

Prefazione

a S. Borelli, Divieti di discriminazione e lavoratori non standard, Milano 2008
(in corso di stampa)

Se c'è un tema che negli ultimi anni si è imposto all'attenzione dei giuristi e dei teorici del diritto di tutto il mondo, il suo nome è "circolazione dei modelli giuridici". Con sempre maggior frequenza i giudici operanti in sistemi giuridici diversi e distanti mutuano l'uno dall'altro modelli di giudizio, strutture argomentative, modi di affrontare e risolvere casi sostanzialmente analoghi. Su questo fenomeno si è ormai sviluppato un genere letterario piuttosto fortunato.

L'esempio forse più risalente nel tempo, sicuramente più esteso e radicato nell'esperienza, è probabilmente il giudizio di ragionevolezza. Come è noto, più che una precisa struttura di giudizio, la ragionevolezza rappresenta un arcipelago di tecniche di giudizio e di argomentazione che ospita figure diverse ma dotate di un certo isomorfismo. Difficile – e forse anche inutile – cercare di stabilire dove e quando esse abbiano iniziato a svilupparsi, anche perché si nutrono di elementi profondamente radicati nelle tecniche d'interpretazione e di giudizio trasmesse da una generazione di giuristi all'altra. Così, se è vero che il giudizio di ragionevolezza si sviluppa modernamente ad opera delle Corti costituzionali impegnate a maneggiare l'enunciazione positiva del principio di eguaglianza, è anche vero che esse adoperano lo schema triangolare di giudizio tipico del ben più antico ragionamento analogico (per aversi analogia, osservava Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, 104, "è necessario che la somiglianza tra il caso previsto dalla disposizione di legge e quello non previsto consista nel fatto che entrambi i casi abbiano come termine comune di riferimento la 'ragion sufficiente' della disposizione stessa: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositivo*"); se è vero che le disposizioni volute dal legislatore possono derogare l'obbligo costituzionale di trattare egualmente situazioni analoghe solo in ragione di obiettivi apprezzabili rispetto ai quali le scelte normative si mostrino congrue e proporzionate, è anche vero che nei canoni tradizionali dell'interpretazione la congruità di una norma rispetto alla sua *ratio* (la sua "ragion sufficiente") è sempre stata la condizione indispensabile per accreditarne un effettivo valore prescrittivo, anziché svalutarne la portata normativa e relegarla ai margini dell'ordinamento; e se è vero che proporzionalità e bilanciamento degli interessi sono entrati solo di recente nel lessico delle Corti, è anche vero che rievocano considerazioni che si svolgono lungo tracciati non affatto dissimili dalle "figure sintomatiche" dell'eccesso di potere elaborate dalla gloriosa tradizione della giustizia amministrativa.

Naturalmente molte cose sono cambiate. L'avvento delle costituzioni rigide e del controllo di costituzionalità delle leggi ha rotto il tabù della sovranità del legislatore, modificando radicalmente la visuale con cui il giudice guarda alla legge: non si tratta più di elaborare e praticare strategie di *interpretazione della legge* per ricavarne una regola adeguata al caso concreto, ma di elaborare e praticare strategie di *critica della legge*, per saggiarne l'adeguatezza in relazioni a casi che si potrebbero definire "non standard" (mutuo la terminologia del libro che sto prefando), quelli cioè che non

rientrano nella fattispecie disegnata dal legislatore con riferimento all'*id quod plerumque accidit*, alla generalità dei casi. Sono casi “paradossali” nel senso etimologico della parola, che stanno cioè fuori dalla strada tracciata. ‘Paradosso’ è ciò che “*contrastata con la comune opinione, immaginazione, aspettativa o prassi, apparendo sorprendente, inatteso, audace ma anche assurdo e insensato*” (S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, XII, Torino 1984, 539); tra i sinonimi di ‘paradossale’ c’è, appunto, ‘irragionevole’. Il paradosso, l’irragionevole non denuncia un difetto della legge, ma incarna l’effetto imprevedibile prodotto dall’infinità variabilità del reale con cui il giudice ordinario ha quotidianamente a che fare.

Il che significa che la *irragionevolezza* è un carattere strutturale della stessa legge, carattere che si manifesta non appena il caso a cui essa deve essere applicato mostri di trovarsi fuori della sua *ratio*: è una conseguenza della imprevedibilità delle vicende umane, dell’irriducibilità di queste ai modelli legislativi predefiniti. Vicende tanto più imprevedibili quanto più è veloce il cambiamento della società, delle conoscenze, delle tecnologie, dello stesso ordinamento giuridico. Leggi del tutto ragionevoli un tempo possono rivelarsi, alla prova dei fatti *attuali*, “anacronistiche” e perciò ormai irragionevoli. Il giudizio di ragionevolezza mostra perciò una valenza forse insospettata: non è solo lo strumento con cui il giudice rende “mite” il diritto positivo ammorbidendo la *dura lex* a cui un tempo era rigidamente vincolato, ma è anche il modo con cui concorre ad adeguare le regole al rapido mutamento della realtà sociale. Forse è proprio questa sua capacità ad averne decretato il successo in ogni sistema giuridico contemporaneo.

E non c’è dubbio che il mondo del lavoro sia stato percorso di recente da cambiamenti profondi. La frantumazione dello *standard* del lavoro dipendente e la moltiplicazione di rapporti di lavoro *non-standard* ha comportato la dissoluzione della disciplina unitaria prodotta dalla legislazione e dalla contrattazione collettiva: la legislazione “speciale” che ha accompagnato questo fenomeno sembra aver invertito la direzione di sviluppo del diritto del lavoro, infranto quel delicato equilibrio tra autonomia contrattuale individuale, autonomia collettiva e interessi pubblici tutelati per legge che l’aveva caratterizzato in epoca repubblicana. Di fronte a questa repentina inversione di tendenza “il tradizionale equilibrio della disciplina si è incrinato e, assillata da un futuro incombente, la giuslavoristica è tornata ad interrogarsi sui tratti irrinunciabili della sua identità” (G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali – Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2007, 374). Come accade nelle figure del tango, quando i passi si muovono in una direzione il busto e lo sguardo si volgono nel verso opposto: dopo aver a lungo sostenuto la centralità dell’autonomia contrattuale contro le intrusioni del diritto pubblico, oggi che, in nome del mercato, la visione privatistica del rapporto di lavoro trionfa, si riscopre l’urgenza che il diritto pubblico intervenga a ripristinare le garanzie del lavoratore. Quella che per molto tempo è parsa “una saldissima opzione favorevole alla dissoluzione del diritto del lavoro nell’ambito privatistico”, quasi che qui si ritrovasse un “ordine naturale delle cose contrapposto all’ordine artificiale creato dal diritto pubblico e dunque, se non superiore, certamente preferibile a

questo” (U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, 59 e 61), oggi si riscopre in pieno il valore costituzionale del lavoro, nella consapevolezza che l’unità del sistema normativo del lavoro “non può essere garantita se non dal nucleo dei principi costituzionali che definiscono la nozione di cittadinanza sociale con la necessaria indeterminatezza” (*Ibidem*, 75 s.). In una società dominata da una “mentalità a ‘breve termine’” che ha sostituito quella ‘a lungo termine’ del modello fordista di organizzazione industriale, in cui la “‘flessibilità’ è la parola d’ordine del giorno” (Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari - Roma 2007, 169 s.) è inevitabile cercare nella legge e nel diritto costituzionale qualche punto fermo della vita lavorativa.

Ed allora l’uso giurisprudenziale dei principi di non discriminazione, del generale principio di eguaglianza, delle tecniche di bilanciamento tra interessi confliggenti, del generale canone della ragionevolezza - e della sua applicazione più o meno rigorosa secondo che vengano o meno in gioco espliciti divieti di discriminazione - si offre come strumento attraverso il quale si può cercare di ricondurre una legislazione, che ha ormai rotto gli argini che tenevano assieme la disciplina unitaria del lavoro dipendente, entro un perimetro che assicuri la coerenza con i principi costituzionali. Essendo poi il diritto del lavoro “il più eurocentrico dei diritti nazionali” (U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nell’età della globalizzazione*, in *Lavoro e diritto* 2003, 572), parte essenziale sia dei diritti di cittadinanza europea che dei fattori di produzione che determinano la concorrenza nel mercato, ecco che le sue trasformazioni devono fare i conti, oltre che con i principi e le regole legislative nazionali, con i principi e le norme comunitarie. I due ordinamenti però, nonostante la retorica della “carta dei diritti” (proclamata, ma mai promulgata) e dei diritti fondamentali (riconosciuti, ma scarsamente applicati dalla Corte dei giustizia), guardano in direzioni alquanto diverse, dominato l’uno dalla visione sociale del lavoro e dei diritti, l’altro da una preponderante ispirazione liberistica e *market-oriented*. Sicché essi forniscono ai giudici strumenti diversi, che in parte si completano, per cercare di riportare la disciplina frantumata dei rapporti di lavoro *non standard* ad un nucleo di principi comuni, di conciliare il nuovo con quanto di inderogabile si può riconoscere nel vecchio.

L’analisi che segue cerca brillantemente di esplorare questo strumentario giurisprudenziale e di individuare spazi e modalità entro e con cui le corti possono svolgere il compito di restituire un certo grado di universalità alle garanzie del diritto del lavoro, ancorandole al perno dei principi di non discriminazione. Compito di certo non facile, dato che la proliferazione dei modelli contrattuali rende franso il terreno su cui ricercare, tra le diverse situazioni, l’analogia indispensabile per proseguire con il giudizio di eguaglianza. Tuttavia è proprio la duttilità del giudizio di ragionevolezza - la sua capacità di orientare il giudizio non sulla relazione tra fattispecie legislativa e principi o valori astratti e immutabili, ma sul rapporto di strumentalità che essa istituisce tra la singola disposizione legislativa o contrattuale e la sua specifica *ratio* - a rendere il compito fattibile: anzi, come la ricerca dimostra, è addirittura possibile individuare ipotesi tipiche in cui i divieti di discriminazione possono essere fatti valere nel giudizio sulle leggi e sugli atti interpretati.

Ma è ovvio - e le conclusioni di questo libro lo sottolineano con chiarezza - che non è delegabile alla formazione giudiziale della regola applicabile al caso concreto il compito di riportare una disciplina legislativa e contrattuale, ormai frantumata, all'interno di un quadro di principi fondamentali comuni, che restituiscano al diritto del lavoro, nuovamente degradato (come all'inizio della storia della società industriale) a regolazione della cessione di una semplice merce, la sua dignità di componente imprescindibile dei diritti di cittadinanza.