

XI COMMISSIONE LAVORO

CAMERA DEI DEPUTATI DELLA REPUBBLICA ITALIANA

AVV. PROF. LUCA PASSANANTE

Ordinario di diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Brescia

MEMORIA SCRITTA DELL'AUDIZIONE INFORMALE DEL 15.06.2021

sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi (COM(2021) 93 final)

La proposta di direttiva si lascia senza dubbio apprezzare come strumento normativo che prosegue nell'attuazione di un progetto più ampio dell'Unione Europea che tende alla progressiva rimozione di tutti gli ostacoli alla effettiva attuazione della parità di genere in ogni settore dell'ordinamento e, quindi, per quanto qui interessa, anche nell'ambito della disciplina dei rapporti di lavoro e, nello specifico, della trasparenza e della parità retributiva.

In linea generale mi preme sottolineare la fondamentale importanza, a livello di normativa di attuazione nazionale, di un coordinamento con la disciplina dettata dal Codice della pari opportunità (d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198). Dovranno, in particolare, essere evitate in generale duplicazioni di enti e sovrapposizioni di competenze attraverso un adeguato coordinamento e, anzi, preferibilmente attraverso l'unificazione delle competenze in capo ad uno o più soggetti già esistenti, potenziandone le risorse. Evitare attribuzioni di competenze ulteriori a costo zero.

Per quanto attiene agli **aspetti più strettamente legati al processo civile e alla tutela dei diritti**, va osservato quanto segue:

- 1) La proposta di direttiva non contiene un'**indicazione specifica e analitica dei criteri in base ai quali determinare se sussiste o meno una disparità retributiva tra lavoratori e lavoratrici**. Ciò potrebbe risultare particolarmente utile al fine di effettuare un confronto con il c.d. "lavoratore ipotetico". Il legislatore comunitario o quello nazionale, in sede di attuazione della direttiva nell'ordinamento interno, dovrebbe opportunamente fissare detti criteri. Sarebbe, infatti, un grave errore lasciare questo compito alla giurisprudenza: quest'ultima, infatti, potrebbe svilupparsi nei tribunali e nelle corti territoriali in maniera fortemente disomogenea, dando luogo di fatto ad una violazione del principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della carta costituzionale. Per altro verso, attendere l'intervento della corte suprema al fine di uniformare gli orientamenti significherebbe lasciare nell'incertezza per vari anni sia i lavoratori-lavoratrici che i datori di lavoro, con ricadute negative su entrambi i fronti.
- 2) Un aspetto legato al precedente riguarda la **necessità di avere consulenti tecnici con preparazione adeguata**: certamente i contenziosi civili in materia di disparità retributiva

dovranno essere decisi sulla base di dati che richiedono una elaborazione da parte di chi sia dotato di competenze tecniche. Pertanto, è altamente verosimile che il giudice decida di avvalersi di un consulente tecnico d'ufficio al fine di valutare se, nell'ambito di un contenzioso individuale, sussistano o meno i presupposti perché sia applicata la normativa a tutela della parità retributiva. Potrebbe, pertanto, essere opportuno prevedere una formazione specifica e albi dedicati per consulenti tecnici specializzati in tale settore.

- 3) Nella proposta di direttiva si prevede che le associazioni, le organizzazioni, gli organismi per la parità e i rappresentanti dei lavoratori o altri soggetti giuridici che hanno un legittimo interesse a garantire la parità tra uomini e donne possano agire per conto o a sostegno di uno o di una pluralità di lavoratori che siano vittime di una violazione di qualsiasi diritto o obbligo connesso al principio della parità retributiva. È opportuno, sotto questo profilo, tracciare in maniera più rigorosa tre differenti casi in cui le associazioni rappresentative possono agire per i diritti previsti dalla direttiva:
 - a. L'associazione rappresentativa può avere la legittimazione ad agire per azionare un interesse collettivo, che in tal caso costituisce una situazione soggettiva di cui è titolare la sola associazione rappresentativa (tipicamente: il sindacato), la quale agirà in nome proprio e per conto altrui;
 - b. L'associazione rappresentativa può agire come rappresentante del lavoratore, su incarico del medesimo: in tal caso agirà in nome altrui e per conto altrui;
 - c. Infine l'associazione rappresentativa potrà essere dotata di una legittimazione straordinaria per far valere i diritti individuali di una pluralità di lavoratori che si trovano nella medesima situazione sostanziale (diritti individuali omogenei). In tale ultimo caso si potrà utilizzare il meccanismo dell'**azione di classe**. A livello di disciplina interna si dovrà opportunamente coordinare questa disciplina con quella prevista agli artt. 840 bis ss. c.p.c. valutando se e in che misura estenderne i meccanismi a queste fattispecie.
- 4) Un altro aspetto di fondamentale importanza attiene all'**accesso alle informazioni** utili, sia per l'attuazione del programma sotteso alla direttiva, sia, per quanto qui in modo più specifico interessa anche in relazione alla tutela dei diritti soggettivi delle singole lavoratrici e dei singoli lavoratori. Le informazioni, la loro completezza e correttezza non possono essere validamente ed efficacemente sostituite dalle inversioni degli oneri probatori. Mentre, infatti, questi ultimi si occupano di distribuire tra le parti il rischio della mancanza di prova, le informazioni costituiscono un presupposto affinché la decisione finale sia giusta, nel senso che sia il frutto dell'applicazione di norme di legge ai fatti accertati correttamente. Ne discende l'importanza di prevedere strumenti specifici per l'accesso alle informazioni: a tal proposito nell'ambito di quanto prevede l'articolo 15 della proposta di direttiva il legislatore nazionale potrebbe opportunamente introdurre provvedimenti giurisdizionali specifici, sganciati da esigenze cautelari, per rendere effettivo il diritto della lavoratrice o del lavoratore all'accesso alle informazioni. Potrà trattarsi, ad esempio, di procedimenti giudiziari di urgenza, estremamente semplificati che, anche, se del caso, *inaudita altera parte* e a contraddittorio posticipato ed eventuale, consentano di avere accesso in tempi brevi alle informazioni che il datore di lavoro rifiuta di fornire. A questo proposito è anche opportuno fissare un termine preciso entro il quale, a decorrere dalla richiesta della lavoratrice o del lavoratore, il datore è tenuto a fornire le informazioni richieste.

Eviterei, come parrebbe suggerire il Governo, di attribuire la legittimazione ad accedere alle informazioni alle sole associazioni rappresentative o ai consiglieri di parità. Al contrario, parrebbe più corretto attribuire il diritto di accedere alle informazioni anche alle singole lavoratrici o ai singoli lavoratori. Sottolineo, inoltre, l'importanza fondamentale di disporre di tali informazioni per la buona riuscita anche dei procedimenti di conciliazione e di mediazione, previsti solo come eventuali dalla direttiva, ma che, con ogni probabilità, stante la direzione in cui si muovono le riforme nel campo della giustizia civile, saranno verosimilmente previsti come obbligatori e posti come condizioni di procedibilità della domanda giudiziale.

- 5) Per quanto attiene, più in particolare, all'**inversione degli oneri probatori**, prevista dall'articolo 16 della proposta di direttiva, va precisato che il comma 1 del medesimo articolo non prevede, in verità, una vera e propria inversione dell'onere della prova. Diversamente da quanto esibisce la rubrica, fa gravare sul lavoratore ricorrente l'onere di dimostrare un quadro indiziario, dal quale si possa ragionevolmente ritenere che il datore abbia posto in essere una discriminazione retributiva. Soddisfatto questo onere della prova, al più "attenuato", da parte del lavoratore, sarà poi il datore a dover provare che non vi è stata disparità retributiva uomo/donna. Tale disposizione, quindi, riduce, ma non elimina, l'onere probatorio a carico della lavoratrice o del lavoratore. La disposizione, inoltre, va coordinata con quella che ne impedisce l'applicazione quando l'istruzione dei fatti spetta all'organo giurisdizionale o ad altro organo competente. Non se ne comprende esattamente il significato, ma parrebbe doversi intendere che, quando il giudice (o altra autorità) dispone di poteri di indagine (nel processo ciò equivale l'attribuzione al giudice di poteri istruttori d'ufficio, poteri di cui il nostro giudice del lavoro già dispone) questa regola dell'attenuazione dell'onere probatorio a carico del ricorrente potrebbe, a discrezione del legislatore nazionale, non applicarsi. Poiché, i poteri istruttori del giudice del lavoro non sono assistiti da strumenti adeguati ad assicurarne l'inefficacia, mi parrebbe inopportuno che, in sede di legislazione nazionale, si decidesse di disapplicare detta previsione normativa. Una vera e propria inversione dell'onere della prova si ha invece sulla base del comma due del medesimo articolo 16, dove si prevede che quando il datore di lavoro non abbia rispettato i suoi obblighi in tema di trasparenza retributiva, gravi sul medesimo l'onere di dimostrare che non vi è stata discriminazione se tale prescrizione certamente meritevole di essere tradotta nella legislazione nazionale, ci si deve chiedere se non sia opportuno adattare la norma sulle spese legali, le quali dovrebbero rimanere a carico del datore di lavoro convenuto (anche se vittorioso nel merito) qualora non abbia adempiuto agli obblighi di informazione ai quali è tenuto.
- 6) Poiché l'inversione degli oneri probatori si applica più pacificamente all'esistenza o all'inesistenza di un diritto (an), mentre ne risulta più difficoltosa l'applicazione alla quantificazione del diritto stesso (quantum), sarebbe opportuno che il legislatore nazionale prevedesse con maggior precisione chi debba provare che cosa e quali siano le conseguenze per il caso di mancanza di prova.
- 7) È opportuno, inoltre, segnalare, che la proposta di direttiva introduce uno **standard di prova** estremamente rigoroso all'articolo 16, comma 3, prevedendo che "la parte ricorrente beneficia di qualsiasi dubbio residuale". A tal proposito, si deve rilevare che la norma è formulata in termini imprecisi e, per questo, meriterebbe di essere rimeditata sia in sede di approvazione della direttiva, sia, per quanto compete al

legislatore nazionale, in sede di traduzione nella disciplina dell'ordinamento interno. Evidenzio di seguito alcuni dei profili problematici più rilevanti:

- a. nella disposizione si parla di "parte ricorrente": è evidente che si intenda come parte ricorrente la lavoratrice o il lavoratore che lamentino un trattamento retributivo non paritario. A tal proposito è, però, necessario prestare attenzione, perché il ricorrente potrebbe essere anche il datore di lavoro che proponga un'azione di accertamento negativo, alla quale certamente ha interesse. Sarebbe quindi opportuno prevedere che ogni dubbio residuale vada a beneficio della lavoratrice o del lavoratore (non di parte ricorrente);
 - b. la disposizione sembrerebbe prevedere che sempre e comunque ogni dubbio residuo vada a favore della lavoratrice/lavoratore. Si tratta dell'introduzione di uno standard di prova molto esigente, paragonabile a quello previsto nel processo penale a tutti noto dell' "oltre ogni ragionevole dubbio". Tradotto in termini più comprensibili parrebbe doversi intendere che ogni dubbio (ragionevole?) che, al termine del processo, dovesse residuare in ordine alla sussistenza di una discriminazione retributiva, dovrebbe portare il giudice a ritenere sussistente la discriminazione. Bisognerebbe, anzitutto, chiarire se questo standard valga sempre o solo in caso di mancato rispetto da parte del datore di lavoro degli obblighi previsti dagli articoli da 5 a 9. Inoltre, sia a livello comunitario, sia a livello nazionale, la disposizione meriterebbe di essere formulata in termini più chiari: in tal caso il legislatore potrà proficuamente avvalersi della letteratura e degli studi più avanzati oggi disponibili in tema di standard di prova.
- 8) Alcune brevissime considerazioni, infine, meritano le disposizioni in materia di **spese processuali**. A tal proposito appare irragionevole porre sempre a carico del datore di lavoro le spese processuali, anche quando il datore abbia rispettato tutti gli obblighi di informazione e trasparenza (art. 19). Si tratta, infatti, di una regola che rischia di deresponsabilizzare la lavoratrice o il lavoratore e di distorcere lo strumento di tutela. Molto più opportuno, invece, sarebbe far riferimento alla condotta del datore prima del giudizio. Ad esempio, ci si potrebbe spingere anche oltre, ponendo a carico del datore di lavoro tutte le spese di giudizio, anche quando fosse vittorioso nel merito, qualora, con la propria condotta omissiva, rifiutando di fornire le informazioni dovute, abbia reso impossibile per la lavoratrice o per il lavoratore formulare una prognosi affidabile circa l'esito del giudizio.

Brescia, 15 giugno 2021

Avv. Prof. Luca Passanante