

Il giudice del lavoro come giudice del conflitto: generazioni a confronto

Scambio di riflessioni
tra Anna Terzi e Giulia Locati

La funzione del giudice del lavoro sbiadisce tra un diritto processuale che consentirebbe un ruolo attivo e la destrutturazione delle tutele del lavoro e dei lavoratori, che ne riduce la capacità di incidere efficacemente su rapporti di lavoro in corso di esecuzione. Una funzione che è vissuta sempre più passivamente dai magistrati, nell'assenza di stimoli forti e significativi da parte delle organizzazioni sindacali.

Anna

“Processo del lavoro” evoca un momento storico di forte spinta ideale su valori di uguaglianza, solidarietà, tutela delle classi lavoratrici e, più in generale, dei meno abbienti attraverso una risposta rapida, garanzia di effettività della tutela. E, in questo contesto, la scelta di uno strumento processuale duttile, idoneo a essere calibrato secondo le necessità in ogni caso specifico, per un accertamento dei fatti tempestivo e aderente alla realtà, fondante diritti e obblighi. Ed ancora: la scelta di una parte della magistratura di essere soggetto attivo nella realizzazione di una giustizia sostanziale aderente alle previsioni astratte delle norme che via via si venivano emanando, tra le quali le più incisive quelle dello Statuto dei lavoratori, con uno strumento da forgiare con sapienza e professionalità. La sfida di poche disposizioni da integrare nella disciplina del processo civile attraverso una prassi interpretativa quotidiana, diretta ad accogliere nel processo l'immediatezza della realtà esterna perché, fermi restando gli oneri e le decadenze quanto alla allegazione e contestazione dei fatti, alla deduzione dei mezzi istruttori, «*allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti*

in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o di decadenze in danno delle parti» (Cass., sez. unite, n. 11353/2004).

Oggi, se si prescinde da quella lettura, e si vuole solo porre l'interrogativo della attuale necessità o utilità del processo del lavoro, ci si deve chiedere se il rapporto contrattuale per il quale quello strumento è stato apprestato abbia strutturalmente e mantenga delle caratteristiche peculiari tali da giustificare una tutela processuale specifica e una disciplina che attribuisca al giudice un ruolo attivo di acquisizione di tutti gli elementi di conoscenza dei fatti allegati, per una decisione aderente alla realtà del rapporto e ai valori espressi nel diritto sostanziale. E allora, a chi pone questa domanda, si deve proporre di allargare lo sguardo, di togliere l'attenzione da posizioni ideologiche preconcepite per osservare che, storicamente, un diritto e un processo del lavoro sono stati concepiti come ambiti specifici di disciplina quando il rapporto di lavoro si è imposto come rapporto contrattuale portante dell'organizzazione sociale in una economia liberista. Diritto del lavoro e processo del lavoro hanno conquistato uno spazio autonomo nell'ordinamento nazionale e internazionale sin dai primi decenni del Novecento. Forse, oggi, quello di cui si dubita e che si vuole mettere in discussione nella organizzazione attuale e nelle prospettive di evoluzione del sistema economico globalizzato, è la necessità di attribuire al lavoro questo spazio quale categoria concettuale che identifica un insieme omogeneo di posizioni giuridicamente tutelabili.

Giulia

Nonostante questo tentativo, esiste però ancora una specificità del rito del lavoro, che deriva dalla diversa potenza delle due parti in causa. Sono due parti strutturalmente e ontologicamente diverse tra loro: una può sopportare i costi e le lunghezze del processo diversamente dall'altra, e una ha più potere rispetto all'altra. L'esistenza e la permanenza di questa differenza è innegabile ed è per questo che ha ancora un senso la diversa regolamentazione processuale. Naturalmente si può al contempo ragionare sul fatto che, nel corso del tempo, sono emersi anche altri settori in cui questa diversa forza di base è evidente (si pensi, ad esempio, al diritto del consumatore) e chiedersi se abbia un senso estendere il rito e il processo del lavoro anche ad altri ambiti.

Un dato problematico che merita di essere analizzato è la divaricazione tra due esigenze che dovrebbero invece rimanere unite: celerità del processo e accertamento dei fatti aderente alla realtà. La celerità non può e non deve essere deificata come fine a se stessa: il suo fondamento risiede nella necessità di fornire una risposta utile e dunque rapida, ma tale risposta deve essere coerente con la realtà concreta dei fatti, pena l'essere solo celere, ma non utile. Se non si parte da questa premessa, la tempestività rischia di essere raggiunta con decisioni meramente processuali, che prescindono da un accertamento del merito dei fatti. Questa è una tendenza che viene perseguita dal legislatore, ad esempio attraverso l'introduzione di numerose ipotesi di decadenza, probabilmente perché la tutela effettiva dei diritti delle parti come scopo del processo viene man mano sostituita con l'ossessione per l'efficienza e la valutazione del lavoro del magistrato unicamente sulla base del dato numerico. In questo modo, però, nel momento in cui si è disancorata la celerità dal suo substrato valoriale, la stessa è diventata uno strumento che avvantaggia la parte forte e che estranea il processo del lavoro da quella ricerca di verità sostanziale che lo avvicinava al processo penale e lo allontanava da quello civile.

Se così è, forse la domanda sull'attualità della specificità del rito del lavoro deve essere affrontata ripartendo da qui.

Anna

Celerità e accertamento dei fatti non possono essere disgiunti in generale, per qualsiasi processo, non solo per il processo del lavoro. L'una senza l'altra non realizza il risultato che si persegue con la funzione giurisdizionale. In materia di rapporto di lavoro, questa divaricazione determina però un più marcato

rischio, reale ed esteso, di una ingiustizia sostanziale per entrambe le parti.

Innanzitutto per il lavoratore perché – ed è necessario sottolinearlo –, anche se queste sottolineature vengono talvolta accolte o meglio rifiutate come evocazioni di una sensibilità datata e non più attuale o che comunque deve cedere di fronte ad altre ragioni dell'economia, nella causa di lavoro è coinvolta, nel contesto di un rapporto a determinazione unilaterale del contenuto della prestazione quotidiana, la dignità della persona in termini di tempi di vita, di relazione interpersonale e di sopravvivenza materiale propria e dell'eventuale nucleo familiare quando si tratta di licenziamenti, pensioni, trattamenti di disoccupazione.

La diversa capacità di resistenza è, quindi, molto importante e ha diverse sfaccettature. Si esprime in capacità di sostenere le spese e, su questo piano, evidenzia il depotenziamento della presenza e assistenza sindacale, sia "a monte", in termini di rappresentanza e assistenza sul luogo di lavoro già prima e a prescindere dal contenzioso, sostenendo le ragioni dei lavoratori in azienda come ragioni di tutti, frapponendosi tra il singolo e l'apparato direttivo, sia dopo, con un patrocinio legale economicamente accessibile – e, sicuramente, su questo secondo aspetto ha inciso la riforma della disciplina delle spese processuali; si esprime in termini di maggior controllo sulle fonti di prova; si esprime in termini di possibilità di ottenere una transazione vantaggiosa, se le prospettive processuali si fanno incerte o i tempi processuali troppo lunghi, sfruttando l'eventuale situazione di bisogno del lavoratore o la sua necessità di non crearsi un ambiente ostile.

Non va, però, trascurato che le decadenze introdotte con le leggi nn. 183/2010 e 92/2012 avevano reali e serie esigenze di tutela dei datori di lavoro, ossia esigenze di certezza in tempi ragionevoli sull'esistenza di un rapporto di lavoro, per gli evidenti risvolti organizzativi e di contenimento dell'esposizione economica per il risarcimento del danno, senza dover sopportare i costi aziendali di tempi assurdi di una giustizia del lavoro indifferente a queste indiscutibili necessità. Una sentenza di accertamento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato o di reintegrazione a distanza di anni poteva essere un vero e serio problema per aziende di piccole o medie dimensioni.

Quando la magistratura del lavoro non è stata capace di esprimere una sensibilità adeguata rispetto a queste esigenze, negando ad esempio la tutela ex art. 700 cpc al lavoratore in caso di licenziamento, o non utilizzando criteri di organizzazione del proprio lavoro in modo da stabilire delle priorità, ha concorso a determinare le condizioni per i successivi interventi legislativi, a iniziare da quel clima di insofferenza verso le tutele e le garanzie, rappresentate come inutili e dannosi intralci al dinamismo imprenditoriale.

Oggi la celerità viene esaltata come valore in sé e imposta o sollecitata da dirigenti che accreditano le proprie abilità attraverso quella, spesso non avendo la capacità di apprezzare la qualità e di controllarla.

Si tratta, forse, dell'altra faccia di una mancanza di sensibilità verso un tema complesso e cruciale qual è quello della giurisdizione come strumento di attuazione del diritto sostanziale. Non è un caso che l'ossessione per la celerità, l'exasperazione delle decadenze e delle inammissibilità, anche con interpretazioni assai criticabili, si manifesti anche in uffici nei quali i carichi di lavoro sono modesti e i tempi comunque celeri: interpretazioni di disposizioni processuali in contrasto con la giurisprudenza di legittimità, utili solo a moltiplicare i numeri del contenzioso definito, con aggravio delle spese per il lavoratore e con il duplice risultato di vanificare il principio di effettività, affermato dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, e di disincentivare l'accesso alla giustizia, perché nel rapporto di lavoro a struttura gerarchica l'iniziativa del processo è presa nella quasi totalità dei casi dal lavoratore, che chiede un controllo di legittimità sulle determinazioni unilaterali del datore di lavoro.

Giulia

Il processo è uno strumento delicato: più è elastico, come il processo del lavoro, e involge dunque un intervento attivo del giudice, e più implica capacità professionale e sensibilità culturale.

Il quesito, quindi, non è se sia tuttora necessario un processo del lavoro, ma quale uso ne è stato fatto e perché non è stata mantenuta nel tempo una coerenza con gli obiettivi che dovrebbe realizzare.

Vari e complessi sono gli aspetti da considerare, ma sicuramente la consapevolezza del ruolo del giudice del lavoro come giudice del conflitto implica un radicamento culturale forte nella realtà esterna del mondo del lavoro, un mondo che si esprime nelle aule giudiziarie solo in modo parziale. L'assenza di questa conoscenza si traduce in una scarsa sensibilità per il tipo di contenzioso e in una limitata capacità di inquadramento in tutte le implicazioni delle questioni che animano veramente il contenzioso, con le conseguenti ricadute nella gestione del processo. E, nel nostro sistema formativo, questo limite non è affatto identificabile.

Nel nostro processo di formazione, raramente ci si interroga su come, quanto spesso e in che termini viene utilizzato il nostro potere discrezionale, e soprattutto per il raggiungimento di quale obiettivo.

L'uso di questo potere è, poi, sovente diverso tra coloro che provengono dal civile, normalmente più attenti alla formulazione dei capitoli di prova, e coloro che provengono dal penale, più attenti a compren-

dere cosa sia accaduto nella realtà dei fatti, in quanto muovono dall'idea sottostante di un accertamento della verità che non è disponibile dalle parti (e dunque neanche dalle loro carenze o, meglio, dalle carenze dei loro avvocati o del pm).

Da questo punto di vista, credo che la mancata previsione per i giudici del lavoro della decennialità non aiuti: l'esperienza diretta di tipi diversi di processo aiuta ad allargare la propria *forma mentis* e a percepire il proprio ruolo in maniera diversa, oltre che a interrogarsi sulla ragione profonda del motivo per cui il legislatore ha previsto un diverso tipo di processo per le varie materie e diversi poteri istruttori in capo a colui che dovrà, poi, prendere la decisione.

Per fare un esempio concreto, si può pensare alla modalità di escutere i testimoni: un giudice penale, che ha potuto – magari per anni – osservare il pubblico ministero che è abituato a non seguire un capitolo, sarà incline a cercare di comprendere il nocciolo del problema, a indagare la realtà dei fatti, perché il diritto penale ha ad oggetto diritti indisponibili (la libertà personale) la cui tutela non può venir meno per la mancata indicazione, ad esempio, di un testimone. Un giudice civile, nella maggioranza dei casi, istruisce cause che hanno ad oggetto diritti disponibili (come il diritto di proprietà o i diritti regolati dai contratti) e, dunque, è maggiormente incline a far ricadere sulla parte la conseguenza della mancata indicazione di un teste o della mancata capitolazione di una circostanza.

Dal nostro punto di vista, si potrebbe auspicare un tipo di formazione che tenga conto di questi aspetti: la capacità di escutere un teste, ad esempio, che è tutt'altro che banale e che presuppone una tecnica che deve essere appresa, non viene praticamente affrontata nel nostro percorso e non è detto che sia una capacità innata. Il punto non è secondario perché, laddove il fatto incide sul diritto, la capacità di comprendere quel fatto diventa determinante. È necessario che ci sia coerenza tra quello che succede e quello che decidiamo, e la sensibilità per raggiungere questa coerenza si acquisisce solo se ci sono una formazione e una preparazione che tengano conto di questi aspetti.

Anna

Vari sono, quindi, i temi che si intersecano nella ricerca di una risposta al quesito della permanenza di una ragion d'essere della specificità del processo del lavoro e del ruolo del giudice del lavoro come regolatore del conflitto: il rapporto tra diritto sostanziale e processuale, la formazione professionale del giudice, aspetti strettamente organizzativi, l'effettività dell'accesso alla giustizia – temi che sono, inoltre, tra loro interconnessi.

Il rapporto di lavoro, nel momento dell'accertamento giudiziale, condivide sicuramente con il processo penale la priorità dell'accertamento del fatto perché, a differenza dei rapporti che si innestano su diritti reali o su contratti fra imprenditori diretti all'erogazione di un servizio o alla realizzazione di un risultato, il momento esecutivo ha un contenuto "comportamentale" in un contesto relazionale. È questa la ragione per la quale il diritto del lavoro sostanziale fa continuamente rinvio a clausole generali, perché la condotta dell'una e dell'altra parte vanno continuamente ponderate con riferimento a quel concreto e storicamente dato contesto.

Si tratti di una questione di mansioni, di una condotta imprudente, di una sanzione disciplinare o di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo (per motivi economici), la prima questione da porsi è se e quanto la valutazione sulla condotta (del lavoratore o datoriale), per essere apprezzata in modo compiuto, implichi un accertamento complesso o, in altri termini, se il giudizio valoriale che integra il requisito della clausola generale sulla cui base deve essere decisa la controversia implichi – e con quale estensione – un accertamento del contesto o dell'aspetto relazionale (per fare qualche esempio: dell'organizzazione concreta del lavoro a prescindere dagli organigrammi cartacei, della tolleranza di certe condotte, della frequenza con la quale sono state affidate determinate mansioni e così via). E ciò, a maggior ragione, in un sistema ordinamentale nel quale assume sempre più importanza la valutazione della correttezza non solo formale nell'esecuzione del contratto.

L'aver sperimentato professionalmente il processo penale favorisce sicuramente un approccio più aperto in questa direzione. Un rilievo è significativo: i primi giudici del lavoro, quelli che storicamente ne hanno interpretato la specificità secondo l'intento perseguito con la riforma, provenivano tutti da funzioni diverse, erano giudici già formati. L'esperienza professionale in ambiti diversi agevola quell'apertura mentale che interseca preparazione giuridica e conoscenza della realtà, consapevolezza delle implicazioni della materia del contendere e capacità di indirizzare l'accertamento, attraverso i poteri direzione del processo, verso una tendenziale coincidenza tra fatto storico e fatto processuale.

Un fattore da non trascurare, per rispondere alla domanda sull'attualità del processo del lavoro, e da cui dipende la scelta processuale dell'ingresso e dell'ampiezza dell'istruttoria nonché dell'esercizio dei poteri *ex art. 421 cpc*, è il succedersi di norme di diritto sostanziale sempre più riduttive dei diritti dei lavoratori e ampliative delle prerogative o facoltà dei datori di lavoro: dal mutamento di mansioni al controllo a distanza, dai licenziamenti all'articola-

zione degli orari nel *part time* e così via. È evidente che più il diritto sostanziale è indifferente rispetto alle diverse possibili caratteristiche della fattispecie concreta, più è ampia la discrezionalità datoriale, sono più uniformi le conseguenze dell'atto illegittimo e meno vi è necessità di un accertamento in fatto ampio, venendo in rilievo solo l'aspetto a cui la fattispecie astratta riconnette specifiche conseguenze. Il rischio in questa preavutazione comparativa, su quanto rileva e quanto no per arrivare a una decisione della controversia, è in ogni caso, come sempre, quello di accogliere una interpretazione della norma di diritto sostanziale limitativa escludendone altre, così riducendo l'ampiezza dell'accertamento. Ma nelle controversie di lavoro sono, invece, proprio le caratteristiche del fatto e del suo contesto che consentono di apprezzare l'eventuale incongruità o incoerenza di sistema delle conseguenze dell'applicazione della norma alla fattispecie concreta e possono costituire motivo di evoluzione giurisprudenziale o di remissione alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia.

Se la norma sostanziale esprime una indifferenza rispetto alle caratteristiche specifiche della vicenda portata all'esame del giudice, automaticamente vi è un'analoga spinta all'indifferenza anche nell'accertamento processuale, ma lo stesso va detto per interpretazioni giurisprudenziali del giudice di legittimità che orientano per una uniformità indistinta di applicazione anche quando vi sarebbe spazio per distinguere. Un esempio: se si segue una certa giurisprudenza di cassazione in materia di licenziamento disciplinare, alla valutazione astratta della sproporzione rispetto alla condotta già così come contestata non seguirà, molto spesso, alcuna istruttoria, ma solo la verifica di non corrispondenza dell'addebito alle ipotesi punite dal contratto collettivo con sanzione conservativa: una verifica astratta sul testo contrattuale, che chiude la controversia senza lasciare la possibilità di far emergere caratteristiche della condotta e di contesto, idonee a disvelarne la minor gravità rispetto alle condotte per contratto punibili con sanzione conservativa, con una irrazionale disparità di trattamento che dovrebbe spingere o a una evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale o alla rimessione alla Corte costituzionale.

Un discorso analogo si può fare in materia di inadempimento del datore di lavoro agli obblighi *ex art. 2087 cc*: a prescindere da ogni valutazione sulla deroga ai principi di cui all'*art. 1218 cc* quali elaborati dalla giurisprudenza – compresa la giurisprudenza del lavoro – sull'adempimento dell'obbligazione, è evidente che se si aderisce all'indirizzo giurisprudenziale che ritiene precluso un giudizio di responsabilità in assenza di una allegazione puntuale, da parte del lavoratore, di violazione di norme

fondanti una colpa generica e di deduzione di mezzi istruttori per provarne la violazione, in casi simili non si aprirà mai l'istruttoria sulla dinamica dell'infortunio e sul nesso causale con l'attività di lavoro, così impedendo a monte l'emersione di circostanze che, invece, possono evidenziare di per se stesse, anche attraverso la cognizione di comune esperienza, una organizzazione del lavoro che comporta un'esposizione a rischi in violazione degli obblighi di cui all'art. 2087 cc.

Questa riflessione ne comporta un'altra: l'accertamento del fatto per una coerenza tra diritto sostanziale e fattispecie concreta a cui mira l'art. 421 cpc è anche la via per fare emergere il conflitto; sottrarsi all'accertamento del fatto è nascondere il conflitto. E prendere posizione in favore di una parte, quella più forte, che del rapporto determina il contenuto.

Giulia

Si può dire che, nel corso del tempo, è in parte mutato l'oggetto delle controversie. In passato il lavoratore agiva soprattutto per tutelarsi "nel" rapporto di lavoro: ad esempio, agendo in giudizio contro demansionamenti o per rivendicare il mancato riconoscimento di mansioni superiori, ovvero per chiedere il rispetto di determinate condizioni di lavoro; le organizzazioni sindacali agivano per la tutela delle proprie prerogative.

La riduzione sempre più drastica di una tutela reale in caso di licenziamento e l'emersione di nuove tipologie contrattuali diverse dal lavoro subordinato a tempo indeterminato hanno creato una nuova tipologia di cause, che sono diventate la maggioranza: i lavoratori agiscono sempre più spesso per ottenere un posto di lavoro (impugnando contratti a termine o in somministrazione e, in una bassissima percentuale, contratti parasubordinati) oppure per non perderlo (e impugnando dunque il licenziamento).

L'aumento delle ipotesi di tutela indennitaria ha poi fatto sì che tra le parti vi fosse sempre più una questione di tipo economico, piuttosto che di diritti, e questo ha avuto un impatto nella gestione di un pro-

cesso in cui il giudice percepisce sempre meno l'effettività della propria decisione.

Anna

Non posso che condividere questo rilievo.

Lo spostamento della tutela a rapporto cessato, quale del resto è voluto deliberatamente dalla tutela tendenzialmente solo indennitaria del licenziamento illegittimo e quale viene in considerazione anche quando vi è tutela reale, ma scelta del lavoratore dell'indennità sostitutiva, per ragioni di opportunità rispetto a realtà aziendali più ridotte rispetto al passato e/o senza una adeguata presenza sindacale, tolgono al processo del lavoro una parte significativa del suo impatto sulla realtà dei rapporti sociali in ambito lavorativo e anche motivazione a magistrati già poco propensi, per tutti i motivi che abbiamo detto, a interpretare il loro ruolo come giudici del conflitto.

Giulia

Il ragionamento che stiamo conducendo è circolare e in parte ci riporta alla formazione del magistrato. La professionalità del giudice rappresenta una condizione della legittimazione democratica dell'attività giurisdizionale e, pertanto, è necessario prestare bene attenzione al tema. In altri Paesi come la Germania, alla formazione generale che comprende l'informazione e l'aggiornamento si affianca la formazione individuale, con esame periodico, per rilevare i *deficit* e i bisogni formativi del singolo magistrato attraverso lo studio degli interi fascicoli delle cause decise dal giudice in valutazione e l'affiancamento (su base volontaria) di un *tutor*. Comprendere il senso di ciò che si fa e la funzione storica del proprio ruolo è l'unico modo per garantire una giustizia orientata ai diritti: il senso del diritto del lavoro e del rito del lavoro dovrebbe, allora, tornare ad essere al centro di una riflessione comune, che più che sulle regole tecniche si fondi sui principi, *in primis* quelli costituzionali, che siamo chiamati a inverare.