due obiettivi non poteva non implicare l'obliterazione della tutela reale e la marginalizzazione del ruolo del giudice. Entrambe, non solo la prima, sono scritte nelle norme e del resto non mi sembra un caso. Il ruolo centrale del giudice del lavoro era funzionale ad un diritto diseguale che evidentemente non esiste più, almeno nel progetto legislativo, sostituito dalla completa rimercificazione del lavoro. In questa logica è logico che il giudice non abbia alcuna discrezionalità nella determinazione della sanzione anche quando il potere di recesso venga esercitato per fatti minimi.

Come questa logica si accordi con la tutela privilegiata del lavoro nel sistema dei valori costituzionali, ma anche con il principio di necessaria effettività delle sanzioni di fonte eurounitaria è un altro fatto.

Senza nessuna pretesa dogmatica o di sistema mi sembra tuttavia che i profili di criticità della nuova disciplina siano molti:

- a) in primis il fatto che quando ad una sanzione per sua natura effettiva come quella ripristinatoria si sostituisce un rimedio monetario ci si dovrebbe porre il problema dell'efficacia dissuasiva della sanzione, e quindi della sufficienza della sua misura ed eventualmente dei criteri in base ai quali essa resta determinata;
- b) la previsione dell'esclusione di qualsiasi potere del giudice di apprezzare la proporzione della sanzione al fatto contestato mi sembra in evidente contrasto con il principio dell'art. 2106 c.c., che è uno dei formanti del sistema disciplinare e che ne costituisce il fondamento di ragionevolezza anche costituzionale.

- c) Ma ancora di più mi sembra che la norma consenta la risoluzione del rapporto per fatti disciplinarmente irrilevanti, giacché mi pare difficile distinguere, al di là di casi di scuola, tra inesistenza dell'illecito disciplinare e irrilevanza del fatto, in tal modo in sostanza il decreto modificando surrettiziamente, con il rendere insignificante la sanzione della violazione, il regime delle ragioni giustificanti il licenziamento;
- d) la particolare labilità della tutela nel caso di licenziamento collettivo particolarmente sulla questione dei criteri di scelta.

Alla marginalizzazione della tutela ripristinatoria sfugge essenzialmente la sola ipotesi del licenziamento discriminatorio¹, evidentemente ritenuto lesivo dei diritti del lavoratore, non come tale, ma in quanto persona, portatore di alcuni caratteri propri che la legge tutela contro trattamenti tipicamente lesivi.

Si tratta di un modello di tutela dei diritti che può valersi della speciale autorità della normativa dell'Unione Europea e del regime probatorio agevolato da essa prevista (ma su questo tema vedi infra), ma che è, proprio nella sua derivazione dal diritto sovranazionale, certamente altro rispetto a quello assicurato dal sistema delle norme inderogabili sotto vari profili e che, è troppo facile immaginare, non avrà agevole diffusione nel nostro ordinamento.

In primo luogo infatti la tutela antidiscriminatoria, per la struttura relazionale che in via di principio la connota (pur nella complessità della nozione di comparazione che emerge dalla più recente evoluzione soprattutto del diritto dell'Unione Europea), si confronta, nella pratica giudiziale, con la tendenziale diffidenza della giurisprudenza a misurarsi con valutazioni comparative fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, come reso evidente dall'accidentato cammino nel nostro ordinamento del principio di parità di trattamento e dall'uso in effetti modesto del principio di buona fede contrattuale quale strumento di sindacato delle scelte datoriali implicanti comunque la comparazione tra le posizioni di più lavoratori (nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo come nelle progressioni di carriera).

¹ Alla quale devono peraltro ricondursi, secondo molta dottrina, le fattispecie di nullità del licenziamento per causa di matrimonio e della lavoratrice madre, pure evidentemente richiamate dall'art. 2 del primo decreto

Né può trascurarsi come la giurisprudenza allo stato prevalente² affermi una nozione aperta e non tassativa dei diversi fattori di discriminazione, operando una sostanziale assimilazione, anche sul piano lessicale, tra atto discriminatorio e atto fondato su di un motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c., inserendo nell'apprezzamento della discriminazione un necessario ed esclusivo fattore di soggettività (appunto il motivo in ipotesi illecito e determinante).

Si tratta di un'inserzione che ha rappresentato verosimilmente una delle ragioni della scarsa fortuna applicativa nell'ordinamento nazionale del diritto antidiscriminatorio, data la particolare difficoltà della prova di un motivo e di un motivo esclusivo.

E che finisce per tradire il carattere effettivamente più significativo della tutela antidiscriminatoria di fonte europea, rappresentato proprio dalla natura invece obiettiva e funzionale di divieti incentrati su fattori di protezione tipici e nominati (l'età, il genere, l'orientamento sessuale, l'handicap, le convinzioni religiose o personali, la razza e l'origine etnica), la cui violazione è del tutto indipendente dalla volontà soggettiva dell'agente.

Ancora più evidente è poi la frizione tra la nozione di discriminazione comune nella giurisprudenza nazionale e quella propria della fonte sovranazionale ove si abbia riguardo alla concreta attuazione del regime probatorio agevolato previsto dalle direttive antidiscriminatorie.

E' noto, infatti, come secondo le direttive³, l'agevolazione probatoria assicurata a chi lamenti di essere vittima di discriminazione dipenda dal riconoscimento della tendenzialmente necessaria asimmetria informativa tra il lavoratore che assuma di aver subito un trattamento deteriore in ragione di uno dei fattori tipici di protezione previsti dall'ordinamento sovranazionale e la controparte datoriale, che sola è nella disponibilità dei dati sui quali in effetto ha fondato la disparità di trattamento.

E il regime probatorio agevolato opera precisamente favorendo il lavoratore attore nella dimostrazione del nesso di causalità tra trattamento differenziato e fattore di

² Così da ultimo, ma *ex plurimis*, Cass. civ. Sez. lavoro, 1 dicembre 2010, n. 24347.

³ Cfr. l'art. 8 della direttiva 2000/43/CE in materia di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica o l'art. 10 della direttiva quadro 2000/78/CE direttiva quadro in materia di parità di trattamento quanto all'occupazione ed alle condizioni di lavoro.

discriminazione, ove egli abbia provato l'esistenza in fatto di un trattamento differenziato rispetto a quello assicurato ad un terzo non portatore del fattore di discriminazione ed anche non più esistente o meramente ipotetico.

Così che, dimostrata dal lavoratore l'esistenza di un tale trattamento deteriore, sarà il datore di lavoro a dover dimostrare fatti, necessariamente specifici ed obiettivamente verificabili, idonei a far ritenere l'esistenza di una ragione non discriminatoria del trattamento differenziato, alternativa a quella normativamente presunta, il difetto di prova restando in suo danno.

Ne deriva il rovesciamento dello schema causale descritto dalla giurisprudenza nazionale (tra discriminazione e trattamento deteriore costituito dal recesso), giacché quando il trattamento differenziato sia provato, ad escludere il carattere obiettivamente discriminatorio del recesso varrà solo la dimostrazione di una ragione, pure obiettiva, alternativa avente esclusiva efficienza causale.

E pare difficilmente dubitabile che un tale riparto dell'onere della prova sia destinato ad essere applicato sempre che sia dedotta in giudizio una discriminazione per uno dei fattori tutelati dal diritto dell'Unione, e quindi indipendentemente dalla scelta del lavoratore o della lavoratrice di agire gli speciali procedimenti previsti dalla normativa nazionale in materia di discriminazione, trattandosi all'evidenza di una modalità di protezione delle posizioni soggettive garantite dal paradigma antidiscriminatorio. Con ogni conseguenza quanto all'operatività del meccanismo di agevolazione probatoria anche ove sia impugnato l'atto discriminatorio rappresentato dal recesso nel rito specifico ex lege 92/2012 o in quello ordinario delle cause di lavoro quando si farà questione del nuovo contratto a tutele crescenti

Deve allora concludersi che ad escludere il carattere meramente declamatorio dei divieti di discriminazione varrà innanzi tutto la determinazione della giurisprudenza di utilizzare con rigore il dispositivo di tutela proprio delle norme antidiscriminatorie di fonte eurounitaria e la peculiare struttura della prova che esso implica.

D'altra parte non è superfluo chiedersi se, assunto l'assolvimento da parte di tutti gli attori del processo dei loro doveri e dei loro oneri e prima l'appropriazione da parte anche dei pratici di un paradigma di tutela del tutto peculiare, il diritto

antidiscriminatorio sarà davvero in grado di assicurare un sistema compiuto ed effettivo di garanzie a fronte della rimercificazione del lavoro⁴.

Certo è che al diritto antidiscriminatorio corrisponde una peculiare idea di eguaglianza, incentrata solo su alcune, tipiche differenze ed a fronte della quale è al giudice (alla sua decisione singolare sia sul piano del ripristino dello status quo ante che delle sanzioni applicabili) che è attribuito un ruolo decisivo nell'eliminazione delle disuguaglianze⁵.

Il primo dei due connotati segna all'evidenza l'alterità del paradigma antidiscriminatorio rispetto alle tutele universali, assicurate in via generale al lavoratore in quanto tale, in forza di norme inderogabili, strumento normativo del riconoscimento della disuguaglianza sostanziale di due attori negoziali (il lavoratore ed il datore di lavoro) formalmente uguali davanti alla legge.

Un'alterità che è attenuata, ma non elisa dalla progressiva smaterializzazione del tertium comparationis del giudizio antidiscriminatorio di cui alla più recente normazione sovranazionale e dall'ampliamento dei fattori di protezione, e della quale è parte anche la complessa relazione tra individuale e collettivo nel discorso antidiscriminatorio rispetto alle tutele note nel nostro ordinamento.

Tuttavia la progressiva estensione delle garanzie contro le discriminazioni, l'applicazione in primis da parte dei decisori dell'Unione del paradigma antidiscriminatorio (nella sua peculiare costruzione) al fine di assicurare tutele minime essenziali nelle forme negoziali sviluppatesi in relazione alla crescente flessibilizzazione del lavoro rende evidente la natura non definitiva ed assoluta, ma storica e contingente dei fattori di protezione, la cui ampiezza ed il cui significato sono rimessi all'elaborazione di tutti gli attori dei diversi sistemi giuridici, compresi gli operatori pratici⁶, e all'incidenza delle relative tradizioni costituzionali.

E' anche da questa elaborazione che dipenderà quindi l'efficacia dei divieti di discriminazione quali strumenti di inserzione nella disciplina del rapporto di lavoro "di

⁴ Guarriello, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, in D.L.R.I., 2003, p. 347

⁵ Barbera, M. Il Nuovo diritto antidiscriminatorio, Giuffrè, 2007, XXVI

⁶ Un esempio illuminante nel nostro ordinamento è rappresentato dalla vicenda delle mancate assunzioni dei lavoratori FIOM da parte di FIAT, ed alla lettura che i giudici hanno dato del fatto di protezione costituito dalle opinioni personali e sociali

istanze egualitarie che operino come limite alla libertà contrattuale”⁷.

Piuttosto il ruolo decisivo della decisione giudiziale nella rimozione delle disuguaglianze ed insieme la complessità dell'accertamento di fatto imposto dal paradigma antidiscriminatorio si pongono in una relazione critica, se non in contraddizione pressoché necessaria, con la nozione di efficienza del lavoro del giudice sempre più di frequente evocata nel nostro dibattito pubblico ed intesa non (o non principalmente) nella sua relazione necessaria con la garanzia effettiva dei diritti, ma specificamente come necessaria misurabilità dei risultati, come prevedibilità dei costi e dell'esito del processo.

L'accertamento della discriminazione in giudizio infatti, a meno di non essere ridotto a mera apparenza, è operazione dagli esiti necessariamente imprevedibili, nell'an, come è ovvio, ma anche quanto al concreto contenuto del precetto (si pensi alle varie modalità di attuazione dell'ordine di ripristino dello status quo ante o alla difficoltà di individuare misure minimamente standardizzabili del risarcimento del danno).

D'altra parte l'efficienza come misurabilità necessaria degli esiti del lavoro giudiziario è nozione certo conseguente rispetto alla razionalità neoliberista, nella quale il mercato non è solo un sistema di regolazione dei rapporti economici, ma più generalmente una forma politica di organizzazione della convivenza, costruita sull'agire “nella forma della concorrenza in funzione di piani e progetti, con obiettivi”⁸, una forma politica che non è affatto estranea all'origine del paradigma antidiscriminatorio (nella sua forma archetipica di parità di trattamento retributivo tra i generi, presente già nella versione originaria del Trattato).

Solo la prassi applicativa dirà allora come questa antinomia potrà comporsi e se il diritto antidiscriminatorio si rivelerà nel nostro ordinamento uno strumento effettivo di tutela dei diritti fondamentali, laddove la tutela è più necessaria, per essere ad essa senz'altro insufficienti gli strumenti del contratto. Così che la reale efficacia del dispositivo antidiscriminatorio dovrà probabilmente misurarsi dalla sua attitudine a presidiare i diritti fondamentali proprio a fronte dell'impero del mercato e delle istanze di flessibilizzazione del lavoro nell'interesse dell'impresa che di quella sovranità hanno

⁷ Barbera, M., *Ibidem*, XXX

⁸ Foucault, *Nascita della biopolitica, corso al College de France (1978-1979)*, 2005, 148

rappresentato in questi anni la cifra primaria.

Elisabetta Tarquini

Giudice del lavoro presso il Tribunale di Pisa