

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Il valore del lavoro

2019

4

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Nello Rossi

Vice Direttori

Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

Comitato di redazione

Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Arnone, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Isabella Mariani, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi, Giovanni (Ciccio) Zaccaro.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Vittorio Manes, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni.

Segreteria di redazione

Mosè Carrara

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour 00193 - Roma
segreteria di redazione:	Mosè Carrara
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

IV trimestre 2019 - chiuso in redazione in febbraio 2020

Sommario

Editoriale

Giudici di oggi (e di ieri) di fronte al lavoro. E alle sue trasformazioni

di *Nello Rossi*

Pag. 3

Obiettivo

Il valore del lavoro

Introduzione.

Il valore del lavoro

di *Rita Sanlorenzo e Giovanni Arnone*

” 6

Parte I

La riscoperta dei valori del lavoro

Il diritto del lavoro e la riscoperta della questione redistributiva

di *Luisa Corazza*

” 8

Il lavoro per un'esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale

di *Carla Ponterio*

” 19

Autonomia/subordinazione: realtà parallele con punti di incontro

di *Margherita Leone*

” 28

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

Scambio di riflessioni tra *Anna Terzi* e *Giulia Locati*

” 36

Parte II

Reddito e lavoro nell'epoca del cittadino/consumatore/lavoratore

Don Chisciotte e il web

di *Maurizio Ferraris*

” 41

La campagna denigratoria nei confronti della legge sul reddito di cittadinanza: come andare avanti?	”	44
di <i>Giuseppe Bronzini</i>		
Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza	”	54
di <i>Silvia Borelli e Giovanni Orlandini</i>		
Parte III		
Il lavoro pubblico		
La scuola, gli insegnanti e l’art. 116, comma 3, Cost. L’istruzione al tempo del regionalismo differenziato	”	71
di <i>Roberta Calvano</i>		
Parte IV		
Lavoro e migrazione		
Il mercato del lavoro dei cittadini extra-Ue in trasformazione	”	82
di <i>Laura Calafà</i>		
Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell’art. 603-bis cp tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale	”	90
di <i>Valeria Torre</i>		
Parte V		
La tutela penale del lavoro		
La tutela penale del lavoro	”	98
di <i>Beniamino Deidda</i>		
Il pubblico ministero davanti agli infortuni sul lavoro		
di <i>Stefano Celli</i>		
La scienza davanti ai giudici: il mesotelioma e le conseguenze delle esposizioni all’amianto dopo l’iniziazione della malattia	”	112
di <i>Carlo Brusco</i>		
Gli autori	”	127

Giudici di oggi (e di ieri) di fronte al lavoro. E alle sue trasformazioni

1. Non sembri un amarcord

Nel presentare un numero della Rivista dedicato ai temi del lavoro – tutto centrato sull’analisi del presente, sulle attuali condizioni dei lavoratori e sulle nuove frontiere del conflitto sociale e giuridico – scegliamo di partire – solo di partire, naturalmente – dalla memoria.

Alle origini della lunga avventura della magistratura di orientamento democratico sta infatti il nodo del lavoro, finalmente posto al centro di una lettura che andava oltre lo schema formale del contratto di lavoro come scambio tra eguali e mirava a cogliere tutte le implicazioni di un rapporto nel quale era coinvolta la persona del lavoratore.

A partire dalla metà degli anni sessanta, molti giudici del lavoro scelsero di “vedere” ciò che era stato ignorato sebbene fosse sotto gli occhi di tutti: le arbitrarie limitazioni della libertà personale nei luoghi di lavoro, le tante disegualianze, i mancati riconoscimenti di professionalità, le inadeguatezze e le sperequazioni delle retribuzioni, i licenziamenti immotivati, discriminatori e intimidatori, la mancata adozione delle cautele necessarie a salvaguardare l’incolumità personale e la salute dei lavoratori.

All’inizio lavorarono con il codice civile alla mano, questi magistrati, trovando soluzioni spesso tecnicamente assai sofisticate e, insieme, socialmente e giuridicamente lungimiranti.

Poi, quando fu approvato lo Statuto dei lavoratori e venne varato il nuovo processo del lavoro, furono ancora questi giudici a vivificarne le norme e a farne la base di una disciplina del lavoro più equilibrata di quella consegnata al Paese dalle vicende del secondo dopoguerra. E ciò mentre i pretori penali, dal canto loro, mettevano in campo iniziative dirette a incidere sul tasso degli infortuni sul lavoro e sulla salubrità degli ambienti di lavoro.

Oggi è storia. Allora fu una battaglia. Che si sapeva limitata – perché, almeno in parte, circoscritta all’area del lavoro dipendente delle medie e grandi imprese –, ma che valeva la pena di dare. Perché i

suoi effetti erano di emancipazione di settori trainanti delle classi lavoratrici e si propagavano, sia pure in misura più ridotta, all’intero mondo del lavoro. E perché – pur tra aspetti problematici nascenti dall’applicazione, a volte troppo meccanica e perciò anche strumentalizzabile, di soluzioni giurisprudenziali valide per gli operai del settore privato anche ai dirigenti di impresa o ad aree del pubblico impiego – vi fu una positiva valorizzazione del lavoro e della sua dignità.

Ne scaturì un incontro, non facile né lineare eppure forte e significativo. Tra grandi masse di lavoratori e le loro organizzazioni, e un segmento delle istituzioni, cui i lavoratori impararono a guardare con un grado di fiducia prima mai provato. Un fatto di portata storica nella storia di un Paese nel quale la diffidenza era stata la cifra del rapporto tra le masse popolari e la giustizia.

È il passato, certo. Su cui non si può indugiare troppo, visto che presente e futuro premono e invitano a cimentarsi con nuovi problemi la cui urgenza non lascia spazio alla nostalgia.

Ma è quel passato – scandito dai pensieri e dagli esempi di grandi giudici del lavoro che non sono più tra noi, Marco Ramat, Pino Borrè, Salvatore Senese, e di maestri come Virgilio Andrioli, il padre del processo del lavoro – che ha ispirato il permanente interesse, questo sì attualissimo, del giuslavorismo democratico verso le trasformazioni del lavoro e la ricerca di forme di tutela dei diritti adeguate ai nuovi contesti economici e produttivi.

C’è, dunque, una continuità di cui essere orgogliosi, che testimonia come possa essere smentita la narrazione di un contrasto fatale e irriducibile tra cittadini ed élite tecniche, tra popolo e palazzi (in questo caso di giustizia).

2. Il lavoro che si trasforma

Le trasformazioni del lavoro, dicevamo.

Imponenti, pervasive, rapidissime. Sorprendenti e stressanti per i lavoratori dei settori coinvolti, ma

anche per gli utenti e i consumatori, ormai alle prese – anche i più preparati tra loro! – con l'inquietante sensazione di essere divenuti, in alcuni ambiti di vita, dei veri e propri analfabeti.

Parliamo di ciò che può constatare, sulla base della sua esperienza di vita, ogni cittadino.

C'è, innanzitutto, il lungo elenco dei lavori semplicemente scomparsi o in via di sparizione.

Alcuni di essi non sono affatto da rimpiangere perché erano lavori che facevano ammalare, che uccidevano, o che, seguendo pedissequamente il modello dell'organizzazione fordista, riducevano l'attività umana a un gesto "macchinoso", elementare, ripetitivo, estenuante.

Ma sono scomparsi anche molti lavori "gentili", di prossimità e di contatto umano, di supporto dei deboli e dei disorientati nell'accesso ai servizi e ai consumi.

Ci sono, poi, i lavori in crisi. Oggi non c'è impresa (del settore industriale e commerciale, ma anche bancario, assicurativo, finanziario) che non colleghi la prospettiva di maggiori profitti o di risanamento a drastiche riduzioni della forza lavoro. Ed è solo la punta di un *iceberg* di enormi dimensioni che cela, sotto la superficie, le riduzioni di personale di vasti settori dei servizi e la progressiva falciatura di piccoli esercizi commerciali o artigiani, insidiati e surclassati prima dalla grande distribuzione e ora dai colossi delle vendite telematiche e delle consegne a domicilio.

Parallelamente cresce la quota di lavoro riservata agli utenti e ai consumatori. A volte si tratta di un'attività del tutto passiva e inavvertita, se è vero che ogni consumatore ha un valore di mercato per il solo fatto di guardare una certa pubblicità; a volte il compito richiesto alle persone può essere difficile e faticoso, come quando all'utente si chiede di seguire percorsi complessi per accedere a un servizio pubblico o al consumatore di cooperare, spesso anche materialmente, alle attività di prelievo e di messa in funzione dei beni acquistati.

Con l'aggravante che, nel nostro Paese, molti servizi pubblici sono stati capaci di sommare le tradizionali oscurità del gergo burocratico alle difficoltà di una digitalizzazione che di regola è molto meno amichevole, comprensibile e accessibile di quella dei grandi operatori privati. Ed è forse per questo che, quando qualche politico annuncia con soddisfazione la digitalizzazione di un settore dell'amministrazione pubblica, la reazione del cittadino medio è di malcelata apprensione.

Nel frattempo si amplia l'area della *gig economy* e si diffondono lavori che è asettico e ingannevole definire solo "precari". Lavori nei quali la messa a disposizione di energie lavorative da parte del lavoratore deve essere pronta e totale, mentre il datore di lavoro dispone unilateralmente dei tempi e dei modi del suo impiego e dei livelli dei compensi.

Una forma di utilizzo della forza lavoro – meglio: di sfruttamento – che solo ora comincia a essere ricondotta al quadro legale della subordinazione e per la quale è stato coniato il termine di "paraschiavismo".

A ingrossare le fila di questo esercito di paraschiavi concorrono lavoratori italiani, in gran parte giovani, ed extracomunitari, dai *riders* ai migranti impegnati soprattutto in agricoltura, in un coacervo di posizioni lavorative e di figure profondamente differenti tra di loro, tutte accomunate però dalla relazione assolutamente squilibrata tra chi presta e chi riceve l'attività lavorativa e dall'assenza delle più elementari tutele sul piano previdenziale e antinfortunistico. Con l'effetto di realizzare arricchimenti privati ai danni della collettività, chiamata poi a supplire, attraverso la fiscalità generale, alle carenze di tutela di questi tipi di lavoro.

Ai lavoratori immigrati e, in particolare, ai cd. "irregolari" – cresciuti di numero nella stagione dei due populismi al governo – è poi spesso riservato un regime doppiamente odioso: di sfruttamento e di avversione, di utilizzo e di ripulsa, di impiego nella produzione e di emarginazione in una società e in uno Stato che non fanno quasi nulla per insegnare la nostra lingua e dar loro un'istruzione professionale, mentre nelle orecchie dei cittadini rimbombano, fino a stordirli, i falsi e vuoti proclami di espulsione pronunciati dai demagoghi al governo o all'opposizione.

Certamente, a questo versante scuro e problematico del mondo del lavoro si contrappone un'altra realtà, più rassicurante e promettente, che ci invita a guardare al futuro con maggiore ottimismo.

Parliamo della crescita dei lavori legati alla conoscenza scientifica e tecnologica, alle funzioni indispensabili in società tecnologicamente avanzate, alle scienze umane, alla cultura, all'insegnamento, al *lifelong learning*, ma anche alle molteplici e crescenti attività dell'assistenza e dei servizi alle persone, destinati a divenire sempre più sofisticati e raffinati.

Ma qui vengono in campo abilità e competenze che non si improvvisano. Il che richiede crescenti investimenti nei sistemi dell'istruzione e della formazione permanente, decisivi per il lavoro futuro se sono affidabili – tra le molte altre analoghe – le previsioni formulate dalla Banca mondiale nel suo rapporto del 2019 sui «Cambiamenti nel mondo del lavoro» e sui bisogni di competenze e professionalità posti dagli impieghi, assolutamente inediti, che attendono i ragazzi che oggi iniziano il loro ciclo scolastico.

3. E i giudici?

È in questo mosaico complesso, fatto di lavori del futuro, di lavori scomparsi, di attività in crisi, di for-

me di nuovo e brutale sfruttamento, che si collocano le alternative che stanno di fronte alla nostra come ad altre società.

Si può – si deve? – ripensare il lavoro, nelle sue forme e nel suo peso nell'esistenza degli individui, cercando vie di uscita dal rigido dualismo di un lavoro che ti mangia la vita e di un pensionamento che relega all'irrelevanza sociale (anche quando si traduce in aiuti preziosi all'interno delle famiglie)?

Le tecnologie *labour saving* possono servire a liberare una parte via via crescente della vita (come avvenne in passato nelle mura domestiche) oppure, nel contesto di una economia di mercato, sono fatalmente destinate a essere impiegate solo per massimizzare i profitti?

E ancora, reddito o lavoro? E in che combinazione tra di loro? Lavoro redistribuito su di una più ampia platea o una garanzia di reddito minimo per gli esclusi, che risponde all'esigenza di civiltà di assicurare un sostegno vitale ma anche al bisogno dell'economia di mercato di non vedere assottigliarsi troppo le fila dei consumatori, falciate dalle sistematiche riduzioni di personale.

E infine, come interpretare oggi il requisito fondamentale della dignità del lavoro, di ogni lavoro, che reclama livelli di retribuzione adeguati ed eguali a parità di lavoro svolto e un corredo di diritti e libertà per ogni lavoratore?

In un ambiente così variegato e così intensamente condizionato da fattori che sovrastano tutte le economie nazionali, la politica e l'economia del nostro Paese dovranno ricercare risposte, anche parziali e progressive, alternando la "tecnologia a spizzico" di singoli interventi con una più ampia visione che col-

leggi l'Italia e la sua economia all'Unione europea e al contesto internazionale.

In questa inevitabile navigazione a vista, c'è però una bussola da non smarrire che può essere fornita, giorno per giorno, dalla scienza giuridica e dalla quotidiana esperienza del diritto, dal "diritto dei testi" e dal "diritto in azione", a cominciare dalla soluzione dei tanti casi difficili che la vita giudiziaria continuamente propone.

Occorrerà che i giudici sappiano continuamente alzare lo sguardo alla dimensione "generale" dei problemi del lavoro per poi rivolgerlo di nuovo al "particolare" delle singole vicende sottoposte alla loro attenzione, offrendo – grazie alla loro funzione di decisori di conflitti e di risolutori di problemi – apporti preziosi di conoscenza e di praticabile saggezza tanto alla generalità dei cittadini quanto agli altri decisori; rinnovando l'impegno a tutelare e valorizzare il lavoro lungo la linea tracciata dalle norme della Costituzione e interpretando in quest'ottica leggi del passato e del presente, attraverso un'elaborazione giurisprudenziale nella quale si fondano – come avvenuto in passato e come si può leggere in Costituzione – rigore giuridico ed empatia sociale verso la figura del lavoratore.

L'obiettivo puntato "sul lavoro" da parte di una rivista di magistrati avrà senso se – anche grazie ai contributi di studiosi di valore – concorrerà a promuovere questo esercizio di duplice attenzione: alle norme e alla realtà, all'economia e alle persone dei lavoratori, alla foresta e a tutti i singoli alberi che la rendono rigogliosa.

Nello Rossi

Febbraio 2020

Introduzione.

Il valore del lavoro

di Rita Sanlorenzo e Giovanni Armone

A pochi anni di distanza dall'approvazione del *Jobs Act* e dall'Obiettivo che *Questione giustizia* tempestivamente vi dedicò, è tempo di svolgere una nuova riflessione sulle attuali tendenze del diritto del lavoro.

Dopo una lunga stagione che ha visto la progressiva erosione delle tutele e delle garanzie in cui si erano tradotti, sul piano legislativo e interpretativo, i presidi costituzionali che postulavano la stessa dignità del lavoro, si avvertono positivi segnali di una necessaria (anche se ancora insufficiente) inversione di tendenza.

Si tratta di segnali provenienti sia dal legislatore, che ha posto in essere alcuni interventi appropriati e innovativi (si pensi alle nuove forme di tutela dei lavoratori autonomi "deboli" del d.lgs n. 81/2017, ai pur timidi interventi del cd. "decreto dignità", al controverso reddito di cittadinanza e, infine, alla recente legislazione sui "riders"), sia dal formante giurisprudenziale.

A quest'ultimo proposito, non può non essere menzionata la nota sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018, che, nel temperare le rigidità della disciplina sulle tutele crescenti, ha attribuito dignità costituzionale, oltre che alla Carta di Nizza, a un documento sinora poco considerato come la Carta sociale europea. Ma il pensiero corre anche alla recentissima decisione n. 1663 del 2020 della Cassazione sui *riders* e alle ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia da parte dei giudici di merito, nel tentativo di scalfire ulteriormente l'edificio del *Jobs Act*.

Le considerazioni sulle traiettorie del diritto del lavoro non possono tuttavia limitarsi a un bilancio di quell'esperienza, ma devono piuttosto allargarsi a considerazioni di più ampio respiro, che, sempre nella cornice costituzionale, guardino al lavoro non soltanto nell'ottica delle riforme legislative e delle ricadute giurisprudenziali, ma anche e soprattutto in quella delle mutazioni che il lavoro conosce nella realtà sociale e delle conseguenze che tali mutazioni, a loro volta, determinano a carico della persona.

A dispetto delle sue aspirazioni modernizzatrici, il pacchetto di riforme avviato dalla l. n. 183/2014, e declinato dallo sciame di decreti attuativi che ne è seguito, ha continuato a inquadrare il lavoro in una dimensione tradizionale. E anche le pronunce giurisprudenziali che si sono menzionate, pur lodevoli nel loro tentativo di contenere l'erosione dei diritti e delle tutele in danno di vecchi e nuovi svantaggiati, restano inevitabilmente in questa dimensione.

L'impressione è, invece, che a essere profondamente mutata sia la stessa idea di rapporto che lega la persona alla necessità di procurarsi un reddito capace di garantire un'esistenza libera e dignitosa, che il discorso sul lavoro debba essere sempre più legato alla cittadinanza sociale, nella consapevolezza però che anche quest'ultima ha visto radicalmente mutare i suoi connotati.

È così necessario anzitutto tener conto degli sviluppi del dibattito teorico, in cui sembrano aver ritrovato voce coloro che invitano a diffidare della pura logica mercantile, non già per puntare verso una decrescita più o meno felice, ma, al contrario, per stimolare politiche di redistribuzione del reddito, in grado esse di influire positivamente sulla crescita.

Reddito di cittadinanza dunque, e per altro verso salario minimo legale, come istituti in grado di operare positivamente un necessario processo redistributivo, stante il progressivo vertiginoso aumento delle disuguaglianze nella scala della ricchezza dell'individuo: temi intorno ai quali fioriscono gli scontri polemici, ma che non possono più essere ignorati nel quadro dei nuovi assetti delle tutele, che devono necessariamente adeguarsi alla discontinuità e alla precarietà diffusa del lavoro, e alla impraticabilità di una generalizzata applicazione delle tabelle salariali contrattuali.

Ma lo sguardo deve ulteriormente allargarsi ad altre discipline e ad altre questioni politico-sociali di pari urgenza.

Lavoro e immigrazione, ad esempio, sono due tematiche oggetto di costante attenzione da parte della riflessione progressista. Le tutele che, in ciascuno dei

due mondi, si vogliono apprestare contro le forme di sfruttamento che li caratterizzano non possono, però, prescindere dalla considerazione che si tratta di due mondi tra loro strettamente collegati, in cui è facile l'innescare di pericolose spirali co-involutive. I contributi contenuti in questo Obiettivo si propongono dunque di esplorare le modalità con cui gli immigrati sono costretti a confrontarsi con il mondo del lavoro, a partire dal fenomeno criminale del caporalato, per risalire poi lungo il percorso, non meno irto di ostacoli, dell'accesso al lavoro ordinario, vuoi da parte degli immigrati regolarizzati, vuoi da parte dei richiedenti asilo.

La sconcertante constatazione che nessun Paese aderente all'Unione europea abbia ratificato la Convenzione Onu sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990, e che la ratifica del Protocollo n. 29 del 2014 relativo alla Convenzione sul lavoro forzato Oit da parte dell'Italia sia sospesa, dovrebbe essere sufficiente a fotografare la gravità della situazione.

Né una ricognizione che voglia tenere conto delle linee prospettive può ignorare la dimensione sovranazionale dello sforzo volto a trovare regole comuni fra Stati europei, in grado di conciliare la "latente tensione" tra l'obiettivo di individuare più efficaci strumenti di contrasto alle disuguaglianze economiche, attraverso il contenimento del *dumping* sociale che deriva dalla libera circolazione dei lavoratori, e i principi posti dal Trattato a presidio del funzionamento del mercato interno secondo un criterio di libera concorrenza. Le ultime direttive risentono della preclusione di regolare il distacco transnazionale in base al principio della "parità di salario a parità di lavoro": dunque, "un certo grado" di *dumping* sociale vale e opera come strumento concorrenziale all'interno dell'Unione. Può immaginarsi un ruolo dell'interprete nel risolvere, o almeno razionalizzare, questa palese ambivalenza?

Su un altro versante, solo apparentemente meno esacerbato, vi è poi il critico rapporto tra lavoro e consumo. Lavoratore e consumatore, tradizionalmente contrapposti nella lettura di chi vedeva nel secondo lo sfruttatore inconsapevole del primo, si sono improvvisamente trovati dallo stesso lato della barriera,

se non addirittura identificati nella stessa persona. Il problema è dunque diventato quello del cittadino-consumatore-lavoratore, che alimenta, con il suo lavoro senza confini temporali e i suoi dati personali costantemente svenduti, un circolo che con grande difficoltà può essere considerato "virtuoso".

L'autorevole contributo che sul tema l'Obiettivo propone, vuole tuttavia orientare il dibattito in una dimensione di non ingenuo ottimismo, che usa parole antiche e familiari, come "mobilitazione", "crescita", "equa distribuzione", a servizio delle nuove sfide che l'evoluzione tecnologica propone.

Vi è poi la trappola del lavoro pubblico, in cui i valori costituzionali del lavoro e della persona entrano in potenziale conflitto con altri principi di rilievo, come il contenimento della spesa pubblica, la lotta al clientelismo e alle corrotte che ne derivano, la valorizzazione dell'efficienza e della trasparenza della pubblica amministrazione.

Al centro di tale conflitto viene a collocarsi il lavoratore del pubblico impiego, il quale assiste, impotente, alla monetizzazione dell'abuso di precariato, alle forti limitazioni all'accesso, alle costanti polemiche sulla questione economica.

A ciò si aggiunge l'aprirsi di un ulteriore fronte, nel quale si ha l'ennesima dimostrazione della impossibilità di affrontare le tematiche lavoristiche senza vederne le interconnessioni con altri beni costituzionali primari.

Il riferimento è al lavoro pubblico scolastico, che, all'esito di una stagione già di per sé molto tormentata, vissuta tutta sul filo dei rinvii incrociati tra giudici nazionali, Corte di giustizia e legislazione sulla cd. "buona scuola", rischia di essere gettato nel vortice delle riforme costituzionali.

I progetti di riforma sul regionalismo differenziato coinvolgono, infatti, anche il rapporto di lavoro degli insegnanti e il loro reclutamento. Quello che si profila all'orizzonte è un massiccio decentramento di competenze, che appare però del tutto disinteressato alle strette implicazioni tra lavoro scolastico e istruzione, al ruolo di "organo costituzionale" che la scuola dovrebbe mantenere, secondo la felice espressione di Piero Calamandrei.

Il diritto del lavoro e la riscoperta della questione redistributiva

di Luisa Corazza

Il saggio si propone di verificare se sia rinvenibile, nel più recente diritto del lavoro, una inversione di tendenza orientata a una riscoperta dei “valori”. La riflessione viene condotta, con attenzione ai cambiamenti intervenuti nella legislazione e nel dibattito dottrinale degli ultimi decenni, prendendo come punti di partenza i valori/principi sui quali la Costituzione ha incardinato il discorso sul lavoro negli articoli 1, 2, 3, 4 della Carta.

1. Valori e dolori: il difficile bilanciamento interno al diritto del lavoro / 2. La perdita di centralità del lavoro sul piano dell'esistenza (art. 1 Cost.) / 3. Il lavoro come fattispecie relazionale e la crisi del sindacato in Italia (art. 2 Cost.) / 4. La dimensione dell'eguaglianza e le nuove sfide di una società multiculturale (art. 3 Cost.) / 5. Teorie e ideologie del diritto al lavoro (art. 4 Cost) / 6. Efficienza e redistribuzione: una parabola annunciata

1. Valori e dolori: il difficile bilanciamento interno al diritto del lavoro

Dopo anni di rimozione, il discorso sui valori è tornato in auge nella comunità giuslavoristica.

Superata la “sbornia tecnicistica” che aveva condotto alle riforme neoliberali degli anni 2012-2015, è apparso chiaro che brandire il vessillo di un diritto del lavoro “de-ideologicizzato” presentava i tratti di un’illusione quando non di un mascheramento. Che le teorie alla base del meccanismo giuslavoristico siano il riflesso di opzioni ideologiche¹ più o meno dichiarate è, del resto, un dato scontato, e non solo nel diritto del lavoro italiano².

Per la verità, ripulire dall’ideologia la riflessione su alcuni snodi regolativi del lavoro era, con ogni pro-

babilità, l’unico modo per consentire alcuni strappi all’interno di una materia che si presentava da tempo ossificata. Senza un apparente tratto di penna sul tema dei valori non sarebbe stato possibile mettere in discussione alcuni postulati che si tramandavano, quasi tralatziamente, da decenni³.

La necessità di questa operazione è apparsa con tutta la sua evidenza, se vogliamo fare un esempio, nella discussione svoltasi intorno alle tutele del licenziamento illegittimo e, in particolare, intorno al ruolo della reintegrazione come tecnica su cui fondare la dinamica del recesso dal rapporto di lavoro. Nel corso del dibattito che si è svolto, nel 2012, in occasione della riforma Fornero, la rimodulazione delle tutele previste per il licenziamento illegittimo ha fatto i conti con l’ipotesi del superamento della tecnica reintegratoria in via generalizzata, trovando tuttavia ostacoli

1. Il riferimento è al classico G. Tarello, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Edizioni di comunità, Milano, 1972.

2. Mi riferisco in particolare al contributo, nella dottrina spagnola, di C. Palomeque Lopez, *Derecho del trabajo y ideología*, Tecnos, Madrid, 1982.

3. Per queste riflessioni, si rinvia a L. Corazza e R. Romei, *Introduzione*, in *Id.* (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014.

che hanno indotto il legislatore a mantenerla in vita anche per le ipotesi di licenziamento per motivo economico⁴. La stessa sorte non è toccata, invece, al principio di tutela reale in occasione del *Jobs Act*, dove, proprio in nome di un approccio “liberato” dai valori storici del diritto del lavoro, è prevalsa la scelta di ripulire l’area del licenziamento economico dal rischio della reintegrazione⁵.

Il cambiamento di prospettiva è stato di non poco conto, considerato che alla tutela reale era stato assegnato un significato fondativo ed essenziale anche al fine dell’esercizio degli altri diritti, se solo si pensa alla giurisprudenza costituzionale in materia di prescrizione⁶. E non è un caso che una parte della dottrina sia sul punto intervenuta di recente, rilanciando l’idea della tutela di carattere reale come principio generale⁷.

Tutto questo per dire che, da un lato, l’approccio assiologico è in qualche modo ascrivibile al dna del diritto del lavoro, ma, dall’altro, lo stesso porta con sé una complessità difficile da sciogliere, perché parlare di valori in ambito lavoristico solleva conflitti sopiti ed evoca inevitabilmente quel rischio di tirannia dei valori⁸ sempre in agguato nelle operazioni di bilanciamento. Per questo l’attività di bilanciamento, ormai pienamente interiorizzata anche nel discorso giuslavoristico⁹, sconta nel diritto del lavoro una perenne sofferenza, quasi che la logica

pluralista sottesa all’idea del bilanciamento possa apparire di per sé vulnerante rispetto alle coordinate assiologiche di una materia che nasce e si sviluppa, da sempre, orientata a ribilanciare un assetto di poteri sbilanciato¹⁰.

Ed è forse per questo che l’approccio “mite”¹¹ ha tardato a penetrare proprio in quel ramo del diritto che era stato il più incline ad assorbire le sollecitazioni delle altre scienze sociali – *in primis* la sociologia –, senza le quali non avrebbe avuto gli strumenti per comprendere e reagire alla complessità della società industriale. E non è un caso che quando, all’inizio degli anni novanta, il discorso sui principi iniziava a pervadere il diritto pubblico¹², alla dottrina giuslavoristica toccasse, al contrario, interrogarsi sugli effetti della propria deriva post-positivista¹³.

L’interscambio con le altre scienze sociali può funzionare invero da cartina di tornasole della fatica con cui il discorso giuslavoristico ha introiettato approcci diversificati nel timore di perdere la propria cifra assiologica: mentre l’osmosi con la sociologia, veicolata dai grandi maestri degli anni sessanta, ha incontrato quali uniche resistenze la difesa del rigore dogmatico apprestata da quella dottrina che, in ultimo, è la più restia a riconoscere l’autonomia del diritto del lavoro dal diritto civile¹⁴, la stessa sorte non è toccata alla contaminazione con l’economia, nei suoi diversi approcci¹⁵.

4. Ripercorre l’iter di formazione della riforma Fornero T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 1/2013, pp. 1 ss.

5. La prospettiva adottata assomiglia alla tecnica francese della “securizzazione” delle scelte del datore di lavoro, su cui vds. F. Martelloni, *Securizzazione delle scelte datoriali*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lessico giuslavoristico 2. Impresa*, Bononia University Press, Bologna, 2010, p. 131.

6. Vds. per tutti M. D’Antona, *La reintegrazione del posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979; M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1979.

7. Mi riferisco alla relazione di Gisella De Simone all’ultimo convegno AIDLASS (Udine, 13-14 giugno 2019): *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, www.aidlass.it/giornate-di-studio-aidlass-2019-relazione-prof-ssa-gisella-de-simone/.

8. C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2009 (1967).

9. Vds., ad esempio, L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali all’epoca del bilanciamento tra “principi” costituzionali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 611.

10. Vds. per tutti, per il diritto del lavoro italiano, P. Grossi, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1/2009, p. 4; nella prospettiva della “*global labour history*”, C.G. De Vito, *Global labour history. La storia del lavoro al tempo della «globalizzazione»*, Ombre corte, Verona, 2012.

11. Il riferimento è, ovviamente, a G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1991.

12. Vds., ad esempio, R. Bin, *Diritto e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

13. Si rinvia sul punto a M. D’Antona, *L’anomalia post-positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Riv. giur. lav.*, n. 3/2009, p. 401 (già in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 207).

14. Vds., ad esempio, M. Persiani, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 1/2000, p. 1.

15. Per questo dibattito, si rinvia agli interventi di Maria Vittoria Ballestrero, Bruno Caruso, Antonio Padoa Schioppa, Lorenzo Zoppoli, Luisa Corazza e Michele Salvati, disponibili *online* sul sito www.pietroichino.it.

Il contatto con le sollecitazioni dell'economia è stato, in questi ultimi due decenni, portato avanti con una connotazione fortemente ideologica, tanto che il dibattito sul rapporto tra diritto del lavoro ed economia ha in molti casi nascosto polemiche che con il senso della ricerca interdisciplinare avevano ben poco a che fare. Ciò è probabilmente ascrivibile all'influsso che i lavori di Pietro Ichino hanno avuto sull'evoluzione delle riforme del lavoro del nuovo secolo, dalla riforma Biagi al *Jobs Act*, nelle quali si scorge l'eco dell'economia neoclassica¹⁶. Né sono stati sufficienti i tentativi – per la verità radi e sporadici – con i quali diverse voci della dottrina hanno messo in luce il carattere a sua volta polimorfo e conflittuale che pervade il dibattito tra gli economisti, alla luce del quale non è possibile affibbiare all'economia un'etichetta ideologica monocolora, né, tantomeno, “buttare il bambino con l'acqua sporca” tutte le volte in cui – ed è per la verità molto frequente – nel diritto del lavoro intervengono questioni difficili da inquadrare senza alcun riferimento alla teoria economica. Ma su questo torneremo nel paragrafo conclusivo.

Per ora è sufficiente avere a mente, quale introduzione a questo scritto, la dolorosità che accompagna, nel diritto del lavoro, il discorso sui valori, come se il rinvio a questa dimensione “pre-moderna”¹⁷ fosse sempre capace di riaprire porte, stati e condizioni che il tecnicismo giuridico, supportato dal metodo dogmatico, era riuscito a lasciare sullo sfondo. Né è servita a rendere meno ostico il discorso la trasmutazione dei valori in principi, compiuta dal passaggio costituzionale¹⁸.

Per un verso, i valori/principi che pervadono la Costituzione sulla materia del lavoro sono stati concepiti avendo sullo sfondo un mondo del lavoro che ormai non esiste più in natura (se non per qualche esemplare di fabbrica manifatturiera non ancora intaccata dai nuovi modelli organizzativi aziendali). Ciò significa che questi stessi valori/principi sono stati sottoposti a diversi banchi di prova, superati non sempre con successo a fronte del fiume in piena dell'economia globalizzata.

Per altro verso, la grande crisi economica innescata a partire dal 2007 ha determinato una battuta d'arresto rispetto a una evoluzione regolativa che sembrava avviata, senza possibilità di appello, verso

l'inarrestabile accettazione di un nuovo modo di concepire il diritto del lavoro, più orientato – per semplificare al massimo – a fortificare il lavoratore sul mercato anziché nel rapporto, in omaggio al modello danese della *flexicurity*. La crisi ha messo infatti chiaramente a nudo che il mercato non è un bosco dove i lavori nascono come funghi e che la regolazione (il diritto) del lavoro non può essere caricata di compiti non suoi, come quello, ad esempio, di sviluppare politiche industriali in grado di mitigare gli effetti della crisi, o quello, ancor più arduo, di riportare il baricentro della produzione della ricchezza dall'economia finanziaria all'economia reale.

Il contesto di riferimento che fa da sostrato all'apparato regolativo del diritto del lavoro è dunque, come è stato ampiamente discusso, profondamente modificato, tanto da mettere alla prova non tanto la tenuta dei valori/principi che la Costituzione ha conformato intorno al lavoro, quanto piuttosto gli strumenti esecutivi di una tale conformazione. Questo è il filo rosso che accompagnerà i passaggi di questo scritto: verificare se, alla luce dei cambiamenti di contesto, la strumentazione lavoristica si sia rivelata ancora adeguata al compito di custodire i valori/principi che rivestono il lavoro umano. Solo una tale verifica consente di rileggere la legislazione più recente nella prospettiva del rilancio (o meno) della prospettiva assiologica.

Nei paragrafi che seguono si proverà a tracciare come questo percorso si è dipanato, prendendo come punti di partenza i principi fondamentali sui quali la Costituzione ha incardinato il discorso sul lavoro negli articoli 1, 2, 3, 4 della Carta, per vedere se, e come, può parlarsi di una inversione di tendenza nel più recente diritto del lavoro, orientato a una riscoperta dei valori.

2. La perdita di centralità del lavoro sul piano dell'esistenza (art. 1 Cost.)

La collocazione del lavoro alla base del patto fondativo della Repubblica ha avuto, si sa, molte letture, sulle quali non è qui possibile neppure sommariamente soffermarsi. È sufficiente, tuttavia, partire dal valore di coesione assegnato al lavoro della persona, quale collante della comunità e mezzo di collegamen-

16. Vds. soprattutto lo scritto di A. Ichino e P. Ichino, *A chi serve il diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1/1994, p. 1 e il volume di P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996.

17. Assegna al discorso sui valori un significato quasi “pre-moderno” G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, op. cit.

18. F. Sorrentino, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. società*, 1987, p. 181.

to tra comunità e Stato, per cogliere la crisi del significato assunto dal disposto di cui all'art. 1¹⁹.

Tralasciando il punto – che verrà sviluppato nel paragrafo che segue – del contributo dei lavoratori, come soggetto collettivo, allo sviluppo in senso democratico della società, la questione attiene al significato e, in ultimo, al valore rivestito dall'attività dell'uomo nella costruzione sociale, intesa sia nel senso di comunità produttiva di ricchezza, sia nel senso di luogo che consente lo sviluppo delle personalità dei singoli²⁰. Il tema si connette strettamente al rapporto tra reddito da lavoro e reddito da capitale e chiama in causa, a cascata, altre norme costituzionali quali anzitutto, per la valutazione della sufficienza e adeguatezza dei redditi, gli artt. 36 e 38²¹.

Da tempo, gli studi economici mostrano come la perdita del potere d'acquisto dei salari, fenomeno che ha interessato la classe media a livello globale, abbia conosciuto nel nostro Paese dimensioni importanti²². Al dato dell'impoverimento salariale si aggiunge, poi, il significativo tasso di emigrazione che riguarda soprattutto la popolazione lavorativa di giovane età e ad elevato tasso di istruzione²³. Se, apparentemente, si tratta di questioni che sfuggono al principio posto dall'art. 1 della Costituzione, è difficile negare che qui si annidi una spia della rottura del patto di coesione che dovrebbe trovare proprio nel lavoro il suo cemento.

Il punto è complesso, perché il drammatico calo del valore (nel senso marxiano di “prezzo”) del lavoro, per quanto possa corrispondere a una tendenza globale legata alla progressiva finanziarizzazione dell'economia, che sposta sul reddito da capitale il cuore di investimenti e crescita, si innerva, in Italia,

su alcune grandi trasformazioni non accompagnate, almeno sinora, da parallele riforme in ambito giuridico.

Il primo versante di trasformazione riguarda il tipo sociale connesso alla percezione del reddito da lavoro. Ora, non è più possibile assegnare valore tipologico al “lavoro salariato” perché la percezione di reddito da attività umana è connessa ormai a una grande varietà di modi di lavorare, prestati tutti da soggetti che sostanzialmente vivono del proprio lavoro, ma che tuttavia non percepiscono il loro reddito sotto forma di salario, non essendo ammessi al circolo della subordinazione. Si tratta non solo dei protagonisti della cd. “economia dei lavoretti”²⁴, sui quali è intervenuta, tra le altre²⁵, la recente legislazione sui *rider* (vds., da ultimo, la l. n. 128/2019)²⁶, ma di tutta quella popolazione di lavoratori autonomi cd. di seconda generazione, che condividono con il mondo dell'autonomia le modalità di prestazione del lavoro, ma sono molto lontani dal significato che, sul piano socio-economico, quell'universo ha storicamente rappresentato²⁷.

Usando il lessico costituzionale, la funzione esistenziale che ha sempre rivestito il principio di sufficienza della retribuzione non riesce a entrare in gioco per una grande porzione di quel mondo del lavoro che, da un punto di vista sociologico potrebbe definirsi “salariato”²⁸.

Il secondo versante di trasformazione riguarda invece i salari classici, ovvero le dinamiche retributive del lavoro subordinato cd. *standard*. La questione salariale è tornata di grande attualità²⁹, fino a chiamare a gran voce un intervento legislativo sul sala-

19. C. Mortati, *Articolo 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975.

20. Su cui vds. M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 299. (in *Costituzionalismo.it*, Quaderno n. 1, www.costituzionalismo.it/articoli/267).

21. L. Nogler, *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica “fondata sul lavoro”?*, in *Lav. dir.*, n. 3/2009, p. 427.

22. Nell'ultimo ventennio, i salari italiani sono rimasti sostanzialmente invariati a fronte di un loro aumento in Francia, Germania e Spagna. Vds., ad esempio, l'ultimo rapporto dell'Osservatorio JobPricing *Retribuzioni sostenibili? Livelli di crescita e distribuzione dei salari in Italia*, redatto in occasione degli Stati generali del mondo del lavoro, Torino, 25-28 settembre 2019, www.jobpricing.it/blog/project/retribuzioni-sostenibili.

23. I dati di questo fenomeno, pur monitorato da Istat ed Eurostat, sono difficili da fotografare nella dimensione reale, poiché molti italiani che vivono all'estero non cancellano, almeno nei primi anni, la loro residenza italiana.

24. Vds. M. Fana, *Non è lavoro, è sfruttamento*, Laterza, Bari-Roma, 2017.

25. Si pensi alle tutele che erano state introdotte dalla l. n. 92/2012 sul compenso del lavoratore a progetto.

26. Su cui vds., per un primo commento, F.S. Giordano, *Le nuove tutele per il lavoratori della Gig Economy*, in Encicl. Treccani online, www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_del_lavoro/Le_nuove_tutele_per_i_lavoratori_della_gig_economy.html.

27. Vds. S. Bologna e A. Fumagalli, *Lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, Feltrinelli, Milano 1997; D. Banfi e S. Bologna, *Vita da freelance. I lavoratori della conoscenza e il loro futuro*, Feltrinelli, Milano, 2011.

28. M. Paci, *Mercato del lavoro e classi sociali*, Il Mulino, Bologna, 1973.

29. Vds., ad esempio, il n. 2/2019 della *Rivista giuridica del lavoro* interamente dedicato alla questione salariale, con contributi di

rio minimo³⁰, con il benessere (e forse anche l'auspicio) delle classiche sigle sindacali – ipotesi che, solo fino a qualche anno fa, avrebbe fatto parte del regno dell'impensabile.

Diverse sono le ragioni alle quali è possibile attribuire il rilancio della questione salariale, e sono connesse solo in parte alla frammentazione del mercato del lavoro che si è descritta poc'anzi. Il problema dei salari riflette infatti, tra gli altri, la crisi di rappresentatività degli storici soggetti collettivi, sia di parte sindacale che, quasi in misura maggiore, di parte datoriale, la quale si è tradotta in una smodata moltiplicazione della contrattazione collettiva di livello nazionale, con conseguente moltiplicazione dei minimi tabellari retributivi cui storicamente occorre fare riferimento per integrare il requisito di sufficienza di cui all'art. 36 Cost.³¹.

Raramente la giurisprudenza è riuscita ad arginare il fenomeno, che ha portato con sé una corsa al ribasso dell'intero sistema salariale. Del resto, non era probabilmente possibile forzare in via interpretativa il sistema normativo sino a far rientrare la questione della rappresentatività sindacale all'interno della valutazione di sufficienza della retribuzione³².

Su questo versante, le riforme annunciate in materia di salario minimo e di regole della rappresentanza dovrebbero mettere ordine nella selva dei contratti e dei salari, imponendo *standard* minimi retributivi più consoni al principio di dignità e libertà dell'esistenza richiesto dalla Costituzione.

Peraltro, le forme più odiose di sfruttamento salariale possono dirsi arginate dalla recente legislazione. Il concetto di "sfruttamento lavorativo" è stato infatti ormai inserito a pieno titolo nel sistema giuslavoristico dall'art. 603-bis cp, introdotto dalla legislazione sul cd. caporalato³³, e le retribuzioni dei lavoratori più marginali dovrebbero accedere a un minimo di tutele grazie all'ultimo intervento normativo in tema di *gig economy*³⁴.

Ora v'è da chiedersi se il profilo assunto (o in via di assunzione, se si considera la materia *in fieri* del

salario minimo) da questo nuovo diritto del lavoro sia stato in grado di arginare quel fenomeno che aveva progressivamente scolorito la garanzia costituzionale del valore dei salari, incidendo, in ultimo, sul fondamento lavoristico della Costituzione inteso quale elemento coesivo di una comunità. È molto difficile, per la verità, fornire una risposta al quesito senza tenere conto della graduale ma inarrestabile perdita di valore dell'attività umana nell'economia odierna, e ciò non solo perché le rendite che provengono non dal lavoro, ma dal capitale, assumono un peso sempre più qualificante nei patrimoni individuali (degli stessi lavoratori) e collettivi (delle famiglie, ma anche delle imprese, il cui utile è spesso costituito più dalle rendite finanziarie che dal valore prodotto dalla forza lavoro). Il capitalismo del XXI secolo utilizza il lavoro dell'uomo in tante forme, in alcuni casi retribuite (con compensi più o meno sufficienti), in altri casi non retribuite – si pensi all'enorme sacca di lavoro che non è retribuito o perché porta con sé contenuti formativi (da cui la polemica sul potenziale sfruttamento connesso agli *stage*) o perché rientra nell'ambito del lavoro volontario, anch'esso non di rado avvolto dall'ambiguità –, in altri ancora addirittura occulte – si pensi all'enorme attività (e, quindi, lavoro) svolta dal consumatore nell'economia dell'accesso disintermediato e a basso costo a numerosi beni e servizi³⁵.

A ciò si può, poi, aggiungere che l'introduzione in Italia di un sistema, per quanto incompleto, di reddito minimo (quello che il legislatore ha impropriamente definito «reddito di cittadinanza») potrebbe mettere in crisi, almeno in alcuni contesti sociali caratterizzati, oltre che da alti tassi di disoccupazione, da dinamiche salariali depresse, l'intera questione salariale, innestando una concorrenza al ribasso tra salario minimo e reddito minimo, secondo uno schema competitivo che potrebbe talora essere vinto (*sic!*) dal lavoro sommerso³⁶.

M.V. Ballestrero, A. Lassandari, E. Brancaccio e R. Giammetti, L. Lazzeroni, G. Centamore e M. Novella.

30. In particolare, vds. il ddl n. 658/2018 di iniziativa dei senatori Catalfo, Matrisciano, Patuanelli, Nocerino, Guidolin, Bogo Deledda, Auddino e Campagna.

31. Vds. G. Olini, *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 3/2016, p. 417.

32. Sul tema vds. P. Pascucci, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Franco Angeli, Milano, 2018.

33. Su cui, fra i tanti, V. Torre, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 2/2018, p. 289.

34. Vds. l. n. 128/2019.

35. Vds., ad esempio, M.A. Dujarier, *Il lavoro del consumatore*, Egea, Milano, 2008.

36. Sul rapporto tra retribuzione e previdenza vds., da ultimo, A. Tursi, *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 1/2019, p. 95.

3. Il lavoro come fattispecie relazionale e la crisi del sindacato in Italia (art. 2 Cost.)

Come dimostra l'introduzione di una legislazione sul reddito minimo (che costituisce, per la verità, l'ultimo tassello di una lunga serie di interventi volti a far emergere forme di reddito svincolate dal sinallagma retributivo e connesse, invece, all'aumento di aree di povertà estrema nel Paese)³⁷, la dimensione del *non lavoro* è diventata ormai una sfaccettatura che compone in modo stabile la galassia giuslavoristica³⁸. Sul tema ci si soffermerà specificamente nel par. 5; qui è sufficiente spendere qualche parola sul principio/valore che appare sotteso a tutti gli interventi di sostegno al reddito, ivi incluso il recente «reddito di cittadinanza»³⁹.

Ci si riferisce, in particolare, a tutte quelle misure che rientrano nel concetto di “condizionalità”⁴⁰, ovvero all'insieme di misure che tengono il lavoratore necessariamente (si tratta di oneri imposti e sanzionati) legato a forme di attivazione, finalizzate ora ad una riqualificazione professionale nel nome dell'occupabilità, ora alla vera e propria ricerca di lavoro.

In molti casi, la condizionalità pone problemi di rispetto delle libertà fondamentali, fino a paventare una vera e propria violazione di diritti umani⁴¹. Diversa è, tuttavia, la prospettiva se si inquadra la condizionalità alla luce del principio generale posto dall'art. 2 della Costituzione. L'attivazione del soggetto percettore della misura può essere, allora, inquadrata nella prospettiva delle formazioni sociali⁴², se solo ci si apre a una concezione “relazionale”⁴³ del lavoro come luogo dell'essere che impedisce, prima di tutto, l'isolamento umano.

Questa dimensione relazionale è evidente in molteplici ambiti del mercato del lavoro, se solo si pensa al valore di emancipazione rivestito dal lavoro delle donne. Avere un reddito è condizione necessaria, ma non sufficiente per uscire da uno stato di subalternità: occorre anche fruire di un “posto” di lavoro, inteso come insieme di relazioni che consente di sviluppare pienamente la personalità⁴⁴.

Se inquadrata in questa prospettiva, la condizionalità, pur con tutta l'attenzione dovuta alle possibili storture che vi si possono produrre (memorabile, sul punto, è il destino del protagonista del film *Io, Daniel Blake* di Ken Loach)⁴⁵, assume un valore nuovo, di principio che impedisce la marginalizzazione sociale di chi, pur percependo un reddito, resta confinato nella sfera del non lavoro. Le forme di attivazione imposte dal principio di condizionalità non svolgono dunque solamente la funzione di tenere viva la potenziale occupabilità del lavoratore, a tutela dell'ente che scommette sulla riduzione del tempo di erogazione della misura di sostegno, ma rivestono anche un'importante funzione esistenziale, impedendo all'assistito di scivolare nella sfera dell'esclusione sociale e di abbandonare quella prospettiva relazionale che costituisce una delle dimensioni psicologicamente più importanti del lavoro umano.

Il richiamo all'art. 2 impone di spendere anche qualche parola sui soggetti collettivi e sulla crisi che, pur essendo – come è ampiamente noto – condivisa quasi dall'insieme dei corpi intermedi, investe inesorabilmente il sindacalismo italiano. Finora, i tentativi di porre rimedio alla crisi della rappresentanza provengono dall'autonomia collettiva stessa, che attraverso una produzione e riproduzione di accordi ha tentato di stabilizzare un sistema di governo della rappresentatività. Sembra sia in cantiere, tuttavia, un intervento legislativo sulla materia, il che chiamerà

37. C. Saraceno, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Feltrinelli, Milano, 2015.

38. M. Alberti, *Senza Lavoro. La disoccupazione in Italia dall'Unità a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

39. Su questo percorso, vds. G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Edizioni Gruppo Abele, Roma, 2011.

40. Sul tema vds. F. Liso, *Il diritto al lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 1/2009, p. 139; L. Corazza, *Il principio di condizionalità (al tempo della crisi)*, *ivi.*, n. 3/2013, p. 489; da ultimo, L. Taschini, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Giappichelli, Torino, 2019.

41. Vds., ad esempio, le questioni affrontate da M. Freedland e N. Countouris, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 4/2005, p. 557.

42. M. Pedrazzoli, *Assiologia del lavoro e fondamento della Repubblica: il lavoro è una “formazione sociale”?*, in *Quad. cost.*, n. 4/2011, p. 969.

43. Vds. P. Donati, *Introduzione alla sociologia relazionale*, Franco Angeli, Milano, 2002.

44. M. Naldini e C. Saraceno, *Conciliare famiglia e lavoro. Vecchi e nuovi patti tra sessi e generazioni*, Il Mulino, Bologna, 2011.

45. Vds., in merito alla recente presa di posizione della Corte costituzionale tedesca sulle riforme, *Hartz IV: German court slaps down harshest sanctions against jobseekers*, *The Local*, 5 novembre 2019, www.thelocal.de/20191105/cutting-benefits-to-uncooperative-welfare-recipients-partially-illegal/amp.

necessariamente in causa il sistema dell'art. 39 Cost., il quale, se pur mai attuato dalla legislazione ordinaria, ha di fatto governato il sistema sindacale negli ultimi settant'anni. Lo ha fatto, se non altro, imponendo un sistema detto, appunto, "sistema sindacale di fatto"⁴⁶, che si è retto su di uno sviluppo del principio di libertà sindacale interamente affidato alla sfera privatistica⁴⁷.

A prescindere dalle scelte che saranno compiute in tema di regole della rappresentanza, la previsione di un sistema regolato in via legislativa rappresenterà un indubbio cambiamento di prospettiva, che richiederà tempo e assestamento prima di mostrare quali saranno i suoi effetti sugli equilibri sindacali. Solo il tempo e l'applicazione del nuovo sistema potranno dire se un intervento regolativo possa avere l'effetto di arginare il declino dei sindacati in Italia, in termini non solo di presenza numerica, ma anche di effettiva influenza sulle politiche del lavoro⁴⁸. A mio parere, la mera trasposizione di logiche di misurazione quantitativa difficilmente potrà avere effetti curativi, considerato l'accerchiamento⁴⁹ in cui si è trovato il sistema sindacale italiano nonostante la diffusione della pratica – a partire dagli anni novanta – della "conta" numerica⁵⁰.

Tra l'altro, la crisi che da decenni investe i sindacati italiani si è arricchita, negli ultimi anni, della dimensione inedita, e non meno pericolosa, della "disintermediazione"⁵¹, che sfocia, in alcuni casi, nella contrattazione individuale tra datore di lavoro e lavoratore, bypassando completamente il sindacato⁵² e, in altri casi, nel coinvolgimento di soggetti estranei alla dialettica sindacale (come, ad esempio, i consumatori), che finiscono per prendere parte al conflitto⁵³.

4. La dimensione dell'eguaglianza e le nuove sfide di una società multiculturale (art. 3 Cost.)

Il terreno che ha consentito la declinazione del principio di eguaglianza nel diritto del lavoro è rappresentato, storicamente, dal diritto antidiscriminatorio, che ha introdotto una serie di limiti all'esercizio dei poteri del datore di lavoro. Seguendo uno schema che ha progressivamente ampliato i fattori di discriminazione presi in considerazione dal legislatore, le condotte del datore di lavoro aventi natura discriminatoria sono state via via limitate, in modo che il rapporto individuale di lavoro potesse riflettere il principio alla base dell'art. 3 Cost.

Come è noto, ancor prima della spinta introdotta dalla legislazione di genere, sono state le discriminazioni sindacali a essere oggetto di tutela, per mezzo degli articoli 15, 16 e 28 dello Statuto dei lavoratori. Ma è stata, per la verità, la disciplina sulle discriminazioni fondate sul sesso a forgiare il diritto antidiscriminatorio e a dotarlo di quel tratto raffinato e concreto che consente di prendere in considerazione non solo le discriminazioni dirette, ma anche quelle indirette, che garantisce l'accesso, nella lotta contro le discriminazioni, alla dimensione collettiva e che consente, sul piano probatorio, di far ricorso a strumenti senza i quali, spesso, è impossibile smascherare le condotte discriminatorie come, ad esempio, la prova statistica⁵⁴.

È interessante ricordare che, nonostante la legislazione che ha cambiato volto alle discriminazioni nei confronti delle donne lavoratrici si sia sviluppata negli anni d'oro del femminismo italiano, essa è frutto del recepimento della normativa europea, che affonda le sue radici nella battaglia – assai meno nobile

46. Per una recente ricostruzione, vds. G. Ferraro, *Teorie e cronache del diritto sindacale e autorità del punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, n. 1/2016, p. 16.

47. Vds. per tutti F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Id.* (a cura di), *Saggi di diritto civile*, vol. I, Jovene, Napoli, 1961, p. 177.

48. Vds. D. Carrieri e P. Feltrin, *Al bivio. Lavoro, sindacato e rappresentanza nell'Italia d'oggi*, Donzelli, Roma, 2016.

49. L'espressione è di G. Baglioni, *L'accerchiamento*, Il Mulino, Bologna, 2008.

50. Non è possibile non richiamare, sul punto, la felice espressione di V.B. Manghi, *Declinare crescendo: note critiche dall'interno del sindacato*, Il Mulino, Bologna, 1977.

51. B. Caruso, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e-intermediazione*, in *Arg. dir. lav.*, n. 3/2017, p. 555.

52. M. Pedrazzoli, *Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?*, «Centre for the Study of European Labour Law» (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 149/2012.

53. L. Corazza, *La rappresentatività rivisitata: Il caso dello sciopero*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 3/2018, p. 645.

54. M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991.

– volta ad impedire il *dumping* salariale tra gli Stati membri⁵⁵.

La prima stagione del diritto antidiscriminatorio ha, tuttavia, di rado avuto accesso alle aule di giustizia, senza che le ragioni di questo silenzio siano state sufficientemente esplorate⁵⁶. Né hanno avuto particolare applicazione, nel nostro Paese, le norme sulle azioni positive in materia di lavoro (a differenza dell'ambito della rappresentanza politica)⁵⁷.

Diverso sembra essere, invece, il ricorso alla via giudiziale da quando si è inaugurata la cd. “seconda stagione”⁵⁸ del diritto antidiscriminatorio, che, a partire da un gruppo di direttive degli anni 2000, ha ridisegnato i tratti della tutela ampliando i fattori di discriminazione presi in considerazione, estendendo la tutela anche a contesti diversi dal rapporto di lavoro e dando spazio alle molestie quali *species* del *genus* discriminazioni. Al di là delle technicalità che inducono a ritenere in parte depotenziato il sistema della tutela contro le discriminazioni, è indubbio che tale tutela sia stata ridisegnata in modo da essere più confacente a una società nuova, plurale, dove i tratti di diversità che possono dare origine a discriminazione riflettono i canoni delle nuove minoranze⁵⁹.

Ma non è probabilmente spiegabile alla luce dell'ampliamento del suo campo di applicazione l'utilizzo più diffuso del diritto antidiscriminatorio nelle aule di giustizia. Una analisi più attenta induce, infatti, a sollevare dubbi su questa ipotesi.

Anzitutto, le condotte discriminatorie che vengono più frequentemente fatte valere in giudizio sono relative a rapporti *diversi* dal rapporto di lavoro, confermando in tal modo la storica difficoltà della vicenda discriminatoria ad emergere nell'ambito lavorativo. Esempio, in proposito, è il caso dell'esperienza applicativa del d.lgs n. 215/2003, dedicato alle discriminazioni sulla razza e l'origine etnica, il quale,

pur essendo stato applicato in un numero notevole di controversie, è stato utilizzato più che altro come argine alla disegualianza rispetto all'accesso a prestazioni previdenziali e assistenziali, nonché alla fruizione di beni e servizi⁶⁰.

Altro discorso deve essere fatto, poi, per il crescente ricorso alla tutela antidiscriminatoria nelle vicende che coinvolgono il recesso dal rapporto di lavoro, dato il cambiamento radicale che ha investito, dal 2012 in poi, le tecniche di tutela previste in caso di licenziamento illegittimo. L'assetto di tutele contro il licenziamento forgiato a partire dalla riforma Fornero ha inciso sulle funzioni della tutela antidiscriminatoria, fino a quel momento poco invocata per far fronte alle ipotesi di licenziamento illegittimo⁶¹.

È quindi difficile ricondurre alle virtù (in termini di accesso alla tutela) della disciplina antidiscriminatoria del nuovo secolo il ricorso più frequente a questo apparato di regole per contrastare la disegualianza sui luoghi di lavoro.

Deve essere, piuttosto, rilevato che la cartina di tornasole della disegualianza si misura ormai su terreni diversi da quelli del classico diritto antidiscriminatorio. Per fare alcuni esempi connessi agli ambiti di maggiore fragilità sociale (ma la lista è certamente più lunga e ancora tutta da esplorare), è possibile menzionare, da un lato, l'impatto in termini di eguaglianza che la disciplina sull'immigrazione (per ciò che riguarda il diritto ai permessi di soggiorno e l'acquisizione della cittadinanza) produce con riferimento ai lavoratori stranieri⁶². L'altro lato su cui di misura l'effetto indirettamente discriminatorio delle discipline riguarda l'ampia sfera del cd. lavoro atipico, che nelle sue diverse modulazioni, e nonostante la tralattiva ripetizione – di matrice europea – che vieta le discriminazioni dei lavoratori non *standard*, riproduce forme di disegualianza nell'accesso al lavoro,

55. J. Cruz Villalón, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 3-4/2003, p. 84.

56. D. Izzì, *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2005.

57. M. Barbera, *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Feltrinelli, Milano, 1999; B. Pezzini, *Il riequilibrio di genere nella legislazione elettorale*, in R. D'Alimonte e C. Fusaro (a cura di), *La legislazione elettorale italiana. Come migliorarla e perché*, Il Mulino, Bologna, 2008.

58. M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 3-4/2003, p. 99.

59. Vds. M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007.

60. Vds. M.T. Ambrosio, *Discriminazioni razziali ed etniche nelle aule di giustizia: le questioni aperte*, in *Etica ed economia*, menabò n. 69, 17 settembre 2017, www.eticaeconomia.it/discriminazioni-razziali-ed-etniche-nelle-aule-di-giustizia-le-questioni-aperte.

61. F. Marinelli, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, Giuffrè, Milano, 2017.

62. W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2013.

nella tutela dei diritti, nella percezione del *welfare* e, in ultimo, anche sul piano salariale⁶³.

Tutto questo per ricordare che il tema della disuguaglianza nei rapporti di lavoro assume, con la crescente complessità della società e la progressiva diversificazione fenomenica del lavoro, tratti nuovi, difficili da imbrigliare nel concetto di discriminazione (per quanto ampliato dalla normativa europea degli anni 2000) e, soprattutto, difficilissimi da dotare di tutela giudiziaria perché spesso originati proprio da scelte del legislatore⁶⁴.

5. Teorie e ideologie del diritto al lavoro (art. 4 Cost.)

Dopo molti decenni di silenzio, probabilmente il diritto *al* lavoro è quello, tra i principi costituzionali su cui si è costruito il diritto *del* lavoro, la cui riscoperta ha avuto i maggiori effetti sull'evoluzione più recente della materia. Da quando Massimo D'Antona esortò, nel suo ultimo intervento pubblico, a "prendere sul serio" l'art. 4 della Costituzione⁶⁵, l'attenzione per il mercato del lavoro è stato il tema centrale che ha ispirato non solo le riforme del diritto del lavoro, ma la stessa ideologia che vi ha dato impulso.

Una volta archiviata – per la verità, in tempi brevi – la visione che, fino agli anni settanta, aveva polarizzato la questione del diritto al lavoro sul ruolo dello Stato nell'economia, riducendola al quesito intorno all'economia pianificata, a partire dagli anni novanta si è fatta strada la nota lettura che ha assegnato al diritto del lavoro un significato performativo dello stesso diritto del lavoro.

Il rilancio del diritto al lavoro si è via via affermato a partire dalla seconda metà degli anni novanta e ha avuto, come è noto, diversi interpreti. D'Antona, ad esempio, aveva acutamente collegato il diritto al lavoro alla dimensione dell'essere più che a quella dell'avere, in una prospettiva che si emancipa dalla concezione proprietaria del "posto" di lavoro (*the ownership of job*), per spostare il suo baricentro sulla persona del lavoratore e sulle strategie di sostegno di questa all'interno del mercato del lavoro. Ma non

è possibile negare che il vero ideologo del diritto al lavoro come motore delle riforme del lavoro sia stato Pietro Ichino, il quale, prendendo le mosse dalla *insider-outsider theory*, ha invocato una riforma del diritto del lavoro non solo più attenta alla posizione del lavoratore sul mercato che alle tutele ricevute nel rapporto, ma in grado di favorire, attraverso l'allentamento del sistema di tutele, un *turn over* più fluido dall'interno all'esterno della cittadella del lavoro protetto⁶⁶.

L'affermarsi di questa nuova concezione del diritto del lavoro è stata peraltro favorita da un dato. L'asse delle politiche del lavoro stava sfuggendo alla dimensione nazionale per spostarsi sul piano europeo, dove si era agli albori della parabola della *flexicurity*, riassumibile, in estrema sintesi, nelle seguenti tappe: a) a partire dalla «Strategia di Lisbona» del 2000, il Consiglio europeo punta sull'obiettivo di rendere l'economia dell'Ue la più competitiva del mondo nonché di raggiungere la piena occupazione entro il 2010; b) il 22 novembre 2006 la Commissione europea adotta il libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo»; c) il 27 giugno 2007 la Commissione europea emana la comunicazione «Verso principi comuni di flessicurezza: posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza».

Sul piano del diritto interno, non si può certo dire che il diritto al lavoro non sia stato, a partire dalla fine degli anni novanta, preso sul serio. Le riforme legislative che hanno trasformato il diritto del lavoro nell'ultimo ventennio sono state, infatti, sostanzialmente improntate a realizzare una maggiore armonizzazione tra diritto *del* lavoro e diritto *al* lavoro, attraverso una triplice direzione⁶⁷.

In primo luogo, l'attenzione per il diritto al lavoro si è tradotta nel rafforzamento del sistema dei servizi per l'impiego e la configurazione, a partire dal 1997 ma in modo più strutturato dal 2003, di un sistema misto pubblico/privato (rafforzamento che, dal 2015, ha visto, sulla scia dei modelli francese e tedesco, anche la creazione di un'agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro – Anpal – la quale, tuttavia, non ha prodotto i risultati attesi anche per

63. Vds. C. Alessi, *Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici: spunti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 2017.

64. Vds., ad esempio, W. Chiaromonte, *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell'immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il "decreto Salvini"*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 2/2019, p. 321.

65. M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, supplemento al n. 3/1999 (Aa. Vv., *Atti del convegno di studi per il 50° anno della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*), p. 15.

66. Sviluppato, in particolare, nello scritto di A. Ichino e P. Ichino, *A chi serve il diritto del lavoro*, op. cit.

67. Per un riepilogo, vds. M. Corti, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, Torino, 2018.

la mancata ricentralizzazione delle competenze in materia di mercato del lavoro, in ragione della bocciatura per via referendaria della riforma costituzionale del 2016)⁶⁸.

Si è dato luogo, poi, a una razionalizzazione delle misure di sostegno al reddito, che ha posto il concetto di condizionalità al centro del sistema, come risulta anche dalle misure più recenti, quali il reddito di inclusione e il nuovo reddito di cittadinanza⁶⁹.

Infine, la terza direttrice in cui si è sviluppata questa armonizzazione è quella che ha certificato la sostanziale adesione alla tesi che colloca il diritto del lavoro al servizio del diritto al lavoro, seguendo quel modello di analisi economica, riconducibile all'economia neoclassica, che pone la flessibilità esterna in rapporto di causalità con le dinamiche occupazionali (su questa linea certamente si sono posti la riforma Biagi e il *Jobs Act*, in sintonia con le tesi sul contratto unico di Boeri e Garibaldi⁷⁰).

La giurisprudenza, dal canto suo, ha assimilato la rilevanza che assume la posizione del lavoratore sul mercato del lavoro, cercando per alcuni versi di correggere e compensare la spinta verso la flessibilizzazione del lavoro in nome della promozione dell'occupazione. Si può dire vada, ad esempio, in questa direzione quella giurisprudenza che, nel valutare il *vulnus* subito dal lavoratore per l'utilizzo improprio di forme di lavoro temporaneo, tiene conto delle condizioni del mercato del lavoro⁷¹. Più di recente, anche la giurisprudenza costituzionale, con la sentenza n. 194 del 2018 sul contratto a tutele crescenti, sembra tenere conto della prospettiva del mercato del lavoro⁷². Infine, seguendo un ragionamento meno immediato, si è mosso quel filone – per la verità ancora agli albori – che, nel dirimere le controversie nate in seno al capitalismo delle piattaforme, ha sollevato la questione dell'obbligatorietà dell'accettazione della prestazione da parte del lavoratore nel caso Foodora⁷³.

6. Efficienza e redistribuzione: una parabola annunciata

La battuta di arresto registrata dalla corsa verso la flessibilizzazione della prestazione di lavoro appare, per la verità, l'eco di una modificazione radicale nell'approccio ai temi classici del capitalismo contemporaneo, che trova precisi punti di riferimento nei mutamenti che in questi anni hanno interessato la teoria economica. La corrente dell'economia neoclassica – che dominava indiscussa fino alla prima decade degli anni duemila – vede crollare la propria solidità nel dibattito tra gli economisti. A metterla in discussione sono state prospettive teoriche alternative ormai pienamente riconosciute nella comunità scientifica.

Anche tra le pieghe dei premi Nobel assegnati negli ultimi anni è possibile cogliere, infatti, una crescente sensibilità per gli effetti sociali delle teorie economiche, sintomo di un sostanziale superamento – o, quanto meno, della messa in discussione – dell'idea che il prevalere delle regole del libero mercato costituisca la chiave di volta del benessere collettivo. L'elenco è lungo e include nomi come Amartya Sen, Joseph Stiglitz, Paul Krugman e Angus Deaton.

Con la crisi, si è imposto un ripensamento radicale del rapporto tra crescita e tutela del lavoro, se solo si pensa agli studi sull'evoluzione del capitale condotti da Thomas Piketty, che mostrano come la crescita possa essere inibita dalle diseguaglianze⁷⁴. In altri casi, l'analisi del rapporto tra crescita e progresso sociale è stata commissionata dalle istituzioni, anche di stampo conservatore⁷⁵.

Non si tratta, poi, di orientamenti confinati al contesto europeo (che, si sa, è storicamente influenzato dalla matrice dell'economia sociale di mercato), data la serrata critica alle derive del “supercapitalismo” che ci ha proposto – sempre in questi ultimi

68. L. Valente, *La riforma dei servizi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2016.

69. V. Taschini, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, op. cit.

70. T. Boeri e P. Garibaldi, *Un nuovo contratto per tutti*, Feltrinelli, Milano, 2008.

71. M.P. Aimò, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017.

72. Corte cost., 9 novembre 2018, n. 194.

73. Corte appello Torino, 4 febbraio 2019, n. 26.

74. T. Piketty, *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani, Milano, 2017 (1ª edizione francese: 2013).

75. Vds. il lavoro del gruppo di alti esperti dell'Ocse, *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*, 2009, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/118025/118123/Fitoussi+Commission+report>.

dieci anni – Robert Reich⁷⁶, oltre ai contributi, per la verità fondamentali, di Joseph Stiglitz⁷⁷.

Acquista, in altre parole, sempre più credito l'invito a liberarsi, in una logica autopoietica, da una visione mercantilistica della regolazione dei rapporti di produzione, per spingere, al contrario, verso politiche in grado di favorire una migliore redistribuzione del reddito, da cui è possibile inferire effetti positivi per la crescita⁷⁸.

Ora, al di là dell'influenza che può avere avuto il cambiamento di approccio del *mainstream* economico, è il rapporto tra efficienza e redistribuzione che sembra essere stato finalmente preso sul serio. Gli aspetti redistributivi, che includono – per riportare il discorso sul piano dei valori/principi – il diritto a un salario in grado di garantire la dignità e la libertà della persona, la dimensione collettiva del lavoro, il contrasto alle diseguaglianze e l'accesso al lavoro (inteso

come promozione dell'occupazione e argine alle forme estreme di precarietà), sono, in ultimo, elementi necessari al benessere complessivo del sistema economico.

È probabilmente a questo più ampio flusso di riflessioni, che ha pervaso le scienze sociali negli ultimi anni, che è possibile ascrivere il cambiamento di prospettiva ravvisabile nel recente diritto del lavoro. Nonostante sia possibile registrare un cambio di direzione del vento, è tuttavia certamente troppo presto per verificarne l'intensità e, soprattutto, la capacità di incidere in maniera sostanziale sulle grandi questioni connesse ai valori/principi in gioco⁷⁹. Se, in altre parole, sia possibile ripensare nella materia del lavoro tutto il discorso sul bilanciamento tra i principi, riabilitando quell'idea di gerarchia dei valori⁸⁰ che, a un certo punto, era apparsa in contrasto con il carattere pluralistico della società e, in ultimo, del diritto che ne forgia le regole.

76. R.B. Reich, *Supercapitalismo. Come cambia l'economia globale e i rischi per la democrazia*, Fazi, Roma, 2008.

77. Vds., tra i tanti contributi, J.E. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Einaudi, Torino, 2014 (seconda edizione).

78. Vds. anche la dichiarazione della Business Roundtable, associazione della "Corporate America", del 19 agosto 2019, www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans.

79. Vds., ad esempio, per una lettura contraria, R. Del Punta, *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, «Centre for the Study of European Labour Law» (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 395/2019.

80. Ribadisce l'importanza di un inquadramento gerarchico dei principi costituzionali in materia di lavoro M. Luciani, *Diritto di sciopero, forma di Stato e forma di governo*, in *Arg. dir. lav.*, n. 1/2009, p. 15.

Il lavoro per un'esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale

di Carla Ponterio

Il ruolo del sindacato quale autorità salariale e l'utilizzo giurisprudenziale dei contratti collettivi come parametro di una retribuzione proporzionata e sufficiente hanno rappresentato, per molto tempo, una solida garanzia perché il lavoro fosse dignitoso. I sempre più ampi margini di sfruttamento del lavoro e il fenomeno dei lavoratori poveri segnano un punto di crisi, che rende non più differibile l'intervento del legislatore.

1. Il contesto costituzionale di riferimento / 2. Il ruolo della giurisprudenza sull'art. 36 Cost. / 3. Il contenuto dell'art. 36 Cost. / 4. La via giudiziale al salario minimo è a un punto di crisi / 5. Il salario minimo legale

1. Il contesto costituzionale di riferimento

Il fenomeno, ormai endemico nelle moderne economie, del *lavoro povero* ha riproposto con forza la questione salariale e ciò ha determinato, in ambito giurisprudenziale, un nuovo bisogno di ricorso all'art. 36 della Costituzione.

Questa norma, inserita nel titolo dedicato ai rapporti economici, declama il diritto di ciascun lavoratore a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato e, in ogni caso, sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

Il dibattito svolto in seno all'Assemblea costituente¹ ci racconta di un art. 36 (nel corso dei lavori, art. 32) come norma programmatica e anche di una precisa scelta contraria a una riserva di legge sul salario minimo.

Il deputato Aladino Bibolotti propose che, al primo comma (dell'art. 32), fosse aggiunta la seguente

previsione: «Il salario minimo individuale e familiare e la durata della giornata lavorativa sono stabiliti dalla legge» e così argomentò a sostegno della proposta: «a me pare (...) che questo inserimento nell'articolo 32 conferisca all'articolo stesso una consistenza ed una concretezza tali da tranquillizzare le famiglie dei lavoratori, nel senso che, compiuto il loro dovere sociale di partecipare al processo della produzione, essi non potranno essere mai più oggetto di quello sfruttamento inumano e senza limiti che oggi, in determinate circostanze e in determinati rapporti di forze, sarebbe ancora giuridicamente possibile».

L'emendamento non fu approvato.

I Costituenti scelsero di non prendere posizione sulle modalità attraverso cui assicurare la giusta retribuzione.

Non fu introdotta una riserva di legge sul salario minimo, che avrebbe affidato al legislatore il compito di stabilire la soglia di proporzionalità e sufficienza; non fu neanche stabilita una riserva in materia retributiva a favore della contrattazione collettiva².

1. Cfr. www.nascitacostituzione.it/02p1/03t3/036/index.htm?arto36-016.htm&2.

2. Cfr. Corte cost., n. 106/1962: «Occorre subito avvertire che la Corte non ritiene fondata la tesi, richiamata da quasi tutte le ordinanze di rimessione e sostenuta dalla difesa delle parti interessate, secondo la quale l'ora richiamato art. 39 contiene una riserva, normativa o con-

Nel disegno costituzionale era, tuttavia, chiaramente individuata la competenza in materia salariale affidata alla contrattazione collettiva ed era segnata la strada attraverso cui sarebbe stato possibile fissare la retribuzione proporzionata e sufficiente nei diversi settori produttivi, tramite cioè il meccanismo, descritto dall'art. 39 Cost., del contratto collettivo reso efficace *erga omnes*.

Nel diritto costituzionale vivente, l'art. 36 ha assunto il valore di norma precettiva, prima per opera della dottrina³ e poi della giurisprudenza, di legittimità e costituzionale⁴: esso attribuisce al lavoratore un diritto soggettivo perfetto alla giusta retribuzione.

L'art. 36 Cost. è stato considerato norma direttamente applicabile nei rapporti individuali quale precetto inderogabile e, per opera della giurisprudenza, le tariffe salariali previste dai contratti collettivi nazionali nei diversi settori sono diventate parametro della retribuzione proporzionata e sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost.

2. Il ruolo della giurisprudenza sull'art. 36 Cost.

Nel contesto di mancata attuazione dell'art. 39, secondo parte, Cost., la giurisprudenza ha utilizzato come parametro di riferimento della giusta retribuzione, non vincolante per il giudice, le tariffe salariali dei contratti collettivi della categoria, ove non direttamente applicabili. In base a una presunzione *iuris tantum*, i giudici hanno considerato i minimi retributivi dei contratti collettivi nazionali di lavoro in grado di assicurare corrispondenza al precetto costituzionale.

In tal modo, la giurisprudenza ha svolto una importante funzione di sostegno del ruolo della contrattazione collettiva nell'individuazione della giusta retribuzione.

Si è detto⁵ che la giurisprudenza italiana sull'art. 36 Cost. «ha rappresentato un essenziale elemento di compensazione rispetto all'astensionismo del le-

gislatore: astensionismo tradottosi nell'assenza sia di una legislazione sul salario minimo che di un procedimento legale attuativo dell'art. 39, seconda parte, Cost. idoneo ad assicurare alla contrattazione collettiva di categoria l'efficacia soggettiva *erga omnes*».

In questo modo, «si è prodotto il notevole effetto di assicurare una tutela di matrice collettiva attraverso un tipico rimedio individuale, quale il ricorso giurisdizionale, al quale qualsiasi dipendente ha la possibilità di accedere invocando un parametro oggettivo, di agevole prova nel processo qual è, per l'appunto, la parte economica del Ccnl di categoria».

Il rimedio giurisprudenziale ha allontanato, o meglio rinviato, per un lungo periodo la necessità di un intervento legislativo sui minimi salariali, non imposto data la mancanza di una riserva di legge, ma non precluso. Difatti, in Italia, come in altri Paesi con elevata diffusione della contrattazione collettiva, l'intervento del legislatore sulla retribuzione si è concentrato, in particolare, in settori di lavoro difficilmente raggiungibili dal sindacato e nei quali era più concreto il rischio di trattamenti retributivi al ribasso⁶; la disciplina per legge del salario ha interessato, in tempi relativamente recenti, il lavoro dei soci di cooperativa (l. n. 142/2001 come modificata dal dl n. 248/2007, convertito in l. n. 31/2008), le collaborazioni a progetto, ora abrogate (la l. n. 92/2012 aveva modificato l'art. 63 d.lgs n. 276/2003 e previsto che il compenso per i co.co.pro. dovesse essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e, in ogni caso, non inferiore ai minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati), i lavoratori distaccati (d.lgs n. 136/2016) e, negli ultimi mesi, i cd. "riders", o meglio «i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, attraverso piattaforme anche digitali» (art. 47-bis dl n. 101/2019, convertito in l. n. 128/2019). Per essi, la disposizione appena citata ha previsto che

trattuale, in favore dei sindacati, per il regolamento dei rapporti di lavoro. Una tesi siffatta, segnatamente se enunciata in termini così ampi, contrasterebbe con le norme contenute, ad esempio, nell'art. 3, secondo comma, nell'art. 35, primo, secondo e terzo comma, nell'art. 36 e nell'art. 37 della Costituzione, le quali – al fine di tutelare la dignità personale del lavoratore e il lavoro in qualsiasi forma e da chiunque prestato e di garantire al lavoratore una retribuzione sufficiente ad assicurare una vita libera e dignitosa – non soltanto consentono, ma insieme impongono al legislatore di emanare norme che, direttamente o mediamente, incidono nel campo dei rapporti di lavoro: tanto più facilmente quanto più ampia è la nozione che la società contemporanea si è costruita dei rapporti di lavoro e che la Costituzione e la legislazione hanno accolta».

3. G. Ricci, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *Lav. dir.*, n. 4/2011, p. 637.

4. *Cfr.* Cass., n. 461/1952; Corte cost., n. 30/1960.

5. G. Ricci, *La retribuzione costituzionalmente adeguata*, *op. cit.*, p. 642.

6. T. Treu, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, «Centre for the Study of European Labour Law» (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 386/2019, pp. 6 ss.

fosse garantito «un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale».

Le leggi richiamate non fissano un salario legale, ma rinviano in via parametrica ai livelli salariali fissati dai contratti collettivi nazionali di settore o categoria affine, in tal modo senza creare alcun rischio di interferenza eteronoma sull'azione sindacale e sulle dinamiche contrattuali, ma anzi con funzione di sostegno e riconoscimento di tale ruolo.

3. Il contenuto dell'art. 36 Cost.

L'art. 36 Cost. comprende due principi: quello della proporzionalità e quello della sufficienza della retribuzione; il primo legato alla funzione corrispettiva, e più propriamente al sinallagma contrattuale, e il secondo espressione della funzione sociale della retribuzione e, quindi, del valore sociale assegnato al lavoro dalla Carta costituzionale⁷.

Si tratta di due facce ricomposte in una nozione unitaria di retribuzione che tiene insieme le due funzioni, rispondenti rispettivamente a una logica economicistica e a una logica sociale⁸.

L'unitarietà della nozione emerge dalla stessa lettera dell'art. 36 Cost. e, specificamente, dall'espressione «e in ogni caso», che lega il segmento normativo della proporzionalità a quello della sufficienza.

Tale espressione è stata tradizionalmente letta come finalizzata ad attribuire alla "sufficienza" la funzione di correttivo della "proporzionalità", nel senso che la retribuzione dovesse restare sufficiente anche quando la prestazione non fosse esigibile (ad esem-

pio, per festività o ferie) oppure fosse impossibile (a causa di malattia, infortunio, gravidanza).

In realtà, la locuzione «e in ogni caso» sembra esprimere qualcosa di più, specie se letta in correlazione all'esigenza di assicurare al lavoratore e anche alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

La sintesi tra i due principi dovrebbe essere intesa nel senso che «la retribuzione, che deve essere proporzionata, non può non essere sempre sufficiente, quindi financo nelle ipotesi in cui, a causa dell'estrema modestia del valore della prestazione lavorativa, l'applicazione del principio proporzionalistico rischi di evidenziare un compenso talmente ridotto da non consentire al lavoratore di soddisfare in modo minimamente dignitoso le necessità essenziali»⁹.

È, questa, una lettura in senso accentuativo della funzione sociale della retribuzione, che non ha trovato concreta applicazione ed è rimasta, al pari dell'art. 3, comma 2, Cost., di natura essenzialmente programmatica.

Così come è rimasta sullo sfondo la normativa sovranazionale, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, il cui art. 23, par. 3, stabilisce che «ogni individuo ha diritto ad una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui stesso e alla sua famiglia una esistenza conforme alla dignità umana ed integrata, se necessario, da altri mezzi di protezione sociale», dalle Carte sociali europee¹⁰, fino alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, nel vuoto di competenza dell'ordinamento europeo in materia retributiva, riconosce (art. 31, par. 1) il diritto di ogni lavoratore a «condizioni di lavoro sane, sicure, dignitose».

La giurisprudenza costituzionale sull'art. 36 ha inizialmente adottato una nozione unitaria di "giusta retribuzione" capace di tenere insieme proporzionalità e sufficienza¹¹.

7. M.V. Ballestrero, *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in *Riv. giur. lav.*, n. 2/2019, pp. 240-241; P. Pascucci, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, relazione al Congresso AIDLASS del 17 maggio 2018, pp. 7 ss. (www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2018/05/Relazione-Pascucci-3.pdf).

8. *Cfr.* Cass., n. 24449/16, in motivazione: «l'art. 36, 1° co., Cost. garantisce due diritti distinti, che, tuttavia, "nella concreta determinazione della retribuzione, si integrano a vicenda": quello ad una retribuzione "proporzionata" garantisce ai lavoratori "una ragionevole commisurazione della propria ricompensa alla quantità e alla qualità dell'attività prestata"; mentre quello ad una retribuzione "sufficiente" dà diritto ad "una retribuzione non inferiore agli standards minimi necessari per vivere una vita a misura d'uomo", ovvero ad "una ricompensa complessiva che non ricada sotto il livello minimo, ritenuto, in un determinato momento storico e nelle concrete condizioni di vita esistenti, necessario ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa". In altre parole, l'uno stabilisce "un criterio positivo di carattere generale", l'altro "un limite negativo, invalicabile in assoluto". La Corte territoriale ha tenuto conto della duplice valenza del precetto costituzionale, ed ha ritenuto che il mancato adeguamento della retribuzione all'aumentato costo della vita nel corso del lungo periodo lavorativo fosse idoneo a rendere il percepito non più proporzionato al valore del lavoro, secondo la valutazione che le stesse parti inizialmente ne avevano fatto, con un'inevitabile ricaduta anche sul mantenimento dell'idoneità ad assolvere alle funzioni di soddisfacimento delle esigenze di vita».

9. P. Pascucci, *La giusta retribuzione*, *op. cit.*, p. 16.

10. Carta sociale europea del 1961 (revisionata nel 1996: parte II, punto 4); Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966 (art. 7); Carta dei diritti sociali fondamentali del 1989 (art. 5).

11. Corte cost., n. 559/1987: «l'assumere che il principio di corrispettività nel rapporto di lavoro si risolve meccanicamente, salvo deroghe

Nel suo complesso, tuttavia, l'attuazione per via giurisprudenziale dell'art. 36 Cost. ha finito per sovrapporre e confondere i caratteri della proporzionalità e della sufficienza, facendo peraltro registrare non poche contraddizioni e incertezze, oltre a una certa timidezza.

La giurisprudenza ha elaborato il concetto di retribuzione "adeguata" utilizzando come parametro le tariffe salariali dei contratti collettivi nazionali della categoria o di quella affine¹².

Il richiamo al contratto collettivo non ha comportato alcuna normativizzazione del parametro, né l'attribuzione di efficacia *erga omnes* alla regolazione collettiva, cosa che avrebbe determinato la violazione dell'art. 39, comma 4, Cost. nella sua valenza impeditiva. Il contratto collettivo è stato utilizzato solo quale parametro esterno, ai fini del giudizio di adeguatezza della retribuzione quanto a proporzionalità e sufficienza, ed è stato solitamente individuato in base a regole di esperienza, senza nessun automatismo.

Tali concetti sono stati ribaditi costantemente dalla giurisprudenza: ai fini del giudizio di adeguatezza della retribuzione dei lavoratori subordinati ai principi di proporzionalità e sufficienza, la valutazione deve essere compiuta sulla base del solo art. 36 Cost. e con riferimento al singolo rapporto individuale; il giudice del merito può assumere come criterio orientativo un contratto collettivo non vincolante per le parti, può fare riferimento agli importi previsti da un contratto collettivo locale o anche aziendale. In tale operazione, il giudice non è vincolato ad alcun automatismo e apriorismo, ad alcuna gerarchia fra contratti di diverso livello (l'inderogabilità opera solo nei confronti delle clausole difformi dei contratti individuali, ai sensi dell'art. 2077 cc) né a un principio

di parità di trattamento tra lavoratori, non desumibile dall'art. 36 Cost.¹³, salvi ovviamente i principi legali di non discriminazione e il rispetto delle regole di condotta negoziale secondo correttezza e buona fede.

Dal punto di vista giuridico, l'applicazione delle clausole collettive quale parametro, in luogo di quelle pattuite individualmente, è stata affermata attraverso il combinato disposto fra l'art. 36 Cost. e l'art. 2099, comma 2, cc, (secondo cui, in mancanza di norme corporative o di accordo, la retribuzione è determinata dal giudice), utilizzando il meccanismo di sostituzione automatica delle clausole di cui all'art. 1419, comma 2, cc (secondo cui la nullità di singole clausole non comporta la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative), e in virtù dell'applicazione diretta del precetto costituzionale¹⁴.

Si è affermato¹⁵ che la giurisprudenza ha dato il meglio di sé laddove ha esplicitato la propria "vocazione proporzionalistica", cioè ove ha proceduto ad accertare in fatto le mansioni svolte, attraverso il profilo quali-quantitativo della prestazione lavorativa, e a ricondurre quell'attività a un determinato livello retributivo all'interno del sistema contrattuale di classificazione, arrivando ad applicare la paga definita nel ccnl di settore o, in difetto di questo, da quello "affine".

Nell'ambito di tale visione essenzialmente proporzionalistica, la giurisprudenza ha anche adottato criteri riduttivi. Ha, difatti, inteso la garanzia dell'art. 36 Cost. come riferita non alle singole voci retributive comprese nel contratto collettivo (in quanto presuntivamente eccedenti l'obiettivo di remunerazione della professionalità media del lavoratore), ma al trattamento economico globale, assestandosi sulla nozione di "minimo costituzionale" comprensiva solo di paga

eccezionali, in una relazione biunivoca tra prestazione lavorativa e retribuzione urta contro il concetto di retribuzione assunto dall'art. 36 Cost., che non è – come questa Corte ha più volte precisato – mero corrispettivo del lavoro, ma compenso del lavoro proporzionale alla sua quantità e qualità e, insieme, mezzo normalmente esclusivo per sopperire alle necessità vitali del lavoratore e dei suoi familiari, che deve essere sufficiente ad assicurare a costoro un'esistenza libera e dignitosa. Per realizzare tale funzione della retribuzione, il legislatore può provvedere non solo mediante strumenti previdenziali e di sicurezza sociale, ma anche imponendo determinate prestazioni all'imprenditore: ciò per la ragione che nel rapporto il lavoratore impegna non solo le proprie energie lavorative ma – necessariamente ed in modo durevole – la sua stessa persona, coinvolgendovi una parte dei suoi interessi e rapporti personali e sociali».

12. Cfr. Cass., n. 25889/2008: «Nel rapporto di lavoro subordinato la retribuzione prevista dal contratto collettivo acquista, pur solo in via generale, una "presunzione" di adeguatezza ai principi di proporzionalità e sufficienza».

13. Cfr. Cass., nn. 7752/2003 e 17421/2018;

14. Cfr. Cass., n. 2245/2006: «Alla stregua dell'art.36, primo comma, Cost. il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Di conseguenza, ove la retribuzione prevista nel contratto di lavoro, individuale o collettivo, risulti inferiore a questa soglia minima, la clausola contrattuale è nulla e, in applicazione del principio di conservazione, espresso nell'art. 1419, secondo comma, cod. civ., il giudice adegua la retribuzione secondo i criteri dell'art. 36, con valutazione discrezionale. Ove, però, la retribuzione sia prevista da un contratto collettivo, il giudice è tenuto ad usare tale discrezionalità con la massima prudenza, e comunque con adeguata motivazione, giacché difficilmente è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese all'assetto degli interessi concordato dalle parti sociali». Cfr. anche Cass., n. 2672/2005.

15. G. Ricci, *La retribuzione costituzionalmente adeguata*, op. cit., p. 645.

base, indennità di contingenza e tredicesima mensilità¹⁶. Peraltro, in modo non sempre omogeneo e coerente, come dimostra la posizione assunta a proposito degli scatti di anzianità, in alcune pronunce esclusi dalla nozione di retribuzione adeguata, in altre inclusi, secondo una più ampia applicazione dello stesso criterio proporzionalistico¹⁷.

Nell'elaborazione giurisprudenziale, il canone della sufficienza della retribuzione è rimasto, invece, in secondo piano e dove è stato direttamente richiamato, ciò è avvenuto per lo più con finalità ribassiste¹⁸, cioè per giustificare il decremento dei minimi salariali di derivazione contrattuale in base a valutazioni di ordine economico e ambientale.

In particolare, a partire dagli anni ottanta, una serie di pronunce si sono discostate dai parametri del contratto collettivo del settore di appartenenza o di quello affine, riducendo in maniera più o meno consistente il *quantum* retributivo fissato dal medesimo e facendo leva su criteri attinenti alle condizioni economico-finanziarie del datore di lavoro o al contesto ambientale in cui è resa la prestazione lavorativa, anche qui con indirizzi non sempre omogenei¹⁹.

Nella giurisprudenza di Cassazione, il criterio più utilizzato a fini di decremento della retribuzione contrattuale-collettiva è stato quello relativo alle "piccole

dimensioni dell'impresa" e all'assunto per cui l'applicazione dei minimi salariali del contratto collettivo avrebbe finito per mettere a rischio la sopravvivenza dell'azienda. In altri casi sono stati impiegati, sempre in un'ottica "ribassista", criteri legati alle condizioni ambientali e territoriali in cui l'attività è svolta, ad esempio con riferimento allo stato di crisi economica oppure al costo del lavoro mediamente praticato nel locale mercato del lavoro.

La dottrina ha criticato l'atteggiamento prudente e conservatore della giurisprudenza, sia quanto alla nozione di minimo costituzionale, sul rilievo che l'adeguatezza deve considerarsi valutata dalle parti sociali in relazione al complesso delle voci che compongono la retribuzione e che non fosse ragionevole l'esclusione *a priori* di alcune componenti; sia quanto alla prassi di un adeguamento al ribasso dei minimi salariali individuali in ragione di fattori economico-ambientali che non dovrebbero, invece, trovare ingresso in sede di attuazione del precetto costituzionale, unificatore, dell'art. 36 Cost.

Si è trattato di un *self-restraint* della giurisprudenza condizionato, almeno in parte, dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost. e dalla sua valenza impositiva, costantemente affermata dalla giurisprudenza costituzionale.

16. Cfr. Cass., nn. 15148/2008 e 21274/2010.

17. Nel primo senso, cfr. Cass., nn. 5519/2004 e 27138/2013; nel secondo senso, cfr. Cass., nn. 18584/2008 e 17399/2011: «In tema di adeguamento della retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost., il giudice del merito, anche se il datore di lavoro non aderisca ad una delle organizzazioni sindacali firmatarie, ben può assumere a parametro il contratto collettivo di settore, che rappresenta il più adeguato strumento per determinare il contenuto del diritto alla retribuzione, anche se limitatamente ai titoli contrattuali che costituiscono espressione, per loro natura, della giusta retribuzione, con esclusione, quindi, dei compensi aggiuntivi e delle mensilità aggiuntive oltre la tredicesima. La giusta retribuzione deve essere adeguata anche in proporzione all'anzianità di servizio acquisita, atteso che la prestazione di lavoro, di norma, migliora qualitativamente per effetto dell'esperienza; ne consegue che il giudice può ben attribuire gli scatti di anzianità non per applicazione automatica, ma subordinatamente all'esito positivo dell'indagine volta a garantire l'adeguatezza della retribuzione *ex art. 36 Cost.* in considerazione del miglioramento qualitativo nel tempo della prestazione».

18. G. Ricci, *La retribuzione costituzionalmente adeguata*, op. cit., p. 647.

19. Cfr. Cass., n. 903/1994: «Ai fini della determinazione della giusta retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost. il giudice, ove non ritenga di adottare come parametro i minimi salariali stabiliti dalla contrattazione collettiva, può discostarsene, ma deve fornire specifica indicazione delle ragioni che sostengono la diversa misura da lui ritenuta conforme ai criteri di proporzionalità e sufficienza posti dalla norma costituzionale: d'altro canto, la determinazione della retribuzione spettante in misura inferiore ai suddetti minimi *non può comunque trovare motivazione nel richiamo a condizioni ambientali e territoriali, ancorché peculiari del mercato del lavoro nel settore di riferimento, perché il precetto costituzionale è rivolto ad impedire ogni forma di sfruttamento del dipendente*, anche quando trovi radice nella situazione socio-economica del mercato del lavoro» (nella specie, la sentenza impugnata, cassata dalla Suprema corte, aveva utilizzato come parametro i minimi salariali della contrattazione collettiva, ridotti del 25 per cento in considerazione «dell'ambiente socio-economico depresso e del costo della vita»). Più di recente, Cass., n. 896/2011: «Ai fini della determinazione dell'equa retribuzione dei dipendenti di una piccola impresa operante nel Mezzogiorno ai sensi dell'art. 36 Cost., costituisce parametro ordinario di riferimento la retribuzione minima fissata dalle parti sociali in sede di contrattazione collettiva, la cui elaborazione ha tenuto conto anche dell'esistenza e delle esigenze delle piccole imprese, nonché delle difficoltà in cui possono versare quelle operanti in alcune zone del paese. Non a caso quelli previsti dalla contrattazione collettiva sono minimi salariali. Ne consegue che è irrazionale e insufficiente la motivazione della sentenza di merito che ritenga adeguata la retribuzione del lavoratore inferiore ai minimi della contrattazione collettiva di settore, facendo generico riferimento, disancorato da elementi concreti, alle retribuzioni correnti nelle piccole imprese operanti nel meridione d'Italia invece che a quelle della specifica categoria». In senso contrario, cfr. Cass., n. 17520/2004: «Nel determinare la retribuzione proporzionata e sufficiente, ai sensi dell'art. 36 Cost., il giudice di merito, assunti i minimi salariali indicati dal contratto collettivo nazionale quali parametri di riferimento, può legittimamente, secondo una valutazione non censurabile in Cassazione se non sotto il profilo della logicità e congruità della motivazione, discostarsi da essi in senso riduttivo, tenuto conto di una pluralità di elementi, quali la quantità e qualità del lavoro prestato, le condizioni personali e familiari del lavoratore, le tariffe sindacali praticate nella zona, il carattere artigianale e le dimensioni dell'azienda».

Si è sostenuto²⁰ come vi sia una «una contraddizione in qualche modo insita nella stessa *ratio* dell'operazione di tutela costituzionale (...): l'esigenza di sopperire alla carenza di un sistema di contrattazione collettiva efficace *erga omnes*, mai venuto in essere, non può giustificare l'aggiramento dell'art. 39, seconda parte, Cost.; l'interpolazione delle tariffe retributive del Ccnl o l'uso di parametri totalmente eccentrici, formalmente in esecuzione del potere equitativo, serve proprio ad evitare che la pratica giurisprudenziale sull'art. 36 Cost. finisca per introdurre un elemento di *rottura* della Costituzione formale, con riferimento appunto all'art. 39, seconda parte, Cost. Ciò spiega perché la giurisprudenza sull'art. 36 Cost. non abbia assunto (...) un'univoca ed oggettiva direttrice di adeguamento delle retribuzioni inique, facendo applicazione *tout court* dei minimi tabellari tratti dal Ccnl di categoria e perché, invece, abbia messo in atto una variegata serie di soluzioni applicative».

Con tutte le sue incertezze e incongruenze, la giurisprudenza ha comunque creato il concetto di retribuzione «costituzionalmente adeguata» e ha individuato nella disciplina salariale dei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative il parametro adeguato a riempire di contenuto la formula dell'art. 36 Cost. In tale operazione, la giurisprudenza si è mossa in sintonia col percorso legislativo che ai contratti collettivi aventi le suddette caratteristiche ha assegnato funzioni di integrazione e deroga alla legge, e anche, ad esempio, di individuazione del cd. «*minimale contributivo*» (art. 1 dl n. 338/1989, convertito in l. n. 389/1989).

4. La via giudiziale al salario minimo è a un punto di crisi

Nell'ultimo decennio, la contrattazione collettiva sembra aver cambiato volto.

Si è assistito a una progressiva frammentazione delle rappresentanze sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, alla moltiplicazione dei contratti collettivi sottoscritti per le stesse categorie (nel 2019 ne risultavano depositati presso il Cnel quasi 900)²¹, alla deregolazione e aziendalizzazione, anche per via le-

gislativa, della contrattazione, alla diffusione di contratti cd. «pirata»²², siglati da organizzazioni sindacali prive di effettiva rappresentatività.

La progressiva erosione dei salari e il correlato aumento del fenomeno dei *working poors* sono solo alcuni degli effetti della crisi del sistema contrattuale, che rivela peraltro tutta la sua impotenza rispetto alle nuove forme di lavoro cd. «digitale» o tramite piattaforme.

Il parametro del contratto collettivo nazionale di lavoro non costituisce più, in ogni caso, garanzia di una retribuzione adeguata. E ciò vale non solo per i contratti firmati da sigle sindacali minoritarie, ma anche per alcuni contratti collettivi sottoscritti dai sindacati storici²³.

La giurisprudenza di merito si è trovata, di recente, ad affrontare il problema della compatibilità con l'art. 36 Cost. delle tariffe salariali previste da contratti collettivi nazionali sottoscritti da Cgil, Cisl e Uil, in special modo nel settore cooperativo.

Il giudice del lavoro del Tribunale di Milano (sentenza n. 1977/2016, confermata in appello con sentenza n. 1885/2017) ha esaminato il caso di un lavoratore che, in base ai diversi datori di lavoro di volta in volta subentrati nell'appalto per la gestione del servizio di *reception* e portineria, si era visto applicare, pur continuando a svolgere le medesime mansioni, i seguenti contratti collettivi: nel 2010 il ccnl Servizi di pulizia industriale (retribuzione lorda mensile di euro 1.243,23); nel 2012 il ccnl Multi-servizi integrati (retribuzione lorda mensile di euro 1.301,94); nel febbraio 2014 il ccnl per i dipendenti di proprietari di fabbricati (retribuzione lorda mensile di euro 1.049,00); nel luglio 2014 il ccnl per i dipendenti delle imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari – Sezione servizi fiduciari (retribuzione lorda mensile di euro 715,17).

Il Tribunale ha preso atto di un decremento salariale intervenuto nell'arco di pochi anni come pari al 32 per cento circa; ha ritenuto che, per un lavoratore impiegato quasi a tempo pieno (93,57 per cento) «una paga oraria di euro 4,40 lordi [...] non [fosse] manifestamente sufficiente a fargli condurre un'esistenza libera e dignitosa e a far fronte alle ordinarie necessità della vita». Ha quindi proceduto a individuare la giusta retribuzione, ai sensi dell'art. 36 Cost., utilizzando quale parametro

20. G. Ricci, *La retribuzione costituzionalmente adeguata*, op. cit., p. 643 e riferimenti bibliografici ivi riportati.

21. Cnel, *XXI Rapporto mercato del lavoro e contrattazione collettiva 2019*, p. 323 (totale: 883, di cui 25 accordi economici collettivi per i lavoratori autonomi – dato aggiornato al 12 novembre 2019), www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2019/12/cnel-xxiii-rapporto-mercato-del-lavoro-contrattazione-collettiva.pdf.

22. G. Centamore, *Contratti collettivi o diritto del lavoro pirata?*, in *Var. temi dir. lav.*, n. 2/2018, pp. 471 ss.

23. A. Lassandari, *Oltre la grande dicotomia? La povertà tra subordinazione e autonomia*, in *Lav. dir.*, n. 1/2019, pp. 81 ss.

esterno le previsioni sul salario di uno dei contratti collettivi precedentemente applicati al rapporto di lavoro.

Nella sentenza appena citata si legge che il principio di sufficienza della retribuzione dettato dall'art. 36 Cost. «impone che al lavoratore venga assicurato non solo un minimo vitale, ma anche il raggiungimento di un tenore di vita socialmente adeguato». Il giudice del lavoro del Tribunale di Torino, con la sentenza n. 1128/2019, ha deciso sulla domanda proposta da un lavoratore dipendente che, in ragione del subentro nell'appalto di diversi datori di lavoro, si era visto applicare, a parità di mansioni e di orario di lavoro, prima il ccnl Multiservizi e poi il ccnl Vigilanza, con decurtazione della retribuzione lorda mensile da euro 1.237,89 per 14 mensilità (a febbraio 2015) a euro 930,00 per 13 mensilità (a febbraio 2015).

Il giudice ha accertato che la retribuzione annua (euro 12.090,00) corrisposta al dipendente in base all'art. 23 della sezione Servizi fiduciari del ccnl Vigilanza (in vigore dal 2013) era sensibilmente inferiore (di circa un terzo) rispetto a quella prevista per analoghe mansioni dai vari contratti collettivi nazionali tradizionalmente impiegati nel settore dei servizi di portierato, controllo degli accessi e guardiania; in particolare, il ccnl Multiservizi, il ccnl Proprietari di fabbricati, il ccnl Terziario, distribuzione e servizi. Ha aggiunto che il valore netto della retribuzione (euro 687,38 al mese) era ampiamente inferiore al tasso-soglia di povertà assoluta (che secondo l'Istat, nel 2015, per un cittadino senza familiari conviventi in una grande area metropolitana del Nord Italia, era di euro 984,64) e ha precisato che tutti i contratti collettivi richiamati risultavano sottoscritti dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

Il Tribunale ha ritenuto che «la consistenza dello scostamento tra la retribuzione erogata al ricorrente e quella che egli avrebbe percepito per lo svolgimento delle stesse mansioni, con lo stesso orario di lavoro, in forza degli altri contratti collettivi applicabili appare senza dubbio idonea a far cadere la presunzione di conformità all'art. 36 di cui la prima gode in ragione del fatto di essere corrispondente a quella prevista dall'articolo 23 della sezione Servizi Fiduciari del c.c.n.l. Vigilanza, la quale è stata a sua volta concordata da organizzazioni sindacali che possono certamente qualificarsi come maggiormente rappresentative. È certamente tale da mettere in seria crisi la presunzione di proporzionalità il fatto che, nello stesso periodo e con riferimento alle stesse mansioni e ad un identico orario di lavoro, ben tre altri contratti collettivi dotati della stessa rappresentatività prevedessero retribuzioni superiori, in media, di oltre un quarto».

Particolarmente significativo è il rilievo che la decisione in esame ha assegnato al requisito di sufficienza della retribuzione.

Facendo riferimento al tasso-soglia di povertà assoluta calcolato dall'Istat nell'anno 2015, il Tribunale ha calcolato come la retribuzione lorda annua di euro 12.090,00 percepita dal ricorrente, corrispondente a euro 8.248,58 netti annui, ovvero a euro 687,38 netti mensili, fosse «di tutta evidenza (...) idonea a coprire appena il 70% dell'importo mensile necessario al medesimo per sostenere le spese di vita essenziali» e, quindi, risultasse in radice non in grado di assicurare al lavoratore e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa, non essendo emersi, all'esito di un'accurata indagine svolta attraverso l'ascolto dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali, l'esistenza di altri aspetti del trattamento economico e normativo di cui al ccnl applicato idonei a compensare e giustificare la severa riduzione della retribuzione tabellare.

La conclusione adottata dal Tribunale di Torino è stata quella di affermare l'inadeguatezza della retribuzione corrisposta in base al ccnl Vigilanza per contrarietà all'art. 36 della Costituzione.

Le sentenze esaminate, se da un lato esaltano il recupero giurisprudenziale del criterio di sufficienza della retribuzione e della funzione sociale della stessa, nel contempo mettono a nudo la condizione di crisi della contrattazione collettiva e, specialmente, del ruolo di autorità salariale che essa ha tradizionalmente rivestito.

Siamo di fronte a una specie di eterogenesi dei fini: i contratti collettivi nazionali sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, un tempo parametro della retribuzione proporzionata e sufficiente, sono ora dichiarati nulli, quanto alle tariffe salariali, per contrarietà a quella stessa norma costituzionale di cui si presumeva fossero naturale attuazione.

Emerge, in altre parole, la debolezza e l'incapacità delle organizzazioni sindacali, nelle condizioni date del mercato del lavoro, di contrattare un costo del lavoro adeguato a garantire livelli di sufficienza della retribuzione.

A ben guardare, è lo stesso concetto di retribuzione, quale emerge dai contratti collettivi analizzati dai Tribunali di Milano e Torino, che risulta alterato: un salario non più espressione di una positiva funzione redistributiva svolta dalla contrattazione collettiva, ma che si avvicina e si confonde con gli istituti tipici del *welfare*, di protezione contro la soglia di povertà.

È vero che la questione salariale, specie in giurisprudenza, si è posta prevalentemente con riguardo al lavoro alle dipendenze di società cooperative, ma questo non sposta – e, semmai, aggrava – il problema.

Proprio nel settore del lavoro dei soci di cooperative, il legislatore è intervenuto nel 2007²⁴, imponendo trattamenti retributivi non inferiori ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, consapevole della vulnerabilità dei lavoratori, in genere con modesta professionalità, occupati alle dipendenze di piccole imprese nell'ambito di complesse catene di appalti e subappalti. Ed è proprio la contrattazione collettiva al ribasso, sottoscritta dalle confederazioni storiche, al di sotto del minimo costituzionale a denunciare il punto di crisi del sistema contrattuale.

Se il meccanismo che affida alla contrattazione collettiva il compito di attuare, al di là dell'art. 39 Cost., il diritto di ogni lavoratore a una retribuzione proporzionata e sufficiente mostra profonde debolezze, occorre interrogarsi, anche alla luce del panorama europeo e nel difficile contesto di strutturale crisi economica, sulla alternativa rappresentata dall'intervento del legislatore.

5. Il salario minimo legale

La diffusione del *lavoro povero* quale effetto, oltre che di una legislazione privativa delle tutele lavoristiche, della debolezza del sistema di contrattazione collettiva, con fenomeni di *shopping contrattuale* e *dumping salariale*, e della atavica mancanza di controlli da parte degli organismi istituzionali, ha reso impellente nel nostro ordinamento una riflessione sulle misure di contrasto alla decrescita salariale.

In una prima fase, il dibattito è stato alimentato dal disegno di legge n. 183 del 2014 che, all'art. 1, comma 7, lett. g, ha previsto la «introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo, applicabile ai rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato, nonché, fino al loro superamento, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni

sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Rimasta inattuata in tale punto la legge delega, il dibattito è proseguito, sia pure mostrando livelli altalenanti di interesse, con i recenti disegni di legge²⁵.

Si è da più parti sottolineata l'esigenza di allineamento ai Paesi europei, anche in ragione della Convenzione OIL n. 26/1928 in tal senso²⁶; si è avanzata l'idea di un salario minimo europeo.

La recente disciplina sul reddito di cittadinanza, in cui è definita «congrua» un'offerta di lavoro che preveda una retribuzione «superiore di almeno il 10 per cento del beneficio massimo fruibile da un solo individuo, inclusivo della componente ad integrazione del reddito dei nuclei residenti in abitazione in locazione»²⁷, pari cioè a 858,00 euro mensili, sembra anticipare la necessità di un intervento legislativo sul salario minimo.

Un aspetto preliminare che il tema del salario minimo legale pone è quello della compatibilità costituzionale.

La nostra Costituzione, come già precisato, non ha introdotto una riserva di legge in materia retributiva e neppure una riserva in favore della contrattazione collettiva, rinunciando a individuare in modo cogente la strada attraverso cui si sarebbe dovuta garantire l'attuazione del suo art. 36. Quest'ultima disposizione, pertanto, non costituisce ostacolo all'introduzione di un salario minimo previsto per legge.

Più complessa è la verifica di compatibilità con l'art. 39 Cost. di una legge introduttiva del salario minimo, non tanto nell'ipotesi in cui questo assumesse la forma, diffusa in molti Paesi europei, di un salario minimo interprofessionale, senza distinzioni per categoria o qualifica, ma laddove venisse individuato tramite rinvio mobile alla contrattazione collettiva.

Su questa seconda opzione, una parte della dottrina ha messo in guardia dal rischio di contrasto con l'art. 39 Cost. È vero che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 51 del 2015²⁸, a proposito dell'art. 7,

24. Art. 3, comma 1, l. n. 142/2001, come modificata dal dl n. 248/2007, convertito in l. n. 31/2008: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300, le società cooperative sono tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, ovvero, per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo».

25. Enzo Martino, *Il salario minimo fissato per legge*, in questa *Rivista online*, 18 giugno 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/il-salario-minimo-fissato-per-legge_18-06-2019.

26. La Convenzione n. 26 del 1928 è stata ratificata dall'Italia con l. n. 657/1962; la Convenzione n. 131 del 1970 non è stata ratificata.

27. Cfr. art. 4, comma 9-bis, dl n. 4/2019, convertito con modificazioni in l. n. 26/2019.

28. Corte cost., n. 51/2015, in motivazione: «Il censurato art. 7, comma 4, del d.l. n. 248 del 2007, congiuntamente all'art. 3 della legge n. 142 del 2001, lungi dall'assegnare ai predetti contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rap-

comma 4, dl n. 248/2007 citato in tema di soci lavoratori di cooperative, ha giudicato legittimo il rinvio mobile operato dalla legge ai minimi contrattuali adottati quali parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, del trattamento economico proporzionato e sufficiente. Ma si è obiettato²⁹ che tale meccanismo, ove esteso al di là dei casi particolari e specifici come le cooperative (o le clausole sociali negli appalti pubblici), con imposizione per legge del trattamento economico di un determinato contratto come minimo inderogabile uniforme nella categoria, realizzerebbe di fatto un'estensione *erga omnes* della disciplina contrattuale.

Da un diverso punto di vista, e proprio in forza della citata pronuncia della Corte costituzionale, si è escluso ogni pericolo indotto dalla valenza impeditiva dell'art. 39, comma 4, Cost. in ragione dell'utilizzo del contratto collettivo come parametro esterno e, soprattutto, si è negata ogni compressione che, per opera del legislatore, potrebbe derivare ai principi di libertà e pluralismo sindacale; ciò sia in ragione dello spazio di libertà esercitabile dalle organizzazioni sindacali con la previsione nei contratti collettivi di trattamenti retributivi diversi, purché non inferiori ai minimi normativi, e sia perché l'intervento legislativo tutelerebbe un altro principio fondamentale, cioè la parità di trattamento tra tutte le imprese e i lavoratori del settore col contrasto a forme di competizione salariale al ribasso³⁰.

In questa direzione pare utile sottolineare come la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 51 del 2015, si sia preoccupata di segnare una precisa linea di demarcazione tra le leggi che recepiscono i contratti collettivi e ne estendono gli effetti *erga omnes*, come

la cd. "legge Vigorelli", oggetto della pronuncia della Corte cost. n. 106/1962 ed espressamente richiamata dal giudice remittente, e le leggi che rinviano ai trattamenti economici complessivi minimi previsti dai contratti collettivi quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, della retribuzione proporzionata e sufficiente, ai sensi dell'art. 36 Cost.

La maggiore resistenza all'introduzione di un salario minimo legale sembra provenire dal mondo sindacale, per le implicazioni che una normativa sui trattamenti retributivi potrebbe produrre sul ruolo della contrattazione collettiva, acuendo il fenomeno, già ampiamente radicato, della desindacalizzazione dei rapporti di lavoro.

Tuttavia, la crisi economica ormai di carattere strutturale unita alla deregolazione normativa e agli effetti perversi delle dinamiche contrattuali, riassumibili nell'ossimoro del *lavoro povero*, sembrano segnare il punto di arrivo della lunga fase dell'autonomia dell'ordinamento sindacale e del ruolo della contrattazione quale autorità salariale.

È forse ora di pensare all'attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. e a una legge sulla rappresentanza sindacale, ma è certamente ora di imboccare una nuova strada, in cui il principio di sufficienza della retribuzione sancito dall'art. 36 Cost. possa trovare un solido baluardo nella legge, in grado di apprestare un sistema di tutela universale, per tutti i lavoratori e le lavoratrici, non soggetto a rapporti di forza squilibrati e a variabili mercatistiche incontrollabili. Così che si possa garantire "in ogni caso" a chi lavora un'esistenza libera e dignitosa e riaffermare che il *lavoro povero* non ha spazio nella nostra Costituzione, nel diritto internazionale e nelle Carte europee.

presentative, efficacia *erga omnes*, in contrasto con quanto statuito dall'art. 39 Cost., mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost. Tale parametro è richiamato – e dunque deve essere osservato – indipendentemente dal carattere provvisorio del medesimo art. 7, che fa riferimento "alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative". Nell'effettuare un rinvio alla fonte collettiva che, meglio di altre, recepisce l'andamento delle dinamiche retributive nei settori in cui operano le società cooperative, l'articolo censurato si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative (fra le tante, la sentenza già citata della Corte di cassazione n. 17583 del 2014)».

29. M.V. Ballestrero, *Retribuzione sufficiente*, op. cit., p. 253.

30. G. Orlandini, *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, n. 1/2018, pp. 11 ss.

Autonomia/subordinazione: realità parallele con punti di incontro

di Margherita Leone

Una riflessione comune su collaborazioni eterorganizzate, lavoro su piattaforme digitali e «lavoro agile» evidenzia come il legislatore degli ultimi anni abbia cercato di regolamentare nuove realtà del mondo del lavoro non facilmente riferibili alle categorie classiche di autonomia e subordinazione. Le differenze segnalate e le commistioni tra elementi delle due categorie trovano un punto comune, una convergenza, che segna comunque ogni prestazione di lavoro e richiede regole adeguate.

1. Autonomia e subordinazione / 2. Le collaborazioni eterorganizzate / 2.1. Personalità prevalente della prestazione / 2.2. Continuità della prestazione / 2.3. Eterorganizzazione / 2.4. Le tutele / 3. Il lavoro attraverso le piattaforme digitali / 3.1. La legge n. 128/2019. Lavoratori autonomi e tutele / 4. Il «lavoro agile» / 4.1. L'accordo tra le parti / 4.2. L'orario di lavoro / 4.3 Diritto alla disconnessione / 4.4. Lo strumento tecnologico e la tutela infortunistica / 4.5. Il potere di controllo / 5. Conclusioni. Il comune denominatore... Punto d'incontro di rette parallele

1. Autonomia e subordinazione

Il paradigma “autonomia/subordinazione” ha da sempre imposto all'interprete la difficile ricerca di elementi di fatto che potessero ben rappresentare l'appartenenza della singola fattispecie al mondo del lavoro eterodiretto, assoggettato al potere disciplinare e organizzativo altrui, ovvero alla sfera della autonomia delle scelte circa i modi, i tempi, i luoghi della prestazione. Nel tempo, le difficoltà sono cresciute: modelli contrattuali molteplici e prestazioni complicate dalle tecnologie hanno richiesto un costante aggiornamento del significato profondo delle due categorie. In molti casi, il principio secondo cui “ciascuna prestazione può essere svolta in modo autonomo o subordinato” ha determinato una necessaria e approfondita analisi degli “indici rivelatori” (da ultimo, Cass., n. 3314/2019) per riportare una prestazione di lavoro nella sua esatta collocazione giuridica, al di là del *nomen iuris* utilizzato dalle parti.

Il processo identificativo della modalità concreta del rapporto di lavoro ha dovuto fare i conti con realtà sociali in rapido mutamento e modelli organizzativi

aziendali diversificati, sempre più condizionati da strumenti tecnologici e nuove forme di comunicazione e interazione.

La legislazione di questi ultimi anni ha tentato di seguire l'onda del mutamento, talvolta traendo spunti da quanto sperimentato dalla contrattazione collettiva e/o aziendale in singole realtà (ad esempio, nel caso del «lavoro agile», divenuto istituto legale dopo un periodo vissuto come istituto contrattuale), o cercando di porre regole in realtà già consolidate socialmente, ma sfuggenti rispetto ai tradizionali schemi legali (come nel caso delle collaborazioni eterorganizzate).

Val la pena proporre qualche riflessione proprio sulle collaborazioni eterorganizzate e sul lavoro agile, in quanto rappresentativi di quel labile confine tra autonomia e subordinazione rispetto al quale le scelte legislative hanno assunto contenuto differente, proponendo un modello di lavoro subordinato anche in condizioni lavorative prive di vincoli di tempi e di luoghi, come nel lavoro agile, ovvero l'applicazione delle tutele tipiche del lavoro subordinato a collaborazioni continuative ed eterorganizzate.

Sembrirebbe, a prima vista, un quadro di inestricabili intrecci; in realtà, è solo un tentativo di dare ordine a un mondo del lavoro profondamente mutato, in cui le differenze sono spesso difficili da cogliere, ma si è reso comunque necessario prevedere e garantire tutele sostanziali certe.

Risulta essere, infatti, questa la finalità perseguita dal legislatore allorché, con la legge delega n. 183/2014, ha individuato – tra gli altri – i seguenti criteri: «*Visto l'articolo 1, comma 7, lettera a), recante il criterio di delega volto a individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali*».

2. Le collaborazioni eterorganizzate

Il d.lgs n. 81/2015, emanato in attuazione della predetta delega, all'art. 2 ha previsto e regolato le collaborazioni organizzate dal committente proprio in considerazione della finalità di superamento delle tipologie contrattuali, stabilendo che «*A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*».

La scelta risulta chiara: applicare la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche a prestazioni che, inquadrare come collaborazioni personali, siano caratterizzate da talune condizioni, quali la continuità e la eterorganizzazione.

Un lungo dibattito dottrinario ha fatto seguito alla disciplina del 2015 e alla qualificazione di questa nuova tipologia di collaborazioni. Le oscillazioni tra autonomia e subordinazione, con passaggi significativi verso un aggiornamento di entrambe le categorie e un approfondimento dei possibili significati di “dipendenza economica”, “autonomia attenuata” o “subordinazione rinnovata”, non hanno trovato una risposta univoca e ferma, anche per la carenza di un'importante ed eloquente quantità di contenzioso in materia, e la conseguente difficoltà di valutare a pieno l'impatto della nuova disciplina nel concreto mondo delle collaborazioni.

Sembrirebbe comunque prevalente, in dottrina, la tesi secondo cui l'art. 2 non modifica l'art. 2094 cc,

né identifica un nuovo tipo legale, ma si limita a descrivere una categoria di “rapporti di collaborazione” accomunati dalle caratteristiche ivi descritte (rapporti personali e continuativi, con modalità di esecuzione della prestazione individuate dal committente) e a stabilire che ad essi si applica la disciplina del lavoro subordinato. Una legislazione di disciplina, una equiparazione *quoad effectum* dei collaboratori eterorganizzati ai lavoratori subordinati.

L'effettiva difficoltà di un lineare inquadramento rende, forse, più opportuno mantenere un profilo di analisi maggiormente sostanziale, mirata all'esame del dettato della disposizione per valutare quali siano le condizioni che consentono alla collaborazione di essere assoggettata alla disciplina dell'art. 2 e, soprattutto, alle tutele da esso previste. Deve peraltro soggiungersi che la legge n. 128/2019 ha integrato il disposto dell'art. 2 con la previsione di applicazione della disciplina delle collaborazioni eterorganizzate anche «*qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali*», come di seguito si vedrà. Di tale significativa modifica occorre tener conto per tentare di delineare un quadro complessivo che, nell'esame delle singole condizioni, evidenzii le differenze, ma renda leggibile l'articolato intervento legislativo.

2.1. Personalità prevalente della prestazione

La previsione del carattere *esclusivamente* personale della prestazione contenuta nell'originario testo dell'art. 2 d.lgs n. 81/2015, è stata sostituita dalla recentissima legge n. 128/2019, con la quale la disciplina del rapporto di lavoro subordinato si applica anche a rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro *prevalentemente personali*.

La modifica non è di poco conto, poiché ammette che la collaborazione possa avvenire anche attraverso l'utilizzo di una sia pur minima organizzazione da parte del collaboratore.

La nozione di “prestazione prevalentemente personale” è stata oggetto di ripetute riflessioni e pronunce dei giudici di merito e di legittimità, in relazione all'art. 409, n. 3, cpc, sempre ancorata a parametri di *quantità* del livello di organizzazione, ma anche alla *qualità* dello stesso¹. Ci si deve, allora, domandare se la modifica legislativa intervenuta si ponga nel solco già segnato in tema di collaborazioni autonome (rientranti nell'applicazione dell'art. 409, n. 3, cpc), ove il carattere personale si configura in caso di prevalenza del lavoro del preposto sull'opera svolta dai collaboratori e sull'utilizzazione di una struttura di natura ma-

1. Cass., n.16993/2002; Cass., n. 5698/2002.

teriale². Se l'utilizzo di strutture materiali di compatibile adeguatezza al lavoro del singolo non lascia dubbi in termini di riferibilità alla nozione di "prevalenza", qualche problema potrebbe suscitare l'utilizzo di lavoro di terzi da parte del collaboratore. Probabilmente, se può ritenersi compatibile l'utilizzo di servizi forniti da terzi estranei alla minima struttura organizzativa del collaboratore, deve escludersi che il lavoro fornito da terzi possa, a sua volta, essere organizzato dallo stesso collaboratore: in tal caso, la struttura organizzativa assumerebbe caratteristiche più rilevanti socialmente e giuridicamente, non più assimilabili alla sfera del lavoro prevalentemente personale.

2.2. Continuità della prestazione

La caratteristica della continuità evidenzia il legame della prestazione fornita con una stabile esigenza del committente e la contrapposizione alla mera occasionalità dell'opera svolta. L'alternativa tra continuità e occasionalità, pur non intaccando il contenuto della prestazione, che può essere di eguale natura, si riflette invece sulla tutela esigibile.

Al riguardo, con riferimento al lavoro tramite piattaforme digitali – di cui di seguito si dirà –, l'art. 47-bis introdotto dalla l. n. 128/2019 prevede, infatti, l'ipotesi di lavoratore autonomo che svolga «attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore (...) attraverso piattaforme anche digitali».

La disposizione, pur lasciando ferma la possibilità che nell'ambito di tali prestazioni siano configurabili ipotesi di collaborazione ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs n. 81/2015, affianca a queste la figura del lavoratore autonomo, con ciò evidenziando la possibilità che nel lavoro su piattaforme digitali siano configurabili prestazioni prive dei caratteri di continuità, personalità prevalente ed eteroorganizzazione. L'effetto di tale distinzione è una differente tutela che accompagna i prestatori di lavoro.

Probabilmente, l'effettiva condizione che renderà operativa la distinzione in esame sarà proprio la continuità contrapposta all'occasionalità della prestazione fornita, a patto naturalmente che la scelta della disponibilità occasionale resti nella sfera decisionale del lavoratore e non assoggettata a valutazioni di altra natura del committente.

2.3. Eterorganizzazione

L'elemento organizzativo ha costituito un fondamentale *metro* con il quale misurare l'esistenza e l'intensità dell'inserimento del lavoratore nell'azienda e nel ciclo produttivo della stessa, al fine di avvalorare o meno la presenza di un vincolo di subordinazione³. Il richiamo, fatto dall'art. 2 d.lgs n. 81/2015, all'organizzazione del committente quale elemento qualificante la tipologia della collaborazione assoggettata alla disciplina ivi contenuta, ha significato per taluni autor⁴ segnare la differenza tra il concetto di "eterodirezione" e quello di "eteroorganizzazione": il primo, tipico della subordinazione e inteso quale assoggettamento alle direttive, all'organizzazione e al potere disciplinare del datore di lavoro; il secondo, invece, riferibile al solo potere di organizzare le modalità esecutive del lavoro del collaboratore in funzione delle esigenze del committente.

Al di là di una differenza lessicale, i due termini sembrano riferirsi a condizioni effettivamente non sovrapponibili e, soprattutto, a livelli di coinvolgimento del prestatore di lavoro più o meno intensi nella sfera aziendale, nella sfera relazionale dei dipendenti, nel tessuto dei reciproci obblighi e diritti scaturenti dal rapporto di lavoro.

La modifica, introdotta dalla l. n. 128/2019, che esclude il riferimento all'organizzazione dei tempi e dei luoghi di lavoro – prima contenuto nel testo dell'art. 2 d.lgs n. 81/2015 – rende forse più evidente la scelta del legislatore di tenere distinte le ipotesi di eteroorganizzazione da quelle più pregnanti di eterodirezione, lasciando quest'ultima al mondo della piena subordinazione e richiedendo invece, per le collaborazioni di cui al richiamato articolo 2, solo la presenza di una organizzazione della prestazione da parte del committente.

Il venir meno del riferimento «*ai tempi e al luogo di lavoro*» rende più ampio l'ambito soggettivo della disciplina del lavoro subordinato⁵ in tutti i casi in cui vi sia una qualunque forma di organizzazione esterna al collaboratore, pur se quest'ultimo scelga autonomamente luogo e tempi di lavoro.

2.4. Le tutele

Il contenuto letterale dell'art. 2 d.lgs n. 81/2015 (non modificato in questa parte), non dovrebbe la-

2. Cass., n. 5698/2002.

3. Cass., n. 29640/2018; Cass., n. 3314/2019; Cass., n. 25409/2013

4. M. Marazza, *Collaborazioni organizzate e subordinazione. Il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, «Centre for the Study of European Labour Law» (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 315/2016.

5. R. Rivero, *Cambiare si può. Nuovi diritti per i collaboratori*, in questa *Rivista online*, 15 novembre 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/cambiare-si-puo-nuovi-diritti-per-i-collaboratori_15-11-2019.

sciare dubbi circa l'applicabilità alle collaborazioni in esame della intera disciplina del lavoro subordinato, ivi compresa quella in materia di recesso ingiustificato.

Il richiamo della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, senza alcuna specificazione, renderebbe estranea alla *ratio* della norma ogni limitazione, in quanto l'assetto giuridico che regola il rapporto di lavoro subordinato è costituito non solo da diritti e obblighi connessi allo svolgimento del rapporto, ma anche dell'intero apparato di tutele che garantiscono l'effettività proprio di quell'assetto, ivi comprese quelle previste in caso di licenziamento. D'altra parte, se il legislatore avesse voluto delimitare il rinvio, escludendo dallo stesso alcune norme o istituti, lo avrebbe potuto e dovuto fare espressamente, com'è ad esempio avvenuto nella legge n. 142/2001, il cui art. 2 stabilisce che: «Ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300, con esclusione dell'articolo 18 ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo. Si applicano altresì tutte le vigenti disposizioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro. Agli altri soci lavoratori si applicano gli articoli 1, 8, 14 e 15 della medesima legge n. 300 del 1970, nonché le disposizioni previste dal decreto» (corsivo aggiunto). In mancanza di un'indicazione legale della parte di disciplina del lavoro subordinato non applicabile alle collaborazioni eterorganizzate, o dei criteri per stabilire cosa non applicare, qualsiasi individuazione ad opera dell'interprete risulterebbe arbitraria.

Anche su questo punto il dibattito dottrinario, pure sollecitato dalle prime pronunce dei giudici di merito (Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778; Corte appello Torino, 4 febbraio 2019, n. 26), ha segnalato divergenti opinioni, soprattutto collegate all'esigenza di qualificare le collaborazioni. E, ove non soddisfacente il binomio autonomia/subordinazione, è emersa la possibilità di un *tertium genus* anche giustificativo della esclusione di talune tutele, quale quella in materia di licenziamento⁶.

Certamente la difficoltà di adattamento di concetti e categorie preesistenti a una realtà in continuo mutamento, come già evidenziato, richiede spesso interpretazioni che riescano a leggere meglio la realtà, ma non è questo il caso delle collaborazioni di cui all'art. 2. Il legislatore è stato chiaro: a tali collaborazioni si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato. La secca ed essenziale disposizione non lascia spazi ad altri significati. In presenza di collaborazioni connotate da personale apporto lavorativo (in prevalenza), da continuità ed eterorganizzazione, si

deve ritenere estesa e applicabile la disciplina del lavoro subordinato, anche in caso di illegittimo recesso.

La scelta legislativa così chiaramente espressa è, peraltro, confermata dalla recentissima disposizione di cui all'art. 47-*bis*, resa definitiva dalla l. n. 128/2019, secondo la quale, per i lavoratori autonomi che svolgano attività di consegna di beni per conto altrui anche attraverso piattaforme digitali (cd. “riders”), sono riconosciute tutele minime (quelle indicate ai successivi articoli, da 47-*ter* a 47-*octies*), tra le quali non è inclusa quella per i licenziamenti. L'esclusione, per questi ultimi, della specifica disciplina in materia di recesso ingiustificato deve dunque far ritenere dimostrata la diversa scelta operata dal legislatore del 2015, chiaramente diretta ad estendere alle collaborazioni di cui all'art. 2 richiamato tutte le tutele del lavoro subordinato.

Se lo sguardo dell'interprete resta in tal modo diretto all'analisi delle concrete condizioni del lavoro dei collaboratori e delle conseguenti tutele applicabili secondo il disposto normativo, potrebbe risultare superata ogni necessità di stabilire se si tratti di prestazione collocabile nell'ambito del lavoro subordinato o autonomo, in quanto irrilevante rispetto alle domande di tutela prospettate, restando peraltro inalterata la possibilità per i lavoratori di richiedere, ove corredato da adeguati elementi probatori, il riconoscimento di una piena subordinazione nella prestazione resa.

3. Il lavoro attraverso le piattaforme digitali

La legge n. 128/2019 ha reso definitiva l'integrazione dell'art. 2, comma 1, d.lgs n. 81/2015 – già operata dal dl n. 101/2019 – con la specifica previsione sopra richiamata, a più riprese, di applicazione della medesima disciplina delle collaborazioni eterorganizzate anche «qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali».

Inoltre, con l'art. 47-*bis*, ha poi stabilito che «si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione».

La definizione fornita risulta essere di notevole importanza, in quanto consente di comprendere il reale valore sostanziale delle piattaforme, che, in origine qualificate solo quali asettici luoghi di incontro tra fornitori e fruitori di servizi, sono invece identificate

6. In seguito alla trasmissione del presente contributo, è intervenuta la pronuncia della Cassazione, n. 1663/2020 [ndC].

quali strumenti attraverso i quali il committente fissa i compensi e le modalità di esecuzione della prestazione diretta alle attività di consegna dei beni. Si tratta di un notevole passo avanti rispetto alla necessità di comprendere e disciplinare il variegato mondo del lavoro digitale, così regolato da piattaforme (anche digitali) che assumono, si potrebbe dire, quasi la veste di “parte” nel rapporto di lavoro. A conferma di ciò, ad esempio, testimonia il disposto dell’art. 47-*septies* allorché identifica, nel committente che utilizzi la piattaforma anche digitale, il soggetto obbligato a tutti gli adempimenti del datore di lavoro in materia di assicurazione Inail. L’utilizzo in tal modo della piattaforma impone obblighi e tutele datoriali, così trasformando l’asetticità dell’incontro in rapporto di lavoro articolato e garantito.

3.1. La legge n. 128/2019. Lavoratori autonomi e tutele

La previsione più innovativa contenuta nella legge n. 128/2019 è rappresentata dalla specifica considerazione dei «*lavoratori autonomi che svolgano attività di consegna di beni per conto altrui in ambito urbano e con ausilio di velocipedi o veicoli a motore (...) attraverso piattaforme anche digitali*». Si tratta dei “riders” e di quelle forme di prestazione di lavoro che, sorte in sordina non molto tempo fa quale espressione dei *lavoretti* compiuti dai più giovani per realizzare un guadagno minimo, hanno nel tempo rappresentato una consistente area occupazionale coinvolgente lavoratori di tutte le età e con esigenze di impegno diversificate.

Per la prima volta, il legislatore si è posto nell’ottica di fornire adeguate tutele anche a tali prestazioni, che, normativamente qualificate come “autonome”, comunque necessitano di garanzie per la salute e la dignità economica e sociale del lavoratore.

Gli articoli da 47-*ter* a 47-*septies* individuano un nucleo essenziale di diritti, che spaziano dal contratto individuale scritto alle informazioni utili anche per la tutela della salute legata alla specifica prestazione, nonché al compenso minimo, all’applicazione della disciplina antidiscriminatoria e alla copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Le importanti previsioni sono

anche completate dallo specifico divieto di esclusione del lavoratore dalla piattaforma e dal conseguente divieto di riduzione delle occasioni di lavoro.

È, quest’ultima, una scelta nodale della nuova disciplina, poiché individua un punto che aveva costituito un anello debole nella costruzione della fattispecie: la disconnessione del lavoratore dalla piattaforma a scelta univoca del committente, in caso di precedente mancata accettazione (da parte del lavoratore) della singola prestazione, costituiva una forma, oltre che dissuasiva – e quindi limitativa della facoltà di gestione autonoma della stessa prestazione –, anche sanzionatoria del comportamento (e potenzialmente discriminatoria). Tutto ciò in una cornice di apparente valorizzazione della libertà di tempi e modi dell’attività di lavoro attribuita al lavoratore. L’ultimo intervento legislativo ha sterilizzato tale possibilità, sancendo il divieto di ogni esclusione dalla piattaforma o anche solo dalle occasioni di lavoro, nei casi in cui la ragione di ciò sia riferibile alla mancata accettazione della singola prestazione.

Resta da ribadire che la specifica considerazione normativa dei *riders* quali lavoratori autonomi non deve portare a escludere che le medesime mansioni possano essere svolte con connotazioni differenti assimilabili alle collaborazioni eterorganizzate o, se ve ne siano le reali condizioni, a prestazioni di natura subordinata. Probabilmente, la linea di demarcazione tra le fattispecie potrà individuarsi, nel concreto, nell’elemento della continuità contrapposto alla sporadicità e occasionalità della prestazione, con evidente ripercussione sulla tipologia dell’inserimento nell’organizzazione datoriale e sulle conseguenti tutele adeguatamente riconoscibili.

4. Il «lavoro agile»⁷

La legge n. 81/2017 prevede, all’art. 18, una particolare forma di lavoro subordinato rispondente a finalità di maggiore conciliazione dei tempi di vita e dei tempi di lavoro: il «lavoro agile». L’istituto appare per la prima volta nel panorama legislativo, anche se certamente anticipato dalla disciplina del telelavoro⁸ e, come spesso accade, quale risultato di singole esperienze aziendali⁹ dirette a cercare formule orga-

7. Per una completa lettura della disciplina, M. Leone, *Lavoro agile: prime riflessioni*, in *Il giuslavorista*, 3 dicembre 2018, <http://ilgiuslavorista.it/articoli/focus/lavoro-agile-prime-riflessioni>.

8. Taluni autori hanno evidenziato i molti aspetti di sovrapposizione. Vds. M. Tiraboschi, *Il Lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, «Centre for the Study of European Labour Law» (CSDLE) “Massimo D’Antona”, *working paper* n. 335/2017.

9. Sono intervenuti, tra gli altri, accordi collettivi e aziendali per lavoratori di Telecom, Enel, Ferrovie dello Stato, Vodafone, BMW, Italtel, Unicredit, Ferrero. Cfr. i dati forniti dall’Osservatorio ADAPT sullo *smart working* (<https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=625>) e sul sito *web* www.farecontrattazione.it.

nizzative della prestazione di lavoro più rispondenti a realtà sociali mutate e anche più attente a esigenze personali, a un maggior benessere aziendale oltre che a misure di contenimento dei costi aziendali.

Anche in questo caso non si tratta, infatti, di un *tertium genus* da distinguere e considerare separatamente rispetto alla classica dicotomia subordinazione/autonomia, ma di una particolare modalità di esecuzione della prestazione subordinata.

Il legislatore, anche qui, ha inteso avvicinarsi al mondo dei nuovi lavori, ovvero a quelle attività fortemente caratterizzate dallo strumento tecnologico e dalla possibilità di svolgere la prestazione senza confini di tempo e di luogo, ma ha scelto di intervenire prevedendo una figura di particolare modalità della prestazione subordinata, interna al ciclo produttivo dell'azienda, ma con caratteri tali da consentirne lo svolgimento in assenza (o quasi) di vincoli spazio-temporali.

4.1. L'accordo tra le parti

La previsione della modalità "agile" della prestazione deve essere contenuta in un accordo scritto tra le parti, comunque modificabile nel corso del rapporto.

L'accordo assume particolare rilievo poiché non solo esprime la condivisa scelta della modalità a distanza della prestazione, ma ne individua le peculiari caratteristiche sull'orario, sulle forme di collegamento e connessione con il datore di lavoro, sui controlli della prestazione, sulle modalità di utilizzo degli strumenti tecnologici (ove siano funzionali alla prestazione).

Si tratta, quindi, di accordo contrattuale che si inserisce nel contratto originariamente stipulato tra le parti, attribuendogli una peculiare configurazione.

La finalità di coniugare insieme e conciliare i tempi di lavoro con i tempi di vita impone l'individuazione delle modalità operative della prestazione, dei tempi, degli orari, delle modalità di controllo; ed impone, rispetto a tali elementi, un approccio e una visione in gran parte slegati dai tradizionali canoni di lettura della subordinazione.

4.2. L'orario di lavoro

L'individuazione dell'orario di lavoro o, ancora meglio, della durata della prestazione risponde quindi alla duplice finalità di rendere chiara la prestazione

richiesta e di vincolare il lavoratore solo e soltanto a quei limiti temporali oltre i quali egli potrà riappropriarsi dell'intero tempo residuo.

La possibilità di individuare e stabilire in accordo tra le parti le modalità orarie, stabilendone le diverse allocazioni all'interno della giornata, trova limite nella durata massima giornaliera della prestazione (se stabilita dalla contrattazione collettiva di settore) e ancor più, *a contrario*, nella previsione del riposo minimo di 11 ore consecutive ogni 24 ore (d.lgs n. 66/2003)¹⁰.

I limiti evidenziati concorrono a far ritenere presumibilmente ancorata la prestazione agli orari aziendali, come anche attestato dai contratti aziendali che, in materia, hanno fornito le prime regole¹¹. La possibile varietà dell'orario stabilito, se da un lato deve comunque considerare la necessaria connessione e interazione con il datore di lavoro, deve al tempo stesso garantire l'affermazione di un vero e proprio diritto del lavoratore a essere "sconnesso".

4.3. Diritto alla disconnessione

La disposizione di cui all'art. 19 l. n. 81/2017 non qualifica espressamente il diritto alla disconnessione, ma individua comunque la necessità che l'accordo tra le parti contenga anche la previsione di misure tecniche e organizzative necessarie per assicurarne l'effettiva realizzazione. La contrattazione collettiva, oltre che l'accordo individuale, dovrà essere strumento per individuare le diversificate necessità di disconnessione legate alle peculiari attività e necessità organizzative.

L'ampia previsione dell'art. 18, comma 1, l. n. 81/2017 rende possibile un accordo sulla prestazione organizzata anche per fasi o cicli produttivi e anche per obiettivi. In tali ipotesi, il confine dell'istituto con altre forme contrattuali (si pensi al telelavoro¹² o alle collaborazioni), o che abbiano ad oggetto la sola realizzazione dell'opera, si manifesta piuttosto labile, con ciò offrendo spazi a sovrapposizioni di modelli legali e a difficili letture della reale volontà pattizia.

4.4. Lo strumento tecnologico e la tutela infortunistica

Se è anche ipotizzabile una modalità agile di lavoro in prestazioni ordinarie, è la presenza dello stru-

10. Sono, inoltre, da considerare i vincoli delle direttive europee in materia di orario di lavoro.

11. Accordo Nestlé, 12 ottobre 2012; accordo Cedacri, 14 aprile 2016; accordo Cariparma, 8 marzo 2016; accordo Enel, 4 aprile 2017; accordo Ferrovie dello Stato, 2 maggio 2017.

12. In dottrina, *cfr.*, tra gli altri, G. Natullo, *Il telelavoro*, in F. Carinci e L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004.

mento tecnologico quale modalità stessa del contenuto della prestazione ad attribuire specificità e ampia possibilità di utilizzo della attività di lavoro fuori dai locali aziendali, anche perché è tale modalità che garantisce il legame con il datore di lavoro attraverso la connessione, e che testimonia il vincolo di subordinazione esistente tra le parti.

L'utilizzo dello strumento informatico in collocazione esterna all'azienda, anche se non fissa – come taluni autori hanno sottolineato¹³, postula una evidente estraneità dell'ambiente di lavoro alla sfera di controllo e di sorveglianza del datore di lavoro. Quest'ultimo sarà tenuto a garantire la sicurezza e la tutela della salute del lavoratore "agile" (art. 22) attraverso la consegna (anche al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza) di un'informativa scritta, con cadenza almeno annuale, nella quale sono individuati i rischi generali e quelli specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro. Il datore di lavoro è anche responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento della prestazione. L'art. 22 prevede inoltre un obbligo di cooperazione del lavoratore nell'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi alla prestazione di lavoro eseguita all'esterno dei locali aziendali.

Il sistema delle garanzie si completa con la specifica previsione del diritto del prestatore di lavoro alla tutela contro gli infortuni sul lavoro (art.23) legati alla prestazione (con il limite di quelli occorsi nel percorso che separa il luogo di abitazione da quello di lavoro), nonché per le malattie professionali dipendenti dai rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dai locali aziendali.

L'insieme delle previsioni legali, alle quali deve aggiungersi la più generale disciplina dettata dal d.lgs n. 81/2008 in materia di tutele per i videoterminalisti (certamente applicabile a questa tipologia di prestazione), approda all'esplicito riferimento (art. 22) alla responsabilità datoriale in materia di sicurezza per il lavoratore agile, anche se l'altrettanto esplicito richiamo, nella seconda parte del medesimo articolo, all'obbligo di cooperazione del lavoratore nell'attuazione delle misure di prevenzione potrebbe essere inteso quale "alleggerimento" della responsabilità datoriale.

Deve ricordarsi che, nell'ambito della più tradizionale subordinazione (le cui regole, come sopra detto, costituiscono parte integrante del rapporto di

lavoro agile), la linea continua della responsabilità datoriale individuata in via generale dall'art. 2087 cc si interrompe solo rispetto a comportamenti anomali e imprevedibili tenuti dal lavoratore, impeditivi del funzionamento delle misure di sicurezza¹⁴. In tale cornice deve, quindi, essere letta la specificazione contenuta nella disposizione di cui all'art. 22, non abolitiva del tradizionale rapporto "datore di lavoro - lavoratore" sulla materia degli obblighi di sicurezza, ma solo diretta a contestualizzare la differente situazione costituita dalla prestazione resa in luogo estraneo all'azienda e sottratto alla diretta gestione del datore di lavoro.

Tale connotazione, necessariamente, responsabilizza anche il lavoratore nella sorveglianza e attenzione rispetto alle condizioni dell'ambiente in cui presta l'attività, (peraltro non imponendogli oneri di diretta ed esclusiva assunzione di misure specifiche), non escludendo affatto la complessiva e finale responsabilità datoriale rispetto al preventivo accertamento dell'idoneità delle stesse e al costante controllo del mantenimento di *standard* di sicurezza¹⁵. Resterà conseguentemente ferma, in ipotesi di infortunio sul lavoro e malattia professionale, la responsabilità del datore di lavoro per l'eventuale danno differenziale escluso dall'assicurazione Inail.

4.5. Il potere di controllo

La qualificazione subordinata del lavoro agile richiama il potere di controllo quale elemento identitario del rapporto "datore di lavoro - lavoratore" e al quale l'art. 21 della l. n. 81/2017 ha dato specifico riscontro, stabilendone le modalità. Peraltro la disposizione, in osservanza della centralità che l'accordo individuale tra le parti assume in questa tipologia di prestazione, ha rimesso la disciplina del potere disciplinare alla comune volontà dei contraenti, con il solo limite del rispetto di quanto disposto dall'art. 4 l. n. 300/1970 e successive modificazioni. Quest'ultima disposizione, regolativa delle modalità dei controlli esercitabili sul lavoratore attraverso impianti audiovisivi e strumenti che consentono il controllo a distanza, al secondo comma considera gli strumenti assegnati al lavoratore per rendere la prestazione (esclusi dagli obblighi di preventivo accordo collettivo) e, al successivo comma, afferma chiaramente che le informazioni raccolte (anche attraverso gli strumenti di lavoro) «sono utilizzabili a tutti i fini con-

13. M. Tiraboschi, *Il Lavoro agile, op. cit.* Secondo l'Autore, la collocazione non fissa per il lavoro agile segna la distinzione con il telelavoro.

14. Sui comportamenti abnormi e imprevedibili del lavoratore e sul cd. "rischio elettivo", da ultimo, Cass., n. 16026/2018; Cass., n. 17917/2017; Cass., n. 8861/2013.

15. A. Allamprese e F. Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *Riv. giur. lav.*, n. 2/2017, pp. 307-330.

nessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

La lettura congiunta delle previsioni dell'art. 4 e della specifica disposizione relativa al lavoro agile ci consegna un quadro assai delicato, poiché le condizioni peculiari di tale forma di prestazione considerate dal legislatore, e dallo stesso riservate alla comune volontà delle parti del rapporto di lavoro, trovano l'invincibile limite dell'art. 4 e, in particolare, del possibile utilizzo delle informazioni raccolte attraverso lo strumento informatico di lavoro. Se, nell'ordinario rapporto di lavoro subordinato prestato in azienda, i controlli del lavoratore sono sottoposti a modalità concordate e controllate dalle parti sociali, nel lavoro agile sono possibili soltanto (o quasi) attraverso lo strumento di lavoro, e sono inoltre soggetti alla sola garanzia della adeguata informazione prevista dalla normativa sulla *privacy* fornita dal datore di lavoro.

Saranno, dunque, i principi in questa materia a fornire le linee per una corretta espressione del potere di controllo, intendendo quest'ultimo sempre limitato alla sola finalità di verifica dell'adempimento contrattuale¹⁶ e comunque prestabilito, nelle modalità di tempo e di oggetto, da specifiche indicazioni fornite al lavoratore. L'attività informativa, oltre che le eventuali condizioni espresse nell'accordo individuale, costituiscono la forte linea di demarcazione che porterà a distinguere il corretto potere di controllo dalle ipotesi di sconfinamento dello stesso e di lesione dei diritti del lavoratore.

Il costante progresso delle funzioni tecnologiche non consente di fissare barriere stabili a garanzia della *privacy* e della dignità del lavoratore, e sarà dunque affidata alla gestione del rapporto l'individuazione dei punti di equilibrio necessari a scongiurare il possibile verificarsi di forme occulte di controllo illegittimo. Il potere disciplinare relativo alle condotte connesse alla prestazione di lavoro "in esterno" è esercitabile solo nei limiti dei comportamenti selezionati e specificamente indicati dalle parti nell'accordo sul lavoro agile. La previsione contenuta nella seconda parte dell'art. 21 condiziona la possibile sanzione disciplinare alla scelta delle parti, così imponendo alle stesse di valutare concordemente quali siano i comportamenti confliggenti con i doveri legati alla prestazione di lavoro. In tali ipotesi, circoscritte alle sole condotte tenute fuori dai locali aziendali, non avrà senso ri-

chiamare i codici disciplinari e indagarne la rituale diffusione e affissione nei locali dell'azienda.

5. Conclusioni. Il comune denominatore... Punto d'incontro di rette parallele

La scelta di accostare e, sinteticamente, analizzare fattispecie differenti quali le collaborazioni eterorganizzate, il lavoro attraverso le piattaforme digitali e il lavoro agile è finalizzata a rappresentare come il legislatore degli ultimi anni sia intervenuto con discipline differenti dotate, però, di un comune denominatore costituito dalla necessità e dal conseguente tentativo di dare ordine a una complessità crescente del mondo del lavoro, e riconoscere realtà fattuali sfuggenti rispetto alle categorie giuridiche in uso. Non sempre, infatti, la pur necessaria modernizzazione dei concetti classici di subordinazione e autonomia della prestazione di lavoro è riuscita a fornire soddisfacenti risposte alla crescente domanda di regolamentazione di nuove fattispecie. Le strade percorse negli ultimi anni hanno avuto diverse connotazioni, talune contrassegnate da un affievolimento dei vincoli di tempo e luogo di lavoro, ma mantenute nell'alveo della subordinazione; altre dichiaratamente escluse da questa qualificazione, ma assoggettate alle tutele sue proprie.

Un dato sembra certo: esiste un nucleo essenziale di diritti e garanzie propri del lavoro subordinato, un comune denominatore, un punto di incontro, che è espressione non già del vincolo e della relazione di assoggettamento in sé considerata, ma del necessario riconoscimento che nella prestazione di lavoro – in tutte le sue forme – debba essere concretamente assicurata quella condizione di dignità richiamata dalla nostra Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La dignità del lavoro e del lavoratore è concetto che contiene in sé molteplici aspetti: è valore fondante delle nostre Carte, principio giuridico, limite posto dall'ordinamento per qualificare "soglie minime", invincibili, di condizioni dell'esistenza e della vita (art. 36 Cost.). Si tratta di valore che evoca direttamente l'umano, il rispetto della persona nella sua integrità ponendola al centro del sistema dei diritti e del modello di sviluppo economico.

Al legislatore e agli interpreti il compito di darne concreta attuazione.

16. Sui limiti del controllo, da ultimo, Cass., n. 13266/2018; Cass., n. 10636/2017; Cass., n. 22662/2016.

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 prevalutazione 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.

Don Chisciotte e il web

di Maurizio Ferraris

L'isteresi è la sopravvivenza degli effetti alle cause che li hanno prodotti. È una caratteristica che contraddistingue tutte le società, ma ha avuto un enorme impatto con lo sviluppo delle tecnologie, che hanno sollevato nuovi interrogativi su lavoro e *welfare*.

1. Isteresi antropologica / 2. Isteresi tecnologica / 3. Una crescita felice / 4. Mobilitazione / 5. Ridistribuzione

1. Isteresi antropologica

L'isteresi, ossia la sopravvivenza degli effetti anche quando le cause sono venute meno, è una tendenza generale della società, della tecnica e della natura. Continuiamo a far scorta di grassi come se vivessimo nella savana e i supermercati non esistessero; gli *hard disk* dei *computer* conservano le tracce di ciò che hanno registrato, e su questo automatismo tecnico si basa il mondo contemporaneo; l'universo è il risultato dell'espandersi di una memoria che ha dato luogo alla materia. Non stupisce, dunque, che gli umani abbiano la tendenza a essere conservatori; ciò che invece stupisce è che questa tendenza condizioni anche quelli che, tra loro, si vogliono rivoluzionari.

È stato Marx a farci notare che Don Chisciotte si basa sugli effetti stranianti che derivano dalla sopravvivenza di modi di vita e di ideali feudali in un mondo in cui il feudalesimo è scomparso. Rispetto al mondo industriale, l'umanità si trova in buona parte nella stessa situazione di Don Chisciotte. Crediamo di vivere in un mondo che non è molto diverso da quello analizzato da Marx, e dunque ci immaginiamo gli stessi problemi (l'alienazione sul lavoro, lo sfruttamento e la mancanza di risorse) e le stesse soluzioni che si sarebbero potute trovare cent'anni fa. Non stupisce che le soluzioni non risolvano (perciò la sinistra è in crisi e il populismo ha successo) e che si creino

conflitti fra valori, in particolare fra tutela del lavoro e tutela dell'ambiente.

Queste circostanze, ben lungi dal suggerire un cambio di rotta, non fanno che accrescere l'isteresi, ossia nella fattispecie l'attaccamento irragionevole al passato, sia esso fatto di Dio - patria - famiglia (come vogliono le destre) o di lavoro, pane e alienazione (come vogliono le sinistre). Con l'ironia supplementare che, mentre le destre fanno il loro lavoro – giacché sono conservatrici –, le sinistre causano la loro rovina. Far notare alle destre che la creazione di una internazionale sovranista non è diversa, dal punto di vista concettuale, dalla creazione di una internazionale solipsista, è sparare un colpo a vuoto, perché i sovranisti sanno benissimo di cavalcare un'onda di protesta e di paura del tutto disinteressata alla conoscenza dello stato di cose reale. Far notare alle sinistre che non si può, contemporaneamente, combattere la crisi ecologica e rivendicare un futuro di lavoro industriale, significa indicare la ragione di uno scacco. Questa è la cattiva notizia. La buona è che non viviamo più nel mondo industriale e che, una volta che l'avremo capito, smetteremo di comportarci come Don Chisciotte.

2. Isteresi tecnologica

Mentre l'isteresi sociale continua a pensare un mondo non molto diverso da quello degli ultimi due

secoli, l'uso tecnologico della isteresi lo ha cambiato completamente. L'esplosione della isteresi, ossia la circostanza per cui ogni evento naturale o sociale, ogni comportamento anche minimo può essere registrato automaticamente e a costi bassissimi, ha completamente cambiato il mondo in cui viviamo, rivoluzionando la natura stessa della produzione che caratterizzava il mondo industriale. In quel mondo gli esseri umani, in collaborazione con le macchine, producevano e distribuivano beni e servizi.

Nel nostro mondo, però, i beni sono prodotti sempre più dalle macchine senza che occorra un concorso umano, e i servizi sono crescentemente automatizzati (fissiamoci nella memoria i "riders" che girano per le nostre città: presto saranno sostituiti da droni) o demandati ai consumatori, visto che siamo noi stessi, grazie al *web*, i nostri sportelli bancari e le nostre agenzie di viaggi. In una parola, non abbiamo bisogno di produttori, e il lavoro in fabbrica o nei *call center* si avvia a diventare un arcaismo, senza generare alcun rimpianto sincero, ma producendo un effetto di isteresi supplementare, l'"arto fantasma" della produzione di cui sentiamo la mancanza, ma di cui non godremmo veramente la presenza.

Ma cosa ha reso possibile questa automazione tanto perfetta? L'isteresi, come dicevo. I sistemi di traduzione automatica sono oggi così efficienti perché possono contare sulla registrazione di un *corpus* di testi senza precedenti: buona parte delle traduzioni che l'umanità ha fatto nella sua storia, e tutte le traduzioni che miglioriamo quotidianamente quando, servendoci della macchina di traduzione, ne correggiamo i risultati. Proprio per questo ci vengono offerti continuamente dei servizi gratuiti, perché servendocene aumenteremo l'efficienza del servizio, e dunque l'automazione.

3. Una crescita felice

Osserviamo un punto. A rigore, quello che stiamo descrivendo è un processo di crescita felice. Ci vengono offerti dei servizi efficienti e gratuiti, che migliorano continuamente quanto più ce ne serviamo. I dati raccolti da questi servizi possono essere adoperati per migliorare altri servizi, per accrescere la capacità di autoapprendimento delle macchine, e dunque per migliorare la produzione, ridurre gli sprechi, rendere più efficiente la distribuzione e, di conseguenza, abbassare i prezzi dei prodotti – il che, sommandosi alla gratuità dei servizi, comporta che per ottenere servizi di qualità oggi sono necessari molti meno soldi di quanti ne occorressero nel secolo scorso.

Per inciso, le condizioni dell'umanità nel secolo scorso erano comunque preferibili a quelle del secolo precedente, il che sembra suggerire che la storia

dell'umanità racconta un processo di crescita felice interrotto da momenti di decrescita infelice. Fermare la crescita non sembra né possibile né auspicabile, per lo stesso motivo per cui non pare auspicabile tornare alle code nelle biglietterie delle stazioni e alle enciclopedie che pesano quintali. Ciò che è necessario, invece, è massimizzare i vantaggi della isteresi tecnologica, che ha reso possibile questa crescente automazione, e minimizzare gli svantaggi della isteresi antropologica, che ci rende insinceramente nostalgici di campi, officine e padri padroni.

Il passo decisivo da farsi sulla via della massimizzazione dei vantaggi della isteresi tecnologica consiste in una più equa distribuzione degli utili che genera. Perché è vero che l'automazione offre servizi gratuiti e beni a basso prezzo, ma è anche vero che questo non vale per tutti i beni (affittare una casa costa di più oggi che qualche decennio fa) e che lo scambio tra le piattaforme e gli utenti è profondamente svantaggioso per questi ultimi, dal momento che le piattaforme sono in grado di comparare, calcolare e commercializzare i dati di moltissimi utenti, cosa impossibile per questi ultimi. I passi da farsi per una più equa ridistribuzione e per l'attuazione di un *welfare* digitale sono due. Il primo riguarda la conoscenza, il secondo l'azione politica.

4. Mobilitazione

Per quanto riguarda la conoscenza, l'identificazione tra lavoro e produzione, che fissa gli esseri umani a una storia tecnologica ormai superata, ci impedisce riconoscere l'essenza del lavoro come intervento umano nel mondo. Lo si vede molto bene nelle rappresentazioni tradizionali che vedono l'assenza di lavoro come pura inoperosità; così come nelle preoccupazioni di economisti e sociologi che, nel secolo scorso, si chiedevano come avrebbero fatto gli umani a riempire il crescente tempo libero garantito loro dall'automazione.

Ciò che è avvenuto negli ultimi decenni dimostra che queste preoccupazioni erano infondate, perché gli esseri umani sanno benissimo come occupare il loro tempo libero, purché dispongano di uno strumento tecnico, il *web*, che permetta loro di farlo. La mobilitazione totale generata dal *web* è di particolare interesse antropologico perché dimostra che nella scelta tra azione e inazione gli umani, se l'ambiente è propizio, scelgono l'azione; il che non è affatto ovvio, eppure si spiega facilmente con l'isteresi. Anche il più inerte degli umani si porrà, come qualunque organismo, il problema del proprio sostentamento, che è ciò che fa la differenza tra un organismo e un meccanismo: il primo, se non alimentato, muore; il secondo no.

Questa circostanza ricorda un aspetto che spesso si è portati a trascurare, e cioè che l'intero apparato economico, sociale e tecnologico trova il suo fine ultimo nel soddisfacimento dei bisogni degli umani quanto organismi, e non avrebbe alcun senso in loro assenza. Come risultato, la funzione dell'umano in quanto consumatore è infinitamente più importante di quella dell'umano come produttore, anche se, per l'isteresi che ci lega a forme di vita precedenti, siamo portati a credere che la produzione sia un privilegio e un merito relativamente raro e che il consumo sia una ovvietà e, probabilmente, anche un demerito, un difetto morale.

Ora, ovviamente non è così. La produzione, come dicevo, è sempre più una prerogativa dei meccanismi, mentre il consumo rimane una prerogativa insurrogabile degli organismi, e diviene economicamente e socialmente significativo presso gli organismi umani. A questa struttura generale va aggiunta la circostanza peculiare del nostro tempo per cui la tecnologia, registrando il consumo, riesce a riconvertirlo in produzione, questa volta di dati, a loro volta utili per incrementare l'automazione e la distribuzione.

5. Ridistribuzione

Date queste premesse non è difficile individuare le vie di redistribuzione degli utili prodotti dal consumo. È facile profezia quella che vede nella automazione totale dei processi l'avvenire tecnologico che ci attende. Che la profezia sia facile si spiega col fatto che ognuno di noi ha visto sparire dei lavori, e che ognuno di noi ha paura di perdere il lavoro che ha, sempre che l'abbia ancora o lo abbia mai avuto. È evidente che ci sono lavori, come il cuoco, il calciatore, il presidente del Consiglio, che non potranno mai essere automatizzati perché, per essenza, chiedono di essere svolti da un agente umano.

Il problema, però, è che questi lavori sono pochi. Cosa fare con gli altri? È sulla mancata risposta a questo interrogativo che si fonda il disagio di un'epoca che ha molte meno ragioni delle precedenti di essere scontenta. Ed è ragionevole pensare che una risposta praticabile ridurrebbe lo scontento immaginario, senza ovviamente eliminare quello scontento naturale che fa parte della condizione umana.

Il detto evangelico rilanciato dal marxismo vuole che da ognuno si riceva secondo le sue capacità e che

a ognuno si dia secondo i suoi bisogni. Ciò è apparso sinora utopico, ma adesso le cose sono cambiate. Ognuno fornisce secondo le sue capacità e c'è una capacità che non manca a nessuno, purché sia vivo: quella di consumare. Il consumo, registrato, correlato e calcolato dalle piattaforme, genera valore e questo valore viene tassato per acquisire risorse da devolversi in *welfare*, ambiente e formazione.

In *welfare*, perché è necessario che coloro che, per i più diversi motivi, non sono in grado di svolgere lavori non automatizzabili di tipo creativo devono essere retribuiti per il lavoro che svolgono, che non è automatizzabile ed è molto più fondamentale di ogni lavoro creativo, ossia devono essere retribuiti per il loro consumo.

Ovviamente sorge la domanda su come si stabilisca la retribuzione del consumo, ma il problema non è così grande come lo si dipinge. Se esistono sistemi di profilazione usati dalle banche per individuare i cattivi pagatori, nulla vieta che questi stessi sistemi siano adoperati dallo Stato per sostenere quei cattivi pagatori evitando di far cadere l'onere e il rischio sulle spalle dei risparmiatori (come avviene quando si accendono mutui che non potranno essere pagati) o dei contribuenti (come avviene quando uno Stato dissestato senza strumenti per riconoscere i furbetti si impegna nel garantire un reddito di cittadinanza).

Le uniche a pagare, qui, sarebbero le piattaforme, ma il pagamento sarebbe più che giustificato dal fatto che i dati non sono affatto il nuovo petrolio, ossia una risorsa presente in natura, ma sono il risultato della mobilitazione e del consumo umano, oltre che dalla imprescindibile necessità, per l'intero apparato produttivo, di disporre di consumatori.

Oltre a ridurre la rabbia sociale, il *welfare* sarebbe in grado di prendersi cura dell'ambiente, perché per tutelare l'ambiente sono necessari investimenti che nessuna decrescita, felice o infelice che sia, potrà mai assicurare.

Soprattutto, il *welfare* dovrà avere a cuore la formazione delle persone, e questo per un motivo banale, ma decisivo. Fino a che gli esseri umani non hanno potuto esprimere le loro opinioni al di fuori della sfera immediata della loro comunità, la qualità di queste opinioni non era molto rilevante. Nel momento in cui possono esprimerle in una rete ampia come il mondo, diviene cruciale che queste opinioni siano accompagnate da responsabilità e da cultura.

La campagna denigratoria nei confronti della legge sul reddito di cittadinanza: come andare avanti?

di Giuseppe Bronzini

Con la legge sul reddito di cittadinanza milioni di persone sono state sostenute nei loro bisogni vitali con una misura redistributiva ed egualitaria che l'Unione europea ci chiedeva dal 1993. Ciò nonostante, alla legge si imputa, in chiave distruttiva, di non avere per tutti creato occasioni di lavoro; sebbene sia innegabile qualche ritardo nelle previste politiche attive, è evidente che i posti di lavoro non possono magicamente essere creati dal nulla. Piuttosto, essa costituisce un primo passo verso una generale libertà di autodeterminazione in un'epoca di transizione tecnologica nella quale la ricchezza sociale è sempre più il prodotto dell'intelligenza collettiva.

1. Il primo tormentato compleanno della legge sul reddito di cittadinanza / 2. Le critiche alla legge: la fusione tra il falso, l'irrazionale e il ragionevole / 3. Una nuova "narrazione" per un rilancio necessario / 4. Che fare?

1. Il primo tormentato compleanno della legge sul reddito di cittadinanza

Il presidente del Consiglio Giuseppe Conte, nei suoi interventi di fine anno, ha sostenuto che la legge sul «reddito di cittadinanza» (d'ora in poi: RdC) ha portato a una riduzione (o, comunque, a una «compressione» del suo grado di incidenza) del 60 per cento della povertà assoluta in Italia nel solo volgere di un anno. Un maestro della sociologia italiana (e non solo) come Domenico De Masi, poco tempo prima (dopo l'apparire dei primi dati dell'Inps sugli effetti del RdC sul piano del contrasto dell'esclusione sociale più grave) ha, in un polemico articolo sul *Fatto quotidiano*, definito il nuovo istituto «un miracolo laico in tempi di cinismo»¹, nell'aver dotato i cittadini italiani (e i residenti stabili nel Paese) di un nuovo diritto sociale implementato per i beneficiari da organi pubblici, sostenuti così nei loro bisogni primari dal *welfare* universalistico e solidaristico e non affidati alla carità privata e ai sentimenti compassionevoli dei vincenti del gioco economico. In

una lunga intervista disponibile su *Facebook* (da novembre 2019), sempre De Masi ha parlato del «reddito italiano» come di un «successo mondiale» per essere riuscito nell'immediato obiettivo di interrompere la tragica ascesa del «Bel Paese» nella classifica dei Paesi europei con il numero maggiore di poveri: l'Italia – prima di questa riforma – aveva infatti conquistato il *record* del tasso di incremento più forte tra i Paesi dell'Unione sia di quelli assoluti che relativi, raddoppiando in pochi anni (dopo il 2008, anno dell'esplosione della crisi economica internazionale) la loro percentuale. Il ragionamento del *premier* italiano, seppure esplicitamente «per approssimazione» solo a fine marzo sarà possibile avere un quadro puntuale dei risultati del RdC nel primo anno di applicazione, sembra molto plausibile: se i poveri assoluti (secondo indici europei) erano pari a 5 milioni, e se le persone interessate dai benefici della legge sono state circa 2.500.000 (tra RdC e pensione di cittadinanza), se sottraiamo coloro che non hanno percepito i benefici perché difettavano dei requisiti di natura economica e patrimoniale (ad

1. D. De Masi, *Un miracolo laico in tempi di cinismo*, *Il Fatto quotidiano*, 20 novembre 2019, www.ilfattoquotidiano.it/in-edicola/articoli/2019/11/20/un-miracolo-laico-in-tempi-di-cinismo/5571743.

esempio, perché possedevano una seconda casa del valore superiore ai 30.000 euro o avevano acquistato di recente una vettura, etc.) si giunge intuitivamente al risultato indicato. Il *take up* della misura (cioè il livello di attivazione rispetto agli aventi diritto) non è del tutto soddisfacente, ma comunque non è disprezzabile, tenuto conto che si tratta del primo anno, delle carenze informative e della campagna di stampa ossessivamente incentrata sulle norme antiabuso o di induzione “forzata” al lavoro, che in realtà travisa la portata obiettiva della normativa introdotta. Per la fascia di esclusi che hanno usufruito dei benefici, è senz'altro vero quanto sostenuto da chi ha voluto con maggiore determinazione la legge, nonostante l'ironia dei grandi *media* del tutto fuori luogo, e cioè che per loro lo stato di acuta povertà è stato attenuato, certamente non per sempre e limitatamente al piano strettamente reddituale. Il truismo per cui la piena dignità delle persone non si garantisce con un mero sussidio per i bisogni vitali, ma con un lavoro decente e con l'accesso a una cittadinanza che consenta la “fioritura umana” non toglie che, in attesa che il mondo si renda kantianamente coerente con queste nobili visioni, agli “ultimi” (incolpevoli per lo scarto tra la narrazione ottimistica del progresso economico e le sue realizzazioni in contesti capitalistamente organizzati) debbano essere assicurate condizioni di vita libere e dignitose. Il fatto che il RdC renda meno intollerabile *pro tempore*, e con quei limiti che necessariamente riguardano un istituto che interviene sui “minimi”, la povertà (e che lasci quindi ai falsi utopisti della Repubblica la possibilità di guardare oltre, nello spazio avveniristico di assai improbabili patti per il lavoro tra imprenditori illuminati e sindacati dei produttori) è innegabile: il reddito minimo garantito è, infatti, quell'istituto che le società occidentali hanno in sostanza costituzionalizzato nella seconda metà del Novecento per governare il pericolo di una classe di esclusi per sempre e per proteggere la coesione sociale. Senza questa copertura essenziale, le proclamazioni costituzionali sulla solidarietà sarebbero del tutto vuote e ipocrite come per decenni è avvenuto in Italia, ove il *welfare* (salvo che per l'istruzione e la sanità) ha sino al 2017 in sostanza ignorato coloro che non possedevano lo *status* di “lavoratori” (discriminando sensibilmente, peraltro, quelli non subordinati).

Indubitabile è anche l'altra affermazione, correlata alla prima, dei sostenitori della legge, e cioè che il RdC abbia costituito uno zoccolo imprescindibile di un nuovo *welfare*, coerente con gli stili di vita e i sistemi produttivi contemporanei nei quali certamente il “lavoro” ha una configurazione ben diversa dalle società novecentesche, che sembravano avviarsi al “pieno impiego”². Anche in questo caso, l'ironia dei grandi *media* è del tutto fuori luogo: potrà non piacere, ma il RdC introduce una novità assoluta nel *welfare* italiano consentendo alle strutture pubbliche di governare in modo molto più inclusivo le dinamiche sociali e di fronteggiare, con misure che questo Paese non conosceva (se non nelle misere e avviliti forme di assistenza dei ReI, sul quale torneremo), le nuove patologie generate dalla disoccupazione tecnologica o dal processo di riconversione digitale della produzione. È su questo terreno prioritario, che concerne il rifiuto della disuguaglianza estrema attraverso una strategia immediata di “capacitazione” delle persone prive di mezzi sufficienti, che la normativa sul RdC va giudicata, sulla capacità del nuovo istituto di rendere nell'immediato il nostro Paese più civile, più coeso, privo di territori nei quali la dignità delle persone rimane una parola vuota o che appaiono incontrollabili anche dal punto di vista dell'ordine pubblico, per carenza diffusa dei mezzi elementari per vivere. Per questo “cambio di passo” sono state impegnate risorse ingenti, tenuto conto anche del *deficit* italiano e dell'accompagnamento, molto discutibile, a un'altra misura costosissima come quota 100³ e destinata a beneficiare solo pochi privilegiati (con una certa anzianità lavorativa): ben 7 miliardi, cui si aggiunge il miliardo stanziato per il rafforzamento dei centri per l'impiego. Si tratta di una distanza abissale da quanto speso tra il 2008 al 2016 dai vari governi italiani per il contrasto alla povertà (dai 50 milioni della prima *social card* berlusconiana sino al miliardo e mezzo del Governo Renzi per il ReI); inoltre, un'enorme macchina che va dai ministeri e dagli enti a questi collegati come l'Anpal, l'Inapp o l'Inps, sino alle Regioni e ai Comuni (che potrebbe estendersi alle agenzie per il lavoro, quando verrà implementata la parte sull'assegno di ricollocazione) è stata messa in moto e opera da *pendant* alla straordinaria esplosione del tema in sé, forse il più trattato negli ultimi anni, in un Paese che

2. Cfr. M. Ferrera, *Cosa serve contro la povertà*, *Il Corriere della sera*, 29 dicembre 2019: «È stata una riforma importante, che ha dotato il *welfare* italiano dell'ultimo tassello mancante: la garanzia di un reddito minimo a chi è privo di risorse sufficienti per far fronte ai bisogni della vita quotidiana».

3. Giova ricordare che, contrariamente a quanto affermato dai principali *media*, la Commissione europea, nel valutare la legge di bilancio del 2019, non ha affatto criticato l'introduzione del RdC, definita «misura giustificata» dall'incremento dei tassi di povertà italiani, manifestando solo qualche dubbio sull'effettivo funzionamento delle politiche attive previste, mentre ha censurato piuttosto energicamente “Quota 100”.

ha vissuto per decenni nascondendo i poveri sotto il tappeto o confidando in fantomatiche fiammate di crescita economica, proprio in periodi di lento e inesorabile declino⁴.

2. Le critiche alla legge: la fusione tra il falso, l'irrazionale e il ragionevole

Innanzitutto va ricordato come una misura come quella adottata fosse doverosa alla luce degli orientamenti europei, con copertura costituzionale rispettivamente all'art. 34, comma 3, della Carta di Nizza e agli artt. 30 e 31 della Carta sociale europea⁵: si conclude, così, l'attesa durata ben ventun anni di uno strumento adeguato di contrasto del rischio di esclusione sociale, un reddito minimo garantito (Rmg) sin da quando il cd. "Rapporto Onofri", redatto su mandato del primo Governo Prodi (forse l'ultimo dicastero "riformista" in senso forte e in una prospettiva europea di questo Paese) nel 1998 aveva fotografato il carattere arcaico, corporativo, scarsamente equitativo e poco adatto a fortificare le effettive *capabilities* delle persone del nostro sistema di *welfare*, auspicandone una profonda riforma. Come ha ricordato anche di recente Maurizio Ferrera, «l'Unione europea aveva esortato i Paesi membri a dotarsi di questa misura già nel 1993. L'Italia è stata l'ultima a uniformarsi»⁶. Il ReI non può, a parere di chi scrive, essere considerato un Rmg perché in realtà si tratta di una provvidenza per le situazioni di estrema povertà, quasi sempre a carattere familiare e connesse a fenomeni di acuta emarginazione sociale e che, quindi, non può svolgere dal punto di vista funzionale tutte le finalità che competono a un Rmg⁷, che estende il suo raggio di azione anche ai *working poor* come integrazione di reddito da lavoro "indecente". Solo la legge del 2019 ha tentato di dare un plausibile riscontro alle indicazioni europee, per lo meno circa gli aspetti qualifican-

ti, come l'entità della prestazione, che correttamente il dibattito europeo sull'argomento, le fonti sovranazionali e anche il buon senso (trattandosi di prestazioni di natura quasi elementare) ritengono parametro prioritario e che ha portato a etichettare l'istituto nel «pilastro sociale europeo»⁸ nel 2017 come «*adequate minimum income*» (art. 14). Ora, chiamare una proposta di Rmg "reddito di cittadinanza" può essere, in qualche modo, provocare equivoci nel dibattito pubblico, ingenerando la convinzione che tutti ne abbiano diritto; ma in sé la definizione (seppure distante dalle stipulazioni tra gli studiosi) non appare arbitraria, in quanto non è in assoluta tensione con il contenuto. La storia delle due varianti dello *ius existientiae* è comune (a lungo non distinte tra loro, per lo meno sino agli anni sessanta del secolo scorso), e comune è il loro fine, sia pure perseguito con mezzi diversi: garantire a tutti un'esistenza libera e dignitosa fondata su scelte individuali non imposte. Anche il Rmg, a ben guardare, rappresenta una prestazione resa a favore della "cittadinanza", pur selezionando quella "bisognosa" e in difficoltà; ma, soprattutto in situazioni storiche come l'attuale, nelle quali la precarietà e l'incertezza "esistenziale" costituiscono un rischio che si diffonde a macchia di leopardo, questa evocazione terminologica del legame sociale che stringe coloro che vivono stabilmente in un determinato territorio non è un imbroglio, ma la sottolineatura di un principio di coesione elementare tra cittadini che andrebbe valorizzato e reso effettivo con istituti adeguati. Semmai, l'evocazione della cittadinanza sembrerebbe plausibilmente alludere a un percorso di graduale evoluzione, per le ragioni che si diranno, da una tutela dei soli bisognosi a meccanismi più larghi e inclusivi di promozione delle scelte individuali e collettive. Non hanno, quindi, molto senso le critiche che si incentrano sul "nome" scelto per l'introduzione in Italia di un diritto al reddito minimo. Del resto, la confusione tra i due termini è molto frequente anche in documenti internazionali e lo "sfondamento" ter-

4. Per un giudizio molto equilibrato, cfr. G. Fontana, *Reddito minimo, disuguaglianze sociali e diritto del lavoro. Fra passato, presente e futuro*, «Centre for the Study of European Labour Law» (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 389/2019, e S. Giubboni, *Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*, «Centre for the Study of European Labour Law» (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 401/2019. Sulla legge del 2019, cfr. il fascicolo n. 1/2019 della rivista *La cittadinanza europea*, che offre numerosi contributi (www.francoangeli.it/riviste/sommario.aspx?anno=2019&idRivista=165&lingua=en).

5. Il rilievo della Carta sociale nel nostro ordinamento è stato valorizzato nelle sentenze nn. 120 e 194 del 2018 anche attraverso i pareri del Comitato economico sociale, da tenere in considerazione "argomentativa" per stabilire l'esatto contenuto dei diritti sociali in gioco.

6. M. Ferrera, *Cosa serve contro la povertà*, op. cit.; G. Bronzini, *La rivendicazione di uno ius existientiae per i cittadini europei come contrasto del populismo sovranista*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 1/2019, www.questionegiustizia.it/rivista/2019/1/la-rivendicazione-di-uno-ius-existientiae-per-i-cittadini-europei-come-contrasto-del-populismo-sovranoista_637.

7. L'ultimo *Flash Report su povertà e esclusione sociale* di Caritas, pubblicato il 17 novembre 2019 ed elaborato sui dati del 2018, conferma che l'incidenza del ReI è stata modesta persino nel ridurre la povertà estrema (www.caritasitaliana.it/materiali/studi_ricerche/flash_report_2019/Flash_Report_Caritas_Italiana_2019.pdf).

8. Vds. G. Bronzini (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Key, Milano, 2019.

minologico è già stato compiuto, nel 2004, con la legge della Regione Campania (oggi decaduta) che, pur accordando un misero sussidio per situazioni di grave disagio sociale, si chiamava «reddito di cittadinanza»: eppure, all'epoca, nessuno aveva accusato il governatore Antonio Bassolino di avere ingenerato speranze non mantenute. Al contrario del ReI, il RdC vuole proteggere l'intera area che in genere in Europa è sotto l'ombrello del RdG, e cioè anche i lavoratori poveri, i disoccupati, i giovani in formazione, chi svolge attività di cura. La sua sfera di protezione è, quindi, molto più complessa e intercetta non solo l'emarginazione sociale (che può avere cause che prescindono del tutto o in gran parte dalla possibilità di impiego), ma anche il mercato del lavoro e i processi di qualificazione occupazionale che vi sono connessi. Demagogica e scandalistica è la polemica giornalistica sui «furbetti» e gli approfittatori: nel Paese che detiene *record* a livelli planetari nell'evasione fiscale o nella corruzione, appare evidente che qualsiasi misura di sostegno sociale può essere goduta in via truffaldina, come già in settori molti vicini provano i casi dei falsi invalidi o dell'assenteismo sul lavoro. Peraltro, il legislatore ha emanato proprio sul RdC una normativa draconiana, addirittura introducendo figure di reato specifiche con pene di straordinaria severità e la possibilità di intrecciare la varie banche dati per controllare i redditi reali dei beneficiari. È incontestabile che le norme esistano e siano potenzialmente in grado di debellare il fenomeno degli abusi i quali, comunque, non possono di certo compromettere il diritto alla «dignità» del 99 per cento di coloro che hanno davvero bisogno di un sostegno (sono milioni di persone). Il fatto che qualche condannato per gravissimi reati abbia potuto beneficiare degli aiuti rientra nel quadro costituzionale, che in via generale stabilisce il carattere rieducativo della pena e consente al legislatore di bilanciare «il diritto ai soccorsi» (per tutti i cittadini, come richiedeva la Costituzione giacobina) con la particolare gravità dei reati commessi, bilanciamento che risulta effettuato escludendo coloro che hanno subito condanne per taluni reati contro la personalità dello Stato nell'arco temporale di dieci anni⁹. Vorremmo, invece, trattare le critiche mosse al RdC meno tendenziose, che anche in questo caso vedono in prima fila i grandi quotidiani nazionali, ma spesso con l'appoggio dei maggiori sindacati, delle associazioni caritatevoli e anche di molte Regioni italiane, nonché di ambienti dello stesso Governo attualmente in carica. I due temi sui quali si insiste, e che sembrano insistere sulle medesime sensibilità, sono la scarsa utilità

del RdC nel trovare occasioni di lavoro e l'aver disperso l'eredità del ReI, confondendo i piani del contrasto della povertà con quello delle politiche attive del lavoro. A riprova, si citano i dati che si assumono deludenti dei contratti di lavoro stipulati dai beneficiari del reddito. A mio parere, a generare questo tipo di critiche è stata una narrazione sbagliata, se non tossica, degli scopi della legge, a cominciare dall'art. 1 dl n. 4/2019 «quale misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro». Questa pluralità di fini può dar adito a qualche fraintendimento, evitando proprio il riferimento sul diritto al reddito minimo, in genere privilegiato anche nella giurisprudenza costituzionale delle corti costituzionali europee (a cominciare da quella tedesca), come presidio della dignità nella sua profonda correlazione con l'autodeterminazione individuale, di cui le scelte lavorative sono una specificazione. Nel suo linguaggio altamente evocativo, la Corte tedesca nel 2010 definiva il diritto al reddito minimo come quello all'«equa partecipazione alla vita politica e culturale del proprio Paese», ma – seguendo l'art. 34 della Carta di Nizza – si sarebbe potuta replicare l'espressione, più vicina forse al nostro testo fondante, di «diritto ad un'esistenza libera e dignitosa». I tanti fini affastellati all'art. 1 sollevano invece il dubbio su quale sia l'obiettivo minimo della normativa, che va reperito in quel «*freedom from want*» che deve sorreggere la libertà di scelta (garantita da un pacchetto minimo di risorse e servizi per tutti che, con John Rawls, possiamo definire come «minimo sociale») di ogni cittadino, consentendogli di individuare quale possa essere il «suo» contributo alla ricchezza collettiva o, comunque, impedendo che possa essere in sostanza escluso permanentemente dal gioco sociale e mortificato nella sua dignità essenziale. Certamente, sul piano pragmatico e istituzionale questo meta-diritto (dalla natura ambivalente di libertà e a carattere sociale) è stato storicamente bilanciato con altri ordini del discorso, come quelli connessi alla scarsità di risorse e limitato al soccorso solo di chi versi concretamente in stato di bisogno, oppure coordinato con la società del lavoro attraverso la disponibilità ad accettare un'offerta occupazionale, ma è evidente che un Rmg non può essere spiegato e

9. Sulla severità, in verità eccessiva, della normativa del 2019, sia a carattere amministrativo che penale, vds. R. Rivero, *Reddito di cittadinanza: assistenza alla povertà o governo penale dei poveri?*, in questa *Rivista online*, 6 giugno 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/reddito-di-cittadinanza-assistenza-alla-poverta-o-governo-penale-dei-poveri-06-06-2019.

piegato a strumento di creazione di lavoro, tanto più di tipo tradizionale. Nel dibattito pubblico che ha preceduto e seguito la legge si possono distinguere due fasi. Nella prima, i fautori dell'intervento legislativo (in particolare, il Movimento 5 Stelle, partito di maggioranza relativa nelle elezioni del marzo 2018, che dell'approvazione del RdC ha fatto una questione "identitaria") in genere ne hanno correttamente sottolineato il carattere innovativo, il lato "emancipatore" e liberatorio dal bisogno di una parte della cittadinanza rimasta inattiva o con un lavoro sottopagato. Si è insistito, ancora, sulla necessità di assicurare una transizione non traumatica (perché protetta da nuove garanzie di *welfare*) verso inedite modalità produttive, indotte dai processi di digitalizzazione e di automazione dell'economia con il dilagare della tanto temuta disoccupazione tecnologica, sì da riqualificare in modo radicale l'apporto del fattore umano nella creazione della ricchezza collettiva – tutti temi che, proprio in questi anni, stanno dominando il dibattito internazionale sul «futuro del lavoro»¹⁰. Se già nel 1956 (anno della prima edizione in tedesco di *Automazione*) Friedrich Pollock, incaricato dal rifondato Istituto della ricerca sociale diretto da Theodor Wiesengrund Adorno e Max Horkheimer, aveva individuato (curiosamente valorizzando alcuni pionieristici studi della Cisl, oggi così cauta sul tema) nel diritto all'accesso ai minimi vitali uno dei modi per non ostacolare il progresso tecnico e mantenere gli equilibri sociali nel corso della seconda rivoluzione industriale, in questo momento di passaggio dalla quarta alla quinta rivoluzione era sembrato – soprattutto in ambienti internazionali – inevitabile¹¹ che questo aspetto tornasse prepotentemente in agenda¹². Dal punto di vista culturale, domina in questa fase una certa "apertura al futuro", di fiducia nella trasformazione produttiva in atto, che la legge dovrebbe accompagnare mitigandone gli inevitabili costi sociali nella tutela dei bisogni primari dei perdenti della robotizzazione. Inoltre, alla luce del nascere di nuove attività che si affrancano progressivamente dal rigido coordinamento spazio-temporale della prestazione a opera di un "im-

prenditore" (il cd. fenomeno della "disintermediazione"), sembra emergere con forza il tema della libertà di scelta dell'individuo valorizzata dalla copertura, da parte di un *welfare* autenticamente universalistico e non piegato su obiettivi immediati di natura occupazionale, dei *basic needs*. Finalmente, sembrava così arrivare nel nostro Paese, sia pure molto tardivamente, l'eco di un prepotente dibattito internazionale sugli effettivi contorni del dovere di protezione sociale a carico degli Stati (e in prospettiva di organismi "sovranzionali" come l'Unione europea) come presidio di un'equa e giusta cooperazione sociale a partire dalla angosciata domanda sul futuro del lavoro, in modo da salvaguardare anche la libertà delle persone di scegliersi un progetto di vita realmente mutuato sulle *capabilities* individuali. Il termine "cittadinanza", associato al diritto a un reddito (minimo), ha chiaramente e volutamente alluso a una dimensione riformista (se non rivoluzionaria) di lungo periodo, alla necessità di una rivisitazione radicale di sistemi di sicurezza sociali disegnati sul rapporto di "dipendenza" e su realtà produttive sempre meno egemoni. Nella seconda fase, invece, mentre si completavano i contorni della via italiana allo *ius existantiae*, si è affermato una sorta di *anticlimax* – che si è oggi accentuato, nonostante il cambio di maggioranza – sulle finalità ultime della legge. Da provvedimento per la dignità e libertà delle persone, il *focus*, nel dibattito pubblico, è sembrato slittare verso la sua (pretesa) natura di strumento di creazione di opportunità di "lavoro", di stimolo alla produttività e alla crescita occupazionale, di lotta all'assistenzialismo e alla supposta indisponibilità a rendersi utili alla collettività di una parte della popolazione, soprattutto nel Sud Italia. I poveri, da portatori di diritti come cittadini, in questa rincorsa a far rientrare il nuovo provvedimento negli schemi consolidati dello stato sociale, sono stati rappresentati come potenziali parassiti, da indirizzare verso le virtù produttive attraverso specifiche e stringenti "norme anti-divano", secondo una logica disciplinare di cui l'art. 7 (e seguenti), come modificato in sede di conversione, reca tracce evidenti.

10. Nella dilagante letteratura sull'argomento, vds. il report del 2016 del World Economic Forum, *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution* (www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf), i numerosi report del McKinsey Global Institute (www.mckinsey.com/mgi/overview/about-us), dell'*Economist* e i molti documenti dell'Unione europea nei quali si discute – pur con una certa cautela – anche della proposta dell'avvicinamento tendenziale a un reddito di base, anticipato dal rafforzamento dei sistemi vigenti, soprattutto in Europa, di Rmg. Per una rassegna del dibattito internazionale, cfr. G. Bronzini, *Percorso di lettura sul diritto ad un reddito di base*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 2/2018, pp. 493 ss., e i saggi raccolti sotto il titolo *Opinioni a confronto sul reddito di cittadinanza*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 4/2018, pp. 687-738 (Autori: P. Tullini, G. Bongiovanni, G. Bronzini, C. Del Bò, M. Forlivesi, S. Tosò; www.rivisteweb.it/issn/1720-562X/issue/7580).

11. Per usare il titolo del leggendario direttore di *Wired*, la rivista più progettuale dedicata a *Internet*, cfr. K. Kelly, *L'inevitabile*, Il Saggiatore, Milano, 2017.

12. Vds. F. Pollock, *Automazione. Conseguenze economiche e sociali*, Einaudi, Torino, 1970; per una versione aggiornata dello scenario dell'automazione, cfr. B. Stiegler, *La Società automatica. L'avvenire del lavoro*, Meltemi, Milano, 2019.

3. Una nuova “narrazione” per un rilancio necessario

Il cambio di “narrazione” richiesto con forza da De Masi (o, forse, il mero ripristino di quelle originaria) è quindi necessario, in modo da salvaguardare gli aspetti razionali e progressisti della normativa anche nell'intenzione di trovare finalmente una certa coerenza tra il nostro *welfare* e le *policies* dell'Unione ed i risultati dell'*open method of coordination* (OMC) e, da ultimo, con quanto solennemente prescritto dal pilastro sociale europeo. L'aspetto della tutela della dignità essenziale delle persone in difficoltà può, quindi, essere presentato come un notevole successo, nonostante le risorse messe a disposizione non fossero di per sé sufficienti per inibire il rischio di esclusione sociale per tutta la platea interessata¹³: si è quindi apprestato un imbuto selettivo piuttosto severo, che può escludere soggetti che, certamente, non sono dei privilegiati sulla base di presupposti la cui razionalità (ad esempio, il valore anche modesto di una seconda abitazione) va senz'altro verificata con l'attento monitoraggio sulla prima applicazione della legge. Tuttavia, gli importi corrisposti unitamente alla quota di affitto (o di rateo di un mutuo), sebbene parametrati con riferimento al nucleo familiare (ma così avviene prevalentemente in Ue), non sembrano irrisori o simbolici, ma piuttosto robusti, soprattutto se si guarda ad alcune zone del Paese (in media, 520 euro a nucleo); in ogni caso, essi sono paragonabili con quanto erogato in altri Paesi confrontabili come la Germania (anche se, in quest'ultimo caso, molto rilevanti appaiono gli aiuti in termini di servizi). Quindi, si potrebbe dire con De Masi che la cd. “fase 1”, la lotta contro la piaga vergognosa della povertà combinata al cinismo delle pubbliche istituzioni, sia pienamente riuscita: milioni di persone sono state risospinte verso la soglia di dignità (dieci furbetti, di certo, non compromettono questo risultato, in sé di una certa grandiosità). L'Italia si reinserisce nel novero delle nazioni civili che non consentono il formarsi di sub-cittadini e di umiliare i perdenti di un gioco economico sempre più iniquo. Si deve comunque ricordare che, già in un noto documento redatto per la Commissione europea nel 2009, si affermava che «se la preoccupazione fondamentale per molti Paesi è stata quella di far sì che il Rmg non disincentivasse i beneficiari dall'accettare un'offerta di lavoro più che di garantire un adeguato livello di reddito (...) gli schemi di Rmg svolgono an-

che un ruolo vitale nel garantire che le persone non si demoralizzino e che le misure di coinvolgimento attivo per la ricerca attiva non li faccia sentire incapaci di partecipare. I benefici del Rmg sono visti come un modo per investire nelle capacità delle persone e, quindi, reinserirle tanto nella società quanto nel mercato del lavoro»¹⁴. Dicono i critici della legge che si sarebbe smarrita l'esperienza del ReI, ma questa affermazione a me sembra piuttosto pretestuosa. In realtà, la normativa del 2019 distingue due strade nella condizionalità della misura: quella legata al reinserimento sociale e quella del reinserimento lavorativo (attraverso i due Patti cui sono collegate le sanzioni in caso di mancata collaborazione del soggetto). Per il primo, si passa attraverso i servizi sociali dei Comuni, come avveniva per il ReI, e l'impianto normativo del sostegno è molto simile a quello precedente; ma l'istituto del RdC, essendo molto più vasto e inclusivo, si integra anche con le politiche attive, le offerte di lavoro, le condizioni occupazionali al di sotto della decenza. Quindi, la questione che davvero sembra dividere i difensori della legge e i critici di appartenenza sindacale o legati ad associazioni cd. “caritatevoli” (volontariato) in genere cattoliche (e di alcuni esponenti dell'attuale maggioranza) non sembrerebbe essere quella dell'archiviazione del ReI, i cui scopi sono in pratica conservati nell'impianto del RdC e implementati anche oggi dai Comuni, ma con ogni probabilità l'esclusione da un ruolo attivo e determinante di queste organizzazioni, cui vengono in realtà preferite le strutture pubbliche e gli esperti con un ruolo professionale nell'ambito della burocrazia statale. Si insiste, poi, sull'inefficienza dei canali di reinserimento che passano attraverso le politiche attive del lavoro e, quindi, sul mancato avvio della cd. “fase 2”. Certamente possono esservi stati ritardi, dovuti all'imponente lavoro di decretazione previsto nella normativa primaria, ma valgono sul punto alcune considerazioni. La condizionalità al “lavoro” riguarda una fascia non maggioritaria dei soggetti che godono del reddito: infatti sono esclusi da tale obbligo chi già lavora, chi è in formazione, chi esercita attività di cura (a favore di bambini molto piccoli) e chi non può lavorare – oltre il 60 per cento di coloro che beneficiano degli aiuti. Sul fronte delle politiche attive, esiste un cronico e macroscopico ritardo dei centri per l'impiego che vengono solo ora a rafforzarsi, attraverso un incremento di organico pari a oltre il doppio degli attuali dipendenti (entro due anni, da 8.000 a 20.000 ad-

13. Il ddl presentato dal M5S del 2013, infatti, prevede una spesa di circa 14 miliardi; leggermente più costoso quello avanzato da Sel (16 miliardi).

14. Cfr. H. Frazer ed E. Marlier, *Minimum Income Schemes Across EU Member States*, per conto della Direzione generale per l'occupazione, gli affari sociali e l'inclusione della Commissione europea, ottobre 2009, p. 10 (traduzione dell'Autore; www.eesc.europa.eu/resources/docs/minimum-income-schemes-across-eu-member-states_october-2009_en.pdf).

detti). La legge stabilisce, poi, dei provvidenziali “palletti”, spesso dimenticati nella polemica sull’assistenzialismo del RdC, e cioè che le offerte di lavoro devono essere «congrue», cioè coerenti con il bagaglio professionale informale e formale del soggetto, e devono essere «decenti», a tempo indeterminato o a tempo determinato per almeno sei mesi, con un trattamento superiore a 858 euro (le legge aggiunge anche ulteriori specificazioni in ordine alla distanza dal luogo di residenza del soggetto). La legge sul RdC offre, così, un “ponte” verso un salario minimo legale perché la condizionalità al lavoro è, a sua volta, condizionata all’idoneità dell’impiego offerto a garantire una retribuzione minima. Essa offre quindi un punto di convergenza tra le posizioni dei “lavoristi” e quelle dei “redditisti”, così come facevano le proposte della scorsa legislatura di Sel o di 5 Stelle (o la legge sul RdG della Regione Lazio). C’è, allora, da chiedersi: quanti posti di lavoro possono essere offerti in Italia tali da soddisfare queste esigenti richieste? Come può una legge di garanzia dei minimi vitali costituire l’occasione per soddisfare la richiesta di lavoro decente di così tante persone in presenza di un evidente storico declinare del lavoro tradizionale e di perdurante crisi economica? Certamente la macchina messa in atto, e ancora in ritardo (la “fase 2”), potrebbe potenzialmente attenuare il fenomeno del *mismatch* tra offerta e domanda, ma sarebbe serio non illudersi sul numero di posti di lavoro che rimangono vuoti per via di questo mancato incontro (certamente non i 500.000 di cui alcuni commentatori parlano). In ogni caso, rimane fuori dalla portata logica della normativa “creare” miracolosamente posti di lavoro per tutti, tanto meno “congrui”. È, di fatto, troppo presto per valutare gli effetti su questo piano – ripetiamo – importante, ma secondario della normativa del RdC. Sono stati solo da poco approvati alcuni decreti o accordi che erano imprescindibili per avviare compiutamente le politiche attive previste per legge: da quelli sull’assegnamento di collocazione alla disciplina delle modalità di offerta delle occasioni di lavoro; similmente, vanno ancora oliati i rapporti tra Anpal, che dovrebbe avere il coordinamento di tali politiche, e le Regioni cui spetta la messa in opera, così come la stessa connessione tra patti di lavoro e di reinserimento sociale, non essendo ancora chiari eventuali passaggi di uno o più membri delle famiglie beneficiarie del RdC dall’uno all’altro. La drammatizzazione di alcuni ritardi, che volutamente ignora che, proprio su questo terreno, non vi fosse alcuna prassi felice in atto da recuperare o proseguire, sembra orientata a una rivincita del “lavorismo” più gretto e intransigente nel rifiutare le ragioni della dignità nella sua connessione con la li-

bertà delle persone: il “lavoro”, qualunque esso sia, va imposto ad ogni costo, e i soggetti “costretti” a essere produttivi; al più, si può ammettere una tutela in via eccezionale dell’emarginazione più estrema strettamente confinata sul lato della povertà assoluta, irriducibile agli schemi del lavoro perché “malata” e persa alla socializzazione. Per costoro, va recuperata la vocazione assistenzialista e caritatevole delle ong, che possono in gran parte sostituire l’espertocrazia pubblica; per il resto, nessun sostegno se non tramite le politiche occupazionali del mercato. Nelle parole dell’ex *premier* Matteo Renzi: nuovi cantieri, liberando risorse dalle politiche per la dignità (chiamate assistenzialiste); il nuovo fermento produttivistico si indirizza verso orizzonti da primo Novecento: grandi opere ed eserciti di edili e manovali. Il grande dibattito internazionale sul futuro del lavoro e sul nuovo umanesimo nella società automatica delle macchine è aggirato nella semplificazione del ritorno all’industrialismo tradizionale.

4. Che fare?

Certamente non si vuole negare che alcuni aspetti della normativa del 2019 meritino attenzione e che possano essere migliorati in una logica costruttiva e non demolitrice, come recentemente chiesto anche Chiara Saraceno¹⁵. Come detto, l’insieme delle condizioni reddituali, patrimoniali e personali previste per ottenere i benefici va riesaminato alla luce dei primi monitoraggi sull’applicazione della legge: ogni sistema selettivo produce, di per sé, risultati iniqui per le persone che si trovano molto vicine alle soglie prestabilite e la riflessibilità delle scelte diventa l’unico rimedio per addolcire le ingiustizie che derivano da norme welfaristiche non autenticamente universalistiche. Anche senza voler eliminare un approccio alla tutela che si fonda sul nucleo familiare così com’è, la normativa non chiarisce la ripartizione individuale del reddito spettante al nucleo e sembrerebbe ascrivere a tutti i suoi membri una responsabilità di “gruppo” per la mancata osservanza degli obblighi di attivazione da parte di uno solo dei suoi membri: una correzione garantista si rende senza dubbio urgente. Un punto sembra ancora oscuro e riguarda la giustiziabilità degli obblighi previsti, e cioè quanto il beneficiario possa contestare la sua profilazione, l’assegnazione al centro per l’impiego o ai servizi sociali dei Comuni, le offerte di lavoro assegnate e via dicendo, e chi sia il giudice di questi passaggi. Se si ritenesse, come a chi scrive apparirebbe plausibile, che con l’ammissione al beneficio il soggetto abbia un diritto

15. C. Saraceno, *Quel reddito da riformare*, *La Repubblica*, 31 dicembre 2019.

già perfezionato (in base ai requisiti economici), sia pure sottoposto a condizioni che maturano nel tempo e che riguardano le varie misure di attivazione, allora certamente la competenza spetterebbe al giudice ordinario, il che renderebbe le varie procedure previste molto più affidabili secondo la logica per cui la perdita del diritto fondamentale sarebbe un'eccezione da provare rigorosamente da parte dei vari organi amministrativi competenti. Ancora, la normativa sulla residenza decennale è discriminatoria e di dubbia legittimità interna e sovranazionale. Tuttavia, a mio parere, l'opera della critica disfattista e apologetica del *workfare* non cesserà neppure con una nuova narrazione più razionale delle vere mete della prima sfida istituzionale alla schiavitù del bisogno, e neppure con gli aggiustamenti più facilmente praticabili del suo impianto. Vi è, a mio avviso, una non-sincronia originaria tra questa e il prepotente nuovo interesse in tutto il mondo, non più solo in ambienti radicali accademici, per una copertura "di base" autenticamente universalistica o, nella transizione verso questo obiettivo, per politiche di sostegno alle persone non condizionate, ma solo "capacitanti". Dopo dieci anni di crisi tra crescita esponenziale delle disuguaglianze e tassi eccezionali di disoccupazione (soprattutto giovanile) o anche di sub-occupazione con l'affermarsi di varie strategie dis-retributive¹⁶, appare sempre più evidente che i modelli lavoristici e welfaristici tradizionali non riescono ad aggredire il cuore dei rapporti di potere nel mondo produttivo investito dalla cd. "quarta rivoluzione industriale", non riescono a produrre né un riequilibrio contrattuale né un minimo senso di sicurezza esistenziale e, quindi, di progetto lavorativo auto-scelto¹⁷, quantomeno con condizioni decenti. Evidentemente, sotto questo profilo, la società perde il suo controllo sull'economia e, progressivamente, perdono di verosimiglianza le promesse di equità e giustizia sociale proclamate nelle costituzioni nazionali, come anche nei "bill of rights" sovranazionali o internazionali. L'inquietudine, l'incertezza e, talvolta, il sentimento di angoscia che si genera da dinamiche ancora indeterminate¹⁸, delle quali non sono chiari gli esiti, sono alla base di questa nuova ondata di discussioni sullo *ius existantiae*, nozione riassuntiva delle due strade sinora elaborate per garantire la

dignità e la libertà essenziale delle persone, rispettivamente del reddito minimo garantito (universalismo selettivo) e del reddito di base (universalismo *tout court*). Macroeventi politici e mediatici hanno sottolineato questa irruzione dell'ignoto (o, per dirla con Freud, del "perturbante") nel tranquillante scenario trasmessoci negli ultimissimi decenni, soprattutto in Europa¹⁹, per cui i soggetti che si trovano in difficoltà (per definizione, a carattere provvisorio e assorbibile con politiche più forti per l'impiego) sarebbero stati tutelati circa i bisogni primari e accompagnati a trovare altra occupazione, quindi in sostanza garantiti anche sul piano reddituale nelle "transizioni lavorative", come espressamente indicato nei principi comuni di *flexicurity* del dicembre 2007, approvati pochi mesi prima dell'esplosione della crisi economica internazionale. Non sembra, in realtà, trattarsi di un problema di promesse "mancate", se non sul lato della mancata europeizzazione delle politiche di *flexicurity*, visto che di esse si sono giovati, in effetti, gli Stati non affetti da *deficit* di bilancio eccessivi e che comunque hanno saputo "prendere sul serio" questa tarda declinazione del *welfare* keynesiano, mentre i Paesi dell'area dell'olio di ulivo sono rimasti impantanati dalla disoccupazione di massa senza misure pubbliche anticicliche ed espansive. Gli interrogativi sono più raggelanti e riguardano, come appare sempre più evidente, il futuro del "lavoro", le sue mutazioni e il rapporto con uno Stato sociale non ancora attrezzato per questo scenario inedito, una scenario – quindi – che trascende di molto le questioni sorte nel passaggio al cd. "post-fordismo", che era ancora la cornice delle politiche di *flexicurity*. Non sembra un caso che il confronto su reddito di base *versus* reddito minimo garantito si sia sviluppato in Paesi come la Svizzera, il Belgio, la Francia, l'Olanda, che questa seconda misura hanno implementato da decenni con sistemi piuttosto efficienti. La *flexicurity* ha funzionato (anche se non è stata propriamente una formula "europea" e in Italia, in realtà, non è mai arrivata, se non nelle modalità false del *Jobs Act*), ma è davvero sufficiente di fronte a fenomeni come quelli della digitalizzazione dell'economia o dell'economia circolare (o la più devastante robotizzazione), visto che alla fine presuppone che il "lavoro" sia inquadra-

16. Cfr. Aa.Vv., *L'economia della promessa*, Manifestolibri, Roma, 2016.

17. Correttamente L. Ferrajoli, nel suo recente *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Bari-Roma, 2017, mette al centro della riflessione sul necessario contropiano politico e costituzionale per recuperare l'uguaglianza nei diritti fondamentali la garanzia di un reddito di base per ogni appartenente a una determinata comunità politica.

18. Quel *Kulturpessimismus* esemplato, a livello filosofico, nei tanti saggi di Byung-Chul Han (tutti tradotti per Nottetempo, Milano) e, a livello sociologico, da Evgenij Morozov.

19. Vds. gli annuali "Joint Reports" sul contrasto dell'esclusione sociale a cura della Commissione europea, nel quadro del metodo aperto di coordinamento (OMC).

to, almeno in via generale, in contratti tradizionali (cercando di limitare quelli cd. "atipici"), che vi siano dei sindacati in grado di mediare le istanze di giustizia sociale, che i servizi pubblici o accessibili gratuitamente all'impiego siano in grado di orientare davvero verso occasioni di lavoro relativamente stabili e decore? Il mutamento di clima è segnalato dallo stesso *Report*, molto atteso, dell'Oil (*Inception Report for the Global Commission on the Future of Work*, Ginevra, 2017, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591502.pdf), che raccomanda le politiche di reddito minimo garantito, e dovrebbe aprire una riflessione aperta e su base globale proprio sul futuro del lavoro, secondo il quale «as a response to these challenges, some scholars and policy-makers have argued for the need to delink social protection from employment by creating a universal basic income that would provide a flat unconditional benefit to all citizens or residents of a country, regardless of income. Proponents argue that a sufficiently large benefit can eliminate absolute poverty, is easy to administer and is less prone to leakage or corruption. By raising the reservation wage of workers, the benefit can also act as a deterrent against poor quality jobs, encouraging employers to improve pay and working conditions. The idea of universal basic income has received strong support among some experts» (*ivi*, p. 21). Per l'*Economist*, l'idea di un reddito universale non gode ancora di un consenso diffuso, perché il "lavoro" è ancora una realtà potente nella nostre vite e non è ancora chiaro come possa evolvere nelle sue modalità, né come un "lavoro 2.0" possa essere remunerato (non è, quindi, una misura urgente), ma lo stesso settimanale aggiunge che «un reddito di base è un modo per rendere la transizione più umana». Occorre perfezionare e rendere più protettivo, inclusivo e promozionale il *welfare* che abbiamo già costruito con lotte di decenni, guardando, però, costantemente ai processi che si stanno imperiosamente affermando. E conclude «il passato non è sempre una buona guida per il futuro. Il sistema welfaristico è cresciuto per servire un modello di modernità industriale. Sta fallendo con i più poveri e può essere a rischio derivante dallo sconvolgimento tecnologico. Necessita già di un revisione radicale»²⁰. Già Stefano Rodotà, nel suo capolavoro del

2012, affermava: «Possiamo (...) specificare meglio la linea di sviluppo che si va chiaramente delineando. Il reddito minimo si configura come punto di partenza e indica le modalità che devono essere prese in considerazione perché si possa giungere all'effettiva tutela di un diritto fondamentale della persona. L'approdo è il reddito di base incondizionato per tutti, o reddito universale, che tuttavia non esaurisce il diritto all'esistenza libera e dignitosa, di cui costituisce una essenziale componente. La dimensione istituzionale è quella della cittadinanza»²¹. Le politiche pubbliche, anche le più avanzate, rischiano di essere eccentriche rispetto a questi smottamenti tecnologici, a cominciare dalle cd. "politiche attive" elaborate nell'Unione europea, che non possono essere più concepite all'insegna del concetto di inserimento nel mercato del lavoro, vista la progressiva carenza di opportunità disponibili²² o, in ogni caso, a fronte del carattere multiforme, poco formalizzabile e iperflessibile che vantano, in genere, le attività possibili nella *digital economy*. È questo lo sfondo obiettivo nel quale viene nuovamente discussa, anche in Europa, l'ipotesi di un reddito erogato senza condizioni, in particolare non finalizzato a una "rieducazione al lavoro", come rideclinato negli ultimi anni attraverso l'ideologia correzionalista e neo-luterana del "*workfare*". Per cercare di offrire a ognuno la possibilità di valorizzare le proprie *capabilities* (secondo la felice formula del premio Nobel per l'Economia Amartya Sen), l'Unione europea ha elaborato da tempo le "politiche attive", che aiutano il soggetto, soprattutto se in difficoltà, a mettere in atto concretamente il proprio "piano di vita", sfuggendo ai ricatti occupazionali. Si tratterebbe invece, oggi, di radicalizzare questa impostazione nel momento in cui il "lavoro" (subordinato o autonomo che sia) perde il ruolo di collante della società, assumendo contorni più indefiniti, avvicinandosi alla nozione di attività in senso ampio, diventando quantitativamente e qualitativamente sempre più difficile da valutare (per il lavoratore digitale, è altamente problematico definire il momento in cui si sta formando, o sta comunicando, da quello nel quale effettivamente offre ad altri servizi o prestazioni).

Tornando al nostro tema, la legge del 2019 ha un impianto che già trascende la logica del lavoro come unico strumento di reinserimento: per chi è in pen-

20. *The Economist*, 4 giugno 2017; cfr., in particolare, l'articolo *Universal basic incomes. Sighing for Paradise to come*, 4 giugno 2016 (www.economist.com/briefing/2016/06/04/sighing-for-paradise-to-come).

21. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 244; cfr. anche, a p. 248: «Il diritto all'esistenza libera e dignitosa è tutto questo. Reddito, certamente. Ma, insieme e talora soprattutto, condizioni del vivere, dove l'immateriale dà il tono a tutto il resto, determina la qualità stessa della vita». Il tema è affrontato anche in S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

22. Cfr. il report dell'*Economist*, *Equipping people to stay ahead of technological change*, 14 gennaio 2017, disponibile online (www.economist.com/news/leaders/21714341-it-easy-say-people-need-keep-learning-throughout-their-careers-practicalities).

sione, per chi ha già un'occupazione, sia pure non adeguatamente retribuita o precaria, per chi svolge attività di cure, per chi è in formazione; tuttavia, essa mantiene per chi può lavorare un impianto obbligatorio, che si sostanzia nella legge delle "tre offerte" (dopo le quali si perde il diritto), temperata dal carattere congruo e non effimero di queste. Nel contesto europeo, non è certamente un'esperienza che si connota per una pressione mortificante ad accettare qualsiasi "lavoretto". Nondimeno, questa correlazione stretta per alcuni tra obblighi di attivazione e diritto, inevitabilmente genera aspettative che non possono essere soddisfatte per quanto abbiamo già detto, soprattutto da parte degli organi pubblici deputati all'attivazione; sempre meno appare ragionevole che l'attivazione consista nel "formare" i soggetti per carriere predeterminate e già disponibili. Se si vuole essere efficaci e aiutare davvero i soggetti a trovarsi un'attività utile alla collettività, ha poco senso prescrivere come obbligatoria l'acquisizione di quei tratti soggettivi che, invece, dovrebbero rappresentare la propria originalità innovativa. Semmai, serve una rete pubblica che operi come *atelier* della sperimentazione collettiva, come nelle pionistiche sperimentazioni di Parigi e Barcellona, che cercano di combinare nuovo cooperativismo delle piattaforme e sostegno al reddito di base. L'ideologia dell'induzione all'impiego attraverso obblighi sanzionati (maneggiata ad arte dall'*ex premier*, ma anche da alcuni sindacati, per archiviare la normativa

del 2019, non per migliorarla) è alla fine distruttiva per la sfida che lo *ius existantiae* intende accettare: liberare la creatività delle persone affrancandole dal bisogno, ma anche dalle occupazioni non gratificanti e rese superflue dal progresso tecnologico. Ma la legge del 2019, anche su questo aspetto, mostra una notevole apertura: una previsione introdotta in sede di conversione autorizza un monitoraggio (su di un campione non superiore al 5 per cento) di un RdC non condizionato agli obblighi di attivazione stabiliti dalla legge, eccetto quello di accettare una proposta di lavoro congrua. Manca ancora un decreto di attuazione, ma questa previsione potrebbe essere il germe di una significativa "via italiana" a un reddito minimo meno dirigista e più autodeterminato, sulla scia di quanto si sta sperimentando in varie parti del mondo, dall'Ontario all'Aquitania, dalla Finlandia all'Olanda, sino alla California e alla città di Chicago, in un nuovo, coraggioso percorso che, recuperando la *ratio* emancipatrice del *welfare* novecentesco, raccolga però compiutamente le sfide del nuovo millennio, rinunciando a subordinare la necessaria protezione contro la dilagante esclusione sociale alla ricerca di occasioni contrattuali (a cominciare dalla "subordinazione" tradizionale), di cui proprio le dinamiche tecnologiche mostrano l'obsolescenza. Una transizione (nel compromesso tra reddito di base e Rmg) verso una nuova libertà individuale, anche di natura produttiva e occupazionale²³. Un'occasione da non perdere!

23. Per questa prospettiva, cfr. G. Bronzini, *Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell'età dell'innovazione*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2017; G. Allegri, *Il reddito di base nell'era digitale. Libertà, solidarietà, condivisione*, Fefè Editore, Roma, 2018.

Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza

di Silvia Borelli e Giovanni Orlandini *

Nel presente intervento si prendono in esame due recenti interventi del legislatore europeo in materia di mercato interno: la direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza delle condizioni di lavoro. Gli Autori riflettono sulle novità apportate dai due testi normativi, adottati nel quadro del «Pilastro europeo dei diritti sociali», riflettendo sull'impatto che possono avere nel nostro ordinamento.

1. La (scarsa) rilevanza del «Pilastro europeo dei diritti sociali» nella legislazione sociale di fine legislatura / 2. La nuova disciplina del distacco transnazionale, tra obiettivi sociali e difesa degli interessi nazionali / 3. Il difficile cammino verso il superamento del dumping salariale nell'Ue / 4. Il problematico rapporto tra le nuove disposizioni in materia di distacco transnazionale e i principi del mercato interno / 5. Due modelli regolativi per la trasparenza e la prevedibilità nel rapporto di lavoro / 6. Il pericolo di deresponsabilizzazione del datore di lavoro / 7. Il contenuto dell'obbligo di informazione / 8. Gli altri diritti garantiti al lavoratore / 9. Le misure a garanzia dei diritti

1. La (scarsa) rilevanza del «Pilastro europeo dei diritti sociali» nella legislazione sociale di fine legislatura

Il 17 novembre 2017 veniva approvato a Göteborg il «Pilastro europeo dei diritti sociali», un articolato insieme di documenti, che contengono principi e diritti giuridicamente non vincolanti¹, tra cui

spicca la proclamazione interistituzionale di venti principi, che intende «fungere da guida per realizzare risultati sociali e occupazionali efficaci in risposta alle sfide attuali e future, così da soddisfare i bisogni essenziali della popolazione, e per garantire una migliore attuazione e applicazione dei diritti sociali»².

Molte sono le pagine scritte sul pilastro europeo³. E molte sono le critiche mosse a tale strumento

* Il saggio è frutto della comune riflessione dei due Autori, ma la materiale stesura dello stesso è da imputare a Giovanni Orlandini, quanto ai paragrafi 2, 3 e 4, e a Silvia Borelli, quanto ai paragrafi 5, 6, 7, 8 e 9.

1. Come evidenziato dal Comitato economico e sociale europeo (Cese), il «Pilastro europeo dei diritti sociali» è «una dichiarazione politica di intenti e che, di per sé, non crea nuovi diritti giuridici applicabili» (vds. *Impatto della dimensione sociale e del pilastro europeo dei diritti sociali sul futuro dell'Unione europea*, SOC/564, 19 ottobre 2017, par. 1.3).

2. «Proclamazione interistituzionale sul Pilastro europeo dei diritti sociali», punto n. 12 del *Preambolo* (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13129-2017-INIT/it/pdf>).

3. Tra i tanti, vds. G. Bronzini (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Key, Milano, 2018; S. Garben - C. Kilpatrick - E. Muir, *Towards a European Pillar of Social Rights: upgrading the EU social acquis*, in *College of Europe Policy Brief*, n. 1/2017; S. Giubboni, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, n. 4/2017, pp. 953 ss.; Z. Rasnača, *Bridging the gaps or falling short?*

in relazione ai tempi di adozione⁴, ai contenuti, ai rapporti con gli altri cataloghi di diritti fondamentali vincolanti per gli Stati membri⁵. A margine di tali critiche, basti qui osservare come dal pilastro emerga la volontà di non mettere in discussione le regole della *governance* economica e il modo in cui è stato costruito il mercato unico. In sostanza, il pilastro europeo dei diritti sociali sembra riproporre, a dieci anni di distanza, una versione della *flexicurity* aggiornata al rispetto delle regole sulla *governance* economica (non a caso, il pilastro si applica, in prima battuta, ai soli Stati dell'eurozona). Già dalla comunicazione della Commissione (*Avvio di una consultazione su un pilastro europeo dei diritti sociali* – COM(2016)127, p. 5), si afferma infatti che «mercati del lavoro funzionanti e inclusivi devono abbinare efficacemente elementi di flessibilità e di sicurezza, tali da assicurare livelli superiori di occupazione e di capacità di adattamento». Nel documento di lavoro che accompagna il pilastro sociale si precisa, poi, che «the Pillar should be implemented according to available resources and within the limits of sound budgetary management and Treaty obligations governing public finances» (Commission Staff Working Document, *Establishing a European Pillar of Social Rights*, SWD(2017)201, p. 4). Insomma, la promozione di un programma di sostegno e difesa dei diritti sociali negli Stati membri va di pari passo con la conferma dei principi economici e di mercato che,

specie negli anni della crisi, hanno contribuito a erodere e disconoscere quegli stessi diritti.

La scarso impatto prodotto dal pilastro sulle politiche sociali euro-unitarie è d'altra parte testimoniato dal fatto che, a seguito della sua adozione, non sono state avviate nuove iniziative legislative, ma sono state portate avanti alcune proposte già pendenti (in materia di congedi parentali⁶, sulla trasparenza del mercato del lavoro⁷, sulla protezione sociale delle persone con qualunque forma di impiego⁸). E anche su tali proposte, l'influenza del pilastro europeo è stata scarsa (come nel caso della direttiva sulla trasparenza delle condizioni di lavoro) o inesistente (come nel caso della direttiva sul distacco transnazionale). La stessa osservazione vale per altre iniziative legislative il cui *iter* non si è concluso positivamente e che sono tuttora all'esame delle istituzioni europee (come il cd. “*mobility package*” e la proposta di modifica del regolamento sul coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale). Per questo ci sembra che il pilastro europeo dei diritti sociali sia da catalogare tra le più o meno riuscite operazioni di *marketing* del *côté* sociale, ma che poco abbia inciso sull'*hard law* dell'Unione europea.

È vero, però, che le direttive adottate in chiusura della scorsa legislatura sono il segnale di un rinnovato attivismo in materia sociale da parte delle istituzioni euro-unitarie; attivismo che riflette pur sempre l'intento di rafforzare quella dimensione sociale dell'Ue,

The European Pillar of Social Rights and what it can bring to EU-level policymaking, European Trade Union Institute, Bruxelles, working paper n. 5, 2017; S. Sabato - F. Corti - B. Vanhercke - S. Spasova, *Integrating the European Pillar of Social Rights into the roadmap for deepening Europe's Economic and Monetary Union*, studio effettuato per conto del Cese, Bruxelles, 2019.

4. Il Cese ha evidenziato che «sono passati tre anni da quando il Presidente Juncker ha affermato per la prima volta che intendeva ottenere una “tripla A sociale” per l'Unione europea (22.10.2014, Parlamento europeo). La Commissione Juncker ha lanciato con un certo ritardo le proprie iniziative e ha avuto bisogno di parecchio tempo per svolgere le consultazioni sul pilastro (un anno). Altro tempo è trascorso con l'avvio del dibattito sul futuro dell'Europa, senza però che la Commissione avanzasse la minima raccomandazione concreta su come procedere. Nel 2019 si terranno le elezioni al Parlamento europeo e verrà insediata anche una nuova Commissione europea. Secondo l'opinione di molti, questo paradosso temporale – per cui, da un lato, si lascia esaurire il tempo a disposizione per stabilizzare l'UEM e il modello sociale europeo/i modelli sociali europei prima della scadenza del 2019 e, dall'altro, si cerca di guadagnare tempo prima delle importanti consultazioni elettorali che si svolgeranno nell'autunno del 2017 – impedisce purtroppo all'UE di rimettersi in carreggiata e proseguire il cammino».

5. A parere del Segretariato generale del Consiglio d'Europa (vds. la «*opinion on the European Union initiative to establish a European Pillar of Social Rights*» del 2 dicembre 2016), il pilastro europeo dei diritti sociali non rafforza la «*consistency and synergy between European Union law and the European Social Charter treaty system*». In particolare, il segretario generale chiedeva di inserire formalmente le previsioni della Carta sociale europea all'interno del pilastro e di riconoscere il ruolo svolto dalla procedura di reclamo collettivo «*for the contribution it has made to the effective realisation of the rights established in the Charter and to the strengthening of inclusive and participatory democracies*».

6. Proposta di direttiva relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza – COM(2017)253 – che, dopo un *iter* legislativo non troppo tormentato, è stata approvata, in via definitiva, dal Parlamento e dal Consiglio nell'aprile 2019 (direttiva 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza).

7. Documento di consultazione della Commissione europea del 26 aprile 2017, prima fase di consultazione delle parti sociali in base all'art. 154 Tfeue sulla possibile revisione della direttiva 91/533 – C(2017)2611 –, su cui vds. *infra*.

8. Documento di consultazione della Commissione europea del 26 aprile 2017, prima fase di consultazione delle parti sociali in base all'art. 154 Tfeue su una possibile azione relativa alle sfide all'accesso alla protezione sociale per le persone in ogni forma di impiego – C(2017)2610. La risoluzione sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi è stata definitivamente approvata dal Consiglio il 15 ottobre 2019.

la cui storica debolezza è ragione non ultima della crisi del processo d'integrazione manifestatasi, con tutta evidenza, negli ultimi anni. Un intento – questo, almeno, si deve concedere – che è senz'altro anche all'origine del pilastro sociale.

Se e in che misura ciò si sia tradotto in novità sostanziali del quadro delle fonti europee in materia di lavoro, si cercherà di far emergere dalle pagine che seguono, dedicate all'analisi critica delle due direttive che maggiormente incidono sulle dinamiche del mercato interno: quella sul distacco transnazionale e quella sulla trasparenza delle condizioni di lavoro.

2. La nuova disciplina del distacco transnazionale, tra obiettivi sociali e difesa degli interessi nazionali

L'adozione della direttiva (UE) 2018/957 costituisce forse la novità più significativa in ambito sociale della passata legislatura europea, al punto da potersi scorgere un momento di discontinuità nella storia del processo di integrazione del mercato interno, segnato *ab origine* da uno squilibrato rapporto tra libertà economiche (tutelate a livello sovranazionale) e diritti dei lavoratori (garantiti a livello nazionale)⁹. Con essa viene sostanzialmente riformata la direttiva 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi; fonte rivelatasi strategicamente decisiva nel regolare le dinamiche di mercato, specie dopo che l'apertura a est dell'Ue ha aggravato esponenzialmente gli squilibri economico-sociali tra gli Stati membri. Regolare il fenomeno del distacco transnazionale (cioè dell'invio temporaneo di lavoratori in uno Stato da parte di un'impresa con sede in un altro) significa infatti determinare il “quantum” di *dumping* sociale (*in primis* salariale) ammesso all'interno dell'Unione; significa, cioè, stabilire se e in che misura la concorrenza giocata sul costo del lavoro possa costituire una (legittima) leva del processo d'integrazione europea. È, allora, un indubbio segnale di un'Unione più attenta alla sua dimensione sociale e ai diritti dei lavoratori, una riform-

ma – com'è appunto quella attuata grazie alla direttiva 2018/957 – univocamente orientata a rafforzare il potere degli Stati di assicurare più alti *standard* di tutela ai lavoratori stranieri distaccati sul loro territorio nazionale.

Tuttavia, la direttiva non può a rigore iscriversi tra le misure adottate in attuazione del pilastro sociale. Da una parte, la proposta della Commissione europea da cui la direttiva è originata¹⁰ precede la proclamazione del Pilastro; dall'altra, le regole che governano il distacco transnazionale si iscrivono non già nell'ambito delle politiche sociali dell'Ue, cui lo stesso pilastro sociale si riferisce (ambito definito dal titolo X della parte III del Tfue), bensì nell'ambito delle fonti di regolazione del mercato interno (di cui al titolo IV del Tfue e, in specie, all'art. 56 relativo alla libertà di prestazione dei servizi).

La disciplina del distacco transnazionale non è finalizzata ad armonizzare le normative lavoristiche nei diversi Stati membri, ma a determinare quali disposizioni di diritto del lavoro nazionale possano essere applicate ai lavoratori stranieri senza ledere la libertà economica di quest'ultima (garantita, appunto, dalle fonti primarie dell'Ue). Le disposizioni in materia di distacco si collocano dunque nel più ampio sistema delle norme internazional-privatistiche finalizzate a selezionare la legge applicabile ai contratti che presentano profili di internazionalità; e in tal modo integrano quelle del regolamento (cd. “Roma I”) n. 593/2008 (in specie, l'art. 8 relativo ai contratti di lavoro), configurandosi quali norme di applicazione necessaria, delle quali uno Stato può imporre il rispetto a prescindere dalla legge regolatrice del contratto (ai sensi dell'art. 9 del medesimo regolamento)¹¹.

Proprio il peculiare carattere della direttiva sul distacco – di fonte, appunto, tesa non ad armonizzare, ma a risolvere “conflitti” tra normative applicabili – è all'origine delle numerose problematiche ad essa sottese e spiega la sua travagliata gestazione. Intorno ad essa si sono infatti coagulate le crescenti tensioni tra Stati membri che hanno caratterizzato (e caratterizzano) la storia recente del processo di integrazione europea.

9. A.H. Van Hoek, *Re-Embedding the Transnational Employment Relationship: A Tale About the Limitation of (EU) Law?*, in *Common Market Law Review*, n. 2/2018, pp. 449 ss. (mutuando da John Gerard Ruggie la celebre nozione di “*embedded liberalism*”) descrive efficacemente l'attivismo del legislatore europeo, concretizzatosi nell'adozione della direttiva 2018/957, come «*a new wave of re-embedding, this time at European level as well*» (*ivi*, p. 472), che segue alla stagione del *dis-embedding*, caratterizzante il processo d'integrazione del mercato interno dagli anni novanta fino al sopravvenire della crisi.

10. La proposta di direttiva recante modifica della direttiva 96/71/CE è stata adottata dalla Commissione europea l'8 marzo 2016 – COM(2016)128 finale.

11. Per un'analisi delle complesse interrelazioni tra la direttiva sul distacco e le fonti internazional-privatistiche, vds. A.H. Van Hoek e M. Houwerzijl, *Where Do EU Mobile Workers Belong, According to Rome I and the (E)PWD?*, in H. Verschueren (a cura di), *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons: on How EU Law Defines where They Belong*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 215 ss.

La direttiva è stata approvata grazie alla decisa azione del blocco dei “vecchi” Stati membri (con la consueta eccezione del Regno Unito), capeggiati dalla Germania e (soprattutto) dalla Francia, e nonostante la altrettanto decisa opposizione del gruppo di Visegrad¹²; opposizione non terminata neppure con l'adozione definitiva della direttiva, visto che Ungheria e Polonia hanno prontamente promosso un ricorso davanti alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 263 Tfeue, contestando al legislatore derivato la violazione dei principi del mercato interno sanciti dal diritto primario dell'Unione.

Alle tensioni tra Stati si sono poi aggiunti i contrasti tra le parti sociali, sia a livello europeo che nazionale, e (in maniera sommamente ambigua) all'interno delle stesse parti sociali. Il *dumping* salariale infatti, per le imprese di uno Stato membro rappresenta al tempo stesso uno strumento di concorrenza sleale da combattere e un'opportunità produttiva (*rectius*, di delocalizzazione) da sfruttare; mentre per i lavoratori (e i sindacati), da una parte costituisce, certo, un letale strumento di abbattimento dei salari, ma dall'altra (per gli stessi lavoratori distaccati) può apparire anche come motore di occupazione e perfino di crescita salariale, se non da promuovere (quanto meno) da accettare con opportunistica rassegnazione.

Ecco allora che la direttiva 2018/957 svela una doppia faccia, potendo al contempo essere letta sia come importante momento di edificazione di una più solida Europa sociale sia come (ulteriore) segnale di crisi del processo di integrazione e di cedimento a una logica di difesa degli interessi nazionali degli Stati membri economicamente più forti. E tanto più questo secondo profilo è destinato a prevalere, quanto meno efficace sarà, nell'immediato futuro, lo sforzo delle istituzioni euro-unitarie (e di quegli stessi Stati membri) per ridurre gli squilibri socio-economici

all'interno dell'Unione; squilibri che rendono impossibile raggiungere l'obiettivo della «*parificazione nel progresso*» delle condizioni dei lavoratori europei iscritto nell'art. 151 del Trattato.

3. Il difficile cammino verso il superamento del *dumping* salariale nell'Ue

Come anticipato, la direttiva 2018/957 ha modificato in più parti il testo della direttiva 96/71, incidendo anche sulla disposizione che può a ragione considerarsi il suo cuore precettivo: l'art. 3, par. 1, lett. c, deputato a fissare il trattamento salariale dei lavoratori distaccati¹³. Nel sostituire la riduttiva nozione di «*tariffe minime salariali*» con l'omnicomprensiva nozione di «*retribuzione*», il legislatore europeo supera l'originaria *ratio* della direttiva, tesa a declinare al ribasso gli *standard* di tutela dei lavoratori distaccati, e configura la possibilità che questi beneficino della parità di trattamento salariale rispetto ai lavoratori nazionali¹⁴. Spetta agli Stati identificare l'*ubi consistam* della nozione in parola, ma è la stessa direttiva a precisare che essa comprende «*tutti gli elementi (...) resi obbligatori da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali, da contratti collettivi o da arbitrati che sono stati dichiarati di applicazione generale nello Stato membro*».

È vero che la novità normativa non è tale se si considera che la Corte di giustizia, già nel 2015, aveva interpretato in senso lato l'originaria nozione di «*tariffe minime salariali*», rimettendo di fatto agli Stati il potere di determinarne il contenuto, ovvero di individuare le voci retributive che la compongono¹⁵. Ma ciò non sminuisce l'importanza della novella, non solo perché con essa si cristallizza un (mero) orientamento giurisprudenziale in norma di diritto positivo,

12. Per contrastare l'adozione della proposta di revisione della direttiva 96/71, undici Stati membri (tra i quali la maggior parte dei Paesi dell'est) hanno attivato la procedura prevista dal Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità annesso ai Trattati (cd. “*yellow card procedure*”); il che ha rallentato l'iter di adozione della direttiva 2018/957, ma non l'ha bloccato per la ferma intenzione della Commissione (e degli altri Stati membri) di concluderlo positivamente.

13. L'art. 3, par. 1, della direttiva 96/71 elenca le materie rispetto alle quali ai lavoratori distaccati vanno applicate le norme inderogabili di tutela lavoristica vigenti nello Stato ospitante: oltre alla retribuzione (comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario ed esclusi i trattamenti pensionistici integrativi), periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; durata minima dei congedi annuali retribuiti; condizioni di fornitura dei lavoratori, in particolare la fornitura di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; sicurezza, salute e igiene sul lavoro; provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione. A queste materie, già presenti nella versione originaria della direttiva 96/71, la direttiva 2018/957 ha aggiunto le condizioni di alloggio dei lavoratori qualora questo sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori lontani dal loro abituale luogo di lavoro e le indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori lontani da casa per motivi professionali (vds. *infra* nel testo).

14. Il principio della “parità di salario a parità di lavoro” (oltre a essere evocato nel *considerando* n. 6 della direttiva 2018/957) è espressamente assunto come finalità della riforma dalla Commissione europea nell'*Explanatory memorandum* alla proposta di revisione della direttiva 96/71 – COM(2016) 128, 2.

15. Cgue, 12 febbraio 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*.

ma anche perché, in tal modo, quanto la Corte configura come una possibilità rimessa alla scelta degli Stati membri diventa un “diritto” che in tutti gli ordinamenti nazionali i lavoratori distaccati potranno rivendicare¹⁶; un diritto, peraltro, da riconoscere necessariamente in tutti i settori economici e non già, come nella versione originaria della direttiva, nel solo settore dell’edilizia¹⁷.

La volontà di contrastare con più efficacia il *dumping* salariale si traduce, poi, in una serie di disposizioni che dovrebbero impedire il perpetuarsi di pratiche fraudolente operate dalle imprese giocando sull’incertezza in merito all’imputazione delle voci retributive corrisposte al lavoratore distaccato. E così, da una parte, si prevede che al lavoratore distaccato spettino le medesime «*indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori lontani da casa per motivi professionali*» eventualmente garantite al lavoratore nazionale (art. 3, par. 1, lett. i); dall’altra, si introduce una sorta di presunzione a favore del lavoratore nel computo delle voci retributive corrispostegli, imponendo l’imputazione a titolo di rimborso spese delle indennità specifiche di distacco effettivamente erogate dal proprio datore, qualora non risulti il contrario dalle condizioni applicabili al rapporto di lavoro (art. 3, par. 7).

Se il nuovo quadro normativo fornisce senza dubbio agli Stati più efficaci strumenti di contrasto al *dumping* salariale, non per questo però può dirsi esclusa – per le imprese che operano nel mercato interno – la possibilità di sfruttare il costo del lavoro a fini concorrenziali.

In primo luogo, non si può ignorare come, in tutti gli Stati membri, sui livelli salariali incida sempre di più la contrattazione decentrata, che non riguarda i lavoratori distaccati. La valorizzazione del livello aziendale di contrattazione come sede di determinazione dei salari aumenta dunque lo scarto tra la retribuzione (media) corrisposta ai lavoratori nazionali e quella (minima) corrisposta ai lavoratori distaccati¹⁸; con la conseguenza che l’obiettivo di garantire “pa-

rità di salario a parità di lavoro” a tutti i lavoratori occupati sul territorio dell’Unione (che, come detto, la nuova direttiva sul distacco dovrebbe perseguire¹⁹) diventa di fatto una chimera.

Né può sfuggire come proprio l’Ue, attraverso il semestre europeo, abbia giocato (e giochi) un ruolo decisivo nell’indurre gli Stati a legare sempre più strettamente le dinamiche salariali all’andamento della produttività aziendale, rafforzando il processo di decentramento contrattuale²⁰. Il che rende quanto meno ambivalente il significato della complessiva politica salariale promossa dall’Unione, frutto della combinazione di interventi di *hard* e *soft law*. Se è vero infatti che, con la direttiva 2018/957, il legislatore europeo impone l’estensione dei medesimi *standard* salariali per lavoratori nazionali e stranieri distaccati, dall’altra gli organi di governo dell’Unione (attraverso la *governance* economica) inducono gli Stati a riconfigurare al ribasso tali *standard*, sminuendo il ruolo della contrattazione collettiva nazionale a vantaggio di quella aziendale. Ne esce ridimensionata la portata della nozione ampia di «retribuzione» accolta nella nuova disciplina del distacco e potenzialmente comprensiva dell’insieme delle voci previste dal contratto di categoria, giacché, in sistemi nei quali quest’ultimo ha perso la sua tradizionale funzione tariffaria, non resta che riconoscere nella legge la fonte inderogabile di definizione dei minimi salariali a livello nazionale. Il che è quanto avvenuto, ad esempio, in Germania, dove la necessità di conciliare una struttura contrattuale sempre più decentrata con i vincoli posti dal mercato interno ha portato al varo della legge federale sul salario minimo, che oggi definisce lo *standard* retributivo inderogabile su tutto il territorio nazionale, sia per lavoratori nazionali sia per i lavoratori stranieri distaccati da altri Stati membri.

Agli effetti conseguenti al decentramento contrattuale si sommano i problemi strutturali propri di quei sistemi di contrattazione a basso tasso di istituzionalizzazione, che (come quello italiano) non conoscono

16. La direttiva 2018/957 (riformando l’art. 5 della direttiva 96/71) rafforza peraltro il diritto dei lavoratori distaccati ad agire davanti alle autorità giudiziarie o amministrative dello Stato ospitante in caso di violazione degli obblighi gravanti sui loro datori; l’art. 11, par. 3, della precedente direttiva (cd. *enforcement*) n. 2014/67 impone altresì agli Stati di permettere alle organizzazioni sindacali di agire «per conto o a sostegno» del lavoratore (disposizione, questa, non recepita dal legislatore italiano nel d.lgs n. 136/2016, di attuazione della direttiva del 2014).

17. La versione originaria della direttiva 96/71 lasciava liberi gli Stati di estendere o meno gli *standard* fissati dai contratti collettivi per tutelare lavoratori impiegati in attività diverse da quelle elencate nell’allegato alla direttiva stessa (nei fatti, appunto, il settore edilizio) – art. 3, par. 10, secondo alinea.

18. A.H. Van Hoeck, *Re-Embedding*, op. cit., p. 483.

19. Vds. *supra*, nota 6.

20. Per un’analisi critica delle politiche salariali promosse dall’Ue, vds. (tra i tanti) i contributi in G. Van Gyes e T. Schulte (a cura di), *Wage Bargaining under the New European Economic Governance. Alternative Strategies for Inclusive Growth*, European Trade Union Institute, Bruxelles, 2015.

meccanismi di estensione dell'efficacia del contratto collettivo di categoria. In sistemi di questo tipo, la portata innovativa della nuova direttiva finisce per vanificarsi in ragione dell'impossibilità di applicare *ex lege* ai lavoratori stranieri contratti collettivi che non vincolano tutte le imprese nazionali. Osta a un diverso scenario il principio di non discriminazione, in questo caso posto a tutela delle imprese straniere che distaccano i lavoratori.

Proprio il principio di non discriminazione spiega le complesse disposizioni della direttiva 96/71 deputate a dettare le condizioni per l'applicabilità dei contratti collettivi alle imprese straniere, in Paesi nei quali mancano meccanismi legali per renderli universalmente vincolanti (art. 3, par. 8); disposizioni che – in quanto, appunto, riflesso del fondamentale principio di non discriminazione – non sono state modificate dalla direttiva 2018/957. La possibilità di pretendere il rispetto di contratti collettivi vigenti sul territorio nazionale da parte delle imprese straniere è condizionata dalla prova che tali contratti siano “di fatto” rispettati da tutte le imprese nazionali²¹. Da ciò la scarsa rilevanza, nell'ordinamento italiano, della nuova nozione di «retribuzione» di cui all'art. 3, par. 1 lett. c, posto che tale prova è superabile (al più) soltanto in relazione a quelle voci riconosciute dalla giurisprudenza come espressione del diritto costituzionale all'equa retribuzione (*ex art. 36 Cost.*)²²: ovvero, in pratica, alle «tariffe minime salariali» cui si riferiva l'originaria versione della direttiva 96/71.

Se ai problemi testé evidenziati si aggiunge il fatto

che il regime di sicurezza sociale dei lavoratori distaccati – dal quale dipende la determinazione dell'onere contributivo – resta, per almeno 24 mesi, quello del loro Paese d'origine in virtù dell'art. 12 del regolamento n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale²³, è evidente come, anche dopo l'adozione della direttiva 2018/957, il basso costo del lavoro resti un decisivo elemento di competizione tra le imprese che operano sul territorio dell'Unione²⁴.

4. Il problematico rapporto tra le nuove disposizioni in materia di distacco transnazionale e i principi del mercato interno

I vantaggi competitivi che il ricorso al distacco transnazionale continua a offrire (nonostante l'adozione della nuova nozione di «retribuzione»), potrebbero essere in teoria ridotti da una contrattazione *case by case* tra sindacati dello Stato ospitante e impresa straniera distaccante. Questo scenario è reso giuridicamente realizzabile dal nuovo art. 1, par. 1-*bis*, inserito con l'evidente scopo di contraddire la controversa interpretazione dell'originaria versione della direttiva 96/71 fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Laval*²⁵. La disposizione in questione (fortemente voluta dal fronte sindacale) esclude, infatti, che la direttiva 96/71 possa pregiudicare in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali, compreso il diritto di sciopero e «il diritto di negoziare, concludere ed

21. L'art. 3, par. 8, della direttiva 96/71 prevede che «in mancanza, o a complemento, di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi», gli Stati possano avvalersi «dei contratti collettivi o degli arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale», purché (appunto) sia garantita la parità di trattamento tra le imprese straniere e le imprese nazionali «che si trovano in una situazione analoga».

22. Sulla complessa (e irrisolta) questione dell'identificazione del salario da applicare ai lavoratori distaccati in Italia è tornato a più riprese l'Inl, prima con la circolare del 9 gennaio 2017, n. 1, quindi con le «Linee guida per l'attività ispettiva in materia di distacco transnazionale» dell'1 agosto 2019, richiamando gli «importi che assicurano il rispetto dei principi costituzionali di sufficienza e proporzionalità della retribuzione» (in dottrina, problematicamente, M. Pallini, *Gli appalti transnazionali: la disciplina italiana al vaglio di conformità con il diritto europeo*, in *Riv. giur. lav.*, n. 3/2017, parte I, pp. 485 ss).

23. In merito, diffusamente, A. Sgroi, *Profili previdenziali del distacco nell'Unione europea*, in *Arg. dir. lav.*, n. 2/2019, pp. 67 ss.

24. Proprio in ragione della permanente convenienza del ricorso al distacco transnazionale, resta fondamentale l'azione di contrasto agli abusi e ai comportamenti fraudolenti operati dalle imprese attraverso l'utilizzo di distacchi fittizi o di false imprese (cd. *letter box companies*) in Paesi con basso costo del lavoro; su questo profilo della regolazione del distacco nazionale incidono le disposizioni della direttiva “enforcement” 2014/67, cui rinvia la stessa direttiva 2018/957 riformando l'art. 5 della direttiva 96/71 relativo agli obblighi di monitoraggio, controllo e esecuzione gravanti sugli Stati. Un ruolo di decisiva importanza nel rafforzare l'attività ispettiva di contrasto ai distacchi fraudolenti (anche grazie alla cooperazione tra organismi ispettivi nazionali) dovrebbe svolgere la neonata Autorità europea del lavoro (*European Labour Authority*), istituita con il regolamento (UE) 2019/1149 del 20 giugno 2019 (per un'analisi critica della proposta, vds. S. Giubboni, *The New European Labour Authority and Social Security Coordination. Some Preliminary Remarks*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 3/2018, pp. 521 ss.).

25. Cgce, 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e altri*; per una sintesi dello sterminato dibattito dottrinale cui la sentenza ha dato origine, vds. C. Barnard, *The calm after the storm: Time to reflect on EU (labour) law scholarship following the decision in Viking and Laval*, in A. Bogg - C. Costello - A.C.L. Davies (a cura di), *Research Handbook on EU Labour Law*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), 2016, pp. 337 ss.

eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali».

La Corte dovrà necessariamente confrontarsi con una simile clausola di salvaguardia, qualora fosse nuovamente chiamata a valutare la legittimità di un'azione sindacale tesa a promuovere le condizioni di lavoro di lavoratori distaccati. E ben difficilmente potrà confermare il giudizio di illegittimità basandosi sui limiti posti dalla direttiva 96/71 alla parità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori nazionali, come appunto ha fatto nel celebre arresto del 2007. Tuttavia, non per questo il problema del rapporto tra libertà economiche ed esercizio dell'autonomia collettiva può dirsi risolto, giacché tale problema trova la propria origine nelle norme di diritto primario che tutelano le prime; norme, queste, che (proprio nella sentenza *Laval*) concorrono con la direttiva 96/71 a fondare il giudizio di illegittimità dell'azione sindacale²⁶.

La clausola di salvaguardia introdotta dalla direttiva 2018/957 solleva quindi il problema della sua conciliazione con i principi che guidano il processo d'integrazione del mercato interno e che sono iscritti nelle fonti primarie dell'Ue. Il rischio è che l'efficacia della nuova disposizione sia (almeno in parte) neutralizzata da una sua interpretazione condotta alla luce di tali principi; interpretazione che potrebbe, ad esempio, lasciare esposte ai limiti deducibili dall'art. 56 Tfeue (e, di conseguenza, a una possibile censura di illegittimità) le azioni sindacali volte ad applicare *standard* di tutela superiori a quelli previsti dalla direttiva 96/71: in primo luogo, proprio i salari fissati a livello aziendale.

D'altra parte, il problema del rapporto tra la direttiva 96/71 e l'art. 56 Tfeue (che della prima continua a costituire il fondamento legale) resta aperto anche per altre disposizioni introdotte con la riforma del 2018. A partire da quella che fissa la durata massima del distacco in dodici mesi (prorogabili fino a 18, su

richiesta dell'impresa distaccante), superati i quali al lavoratore distaccato si applicano le stesse condizioni di lavoro che spettano ai lavoratori nazionali, fatte salve alcune materie tassativamente elencate (come la disciplina del licenziamento, art. 3, par. 1-bis)²⁷. La norma si raccorda con il paragrafo 10 dello stesso art. 3 (già presente nella versione originale della direttiva), che consente agli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati le norme di tutela previste dal diritto nazionale anche al di là delle materie imposte dalla direttiva (elencate nell'art. 3, par. 1), purché si tratti di «*disposizioni di ordine pubblico*».

Entrambe le disposizioni (la nuova e l'originaria) trovano la loro giustificazione nei principi del mercato interno, che impongono di identificare il *quantum* di tutele da applicare ai lavoratori distaccati in base a un giudizio di bilanciamento condotto alla luce del principio di proporzionalità²⁸. Il legislatore del 2018 riconosce evidentemente che, in caso di distacco di lunga durata, si giustificano maggiori oneri conseguenti a più elevati *standard* di tutela da assicurare ai lavoratori distaccati; ciò in quanto la prolungata presenza sul territorio di un altro Stato membro determina «*un nesso fra il mercato del lavoro [di quello Stato] e i lavoratori distaccati*» (così nel *considerando* n. 10) altrimenti assente per i distacchi più brevi. Si spiega, così, il superamento del rigido filtro dell'ordine pubblico, posto dall'art. 3, par. 10, come limite al potere statale di estendere le tutele del lavoro in materie non comprese nell'elenco tassativo di cui all'art. 3, par. 1²⁹. Le tutele da accordare ai lavoratori distaccati rimangono, però, un limite alla libertà economica, come tale da giustificare alla luce del *test* di proporzionalità. E proprio in questa prospettiva va letta la scelta di escludere la possibilità di estendere la parità di trattamento tra lavoratori stranieri e nazionali con riferimento ad alcuni significativi profili del rapporto di lavoro. Una scelta, questa, che mitiga la portata innovativa della norma, riducendo i margini di discrezionalità degli

26. Applicando direttamente l'art. 56 Tfeue (ex 49 Tce) al caso di specie, la Corte di giustizia ha ritenuto non giustificabile l'imposizione a un'impresa stabilita in un altro Stato membro di una trattativa salariale «*che si inserisca in un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni, di qualsivoglia natura, sufficientemente precise e accessibili da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali*» (Cgce, C-341/05, punto 110).

27. Ai sensi del «nuovo» par. 1-bis dell'art. 3 della direttiva 96/71, anche se la durata del distacco supera i dodici mesi, la parità di trattamento con i lavoratori nazionali resta esclusa in relazione alle «*procedure, formalità e condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto di lavoro, comprese le clausole di non concorrenza*» nonché ai «*regimi pensionistici integrativi di categoria*».

28. Sul *test* di proporzionalità come criterio-guida per contemperare interessi e obiettivi di politica nazionale con i principi (sovrnazionali) che sovrintendono all'integrazione del mercato, vds. assai efficacemente P. Syrpis e T. Novitz, *The EU Internal Market and Domestic Labour Law: Looking Beyond Autonomy*, in A. Bogg - C. Costello - A.C.L. Davies - J. Prassl (a cura di), *The Autonomy of Labour Law*, Hart, Oxford, 2015, pp. 291 ss.

29. La nozione di «ordine pubblico» di cui all'art. 3, par. 10 (in quanto deroga alla libera prestazione dei servizi), è stata dalla Corte di giustizia interpretata in maniera fortemente restrittiva nella celebre sentenza 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo* (che completa, ultima in ordine di tempo, il cd. «*Laval quartet*»).

Stati nel contrastare pienamente il *dumping* anche in caso di distacchi prolungati. Il rischio, allora, è che ben poco sia destinato a cambiare, considerando che in tal modo la portata dell'art. 3, par. 1-*bis*, finisce, se non per sovrapporsi, certo per avvicinarsi molto a quella dell'art. 3, par. 10.

La necessità di tener conto dei vincoli sistematici derivanti da principi e regole che governano l'integrazione del mercato dei servizi vale anche per leggere la nuova disposizione relativa ai cd. "distacchi a catena", ovvero operati da un'impresa inviando in altro Stato membro un lavoratore somministratore da un'agenzia stabilita in un diverso Stato membro; prassi operata al fine di eludere i vincoli posti dalla direttiva 96/71 (anche ricorrendo ad agenzie stabilite in Stati terzi), grazie ai dubbi circa l'ambito di applicazione di quest'ultima³⁰.

La norma si è esposta alle critiche di quanti ritengono che, con essa, il legislatore europeo abbia legittimato il distacco a catena anche nei Paesi che non lo consentono. Critica opinabile, perché con essa si attribuisce alla direttiva un'efficacia che non possiede: proprio in quanto fonte di regolazione del mercato interno (e non di armonizzazione di normative sociali nazionali), essa non incide sulle legislazioni sostanziali degli Stati membri, ma si limita a coordinarle, individuando la legislazione da applicare per regolare le varie ipotesi di distacco transnazionale (e in ciò, si è detto, va colto il suo carattere di fonte internazionale-privatistica)³¹. L'illegittimità del distacco a catena può, in teoria, derivare dall'applicazione della legge dello Stato in cui il distacco è operato, proprio in virtù delle norme di diritto internazionale-privato³²; tale legge resterebbe però assoggettata al giudizio di compatibilità con l'art. 56 Tfeue, in ragione degli effetti che produce sull'esercizio della libertà di prestazione di servizi. Ed è verosimile che la Corte di giustizia (se investita della questione) possa considerare "sproporzionato" un divieto di effettuare distacchi a catena, dal momento che le finalità anti-fraudolente che con esso si intendono perseguire potrebbero essere raggiunte con misure meno restrittive della libertà

economica³³. Ma un simile giudizio non sarebbe da imputare alla direttiva 2018/957.

L'intero impianto della direttiva 2018/957 è, dunque, segnato dalla latente tensione tra l'obiettivo di dotare gli Stati di più efficaci strumenti di contrasto al *dumping* sociale (che il legislatore europeo persegue) e i principi posti dal Trattato a presidio del funzionamento del mercato interno (dei quali, in ultima analisi, è garante la Corte di giustizia). Le misure di contrasto al *dumping* non possono prescindere dalla necessità di rispettare la libertà di prestazione dei servizi; il che preclude a monte la possibilità di regolare il distacco transnazionale in base al principio della "parità di salario a parità di lavoro" e assicura alle imprese che operano sul territorio dell'Unione di beneficiare di "un certo grado" di *dumping* sociale come strumento concorrenziale³⁴.

La difficoltà di tenere insieme le esigenze di tutela dei lavoratori (distaccati e, soprattutto, nazionali) con gli interessi delle imprese a beneficiare di un mercato aperto e in libera concorrenza è, d'altra parte, all'origine di tutte le problematiche connesse con la regolazione del distacco transnazionale; tema nel quale – si è detto – si condensano le contraddizioni irrisolte di un mercato interno costruito senza tener conto dei profondi squilibri economici e sociali tutt'ora presenti tra gli Stati membri. Se si può salutare con favore l'adozione di norme più adeguate a limitare dinamiche di *dumping* (a beneficio dei sistemi nazionali socialmente più avanzati), non si deve dimenticare che il futuro del cd. modello sociale europeo dipende dal superamento di tali squilibri.

5. Due modelli regolativi per la trasparenza e la prevedibilità nel rapporto di lavoro

Il 16 aprile 2019, il Parlamento europeo ha approvato la direttiva relativa a «condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea» – dir. (UE) 2019/1152. Il testo votato dal Parlamento

30. La fattispecie del distacco transnazionale, nelle tre ipotesi elencate dall'art. 1 della direttiva 96/71 (appalto transnazionale, distacco infra-gruppo e somministrazione tramite agenzia), presuppone sempre l'esistenza di un rapporto di lavoro tra impresa distaccante e lavoratore distaccato (sul punto, A. Allamprese - S. Borelli - G. Orlandini, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale. Problemi di diritto sociale europeo e internazionale*, in *Riv. giur. lav.*, n. 1/2019, p. 141).

31. Va però segnalato che, per contrastare l'utilizzo fraudolento di tale forma di distacco, il punto 4 della decisione A2 prevede che, nel caso di distacco "a catena", si applichi il regime di sicurezza sociale del Paese ove viene svolta la prestazione lavorativa.

32. Una disposizione nazionale che vieti di operare distacchi a catena potrebbe considerarsi «norma di applicazione necessaria» ai sensi dell'art. 9 del regolamento 593/08, in quanto tale prevalente sull'eventuale legislazione applicabile al rapporto di lavoro.

33. Analogamente, la Corte di giustizia si è costantemente espressa nei confronti di leggi nazionali che subordinano il distacco a procedure di autorizzazione, impedendo l'ingresso dei lavoratori in uno Stato membro (tra le altre, Cgue 7 ottobre 2010, C-515/08, *Santos Palhota*).

34. Così, S. Giubboni e G. Orlandini, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 4/2018, p. 929.

è il risultato dell'accordo raggiunto in trilogia dalla Commissione, dal Consiglio dell'Ue e dallo stesso Parlamento. L'iter legislativo è stato attivato dalla Commissione, nell'ambito delle iniziative relative al pilastro europeo dei diritti sociali. Va detto, però, che l'intenzione di modificare la direttiva 91/533 relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro era stata manifestata dalla Commissione già nel 2014, quando, nell'ambito del programma REFIT, si era deciso di sottoporre questa direttiva a una cd. "ex-post evaluation"³⁵. Nell'aprile 2017, la Commissione aveva pertanto iniziato la prima fase di consultazione delle parti sociali, obbligatoria ai sensi degli artt. 154 e 155 Tfu. Al termine della seconda fase di consultazione (iniziata nel settembre 2017), le parti sociali informavano la Commissione dell'impossibilità di raggiungere un accordo. La Commissione decideva quindi di presentare la propria proposta al Parlamento e al Consiglio dell'Ue.

La direttiva intende «migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un'occupazione più trasparente e prevedibile, pur garantendo nel contempo l'adattabilità del mercato del lavoro» (art. 1, par. 1). A tal fine, prevede l'obbligo per il datore di lavoro di informare i lavoratori su alcuni elementi essenziali del rapporto di lavoro (art. 4). Essa stabilisce, poi, alcuni diritti minimi – in materia di durata del periodo di prova, divieto di clausole di esclusività, prevedibilità del lavoro, transizione a un altro lavoro, formazione – che dovrebbero applicarsi a tutti «coloro che hanno un contratto o un rapporto di lavoro» (art. 1, par. 2). La direttiva garantisce la possibilità, per gli Stati membri, di applicare o introdurre misure più favorevoli per i lavoratori, e vieta che il recepimento della stessa sia motivo per ridurre il livello generale di protezione riconosciuto ai lavoratori (cd. "clausola di non regresso", art. 20)³⁶.

Il primo aspetto su cui merita soffermarsi riguarda l'ambito di applicazione della direttiva. Come detto, questa dovrebbe applicarsi a tutti i lavoratori. Tale affermazione trova, tuttavia, un riscontro solo parziale nelle norme della direttiva. In primo luogo, ai sensi dell'art. 1, par. 3, gli Stati possono decidere di non

applicare la direttiva ai lavoratori il cui rapporto di lavoro sia di durata inferiore o uguale a tre ore a settimana, calcolate in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive. La deroga, seppure non si applichi nei casi in cui non è stabilita «una quantità garantita di lavoro retribuito»³⁷, rischia di essere, nei fatti, ben più estesa di quanto consentito: se un lavoratore viene infatti assunto con un contratto di dodici ore al mese e poi ne lavora venti, difficilmente farà causa al datore di lavoro perché ha violato l'obbligo di informazione.

Gli Stati membri possono inoltre prevedere, «su basi oggettive», che i diritti fissati nel capo III (in materia di durata del periodo di prova, divieto di clausole di esclusività, prevedibilità del lavoro, transizione a un altro lavoro, formazione), «non si applichino a funzionari pubblici, servizi pubblici di emergenza, forze armate, autorità di polizia, magistrati, pubblici ministeri, investigatori o altri servizi preposti all'applicazione della legge» (art. 1, par. 6). Altra deroga riguarda i lavoratori domestici, a cui possono non applicarsi le disposizioni sulla transizione a un altro lavoro, sulla formazione e sulle presunzioni giuridiche (art. 1, par. 7).

Per definire il suo ambito di applicazione, la direttiva richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia Ue sulla nozione di "lavoratore". Pertanto, «i lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a *voucher*, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti» rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva solo se soddisfano i criteri indicati in quella giurisprudenza (cons. n. 8). La direttiva non si applica, invece, ai lavoratori effettivamente autonomi. Nella sua pluridecennale giurisprudenza, la Corte di giustizia ha affermato che la qualificazione del rapporto di lavoro si fonda sui fatti correlati all'effettiva prestazione di lavoro, e non sul modo in cui le parti descrivono il rapporto³⁸.

Il problema è capire quali sono i criteri utilizzati dalla Corte di giustizia per distinguere i "falsi lavoratori autonomi" dai "lavoratori effettivamente autonomi". Nel diritto Ue, la questione è particolarmente rilevante perché si intreccia a un'altra vicenda: ai fini

35. Vds. Aa. Vv., *Refit study to support evaluation of the written statement directive (91/533/EC). Final report*, pubblicato a cura della Direzione generale occupazione, affari sociali e inclusione della Commissione Europea, Bruxelles, marzo 2016.

36. In particolare, la direttiva «non dovrebbe essere utilizzata come motivo per introdurre contratti di lavoro a zero ore o di tipo simile» (cons. n. 47). Come osservato da N. Countouris, *EU law and the regulation of 'atypical' work*, in A. Bogg - C. Costello - A.C.L. Davies (a cura di), *Research Handbook*, op. cit., p. 266, «in order to be true the commitment that 'employment contract of an indefinite duration are the general form of employment relationship', Member States and national social partners must be allowed, where not encouraged, to reintroduce or at least maintain in place some of those restrictions to non-standard work that are currently being dismissed, partly under the auspices of EU law and policy action».

37. È il caso, ad esempio, dei contratti a zero ore o del lavoro a chiamata (cons. n. 12).

38. Cgce, 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, par. 71.

del diritto della concorrenza, i lavoratori autonomi sono classificati come imprese; pertanto, i contratti collettivi che regolano i rapporti di lavoro di tali soggetti sono vietati in quanto impediscono, restringono o falsano il gioco della concorrenza (art. 101 Tfeue)³⁹. Al lavoro autonomo si applica poi il regolamento (UE) 2019/1150 sull'equità e la trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*. Il diritto Ue prevede, cioè, due distinti modelli di regolazione del lavoro tramite piattaforma: da un lato, per i "falsi" lavoratori autonomi, la direttiva 2019/1152 detta *standard* minimi di tutela che possono essere migliorati dagli Stati membri o mediante la contrattazione collettiva (sulla promozione del dialogo sociale vds. l'art. 21, par. 4); dall'altro, per i lavoratori effettivamente autonomi, il regolamento 2019/1150 stabilisce alcune regole di trasparenza per il corretto funzionamento del mercato interno (cons. n. 7), ma non prevede alcuna clausola di salvaguardia di migliori *standard* di trattamento a favore dei lavoratori, né consente, almeno espressamente, la contrattazione collettiva.

Tale regolamento, che si applica a qualsiasi «privato che agisce nell'ambito delle proprie attività commerciali e professionali» (art. 2)⁴⁰, disciplina obblighi di trasparenza a carico del fornitore di servizi di intermediazione *online*, quando questo stabilisce unilateralmente i termini e le condizioni della relazione contrattuale (cons. n. 14)⁴¹. La situazione di squilibrio contrattuale giustifica l'imposizione, a carico del fornitore di servizi di intermediazione *online*, dell'obbligo di comunicare le ragioni di sospensione o cessazione della fornitura di detti servizi (art. 3) e i parametri che determinano il posizionamento (art. 5). Il fornitore di servizi di intermediazione *online* deve poi rispettare una determinata procedura in caso di limitazione, sospensione o ces-

sazione del servizio (art. 4) e garantire un sistema interno di gestione dei reclami facilmente accessibile, gratuito, rapido ed efficace (art. 11). Le organizzazioni che hanno un legittimo interesse a rappresentare i lavoratori autonomi possono adire i giudici nazionali «per far cessare o vietare qualsiasi caso d'inadempienza» delle prescrizioni del regolamento (art. 14), o elaborare, con i fornitori di servizi di intermediazione *online*, codici di condotta (art. 17). Come detto, nel regolamento non è prevista né la possibilità di stipulare contratti collettivi, né la possibilità, per gli Stati membri, di applicare disposizioni più favorevoli al lavoratore. Il regolamento non limita la possibilità, per il fornitore di servizi di intermediazione *online*, di scegliere la legge applicabile al contratto (art. 3 reg. "Roma I"; cons. n. 49 reg. 2019/1150), né gli proibisce di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali (art. 3, par. 3). Il regolamento si applica ai soli servizi di intermediazione *online* che siano anche servizi della società dell'informazione (art. 2, n. 2)⁴². Non rientrano, dunque, nel suo ambito di applicazione piattaforme come Uber, in cui il servizio di intermediazione è «parte integrante di un servizio complessivo in cui l'elemento principale è un servizio di trasporto»⁴³.

I problemi generati dall'accostamento dei due modelli regolativi sono molteplici. In primo luogo, occorre affrontare la questione relativa all'impossibilità di stipulare contratti collettivi per i "veri" lavoratori autonomi. Sul punto, rischia di aprirsi un nuovo conflitto tra le corti sovranazionali⁴⁴. La definizione di «falso lavoratore autonomo» utilizzata dalla Corte di giustizia per delimitare il campo di applicazione del diritto Ue della concorrenza⁴⁵ non pare infatti in linea con quanto affermato dal Comitato europeo dei diritti sociali (Ceds), secondo cui il diritto alla contrattazione collettiva deve essere garantito in ogni caso in

39. Sui diritti sindacali dei lavoratori autonomi, vds. L. Fulton, *Trade unions protecting self-employed workers*, European Trade Union Confederation (ETUC), Bruxelles, 2018, e più in generale N. Countouris e V. De Stefano, *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Bruxelles, 2019.

40. Il regolamento si applica a utenti commerciali stabiliti nell'Unione, che offrono i loro servizi a consumatori situati nell'Unione almeno per parte della transazione (cons. n. 9 e art. 1, par. 2).

41. «Il fatto che i termini e le condizioni siano o meno stati stabiliti unilateralmente dovrebbe essere determinato caso per caso in base a una valutazione complessiva» (cons. n. 14).

42. Si considera servizio della società dell'informazione «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi» (art. 1, lett. b, dir. 2015/1535).

43. Cgue, 20 dicembre 2017, C-434/15, *Uber Systems Spain*, par. 40.

44. Sul tema vds. A. Supiot, *Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen*, in *Semaine sociale Lamy*, supplemento n. 1746/2016, pp. 7 ss.; B. Veneziani, *Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca*, in *Dir. lav. mer.*, n. 2/2016, pp. 240 ss.; S. Sciarra, *Rule of Law and Mutual Trust: a Short Note on Constitutional Courts as "Institutions of Pluralism"*, in *Dir. Unione eur.*, n. 3/2018, pp. 431 ss.; F. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete (ES), 2016.

45. Cgue, 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*.

cui esista uno squilibrio di potere tra il lavoratore e il committente⁴⁶. Il contrasto tra il Ceds e la Corte di giustizia potrebbe essere risolto qualora i concetti di “unità economica” e di “lavoratore”, che in *FNV Kunsten* i giudici di Lussemburgo hanno sovrapposto, fossero mantenuti distinti⁴⁷. Un’unità economica esiste quando un operatore economico non determina in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato⁴⁸: in tutti questi casi, vi è quello squilibrio dei poteri contrattuali che, secondo l’opinione dell’avvocato generale in *Albany*, giustifica l’intervento della contrattazione collettiva, diretta appunto a «garantire un risultato equilibrato per entrambe [le parti] e per la società intera»⁴⁹. D’altro canto, qualora un lavoratore autonomo non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, esiste quello squilibrio di poteri che, secondo il Ceds, giustifica il fatto che a tale lavoratore sia riconosciuta la possibilità di ridurre tale squilibrio mediante la contrattazione collettiva. Di conseguenza, un’interpretazione del diritto Ue della concorrenza conforme alla Carta sociale europea è possibile qualora, ai fini dell’applicazione dell’eccezione elaborata in *Albany*, tutti i lavoratori che non esercitano un’influenza sostanziale sul contenuto del proprio contratto di lavoro fossero considerati come “un’unità economica” con la controparte contrattuale. Come precisato dal Ceds, tali lavoratori, non avendo una reale possibilità di negoziare individualmente, devono avere il diritto alla contrattazione collettiva (par. 111).

Il secondo problema che occorre affrontare attiene all’inserimento della panoplia di figure di lavoratore autonomo prevista nel nostro ordinamento all’interno del sistema bipolare del diritto dell’Ue. Nella direttiva, così come nel regolamento, la nozione di “falso lavoratore autonomo” coincide con quella di “lavoratore”. Come già osservato, per qualificare un rapporto di lavoro, occorre prendere in considerazione tutti gli elementi e le circostanze che caratterizzano i rapporti esistenti tra le parti⁵⁰. Fra gli elementi considerati nella giurisprudenza della Corte di giustizia, due assumono un particolare rilievo: la soggezione a un potere direttivo⁵¹ e l’inserzione della prestazione lavorativa nell’organizzazione del datore di lavoro⁵². Altri elementi, quale il *nomen iuris* dato dalle parti al contratto di lavoro o il fatto che il lavoratore abbia o meno l’obbligo di rispondere alla chiamata del datore di lavoro⁵³, sono invece irrilevanti. Ciò trova conferma nella direttiva, che si applica anche nei casi in cui l’organizzazione del lavoro è «imprevedibile» (art. 4, par. 2, lett. *m*). In tali ipotesi, il datore di lavoro può imporre al lavoratore di svolgere la sua prestazione solo se sono soddisfatte le condizioni previste all’art. 10, par. 1 (vds. *infra*). Qualora tali requisiti non siano presenti, la direttiva garantisce al lavoratore il «diritto di rifiutare un incarico senza conseguenze negative» (art. 10, par. 3). La direttiva assicura dunque il diritto a non rispondere alla chiamata, senza che ciò incida sulla qualificazione del rapporto di lavoro⁵⁴.

46. Ceds, reclamo collettivo n. 123/2016, par. 38.

47. Sul punto, vds. diffusamente S. Borelli, *Parlons des droits syndicaux des travailleurs tout court. Réflexions transversales à partir de la situation des travailleurs des plateformes*, in D. Dumont - A. Lamine - J.B. Maisin (a cura di), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, Larcier, Bruxelles, data di pubblicazione prevista: ottobre 2020.

48. Cgue, 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*, par. 33.

49. Conclusioni del 28 gennaio 1999, C-67/96, *Albany*, par. 181.

50. Cgue, 26 maggio 2015, C-316/13, *Fenoll*, par. 29; 10 settembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie*, par. 46; 20 novembre 2018, C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța*, parr. 41 e 42.

51. Cgue, 11 aprile 2019, C-603/17, *Bosworth e Hurley*, parr. 29 ss.

52. Cgce, *Shenavai*, 266/85, par. 16; Cgue 10 settembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie*, par. 39. Sulla nozione di lavoratore nel diritto Ue, vds. M. Risak e T. Dullinger, *The concept of ‘worker’ in EU law*, European Trade Union Institute, Bruxelles, report n. 140, 2018; C. O’Brien - E. Spaventa - J. De Coninck, *Comparative Report 2015. The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, FreSsco («Free movement of workers and Social security coordination»), Bruxelles, 2016; E. Menegatti, *The Evolving Concept of “worker” in EU law*, in *Italian labour law e-journal*, vol. 12, n. 1/2019, pp. 71 ss.; J. Unterschütz, *The concept of the ‘Employment Relation’*, in F. Dorsemont - K. Lörcher - S. Clauwaert - M. Schmitt (a cura di), *The Charter of fundamental rights of the European Union and the employment relation*, Hart, Oxford, 2019, p. 91.

53. Cgce, 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, par. 72. Sul punto, vds. N. Countouris, *Uses and Misuses of ‘Mutuality of Obligations’ and the Autonomy of Labour Law*, in A. Bogg - C. Costello - A.C.L. Davies - J. Prassl (a cura di), *The Autonomy of Labour Law*, Hart, Oxford, 2015. Sull’irrelevanza della facoltà di accettare o meno l’offerta di lavoro ai fini della qualificazione del rapporto nel nostro ordinamento, vds. R. Rivero, *Cambiare si può. Nuovi diritti per i collaboratori*, in questa *Rivista online*, 15 novembre 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/cambiare-si-puo-nuovi-diritti-per-i-collaboratori_15-11-2019.

54. Come osservato da M. Novella (*Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *Labour & Law Issues*, n. 1/2019, p. 94), «grazie alla piattaforma informatica, al suo algoritmo di funzionamento, e alla possibilità di sollecitare la disponibilità al lavoro della “folla” in tempo reale, il lavoro dei riders può dirsi organizzabile (e inseribile funzionalmente in un’organizzazione altrui)

Altro elemento rilevante è quanto sostenuto dall'avvocato generale nelle conclusioni del caso *Uber Systems Spain*⁵⁵: «un controllo indiretto, come quello esercitato da Uber – fondato su incentivi finanziari e su una valutazione decentrata da parte dei passeggeri, con un effetto di scala – permette una gestione altrettanto, se non addirittura più efficace, di quella fondata su direttive formali impartite da un datore di lavoro ai suoi dipendenti e sul controllo diretto del rispetto delle medesime». Analogamente, la Corte di giustizia ha affermato che «Uber esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione» dei propri conducenti e ne controlla il comportamento⁵⁶.

La rilevanza dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione del datore di lavoro e del controllo esercitato dalla piattaforma sulla condotta dei lavoratori, l'irrilevanza della cd. *mutuality of obligations*, sono tutti elementi che fanno propendere per ricomprendere il lavoro etero-organizzato nell'ambito di applicazione della direttiva. Detto altrimenti, i lavoratori etero-organizzati sono, ai fini della direttiva, “falsi” lavoratori autonomi⁵⁷. Questa interpretazione presenta il vantaggio di salvare la disciplina dettata dall'art. 2 d.lgs n. 81/2015 per i lavoratori etero-organizzati⁵⁸. Se, infatti, questi lavoratori venissero considerati lavoratori autonomi ai fini del diritto Ue, da un lato, i relativi contratti collettivi sarebbero incompatibili con l'art. 101 Tfeue (e dunque dovrebbero essere dichiarati nulli per contrasto con una disposizione del Trattato direttamente ap-

plicabile); dall'altro, l'obbligo di applicare la normativa dettata per il lavoro subordinato non sarebbe conforme all'art. 49 Tfeue e al reg. 2019/1150, letti alla luce del diritto fondamentale alla libertà di impresa, garantito dall'art. 16 Cdfue (citato dal *cons.* n. 52 del regolamento)⁵⁹.

Quanto alla conformità con il diritto Ue della disciplina dettata per i lavoratori autonomi di cui agli artt. da 47-bis a 47-octies d.lgs n. 81/2015⁶⁰, sicuramente non pone problema l'obbligo di informazione scritta di cui all'art. 47-ter, il quale semmai dovrà essere interpretato alla luce degli obblighi di trasparenza e prevedibilità previsti dal reg. 2019/1150. Ad analoga interpretazione conforme deve provvedersi in relazione alle sanzioni, dovendosi escludere che dalla violazione dell'obbligo di informazione possa conseguire una presunzione di lavoro subordinato. La sanzione indicata dal regolamento per la violazione degli obblighi di informazione è infatti quella della nullità (con effetti *erga omnes* ed *ex tunc*) della clausola contrattuale (art. 3, par. 3 e *cons.* n. 20 reg. 2019/1150).

Nessun problema sembra porre l'art. 47-quinquies in relazione all'applicazione del diritto antidiscriminatorio al lavoro autonomo, circostanza già prevista dalle direttive dell'Unione⁶¹. Rimane, invece, oscura quale sia la disciplina «a tutela della libertà e dignità del lavoratore prevista per i lavoratori subordinati» che dovrebbe applicarsi ai *riders* indipendenti⁶². Come detto, il regolamento – e, in generale, il diritto Ue – impone di valutarne, caso per caso, la compatibilità con la li-

anche a prescindere dall'assunzione di un vincolo di disponibilità».

55. Conclusioni dell'11 maggio 2017, C-434/15, par. 52.

56. Cgue, 20 dicembre 2017, C-434/15, par. 39. Già nel 1987, B. Veneziani (*New Technologies and the Contract of Employment*, in K.W. Wedderburn, B. Veneziani, S. Ghimpu (a cura di), *Diritto del lavoro in Europa*, Franco Angeli, Milano, 1987, p. 118) osservava che le nuove tecnologie non eliminavano il potere del datore di lavoro di decidere «how and where the worker can fit in with the structural organisation of the firm».

57. Occorre, tuttavia, evitare di cadere nella tentazione di utilizzare il diritto Ue per risolvere problemi sistematici relativi all'ordinamento interno. Il diritto Ue è infatti un diritto «a isole» (cfr. T. Treu, *Politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 90), regola cioè solo alcune materie e può darci indicazioni solo su chi sia lavoratore in tali ambiti.

58. Tale disciplina è stata modificata dal dl n. 101/2019, convertito con modifiche dalla l. n. 128/2019. Sul punto, vds. F. Bassetti, *Arrivano le nuove regole per i “riders”: qualche passo avanti tra molte incertezze*, in *Diritti & lavoro flash*, n. 7/2019, p. 3; F.S. Giordano, *Le nuove tutele per i lavoratori della gig economy*, in *Treccani magazine*, 13 novembre 2019 (www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_del_lavoro/Le_nuove_tutele_per_i_lavoratori_della_gig_economy.html); S. Giubboni, *I riders e la legge*, in *Etica ed economia*, Menabò n. 114/2019 (www.eticaeconomia.it/i-riders-e-la-legge); R. Rivero, *Cambiare si può*, op. cit.

59. Vds. S. Deakin, *In Search of the EU's Social Constitution: Using the Charter to Recalibrate Social and Economic Rights*, in F. Dorssemont - K. Lörcher - S. Clauwaert - M. Schmitt (a cura di), *The Charter*, op. cit., 2019, p. 65.

60. Le disposizioni di cui al Capo V-bis («Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali») di cui al d.lgs n. 81/2015 sono state introdotte con dl n. 101/2019, convertito con modifiche dalla l. n. 128/2019.

61. S. Borelli - A. Guariso - L. Lazzeroni, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. Barbera e A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Norme, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione.

62. Analogamente F. Bassetti, *Arrivano le nuove regole per i “riders”*, op. cit., p. 6.

bertà d'impresa⁶³. Analoghe considerazioni valgono per gli obblighi di rispettare un compenso minimo e di garantire un'indennità integrativa per il lavoro notturno, festivo e in condizioni meteorologiche sfavorevoli (art. 47-*quater*, commi 2 e 3).

La disposizione che crea maggiori problemi è sicuramente l'art. 47-*quater*, laddove prevede che i contratti collettivi possano definire il compenso per i *riders* indipendenti. Posto di fronte al problema della compatibilità di tali clausole con l'art. 101 T^{fu}, il giudice interno potrebbe rinviare il caso alla Corte costituzionale, chiedendole di valutare la questione alla luce degli artt. 39 e 117, comma 1, Costituzione. In tale ipotesi, l'interpretazione estensiva dell'art. 39 Cost. potrebbe essere argomentata richiamando le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali e dei Comitati Oil sull'ambito di applicazione, rispettivamente, dell'art. 6 Carta sociale europea e delle Convenzioni Oil nn. 87 e 98⁶⁴. E si potrebbe immaginare che il diritto alla negoziazione collettiva, garantito dagli artt. 39 e 117, comma 1, Cost., utilizzando quale parametri interposti la Carta sociale europea e le Convenzioni nn. 87 e 98 che, come noto, fanno parte delle cd. "*core Conventions*" ai sensi della Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro, costituisce un diritto inalienabile della persona che può costituire un limite all'ingresso del diritto dell'Unione europea nel nostro ordinamento⁶⁵. In alternativa, il giudice nazionale potrebbe sollevare un rinvio pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia Ue, chiedendole di re-interpretare l'art. 81 T^{fu} alla luce della quasi-giurisprudenza dei Comitati Oil e delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali⁶⁶. L'esito del rinvio non sarebbe affatto scontato. Ma almeno la Corte di giustizia verrebbe sollecitata a prendere in considerazione le decisioni dei Comitati Oil e del Ceds, cosa che finora, a quanto consta, non ha quasi mai fatto⁶⁷.

6. Il pericolo di deresponsabilizzazione del datore di lavoro

La direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di «determinare quali persone sono responsabili dell'esecuzione degli obblighi per i datori di lavoro», «purché tutti gli obblighi siano assolti» (art. 1, par. 5). Gli Stati membri «possono inoltre decidere che tali obblighi debbano essere, totalmente o in parte, assegnati a una persona fisica o giuridica che non è parte del rapporto di lavoro» (*ibid.*).

La disposizione prende atto di un problema reale: il fatto che, nella pratica, diverse persone fisiche o giuridiche possano esercitare i poteri datoriali o influenzare l'esercizio degli stessi (*cons.* n. 13). Tuttavia, anziché operare con la tecnica della responsabilità solidale o della co-datorialità, che avrebbero condotto a moltiplicare i soggetti tenuti ad adempiere agli obblighi datoriali, la direttiva autorizza gli Stati a scegliere chi è responsabile per l'adempimento dell'obbligo di informazione e degli altri obblighi ivi disciplinati, purché tali obblighi siano assolti. Di conseguenza, tali obblighi non devono necessariamente essere imputati al datore di lavoro. Si legittima, cioè, la dissociazione tra l'esercizio dei poteri datoriali e gli obblighi che dovrebbero sussistere in capo a chi esercita tali poteri, con il rischio di deresponsabilizzazione del datore di lavoro.

Va peraltro aggiunto che, nel diritto Ue, non è affatto chiaro chi sia il datore di lavoro. Dalla nozione di lavoratore non si può infatti dedurre che colui a favore del quale e sotto la cui direzione è fornita la prestazione sia il datore di lavoro: la Corte di giustizia si limita ad affermare che «la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di *un'altra* e sotto la direzione di *quest'ultima*, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retri-

63. In tale prospettiva, deve ritenersi compatibile con il diritto Ue il divieto di conseguenze negative per la mancata accettazione della prestazione richiesta.

64. Sull'ambito di applicazione delle Convenzioni Oil, vds. X. Beaudonnet, *Les normes de l'OIT et le droit de négociation collective des travailleurs considérés comme indépendants*, in D. Dumont - A. Lamine - J.B. Maisin (a cura di), *Le droit de négociation*, op. cit. (data di pubblicazione prevista: ottobre 2020).

65. Sulla dottrina dei controlimiti, vds. da ultimo R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, pp. 633 ss. (www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/roberto-bin/chi-e-il-giudice-dei-diritti-il-modello-costituzionale-e-alcune-deviazioni) e, in generale, A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017.

66. T. Tridimas, *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, in *Common Market Law Review*, vol. 40, 2003, pp. 9 ss., ha chiamato questo tipo di rinvio pregiudiziale «*Protest through co-operation*» (*ivi*, sub-par. 7.1, pp. 39-41).

67. T. Teklè, *Labour Rights and the Case Law of the European Court of Justice: What Role for International Labour Standards?*, in *European Labour Law Journal*, vol. 9, n. 3/2018, pp. 236 ss.

buzione» (corsivo aggiunto)⁶⁸. Recentemente, l'avvocato generale del caso *AFMB* ha dedotto dal fatto che l'esistenza del vincolo di subordinazione dev'essere valutata caso per caso, in funzione di tutti gli elementi e di tutte le circostanze che caratterizzano i rapporti tra le parti, che anche per la nozione di datore di lavoro si dovrebbe adottare un approccio sostanziale⁶⁹. Nell'interpretare i criteri di collegamento di cui al regolamento n. 883/2004, tale approccio si giustifica per evitare che, mediante «costruzioni giuridiche artificiose», si possa eludere la protezione offerta dalla normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale⁷⁰. Il carattere imperativo della normativa lavoristica vieta cioè che, mediante costruzioni giuridiche di diritto privato, si possa scegliere chi è datore di lavoro, e di conseguenza, decidere la legge applicabile al rapporto di lavoro⁷¹. Pertanto, conclude l'avvocato generale, ai fini del reg. n. 883/2004 (ma tale ragionamento si può estendere anche ai regolamenti "Roma I" e "Bruxelles I bis"), datore di lavoro è colui che esercita «il potere direttivo e di controllo» nei confronti dei lavoratori (par. 60).

L'approccio formalistico, secondo cui è datore di lavoro colui che ha firmato il contratto di lavoro, dovrebbe essere rigettato anche per garantire l'effetto utile del diritto dell'Unione laddove, ad esempio, sono previste soglie numeriche per l'applicazione di una certa disciplina. In generale, l'approccio sostanziale alla definizione di datore di lavoro potrebbe essere argomento per l'esigenza di garantire una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori previsti dal diritto dell'Unione.

Rimane che, a fronte dell'incertezza su chi sia datore di lavoro ai fini del diritto Ue, la direttiva introduce altri elementi di incertezza, consentendo agli Stati membri di far gravare gli obblighi datoriali su un soggetto diverso dal datore di lavoro. A chi dovrà rivolgersi il lavoratore in caso di inadempimento di uno degli obblighi previsti dalla direttiva?

È noto poi che, all'interno delle organizzazioni economiche complesse, esistono poteri di direzione e coordinamento che permettono di gestire la frammentazione del ciclo produttivo. A fronte della stratificazione dei livelli di esercizio del potere e della dere-

sponsabilizzazione conseguente allo spezzettamento di un'attività economica tra più soggetti giuridici, il problema principale è quello di ricreare il legame tra potere e responsabilità, ricostruendo l'unità economica dell'impresa. A tal fine, la direttiva considera, in alcune disposizioni, l'impresa e il gruppo (vds., ad esempio, l'art. 1, par. 3). Il raffronto tra queste disposizioni e quella sull'imputazione degli obblighi datoriali dimostra, però, la scarsa coerenza nell'affrontare un tema centrale come la definizione di "datore di lavoro".

Occorre altresì ricordare che, nonostante il dibattito sulle cd. "letterbox companies", il diritto Ue continua a facilitare la creazione di società di capitali. La direttiva cd. "Digital tools" (che modifica la dir. 2017/1132 per quanto riguarda l'impiego degli strumenti e dei processi digitali nel diritto societario) obbliga gli Stati membri a garantire una procedura per la registrazione *online* di una società di capitali, che deve concludersi entro cinque giorni. Nel contempo, le disposizioni sul subcontratto contenute nella proposta della Commissione sono state eliminate nel testo finale della direttiva 2019/957 (vds. *supra*). Non pare esservi, insomma, una reale intenzione di affrontare i problemi giuridici generati dalla frammentazione dell'impresa.

7. Il contenuto dell'obbligo di informazione

La direttiva 2019/1152 obbliga il datore di lavoro (o la persona indicata dallo Stato membro) a comunicare al lavoratore almeno una serie di informazioni (art. 4, par. 2). È possibile, dunque, estendere le informazioni che devono essere fornite al lavoratore (cons. n. 15). Ciò è particolarmente rilevante nel caso del lavoro tramite piattaforme. La direttiva non prevede infatti l'obbligo di comunicare i parametri che determinano il posizionamento (i.e. il *rating* dei lavoratori) e le ragioni per cui la piattaforma può decidere di sospendere o limitare la fornitura dei servizi al lavoratore, come invece disposto dal reg. 2019/1150. Analogamente, in occasione del recepimento

68. Cgce, 3 luglio 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*, par. 16 e 17; 23 marzo 2004, C-138/02, *Collins*, par. 26; 7 settembre 2004, C-456/02, *Trojani*, par. 15; 20 settembre 2007, C-116/06, *Kiiski*, par. 25; Cgue, 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union syndicale solidaires Isère*, par. 28; 3 maggio 2012, C-337/10, *Neidel*, par. 23; 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*, par. 34; 1 ottobre 2015, C-432/14, *O*, par. 22; 11 aprile 2019, C-603/17, *Bosworth e Hurley*, par. 25. Questa definizione era stata inserita nella proposta di direttiva della Commissione – COM(2017)797 –, in cui si affermava anche che datore di lavoro è «una o più persone fisiche o giuridiche che sono direttamente o indirettamente parte di un rapporto di lavoro con un lavoratore». Nel corso dell'iter parlamentare, tali definizioni sono state cancellate.

69. Conclusioni dell'avvocato generale del 26 novembre 2019, C-610/18, *AFMB*, par. 40.

70. *Ibid.* A parere dell'avvocato generale, anche se la società che aveva assunto i lavoratori non poteva essere considerata una «società di comodo», essa non può essere ritenuta un «datore di lavoro reale» (par. 60).

71. Sul punto, vds. anche le conclusioni dell'avvocato generale del 27 aprile 2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira*.

mento della direttiva, si potrebbero introdurre obblighi di informazione specifici per i lavoratori impiegati nell'ambito di un subcontratto⁷², che attualmente la direttiva ignora.

Nei casi in cui non vi sia un luogo fisso di lavoro (come nel caso di *smart working*), il datore di lavoro deve indicare che «il lavoratore è impiegato in luoghi diversi o è libero di determinare il proprio luogo di lavoro, nonché la sede o, se del caso, il domicilio del datore di lavoro» (art. 4, par. 2, lett. b). Qualora l'orario di lavoro non sia predeterminato, il datore di lavoro deve comunicare: a) il numero minimo di ore di lavoro retribuite e la retribuzione per il lavoro svolto oltre tale numero minimo (art. 4, par. 2, lett. m, punto i), aspetto particolarmente rilevante in caso di lavoro a chiamata in quanto, in futuro, il datore di lavoro dovrà indicare il numero minimo di ore garantite; b) il periodo in cui al lavoratore può essere imposto di lavorare (lett. m, punto ii); c) la durata minima del preavviso e il termine entro cui il datore di lavoro può revocare una chiamata (lett. m, punto iii) – non è, però, fissata una durata minima del preavviso né le condizioni per la cancellazione.

Va inoltre segnalato che, secondo la nuova direttiva, l'organizzazione e la distribuzione dell'orario sono determinati dal datore di lavoro (art. 2, lett. c). La direttiva riconosce, cioè, in capo al datore di lavoro il potere di variare la collocazione temporale dell'orario di lavoro, come affermato da alcune pronunce della Cassazione, ma solo per il rapporto a tempo pieno (fra le tante, vds. Cass. nn. 21706/2005 e 15517/2000). Il riconoscimento di tale potere in capo al datore di lavoro non dovrebbe mettere in discussione la disciplina del lavoro supplementare e delle clausole elastiche nel lavoro a tempo parziale. L'accordo allegato alla direttiva 97/81 assicura infatti la possibilità di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli al lavoratore (clausola 6, par. 1). Inoltre, lo sviluppo del lavoro a tempo parziale deve tenere conto «dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori» (clausola 1, lett. b). Infine, il principio di non discriminazione ivi disciplinato è unidirezionale, opera cioè solo a favore dei lavoratori a tempo parziale (che, appunto, non possono ricevere un trattamento più svantaggioso rispetto a quello accordato ai lavoratori a tempo pieno)⁷³.

Per i lavoratori distaccati o in missione in un altro Stato sono poi previste informazioni aggiuntive, da comunicare prima della partenza (art. 7). Di particolare rilievo, alla luce della nuova “direttiva distacco” (vds. *supra*), è l'obbligo di segnalare la retribuzione, le indennità specifiche per il distacco e le modalità di rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio (art. 7, par. 2, lett. a e b). Altrettanto importante è l'obbligo di comunicare l'istituto di sicurezza sociale ove sono versati i contributi sociali, in particolare nelle ipotesi in cui il reg. n. 883/2004 consente di derogare alla regola della *lex loci laboris*. Anche nel caso del distacco, ci si augura che il legislatore interno estenda l'obbligo di informazione per ricomprendere l'identità dell'utilizzatore o del committente, e il documento che attesta il sistema di sicurezza sociale cui il lavoratore rimane iscritto (cd. formulario A1). È, inoltre, auspicabile che non venga fatto uso della deroga di cui all'art. 7, par. 4, che consente di escludere gli obblighi di informazione per ciascun periodo di distacco di durata inferiore a quattro settimane consecutive. La deroga, già presente nella direttiva 91/533, non pare condivisibile se si considera che la durata media del distacco è pari a 101 giorni⁷⁴. Il riferimento al singolo periodo di distacco ignora poi il fatto che, talora, i lavoratori sono distaccati più volte nello stesso Paese (nel settore delle costruzioni, ad esempio, i lavoratori si spostano spesso nei differenti cantieri)⁷⁵. Va tuttavia sottolineato che, in caso di distacco in Italia, gli obblighi di informazione sono disciplinati dalla legge del Paese d'origine; se, pertanto, tale Paese si avvale della deroga, nulla potrà essere imposto dal legislatore interno al datore di lavoro distaccante. Per tale ipotesi, pare necessaria una modifica dell'art. 10 d.lgs n. 136/2016 che includa, tra le materie oggetto di comunicazione preventiva, la retribuzione, le indennità specifiche per il distacco e il rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio, in modo da facilitare il controllo delle autorità ispettive sulla normativa in materia di distacco.

La direttiva impone di adempiere l'obbligo di informazione per iscritto entro il settimo giorno lavorativo (art. 5). Durante l'*iter* legislativo, il sindacato europeo ha richiesto di anticipare l'obbligo di informazione prima dell'inizio del rapporto di lavoro, così da farne una misura di contrasto al lavoro sommer-

72. Con questo termine si indica l'insieme dei contratti mediante cui è possibile esternalizzare tutto o parte del ciclo produttivo.

73. C. Alessi e S. Borelli, *Segmentazione del mercato del lavoro e discriminazioni*, in M. Barbera e A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, op. cit., pp. 271 ss.

74. F. De Wispelaere e J. Pacolet, *Posting of workers. Report on A1 Portable Documents issued in 2016*, Commissione europea, Bruxelles, dicembre 2017, p. 10.

75. Va osservato che, attualmente, non sono disponibili dati relativi alla durata complessiva dei distacchi di un lavoratore nello stesso Paese.

so. Nel testo finale della direttiva, questa dimensione è, però, del tutto assente e ciò sorprende se si pensa all'impegno profuso nella lotta contro il lavoro sommerso negli ultimi anni, che dovrebbe proseguire nell'ambito dell'Autorità europea del lavoro (art. 12 reg. 2019/1151)⁷⁶.

In caso di modifica delle condizioni di lavoro, il datore di lavoro è tenuto a informare il lavoratore entro il giorno in cui la modifica diviene efficace. Tale regola non si applica, tuttavia, quando la modifica è connessa a variazioni della disciplina legale, amministrativa o del contratto collettivo (art. 6).

8. Gli altri diritti garantiti al lavoratore

Nel capo III, la direttiva prevede ulteriori diritti a favore del lavoratore. Va tuttavia osservato che tali diritti possono essere derogati dai contratti collettivi di qualsiasi livello (anche aziendale), siglati da qualunque sindacato, qualora sia rispettata «la protezione generale dei lavoratori» (art. 14).

L'art. 8, par. 1, fissa a sei mesi la durata massima del periodo di prova. È però possibile oltrepassare tale soglia nei casi in cui la maggiore durata della prova è giustificata dalla natura del lavoro o nell'interesse del lavoratore (art. 8, par. 3). Tra gli esempi riportati al *considerando* n. 28, figurano le posizioni dirigenziali, esecutive o nella pubblica amministrazione. Trattandosi di deroghe, deve esserne fornita un'interpretazione restrittiva (non pare, in particolare, giustificata l'applicazione della deroga a tutto il pubblico impiego). Del pari, è contestabile che sia indicata la possibilità di estendere il periodo probatorio nel caso di lavoratori giovani, per promuoverne l'occupazione a tempo indeterminato. Viene, così, sposata la tesi sostenuta dalla Corte di giustizia nel caso *Abercrombie & Fitch Italia*⁷⁷, secondo cui la lotta alla disoccupazione giovanile giustificerebbe, *a priori*, qualsiasi misura di contrazione delle tutele per tali lavoratori. Di tenore opposto sono state le argomentazioni dei Comitati dell'Organizzazione internazionale del lavoro e del Ceds, sul *contrat de première embauche*⁷⁸. Analogamente, i tribunali spagnoli, dando diretta applicazione alla Carta sociale europea, hanno disappli-

cato la disposizione che consente un periodo di prova fino a un anno⁷⁹.

In caso di lavoro a termine, il periodo di prova dev'essere riproporzionato; non è possibile, inoltre, prevedere un nuovo periodo di prova in caso di rinnovo del contratto a termine per le stesse mansioni (art. 8, par. 2). Non è invece prevista alcuna regola antielusiva in caso di successione di appalti, di lavoratore precedentemente somministrato o di gruppo di imprese.

La nuova direttiva non consente al datore di lavoro di vietare al lavoratore lo svolgimento di altre attività lavorative, salvo che sussistano ragioni obiettive connesse, ad esempio, a esigenze di tutela della sicurezza e della salute, di riservatezza, di integrità del servizio pubblico o di prevenzione di conflitti di interesse (art. 9, par. 2).

Come già ricordato, la direttiva dispone che, qualora l'orario di lavoro non sia predeterminato, il datore può imporre al lavoratore di svolgere la prestazione lavorativa richiesta solo se: a) sia previsto il periodo del giorno o della settimana in cui al lavoratore può essere richiesto di lavorare (la direttiva non prevede, però, una durata massima del periodo di disponibilità); b) al lavoratore sia dato un preavviso ragionevole la cui durata può variare «in funzione delle esigenze del settore interessato» (*cons.* n. 32). Se tali condizioni non sono soddisfatte, il lavoratore ha il diritto di rifiutare la chiamata, senza subire conseguenze negative (art. 10, parr. 1 e 2).

Come detto, la disposizione si applica solo nei casi in cui vi è l'obbligo, per il lavoratore, di rispondere alla chiamata del datore di lavoro. Non dovrebbe dunque riguardare il lavoro tramite piattaforme in cui, di regola, il lavoratore può decidere di connettersi o meno e, una volta connesso, di svolgere o meno la prestazione richiesta. In tali casi, non essendo previsto alcun obbligo di risposta alla chiamata, il lavoratore non dovrebbe subire alcuna conseguenza negativa per il suo rifiuto di svolgere la prestazione richiesta. A tal fine, è essenziale che i criteri mediante cui è data, ai lavoratori, la possibilità di scegliere i turni di lavoro e sono assegnate le richieste pervenute alla piattaforma siano noti ai lavoratori.

L'art. 10, par. 3, della direttiva impone altresì agli Stati di assicurare al lavoratore una compensazione

76. Vds. A. Allamprese, *L'effectivité de la lutte contre le travail non déclaré*, in M. Morsa - A. Allamprese - S. Borelli (a cura di), *L'autorité européenne du travail*, Bruylant, Bruxelles, data di pubblicazione prevista: marzo 2020.

77. Cgue, 19 luglio 2017, C-143/16.

78. Sul punto, vds. T. Teklè, *Utilisation des normes de l'OIT par les juridictions nationales: comment et pourquoi?*, in *Le Droit ouvrier*, n. 840, luglio 2018, pp. 418 ss.

79. Sul punto vds. C. Salcedo Beltrán, *La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales*, in *Trabajo y derecho*, n. 13/2016, pp. 27 ss.

nel caso in cui il datore di lavoro, dopo che il lavoratore ha accettato di svolgere un'attività richiesta, revochi tale incarico oltre un termine ragionevole (che la direttiva non fissa). La direttiva riconosce, così, al datore di lavoro un potere di variazione della durata dell'orario di lavoro concordato con il lavoratore che non ha riscontro nel nostro ordinamento.

Per evitare l'abuso di contratti di lavoro a chiamata o di altri contratti in cui il datore di lavoro ha il potere di chiamare il lavoratore in funzione delle proprie necessità (*cons.* n. 33), gli Stati membri devono prevedere una o più delle seguenti misure (art. 11): limitazioni all'uso e alla durata di tali contratti; la presunzione relativa di esistenza di un contratto di lavoro con un numero minimo di ore retribuite (sulla base delle ore lavorate a chiamata); misure equivalenti che assicurino l'effettiva prevenzione di prassi abusive. La disposizione pare particolarmente rilevante nel caso di lavoro tramite piattaforma. Nel nostro ordinamento esistono, infatti, limiti all'uso del solo contratto di lavoro a chiamata di cui agli artt. 13 ss. del d.lgs n. 81/2015. Come detto, la direttiva ha un ambito di applicazione più esteso, riguardando tutti i rapporti di lavoro in cui il datore di lavoro ha il potere di chiamare il lavoratore in funzione delle proprie necessità, ivi incluso il lavoro eterorganizzato.

La direttiva prevede il diritto di chiedere un lavoro a tempo indeterminato, ma solo per chi abbia già lavorato sei mesi per lo stesso datore (art. 12, par. 1); nel calcolo di tale periodo, non sono espressamente ricompresi i periodi di lavoro a favore di altri datori di lavoro del gruppo, il precedente impiego in somministrazione o il caso della successione di appalti. La disposizione non pare particolarmente incisiva, dato che al datore di lavoro è richiesto solamente di rispondere per iscritto e motivare il rifiuto. Il *considerando* n. 36 precisa poi che gli Stati membri possono escludere il pubblico impiego dall'ambito di applicazione del diritto di chiedere una forma di lavoro con condizioni più prevedibili e sicure.

La direttiva prevede, infine, che la formazione sia fornita gratuitamente, possibilmente durante l'orario di lavoro, e sia comunque considerata come orario di

lavoro. Non viene tuttavia introdotto alcun obbligo di formazione per il datore di lavoro (art. 13).

9. Le misure a garanzia dei diritti

Nell'ultima parte, la direttiva contiene una serie di disposizioni dirette ad assicurare un'efficace tutela dei diritti garantiti dalla stessa. In caso di violazione dell'obbligo di informazione, gli Stati membri devono prevedere almeno uno dei seguenti rimedi (art. 15): la possibilità, per il lavoratore, di sporgere denuncia a un'autorità competente e di ricevere tempestivamente un rimedio adeguato, o una presunzione "relativa" a favore del lavoratore che può «comprendere la presunzione che il lavoratore ha un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, che non vi è un periodo di prova o che il lavoratore ha una posizione a tempo pieno, laddove le pertinenti informazioni siano mancanti» (*cons.* n. 39). Gli Stati possono, tuttavia, subordinare la presunzione al fatto che al datore di lavoro sia stato notificato l'inadempimento e non abbia tempestivamente fornito le informazioni mancanti.

Gli Stati devono altresì introdurre misure dirette a tutelare i lavoratori e i loro rappresentanti sindacali, che hanno denunciato la violazione dei diritti garantiti dalla direttiva, da ogni conseguenza sfavorevole (art. 17). In particolare, in tali casi sono vietati il licenziamento o altra misura equivalente (ad esempio, il fatto che un lavoratore intermittente non riceva più chiamate: *cons.* n. 43).

Non si comprende, poi, la regola secondo cui i lavoratori che ritengono di essere stati licenziati per il fatto di aver esercitato i diritti di cui alla direttiva «possono chiedere al datore di lavoro di fornire i motivi debitamente giustificati del licenziamento equivalente» (art. 18, par. 2). L'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue prevede infatti che il licenziamento debba sempre essere giustificato. Per gli stessi motivi, in caso di licenziamento, non pare rilevante la parziale inversione dell'onere della prova di cui all'art. 18, par. 3: dovrebbe sempre spettare al datore di lavoro la prova dei motivi che giustificano il licenziamento.

La scuola, gli insegnanti e l'art. 116, comma 3, Cost. L'istruzione al tempo del regionalismo differenziato*

di *Roberta Calvano*

Le bozze di intesa predisposte dalle tre Regioni che si sono avviate per prime sulla strada del regionalismo differenziato sollevano il problema della possibile regionalizzazione di importanti competenze in materia di istruzione. Ripercorso l'assetto del riparto costituzionale di competenza in materia di istruzione, l'Autrice riflette sui limiti costituzionali e sulle possibili ricadute di un eventuale trasferimento massiccio di competenze in tale ambito.

1. La materia dell'istruzione, tra norme costituzionali e destatalizzazione / 2. L'intreccio delle competenze in materia di istruzione / 3. L'istruzione nella prospettiva dell'autonomia differenziata / 4. Le bozze di intesa Stato - Regioni / 5. Istruzione regionalizzata o strumento di unità nazionale e costruzione della cittadinanza?

1. La materia dell'istruzione, tra norme costituzionali e destatalizzazione

È triste, ma inevitabile constatare oggi, dinanzi alle cronache, come la scuola "organo costituzionale" prefigurata da Calamandrei¹, pur rimanendo un obiettivo ideale da realizzare, non esista nella realtà effettiva del nostro ordinamento. Non si può negare, tuttavia, come vi sia stata una lunga fase, coincidente con quella della prima attuazione del dettato costituzionale, nel trentennio d'oro che ne ha seguito l'entrata in vigore, fase sommamente espansiva dello sviluppo sociale ed economico nel nostro Paese, in

cui si è realizzata la centralità della scuola pubblica italiana quale formazione sociale che ha consentito l'inverarsi dell'unità linguistica e culturale alla base della nostra comunità politica. Tale processo, che era stato già avviato con la "legge Casati", ed è poi proseguito nella scuola gentiliana², ha visto nella scuola degli anni dell'avvio dell'esperienza repubblicana una sede decisiva per la costruzione di una cittadinanza consapevole delle masse, che si affacciavano alla rappresentanza politica – va ricordato – solo a partire dal 1946³.

Il sistema dell'istruzione sembra essersi successivamente caratterizzato prevalentemente come un campo di battaglia, in ragione non tanto di uno scon-

* Il presente contributo è il frutto dello sviluppo successivo e di una rielaborazione di uno scritto destinato agli *Studi in onore di Antonio Ruggieri*.

1 P. Calamandrei, discorso tenuto alla Società Umanitaria di Milano in occasione di un ciclo di conferenze sulla Costituzione organizzato da un gruppo di studenti, 11 febbraio 1950.

2. Ripercorre l'evoluzione del sistema il bel volume di A. Sandulli, *Il sistema nazionale dell'istruzione*, Il Mulino, Bologna, 2003. Più di recente, per un ricco quadro sul diritto all'istruzione, vds. M. Benvenuti, "La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale, in *Federalismi*, n. 4/2018, pp. 99-126.

3. Non è questa la sede per approfondire il nesso tra raggiungimento del suffragio universale e questione di genere in relazione alla rappresentanza politica, che tuttavia merita di essere ricordato almeno come dato storico fondamentale.

tro tra concezioni avverse e incompatibili, sulla base di ideologie politiche differenti, quanto piuttosto del suo caratterizzarsi come sede di uno spregiudicato mercato del consenso, data la sua qualità di comparto più popoloso del pubblico impiego⁴, oltre alla sua chiara vocazione a connettersi con gli interessi della stragrande maggioranza delle famiglie italiane nel ruolo ad esse attribuito ex art. 30 Cost.⁵. È così, dunque, che l'istruzione ha rappresentato nell'ordinamento italiano un ambito di intervento pressoché continuo per i legislatori che, via via, lasciavano la traccia del loro passaggio, intrecciando inestricabilmente volontà di innovare e modernizzare ed evidenti appetiti politici.

Principalmente grazie ai più recenti tra tali interventi, a partire dagli anni novanta, nel sistema scolastico si sono gradualmente diffusi paradigmi propri del mercato, affermandosi una concezione aziendalistica degli istituti di istruzione, mentre il legislatore, anche sulla scorta delle indicazioni dell'Ocse, riprese via via dalle raccomandazioni dell'Unione europea, perseguiva sempre più un'idea della scuola come impresa, mettendo gli istituti scolastici in competizione tra loro nel mercato dell'istruzione⁶. Tali innovazioni hanno rappresentato il frutto più maturo di un processo che, a partire dalla privatizzazione del pubblico impiego e quindi dello *status* degli insegnanti, per giungere all'introduzione del principio dell'autonomia scolastica, sull'ultimo scorcio del ventesimo secolo, produceva la sostanziale "destatalizzazione" della funzione dell'istruzione⁷. Tale dismissione di compiti da parte dello Stato, quasi inavvertita dai più invero, seppure normativamente fissata, avveniva parallelamente alla rilettura dell'istruzione non più come funzione, ma come servizio.

Il processo descritto si svolgeva, in una prima direzione, a vantaggio delle cosiddette "autonomie funzionali", pur restando in larga parte inattuato il principio allora introdotto dell'autonomia scolastica, che in fin dei conti ha rappresentato una sorta di dono della "mela avvelenata"⁸. Tale istituto, introdotto con l'art. 21 della legge n. 59 del 1997, veniva inteso infatti come foriero di un più intenso ruolo dei cittadini e dei privati in genere nella gestione della cosa pubblica "istruzione", lasciandoli invece, a venti anni di distanza, nella condizione di farsi carico di una scuola pubblica de-finanziata e quasi abbandonata a se stessa.

La seconda direzione di tale dismissione avrebbe dovuto, poi, seguire la linea dell'articolazione e distribuzione delle competenze su base territoriale, in seguito alla riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione, opera riformatrice – anche questa – solo in parte riuscita, come subito si vedrà. Il trasferimento della materia "istruzione", lo si anticipa sin da ora, avrebbe potuto essere possibile non solo grazie a una scrittura coerente della novella, ma soprattutto se si fosse più chiaramente compreso e promosso il senso profondo del principio dell'art. 5 Cost. Tramite tale principio⁹ si consente il mantenimento dell'unità del sistema mediante il rispetto e la promozione delle autonomie, che ne divengono quindi strumento. Perché «l'autonomia, d'altronde, presuppone l'unità, la sua piena ed integrale salvaguardia, non già ammette il suo superamento, nel qual ultimo caso l'ente autonomo non sarebbe più tale bensì si porrebbe come sovrano, rivendicando il riconoscimento di siffatta sua qualità da parte degli enti restanti»¹⁰. Una riflessione, questa, tanto più rilevante e utile ai fini della riflessione, oggi avviata dalla dottrina costituzionalistica, in

4. Su questi aspetti e la connessa questione della iper-sindacalizzazione del comparto, vds. L. Saltari, *La formazione e il reclutamento degli insegnanti in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2014, pp. 445 ss., considerazioni riprese ora in *Id.*, *Il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti in Italia*, in E. Chiti - G. Gardini - A. Sandulli (a cura di) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Unità e pluralismo culturale*, vol. VI (raccolta curata da L. Ferrara e D. Sorace), Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 75 ss.

5. Sul punto, vds. F. Angelini, *La famiglia e l'istruzione*, in F. Angelini e M. Benvenuti, *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 67 ss., nonché, da ultimo, E. Lamarque, *Il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli*, in F. Marone (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

6. Sul tema, vds. M. Baldacci, *Democrazia ed educazione: una prospettiva per i nostri tempi*, in M. Fiorucci e G. Lopez (a cura di), *John Dewey e la pedagogia democratica del '900*, Roma Tre Press, Roma, 2017, pp. 35 ss. In senso del tutto diverso, riteneva la scuola assimilabile all'impresa U. Pototschnig, *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, pp. 732 ss.

7. A fronte della Costituzione che affida tale compito alla «Repubblica» e parla di scuole statali e di esami di stato, vds. S. CASSESE, «PLAIDOYER» per un'autentica autonomia delle scuole, in *Foro it.*, vol. V, n. 3/1990, pp. 147 ss.

Lettura interessante, ma rimasta del tutto minoritaria del ruolo della «Repubblica» di cui agli artt. 33 e 34, come da riferirsi alle assemblee rappresentative, parlamentari e regionali, in M. Gigante, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 468.

8. Per rubare una bella immagine usata da Leopoldo Elia in tutt'altro contesto, con riferimento all'attribuzione del giudizio di ammissibilità del referendum alla Corte costituzionale da parte della legge costituzionale n. 1 del 1953.

9. Da ultimo, sul tema, vds. S. Staiano, *Costituzione italiana: art. 5*, Carocci, Roma, 2017.

10. A. Ruggeri, *Riforma costituzionale ed autonomia regionale, dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali (profili problematici)*, in *Giur. cost.*, 14 novembre 2013, www.giurcost.org/studi/Ruggeri29.pdf.

relazione all'attuazione del regionalismo differenziato di cui all'art. 116, comma 3, Cost¹¹.

2. L'intreccio delle competenze in materia di istruzione

Tra le numerose questioni interpretative da dipanare all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del Titolo V, parte II, Cost., un capitolo a sé meritò dunque la questione della "Costituzione scolastica". Anche in questo ambito, forse più che in altri innovati dalla legge di revisione costituzionale n. 3 del 2001 e più diffusamente "arati" dalla riflessione costituzionalistica, le competenze vennero allora spezzettate e distribuite trasversalmente tra livelli territoriali e soggetti differenti, come si vedrà a breve, coinvolgendo però non solo il rapporto Stato - Regioni, ma anche altri soggetti, tra cui gli istituti scolastici, rispetto ai quali la riforma costituzionalizzò il principio dell'autonomia scolastica introdotto, come si ricordava, con legge ordinaria nel 1997.

Per quanto riguarda le norme costituzionali, l'istruzione ha rappresentato dunque uno dei temi su cui la Corte costituzionale, in particolare nella sua opera ventennale di rilettura (e riscrittura) della novella costituzionale del Titolo V, così come con riguardo alle norme contenute nella prima parte della Costituzione, ha potuto dipingere un vero e proprio affresco, per alcuni versi molto nitido, sebbene risulti complesso l'assetto delle competenze disegnato in tale materia.

Tra le altre pronunce, soprattutto nella sentenza n. 200 del 2009, il giudice costituzionale ha chiarito come si pongano negli «artt. 33 e 34 della Costituzione le caratteristiche basilari del sistema scolastico, relative: a) alla istituzione di scuole per tutti gli ordini e gradi (art. 33, secondo comma, Cost.); b) al diritto di enti e privati di istituire scuole e istituti di educazione, senza oneri per lo Stato (art. 33, terzo comma, Cost.); c) alla parità tra scuole statali e non statali sotto gli aspetti della loro piena libertà e dell'uguale trattamento degli alunni (art. 33, quarto comma, Cost.); d) alla necessità di un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuola o per la conclusione di essi (art. 33, quinto comma, Cost.); e) all'apertura della scuola a tutti (art. 34, primo comma, Cost.); f) alla obbligatorietà e gratuità dell'istruzione inferiore (art. 34, secondo comma, Cost.); g) al diritto degli alunni capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti

degli studi (art. 34, terzo comma, Cost.); h) alla necessità di rendere effettivo quest'ultimo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso (art. 34, quarto comma, Cost.)», aggiungendo che, «dalla lettura del complesso delle riportate disposizioni costituzionali si ricava, dunque, una chiara definizione vincolante – ma ovviamente non tassativa – degli ambiti riconducibili al "concetto" di "norme generali sull'istruzione"».

Con tale ampia descrizione, la Corte intendeva chiarire – lo si sottolinea ora e lo si terrà a mente ai fini del discorso che segue – come il legislatore costituzionale avesse assegnato «alle prescrizioni contenute nei citati artt. 33 e 34 valenza necessariamente generale ed unitaria che identifica un ambito di competenza esclusivamente statale», rappresentando «la struttura portante del sistema nazionale di istruzione e che richiedono di essere applicate in modo necessariamente unitario ed uniforme in tutto il territorio nazionale, assicurando, mediante una offerta formativa omogenea, la sostanziale parità di trattamento tra gli utenti che fruiscono del servizio dell'istruzione (interesse primario di rilievo costituzionale), nonché la libertà di istituire scuole e la parità tra le scuole statali e non statali in possesso dei requisiti richiesti dalla legge. In questo ambito si colloca anche la disciplina relativa alla "autonomia delle istituzioni scolastiche", facenti parte del sistema nazionale di istruzione, autonomia cui fa espresso riferimento il terzo comma dell'art. 117 della Costituzione».

Sin qui l'area normata dagli artt. 33 e 34 Cost., mentre più complicato appare il quadro disegnato, nel 2001, dall'art. 117 Cost., nel quale oltre ad *a*) le *norme generali sull'istruzione*, materia particolarmente ampia attribuita alla potestà esclusiva statale (comma 2, lett. *n*) – con cui si replica quanto già detto al comma 2 dell'art. 33 («la Repubblica detta le norme generali sull'istruzione») –, si prevede *b*) una materia *istruzione* affidata alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni (comma 3), nella quale si devono individuare i principi fondamentali affidati alla legislazione statale, distinti dalle norme generali. Da tale materia ripartita si deve, poi, escludere quanto riservato all'autonomia delle istituzioni scolastiche. Viene espressamente esclusa dalla *istruzione*, per affidarla alla potestà residuale¹² delle Regioni, una terza materia *c*), poco perspicuamente identificata come «*istruzione e (...) formazione professionale*».

11. La letteratura è già sterminata. Per l'esame degli aspetti salienti del dibattito, si vedano gli scritti richiamati alle note seguenti.

12. In questo caso, singolarmente, si tratta di una potestà residuale non innominata delle Regioni.

All'esito di tale processo il quadro frastagliato del sistema nazionale di istruzione vede oggi: i comuni fornire le funzioni accessorie (refezione scolastica, trasporti, utenze delle scuole), essere proprietari degli edifici adibiti a scuola d'infanzia, elementare e media, mentre le scuole di istruzione secondaria del II grado fanno capo, in linea di massima, alle province, salvo che nelle Regioni che abbiano tenuto in mano propria la materia; le Regioni, variamente attuatrici (o no) delle funzioni relative all'istruzione, parzialmente trasferite ad esse dal d.lgs n. 112/1998, occupandosi dell'assistenza scolastica e della formazione professionale; gli uffici scolastici regionali (statali) competenti su sicurezza delle scuole, formazione dei docenti di sostegno per gli alunni disabili, formazione e aggiornamento del personale ATA e dei dirigenti scolastici. Al Ministero restano comunque una somma di attribuzioni che l'Ocse calcola come corrispondenti al 52 per cento del totale delle decisioni in materia di istruzione¹³. L'asimmetria tra competenze legislative e attribuzione delle relative funzioni si somma, poi, al problema per cui gli enti locali e gli istituti scolastici non dispongono delle risorse finanziarie e umane necessarie a esercitare i propri compiti in materia.

Una questione meno dibattuta, ma non meno spinosa, all'interno di quella inerente all'intreccio delle competenze amministrative, oltre che legislative, in materia di istruzione, riguarda i confini entro cui avrebbero potuto svolgersi le alterazioni rispetto a tale articolazione di poteri e competenze, in caso di attuazione del regionalismo differenziato prefigurato dall'art. 116 Cost. L'individuazione di eventuali limiti a tale processo rimase allora un tema sfumato, su cui, come si vedrà, si è tornati a riflettere oggi, dopo che l'elaborazione di tre bozze di intesa tra lo Stato e le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna ha prospettato un'ulteriore articolazione del già complesso sistema nazionale di istruzione.

3. L'istruzione nella prospettiva dell'autonomia differenziata

Nell'ampio quadro, disegnato dal giudice costituzionale nella sentenza n. 200 del 2009¹⁴, restava dunque, in qualche misura, inevitabilmente in ombra un problema allora rilevante solo da un punto di vista teorico, ma che oggi si disvela in tutta la sua criticità circa i possibili limiti all'intervento in materia di istruzione da parte delle Regioni, in caso queste attivino la procedura di cui all'art. 116, comma 3, Cost. per l'attribuzione dell'autonomia differenziata¹⁵.

Con il procedimento che da tale norma viene previsto e regolato solo nelle sue linee generali, le Regioni possono ottenere infatti «forme e condizioni particolari di autonomia concernenti le materie» di potestà concorrente e, tra quelle di potestà esclusiva statale (elencate dall'art. 117, comma 2), qui interessa in particolare l'attribuzione di ulteriore autonomia nella materia di cui alla lett. n, relativa alle «norme generali sull'istruzione». La possibile attribuzione di autonomia differenziata alle Regioni ordinarie riguarda, inoltre, le materie di potestà legislativa concorrente «istruzione» e «ricerca scientifica e tecnologica».

Per impostare dunque una pur breve riflessione sull'autonomia differenziata in materia di istruzione, è necessario svolgere preliminarmente una lettura del quadro entro cui essa si verrebbe a collocare, ovvero quello dell'assetto del regionalismo a seguito dell'attuazione dell'autonomia differenziata, quale potrebbe derivare da una lettura il più possibile attenta – secondo l'insegnamento crisafulliano dell'interpretazione costituzionale *magis ut valeat* – del dato testuale costituzionale. La richiesta delle Regioni, sentiti gli enti locali, ai sensi dell'art. 116, comma 3, può riguardare infatti l'ottenimento di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» in alcune materie tassativamente enumerate, rispetto a quelle forme

13. Lo dice il rapporto Ocse intitolato *Education at a glance 2018* (www.oecd-ilibrary.org/education/education-at-a-glance-2018_eag-2018-en) ed è confermato nel documento *How decentralised are education systems, and what does it mean for schools?*, allegato al rapporto *Education at a glance 2019* (www.oecd-ilibrary.org/education/how-decentralised-are-education-systems-and-what-does-it-mean-for-schools_e14575d5-en).

14. Nella sentenza, tuttavia, si individuavano i molteplici ambiti oggetto delle norme generali sull'istruzione, distinguendoli dalla residua competenza regionale, che corrisponde fondamentalmente alla programmazione della rete scolastica e agli aspetti relativi alle specifiche realtà territoriali delle Regioni; si individuavano, poi, gli ambiti oggetto dei principi generali della materia concorrente «istruzione». Sul punto vds. F. Cortese, *L'istruzione tra norme generali e principi fondamentali: ossia, la Corte tra contraddizioni formali e conferme sostanziali*, in *Quad. cost.*, 2009, successivamente pubblicato in *Le Regioni*, n. 3/2010, p. 511.

15. La Corte, in effetti, si sofferma solo incidentalmente e molto brevemente sulla questione, al punto 126, ricordando che, se da un lato «deve ritenersi che il sistema generale dell'istruzione, per sua stessa natura, riveste carattere nazionale, non essendo ipotizzabile che esso si fondi su una autonoma iniziativa legislativa delle Regioni, limitata solo dall'osservanza dei principi fondamentali fissati dallo Stato, con inevitabili differenziazioni che in nessun caso potrebbero essere giustificabili sul piano della stessa logica» sulla scorta di «basilari esigenze di "uniformità" di disciplina della materia su tutto il territorio nazionale», da conciliare con le «esigenze autonomistiche», d'altro canto «resta fermo, beninteso, che, ai sensi dell'art. 116, comma terzo, Cost., possono essere attribuite alle Regioni a statuto ordinario – con legge dello Stato, approvata con le modalità ivi previste, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'art. 119 Cost. – ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti, tra l'altro, le "norme generali sull'istruzione"».

e condizioni che il primo comma della stessa disposizione attribuisce alle Regioni a statuto speciale. Si deve qui molto sinteticamente ricordare come il ben noto quadro del regionalismo italiano¹⁶, disegnato dai Costituenti e poi integrato dalla riforma del Titolo V, ritagli, nella regola dell'attribuzione di competenze alle Regioni ordinarie, una deroga, nel senso di un accentuarsi di tale autonomia (salvo il sorpasso poi avvenuto per l'imperizia del legislatore del 2001), che riguarda cinque sole Regioni, quelle a statuto speciale. La deroga può ulteriormente estendersi poi, da un punto di vista soggettivo, con l'attivazione di quella che può essere identificata come una sorta di sottospecie minore della specialità, ovvero l'autonomia differenziata, da attuarsi per singole Regioni che la richiedano – e la ottengano –, nel solco delle indicazioni procedurali e di materia derivanti dall'art. 116 comma 3. Da ciò, parrebbe agevole desumere che l'autonomia differenziata, come contemplata nella Costituzione, non può tradursi *sic et simpliciter* in una integrale devoluzione di *ogni* competenza in *ciascuna*, o quasi, delle ventitré materie elencate nell'art. 116, comma 3, né tantomeno sopravanzare per ampiezza e intensità l'autonomia attribuita alle Regioni a statuto speciale. La locuzione «forme e condizioni» e ancor più l'aggettivo «particolari», riferiti all'autonomia, ripetuti nell'art. 116, comma 3, paiono alludere semmai a conferimenti di competenze, volta per volta specificamente riferite alle particolari esigenze del contesto socio-economico del territorio regionale. Tali conferimenti, nel caso delle Regioni speciali, oltre a essere stabiliti costituzionalmente e non solamente «facoltizzati»¹⁷, appaiono invece necessariamente di portata più ampia, derivando da ragioni di carattere storico e politico, dato su cui si fonda la suddetta specialità, fotografata non a caso stabilmente nella Costituzione, negli statuti speciali di rango costituzionale e nei relativi decreti attuativi.

A ritenere diversamente, ci troveremmo dinanzi all'assurdo per cui la norma disegnerebbe prima l'au-

tonomia delle cinque Regioni a statuto speciale, per poi prefigurare Regioni ordinarie suscettibili di ottenere – tramite una fonte rinforzata, ma pur sempre di rango primario, in deroga ai commi 2 e 3 dell'art. 117 – una specialità ancora più ampia di quella prevista dal primo comma dell'art. 116, e questo in un quadro già reso complesso dall'aver la riforma del Titolo V – come si è ricordato – prodotto un travalicamento, in alcuni ambiti, dei confini delle competenze delle Regioni ordinarie su quelle speciali.

Alla luce di tali considerazioni, pare dunque tanto più esclusa l'ipotesi di una richiesta integrale di ogni tipo di attribuzione di carattere legislativo e amministrativo in relazione a tutte (o quasi)¹⁸ le ventitré materie richiamate dall'art. 116 come potenzialmente interessate dai processi di attivazione della «autonomia asimmetrica», così come pare lecito un diniego statale a fronte di simili richieste.

Stabilita la diversa natura/portata dell'autonomia differenziata, o asimmetrica, rispetto a quella speciale, restano da individuare i limiti cui essa, in base a una lettura del dettato costituzionale, dovrebbe sottostare. Sin da quando la questione era stata posta dal punto di vista meramente teorico, era stato chiarito come la procedura di cui all'art. 116 non avrebbe potuto superare i limiti costituzionali, non potendo le leggi di differenziazione derogare al dettato costituzionale, se non per l'assetto delle competenze interessate, non collocandosi le stesse leggi, se pure rinforzate, su un piano assimilabile a quello delle norme costituzionali. Si ritenne dunque non solo necessario che in ogni caso venisse garantito il limite costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni, ma altresì che – in materia di istruzione – la garanzia dell'unità del sistema tramite la fissazione delle norme generali da parte dello Stato fosse assicurata¹⁹, così come più ampiamente, in tutte le materie coinvolte, la tutela dei diritti fondamentali, in vista della imprescindibile esigenza di non creare o approfondire gli squilibri già esistenti tra zone diverse del Paese²⁰.

16. Tra le tante ricostruzioni, si veda quella, pregevole, di M. Luciani, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, n. 5/1994, p. 1311.

17. Come mette in evidenza F. Salmoni, *Forme e condizioni particolari di autonomia per le Regioni ordinarie e nuove specialità*, in G. Salerno e A. Ferrara (a cura di), *Le nuove specialità nella riforma dell'ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 312.

18. Le diverse versioni delle tre bozze di intesa che, tra il 2018 e il 2019, sono state oggetto di trattativa tra il Governo e le tre Regioni richiamate hanno riguardato ventitré, venti e sedici materie, sempre riconfermando una lettura tendenzialmente espansiva del tipo di autonomia richiesto rispetto a quella prefigurata nell'art. 116 Cost., almeno nella lettura che se ne dà nel testo. Non è, ad oggi, chiaro se tali documenti continueranno a costituire la base della trattativa sull'autonomia differenziata, destinata a rientrare a breve nell'agenda politica, e se quindi le bozze di intesa attualmente conosciute proseguiranno il loro iter, dopo l'impasse cui si era giunti prima della crisi di agosto 2019. Al momento in cui si scrive, la prospettiva che emerge dalle cronache è quella dell'approfondimento della riflessione tramite l'elaborazione di un progetto di legge attuativa dell'art. 116, comma 3, da parte del Dipartimento per gli affari regionali, e della successiva progettata sottoposizione delle bozze di intesa ad una Commissione di studio ministeriale, della quale chi scrive fa parte.

19. A. Morrone, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Il federalismo fiscale*, n. 1/2007, pp. 139 ss.

20. E. De Marco, *Qualche interrogativo su un "regionalismo a più velocità"*, in *Quad. cost.*, n. 2/2003, p. 353.

Tuttavia, sempre nella fase della riflessione sul nuovo articolo 116, vi è stato anche chi ha rilevato che gli artt. 33 e 34 andrebbero ora letti alla luce dei sopraggiunti artt. 116, 117, 118 e 119 con una inversione del ruolo usualmente riferito al rapporto tra prima e seconda parte della Costituzione²¹, allo scopo di avvalorare un'interpretazione del quadro costituzionale nel quale la sussidiarietà orizzontale e la differenziazione prevalgano sull'omogeneità e l'unitarietà del sistema di istruzione, e le Regioni stesse possano intervenire sulle norme generali, limitandosi a «rispettare le condizioni minime già previste nella legislazione statale»²².

In realtà, il giudice costituzionale ha ben chiarito già da tempo che «l'obbligo di istruzione appartiene a quella categoria di “disposizioni” statali che definiscono la struttura portante del sistema nazionale di istruzione e che richiedono di essere applicate in modo necessariamente unitario e uniforme in tutto il territorio nazionale, assicurando, mediante una offerta formativa omogenea, la sostanziale parità di trattamento tra gli utenti che usufruiscono del servizio di istruzione» (Corte cost., sentenza n. 309/2010). Si è poi precisato, circoscrivendo i possibili effetti della parziale regionalizzazione operata nel 2001 con riguardo al sistema dell'istruzione, con riferimento ai diritti civili e sociali, che «deve essere garantito agli utenti del servizio scolastico un adeguato livello di fruizione delle prestazioni formative sulla base di standard uniformi applicabili sull'intero territorio nazionale; ferma comunque la possibilità delle singole Regioni, nell'ambito della loro competenza concorrente in materia, di migliorare i suddetti livelli di prestazioni e, dunque, il contenuto dell'offerta formativa, adeguandola, in particolare, alle esigenze locali» (sentenza n. 200/2009).

Da tutto ciò sembra doversi evincere che un'eventuale attuazione del regionalismo differenziato,

su cui si sono attuate laboriose trattative tra il Governo e alcune Regioni, come già ricordato, nell'ultimo scorcio della XVII legislatura e all'inizio della XVIII, richiederebbe necessariamente l'impiego di una certa cautela – tra le altre²³ – nell'attribuzione alle Regioni, qualora insistessero in tal senso, delle competenze nell'ampia e cruciale materia delle «norme generali sull'istruzione».

Se l'ipotesi di una norma costituzionale dichiarata incostituzionale – mai tanto chiaramente ipotizzabile come nel caso della previsione, nell'art. 116, comma 3, della facoltà di consentire alle Regioni che lo richiedano di derogare all'art. 117, comma 2, lett. *n* (potestà esclusiva statale in materia di norme generali sull'istruzione) – sembra tuttavia relegata per il momento al mondo dei casi di scuola²⁴, tale disposto impone la massima intransigenza nell'interpretazione dei limiti apponibili a eventuali trasferimenti, in ragione della rilevanza del nesso tra la materia di cui alla lett. *n* e i diritti fondamentali garantiti negli artt. 33 e 34 Cost., così come della natura di principio fondamentale di quel che emerge dal combinato disposto delle due disposizioni, fondative dell'obbligo per lo Stato di garantire scuole statali di ogni ordine e grado su tutto il territorio nazionale, aperte a tutti, che garantiscano ai capaci e meritevoli privi di mezzi di raggiungere i gradi più alti degli studi²⁵.

Il limite della garanzia dei livelli essenziali sarà poi anch'esso rilevante e apponibile, seppure in seconda battuta rispetto a quelli, ora richiamati, derivanti dal disegno della Costituzione scolastica derivante dalla prima parte della Costituzione. Ulteriori limiti che verrebbero in rilievo derivano, poi, dall'art. 117, comma 2, lett. *g* e *l* – come si ricorderà (*infra*). Ma la questione più critica sarà probabilmente procedurale, con riferimento al momento e alla sede in cui azionare tali limiti, a fronte di meccanismi sin qui immaginati, come si chiarirà qui di seguito, che spo-

21. Su cui vds., tra gli altri, M. Luciani, *La «costituzione dei diritti» e la «costituzione dei poteri»*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Cedam, Padova, 1985, pp. 497 ss.

22. A. Poggi, *Istruzione, formazione e servizi alla persona*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 35. Più cauto, pur se analogamente favorevole a una certa differenziazione in materia, in nome del pluralismo, A. Morelli, *Diritto all'istruzione e autonomie speciali*, in *Id.* e L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 340.

23. Preoccupano, inoltre, le competenze su di un bene chiaramente di dimensione così ampia da poter ottenere una effettiva tutela solo se considerato da un punto di vista unitario, se non sovranazionale, come l'ambiente; preoccupa l'attribuzione della tutela del patrimonio artistico e culturale al livello regionale; preoccupano le grandi infrastrutture viarie e di trasporto dell'energia. Tra gli altri vds., sulle varie materie, F. Pallante, *Nel merito del regionalismo differenziato*, in *Federalismi*, n. 6/2019, pp. 2-34.

24. Ma, sulle ipotesi di scuola, si è imparato da tempo nel diritto costituzionale a... mai dire mai: vds. G.U. Rescigno, *Il “caso Mancuso”, ovvero della inesistenza dei casi di scuola, ovvero ancora del dovere dei giuristi di rispondere ai quesiti giuridicamente possibili*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/1996, pp. 235 ss. Su tale ipotesi, A. Morelli, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, in *Dir. pubbl. eur.* (rassegna online), n. 2/2019, p. 21.

25. Analoghe preoccupazioni, per il rispetto dei limiti derivanti dalla necessaria uniformità delle norme generali sull'istruzione, in M. Benvenuti, *Un “problema nazionale”. Spunti ricostruttivi in tema di “istruzione” e “istruzione e... formazione professionale”, tra Stato e Regioni, a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, n. 1/2015, p. 16.

stano l'azionabilità degli strumenti di garanzia molto a valle rispetto ai processi decisionali prospettati.

4. Le bozze di intesa Stato - Regioni

Le proposte di attivazione delle procedure avanzate nel corso del 2018, ai sensi dell'art. 116, dalle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, e giunte all'inizio del 2019 alla discussione in Consiglio dei ministri, hanno da questo punto di vista suscitato un certo allarme nel mondo della scuola, richiedendo in particolare le richiamate Regioni, oltre alle altre materie contemplate nell'art. 116, comma 3, anche l'integrale attribuzione della materia dell'istruzione, norme generali comprese²⁶.

Le eventuali conseguenze in termini di regionalizzazione del sistema dell'istruzione e del rapporto di lavoro dei docenti non sarebbero, in verità, totalmente un *quid novum*, poiché va ricordato che già nella legge n. 107 del 2015, sulla cd. "Buona scuola", sono presenti disposizioni miranti alla regionalizzazione: ad esempio, nell'art. 1, comma 66, secondo cui gli organici del personale docente vengono regionalizzati e si prevede che i concorsi siano banditi su base regionale (art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs n. 59/2017), oltre alla previsione di un adeguamento dei *curricula* di insegnamento rispetto al «territorio» (art. 1, comma 60).

Quello prospettato ora, nelle bozze di intesa del 2018/2019, è certo un passo ulteriore e ben più drastico nella direzione della regionalizzazione da tempo intrapresa dal legislatore, attuato con strumenti tali da renderne più significative e irreversibili le possibili conseguenze. Le leggi di differenziazione, infatti, come leggi rinforzate, non sarebbero assoggettabili a *referendum* abrogativo, e non paiono suscettibili di giungere facilmente al giudizio della Corte costituzionale. Qualora fosse mantenuta la loro qualità di "scatole vuote"²⁷, destinate cioè a trasferire materie senza specificare, in alcuni casi, i contenuti e gli ambiti riguardati da tali trasferimenti, esse non avrebbero una immediata applicabilità a rapporti giustiziabili. Inoltre i dpcm, che le bozze di intesa prefigurano come veicoli per il trasferimento delle singole funzioni alle

Regioni, in attuazione di quanto verrà stabilito dai comitati paritetici – cui viene affidata nelle bozze di intesa la totalità delle scelte in merito ai contenuti ultimi di tali trasferimenti –, non sono certamente atti impugnabili nel giudizio di legittimità costituzionale.

In relazione al merito della disciplina dell'istruzione e della scuola, la più probabile conseguenza derivante dall'autonomia differenziata così come richiesta da queste tre Regioni, prospettata in una prima versione delle bozze di intesa circolate²⁸, sarebbe stata quindi la regionalizzazione del rapporto di lavoro del personale docente e amministrativo, con la creazione di contratti regionali, formazione regionale degli insegnanti e un trattamento economico differenziato in base alla collocazione regionale. I trasferimenti da Regione a Regione si farebbero più complessi, e tutto questo non potrebbe non incidere sulla qualità del servizio offerto, così come sulla possibilità di giungere a una differenziazione di *status* tra docenti delle Regioni del nord e quelli delle Regioni economicamente più svantaggiate.

Naturalmente, la progettata differenziazione-regionalizzazione dello *status* ha suscitato le vive proteste degli insegnanti e dei loro sindacati, ottenendo parziali smentite e retromarce, della cui affidabilità è lecito dubitare. Ciò anche in ragione della considerazione per cui, oltre al trattamento economico e giuridico, molti altri profili possono incidere sulla funzione docente, in maniera forse anche più negativa, pur se indirettamente.

Un'ulteriore grave criticità che emerge dalla lettura delle bozze di intesa elaborate dalle Regioni Emilia Romagna, Veneto e Lombardia riguarda, infatti, i profili finanziari legati al trasferimento delle competenze, vero asse portante che sembra reggere le richieste di autonomia differenziata. Tali progetti, in una loro prima versione, prevedevano che, superata una prima fase transitoria in cui le Regioni si vedrebbero attribuite risorse pari alla «spesa storica» sostenuta annualmente dallo Stato entro il loro territorio, entro un anno dall'approvazione dei dpcm di trasferimento delle funzioni, adottati sulla base della legge di differenziazione, alle Regioni interessate vengano attribuiti finanziamenti pari ai fabbisogni *standard*, «che dovranno essere determinati per ogni singola

26. Nelle diverse versioni ufficiali e ufficiose circolate della bozza relativa all'intesa con la Regione Emilia Romagna, la materia «istruzione», in un caso, era integralmente compresa tra quelle devolute alla Regione; in un secondo momento, era limitata all'organizzazione della rete scolastica. Non è chiaro, poi, quale delle versioni sarebbe divenuta definitiva.

27. Così le definisce R. Bin, *L'insostenibile leggerezza dell'autonomia "differenziata": allegramente verso l'eversione*, in *La Costituzione. info*, 26 marzo 2019 (www.robertobin.it/ARTICOLI/Intese%20di%20febbraio.pdf).

28. Una parte generale delle intese risulta già siglata dal presidente del Consiglio Conte il 25 febbraio 2019. I testi sono pubblicati sul sito *web* del Dipartimento affari regionali. Versioni successive, risalenti a luglio ed ottobre 2019 non risultano ancora concordate con le Regioni, paiono più caute nel disciplinare i trasferimenti che tuttavia, pur non riferendosi più apertamente a sistemi regionali di istruzione, suscitano ancora criticità.

materia (...) fatti salvi i livelli essenziali delle prestazioni», con l'attribuzione alle Regioni «di compartecipazione al gettito dei tributi erariali». Ciò che più preoccupa, alla luce del dato per cui il nostro Paese si caratterizza spesso, dal punto di vista della legislazione, per una “temporaneità perpetua”, è che in attesa del calcolo dei fabbisogni *standard* si istituisca un sistema basato, oltre che sul trattenimento del gettito fiscale sul territorio regionale, sul valore medio nazionale *pro capite* della spesa statale nelle varie materie (che considera, però, solo la spesa pubblica regionalizzata e non i conti pubblici territoriali delle pubbliche amministrazioni, oltre a non tener conto delle peculiarità territoriali)²⁹, avendo l'obiettivo di giungere in definitiva all'azzeramento del cd. “residuo fiscale”, ignorando ogni idea di perequazione e di redistribuzione, oltre al rischio di perpetuare la documentata iniqua distribuzione della “spesa storica”³⁰. La disciplina sin qui ipotizzata sembra, insomma, prefigurare un sistema nel quale il finanziamento delle funzioni attribuite alle Regioni differenziate del nord produrrà un aggravarsi della già esistente disparità di trattamento rispetto ad altre Regioni con un gettito fiscale e un reddito *pro capite* molto inferiore, come quelle del sud e delle isole.

In attesa di comprendere la direzione che, su questo punto, prenderà il Governo nato a seguito della crisi dell'estate 2019, la questione risulta aperta. Essa si connette, come è noto, al problema dell'inattuazione del federalismo fiscale, e si aggrava via via che cresce il numero di Regioni coinvolte nel processo, che sotto le spoglie di un'attuazione dello stesso e del regionalismo differenziato, pare celare a questo punto una nuova riforma del regionalismo toutcourt, che per la sua natura, oltre che per la sua portata, dovrebbe invero attuarsi con legge costituzionale. Non è da dubitare che la questione, mentre si scrive tuttora in sospenso, non potrà che riproporsi a breve, non appena le forze politiche che erano fautrici di tale progetto torneranno a occupare le istituzioni di governo, o

che quelle che ad esso non si sono mai apertamente opposte svelino finalmente le loro reali intenzioni in merito.

Tornando al sistema nazionale dell'istruzione, si può anticipare per ora soltanto che un possibile argine alla regionalizzazione “spinta” richiesta in materia (per ora solo da tre Regioni, ma ve ne sono tante altre che si avviano sulla strada disegnata dall'art. 116³¹), sembra venire direttamente dall'art. 117, e in particolare dalla lettura dell'elenco delle materie di competenza esclusiva statale, poiché la disciplina del reclutamento dei docenti, come chiarito a suo tempo dal giudice costituzionale, «non può che provenire dallo Stato, nel rispetto della competenza legislativa esclusiva di cui all'art. 117, secondo comma, lettera g), Cost., trattandosi di norme che attengono alla materia dell'ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato» (sent. n. 76/2013), mentre la più volte richiamata sentenza n. 200 del 2009 aveva evidenziato come ulteriore titolo di legittimazione dello Stato a dettare norme in materia si rinvenga ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. l (ordinamento civile) «relativamente, in particolare, alla disciplina privatistica del rapporto di lavoro del personale della scuola».

5. Istruzione regionalizzata o strumento di unità nazionale e costruzione della cittadinanza?

Il problema è dunque complesso e oggi tuttora aperto, posto che tre fra le iniziative regionali per l'autonomia differenziata sono giunte a una fase del procedimento di cui all'art. 116, comma 3, dalla quale per alcuni pare difficile tornare indietro, nonostante il cambio di maggioranza avutosi a un anno e mezzo dall'inizio della legislatura. Ciò sembra doversi rilevare soprattutto in forza dell'avvenuto coinvolgimento del corpo elettorale in due consultazioni popolari dal chiaro esito³², elemento questo che dovrebbe contri-

29. Per una sintetica e chiara esposizione sul punto, vds. S. Staiano, *Autonomia, rotto il silenzio ora chiarezza su dati e costi*, *Il Mattino*, 27 agosto 2019.

30. A. Giannola e G. Stornaiuolo, *Un'analisi delle proposte avanzate sul “federalismo differenziato”*, in *Riv. econ. Mezzogiorno*, n. 1-2/2018; G. Viesti, *Verso la secessione dei ricchi?*, Laterza, Bari-Roma, 2019.

31. Come testimoniato in commissione parlamentare dal ministro per gli affari regionali E. Stefani, circa le istanze ricevute da una decina di Regioni, e successivamente ribadito in più sedi dal successore, ministro F. Boccia.

32. Ci si riferisce alla consultazione degli elettori nei referendum regionali svoltisi in Veneto (il 22 ottobre 2017, in forza della legge regionale del Veneto 19 giugno 2014, n. 15, recante «Referendum consultivo sull'autonomia del Veneto») e alla deliberazione del 15 novembre 2017, n. 154, con cui il Consiglio regionale ha conferito al presidente della Giunta regionale ampio mandato «per l'avvio e la conduzione del negoziato e la informativa al Consiglio regionale», nell'interesse della Regione Veneto; vi è poi stata la nota del 20 novembre 2017, con cui il presidente della Giunta regionale ha trasmesso la proposta di legge statale al presidente del Consiglio dei ministri e al sottosegretario alla presidenza del Consiglio dei ministri in materia di affari regionali, formulando istanza per l'avvio del negoziato ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione; sempre il 22 ottobre 2017 (con referendum indetto con decreto del presidente della Regione del 24 luglio 2017, n. 745) si è votato per l'autonomia differenziata anche in Lombardia, con il 95 % dei “Sì”, ma una partecipazione solo del 38,34 %, contro il 57,2 % del Veneto (e il 98,2 % dei “Sì”).

buire, tra le altre valutazioni, a dare la misura di quale operazione delicata sia il maneggiare gli strumenti di democrazia partecipativa, per gli effetti potenzialmente dirompenti che sono suscettibili di produrre nel loro innesto in un sistema di democrazia rappresentativa già in crisi di legittimazione. Va chiarito, tuttavia, come la decisione ultima circa le iniziative ex art. 116 sia una scelta attribuita dalla Costituzione a una decisione sommamente discrezionale del Governo e, successivamente, alla decisione sovrana delle Camere in sede di deliberazione a maggioranza assoluta sulle cosiddette leggi di differenziazione, che dovrebbero recepire le eventuali intese raggiunte tra Governo e singole Regioni.

La prospettiva di una eventuale frammentazione del sistema dell'istruzione non pare, per ora, essere del tutto venuta meno, risultando tuttora all'orizzonte la trattativa tra lo Stato e le Regioni interessate a tale processo. Come si diceva in apertura, è viva la preoccupazione circa la possibile regionalizzazione del trattamento giuridico ed economico degli insegnanti. Nonostante le rassicurazioni da parte di esponenti di governo circa il dato per cui il reclutamento e il contratto degli insegnanti resteranno gestiti a livello statale, quindi ministeriale³³, non pare si possano sottovalutare le criticità che si prospettano: regionalizzare le norme generali sull'istruzione significa, potenzialmente, mutare il volto della scuola italiana, con inevitabili ripercussioni sui diritti in essa agiti – ciò riguarda gli insegnanti, ma anche e forse soprattutto gli alunni e, quindi, il futuro della collettività. Oggi, nella categoria delle norme generali sull'istruzione “regionalizzabili” ex art. 116, comma 3, Cost., rientra infatti una vasta pluralità di materie fondamentali, come ha nel tempo segnalato la Corte costituzionale³⁴. Si pensi solo alla disciplina dell'obbligo scolastico, alle norme sulla parità tra istituzioni scolastiche (coinvolgente la determinazione dei requisiti per ottenere la “parità” e quindi, in definitiva, il rapporto fra scuola pubblica e privata), a quelle relative alle classi di concorso per gli insegnanti; ai curricoli didattici vigenti nei diversi

ordini di scuole; ai criteri di formazione delle classi; alla organizzazione didattica delle scuole primarie; ai criteri e parametri per la determinazione degli organici³⁵; alla costituzione di reti territoriali tra le scuole per la definizione di un organico di rete, l'integrazione degli alunni con bisogni educativi speciali, la formazione permanente, la prevenzione dell'abbandono e il contrasto dell'insuccesso scolastico e formativo e dei fenomeni di bullismo, specialmente per le aree di massima corrispondenza tra povertà e dispersione scolastica³⁶.

Se regionalizzare del tutto la programmazione della rete scolastica, materia oggi di competenza concorrente, così come il dimensionamento degli istituti, sembra meno rilevante in termini di impatto sull'unità nazionale, sotto altri aspetti le bozze di intesa sin qui pubblicate mettono, secondo larga parte della dottrina, a rischio la tenuta dell'unità nazionale, prima ancora che del modello di regionalismo³⁷.

L'aggravio del divario nord-sud, e la definitiva perdita del residuo senso di appartenenza a una comunità politica unitaria da parte dei cittadini sembrano essere già dietro l'angolo. Quanto all'impatto dell'autonomia differenziata sul sistema dei rapporti tra centro e periferia, così come prefigurata dalle bozze cui si è fatto riferimento, il rischio è che con essa, da un regionalismo senza modello³⁸, si passi a un regionalismo impazzito, dove le Regioni speciali, che lamentano l'arretramento subito a seguito della riforma del Titolo V, si affiancherebbero a Regioni ordinarie di “tipo a” e Regioni ordinarie differenziate di “tipo b”, a loro volta differenziate tra loro, mentre l'assenza di una istituzione rappresentativa di raccordo al centro di questo dedalo di competenze differenziate, che già tante volte è stata lamentata dal 2001 in poi, diverrebbe a questo punto un elemento di ulteriore criticità dell'assetto istituzionale³⁹. La legislazione ordinaria dovrebbe, di volta in volta, indicare quali sue parti si applicano a quali Regioni, un problema di non secondario momento in un ordinamento dal tessuto normativo già complicato come quello italiano,

33. Prima dal presidente del Consiglio (*Regionalizzazione, Conte: docenti devono essere nazionali. No strappo su scuola, presto sintesi*, in *Orizzontescuola.it*, 11 luglio 2019), poi dal ministro dell'istruzione (*Fioramonti: “L'autonomia differenziata nella scuola non si fa”, Il manifesto*, 27 settembre 2019). Peraltro, come già ricordato nel testo, la legislazione ordinaria si è già mossa nella direzione della regionalizzazione dello status degli insegnanti, in sede di attuazione delle deleghe contenute nella legge n. 107/2015.

34. Sul punto vds. l'ampia ricostruzione di M. Benvenuti, *Un “problema nazionale”, op. cit.*, in particolare p. 31.

35. Corte cost., sentenza n. 200/2009.

36. Corte cost., sentenza n. 62/2013.

37. Si rinvia, tra gli altri, all'efficace scritto di R. Bin, *L'insostenibile leggerezza*, *op. cit.*; vds. anche C. Iannello, *Asimmetria regionale e rottura dell'unità nazionale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2018, p. 427.

38. M. Luciani, *Un regionalismo*, *op. cit.*, p. 1311.

39. A. Morelli, *Le relazioni istituzionali*, XXXIII Convegno annuale AIC «La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale» (Firenze, 16-17 novembre 2018), in *Rivista AIC*, n. 3/2019, pp. 114-159.

dove la certezza del diritto pare ormai una chimera. Le leggi regionali a loro volta interverrebbero, in base alle bozze sin qui divulgate, a sostituirsi via via alla legislazione statale previgente nelle materie trasferite. Ma quale il confine di tali trasferimenti se le intese elencano prima tra le materie trasferite “norme generali sull’istruzione” e “istruzione”, e poi sommano al primo elenco un secondo elenco di “competenze” che sembrano indicare, in modo genericamente esemplificativo, più che tassativo, i trasferimenti di competenza progettati?

Come si vede, uno dei tasselli più rilevanti, nel quadro che vede il rischio di disgregazione dell’unità nazionale farsi più credibile, è quello che riguarda l’istruzione. Non sembra allarmistico segnalare che tale processo sarebbe favorito proprio dalla regionalizzazione della materia dell’istruzione, dato il ruolo centrale che una piena e uguale garanzia del diritto-dovere all’istruzione, unitamente a un’omogeneità e a un ripensamento dei programmi scolastici (orientati, nell’ultimo decennio, progressivamente sempre più alla formazione per il mercato del lavoro⁴⁰ anziché allo sviluppo della persona umana e a una cittadinanza consapevole), possono esercitare. Tali riflessioni si collocano, infatti, in un contesto nel quale l’impoverimento di larghi strati della popolazione, la radicalizzazione delle spinte populiste e dell’antipolitica, l’accresciuta distanza tra nord e sud si innestano, in un esplosivo abbraccio, con l’analfabetismo funzionale – fotografato dai dati Ocse⁴¹ – di un’ampia percentuale della popolazione. Tali elementi dovrebbero spingere a considerare con maggior attenzione che è proprio dai banchi di scuola che si costruisce la cittadinanza e il senso di appartenenza (o di estraneità) a

una determinata comunità politica. L’istruzione statale, insomma, si evidenzia come un tutt’uno con l’unità culturale, che il giudice costituzionale, come già ricordato, ha sottolineato più volte essere il collante dell’unità nazionale.

La crisi della scuola pubblica italiana, che la legge n. 107/2015 (cd. “Buona scuola”) non è riuscita che temporaneamente a tamponare⁴², richiederebbe insomma un’urgente presa in carico da parte delle istituzioni, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, in connessione con una riconsiderazione dell’assetto complessivo dei rapporti centro - autonomie.

La complessità già derivante dalla riforma del Titolo V, così come ridisegnata dalla giurisprudenza costituzionale e dalle riforme legislative seguite nell’ultimo decennio, sembra a sua volta altrimenti destinata ad aggravarsi ulteriormente, in caso le iniziative in materia di autonomia differenziata proseguano nella direzione oggi auspicata dai loro fautori⁴³. Anziché superare la mancata attuazione del federalismo fiscale e di altri aspetti della riforma del 2001, come la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni o la specialità “dimezzata” delle Regioni a statuto speciale, si andrebbe oggi verso la creazione di ulteriori irragionevoli sperequazioni e complessità nella gestione delle funzioni amministrative.

Infine, l’iniziativa ex art. 116 di Regioni molto ricche e popolate non potrà che rischiare di sottrarre risorse importanti al bilancio dell’istruzione pubblica, oltre che più in generale di contribuire a compromettere la garanzia dei diritti sociali, già messa a dura prova da un decennio di crisi⁴⁴. Situazione a fronte della quale si continua, invece, a dotare la scuola privata di un finanziamento pubblico diretto ingente⁴⁵.

40. Su questi temi, sia consentito rinviare al mio *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato* “collana Citoyens”, CRS-Ediesse, Roma, 2019.

41. L’Italia è, insieme alla Spagna, in fondo alla classifica di trentacinque Paesi sviluppati per quanto riguarda le capacità di lettura critica e comprensione di un testo, secondo i dati contenuti nel rapporto PIAAC («Programme for the International Assessment of Adult Competencies») - Ocse: G. Di Francesco (a cura di), *Rapporto nazionale sulle competenze degli adulti*, Isfol, Roma, 2014.

42. Sul tema vds. R. Calvano, “Cattivi consigli” sulla “Buona scuola”? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di giustizia sul caso Mascolo, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 11 novembre 2016 (www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2016_Calvano.pdf), nonché Id., *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato* (Collana Citoyens del CRS - Ediesse), Roma, 2019, p. 81 ss.

43. Riflette sulla specialità diffusa A. Ruggeri, *Prospettive di una “specialità” diffusa delle autonomie regionali*, in *Nuove aut.*, n. 6/2000, pp. 845 ss.; Id., *Note minime a prima lettura del disegno Renzi di riforma costituzionale*, in *Federalismi*, n. 8/2014, pp. 12 ss.; Id., *La riforma Renzi e la specialità regionale: problemi aperti e soluzioni sbagliate, o verosia ciò che non c’è e che dovrebbe esserci e ciò che invece c’è e che non dovrebbe esserci*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/III_Seminario_AIC_I%20costituzionalisti%20e%20le%20riforme_Intervento_Ruggeri.pdf.

44. Da questo punto di vista, la riflessione costituzionalistica ha già espresso significative preoccupazioni circa le serie criticità che potrebbero derivare dall’attuazione del progettato intervento, suggerendo un approfondimento della discussione – tra gli altri vds., oltre ai contributi già citati, M. Villone, *Italia divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; C. Iannello, *Asimmetria regionale*, op. cit.; da ultimo, A. Lucarelli, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Dir. pubbl. eur.* (rassegna online), n. 1/2019 (www.edizioniesi.it/dperonline/data/uploads/articoli/regionalismo-differenziato_numero-speciale_revisionato.pdf).

45. Sia consentito rinviare, sul punto, nuovamente a R. Calvano, *Scuola e Costituzione*, op. cit., p. 128.

Alle Regioni che assistono a questo processo riformatore, che indirettamente le riguarda e di cui non potranno che subire i contraccolpi, in primo luogo con una netta riduzione dei trasferimenti da parte dello Stato, spetterà dare una risposta istituzionale, così come alla dottrina costituzionalistica analizzare, discutere e approfondire i processi in atto. Se si proseguirà invece nella direzione di una

difensiva quanto inopportuna attivazione di altrettanti procedimenti *ex art. 116*, comma 3, che molte Regioni hanno già pensato di avviare, e di una supina esegesi delle norme via via approvate, è agevole prevedere che non potranno che aggravarsi le crepe nell'edificio del regionalismo italiano e, per quanto concerne il discorso che si è svolto, del sistema nazionale dell'istruzione.

Il mercato del lavoro dei cittadini extra-Ue in trasformazione

di Laura Calafà

Dopo una breve introduzione dedicata al legame tra mercato del lavoro dei cittadini extra-Ue e sistema regolativo nazionale e unionale, il contributo analizza i principali istituti che operano nel concreto funzionamento di questo speciale mercato, in cui le questioni di *status* tendono a prevalere su quelle del contratto di lavoro. Nelle conclusioni, ci si sofferma su un fenomeno emergente nel contesto dei flussi migratori per ragioni di lavoro: il distacco dei lavoratori extra-Ue.

1. Premessa: il mercato del lavoro dei cittadini extra-Ue nella dialettica regolare/irregolare / 2. Lavoro stagionale dopo l'attuazione della direttiva 2014/36/UE / 3. Il lavoro dei richiedenti asilo e protezione internazionale / 4. Conclusioni: il mercato del lavoro in trasformazione

1. Premessa: il mercato del lavoro dei cittadini extra-Ue nella dialettica regolare/irregolare

«*What of immigration, migration and migrants?*» si chiedeva nel 1996 J.K. Galbraith, in *The Good Society*, considerando quello delle migrazioni un capitolo imprescindibile della corretta, completa «buona società»¹. Questa citazione, utilizzata da Hayes, Novitz e Herzfeld Olsson con riguardo al trattamento dei lavoratori stranieri nell'ambito dei distacchi transnazionali², consente di spiegare che in «*a desocialised Europe, provisions for migrant workers in transnational employment relationships are powerful indicators of a lack of institutional respect for human rights*», collegando la premessa e le conclusioni del presente contributo.

Se, a livello dell'Unione europea, non ci sono segnali rassicuranti di un cambio di paradigma regolativo (ancora fondato sulla separazione netta tra migrazioni per ragioni economiche e migrazioni per ragioni umanitarie, che valorizza la segmentazione del mercato del lavoro, con attenzione attratta dalla sicurezza dei cittadini Ue), a livello nazionale questa stessa citazione aiuta a introdurre l'approccio del diritto del lavoro alle questioni delle migrazioni, il filo conduttore della riflessione giuridica riportata nella sua naturale dimensione: quella della tutela dei diritti in un contesto di riflessione integrato non solo dall'apporto degli studi sociologici ed economici, ma anche della medicina³.

I fenomeni migratori (e l'immigrazione irregolare in particolare) aprono il diritto del lavoro a grandi questioni sistematiche, come la relazione strutturale tra flussi e contratto di lavoro. Le stesse migrazioni

1. J.K. Galbraith, *The Good Society: The Humane Agenda*, Houghton Mifflin Company, Boston-New York, 1996.

2. L. Hayes - T. Novitz - P. Herzfeld Olsson, *Migrant workers and collective bargaining: institutional isomorphism and legitimacy in a resocialised Europe*, in N. Countouris e M. Freedland (a cura di), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 463.

3. Si rinvia, per ogni approfondimento, al sito del progetto di ricerca «*LivingStone. Vivere e lavorare in salute e sicurezza: prospettive di cambiamento per i lavoratori migranti nel settore agro-zootecnico*»: www.livingstonemigration.eu.

impongono una rinnovata declinazione pubblico-privato nella disciplina e confermano la difficoltà di distinguere tra migrazioni “per ragioni economiche” e migrazioni “forzate”. Come si è più volte ricordato⁴, nella riflessione del diritto del lavoro arriva ad assumere valore giuridico centrale la questione del rapporto tra contratto di lavoro e *status* del lavoratore, che dipende da un permesso per accedere al territorio e che impone di distinguere tra “regolari” e “irregolari”, categorie già labili cui si aggiunge quella di richiedente protezione internazionale in attesa di definizione della domanda presentata alle autorità nazionali: posizioni soggettive tutte giuridicamente precarie perché sempre dipendenti da un diverso ordine di autorizzazioni, scadenze e adempimenti burocratici, collegate a una significativa quantità di reati. Perché la riflessione giuridica degli ultimi decenni è rappresentabile dal passaggio teorico *dall'indifferenza giuridica al law enforcement approach*: la sanzione penale (del lavoratore straniero, del datore di lavoro, del “caporale”, di chi sfrutta la manodopera) è una chiave di lettura del tema che enfatizza (sia a livello nazionale che a livello comparato) il parametro della sicurezza, intesa anche come parte fondamentale dell'argomentare giuridico nelle corti e come costante del dibattito politico pubblico.

In questa sede, per introdurre un contributo dedicato al mercato del lavoro degli stranieri in trasformazione, possiamo ripetere la domanda già altrove formulata a partire dal problema dell'immigrazione irregolare in prospettiva lavoristica, ma ancora attuale⁵. Tolti gli *alibi* (legati ai contrasti reali tra regole sull'immigrazione e mercato del lavoro), i *paradossi* (la normativa nazionale che concorre a creare irregolarità o che disincentiva le denunce dei lavoratori, anche in caso di sfruttamento lavorativo) e gli *abusi* (della sanzione penale e, in particolare, l'art. 10-bis Tui, dedicato al reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato), cosa rimane del tema delle migrazioni declinato avendo centrale riguardo all'irregolarità della mobilità dei cittadini extra-Ue?

I sociologi aiutano a «diradare la nebbia che avvolge gli irregolari e il lavoro» perché chiariscono «gli interessi dei governi, le politiche nazionaliste e/o meramente ideologiche, l'approccio burocratico alla

gestione della pubblica amministrazione, dal punto di vista macro; mentre a livello micro, si trovano le convenienze dei datori di lavoro (imprese e famiglie), delle associazioni che si occupano dei migranti; infine, i lavoratori e le lavoratrici (molto lontani dall'essere incentivati alla denuncia anche se in situazione di grave sfruttamento lavorativo)»⁶.

Questa breve premessa segnala il bisogno per il diritto di confrontarsi sulle questioni delle migrazioni con un *approccio strutturale integrato* che già il Consiglio d'Europa aveva compiutamente tracciato, nella logica di evitare rischi per la complessiva tenuta della coesione sociale europea⁷. Il diritto del lavoro, in particolare, con questa affermazione arriva a riconoscersi come disciplina più ampia e composita, declinabile come *labour immigration law*, in grado di leggere anche il mercato del lavoro dei cittadini extra-Ue nella sua reale e realistica complessità.

2. Lavoro stagionale dopo l'attuazione della direttiva 2014/36/UE

Parte fondamentale della complessità del mercato del lavoro degli stranieri è rappresentata dal lavoro stagionale che – a differenza del contratto di soggiorno per lavoro subordinato, simbolica alchimia introdotta dalla “legge Bossi-Fini” – esiste e si applica soprattutto nei settori del turismo, del commercio e dell'agricoltura. Il lavoro subordinato degli stranieri, ontologicamente sospeso tra il diritto pubblico che regola l'accesso al territorio nazionale e l'assetto comune dei contratti di lavoro (art. 5-bis d.lgs n. 286/98), trova nel lavoro stagionale un difficile equilibrio chiamato a tener conto (a differenza dell'ordinario contratto di lavoro subordinato) anche di un ulteriore livello regolativo: quello dell'Unione europea. L'accesso per il lavoro a tempo indeterminato risulta quasi teorico (considerando soprattutto le tempistiche e i numeri complessivi di accessi contenuti nei decreti flussi che si sono succeduti dal 2012 in poi); il lavoro stagionale rappresenta, invece, realmente l'unico effettivo canale di lavoro regolare del cittadino extra-Ue in Italia. Molta attenzione va prestata, di conseguenza, alla trasposizione della direttiva 26 febbraio 2014, n. 36

4. L. Calafà, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2017, pp. 67-90; più di recente, *Id.*, *Focus Europa. La lotta al lavoro forzato e obbligatorio. Riflessioni sul lavoro indecente dopo la pronuncia Chowdury*, *ivi*, n. 3/2019, pp. 499-512, richiamando C. Costello, *Migrants and Forced Labour: A Labour Law Response*, in A. Bogg - C. Costello - A.C.L. Davies - J. Adams-Prassl (a cura di) *The Autonomy of Labour Law*, Hart (Bloomsbury) Publishing, Oxford, 2015.

5. L. Calafà, *Lavoro irregolare*, *op. cit.*

6. M. Ambrosini, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 25.

7. P. Taran - I. Ivakhnyuk - M. Da Conceição Pereira Ramos - A. Tanner, *Economic migration, social cohesion and development: towards an integrated approach*, rapporto tematico dell'8^a Conferenza dei ministri in materia di migrazione tenutasi a Kiev il 4-5 settembre 2008, pubblicato a cura del Consiglio d'Europa (Comitato europeo sulle migrazioni), Strasburgo, 2008.

sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali, effettuata con il d.lgs n. 203/2016, che modifica l'art. 24 e introduce un nuovo comma (3-ter) nell'art. 5 del Tui. Da una parte, esso cancella e riscrive la precedente versione, che conteneva in sé buona parte delle regole modificate; dall'altra, regolamenta in modo autonomo il permesso di soggiorno per lavoro stagionale⁸.

In generale, giova ricordare che il permesso per motivi di lavoro rilasciato a seguito della stipula del contratto di soggiorno e la sua durata può variare (e non superare): a) in relazione a uno o più contratti di lavoro stagionale, la durata complessiva di nove mesi; b) in relazione a un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, la durata di un anno; c) in relazione a un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, la durata di due anni. Come per il lavoro subordinato a tempo indeterminato e a termine, lo svolgimento del lavoro stagionale di cittadino extra-Ue richiede un contratto di lavoro o una proposta di contratto (di soggiorno per lavoro subordinato ex art. 5-bis), il nulla osta al lavoro (pluriennale) e un permesso di soggiorno (annuale).

Il datore di lavoro (anche per il tramite di un'associazione di categoria) disponibile ad assumere lavoratori stagionali extra-Ue nei settori dell'agricoltura e turistico/alberghiero presenta richiesta nominativa allo sportello unico dell'immigrazione della provincia di residenza, che rilascia un nulla osta anche pluriennale per la durata corrispondente al lavoro stagionale richiesto. Nel modificato art. 5 Tui, si esplicita che allo «straniero che dimostri di essere venuto in Italia almeno una volta nei cinque anni precedenti per prestare lavoro stagionale è rilasciato, qualora si tratti di impieghi ripetitivi, un permesso pluriennale, a tale titolo, fino a tre annualità, con indicazione del periodo di validità per ciascun anno». Come è stato ricorda-

to, si tratta di una sorta di «migrazione temporanea (potenzialmente) ripetibile»⁹, perché – come recita il comma 8 dell'art. 24 – «il nulla osta al lavoro stagionale si intende prorogato e il permesso di soggiorno può essere rinnovato in caso di nuova opportunità di lavoro stagionale offerta dallo stesso o da altro datore di lavoro fino alla scadenza del nuovo rapporto di lavoro stagionale». Come segnalato dalla dottrina¹⁰, oltre alla stravaganza dell'uso del termine «impieghi ripetitivi» (che pare piuttosto una traduzione letteralmente non felice di continuità della prestazione di lavoro nello stesso settore produttivo, con lo stesso o altro datore di lavoro), la questione regolativa del lavoro stagionale in agricoltura e nel settore turistico/alberghiero si riduce a un flusso che viene determinato in via autonoma rispetto agli altri accessi (per lavoro subordinato, per lavoro autonomo) e in una procedura notevolmente semplificata di accesso al territorio nazionale.

Una riflessione più approfondita non può negare una serie di problemi interpretativi che il legislatore non concorre a risolvere (a partire dalla cesura nei settori produttivi e nel trattamento complessivo del rapporto di lavoro stagionale laddove intervengano contratti collettivi con regolazioni distinte, ad esempio con riguardo all'alloggio)¹¹.

Sono due i profili sui quali la dottrina è più attenta: il diritto di precedenza del lavoratore stagionale e la conversione del permesso di soggiorno da lavoro stagionale a lavoro subordinato a tempo indeterminato/determinato. Con riguardo al primo aspetto, si segnala che al datore di lavoro viene piuttosto riconosciuta la facoltà di riassumere – con chiamata nominativa – un lavoratore extra-Ue con cui ha già avuto uno o più rapporti di lavoro in un lasso temporale definito. Come è stato segnalato, la portata della disposizione legale è limitata proprio perché la domanda dipende dal datore e non dal lavoratore e, in questo

8. In attesa della trasposizione della direttiva sul lavoro stagionale (2014/36/UE), il legislatore nazionale era intervenuto in base al solo progetto di direttiva presentato dalla Commissione Ue – COM(2010) 379 def., del 13 luglio 2010 – per semplificare la procedura di accesso al lavoro stagionale (art. 17 dl n. 5/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 35/2012, che modifica l'art. 24 Tui, intitolato «Lavoro stagionale») con l'inserimento del silenzio assenso. Ricordando che il lavoro stagionale è l'unico canale di accesso effettivo e funzionante al mercato del lavoro nazionale da parte di stranieri, si era intervenuti per fissare un termine, decorso il quale la richiesta nominativa di uno straniero da assumere allo sportello unico per l'immigrazione s'intendeva accolta (art. 24, comma 2-bis). Altro problema di funzionalità della procedura era risolto dal nuovo comma 3-bis, che ammetteva la proroga dell'autorizzazione al lavoro e riconosceva il rinnovo del permesso di soggiorno in caso di una nuova opportunità di lavoro stagionale offerta dallo stesso o da altro datore di lavoro.

9. V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2/2017, p. 367.

10. M. McBritton, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, Bari, 2017, p. 122.

11. Con riguardo all'alloggio, il comma 3 dell'art. 24 prevede che «Ai fini della presentazione di idonea documentazione relativa alle modalità di sistemazione alloggiativa di cui all'articolo 22, comma 2, lettera b), se il datore di lavoro fornisce l'alloggio, esibisce al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno un titolo idoneo a provarne l'effettiva disponibilità, nel quale sono specificate le condizioni a cui l'alloggio è fornito, nonché l'idoneità alloggiativa ai sensi delle disposizioni vigenti. L'eventuale canone di locazione non può essere eccessivo rispetto alla qualità dell'alloggio e alla retribuzione del lavoratore straniero e, in ogni caso, non è superiore ad un terzo di tale retribuzione. Il medesimo canone non può essere decurtato automaticamente dalla retribuzione del lavoratore».

modo, non si tutela l'interesse del lavoratore al rientro in Italia¹². È la scelta del datore di lavoro a consentire il rientro in Italia e non il rilascio di un permesso pluriennale di soggiorno in settori, tra l'altro, in cui è tradizionalmente carente la manodopera regolare. Letteralmente, il comma 9 dell'art. 24 riconosce in effetti «il diritto di precedenza per il rientro per ragioni di lavoro stagionale presso lo stesso datore di lavoro o altro datore di lavoro, rispetto a coloro che non hanno mai fatto regolare ingresso in Italia per motivi di lavoro», ma non spiega se e come tale diritto sia concretamente azionabile da parte del cittadino extra-Ue disponibile a rientrare in Italia e titolare di un permesso pluriennale di lavoro.

In attesa di un eventuale contenzioso sul punto (a conferma che il modello di base che ha ispirato il legislatore Ue, prima, e quello domestico, poi, sia quello della migrazione circolare), si segnala la questione del rientro nel Paese d'origine in caso di conversione del permesso di soggiorno. Il nuovo comma 10 spiega che il «lavoratore stagionale, che ha svolto regolare attività lavorativa sul territorio nazionale per almeno tre mesi, al quale è offerto un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato, può chiedere allo sportello unico per l'immigrazione la conversione del permesso di soggiorno in lavoro subordinato, nei limiti delle quote di cui all'articolo 3, comma 4». La capienza del decreto flussi è una condizione molto gravosa, se non impossibile da adempiere. Con ciò confermando che il legislatore ha costruito un sistema regolativo per compartimenti stagni molto rigidi: da una parte il lavoro stagionale; dall'altra il lavoro subordinato a tempo indeterminato e a termine¹³.

Questa constatazione è importante nel contesto della riflessione giuslavoristica perché ci consente di tornare all'origine della ontologica differenza tra lavoro stagionale in agricoltura e lavoro a termine nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento Ue, sciogliendo un groviglio interpretativo in favore della prevalenza del diritto comune del contratto a termine. Nell'art. 3 della direttiva 2014/36/UE dedicato alle definizioni, il legislatore Ue scrive che la qualifica di «lavoratore stagionale» dipende da due condizioni: è il cittadino di un Paese terzo che conserva la propria residenza principale in quel Paese e che soggiorna

legalmente e temporaneamente nel territorio di uno Stato membro per esercitarvi un'attività soggetta al ritmo delle stagioni; è titolare di uno o più contratti a tempo determinato conclusi direttamente tra cittadino del Paese terzo e datore di lavoro stabilito in uno Stato membro. A ciò si aggiunga che l'attività soggetta al ritmo delle stagioni è definita come «un'attività legata a un certo periodo dell'anno da un evento ricorrente o una sequenza ricorrente di eventi connessi a condizioni stagionali che richiedono quantità di forza lavoro notevolmente superiori a quelle necessarie per le attività abituali».

Queste definizioni confermano che il lavoro stagionale in agricoltura e nel settore turistico altro non è e non può che essere se non una tipologia (tra l'altro, tra le più chiaramente definibili) di contratto di lavoro a termine. La stessa direttiva 1999/70/CE non consente distinzione alcuna tra settori produttivi, mentre la direttiva 2014/36/UE non fa altro che fissare regole di procedura diverse per un contratto a termine siglato da un cittadino extra-Ue in un particolare mercato del lavoro, quello temporaneo dell'agricoltura e del settore turistico/alberghiero. Del resto, in Italia, il lavoro stagionale è considerato ontologicamente a termine dalla giurisprudenza solo con riguardo all'agricoltura, e non certo per l'intero settore turistico/alberghiero¹⁴.

A conferma dell'interazione tra sistema regolativo nazionale e funzionamento reale del mercato del lavoro degli stranieri in Italia, non si può non ricordare che – anche con riguardo al lavoro stagionale – assume particolare valore l'esito della visita che, tra il 3 e il 12 ottobre 2018, Urmila Bhoola, relatrice speciale Onu sulle forme contemporanee di schiavitù (comprese cause e conseguenze), ha fatto in Italia. La dichiarazione si apre con la presa d'atto della mancata ratifica, da parte dell'Italia, della Convenzione Onu del 1990 sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (che peraltro non risulta ratificata da nessuno Stato aderente all'Unione europea)¹⁵ e della ratifica in sospeso del Protocollo n. 29 del 2014 relativo alla Convenzione Oil sul lavoro forzato.

Dopo un'analisi accurata del mercato del lavoro agricolo, delle distorsioni del suo funzionamento, e

12. M. McBritton, *Migrazioni economiche*, op. cit., p. 124.

13. *Ivi*, p. 126.

14. C. Faleri, *Il lavoro povero in agricoltura, ovvero sullo sfruttamento del (bisogno di) lavoro*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2019, p. 149, spec. p. 153, anche per la giurisprudenza di legittimità, sul carattere tipico della natura temporanea del contratto di lavoro in agricoltura degli avventizi e dei salariati fissi.

15. Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione n. 45/158 del 18 dicembre 1990, è entrata in vigore internazionale il 1° luglio 2003. Gli Stati parte, al 1° gennaio 2018, sono 52. Nel continente europeo, è stata ratificata solo da Serbia e Bosnia Herzegovina.

dopo avere accuratamente descritto l'impianto normativo italiano, ivi compresa la l. n. 199/2016, Bhoola spiega che le possibilità di lavoro legale sono limitate in ragione del funzionamento del sistema delle quote d'accesso anche al lavoro stagionale, scrivendo che la «riduzione significativa delle quote sembra contraddire un'esigenza decisamente maggiore di lavoratori agricoli (...) di conseguenza i datori di lavoro ricorrono a migranti irregolari che lavorano senza contratto in condizioni di elevato sfruttamento pari alla schiavitù. Siamo stati informati (...) che lo stretto legame tra un permesso di soggiorno e l'esistenza di un contratto di lavoro rischia di spingere ulteriormente i migranti verso canali irregolari, aumentandone la vulnerabilità allo sfruttamento».

Nella dichiarazione di fine missione¹⁶, le forme di grave sfruttamento lavorativo dei lavoratori agricoli registrate in alcune zone del Sud-Italia¹⁷ – soprattutto immigrati – sono pacificamente inserite tra le forme contemporanee di schiavitù. Durante la visita, scrive la Relatrice, «ho parlato con molte vittime dello sfruttamento del lavoro sfociato in schiavitù» in ragione delle quantità di ore lavorate, dei salari ben al di sotto del minimo contrattuale, dei pericoli per la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro, degli infortuni di cui le persone sono vittime, per essere poi abbandonate da caporali in prossimità degli ospedali per i trattamenti d'urgenza, minacciate per non rivelare l'azienda presso la quale avevano prestato lavoro.

L'elenco delle questioni fondamentali che il Governo italiano dovrà affrontare è lungo e comprende non solo la ratifica delle convenzioni mancanti, ma anche una lunga serie di servizi da garantire e rafforzare, oltre al miglioramento del sistema di incentivi per segnalare lo sfruttamento lavorativo delle vittime in perfetta sintonia con il Protocollo Oil n. 29 del 2014 e con la collegata raccomandazione n. 203, dedicata alle misure complementari per la soppressione effettiva del lavoro forzato. Del resto, questo protocollo

persegue la funzione di innovare la disciplina prevista dalla Convenzione del 1930 per renderla più adeguata alle sfide del XXI secolo, richiedendo agli Stati di sviluppare piani di azione per l'effettiva repressione del lavoro forzato, una speciale attenzione alle filiere produttive oltre a una maggiore attenzione alla vittima, e l'esenzione dell'applicazione di sanzioni penali per il fatto di essere stati coinvolti nel compimento di attività illecite come conseguenza diretta della costrizione al lavoro forzato.

3. Il lavoro dei richiedenti asilo e protezione internazionale

A conferma che l'uso del termine «migrazione economica e/o per motivi di lavoro non implica l'assunzione dei processi migratori come monolitici fenomeni unitari, da analizzare indistintamente in quanto tali»¹⁸, pare corretto estendere la presente analisi anche al lavoro svolto dai richiedenti asilo e protezione internazionale. Nella *Relazione sul sistema di protezione e di accoglienza dei richiedenti asilo* approvata il 21 dicembre 2017 dalla Commissione parlamentare costituita *ad hoc*, è scritto che la «condizione lavorativa rappresenta un aspetto prioritario nel processo di integrazione dei richiedenti protezione internazionale e le difficoltà di accesso all'occupazione rappresentano la barriera più grande all'integrazione»¹⁹. Negli stessi termini, il *considerando* 23 della direttiva 2013/33/UE, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, ricorda che per «favorire l'autosufficienza dei richiedenti e ridurre le ampie divergenze esistenti tra gli Stati membri, è essenziale stabilire norme chiare sull'accesso dei richiedenti al mercato del lavoro»²⁰.

Nel corso del tempo, anche in ragione delle diverse ondate migratorie (a partire da quella albanese e somala all'inizio degli anni novanta)²¹, come può leg-

16. La dichiarazione di fine missione è disponibile *online* al seguente indirizzo: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23708&LangID=E.

17. La Relatrice speciale Onu ha visitato Roma, varie località della Calabria, Foggia e Cerignola in Puglia, Latina nel Lazio.

18. V. Papa, *Dentro o fuori il mercato?*, *op. cit.*, p. 367.

19. La *Relazione* è stata elaborata dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, istituita con delibera della Camera dei deputati del 17 novembre 2014, modificata con delibera del 23 marzo 2016 (doc. XXII-bis, n. 21).

20. Direttiva collegata alla dir. 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, entrambe trasposte in Italia con d.lgs n. 142/2015.

21. Una ricognizione limitata alle risposte più datate non può non ricordare che, di fronte alla prima emergenza – circa 50.000 sbarchi di persone provenienti dall'Albania tra il 1990 e il 1991 –, le autorità italiane concedono un permesso di lavoro a carattere straordinario valido per un anno, cui segue la chiusura delle frontiere dopo l'aumento degli arrivi.

Con riguardo agli arrivi conseguenti alla guerra civile in Somalia nel 1991, considerando anche che gli arrivi erano meno numerosi e meno visibili all'opinione pubblica, con il decreto del Ministro degli affari esteri del 9 settembre 1992, si dispone che ai cittadini somali sia rilasciato, a richiesta, un permesso temporaneo di soggiorno per motivi di studio e di lavoro della durata massima di un anno e rinnovabile

gersi nella relazione stessa, il legislatore ha effettuato scelte diverse, tutte accomunate dall'assenza di un sistema comune europeo regolativo di riferimento che oggi, al contrario, esiste. I successivi artt. 15 e 16 della direttiva 2013/33/UE, rispettivamente dedicati al lavoro e alla formazione, prevedono l'obbligo di garantire l'accesso dei richiedenti al mercato del lavoro entro nove mesi dalla data di presentazione della domanda di protezione internazionale e il dovere di non limitare indebitamente tale accesso, scontato il diritto di garantire la precedenza ai cittadini dell'Unione, dello Spazio economico europeo e ai cittadini extra-Ue in condizione di soggiorno regolare. Anche la formazione professionale è ammessa, dato che gli Stati membri possono autorizzare l'accesso alla formazione professionale, che può configurarsi come autonoma oppure funzionalmente collegata all'accesso al mercato del lavoro nazionale.

In attuazione delle predette direttive, sono due le disposizioni in vigore alle quali riferirsi: l'art. 22 d.lgs n. 142/2015 e l'art. 22-bis dl n. 13/2017²². In base al primo articolo, il permesso di soggiorno per richiesta asilo consente di svolgere attività lavorativa, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda, se il procedimento di esame della domanda non è concluso e il ritardo non può essere attribuito al richiedente. Tale permesso non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Lo stesso disposto aggiunge che i richiedenti che usufruiscono delle misure di accoglienza possono frequentare corsi di formazione professionale, eventualmente previsti dal programma dell'ente locale dedicato all'accoglienza. Il successivo art. 22-bis consente la partecipazione dei richiedenti protezione internazionale ad attività di utilità sociale promosse dai prefetti d'intesa con i Comuni, le Regioni e le Province autonome, anche nell'ambito dell'attività dei consigli territoriali per l'immigrazione. Ci si riferisce a «ogni iniziativa

utile all'implementazione dell'impiego di richiedenti protezione internazionale, su base volontaria, in attività di utilità sociale in favore delle collettività locali, nel quadro delle disposizioni normative vigenti». Gli stessi prefetti sono chiamati a promuovere la diffusione delle buone prassi e di strategie congiunte con i Comuni, le Regioni, le Province autonome e le organizzazioni del terzo settore, anche attraverso la stipula di appositi protocolli di intesa²³.

Sono due i profili di interesse giuslavoristico segnalati dalla dottrina più recente con riguardo al lavoro dei richiedenti asilo o protezione internazionale: da una parte, lo stretto legame tra lavoro e sistema di accesso conferma che la specialità del lavoro degli stranieri (qualunque sia lo *status*) si collega alla regolazione di diritto pubblico legata agli accessi e, come vedremo tra breve, soprattutto all'apporto sanzionatorio del diritto penale; dall'altra, la stessa dottrina evidenzia il rischio della gratuità della prestazione lavorativa del richiedente asilo e protezione internazionale che risulta – ad assetto normativo dato – collegata proprio a una mera situazione di *status* di chi presta lavoro. Come è stato efficacemente sottolineato, l'accesso al sistema del lavoro di utilità sociale governato a livello locale evidenzia il cambiamento di prospettiva dello Stato con riguardo al lavoro come strumento di integrazione. Nel senso che i varchi aperti verso il lavoro gratuito rispondono solo apparentemente alla spinta «all'integrazione, all'inclusione sociale e al superamento della situazione di marginalità». Il conseguimento di questi obiettivi «passa giocoforza per l'emancipazione economica. Quest'ultima circostanza lascia trasparire allora che a guidare quel tipo di politiche è piuttosto l'intento di impegnare i richiedenti asilo in forme di lavoro gratuito (o quasi, nel caso del tirocinio) c.d. "di restituzione". L'idea è insomma che a questi soggetti debba essere offerta l'opportunità di sdebitarsi per l'accoglienza nelle nostre comunità, di-

alla scadenza, nel caso dovessero perdurare le condizioni di impedimento al rimpatrio.

Nella *Relazione*, la sfida più impegnativa è considerata quella dell'arrivo degli sfollati dalla ex Jugoslavia a seguito dello scoppio della guerra in quei territori, nel giugno del 1991. Come espressamente scritto, la «vicinanza geografica, così come la buona conoscenza dell'Italia da parte dei cittadini jugoslavi, fa sì che l'Italia diventi – con circa 80.000 sfollati – il secondo Paese europeo, dopo la Germania, per numero di persone accolte. La procedura d'asilo prevista dalla legge Martelli mal si adatta anche al caso degli sfollati ex jugoslavi, i quali fuggono da una situazione di violenza generalizzata piuttosto che da persecuzioni individuali. Di conseguenza queste persone, pur non rientrando nelle fattispecie contemplate dalla Convenzione di Ginevra, hanno bisogno di una qualche forma di protezione ancorché di carattere straordinario. Infatti, all'insorgere del conflitto è previsto che ai cittadini provenienti dai territori di questa regione sia rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari valido tre mesi. Successivamente, ai sensi del decreto legge 24 luglio 1992, n. 350, convertito nella legge 24 settembre 1992, n. 390 ("Interventi straordinari di carattere umanitario a favore degli sfollati delle Repubbliche sorte nei territori della ex Jugoslavia"), la durata del permesso viene portata a un anno, estendendolo anche a motivi di lavoro e di studio» (*Relazione cit.*, p. 36).

22. Il d.lgs n. 142/2015 è di attuazione della dir. 2013/33/UE, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della dir. 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale. L'art. 22-bis è stato successivamente inserito dall'art. 8, comma 1, lett. d, dl n. 13/2017 (cd. "decreto Minniti"), convertito con modificazioni dalla l. n. 46/2017.

23. Come spiega il successivo comma 3, «i Comuni, le regioni e le province autonome possono predisporre, anche in collaborazione con le organizzazioni del terzo settore, appositi progetti da finanziare con risorse europee destinate al settore dell'immigrazione e dell'asilo».

mentando che, in realtà, quella stessa accoglienza è per l'Italia oggetto di un dovere che discende, oltre che dal diritto internazionale, dai principi su cui si fonda il nostro ordinamento costituzionale»²⁴.

4. Conclusioni: il mercato del lavoro in trasformazione

Qualche anno fa²⁵, nel concludere una lettura monografica dedicata al mercato del lavoro degli stranieri, si era segnalata l'esistenza di una distonia tra modello regolativo e contesto economico-sociale del mercato del lavoro che mantiene una sua perdurante attualità. Le regole dedicate al mercato del lavoro degli stranieri presuppongono un mercato del lavoro diverso da quello reale. L'effetto di questo disallineamento è misurabile dalla quantità di sanatorie che, nel corso degli anni, si sono succedute per risolvere la situazione degli irregolari presenti nel territorio italiano. Le ipocrisie delle politiche in materia di immigrazione (con il blocco sostanziale degli accessi per motivi di lavoro) concorrono, quindi, a generare floridi mercati del lavoro irregolare, mercati che oggi registrano una novità.

Dopo alcuni anni di sostanziale blocco dei canali di accesso regolare al lavoro da parte dei cittadini extra-Ue nel nostro Paese, si può riconoscere un ulteriore adattamento delle dinamiche dei flussi migratori: il distacco dei lavoratori di cittadinanza extra-Ue. Come segnala, soprattutto, la dottrina straniera, «*The position of migrant workers who are "posted" by their employer from one EU Member State to work in another is particularly illuminating. The Commission and Council have since sought to extend this approach to directives covering the terms and conditions of third country nationals entering the EU as short-term seasonal workers or inter-corporate transferees*»²⁶.

Come confermano le più recenti ricerche di ma-

trice sociologica, il mercato è in continua trasformazione e, a livello Ue, la formula giuridica del distacco dei lavoratori extra-Ue si sta sviluppando. Dai dati della Commissione europea si conferma che, nell'Unione, lavorano circa due milioni di lavoratori in distacco (la percentuale è +41% tra il 2010 e il 2015)²⁷. Questi lavoratori «sono solitamente reclutati in un paese dell'Unione per lavorare in un altro Stato membro, sebbene sempre più spesso imprese europee reclutino lavoratori di Paesi non-UE per poi inviarli in qualche altro paese europeo. È il caso, ad esempio, di molti ucraini dipendenti di imprese polacche inseriti nel mercato del lavoro ceco, o di turchi, brasiliani e marocchini che lavorano in Belgio alle dipendenze di imprese con la sede in un altro paese dell'UE. Il lavoratore in distacco ha diritto almeno ai livelli salariali minimi del paese in cui opera, ma questo diritto è facilmente aggirato e il distaccato deve sovente accontentarsi di salari lievemente più elevati rispetto alle condizioni del paese d'origine. Inoltre, essendo occupati da un'impresa che fornisce un servizio, questi migranti temporanei non hanno accesso alla previdenza sociale nel paese di destinazione dove svolgono la loro prestazione lavorativa. Accanto ai lavoratori in distacco cresce l'importanza delle agenzie di reclutamento internazionale che ingaggiano manodopera in un paese dell'UE, o talvolta anche fuori dai suoi confini, facendola poi confluire in un paese dell'UE»²⁸. La dottrina più recente, nel commentare la direttiva 2018/957 sul distacco dei lavoratori, ribadisce che la crisi economica ha trasformato la mobilità dei lavoratori e delle lavoratrici; la compressione dei salari e il decentramento della contrattazione collettiva «hanno trasformato alcuni paesi, come l'Italia, da *receiving country* a *sending country*. La mobilità in uscita dagli Stati a basso salario è stata poi compensata mediante il facile rilascio di permessi di soggiorno a cittadini di paesi terzi, assunti per essere distaccati all'interno della UE (emblematico il caso dei lavoratori ucraini in Polonia)»²⁹.

24. G. Calvellini, *I richiedenti asilo nel diritto del lavoro italiano*, in *Lavoro e diritto*, n. 4/2019, pp. 665-688.

25. L. Calafà, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 156.

26. L. Hayes - T. Novitz - P. Herzfeld Olsson, *Migrant workers*, op. cit., pp. 448-449.

27. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471>.

28. D. Sacchetto, *Rifugiati, migranti e mercato del lavoro nell'Unione europea. Alcune note*, in *Connessioni precarie*, 23 gennaio 2018, www.connessioniprecarie.org/2018/01/23/rifugiati-migranti-e-mercato-del-lavoro-nellunione-europea-alcune-note/#_ftn18.

29. S. Borelli, *La direttiva sul distacco dei lavoratori: ancora un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro?*, in Aa. Vv., *I lavoratori e i cittadini: trasformazioni del diritto sociale*, Il Mulino, Bologna, p. 87 ss. (il saggio raccoglie contributi di A. Avio, G.G. Balandi, F. Bano, S. Borelli, S. Buoso, L. Calafà, S. Renga), che rinvia a S. Archain, *On illegal posting by temporary work agencies. Between use and abuse of the European Union's legislation*, in *L'altro diritto*, n. 1/2017, pp. 99 ss.; A.H. Chudžíková e Z. Bargerová, *Victims of labour exploitation or "illegal" migrants? Ukrainian workers' labour rights protection in Slovakia*, CVEK – Centro per la ricerca sull'etnicità e la cultura, Bratislava, 2018, http://cvek.sk/wp-content/uploads/2018/02/WEB_EN.pdf; M. Čaněk - K. Kall - N. Lillie - A. Wallace - B. Haidinger, *Transnational Cooperation among Labour Regulation Enforcement Agencies in Europe: Challenges and Opportunities Re-*

Quella dei lavoratori extra-Ue in distacco in Italia – insieme al distacco di lavoratori italiani in altri Paesi Ue – è una formula nuova, destinata ad arricchire anche le riflessioni giuridiche in materia di lavoro, cui dedicare maggiore attenzione nel prossimo futuro. Non solo il *focus* principale si sposta sull'impresa e, in particolare, su quella distaccante, ma –

soprattutto – le ragioni che concorrono a sostenere tale meccanismo sono lontane dall'essere affrontate e risolte, sia a livello nazionale che a livello Ue: competizione di matrice sociale al ribasso nel mercato interno, accompagnata dal sostanziale blocco delle migrazioni fisiologiche per ragioni di lavoro dai Paesi extra-Ue.

lated to the Posting of Workers – Technical Report, pubblicazione a cura della rete SOLIDAR, Bruxelles, 2018, p. 29 (www.forba.at/wp-content/uploads/2018/12/TNC_Report_-_Challenges_and_Opportunities_Related_to_the_Posting_of_Workers_Attachments.pdf); Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo, 2015 (https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-severe-labour-exploitation_en.pdf).

Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603-bis cp tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale

di Valeria Torre

Il moltiplicarsi di delitti contro la personalità individuale, dalla tipicità poco definita e posti a tutela di beni giuridici non sempre afferrabili, pone notevoli problemi applicativi: in particolare, i concetti di “sfruttamento lavorativo” e “approfittamento dello stato di bisogno” sono elementi alquanto vaghi, che costringono l'interprete a un ruolo di supplenza giudiziaria che travalica i limiti garantistici entro i quali deve iscriversi qualsiasi intervento repressivo.

1. L'evoluzione normativa della fattispecie di intermediazione illecita e sfruttamento di manodopera / 2. La lacuna di tutela e la riforma del 2016 / 3. La tipicità debole dell'art. 603-bis cp e la sua connotazione in termini processuali-probatori / 4. Qualche spunto di riflessione conclusiva a partire dagli orientamenti giurisprudenziali

1. L'evoluzione normativa della fattispecie di intermediazione illecita e sfruttamento di manodopera

Nell'arco degli ultimi decenni, diverse sono state le sollecitazioni internazionali ed europee che hanno richiesto un adeguamento degli ordinamenti nazionali in materia di riduzione in schiavitù e sfruttamento lavorativo: le principali fonti sono, a livello internazionale¹, il «Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini» del 2000 e, a livello europeo, la decisione quadro 2002/629/GAI del 19 luglio 2002. La decisione quadro è stata, in seguito, sostituita dalla direttiva 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime. La direttiva prevede, all'art. 2, una serie di atti dolosi che gli Stati membri devono punire, includendo tra le condotte selezionate il reclutamento

di persone ai fini di sfruttamento, che può realizzarsi attraverso l'uso della forza o altre forme di coercizione o abuso di potere o dello stato di vulnerabilità. Il secondo comma dell'art. 2 definisce la posizione di vulnerabilità come: «situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima». Il terzo comma include nello sfruttamento: «lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi».

Nel nostro ordinamento penale, diverse disposizioni normative vietano forme di lavoro schiavistico e/o forme di servitù, anche contrattualizzata, nonché la tratta di essere umani. In particolare l'art. 600 cp, riformato già con la l. n. 228/2003, punisce assai gravemente la riduzione o il mantenimento in schiavitù o in servitù, includendo nell'ipotesi di riduzione in servitù anche forme di lavoro forzato o obbligatorio. Il primo comma dell'art. 600 cp prevede la condotta

1. Tra le fonti internazionali e convenzionali, vi è anche la Cedu, che all'art. 4 vieta la schiavitù e la servitù, distinguendole rispetto al lavoro forzato o obbligatorio.

di ridurre o mantenere una persona «in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative». Il secondo comma stabilisce che la riduzione o mantenimento nello stato di soggezione si ha «quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità». In attuazione della direttiva 2011/36/UE, la fattispecie è stata ulteriormente modificata con il d.lgs 4 marzo 2014, n. 24 ed è stato inserito il riferimento all' «approfittamento di una situazione di vulnerabilità» quale elemento significativo della riduzione o mantenimento dello stato di soggezione. L'ambito di operatività della riduzione in schiavitù o servitù è divenuto, pertanto, abbastanza ampio, tanto da comprendere non solo condizioni di totale negazione della libertà e della dignità umana, ma anche quelle situazioni che comportano una significativa compromissione della capacità di autodeterminarsi della persona, senza tuttavia annullarla del tutto².

Rispetto alle sollecitazioni unionali e convenzionali, l'ordinamento penale italiano non solo non presentava alcuna lacuna di tutela, ma aveva predisposto un armamentario repressivo di notevole efficacia³, visto che per l'art. 600 cp era già prevista la responsabilità degli enti (come richiesto dalla direttiva 2011/36/UE), la confisca *ex art. 600-septies* cp, diverse pene accessorie di natura interdittiva, la punibilità anche per il fatto commesso all'estero *ex art. 604* cp, nonché un aggravamento di pena per l'associazione a delinquere finalizzata al compimento dei reati di schiavismo previsti dagli artt. 600 cp ss.

Se questo è il quadro normativo, si fatica a cogliere le ragioni di necessità e urgenza che hanno spinto

il legislatore, attraverso il dl 13 agosto 2011, n. 138, a inserire nel codice penale il delitto di cui all'art. 603-bis cp (decreto legge che, in realtà, non aveva come scopo quello di affrontare il fenomeno del caporalato, quanto quello di approntare «ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo»)⁴.

Invero, le ragioni politico-criminali che hanno giustificato l'intervento normativo del 2011 erano legate a esigenze interne del sistema penale nazionale, ovvero la necessità di colmare la lacuna rispetto a forme di schiavitù contrattualizzata e forme di intermediazione illecita, che si ponevano in quello spazio vuoto, creatosi fra il confine delle gravi ipotesi di riduzione in schiavitù e tratta degli esseri umani e quello degli illeciti contravvenzionali, di effimero disvalore penale, previsti dalla cd. «legge Biagi»⁵. Un simile intervento penale, in un settore così complesso e delicato, richiedeva forse una riflessione pacata e razionale, che non si combina con l'emotività di una procedura d'urgenza come quella del decreto legge.

L'art. 603-bis cp, nella sua originaria formulazione, puniva chiunque svolga «un'attività organizzata di intermediazione, reclutandone manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori». La condotta tipica era solo quella di intermediazione: inspiegabilmente, non veniva prevista una fattispecie *ad hoc* di sfruttamento⁶. Nonostante il ridotto ambito di operatività, la fattispecie di intermediazione illecita presentava una tipicità alquanto articolata e complessa, che ha condizionato la sua praticabilità processuale⁷, tanto da determinare un'operatività limitata della norma,

2. Sul punto, *ex pluribus*, Cass., sez. V pen., 18 novembre 2010, n. 2775.

3. K. Summerer, *I delitti di schiavitù e tratta di persone*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale - I delitti contro l'onore e la libertà individuale*, Utet, Torino, 2010, p. 232, evidenzia come l'ordinamento italiano abbia introdotto moderni strumenti di contrasto ai fenomeni di neo-schiavismo, ponendo il nostro Paese all'avanguardia in Europa rispetto a questa forma di crimine.

4. Sul punto, A. Di Martino, «Caporalato» e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, pp. 106-107; A. Scarcella, *Il delitto di "caporalato" entra nel codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10/2011, p. 1183.

5. S. Fiore, *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) Caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Alfonso Stile*, ESI, Napoli, 2014, p. 881; S. Tordini Cagli, *Profili penali del collocamento della manodopera. Dalla intermediazione illecita all' "Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro"*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 727. Sul punto, Cass., sez. V pen., 4 febbraio 2014, n. 14591.

6. Il datore di lavoro poteva solo concorrere con l'intermediario nei delitti di cui all'art. 603-bis cp. Sul punto, vds. A. Di Martino, «Caporalato», *op. cit.*, p. 108.

7. Vds. A. Di Martino, *op. ult. cit.*, pp. 106 ss., secondo il quale la norma è «strabica e distorsiva. Strabica, perché identifica condotte riferibili a soggetti che, almeno secondo la diagnosi corrente e unanime, non sono quelli che la fattispecie stessa dichiara responsabili, mentre dichiara responsabili soggetti che non possono realizzarle se non relativamente a talune ipotesi, e comunque indirettamente. Distorsiva, correlativamente, perché è un modo distorsivo d'intervenire sul funzionamento del mercato del lavoro (di un certo tipo di lavoro, almeno) quello con il quale – almeno stando alla lettura corrente – sono criminalizzati selettivamente taluni soggetti, che svolgono un ruolo solo strumentale ad un intero modo di produzione i cui attori primari realizzano di fatto e direttamente le condotte assunte come tipiche ma non sono puniti». Più avanti, l'Autore evidenzia l'inidoneità strutturale del reato a svolgere lo scopo di tutela, per cui restano impuniti gravi offese alla persona rappresentate dal fenomeno del caporalato (p. 112). Sul punto, vds. Cass., sez. V pen., 18 dicembre 2015, n. 16735.

testimoniata da una scarsissima casistica giurisprudenziale⁸. Proprio perché caratterizzata da condotte di violenza, minaccia e intimidazione, la disposizione dell'art. 603-bis cp poneva, inoltre, un problema di concorso apparente di norme con le ipotesi più gravi, tipizzate dall'art. 600 cp. A ciò si aggiunga – come già anticipato – che, in seguito alla modifica apportata dal d.lgs 4 marzo 2014, n. 24, l'art. 600 cp ha previsto quale elemento tipico dello stato di soggezione anche l'approfittamento di una situazione di vulnerabilità, ampliando così lo spazio di illiceità riconducibile alla riduzione o al mantenimento in schiavitù o servitù. L'art. 603-bis assumeva, così, una funzione residuale e uno spazio di operatività molto ridotto⁹, anche per la presenza della clausola di riserva.

2. La lacuna di tutela e la riforma del 2016

Da un lato, quindi, la complessa tipicità della fattispecie di intermediazione illecita¹⁰; dall'altro, una opaca delimitazione – se non sovrapposizione – con l'ipotesi di riduzione in schiavitù, hanno decretato l'ineffettività della nuova ipotesi delittuosa, frustrando così le finalità politico-criminali che il legislatore

intendeva perseguire. Se, infatti, l'art. 603-bis veniva introdotto nel nostro ordinamento per colmare quello spazio di irragionevole liceità penale creatosi fra la riduzione in schiavitù e le ipotesi contravvenzionali della “legge Biagi”, tale lacuna persisteva anche dopo la riforma del 2011. Modalità più diffuse di sfruttamento, poste in essere senza ricorrere necessariamente alla violenza, alla minaccia o all'intimidazione, erano lasciate alla blanda gestione di un sistema penale più mite, quello predisposto attraverso le ipotesi contravvenzionali previste in tema di intermediazione illecita ex art. 18 d.lgs n. 273/2003¹¹. Cionondimeno, situazioni di cd. “caporalato grigio”, di schiavitù contrattualizzata o consensuale¹² possono comportare una lesione del bene giuridico della personalità individuale¹³, meritevole di una più severa reazione da parte dell'ordinamento penale rispetto alle sole ipotesi contravvenzionali *extra codicem*¹⁴.

La mancata previsione della responsabilità degli enti¹⁵, infine, costituiva il più grande segno di miopia empirico-criminologica del nostro legislatore che, evidentemente, ignorava come l'attuale fenomeno del caporalato sia schermato da agenzie di intermediazione o società cooperative e come le stesse imprese siano gestite da soggetti collettivi¹⁶. Tra l'altro, come evidenziato da parte della dottrina: «lo sfruttamen-

8. D. Ferrante, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016, www.penalecontemporaneo.it/d/5058-la-legge-n1992016-disposizioni-penali-in-materia-di-caporalato-e-sfruttamento-del-lavoro-nellottica.

9. Vds. A. Di Martino, “Caporalato”, *op. cit.*, p. 114: la differenza tra le fattispecie finisce con lo sfumare, sia se si prende atto dell'ingresso nella fattispecie dell'art. 600 cp delle condizioni di vulnerabilità, sia se si tiene in considerazione quell'interpretazione giurisprudenziale secondo la quale la condizione di “necessità”, «il cui approfittamento costituisce condotta integrante il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, deve essere intesa come qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale atta a condizionare la libertà della vittima».

10. Oltre che rispetto alla presenza di elementi quali la minaccia, la violenza e le intimidazioni, notevoli problemi interpretativi sono sorti anche rispetto al carattere “organizzato” dell'attività di intermediazione.

11. Vds. A. Scarcella, *Il delitto di “caporalato”*, *op. cit.*, p. 1187. In giurisprudenza, Cass., sez. V, 18 dicembre 2015, n. 16735. Peraltro, gli illeciti contravvenzionali della “legge Biagi” erano stati sostanzialmente espunti dall'ordinamento, in quanto dapprima il *Jobs Act* (con l'art. 55, comma 1, lett. d, d.lgs n. 81/2015) ha abrogato espressamente l'art. 28 d.lgs n. 276/2003, limitando le reazioni sanzionatorie alle fattispecie di somministrazione irregolare e somministrazione abusiva, poi il d.lgs n. 8/2016 ha trasformato in illeciti amministrativi i reati di somministrazione abusiva e di utilizzazione illecita, fatto salvo soltanto il caso dell'impiego di minorenni.

12. Sul punto, si veda A. Jannarelli, *Osservazioni preliminari per una definizione giuridica per le forme contemporanee della schiavitù*, in *Riv. dir. priv.*, n. 3/2014, pp. 335 ss.

13. Sulla collocazione codicistica e il bene giuridico, vds. S. Fiore, (*Dignità degli*), *op. cit.*, 873; A. Giuliani, *Profili di (ir)responsabilità da reato delle persone giuridiche rispetto ai fatti di c.d. “caporalato” (art. 603-bis c.p. e d.lgs. 231/2001 a confronto)*, in *Bocconi legal papers*, n. 6/2015, p. 273. In giurisprudenza, Cass., sez. V, 4 febbraio 2014, n. 14591.

14. La norma, infatti, dovrebbe collocarsi nello spazio fra le disposizioni codicistiche a tutela della persona e le disposizioni contravvenzionali – Cass., sez. V, 4 novembre 2014, n. 14591. La giurisprudenza aveva, in passato, colmato il vuoto di tutela ricorrendo a fattispecie limitrofe: sul punto, Cass., sez. V, 12 novembre 2010, n. 40045; tuttavia, come evidenziato dal provvedimento del gip di Brindisi, 8 giugno 2017 in www.dpei.it (www.dpei.it/diritto-penale-sicurezza-sul-lavoro/successioni-leggi-penali-caporalato-trib-brindisi-sent-2017-n), l'art. 603-bis si è rivelato «strutturalmente inidoneo a svolgere la funzione per cui era stato introdotto», ovvero a colmare il vuoto di tutela.

15. Sul punto, A. di Martino, “Caporalato”, *op. cit.*, p. 110; A. Giuliani, *Profili*, *op. cit.*, pp. 269 ss.

16. Sui caratteri del “caporale” del mercato globale e della post-modernità, si vedano le riflessioni di E. Lo Monte, *Osservazioni sull'art. 603-bis c.p. di contrasto al caporalato: ancora una fattispecie enigmatica*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Alfonso Stile*, ESI, Napoli, 2014, pp. 955 ss. Più in generale, F. Di Marzio, *Agricoltura, caporalato e questo libro*, in *Id.* (a cura di), *Agricoltura senza caporalato. Osserva-*

to del lavoro schiavistico si pone, normalmente, al livello più basso di una filiera produttiva verticale al culmine della quale vi è un'impresa che colloca il prodotto al consumatore finale»¹⁷.

La scarsa effettività dell'art. 603-bis cp e la sua totale inefficacia hanno indotto, così, il legislatore a riformulare la fattispecie, prevedendo un alleggerimento sostanziale della tipicità, così da ampliare la sua sfera di operatività e favorire una più agevole praticabilità processuale, grazie anche a un più limitato onere probatorio¹⁸. La l. 29 ottobre 2016, n. 199 ha modificato l'art. 603-bis cp e distinto l'ipotesi di intermediazione illecita, il cd. "caporalato", configurandolo come delitto di pericolo a dolo specifico, da quella di sfruttamento del lavoro, condotta propria del datore di lavoro, equiparandole – irragionevolmente – sul piano sanzionatorio. A caratterizzare penalmente la condotta di reclutamento e di utilizzo sono solo lo sfruttamento e l'approfittamento dello stato di bisogno, concetti già presenti nella disposizione codicistica precedente, mentre la violenza e la minaccia costituiscono circostanze aggravanti.

La legge n. 199/2016 non si limita, tuttavia, a una modifica della fattispecie penale, ma, attraverso un approccio integrato fra sistema penale ed extrapenale, articola una strategia razionale di lotta al fenomeno del caporalato e, più in generale, allo sfruttamento lavorativo, in particolare nel settore agricolo. A tal riguardo, la legge amplia la responsabilità da reato dell'ente giuridico, con l'inserimento dell'art. 603-bis nell'elenco dei reati di cui l'ente risponde ex art. 25 *quinquies* d.lgs n. 231/2001. Il ricorso a strumenti repressivi di tipo patrimoniale, come i diversi tipi di confisca e il sequestro giudiziario, segnalano una

maggiore consapevolezza empirica del legislatore nel gestire forme di criminalità a tutti gli effetti economica¹⁹. Il rafforzamento, infine, della rete del lavoro agricolo di qualità con la cabina di regia rappresenta l'aspetto più qualificato della prospettiva promozionale e premiale, che si inserisce in un più organico intervento nel solo settore agricolo²⁰.

Ciò che resta immutata, invece, è la struttura della disposizione penale, non solo perché basata sul concetto di sfruttamento e approfittamento dello stato di bisogno, ma anche perché il legislatore ha adottato la medesima tecnica legislativa e di tipizzazione della condotta di sfruttamento.

3. La tipicità debole dell'art. 603-bis cp e la sua connotazione in termini processuali-probatori

In particolare, il legislatore, come già nel 2011, non definisce il concetto di sfruttamento – almeno non lo definisce in modo diretto –, ma lo "indicizza"²¹, individuando alcuni elementi di contesto da cui è possibile desumere la prova dello sfruttamento.

Sebbene, astrattamente, possa essere condivisa la scelta di ricorrere ai cd. indici per delineare una "tipicità dinamica" del concetto di sfruttamento²², sono i risultati cui si giunge che non appaiono convincenti.

Gli indici di sfruttamento, come chiaramente affermato nella relazione ministeriale di accompagnamento alla legge, non fanno parte del fatto tipico, tanto che la loro genericità non costituirebbe un *vulnus* alle garanzie sottese al principio di legalità. Né, tantomeno, tali indici possono consentire pre-

torio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare, Donzelli, Roma, 2017, pp. 3 ss. La presenza di uno schermo legale e/o il ricorso all'istituto dell'appalto è ben evidenziato anche nella circolare n. 5/2019 dell'INL.

17. Così M. Rescigno, "Impresa schiavistica", *decentramento produttivo, imputazione dell'attività e applicazione delle regole*, in F. Buccellato e M. Rescigno (a cura di), *Impresa e «forced labour»: strumenti di contrasto*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 69.

18. Così gip Brindisi, 8 giugno 2017, cit.

19. Sul punto, F.R. Pirrelli, *Contrasto al lavoro sfruttato. Strumenti processuali e tecniche investigative*, in *Crit. dir.*, n. 2/2018, p. 55.

20. Non è questa la sede per affrontare un'analisi sull'effettività di tali misure, ma purtroppo la strategia promozionale è quella meno implementata, pertanto il rischio concreto è che per contrastare il fenomeno dello sfruttamento lavorativo resti solo l'intervento repressivo, spesso insufficiente e anche ineffettivo. Sul punto, vds. M. D'Onghia e C. De Martino, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, in *Variations su temi di diritto del lavoro*, n. 1/2018, pp. 157 ss.; V. Pinto, *Filiere agro-alimentari e agro-industriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero*, in V. Ferrante (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza. Una sfida per il mercato del lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2017, pp. 83 e 96.

21. A. Di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento dell'art. 603-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, n. 3/2018, p. 3.

22. Sul punto appaiono condivisibili le conclusioni di A. Di Martino, *op. ult. cit.*, p. 60. Tuttavia, non sono la tecnica di tipizzazione o i criteri di selezione dei fatti penalmente rilevanti a destare perplessità, quanto, nel caso specifico dello sfruttamento lavorativo, la scarsa determinatezza che, seppur secondo una dinamica di contesto, tale fattispecie garantisce. A fini applicativi, il disorientamento della giurisprudenza è testimoniato dall'ampia operatività della fattispecie, che affianca nel medesimo contesto di illiceità designato dall'art. 603-bis cp forme di schiavismo vero e proprio e situazioni lavorative disciplinate dalla legge, come nel caso dei cd. "riders", ma che si prestano all'elusione di garanzie fondamentali.

sunzioni, assolute o relative, dello sfruttamento, perché allora contrasterebbero con i principi di garanzia che presiedono alla materia processuale. Tutt'al più, costituiscono delle linee guida²³ che, secondo le intenzioni del legislatore, orientano l'interprete, che deve destreggiarsi in un universo semantico così poco definito.

La vaghezza del concetto di sfruttamento non è, però, riducibile attraverso un mero esercizio ermeneutico perché la sua definizione implica un bilanciamento delicato tra interessi economici e diritti fondamentali, che compete solo al sistema politico e, quindi, al legislatore²⁴. La mancanza di una scelta politica in grado di conferire una fisionomia più netta alla tipologia criminologica che si intende reprimere, in realtà, è sintomatica di insipienza legislativa, se non anche di una certa schizofrenia politica, per cui, da un lato, si assiste alla legittimazione da parte dell'ordinamento giuridico di un sistema di produzione la cui tendenza evolutiva è segnata da una costante destrutturazione della disciplina del mercato del lavoro e dallo smantellamento dei diritti dei lavoratori – esempio lampante è l'universo di precarietà che avvolge la cd. “*gig-economy*” –; dall'altro, si introducono rimedi agli effetti distorsivi di tale politica lavorativa attraverso un confuso e ambiguo intervento repressivo²⁵. Il legislatore avrebbe dovuto fornire una più significativa indicazione di valore, in modo da poter chiarire anche la differenza fra le ipotesi gravi di schiavismo, le forme di schiavitù contrattualizzata e tipologie di lavoro del tutto legali, seppur lesive di diritti fondamentali dei lavoratori²⁶ (che potrebbero, tra l'altro, essere in contrasto con la recente direttiva 2019/1152/UE, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e volta ad assicurare diritti mini-

mi ai lavoratori nell'Ue, inducendo così il giudice alla disapplicazione del diritto interno). Tale deresponsabilizzazione e latitanza del sistema politico non può, pertanto, essere sostituita da una tecnica di tipizzazione dinamica, che faccia riferimento al contesto di riferimento²⁷, se non si vuol nuovamente accettare come soluzione un intervento sovradimensionato della magistratura, che eserciterebbe una funzione di supplenza giudiziaria.

Se quindi è condivisibile, se non anche apprezzabile, la scelta di declinare secondo una logica processuale-probatoria la tipicità dello sfruttamento lavorativo, è pur sempre necessario che il fatto tipico sia espressivo di un disvalore che consenta all'interprete di distinguere le ipotesi penalmente rilevanti e di demarcare il confine con ipotesi limitrofe. In sintesi: l'oggetto sostanziale dell'inferenza induttiva, che attraverso l'indice è possibile provare, deve essere determinato chiaramente dal legislatore. Si può anche convergere sul fatto che le condizioni di sfruttamento consistano in una “coartazione del soggetto a vivere una condizione lavorativa di cui subisce l'imposizione”, ma attraverso la “definizione operativa” adottata dall'art. 603-bis cp non è possibile distinguere la condizione di sfruttamento lavorativo che integra l'ipotesi dell'art. 600 cp da quella dell'art. 603-bis cp, né è possibile tracciare una linea di demarcazione con quella che sembra una condizione tipica del contesto produttivo e di relazioni industriali, sempre più insensibile alla tutela delle fasce deboli, che tuttavia è legalmente consentita²⁸.

Tra l'altro, la tipologia degli indici individuati dal legislatore – ovvero la remunerazione, il tempo di lavoro, le condizioni di salute e di sicurezza sul lavoro, i metodi di sorveglianza e le situazioni alloggiative²⁹ –

23. Sulla funzione e struttura degli indici, vds. A. Di Martino, *Tipicità di contesto*, op. cit., p. 8; S. Fiore, *La nuova disciplina penale della intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni e insuperabili limiti*, in *Dir. agr.*, n. 2/2017, p. 267; A. Gaboardi, *Commento alla l. 199/2016*, in *Leg. pen.*, 1° aprile 2017, www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2017/04/studi_gaboardi2017.pdf; sul punto, sia consentito di rinviare anche a V. Torre, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, pp. 289 e 304. Vds. Corte assise Lecce, 13 luglio 2017, n. 2 (www.dpei.it/diritto-penale-sicurezza-sul-lavoro/rapporto-tra-reato-cd-caporale-art-603bis-cp-reato-riduzione).

24. Sul punto, vds. C. Bernasconi, *La metafora del bilanciamento in diritto penale. Ai confini della legalità*, Jovene, Napoli, 2019, *passim*.

25. Per analoghe considerazioni, nell'ambito del lavoro in agricoltura, vds. V. Pinto, *Filiera agro-alimentare*, op. cit., pp. 85 ss.; *Id.*, *Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura*, in *Riv. dir. agr.*, n. 3/2014, pp. 356 e 359 ss.

26. A. De Rubeis, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2017, pp. 221 e 223.

27. A. Di Martino, *Tipicità di contesto*, op. cit., p. 6.

28. Opera una distinzione rispetto al grado di compressione della libertà personale A. Di Martino, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen.*, n. 1/2019, p. 47. Ugualmente, Corte assise Lecce, 7 luglio 2017, n. 2. Sulla difficoltà di tracciare una netta linea di demarcazione, vds. A. De Rubeis, *Bene giuridico e corretta definizione delle fattispecie. Sui rapporti tra riduzione in schiavitù e intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4361.

29. Così A. Di Martino, *Tipicità di contesto*, op. cit., p. 10.

è la stessa che già la giurisprudenza aveva enucleato rispetto alla fattispecie di cui all'art. 600 cp³⁰. E questo non fa che aumentare la difficoltà di distinguere le due fattispecie.

Il secondo elemento tipico dell'intermediazione illecita e dello sfruttamento lavorativo è l'approfittamento dello stato di bisogno. Anche questa condizione non pare connotare in modo significativo l'ipotesi di sfruttamento lavorativo, tale da essere discreto rispetto alle fattispecie di riduzione in schiavitù e di tratta³¹: sebbene con sfumatura lessicale diversa, come l'approfittamento dello stato di necessità e delle condizioni di vulnerabilità³², tale condotta connota anche queste ultime fattispecie.

L'approfittamento dello stato di bisogno, quindi, avrebbe la funzione di selezionare, fra le condotte di sfruttamento, quelle meritevoli di pena. Tuttavia, lo sfruttamento lavorativo è già di per sé espressivo di un disvalore penale e, perciò, meritevole di stigmatizzazione a prescindere da un abuso delle condizioni esistenziali della persona³³ quale modalità di realizzazione dello sfruttamento.

Inserire nel fatto tipico tale elemento nulla aggiunge a una valutazione sia in termini di meritevolezza che di bisogno di pena dello sfruttamento lavorativo³⁴, ma rischia solo di introdurre un onere probatorio, sul piano oggettivo e soggettivo, tale da rendere non punibile lo sfruttamento lavorativo, ove non sia provato anche un approfittamento di uno stato di bisogno. O, viceversa, come alle volte lo interpreta la giurisprudenza, l'approfittamento dello stato di bisogno viene considerato un elemento *in re ipsa* nella condizione di disagio esistenziale vissuto da alcune

categorie di lavoratori, ed elemento implicito dello sfruttamento³⁵.

4. Qualche spunto di riflessione conclusiva a partire dagli orientamenti giurisprudenziali

La giurisprudenza ha fornito alcuni interessanti spunti di riflessione sulle questioni problematiche esposte nei paragrafi precedenti, evidenziando, in un quadro d'insieme, profili applicativi e prasseologici, che a livello teorico rischiano di essere trascurati³⁶.

Non è ancora possibile, tuttavia, individuare attraverso la prassi giurisprudenziale un significato univoco che i termini assolutamente vaghi come lo sfruttamento lavorativo e l'approfittamento dello stato di bisogno assumono nell'ambito dell'art. 603-bis cp, in quanto la casistica è ancora piuttosto limitata e, pertanto, non ancora indicativa per cristallizzare un indirizzo interpretativo.

Rilevante, invece, è l'interpretazione giurisprudenziale in tema di riduzione in servitù. Secondo un orientamento ormai consolidato, le condizioni di sfruttamento che possono derivare dalla violazione di norme poste a tutela del lavoratore non costituiscono una prova dello sfruttamento inteso come riduzione in servitù, se non sia dimostrata anche la compromissione della capacità di autodeterminarsi³⁷. La giurisprudenza di legittimità evidenzia, inoltre, che condizioni lavorative defatiganti e situazioni abitative precarie sono solo sintomatiche di una even-

30. Sul punto, si veda l'approfondita disamina compiuta dalla Corte di assise di Lecce – sentenza 13 luglio 2017, n. 2.

31. Sul punto, Corte assise Lecce, 13 luglio 2017, n. 2, individua quale contenuto dell'approfittamento dello stato di necessità di cui all'art. 600 cp proprio l'assenza di «alternative esistenziali validamente percorribili».

32. Vds., sul punto, l'ampia e approfondita analisi di A. Di Martino, *Stato di bisogno*, op. cit., p. 1.

33. Sul punto, *ivi*, pp. 37 ss.

34. A. De Rubeis, *Qualche breve considerazione*, op. cit., p. 231.

35. Cass., sez. V, 12 gennaio 2018, n. 17939, ha ritenuto che: «l'ulteriore elemento dell'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori era oggetto di congrua motivazione nel riferimento alla situazione di clandestinità dei predetti, che li rendeva disposti a lavorare in condizioni disagiate». Così Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto 7 maggio 2019, n. 59 (cfr. www.penalecontemporaneo.it/upload/9790-merlo2019a.pdf), pur soffermandosi approfonditamente sulla prova degli elementi sintomatici dello sfruttamento, risulta carente sulla prova dell'approfittamento dello stato di bisogno. Sulla condizione di vulnerabilità dello straniero, in particolare nel comparto agroalimentare, si veda V. Papa, "You're lucky to get paid at all". *Segregazione occupazionale e sfruttamento lavorativo degli stranieri nel comparto agroalimentare*, in *Crit. dir.*, n. 2/2018, pp. 35 e 40 ss.

36. L'Inl ha adottato la circolare n. 5/2019, fornendo agli ispettori le prime linee guida da adottare durante l'attività di vigilanza finalizzata a scoprire, contenere e debellare il reato di sfruttamento lavorativo. Vengono, così, individuate prassi volte a indirizzare l'attività ispettiva, evidentemente non supportata da un testo legislativo chiaro e univoco.

37. Così Cass., sez. V, 10 febbraio 2011, n. 13532: «nel caso dello sfruttamento delle prestazioni altrui, la condotta criminosa non si ravvisa per sé nell'offerta di lavoro implicante gravose prestazioni in condizioni ambientali disagiate verso un compenso inadeguato, poi neanche versato, sol che la persona si determini liberamente ad accettarla, ma può sottrarsi una volta rilevato il disagio concreto che ne consegue. In ogni caso la condizione sussiste se si impedisce alla persona di determinarsi liberamente nelle sue scelte esistenziali, per via o in costanza di una situazione di soggezione».

tuale soggezione continuativa, elemento tipico della riduzione in servitù, ma non costituiscono la prova di «una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona, necessaria per la configurazione di quello stato di soggezione rilevante ai fini della sussistenza del reato in questione, anche indipendentemente da una totale privazione della libertà personale»³⁸.

In particolare la Corte di assise di Lecce³⁹ ha cercato di distinguere le fattispecie di cui agli artt. 600 e 603-*bis* cp, nel caso in cui lo stato di riduzione in servitù sia realizzato attraverso lo sfruttamento lavorativo, accompagnato dall'approfittamento dello stato di bisogno/necessità. L'*iter* motivazionale mette in evidenza che non vi sarebbe una differenza qualitativa, ma solo quantitativa fra gli elementi del fatto tipico dello sfruttamento lavorativo ex art. 603-*bis* cp e riduzione in schiavitù o servitù. Quest'ultimo reato è significativamente più grave «per la più estesa privazione della libertà di autodeterminazione»⁴⁰; tale gravità non è, però, legata a una diversa interpretazione dello sfruttamento lavorativo e approfittamento dello stato di necessità e/o vulnerabilità, ma dipende dalla presenza di ulteriori elementi che arricchiscono la fattispecie di riduzione in schiavitù rispetto allo scarno fatto tipico dell'art. 603-*bis* cp.

L'art. 600 cp individua una fattispecie a condotte alternative, tutte tra loro equivalenti sul piano del disvalore penale e della capacità lesiva. Lo sfruttamento di prestazioni lavorative, elemento tipico della riduzione in schiavitù e/o servitù, deve essere quindi interpretato alla luce del disvalore penale che emerge dagli altri elementi del fatto tipico. In particolare, l'ipotesi della riduzione in servitù prevede il caso in cui si costringa qualcuno a «prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi». La prestazione lavorativa, concetto in sé neutro, privo di connotati illeciti e di pregnanza lesiva, assume un particolare disvalore penale in quanto, nell'art. 600 cp, è al tempo stesso oggetto della costrizione e modalità di sfruttamento, al pari delle prestazioni sessua-

li, dell'accattonaggio e del prelievo di organi. Questa equiparazione costituisce una utile premessa, da cui si desume che solo lo sfruttamento delle prestazioni lavorative che sia in grado di eguagliare il disvalore penale dello sfruttamento delle prestazioni sessuali, dell'accattonaggio e del prelievo di organi corrisponde alla fattispecie di riduzione in servitù. Come correttamente evidenziato dalla prassi giurisprudenziale, quelle condizioni di particolare degrado abitativo e/o la violazione di basilari norme di diritto del lavoro possono essere sintomatiche di sfruttamento, ma non sono ancora prova di una compromissione della capacità di autodeterminazione, necessaria per integrare l'art. 600 cp⁴¹.

Attraverso un'interpretazione *a contrario*, è possibile ricondurre all'ipotesi dell'art. 603-*bis* cp lo sfruttamento lavorativo che non assuma, quindi, quei particolari connotati lesivi che caratterizzano solo la riduzione in servitù. E avendo il legislatore elencato una serie di indici di sfruttamento, questi potrebbero essere considerati come esemplificativi delle modalità di sfruttamento che devono caratterizzare il fatto tipico: ovvero uno sfruttamento che, sostanzialmente, si caratterizza per la violazione «reiterata» della normativa giuslavoristica posta a presidio dei diritti fondamentali del lavoratore. Non vi sarebbe un'offesa diretta alla libertà di autodeterminazione e alla dignità della persona, quanto piuttosto una lesione della sua libertà contrattuale, che si manifesta nella violazione di norme extrapenali poste a tutela della sua dignità⁴². Per evitare, tuttavia, un'applicazione formalistica della fattispecie, occorre valorizzare tutti gli elementi di contesto, delineati dal legislatore proprio attraverso gli indici di sfruttamento. Anche l'indagine empirica colloca il fenomeno dello sfruttamento lavorativo in un contesto criminoso, caratterizzato da ripetute e diversificate lesioni della dignità e della libertà del lavoratore. Pertanto, non potrà certo essere la prova di un solo indice a costituire un sintomo di sfruttamento, ma sarà necessario che si verifichino più condizioni caratterizzate dalla reiterata violazione di basilari norme poste a tutela del lavoratore. Da questo pun-

38. Così Cass., sez. V, 24 settembre 2013, n. 44385; Cass., sez. V, 17 giugno 2016, n. 31647.

39. Corte assise Lecce, 13 luglio 2017, n. 2.

40. *Ivi*.

41. Sul punto, vds. D. Genovese, *Nessuno più al mondo deve essere sfruttato: nuovi strumenti per una vecchia utopia*, in *Leg. pen.*, 22 marzo 2018, pp. 10 ss.

42. Sul fatto che la dignità possa considerarsi un valido criterio valoriale per le scelte di tutela penale e come criterio interpretativo, si vedano le condivisibili riflessioni critiche di A. De Rubeis, *Bene giuridico*, op. cit., p. 4361; D. Genovese, *Nessuno più*, op. cit., pp. 3 ss. Secondo F. Di Marzio, *Agricoltura*, op. cit., saremmo di fronte a un fenomeno di «sotto-lavoro»; secondo P. Passaniti, *Il diritto del lavoro come antidoto al caporalato*, in F. Di Marzio (a cura di), *Agricoltura*, op. cit., p. 35, il caporalato alligna in un territorio dominato da un «pre-diritto del lavoro» di perdurante ineffettività della legge.

to di vista, è possibile considerare lo sfruttamento lavorativo quale reato abituale⁴³.

Anche questa interpretazione, finalizzata a preservare un equilibrio sistematico fra fattispecie, risulta avere consistenza fragile, a causa della debole tipicità dell'art. 603-bis cp: il rischio è che la funzione del diritto penale diventi meramente sanzionatoria di normative extrapenali e la tutela penale della persona si realizzi attraverso una amministrativizzazione della tutela del bene giuridico. Se la prova degli indici di sfruttamento sostituisce la prova dello sfruttamento e l'approfittamento dello stato di bisogno viene presunto nella condizione di straniero extra-comunitario, o lo si considera un elemento implicito dello sfruttamento – come già ha fatto parte della giurisprudenza – potrebbe accadere che anche elementi del fatto concreto di limitato disvalore siano ricondotti all'ipotesi dell'art. 603-bis cp⁴⁴.

Questa tipicità debole, oltre a ledere principi garantistici fondamentali, potrebbe tuttavia andare anche a detrimento delle vittime qualora, a causa dell'affinità e prossimità di tutela fra l'art. 600 e l'art. 603-bis cp, il concorso apparente di norme venga risolto a favore dell'art. 603-bis cp sulla base di una valutazione della gravità dell'offesa assolutamente discrezionale, in quanto compiuta in assenza di una

predeterminazione legislativa. Fatti connotati da una gravità notevole rischiano di essere inquadrati nel reato di sfruttamento lavorativo ex art. 603-bis cp, e non nella fattispecie di riduzione in servitù, sulla base di una inconsistente sfumatura valoriale. Entrambe le fattispecie tutelano in misura differente medesimi beni giuridici, poco afferrabili: la dignità umana e la libertà personale⁴⁵. Un medesimo fatto potrebbe essere inquadrato nell'ambito dell'art. 600 cp, là dove si ritenga prevalente la lesione alla libertà di autodeterminazione. Sulla base di una diversa argomentazione, i medesimi fatti potrebbero ritenersi, invece, lesivi solo della sua libertà contrattuale del lavoratore, costretto a condizioni poco dignitose e pertanto rientrare nella sfera di operatività dell'art. 603-bis cp⁴⁶.

Per quanto apprezzabili possano essere gli sforzi ermeneutici volti a rendere più determinata e tassativa la fattispecie, qualsiasi "equivalente funzionale" di legalità indebolisce la forza delle garanzie sottese ai principi del diritto penale e non sembra neanche sufficiente a rispondere alle esigenze di tutela delle vittime. L'illusione di poter fare affidamento sull'attività compensativa del giudice si rivela, pertanto, fallace laddove il legislatore non si sia fatto carico del compito di esprimere, attraverso il fatto tipico, una sintesi di disvalore omogeneo.

43. Diversamente si era, invece, espressa la Cass., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 17939, che ha ritenuto sufficiente anche la prova di un solo indice, purché significativo della condizione di sfruttamento. Seppur nell'ambito di un procedimento cautelare, l'accertamento della condizione di sfruttamento si è basato su una puntuale e approfondita ricostruzione dei fatti, frutto di una complessa e articolata indagine che ha fornito ampia prova dell'esistenza di tutti gli indici di sfruttamento, nel primo caso di sequestro giudiziario previsto per il reato di caporalato in Capitanata. Sul punto, gip Foggia, 27 giugno 2019. Così anche nell'ambito di altri procedimenti cautelari: Cass., sez. V, 20 aprile 2018, n. 17939; Cass., sez. IV, 28 ottobre 2019, n. 43683; Cass., sez. IV, 29 novembre 2019, n. 48659. In questo senso anche Trib. Bari, sez. I, 2 ottobre 2019, n. 3466 in cui correttamente si evidenzia come non sia sufficiente ad integrare il disvalore offensivo dello sfruttamento di manodopera la violazione di norme in materia di sicurezza ed igiene attinenti solo ad obblighi di informazione e formazione. Sulle tecniche di indagine, vds. F.R. Pirrelli, *Sfruttamento*, op. cit., pp. 58 ss.

44. Se, come riporta D. Genovese, *Nessuno più*, op. cit., p. 12, nota 42, fino al 2018 si contavano circa 18 inchieste per sfruttamento lavorativo ex art. 603-bis cp, alla fine del 2019 non pare che vi sia stato un incremento notevole delle inchieste o che vi siano almeno sentenze di merito di condanna. Il rischio è, quindi, che l'art. 603-bis cp possa essere una fattispecie ad uso delle procure, anche per gli ampi poteri e strumenti investigativi previsti, ma che non sia sostanzialmente una fattispecie in grado di selezionare fatti che abbiano una praticabilità processuale-probatoria tale da far superare anche la fase del dibattimento.

45. Cass., sez. V, 23 novembre 2016, n. 6788, che rigetta il ricorso degli imputati contro il Tribunale della libertà di Lecce. I fatti, come descritti nella sentenza, sono sintomatici di uno sfruttamento lavorativo che può essere ricondotto all'ipotesi di riduzione in schiavitù: 12/18 ore di lavoro, senza riposi settimanali, senza alcun rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro, con modalità di controllo tali da limitare persino elementari esigenze fisiologiche, non possono risolversi solo nello sfruttamento lavorativo ex art. 603-bis cp, ma integrano forme di soggezione continuativa di cui all'art. 600 cp. Sul punto, A. Bevere, *La condizione analoga alla schiavitù nella giurisprudenza e nella riforma legislativa*, in *Crit. dir.*, n. 1/2016, p. 7.

46. Pur non conoscendo ancora le motivazioni, tale argomentazione deve aver sostenuto anche la decisione della Corte di assise di appello di Lecce nel noto "caso Sabr" di Nardò (Le). L'art. 603-bis cp non era ancora entrato in vigore al momento dei fatti oggetto della pronuncia, ma il giudicante ha ritenuto che non fosse integrata neanche l'ipotesi più grave di riduzione in schiavitù o servitù, accertata invece in primo grado con la sentenza pronunciata dalla Corte di assise di Lecce, 13 luglio 2017, n. 2.

La tutela penale del lavoro

di *Beniamino Deidda*

A fronte delle incertezze che oggi gravano sulla tutela penale della salute dei lavoratori (come dimostrano le statistiche annuali sull'aumento delle morti in occasione di lavoro) e del vuoto di consapevolezza – presente nell'opinione pubblica come nelle istituzioni – del suo valore quale principio di civiltà di un Paese, la stessa magistratura non ha ancora trovato modo di assicurare una tutela tempestiva ed efficace. Solo la giurisprudenza di legittimità, negli ultimi lustri, ha dato vita a un fecondo dibattito, capace di sottolineare l'importanza della tutela penale dei fondamentali diritti dei lavoratori alla vita e alla salute.

1. La crisi non passeggera della tutela penale del lavoro / 2. La prevenzione nelle aziende segna il passo / 3. Le riforme possibili e la formazione / 4. Il ruolo dei magistrati: un'autocritica necessaria / 5. I meriti della giurisprudenza di legittimità / 6. L'anticipazione della tutela penale del lavoro e la crisi del processo penale dell'evento

1. La crisi non passeggera della tutela penale del lavoro

La tutela penale dei lavoratori trova il suo fondamento, specialmente per quanto riguarda la salute e la sicurezza sul lavoro, nell'art. 41 Cost., che prevede limiti alla libertà d'iniziativa economica a salvaguardia della libertà, della sicurezza e della dignità dei lavoratori. Tuttavia, è opinione largamente condivisa che la scelta del legislatore penale di punire non solo gli eventi di morte o le lesioni riportate dai lavoratori, ma anche, con apposite contravvenzioni, la mancata eliminazione dei rischi sul lavoro, risieda nell'importanza dei beni giuridici in gioco, che sono di rilevanza costituzionale. La severità dell'impianto che tutela la vita e l'incolumità dei lavoratori non ha impedito che, da almeno un lustro, il quadro relativo alla tutela dei lavoratori sul posto di lavoro sia offuscato da elementi di cattivo segno. Le prime preoccupazioni sono venute dai dati statistici degli ultimi anni relativi agli infortuni e alle malattie contratte a causa del lavoro. L'aumento degli infortuni mortali (non clamoroso, ma significativo) e quello (pure notevole) delle ma-

lattie professionali denunciate all'Inail, ha destato qualche allarme, confermato poi dal *trend* degli anni successivi, in controtendenza rispetto al numero delle ore lavorate, che in tempi di dilagante disoccupazione sono certamente e drasticamente diminuite. Ci si sarebbe aspettati che, con le migliori tecnologie progressivamente in uso e con la diffusa precarizzazione del lavoro che caratterizza tutte le zone del nostro Paese, i numeri degli infortuni e delle malattie professionali avrebbero registrato un calo. Non è stato così. E allora è opportuno interrogarsi sulle cause della sempre meno incisiva tutela dei lavoratori. Gli interrogativi riguardano molti aspetti e molti soggetti: coloro che sono preposti alla prevenzione, il legislatore, gli organi di governo e le istituzioni e, infine, la magistratura, che ha il compito di reprimere i reati in questa materia.

È evidente che le sorti della tutela penale del lavoro sono strettamente legate alle vicende della prevenzione nei luoghi di lavoro. In un sistema normativo tutto incentrato sull'anticipazione del momento della tutela dei lavoratori, fino a prevedere la rinuncia alla pretesa punitiva da parte dello Stato per i contravven-

tori che rimuovano le situazioni di rischio rilevate nei luoghi di lavoro in occasione delle ispezioni¹, è evidente che il primo strumento di tutela sia la efficiente prevenzione dei rischi da parte dei soggetti obbligati. I quali stanno su due versanti: all'interno delle aziende (datori di lavoro e loro collaboratori) e all'esterno delle aziende (costruttori e fornitori di macchine). Sull'efficacia dei sistemi di prevenzione adottati dalle aziende dovrebbero vigilare i servizi ispettivi delle asl, con una programmazione dei controlli adeguata al numero dei luoghi di lavoro e alla tipologia delle lavorazioni.

Questo meccanismo, coerente con le esigenze della protezione della salute e dell'incolumità dei lavoratori, non dispone però degli strumenti necessari per realizzare le finalità previste dal legislatore. Anzi, viviamo un periodo di pesanti attacchi ai diritti dei lavoratori, non solo per quanto riguarda il rapporto di lavoro e le relative garanzie, ma anche con riguardo ai diritti fondamentali della vita, della salute e dell'incolumità.

Forse è bene riconoscere che la tutela di questi fondamentali diritti, almeno per quanto riguarda i luoghi di lavoro, non è mai stata al centro dei programmi di nessun governo e nemmeno dei progetti di nessuna forza politica negli ultimi cinquant'anni. La sicurezza del lavoro ha vissuto qualche stagione di riforme, di dibattito e di interesse da parte di medici del lavoro, studiosi, magistrati progressisti e sindacalisti consapevoli. Erano i primi anni settanta, quelli immediatamente successivi alla straordinaria stagione di riforme che era culminata nell'approvazione dello Statuto dei lavoratori. Ma questa attenzione poggiava più sulle istanze della parte illuminata della società civile e delle associazioni sindacali, che sulle priorità della classe politica. Poi l'attenzione è scemata e le conseguenze sono state inevitabilmente avvertite nelle fabbriche e nelle aziende di ogni tipo.

Nello stesso tempo, occorre dire con grande chiarezza che la tutela penale del lavoro non è stata mai "centrale", neppure per la magistratura nel suo complesso. Ha costituito un'eccezione, per qualche decennio, uno sparuto gruppo di pretori e (dopo l'istituzione del giudice unico) di procuratori della Repubblica, che hanno dato vita a una notevole specializzazione in materia di tutela penale del lavoro negli uffici giudiziari di alcune Regioni italiane. Si è trattato, però, di esperienze che non hanno lasciato segni duraturi negli uffici giudiziari e che si sono

esaurite a mano a mano che i magistrati "specialisti" sono usciti di scena. La stragrande maggioranza dei magistrati si è accostata a questa materia senza quell'impegno culturale e organizzativo che ha caratterizzato altre materie: come, ad esempio, i processi relativi alla criminalità organizzata, al terrorismo, alla violenza di genere, ai reati contro l'amministrazione pubblica, ai reati societari e altri. Il risultato è che, attualmente, si celebra un numero di processi penali assolutamente sproporzionato per difetto rispetto all'imponente numero di infortuni gravi e mortali che accadono sul lavoro. Così come non si perseguono, se non in casi sporadici, i reati relativi alle malattie contratte sul lavoro.

2. La prevenzione nelle aziende segna il passo

Una diffusa indifferenza ha dunque caratterizzato la tutela penale del lavoro lungo tutti gli anni ottanta e nella prima metà degli anni novanta. Ci sono volute le direttive europee, e la necessità di recepirle da parte degli Stati membri, per riportare l'attenzione e il dibattito tra gli addetti ai lavori. L'attuazione di queste direttive, prima con il notissimo d.lgs n. 626/1994 e, più recentemente, con il d.lgs n. 81/2008, ha dato vita a un sistema nel quale la sicurezza non costituisce più un interesse assoluto che preveda l'eliminazione di tutte le situazioni pericolose, anche fino alla cessazione delle attività di fronte alla sicura impossibilità di eliminazione del pericolo. Piuttosto, la *ratio* della legislazione di origine comunitaria tende alla *minimizzazione* dei rischi, che impone il bilanciamento con altri interessi attraverso i criteri del "*concretamente possibile*" e del "*tecnicamente attuabile*"². Si aggiunga che i menzionati decreti di recepimento delle direttive comunitarie hanno introdotto nel nostro ordinamento la prevenzione imperniata sulla gestione di tutti i rischi attraverso la programmazione delle misure necessarie assunte a seguito di un'attenta *valutazione globale dei rischi*. Si tratta di un "*procedimento*", obbligatorio per il datore di lavoro, scandito appunto dalla valutazione di tutti i rischi e dalla conseguente e coerente programmazione delle misure di sicurezza.

Un sistema di tal genere, per tradursi in effettiva garanzia della salute dei lavoratori, ha però bisogno di due irrinunciabili strumenti: a) di apprestare un

1. Da molti anni, il d.lgs n. 758/1994 consente un adeguamento generalizzato alle prescrizioni impartite dai servizi di prevenzione, almeno per quanto riguarda le aziende controllate.

2. In questo senso, vds. I. Scordamaglia, *Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra i principi di prevenzione e di precauzione*, in *Dir. pen. cont.*, 23 novembre 2012, www.penalecontemporaneo.it/upload/1353541107SCORDAMAGLIA2012b.pdf.

sistematico programma di controlli amministrativi nelle aziende; b) di poter contare su una giustizia efficiente nel caso che le norme di prevenzione vengano violate e si verifichino eventi lesivi da infortunio o malattia professionale.

L'esperienza rende inevitabile concludere che nessuno dei due strumenti ha funzionato in modo accettabile in questi ultimi anni. Quanto ai controlli nelle aziende, è noto che le indicazioni fornite dalle Regioni alle aziende sanitarie locali prescrivono che sia visitato almeno il 5 per cento del totale delle aziende. Ma il dato numerico non è in grado di dire molto sulla *qualità* e sull'*efficacia* dei controlli. E così, ogni anno si registrano circa 150-200.000 accessi nei luoghi di lavoro da parte degli organi di vigilanza delle asl, assolutamente insufficienti non solo a garantire la qualità dei sistemi di sicurezza adottati dalle aziende, ma perfino a far percepire ai datori di lavoro una qualche probabilità di essere controllati. In sostanza, ogni anno circa il 95 per cento delle aziende esistenti nel nostro Paese (e, in talune Regioni, una percentuale ancora maggiore!) ha la ragionevole speranza di non essere controllato dal personale ispettivo. A una situazione di tal genere occorrerebbe porre rimedio utilizzando un maggior numero di addetti e rendendo effettivi i controlli, specialmente nelle lavorazioni con maggior rischio. E invece, nel giro di pochi anni, in linea con la generale tendenza esistente in tutti i settori della pubblica amministrazione, il personale addetto ai servizi di prevenzione nei luoghi di lavoro è vertiginosamente calato: si è passati da i 5.060 operatori in servizio nel 2008 ai 4.132 del 2013, fino ai 3.236 in servizio nel 2017³. Il calo è confermato anche nel 2018, benché non vi siano dati precisi più recenti.

3. Le riforme possibili e la formazione

Ma non si tratta solo del drastico ridimensionamento degli organici dei servizi delle asl. Ci sono anche gli effetti negativi della scarsità degli investimenti pubblici in materia. Si prenda il caso della Lombardia, certamente la Regione più industrializzata d'Italia e quella che impegna le maggiori risorse in materia di prevenzione. Ebbene, la Lombardia investe in prevenzione una percentuale del Fondo sanitario, ben al di sotto del 5 per cento, che è il valore da tempo stabilito dagli indirizzi nazionali. E le altre Regioni investono ancora di meno: tutto il contrario di quanto

si dovrebbe fare, dal momento che, come ormai hanno dimostrato diversi studi, per ogni euro investito in prevenzione vi sono quattro euro di guadagno in salute.

Serve dunque un salto di qualità negli interventi e negli investimenti, se si vuole che le norme siano pienamente attuate da parte degli imprenditori e che la sicurezza e la salute dei lavoratori siano davvero al centro dell'attenzione pubblica. Peraltro, tale salto di qualità si otterrà soltanto sostenendo, da un lato, sia la qualificazione delle imprese sia la partecipazione dei lavoratori, e rafforzando, dall'altro, la rete dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (RLS). Ma soprattutto serve una migliore *qualità* delle imprese, segnatamente di quelle che svolgono lavorazioni a elevato rischio. Una qualità che non può prescindere dall'obbligo di formazione alla sicurezza dei *datori di lavoro* che intendono intraprendere tali attività. Sembra incredibile, ma fin dall'entrata in vigore del decreto n. 626/1994, si è avviato nel nostro Paese un imponente processo di formazione in materia di salute e sicurezza del lavoro che ha coinvolto tutti i soggetti interessati: dai lavoratori ai preposti, ai dirigenti, ai professionisti con incarichi di responsabile dei servizi di prevenzione e protezione, ai medici competenti, ai coordinatori per la sicurezza, ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza. In sostanza, tutti i protagonisti del processo produttivo e tutti i soggetti incaricati della prevenzione sono stati obbligatoriamente impegnati nel processo di formazione. Tutti, ma non i datori di lavoro. Si tratta di un'anomalia, rispetto al resto dell'Europa, che neppure è giustificata dal contenuto delle norme vigenti. Anche in Italia l'imprenditore è un *professionista*, secondo la definizione contenuta nell'art. 2082 del cc. Ma, mentre negli altri Paesi europei vengono rigorosamente verificati i requisiti di chi aspira a fare l'imprenditore, in Italia è sufficiente manifestare la volontà di intraprendere e si può dar vita a un'attività imprenditoriale anche quando, da parte del richiedente, non vi sia alcuna preparazione o formazione.

I danni di questa mancanza di disciplina specifica sono incalcolabili, se si pensa che proprio in capo al datore di lavoro grava l'onere di apprestare le condizioni generali di sicurezza e il relativo "sistema" di prevenzione. Si tratta perciò dei soggetti che, più di ogni altro, dovrebbero essere sottoposti all'obbligo di una formazione adeguata e ripetuta nel tempo. Un intervento legislativo su questo tema cruciale sarebbe auspicabile, così come sarebbe urgente interveni-

3. Dati forniti a livello regionale dal coordinamento sulle attività dei servizi per la prevenzione e sicurezza negli ambienti di lavoro (SPSAL) – *cfr.*, in proposito, l'articolazione delle attività del Gruppo tecnico interregionale per la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro (SSLL).

re su una serie di temi che un recente documento del Coordinamento fra le Regioni ha sottoposto all'attenzione del Governo⁴. Si tratta di proposte la cui attuazione non è eccessivamente costosa, sicuramente capaci di limitare il numero degli infortuni mortali che continuano a funestare questo Paese, come dimostra il recentissimo infortunio in una fabbrica di fuochi di artificio nel napoletano, che ha provocato cinque morti e due feriti gravi.

Non sono dunque le proposte che mancano, ma la concreta volontà politica di determinare una svolta capace di eliminare l'annoso fenomeno infortunistico. Ma è del tutto chiaro che la mancanza di volontà politica riposa sull'atteggiamento tiepido dell'opinione pubblica di fronte a un fenomeno di per sé allarmante e, tuttavia, capace di provocare qualche reazione solo all'indomani di gravi infortuni mortali che, o per il numero di vittime o per le modalità del loro accadimento, commuovono l'opinione pubblica. Si tratta, però, di reazioni destinate a spegnersi presto: l'emozione di un giorno e poi fatalmente si torna al lento stillicidio di tre o quattro morti al giorno, nell'indifferenza dei *media* e dell'opinione pubblica.

4. Il ruolo dei magistrati: un'autocritica necessaria

Tutto ciò impedisce non solo di considerare il fenomeno infortunistico come un'autentica emergenza nazionale, ma anche di investire risorse e di mettere in atto misure organizzative capaci di offrire qualche rimedio. Questa sorta di indifferenza collettiva investe anche l'operato della magistratura. Come si è già accennato, il corpo giudiziario in generale non ha mai considerato la tutela penale della salute dei lavoratori come una priorità e perciò l'organizzazione giudiziaria non ha mai pensato, in termini culturali e organizzativi, di farne una questione centrale. Talvolta l'ha fatto il legislatore, dettando criteri di priorità nella formazione dei ruoli di udienza, oppure escludendo i reati in materia di sicurezza del lavoro dai provvedimenti di amnistia. Ma ci vuol altro per promuovere il dibattito e l'attenzione in quella cerchia ristretta che sono i giuristi e, ancor più, nell'opinione pubblica. Non si tratta di una di quelle materie che sono al centro del discorso politico-giuridico o dell'attenzione dei *media*. Come lo sono, invece, altri illeciti penali: dai reati di corruzione a quelli di mafia o alla violenza contro le donne. Sono le stesse materie che, inevitabilmente, sono anche al centro dell'attività giudiziaria.

Certo, non si può ignorare che qualche sforzo è stato fatto per attirare l'attenzione dei magistrati sulla gravità del fenomeno infortunistico. Si possono ricordare le passate iniziative (e, forse, sarebbe bene dire: gli sforzi) del Csm per indurre i dirigenti dei tribunali e delle procure a istituire sezioni specializzate in talune materie (tra le quali anche la salute e sicurezza sul lavoro) o, nell'impossibilità di istituire sezioni *ad hoc*, a designare almeno alcuni magistrati che si occupassero prevalentemente delle materie speciali. Gli ultimi vent'anni hanno visto seri tentativi di specializzazione in molti uffici giudiziari, ma quasi mai nella materia di cui ci occupiamo: i magistrati designati a occuparsi del diritto penale del lavoro, nella generalità dei casi, dopo qualche tempo hanno scelto altri gruppi di specializzazione ritenuti più *attraenti*. Ma la tutela penale dei lavoratori è una materia che richiede molto tempo e una certa tenacia per diventare specialisti. E, anche in questo caso, la svogliatezza dei magistrati (salvo significative eccezioni, si capisce) nel dedicarsi a un settore così difficile rivela una cultura – diffusa a ogni livello sociale – che non considera la sicurezza sul lavoro come un diritto inviolabile della persona da garantire ad ogni costo. Questo spiega anche il motivo per cui, nella maggioranza dei tribunali e delle procure del nostro Paese, non si sia mai dato l'avvio ad alcuna seria specializzazione in materia.

Ricordo a questo proposito un meritorio intervento del Csm, che avviò una ricerca capillare tra gli uffici giudiziari per rilevare le specializzazioni esistenti in materia di salute sul lavoro. La ricerca, conclusa con una puntuale deliberazione adottata dal *plenum* nella seduta del 28 luglio 2009, “prende atto” del quadro «variegato e non rassicurante» circa la trattazione e repressione dei reati relativi agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali. La ricerca intendeva accertare pochi, ma significativi punti: se la materia fosse trattata indifferentemente da tutti i magistrati dell'ufficio; se fossero addetti alla trattazione singoli magistrati specializzati; se fosse stato istituito un gruppo di magistrati specializzati; quali fossero i tempi medi di definizione dei procedimenti per i reati derivanti da infortunio o malattia professionale. Ebbene, le risposte degli uffici giudiziari tracciavano un panorama disomogeneo e assai deludente: su 165 procure, solo 49 avevano istituito i gruppi specialistici, 18 si affidavano a singoli magistrati “specialisti”, 98 non dedicavano nessuna attenzione particolare a questi reati e ne affidavano la trattazione indifferentemente a tutti i magistrati. Invece, su 165 tribunali, solo uno si era dotato di un gruppo specialistico e un altro soltanto

4. Vds. il *Contributo delle Regioni e Province Autonome ai temi della Salute e Sicurezza sui luoghi di Lavoro*, 27 settembre 2019.

faceva ricorso al singolo magistrato specializzato. È curioso osservare che, in questo caso dei due tribunali virtuosi, nessun magistrato specializzato operava parallelamente nelle rispettive procure.

Questo quadro veniva dal Csm definito «preoccupante in quanto non appare proporzionale alla tipologia dimensionale degli uffici interessati dal monitoraggio, stante che non tutti gli uffici giudiziari di medie dimensioni contemplan specializzazioni sul punto». La deliberazione del *plenum* si concludeva con un forte richiamo: «occorre che gli uffici giudiziari imprimano il massimo impegno nella trattazione e celere definizione dei reati in argomento (...); tale impegno, quanto agli uffici inquirenti, può realizzarsi (...) mediante la costituzione di appositi gruppi di lavoro, dedicati, in via anche esclusiva, alla trattazione dei reati in argomento e alla predisposizione di protocolli di indagine concordati con settori specialistici della polizia giudiziaria; nonché, quanto agli uffici giudicanti, prestando massima attenzione alla prioritaria fissazione nei ruoli di udienza dei processi relativi ai reati commessi in violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro e alla sollecita definizione degli stessi nel rispetto del principio di ragionevole durata previsto dalla Carta Costituzionale».

Dunque la situazione, già dieci anni fa, non era incoraggiante. Chi abbia qualche conoscenza degli uffici giudiziari sa bene che la situazione odierna non è affatto migliorata. E, anzi, presenta qualche aspetto di maggior preoccupazione se si esamina la quantità e la qualità dei processi che vengono affrontati dalle procure e dai tribunali italiani.

Per quanto riguarda la *quantità* dei procedimenti penali avviati dalle procure e di quelli decisi dai tribunali, occorre ricordare che le norme della procedura penale prevedono la procedibilità obbligatoria per gli infortuni o le malattie professionali che abbiano cagionato la morte oppure lesioni guarite in tempo superiore ai quaranta giorni, o che abbiano determinato postumi permanenti. Secondo le indicazioni fornite dall'Inail, rispetto al totale di 6.362.500 infortuni denunciati nel periodo 2010-2018, quelli mortali sono stati 7.103 (0,11 per cento), quelli con esiti gravi sono stati 1.106.044 (19,38 per cento). Si riportano, di seguito, i numeri degli infortuni mortali gravi relativi al periodo 2010-2018⁵:

Anno	Infortuni mortali o gravi
2010	149.932
2011	139.815
2012	128.385
2013	121.580
2014	117.333
2015	113.726
2016	114.817
2017	114.516
2018	105.660

Non è dato sapere quanti procedimenti siano stati iscritti nello stesso arco di tempo dalle procure della Repubblica dell'intero Paese, perché mancano i dati relativi alla specifica materia della salute sul lavoro. Una qualche indicazione indiretta si può trarre dai *report* elaborati dalle Regioni (solo per gli anni dal 2007 fino al 2016) relativamente al numero delle indagini su infortuni e malattie professionali concluse dalle asl dei singoli territori regionali. Questi i dati complessivi che riguardano le inchieste condotte dalle aziende sanitarie di tutto il territorio nazionale:

Anno	Inchieste concluse	
	Infortuni	Malattie prof.
2010	16.337	8.863
2011	16.958	9.909
2013	15.402	9.277
2014	15.392	10.222
2015	11.702	8.246
2016	11.582	7.782

Sono numeri⁶ che possono essere indicativi della iscrizione delle notizie di reato relative agli infortuni nel registro generale delle procure, dal momento che gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti ai servizi asl incaricati di svolgere le indagini sugli infortuni mortali e gravi, comunque procedibili di ufficio, hanno il dovere di inviare le inchieste svolte alla competente procura della Repubblica.

5. Vds. il *Primo rapporto CIIP sugli infortuni e le malattie professionali in Italia. Analisi degli open data Inail, anni 2010-2018* (aggiornamento: novembre 2019; www.ciip-consulta.it/index.php?option=com_phocadownload&view=file&id=41:primo-rapporto-ciip-su-infortuni-e-m-p-2010-2018&Itemid=609).

6. Gruppo tecnico interregionale SSSL, attività 2007-2016 (*cfr.*, per gli anni 2013-2017: www.quotidianosanita.it/allegati/allegato4074223.pdf).

Il dato è preoccupante, soprattutto sotto il profilo della sproporzione esistente tra il numero complessivo di infortuni mortali o gravi e il numero delle inchieste svolte dai servizi delle asl che, presumibilmente, hanno dato vita a un procedimento penale. Il confronto tra il numero degli infortuni mortali accaduti per anno, sommato a quello degli infortuni gravi, e il numero delle inchieste annualmente svolte e tramesso alle procure è sconsolante⁷. Ogni anno, solo una percentuale che oscilla tra il 10 e il 15 per cento degli infortuni mortali o gravi è oggetto di indagini da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria dei servizi asl. I restanti sfuggono all'indagine ed è presumibile che non vengano neppure iscritti sui registri della Procura, se non in qualche raro caso. Ci sarebbe da chiedersi con quali criteri si proceda all'indagine su certi infortuni e non su altri di gravità pari o superiore, e perché mai il flusso delle notizie di reato perseguibili di ufficio che giungono alle procure competenti presenti lacune così vistose. Sono note alcune lodevoli iniziative di qualche procura, che ha adottato meticolosi protocolli di gestione delle notizie di reato, in accordo con le strutture di pronto soccorso del territorio e con gli organi di polizia giudiziaria delle aziende sanitarie che si incaricano delle inchieste sugli infortuni. Ma questi pochi esempi virtuosi tardano a diffondersi su tutto il territorio nazionale, con l'inevitabile conseguenza che l'intervento della magistratura appare disordinato, spesso casuale e privo degli effetti "pedagogici" e deterrenti che i processi penali in questa materia dovrebbero avere.

Nessuna conclusione si può trarre, invece, in ordine all'azione delle procure dopo l'iscrizione delle notizie di reato relative agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali. Non mi pare che esistano dati certi per tutto il territorio nazionale, capaci di far luce sull'esito giudiziario dei procedimenti iscritti. Non si conosce il numero complessivo delle archiviazioni né dei rinvii a giudizio, né il numero delle sentenze di merito pronunziate dai tribunali e dalle corti d'appello in questa specifica materia. È noto, però, che le archiviazioni e i proscioglimenti delle persone sottoposte a indagini sono certamente di numero superiore a quello delle condanne.

5. I meriti della giurisprudenza di legittimità

Da questi pochi cenni, si ricava l'immagine di una magistratura di merito del tutto inadeguata a fronteg-

giare un fenomeno imponente e, nello stesso tempo, complesso com'è quello dei reati in materia di salute dei lavoratori. Queste carenze non incidono solo sulla quantità dei reati presi in esame, ma anche sulla qualità delle pronunzie dei giudici. Ed è facile previsione quella secondo cui, fino a che non saranno affrontati i nodi dell'organizzazione degli uffici in vista del numero e della gravità di questi processi e fino a che non maturerà una sufficiente specializzazione dei magistrati del merito, la situazione attuale è destinata a durare, quale conseguenza della mancata "centralità" della tutela penale del lavoro. Tale centralità sarà recuperata solo quando Governo, Parlamento, Regioni, aziende sanitarie e l'opinione pubblica, finalmente più avvertita, converranno sulla necessità di mettere in campo tutti gli strumenti capaci di realizzare una più efficace prevenzione della salute dei lavoratori e una più rigorosa repressione dei relativi reati.

Se si guarda alla *qualità* delle pronunzie dei giudici, non si può evitare di rilevare che prevalgono le archiviazioni del procedimento e le assoluzioni, per varie cause, degli imputati. Ma anche talune pronunzie di condanna non sempre colpiscono i soggetti titolari degli obblighi la cui violazione ha cagionato l'evento lesivo. Si tratta di errori che talora vengono sanati nel giudizio di appello e talvolta no. In ogni caso, le pronunzie arrivano a tale distanza di tempo dai fatti, da perdere ogni significato di monito non solo per la collettività, ma per gli stessi soggetti sottoposti a processo.

In questo panorama di oggettiva difficoltà della magistratura, fa eccezione da molti anni la giurisprudenza della Corte di cassazione. La quale non solo provvede, quando è possibile, a correggere gli eventuali errori dei giudici di merito, ma è riuscita a elaborare, con un impegno che ormai dura da molti lustri, una serie di principi che, in una materia tanto complessa, assolvono il compito di tracciare chiare linee di indirizzo anche per la giurisprudenza di merito. Le occasioni che hanno spinto la Corte a privilegiare la materia della tutela penale del lavoro per dare vita a una vasta elaborazione giurisprudenziale, rimandano a una serie di gravissimi infortuni sul lavoro e ad un'impressionante sequenza di lavoratori morti per effetto di malattie collegate all'uso dell'amianto sul lavoro.

Soprattutto i temi della causalità e della colpa, da qualche tempo, hanno impegnato la Corte (e, di riflesso, la dottrina) in un dibattito che ha avuto effetti ben oltre i confini del diritto penale del lavoro. Sulla scorta delle sentenze della Corte, si è aperto un vivace

7. Se si considera l'anno 2016 l'ultimo per il quale disponiamo di tutti i dati, a fronte di 114.817 infortuni gravi sono state svolte solo 11.582 inchieste dalla polizia giudiziaria delle asl, poco più di una ogni dieci infortuni gravi. Le cose vanno leggermente meglio per quanto riguarda gli anni precedenti e sono spiegabili con la grave contrazione degli organici delle asl negli ultimi anni.

dibattito, che ha visto molteplici e autorevoli contributi capaci di dare nuova luce ai tradizionali canoni giuridici della “causalità” e della “colpa”. Il dibattito che ne è scaturito ha, da un lato, sottolineato la crisi delle categorie tradizionali del diritto penale, dal momento che è indubbio che soprattutto i processi per le morti di amianto hanno dimostrato che i canoni classici della responsabilità penale, diretti ad accertare colpa e causalità individuale, hanno mostrato più di una lacuna; dall’altro, ha consentito di mettere a fuoco la struttura di alcuni istituti che nel tempo, sotto la spinta di alcune pronunzie della giurisprudenza, sono profondamente mutati. Chi ha sempre considerato la colpa come fondamentale elemento psicologico del reato ha potuto osservare un progressivo mutamento concettuale: la concezione “normativa” della colpa l’ha inevitabilmente trasformata in una modalità del fatto. La colpa, perciò, non è più solo un elemento psicologico della condotta dell’agente, ma è divenuta un decisivo elemento del fatto su cui il giudice è chiamato a pronunziarsi⁸.

Tuttavia, le preziose indicazioni della Corte di cassazione, frutto di sofferte scelte giurisprudenziali, non sempre sono state seguite dalla magistratura del merito. Anzi, sono stati molti, e qualche volta anche ingegnosi, i tentativi di lasciarsi alle spalle le difficoltà che insorgono quando si tratti di provare la causalità individuale e la misura soggettiva della colpa nei processi penali che riguardano il danno occorso alla persona in occasione di lavoro. Si può dire che non si intravede ancora la fine della lunga serie di casi, soprattutto mortali, legati all’esposizione di sostanze tossiche come l’amianto, e che non è imprudente ritenere che, per qualche tempo, ancora si continuerà a morire di amianto e si continueranno a celebrare i relativi processi penali, soprattutto nelle corti di merito, un notevole numero dei quali non arriva agli onori delle cronache o al vaglio della Cassazione. Ma sono i processi in cui, più chiaramente, emergono gli orientamenti contrastanti espressi dalla scienza, dall’epidemiologia e dalla giurisprudenza.

Ai contrasti in materia di accertamento del nesso causale si affianca, nella giurisprudenza, una non completa consonanza per quanto riguarda la materia della colpa. Anzi, si può dire che i giudici, specie quelli del merito, si avvicinino all’argomento con una certa timidezza e siano ancora lontani da una apprezzabile elaborazione delle categorie della colpa.

Tutto questo è sufficiente per cogliere tutta la portata della crisi che ha toccato il diritto penale dell’evento. Non c’è dubbio che la tutela apprestata dal codice penale per i reati tipici dell’attività lavorativa sia fondata sul rilievo dell’evento di danno, che deve

essere accertato attraverso le categorie della causalità e della colpa; ma è facile accorgersi che, ormai, gli stessi reati di evento presentano una struttura diversa e più complessa rispetto al passato, e che anche i comportamenti di cui il reato è conseguenza non possono essere più definiti “individuali” in senso stretto perché il bene tutelato è messo in pericolo da diversi contesti offensivi, tipici della società del rischio. Ed è anche per questo che il sistema penale non riesce più a gestire gli eventi di danno che scaturiscono dalle sempre più sofisticate applicazioni industriali. Con il progresso tecnico si sono diffusi numerosi fattori di rischio, di cui non sempre è chiara la portata e di cui è difficile affermare la causalità.

6. L’anticipazione della tutela penale del lavoro e la crisi del processo penale dell’evento

Consapevole di queste nuove esigenze, il legislatore, nel corso degli anni, ha anticipato la tutela dei beni in pericolo sviluppando il “diritto della prevenzione”, nel tentativo di impedire, per quanto è possibile, gli eventi dannosi. Così come proprio l’esigenza di anticipazione della tutela dei beni giuridici della salute e dell’incolumità individuale ha suggerito al legislatore del d.lgs n. 81/2008 di introdurre nell’ordinamento la responsabilità amministrativa degli enti, estesa ai casi in cui i delitti colposi di omicidio e lesioni personali siano stati commessi con violazione delle norme di prevenzione sul lavoro. Si è ritenuto, cioè, che il coinvolgimento degli enti collettivi che rispondono sul piano amministrativo possa riequilibrare il rapporto tra le esigenze di prevenzione, certamente sentite nel mondo post-industriale, e le esigenze di garanzia che devono presiedere all’accertamento della responsabilità penale individuale. Spostando il peso della responsabilità prevenzionale sulla sfera amministrativa (ed economica) degli enti, il legislatore tenta di salvaguardare i canoni classici della responsabilità penale diretti ad accertare colpa e causalità individuali. Ed è ancora questa la ragione per la quale, attraverso i criteri stabiliti nell’art. 30 d.lgs n. 81, si è cercato di diffondere modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza la cui adozione, comportando l’efficacia esimente della responsabilità amministrativa, può assolvere meglio le funzioni di tutela dal rischio nei luoghi di lavoro.

Bisogna dire, però, che lo strumento normativo che consente di attribuire all’ente la responsabilità

8. Sul tema, si rinvia al contributo di Carlo Brusco, *La scienza davanti ai giudici: il mesotelioma e le conseguenze delle esposizioni all’amianto dopo l’iniziazione della malattia*, che chiude il presente fascicolo della Rivista.

dell'evento è ancora utilizzato molto timidamente dai giudici del merito. Si aggiunga che queste innovazioni legislative non hanno evitato i tentativi di adottare pericolose scorciatoie per superare le insidie della crisi del diritto penale dell'evento. Si spiegano così le imputazioni per reati dolosi di generico pericolo in luogo delle tradizionali contestazioni dei reati di evento per colpa: rivolte, da un lato, a evitare le difficoltà della prova dell'esistenza della causalità individuale e, dall'altro, a ottenere pene più severe per un delitto "più grave". Si tratta di un tentativo che riporta alla storica divisione presente nel codice penale tra i reati "gravi" puniti per dolo e i reati "meno gravi" puniti a titolo di colpa. Questa distinzione, certo, era giustificata in un tempo in cui il legislatore aveva a che fare con una società pre-industriale, che non conosceva eccessivi rischi nelle attività produttive. Ma oggi l'organizzazione del lavoro è così complessa, le fonti di rischio così numerose e i centri di imputazione della responsabilità così diversi, da non consentire più di ritenere che i delitti colposi siano delitti "minori".

Resta tuttora forte nella percezione comune, e anche in quella di molti giuristi, la convinzione relativa alla centralità del fatto doloso e alla residuale importanza del fatto colposo. Questa cultura impedisce di comprendere che l'indifferenza verso i doveri sociali e la violazione delle norme di prudenza e di

cautela hanno gravissime ricadute sul vivere civile. Si aggiunga che il ripiegamento sulle fattispecie dolose da parte del giudice, oltre a costituire una discutibile scorciatoia sul piano giuridico, finisce per allontanare ancora di più la necessaria presa di coscienza dell'importanza e della rilevanza penale delle condotte colpose. Quali che siano, poi, le difficoltà della prova insite nella contestazione delle fattispecie dolose, resta il fatto che tale attitudine si pone in qualche modo come "antistorica" rispetto all'evoluzione della scienza, della tecnica e della pratica industriale, che pretendono dai singoli perizia, diligenza e attenzione come condizioni necessarie della vita associata. Forse è giunto il momento in cui il legislatore dovrebbe prendere atto che, nella moderna società del rischio, i "reati della modernità" sono appunto i reati colposi. Il futuro del diritto penale del lavoro e la tutela dei beni fondamentali della salute e della vita non saranno affidati a improbabili elaborazioni di fattispecie dolose, stirate a fatica per colpire negligenze, imprudenze e organizzazioni del lavoro inadeguate. La più efficace tutela delle condizioni di lavoro nelle imprese sarà ancora legata alla contestazione dei reati colposi, visti finalmente come reati propri della società complessa, che richiede ai consociati diligenza, capacità, perizia, preparazione e il rispetto solidale per i diritti altrui.

Il pubblico ministero davanti agli infortuni sul lavoro

di *Stefano Celli*

Il tema dell'organizzazione ha assunto, negli ultimi anni, sempre maggiore rilevanza anche per l'ordine giudiziario. Una corretta declinazione può avere importanti ricadute positive sulle indagini in materia di infortuni sul lavoro e prevenzione degli stessi e sul dibattito penale, sia rendendo più spedito il lavoro degli inquirenti, sia assicurando una maggiore qualità del risultato delle indagini e, quindi, della loro "tenuta" dibattimentale, con maggiore e più incisiva tutela dei diritti dei lavoratori.

1. Premessa / 2. L'organizzazione della procura: settori, gruppi di lavoro, magistrati specializzati / 3. I protocolli che disciplinano la materia degli infortuni / 3.1. I protocolli di indagine / 3.2. I protocolli interni: le contravvenzioni / 3.3. I protocolli interni: i delitti e le modalità di definizione / 4. Il d.lgs n. 231/2001, questo sconosciuto / 5. Conclusione delle indagini preliminari, esercizio dell'azione penale, dibattito ed esito del giudizio di primo grado. Revisione degli esiti, verifiche, azioni positive / 5.1. La testimonianza del privato / 6. Conclusioni

1. Premessa

Il percorso che conduce alla pronuncia giurisdizionale in materia di infortuni e malattie professionali è lungo e accidentato. Non si tratta solo della complessità propria di ogni procedimento penale, ma di una complessità intrinseca, dovuta a fattori molteplici: orientamenti culturali, risorse effettivamente utilizzabili sia dalla polizia giudiziaria che dal pubblico ministero e dal giudice, delicatezza degli accertamenti anche dal punto di vista del fatto. Vi è poi una peculiarità, non assoluta, ma legata ai soggetti sottoposti a indagini, cioè la presenza di una difesa tecnica molto agguerrita, estremamente competente e spesso con risorse decisamente sopra la media.

Questo breve scritto intende proporre alcune riflessioni sull'organizzazione del lavoro del pubblico ministero nell'accertamento di questi reati. Sono anche stati raccolti, mediante un questionario fatto

pervenire a uffici di procura di differente grandezza e localizzazione¹, alcuni dati riguardanti protocolli di indagine, organizzazione e regolamentazione delle stesse, prassi concordate per la fase dibattimentale: con la finalità, più che di ottenere un campione rappresentativo, di raccogliere stimoli per la riflessione che qui viene proposta.

2. L'organizzazione della procura: settori, gruppi di lavoro, magistrati specializzati

Dopo l'istituzione del giudice unico di primo grado, quasi tutte le procure della Repubblica hanno previsto, al loro interno, gruppi di lavoro specializzati nelle indagini per determinati reati. Il fenomeno ha riguardato non solo gli uffici più grandi, ma anche quelli medi e persino piccoli.

1. Hanno risposto le procure della Repubblica di Torino, Ancona, Rimini, Cagliari e Tivoli.

Indipendentemente dalle ragioni soggettive che hanno spinto tanti procuratori a regolamentare, con accenti diversi, la materia, prevedendo una più o meno pronunciata specializzazione, questa scelta deve essere valutata in ogni caso positivamente.

Se è acquisito che la specializzazione sia un valore aggiunto, quella in una materia così delicata (per gli interessi che tutela e coinvolge, per le ricadute immediate e di lungo termine su beni primari e sull'organizzazione del lavoro) vale, se possibile, ancora di più.

A questo proposito, tutti gli uffici interpellati prevedono, nei criteri di organizzazione, che i reati che ci riguardano siano trattati da un gruppo (negli uffici più piccoli, anche da un singolo sostituto), il quale normalmente ha competenza più ampia e comprende materie analoghe collegate (danno alla persona, tutela del consumatore e altro).

La scelta è sicuramente da condividere, essendo evidenti i benefici che si ricavano dalla stessa: rapidità nel cogliere le questioni rilevanti, speditezza nella valutazione e definizione del fascicolo, possibilità di un confronto con un numero di casi superiore e, quindi, acquisizione di esperienza in tempi rapidi, anche per i sostituti che non si siano mai occupati della materia.

3. I protocolli che disciplinano la materia degli infortuni

3.1. I protocolli di indagine

Strettamente collegata con il tema “specializzazione” è l’istituzione di un protocollo, definito genericamente “di indagine”, che può poi riguardare anche fasi e soggetti diversi oltre alla polizia giudiziaria (i viceprocuratori onorari, il tribunale). Il tema del protocollo è decisamente più sentito da quando la magistratura nel suo complesso ha acquisito la consapevolezza che uno dei modi per far fronte all’eccessiva durata dei processi penali è predisporre risposte e prassi comuni, in modo tale che tutte le fasi del procedimento possano essere svolte, per quanto possibile, senza che il fascicolo “faccia la spola” fra polizia giudiziaria e pubblico ministero.

Gruppo di lavoro specializzato e protocollo di indagine non sono fenomeni necessariamente collegati. Tuttavia, la presenza di un gruppo di lavoro, specie se coordinato da un procuratore aggiunto, stimola e favorisce la creazione di protocolli e di prassi virtuose. E ciò sia per l’evidente maggiore esperienza che deriva dal numero di casi trattati, sia per la necessità o anche solo l’opportunità di trattare le indagini in modo omogeneo e di adottare comportamenti tendenzialmente uniformi, sia perché l’esistenza di

un gruppo rimanda a una realtà quantitativamente e qualitativamente vasta, che trae naturalmente beneficio dalla previsione di alcuni passaggi standardizzati.

Quanto ai protocolli, la realtà è meno uniforme e registra diverse posizioni.

Alcuni uffici, specie i più grandi, hanno in vigore protocolli più o meno risalenti (ove il termine non assume significato negativo, anzi: il fatto che siano in essere da tanti anni induce a ritenere funzionalità dei medesimi e lungimiranza dei redattori); alcuni hanno direttive scritte, indirizzate principalmente alle asl e alle articolazioni interessate alle indagini in materia, mentre altri uffici si affidano alla semplice delega, ora standardizzata, ora singola.

È preferibile, ovviamente, l’adozione di un protocollo:

- perché il fatto di essere una misura condivisa motiva più e meglio il destinatario della richiesta di indagine;
- perché consente di “automatizzare” alcuni passaggi, senza che il magistrato incaricato debba occuparsene in prima persona;
- perché rende noto preventivamente “cosa serve” al magistrato per determinarsi in ordine all’ipotesi di reato, sia in termini di contenuto che in termini di forma, e lo fa in relazione alle specificità dell’indagine, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello procedimentale, visti i numerosi istituti specifici che riguardano solo (o quasi) questi reati (procedimento per l’estinzione delle contravvenzioni, procedimento per l’accertamento della responsabilità amministrativa degli enti);
- perché consente di far giungere all’ufficio di procura il fascicolo completo di informativa “finale” che, salvi gli eventuali approfondimenti – sempre possibili –, solleva magistrati e segreterie da una serie di adempimenti, compresa l’eventuale richiesta di proroga del termine delle indagini.

3.2. I protocolli interni: le contravvenzioni

Anche se non direttamente compreso nella materia “protocollo”, ma più, forse, in quella “organizzazione”, e dunque relativa ai criteri che regolano gli affari di procura, assume rilievo (anche) l’orientamento delle scelte processuali del pubblico ministero.

Le fattispecie penali (accantoniamo, per il momento, la responsabilità degli enti) riguardano delitti e contravvenzioni, laddove i primi presuppongono, per essere destinatari della disciplina propria degli infortuni sul lavoro, le seconde (ma, ovviamente, non viceversa). Le contravvenzioni, da un lato, godono

della peculiare procedura di estinzione regolata dal d.lgs n. 758/1994; dall'altro, si prestano più facilmente allo strumento definitorio del decreto penale: sono fattispecie tendenzialmente semplici e, se non estinte con adempimento di prescrizioni e pagamento della sanzione, difficilmente hanno necessità di approfondimenti istruttori, che sono comunque compatibili con la definizione "senza processo".

Si pone comunque il problema di decidere, per le contravvenzioni non estinte e connesse all'infortunio, se definirle autonomamente (ovviamente con richiesta di decreto penale) o congiuntamente al delitto connesso.

A favore dell'autonomia milita la necessità di pervenire a una definizione in tempo utile, prima della prescrizione, che è comunque di cinque anni (massimo) – e infatti alcuni uffici optano per questa soluzione.

Vi sono, però, circostanze che sconsigliano tale conclusione e che verosimilmente ispirano le scelte di quegli uffici che mantengono la trattazione unitaria (salvo il caso di estinzione, evidentemente). Occorre tenere presente, in primo luogo, che i motivi per i quali la contravvenzione non viene estinta possono essere (i) di natura economica (il contravventore non è in grado di pagare la somma, che spesso è rilevante) oppure (ii) tecnico-giuridica: il contravventore, chiamato a giudizio anche per il delitto, non si adegua alle prescrizioni perché ne contesta il fondamento, oppure, pur non contestandole "in sé", ha interesse a negare il difetto di incidenza sulla causazione dell'evento infortunio.

Ebbene, in entrambi i casi, appare comunque preferibile la scelta di quegli uffici che mantengono all'interno dello stesso procedimento delitto e contravvenzione, anche se il mancato pagamento dipende dalle difficoltà economiche.

Per i secondi, è fondamentale mantenere una trattazione unitaria, per evitare un contrasto di giudizi: il decreto penale verrà sicuramente opposto e l'imputato potrebbe utilizzare il processo per la contravvenzione come "ulteriore" grado di giudizio, posto che un'assoluzione in questo si ripercuoterebbe positivamente anche nel procedimento per il delitto. Inoltre, la contravvenzione potrebbe non essere individuata dalla procura come "procedimento rilevante" da seguire con attenzione, specie nelle sedi più gravate, ed essere trattata da magistrati non specializzati.

Tornando al primo caso di "non estinzione", va riconosciuto che, di norma, chi non paga la sanzione amministrativa per l'estinzione difficilmente si opporrà a un decreto penale, ma non è infrequente che si giunga comunque a una revoca del decreto (anche per difficoltà di notifica) e all'instaurazione di un processo che, normalmente, si occuperà di raccogliere

le stesse prove orali e documentali necessarie per la prova del delitto.

Anche sotto il profilo strettamente economico, delle risorse che la duplicazione rischia di assorbire ingiustificatamente, sembra preferibile la trattazione unitaria, salvo che siano previsti meccanismi che consentono, in caso di opposizione al decreto penale, la trattazione congiunta con il delitto.

3.3. I protocolli interni: i delitti e le modalità di definizione

Si può prescindere, qui, dalle questioni circa la scelta delle modalità definitorie per i delitti che non debbano essere oggetto di richiesta di archiviazione. Pur possibile per le lesioni, la definizione con richiesta di decreto penale è un'evenienza pressoché sconosciuta: l'azione penale è esercitata con la cd. citazione diretta per le lesioni, con la richiesta di rinvio a giudizio per l'omicidio.

I margini di scelta non riguardano tanto lo strumento definitorio (*come* definire), ma la scelta di *cosa* definire, o meglio cosa definire con priorità, per quanto concerne le lesioni, posto che normalmente i delitti che passano per l'udienza preliminare vengono tutti definiti prioritariamente.

Il tema merita ben altra trattazione. Qui si può solo prendere atto che, sia pure variamente declinata, l'adozione di criteri di priorità è ormai ineludibile, anche per gli uffici requirenti meno inclini a selezionare i procedimenti da definire per primi e quelli che invece "possono attendere".

Ovviamente, la questione "priorità" non può limitarsi alle decisioni della procura, poiché l'individuazione della data di udienza spetta al presidente del tribunale o della sezione, ed è naturale che si prediliga un criterio condiviso. Si potrebbe obiettare che la priorità dei processi per infortuni è legale (art. 132-bis disp. att. cpp), ma l'esperienza insegna che questa norma non trova univoca e unanime applicazione. E che, stante il gran numero di delitti che comunque sono compresi nelle previsioni del predetto art. 132-bis, residua un margine su cui operare.

E infatti, uno degli uffici interpellati (ufficio medio piccolo) riferisce:

- che sono state concordate con il tribunale tre fasce di priorità (A, B, C), con corrispondente maggiore o minore celerità di fissazione;
- che i reati del 132-bis sono parte in fascia A e, fra questi, gli infortuni che "passano" dall'udienza preliminare; parte in fascia B, tra i quali vi sono gli altri infortuni e le opposizioni a decreto penale.

Non è quindi sufficiente ricordare che i delitti in questione sono compresi fra quelli prioritari, perché alcuni processi "sono più prioritari degli altri".

4. Il d.lgs n. 231/2001, questo sconosciuto

Durante i primi anni di vigenza dell'art. 25-*septies* d.lgs n. 231/2001 («Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (...»)), l'applicazione è stata assai sporadica. Molti uffici avevano difficoltà a configurare una responsabilità per l'ente, sul presupposto che il reato "non poteva essere commesso nell'interesse della società", perché ciò presupponeva una sorta di dolo, almeno nella forma eventuale.

Questa interpretazione abrogatrice non faceva i conti con la circostanza che la norma individuava, fra i reati presupposto della responsabilità, due illeciti colposi e ometteva di considerare che l'illecito ricorre anche quando il reato sia stato commesso "a vantaggio" dell'ente.

Una paziente opera di formazione, centrale e decentrata, ha sostanzialmente eliminato questa remora interpretativa, ma il cammino da percorrere è ancora lungo. Il campione interpellato ha restituito una realtà variegata. Fermo restando che nessuno pone più in dubbio l'applicabilità della norma, in concreto ci sono uffici in cui essa non è mai stata applicata (in questa materia), complice forse il numero limitato di procedimenti, mentre uno ha riferito (senza ulteriore specificazione) dell'esistenza di criteri di massima per orientare l'applicazione, previo confronto fra gli appartenenti al gruppo di lavoro.

Il rischio concreto è, in un certo senso, opposto rispetto a quello originario: aggiungere l'addebito per l'illecito amministrativo quale automatica conseguenza della contestazione del delitto, senza un'indagine che si occupi puntualmente della sua effettiva sussistenza, della gravità, della commisurazione della sanzione, per la quale il giudice potrebbe trovarsi senza elementi di valutazione, per individuare il numero delle quote (da cento a mille) e la misura della singola quota (il minimo è un sesto del massimo).

E se l'attività processuale relativa all'accertamento dell'illecito penale fornisce quasi sempre indicazioni per il primo parametro (commisurato a «gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti») il secondo, «fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione», necessita di una pur minima indagine preliminare, che di norma non può essere affidata agli organi dell'asl, normalmente privi delle specifiche competenze tecniche, e in difetto della quale il giudice sarà indotto ad attestarsi sul valore minimo della quota (258 euro).

Ancor prima di tale individuazione, occorre ricordare che la responsabilità amministrativa non è – e

non può essere – automatica, sicché l'attività di ricerca della prova deve riguardare anche questo aspetto, con l'acquisizione di elementi da cui desumere che il reato è stato commesso «nell'interesse o a vantaggio dell'ente».

L'impressione che si ricava, invece, è quella di una difficoltà degli uffici di procura a inquadrare il fenomeno "infortunio" quale conseguenza *anche* delle scelte organizzative dell'impresa, che invece, almeno per le persone giuridiche, il d.lgs n. 231/2001 pone al centro.

Questa difficoltà potrebbe indurre a non verificare, appunto, l'incidenza che la scelta organizzativa ha avuto sul verificarsi dell'infortunio e a non comprendere la gravità della stessa. Se infatti l'organizzazione "facilita" il verificarsi dell'infortunio, è evidente che, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, l'illecito assume connotazioni di maggiore gravità.

5. Conclusione delle indagini preliminari, esercizio dell'azione penale, dibattimento ed esito del giudizio di primo grado. Revisione degli esiti, verifiche, azioni positive

Dovrebbe essere un punto acquisito quello riguardante la revisione, la verifica del funzionamento. Quale che sia il tipo di organizzazione impresa all'attività che si svolge, non dovrebbe mai mancare la fase della revisione. Il protocollo che abbiamo concordato funziona? Gli obiettivi sono stati conseguiti? Ci sono stati episodi critici? Cosa non ha funzionato e perché?

A ben vedere, è quanto si dovrebbe fare con qualunque attività processuale. Ho ricevuto *tot* nuovi affari, ne ho definiti tanti con archiviazione, tanti con esercizio dell'azione penale. Fra questi, le condanne sono state una certa percentuale, le assoluzioni un'altra, le prescrizioni altra ancora.

È un dato accettabile? Che cosa ha/non ha funzionato? Quante impugnazioni sono state fatte e quante ne sono state accolte?

E il discorso può continuare per gli incidenti probatori, le misure cautelari reali e personali.

Ebbene, a prescindere dalla difficoltà di ottenere dati statistici a dispetto della presenza di sistemi informatici evoluti, evidentemente poco sfruttati o mal configurati, è esperienza comune che questi dati non vengano raccolti o, se raccolti, non vengano consultati.

Questo breve scritto non può indagare a fondo le ragioni di questa "non scelta", anche se è possibile ipotizzare alcuni fattori (con)causali:

- la mancanza di abitudine a interpellare il dato statistico;
- lo sbilanciamento del lavoro del pubblico ministero nella fase dell'indagine, che assorbe effettivamente gran parte delle energie, con perdita di vista della fase dibattimentale, se non per pochi e selezionati procedimenti;
- la difficoltà a seguire l'esito dei processi nei gradi successivi, specie nei distretti in cui l'appello viene fissato a distanza di anni dalla sentenza di primo grado;
- la convinzione che il dato statistico *sporchi* la purezza del lavoro giudiziario, facendogli perdere quel disinteresse sull'esito finale, disinteresse che sarebbe sintomo, se non garanzia, di imparzialità.

A bene vedere, sembra che si faccia confusione fra due comportamenti assai distanti fra loro: altro è considerare con distacco anche la propria tesi, nella consapevolezza che il sistema nel suo complesso prevede verifiche il cui esito, a sua volta, può essere modificato – questo atteggiamento è sicuramente raccomandabile, frutto di una visione matura e laica; altro è limitarsi ad avviare la macchina, senza poi preoccuparsi se, durante il cammino, questa mantiene la strada segnata e arriva a destinazione intera, con il carico salvo. È quell'atteggiamento che si potrebbe sintetizzare con l'espressione (purtroppo udita molte volte e mai veramente ripudiata): “io lo mando a giudizio, poi ci penserà il tribunale a dire se è colpevole o innocente”.

È invece fondamentale, per la verifica e il miglioramento della qualità del lavoro svolto, prevedere, appunto, momenti di revisione, che presuppongono innanzitutto una precisa conoscenza del dato statistico, la cui leggibilità e utilità è direttamente proporzionale alla possibilità di essere disaggregato.

La revisione dovrebbe riguardare:

- il rispetto dei protocolli adottati o, laddove non ve ne siano, delle direttive di carattere generale;
- la completezza delle indagini preliminari e dell'informativa finale, cioè dell'atto con il quale l'organo di polizia giudiziaria riassume le attività svolte, individua le condotte ritenute rilevanti, segnala le situazioni di possibile intervento, ipotizza le responsabilità;
- il rispetto dei tempi di fissazione delle udienze e di trattazione dei procedimenti da parte del tribunale;
- l'analisi delle testimonianze tecniche (quelle dei cd. ispettori) e la resa dei testimoni privati, non tanto in sé considerati, ma in relazione alle modalità e al contenuto delle verbalizzazioni effettuate in sede di indagine preliminare;

- la verifica degli esiti processuali di primo grado;
- la verifica degli esiti finali del procedimento (secondo grado e legittimità).

Naturalmente, ciascun punto prelude a un percorso di miglioramento, di eliminazione o almeno riduzione delle criticità. Se il testimone tecnico “non ha reso”; se il testimone comune non è stato in grado di riferire compiutamente il suo sapere e il verbale di sommarie informazioni non ha potuto aiutarlo, magari perché redatto in un linguaggio oscuro; se l'informativa finale non contiene gli elementi pur concordati in forza di protocollo o indicati dalla direttiva; se... è necessario intervenire, perché è ovvio che i consigli e le raccomandazioni dati al termine (ad esempio) di una testimonianza tecnica *incerta* (“la prossima volta cerchi di studiarsi meglio la vicenda, anche se risalente!”) scivolano via facilmente e non inducono comportamenti virtuosi, neppure in futuro.

In questa sede, si intende soffermarsi solo sulla questione “testimonianza”, individuando alcune criticità che spesso caratterizzano l'assunzione dell'atto istruttorio, criticità che discendono dalla conduzione delle indagini e da prassi tanto consolidate, quanto contrarie al dettato normativo.

5.1. La testimonianza del privato

La testimonianza del soggetto che ha assistito all'infortunio, oppure ne è vittima, o comunque, da interno o esterno all'impresa, è a conoscenza di fatti materiali rilevanti per la decisione, costituisce spesso un apporto fondamentale per la ricostruzione del fatto e l'individuazione delle responsabilità individuali. Nel contempo è spesso utile, se non necessario, procedere all'immediata assunzione dell'atto sul campo, sia per evidenti ragioni di ritenzione mnemonica, sia per la possibilità di indicazione di luoghi, attrezzi, posizioni, comportamenti utili alla ricostruzione.

Ci limitiamo a indicare tre punti che si rinvergono leggendo i verbali di sommarie informazioni testimoniali (sit):

- la verbalizzazione di una mega-dichiarazione: il teste produce una sorta di orazione, il che, oltre a essere inverosimile, viola apertamente il disposto degli artt. 373 e 136 cpp, e in particolare la necessità che dal verbale emerga inequivocabilmente se la dichiarazione è stata fatta a domanda o spontaneamente, con riproduzione – nel primo caso – anche della domanda;
- la verbalizzazione delle sole fasi strettamente connesse all'infortunio: pur essendo corretta, l'indagine può risultare monca, perché da subito, o alla luce delle acquisizioni successive, è fondamentale conoscere la cornice in cui si iscrive l'infortunio, le modalità lavorative non solo di quel

giorno, ma di quelli precedenti, l'individuazione di tutti i soggetti presenti non solo al momento dell'infortunio, ma anche durante le ore precedenti; la necessità di approfondimento può sorgere, appunto, in un secondo momento, ma non per questo può essere trascurata;

- il teste parla un linguaggio tecnico: chi redige l'atto è naturalmente portato a "tradurre" le dichiarazioni del testimone, utilizzando termini che sono magari più pregnanti, più eleganti; sbaglia, però, perché in questo modo mina la credibilità del testimone, specie laddove la dichiarazione sia usata per le contestazioni in aiuto alla memoria. Se, infatti, il testimone non riconosce il suo dire, ben difficilmente potrà ricordare qualcosa di più e di meglio.

L'ultima evenienza è tutt'altro che rara: non è necessario ricordare che in processi consimili spesso il testimone è collega, o addirittura amico dell'infortunato, ma è anche dipendente dell'imputato o comunque è inserito nell'organizzazione, normalmente parte processuale, proprio in forza del d.lgs n. 231/2001.

Non si intende ipotizzare alcuna condotta illecita di avvicinamento, pressione, o condizionamento della testimonianza. È la situazione data che rende delicata la deposizione, sicché le indicazioni di cui sopra (verbalizzazione completa, domande il più possibile brevi e risposte ancora più sintetiche, utilizzazione delle esatte espressioni impiegate dal testimone, anche se atecniche) sono irrinunciabili (anche se non sufficienti) per costruire, attorno al dato acquisito con l'assunzione di informazioni, una solida struttura che lo difenda dal tempo che passa e dagli attacchi tecnici della difesa, che può accontentarsi, semplicemente, di sminuire la credibilità del testimone, senza che questi debba necessariamente fornire una versione più favorevole all'imputato.

Un discorso a parte meriterebbero le verbalizzazioni di testimoni stranieri. Spesso, proprio perché già in Italia, da qualche tempo, queste persone conoscono la lingua e "sanno capire e farsi capire". Tuttavia, è evidente che qualunque "interpretazione" delle loro dichiarazioni, effettuata dal verbalizzante con il soggettivamente lodevole fine di far comprendere meglio le stesse, conduce inevitabilmente all'inutilizzabilità delle dichiarazioni o, comunque, a un giudizio di non credibilità. Non ci si riferisce, ovviamente, alle piccole correzioni (come, ad esempio, quella che opera la concordanza dell'aggettivo). Se, però, il teste parla senza coniugare i verbi quando viene sentito in

aula ("io lavorare in quel cantiere da cinque giorni"), difficilmente può aver dichiarato, mesi se non anni prima, "ricordo che l'imputato ebbe ad assumermi cinque giorni addietro, attribuendomi la qualifica di muratore specializzato".

È quindi fondamentale, specialmente per questi testimoni, rispettare le indicazioni sopra accennate e, soprattutto, la presenza di un interprete.

Tra gli uffici interpellati, nessuno ha indicato la presenza di prassi relative alla revisione. Solo uno ha riferito che, per quanto riguarda la verifica circa la resa dei testimoni "tecnici", non ve ne è concreta necessità, atteso il risultato soddisfacente degli stessi constatato direttamente dal pubblico ministero togato che segue il processo.

6. Conclusioni

Abbiamo iniziato dicendo che la magistratura nel suo complesso ha compreso, nel corso degli ultimi anni, l'importanza e l'incidenza che hanno i temi organizzativi. La nascita e lo sviluppo di questa consapevolezza, nonché l'intrapresa di azioni concrete per sviluppare una cultura dell'organizzazione è stata favorita dalla necessità di continuare a rendere prestazioni accettabili a fronte di una crescente complessità del lavoro giudiziario e di risorse sempre più limitate.

Sotto molti aspetti non ci si può che rallegrare di questa crescita, che ha avuto però – occorre dirlo – un obiettivo primario di efficienza: se non è stata, se non in alcuni casi, "efficienza a qualunque costo", ha comunque posto l'attenzione principale sul dato quantitativo.

Occorre terminare i processi, abbreviare i tempi, abbattere l'arretrato, rendere un servizio.

Tutti obiettivi condivisibili, che non devono però farci dimenticare che il tema dell'organizzazione ha un rilievo fondamentale anche dal punto di vista qualitativo: il fine non è solo terminare un maggior numero di processi, ma assicurare che in quei processi, preceduti da indagini complete, seguiti da pubblici ministeri competenti, verificati negli esiti finali, si appresti una reale tutela dei diritti e si persegua, grazie ai meccanismi tipici della disciplina di prevenzione degli infortuni, un miglioramento delle condizioni di sicurezza del lavoro.

È tempo di rendere comune questa consapevolezza, attuando ovunque scelte organizzative virtuose, comprese quelle che abbiamo segnalato in questo breve scritto.

La scienza davanti ai giudici: il mesotelioma e le conseguenze delle esposizioni all'amianto dopo l'iniziazione della malattia

di *Carlo Brusco*

Lo scritto pone il problema dei limiti del sindacato di legittimità sulle valutazioni proposte dai giudici di merito rispetto alla validità delle leggi e delle prove scientifiche relative alle conseguenze patologiche dell'esposizione all'inhalazione di fibre di amianto. In particolare, si ritiene che la sentenza Cozzini del 2010 abbia individuato un ruolo della Corte di cassazione estraneo ai suoi compiti, in quanto la validità scientifica di tali leggi e prove compete al giudice di merito. Così come non compete alla Corte di cassazione ritenere accettabile o non accettabile, "nel suo complesso", un orientamento giurisprudenziale di merito.

1. Premessa / 2. L'oggetto della ricerca / 3. L'effetto acceleratore e la giurisprudenza penale di legittimità fino al 2010 / 4. La sentenza Cozzini / 4.1. Considerazioni sulla causalità contenute nella sentenza Cozzini / 5. Considerazioni critiche sulla sentenza Cozzini. L'esistenza della motivazione e i limiti del sindacato di legittimità nelle valutazioni di merito / 6. La data dell'iniziazione tumorale / 7. Le leggi scientifiche sull'effetto acceleratore nelle altre forme tumorali da esposizione a sostanze nocive. Leggi universali o probabilistiche? / 8. Criteri per la valutazione della validità della prova scientifica / 9. La giurisprudenza "inaccettabile nel suo complesso" / 10. Le direttive al giudice di rinvio / 11. La giurisprudenza penale di legittimità successiva alla sentenza Cozzini

1. Premessa

Il problema di cui intendiamo occuparci in questo scritto riguarda un aspetto particolare della causalità nelle malattie che, per opinione ormai generalmente condivisa, si assume siano provocate dall'esposizione alle fibre di amianto (detto anche asbesto). Già nei primi decenni del Novecento, si è riconosciuta la causalità generale per quanto riguarda l'idoneità dell'inhalazione di queste fibre a provocare l'asbestosi. Solo successivamente (indicativamente, nel corso degli anni cinquanta e sessanta) è stato scientificamente accertato che questa assunzione era idonea a provocare anche il tumore polmonare e il mesotelioma.

Mentre le soluzioni offerte dalla giurisprudenza e, nel complesso, anche dalla dottrina, sull'esistenza dell'elemento soggettivo in questi casi (riconducibili alle fattispecie di reato di lesioni e omicidio colposi) non hanno mai presentato aspetti particolari (essen-

do stato provato, nella generalità dei casi, che i mezzi di protezione non venivano adottati o lo erano in misura del tutto insufficiente), quelle in tema di rapporto di causalità sono state, sotto alcuni aspetti, spesso difformi tra le varie forme di malattia.

L'asbestosi non ha mai dato luogo a problemi particolari essendo di facile accertamento diagnostico e avendo un'unica causa – l'aspirazione delle fibre di asbesto. Più complessi sono i problemi sulla causalità riferibili alle altre patologie; difficoltà derivanti, per il tumore polmonare, dalla sua origine multifattoriale, mentre più complesso è il discorso per il mesotelioma: anche questa malattia ha, in teoria, origine multifattoriale, ma l'esistenza di una delle poche altre cause conosciute (in particolare, la sottoposizione a intense cure radioterapiche) è facilmente accertabile nei singoli casi; invece, la presenza nell'ambiente dell'altra sostanza (l'erionite) idonea a cagionare il mesotelioma in Italia non è mai stata accertata.

Ove siano presenti queste diverse cause, o nel diverso caso di multifattorialità ricollegata, per esempio (nel tumore polmonare), al fumo di tabacco, il giudice, per affermare la responsabilità dell'imputato, dovrà quindi accertare sia l'esistenza della causalità generale – eventualmente sotto il profilo della multifattorialità – sia l'esistenza della causalità individuale verificando se, nel caso concreto, l'effetto concausale si sia di fatto verificato. Accertamento che, frequentemente, si dimostra di particolare difficoltà con esclusione, forse, dei casi in cui uno dei fattori concausali si sia dimostrato, in concreto, di preponderante rilevanza (per esempio, un'esposizione prolungata alla sostanza in presenza di una cura radioterapica di modesta entità, o viceversa; ovvero, nel caso del tumore polmonare, in presenza di un forte fumatore che sia stato sottoposto a esposizioni modeste). I casi indicati, spesso, non sono di facile soluzione, ma il giudice dispone di criteri probatori ormai da lungo tempo collaudati per risolvere i frequenti casi dubbi: se si tratta di una causa civile, il giudice utilizzerà il criterio del "più probabile che non", mentre nei processi penali si atterrà al criterio ben più rigoroso dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio"¹.

Questi problemi si complicano ulteriormente (in particolare, nei processi penali) nei casi, molto frequenti, riguardanti le esposizioni di lunga durata nelle quali più titolari degli obblighi di garanzia si siano succeduti nel tempo nel ricoprire le posizioni dalle quali derivavano obblighi di protezione dei lavoratori esposti; casi nei quali si impone anche la necessità di individuare i periodi minimi che consentano di ritenere l'esistenza di un'effettiva efficacia causale delle condotte dei garanti e la necessità di affrontare un ulteriore problema, riguardante la causalità generale (che ha inevitabili ricadute sul piano della causalità individuale), costituito dalla verifica dell'esistenza di un effetto acceleratore della progressione della malattia mesotelioma nei casi in cui il garante abbia iniziato a svolgere le sue funzioni – che importano un obbligo di protezione – quando l'iniziazione della malattia era già avvenuta: questo aspetto forma l'oggetto di maggior rilievo di sentenze anche recentissime.

Se si ammette l'esistenza di questo effetto acceleratore, tutti i debitori di sicurezza rispondono dell'evento dannoso prodotto se hanno ricoperto la posizione di garanzia per un periodo sufficiente (e anche la determinazione di questa estensione temporale è un bel problema da risolvere) e rispondono, quindi, della morte della persona esposta perché hanno contribuito, con le successive esposizioni, ad anticiparne il decesso. Se si nega l'esistenza di questo effetto (e quindi si nega la causalità generale in questo più ridotto ambito) – nel senso che, verificatasi l'iniziazione della malattia, la sua evoluzione è identica sia nel caso di cessazione dell'esposizione sia nel caso di prosecuzione della medesima –, è evidente che deve escludersi anche la causalità individuale nelle condotte dei garanti succedutisi nel tempo dopo l'iniziazione. Il lavoratore esposto avrebbe, infatti, subito l'evoluzione della malattia, secondo questa costruzione, negli stessi tempi e modalità sia che l'esposizione si fosse interrotta sia che fosse proseguita (anche per decenni e anche in presenza di esposizioni intensissime).

Non sembra, invece, che possa verificarsi un effetto inverso per quanto riguarda i primi garanti che abbiano sottoposto la persona alle prime esposizioni, non essendo dubbio che queste esposizioni, se rilevanti, hanno comunque anticipato l'iniziazione della malattia (o l'hanno direttamente cagionata) e hanno dunque avuto efficacia causale anche nel suo sviluppo successivo. Ma anche questa affermazione, come vedremo in seguito, è stata posta in discussione.

È conseguente all'inesistenza della causalità generale individuabile nell'esclusione dell'effetto acceleratore, ma appare evidente che, in questi casi, si pone anche il problema giuridico se possa ritenersi acquisita la prova dell'esistenza della cd. "causalità della colpa": accertata la violazione della regola cautelare, occorre infatti verificare se sia acquisita la prova che questa violazione abbia cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento dannoso, come richiesto dall'art. 43 cp laddove descrive il delitto colposo. E va ancora precisato che, in questo contributo, non ci occuperemo degli aspetti epidemiologici, che richiederebbero un approfondimento particolare².

1. Sia consentito un commento solo apparentemente estraneo al tema. Se, fin dall'inizio di queste controversie, i promotori delle azioni nei confronti degli ipotetici responsabili dei gravissimi danni alla salute provocati dall'esposizione all'amianto avessero seguito la via civilistica, avrebbero avuto un serio vantaggio, sia sui tempi della risposta giudiziaria che sotto il profilo degli oneri probatori, per provare che i danni erano stati provocati dall'esposizione. Inoltre, in questa sede, nel caso di decesso del lavoratore esposto, sarebbe stato possibile esercitare nel giudizio civile, da parte degli eredi (come recentemente affermato da Cass., sez. lav., 21 settembre 2016, n. 18503, in *Dir. maritt.*, 2017, p. 766, con nota di M. Timo, *La Corte di Cassazione torna sul tema dell'esposizione all'asbesto nel lavoro portuale*), sia l'azione *iure hereditatis* (che nel processo penale incontra limiti più rigorosi) sia l'azione per i danni direttamente subiti.

2. Lo studioso che ha maggiormente approfondito gli aspetti epidemiologici dell'esposizione all'amianto è L. Masera, del quale può richiamarsi lo studio *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale. Alla ricerca della qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4/2014, pp. 343-365. La possibilità di individuare responsabilità penali dalle indagini epidemiologiche è, peraltro, criticata da A. Gargani, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e*

2. L'oggetto della ricerca

Devo premettere che l'oggetto di questa ricerca non è quello di confermare o escludere la validità di una determinata teoria scientifica (esiste un effetto acceleratore nel caso indicato?). Ciò non rientra nell'ambito delle conoscenze di chi scrive e una valutazione di questo tipo costituirebbe una forma di presunzione inaccettabile, perché pretenderebbe di sovrapporre il giudizio di un incompetente a quello di chi queste conoscenze scientifiche possiede e ne fa oggetto delle proprie ricerche. Scopo di questo lavoro è altro ed è costituito dalla valutazione se la giurisprudenza, in particolare quella di legittimità, abbia correttamente esercitato i suoi poteri nella materia che stiamo esaminando, secondo i principi più volte affermati dalla Corte di cassazione in contesti diversi rispetto a quelli dell'esposizione alle fibre di amianto³.

Ciò, in particolare, sotto i seguenti profili: compete al giudice di legittimità la valutazione sulla validità della prova scientifica oppure si tratta di materia riservata esclusivamente al giudice di merito? Può il giudice di legittimità andare oltre la valutazione riguardante la correttezza della motivazione su questo aspetto oppure deve limitarsi a scrutinare se, in questo esame, il giudice di merito abbia effettivamente (e non solo in modo apparente) motivato e se questa motivazione sia esente dai vizi di contraddittorietà e manifesta illogicità, i soli deducibili in sede di legittimità? Può il giudice di legittimità individuare criteri di valutazione di carattere generale cui deve attenersi il giudice del rinvio nei casi in cui il problema risolto nel caso specifico riguardava una questione di merito? Può la Corte di cassazione pronunziarsi con affermazioni generalizzanti su un orientamento giurisprudenziale che riguarda non l'interpretazione di una norma, bensì un percorso interpretativo attinente al merito dei processi?

In definitiva, poiché il tema che interessa riguarda la valutazione della prova scientifica, possiamo chiederci se, nella materia in questione, il giudice di legittimità si sia attenuto ai medesimi criteri utilizzati

in altri settori della conoscenza. Non possono, infatti, mutare i criteri di valutazione della prova scientifica a seconda dei campi di ricerca e, soprattutto, a seconda della rilevanza degli interessi in gioco (che, nel nostro settore, riguardano la vita di decine di migliaia di persone, e dunque richieste di risarcimento i cui livelli sono facilmente immaginabili)⁴. Tanto più che, proprio in materia di malattie riconducibili all'esposizione alle fibre di amianto, le acquisizioni scientifiche sono state più volte sottoposte a veri e propri tentativi di "inquinamento scientifico" (si pensi, esemplificativamente, alle teorie sulla "trigger dose", alle falsificazioni delle teorie di Irving Selikoff, studioso della materia, al tentativo di accreditare la tesi che il ruolo cancerogeno viene svolto solo dalle fibre ultrafini, dalle quali non sarebbe stato possibile proteggere i lavoratori esposti).

Infine può il giudice di legittimità – quando pronunzi una sentenza di annullamento con rinvio per vizio di motivazione nella nostra materia – indicare il percorso argomentativo che dovrà seguire il giudice del rinvio? Su questi temi si svilupperà questo tentativo di ricerca.

3. L'effetto acceleratore e la giurisprudenza di legittimità fino al 2010

I problemi ai quali abbiamo accennato sono stati affrontati e risolti dalla giurisprudenza penale di legittimità, fino al 2010, utilizzando gli usuali criteri di valutazione generalmente adottati per verificare se i giudici di merito, nella verifica riguardante la validità e affidabilità delle prove scientifiche e delle conoscenze scientifiche introdotte nel processo, si fossero attenuti a corretti e adeguati criteri logici. In particolare, se la valutazione sull'esistenza di un effetto acceleratore delle ulteriori esposizioni, dopo l'iniziazione del processo tumorale – o la negazione dell'esistenza di questo effetto –, fosse stata adeguatamente motivata da parte del giudice di merito.

prospettive di riforma, in *La legislazione penale*, 4 aprile 2016, pp. 3 ss., www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2016/04/approfondimenti_Gargani_2016.pdf.

3. Dico subito – sperando che gli eventuali contraddittori (in particolare quelli che sono, o sono stati, difensori delle parti in processi riguardanti i temi che affronteremo) facciano altrettanto – che ho fatto parte di alcuni collegi della Corte di cassazione penale che si sono pronunziati su questi temi e che sono stato l'estensore della sentenza Macola, di cui si parlerà più avanti. Fin da adesso segnalo come esemplare, sotto il profilo della correttezza, la premessa che A.H. Bell e L. Santa Maria fanno a un loro studio (che verrà di seguito indicato) sui temi oggetto di questo lavoro; premessa nella quale si dà atto che gli Autori difendono il responsabile civile in un processo penale relativo a decessi e lesioni per malattie asbesto-correlate.

4. Secondo dati riportati da F. Centonze, *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1523, nel 2012 era previsto, per i successivi dieci anni, un picco d'incidenza dei mesoteliomi pleurici di circa 800-1000 decessi all'anno. Secondo fonti riportate da M.F. Fontanella, *L'accertamento del nesso causale tra condotta del datore di lavoro ed evento morte per mesotelioma maligno: linee di un'evoluzione giurisprudenziale*, *ivi*, p. 1537, nel 2020 si avrà il picco di oltre 3.000 morti.

Le risposte sono state di diverso genere: in alcuni casi, le sentenze che avevano accertato l'esistenza di questo effetto sono state confermate, non perché il giudice di legittimità condividesse la sottostante tesi scientifica, ma perché non era stata ravvisata l'esistenza di vizi di motivazione censurabili in sede di legittimità. In altri casi, si è invece giunti all'annullamento, essendo stata ravvisata l'esistenza di questi vizi. Va anche considerato che, tra la fine degli anni novanta e i primi anni duemila, aveva preso piede all'interno della quarta sezione penale della Cassazione un orientamento giurisprudenziale che, rifacendosi a una recente evoluzione del pensiero di Federico Stella, richiedeva che l'esistenza del rapporto di causalità potesse ritenersi provata solo se il giudizio fosse fondato in termini di "certezza"⁵. Questo orientamento è stato superato per l'intervento delle sezioni unite, con la notissima sentenza Franzese⁶; la giurisprudenza di legittimità della quarta sezione penale ha poi trovato un assetto adesivo, anche sui problemi indicati, dei principi affermati dalle sezioni unite.

La prima di queste decisioni che, nella nostra materia, sia intervenuta dopo la sentenza Franzese (risulta pronunciata il giorno dopo quella delle sezioni unite) è la sentenza 11 luglio 2002, n. 953, Macola⁷. La sentenza è di conferma di quella di condanna pronunciata dal giudice di appello. Sui temi ai quali abbiamo accennato in precedenza (efficacia causale delle esposizioni antecedenti all'iniziazione della malattia; effetto acceleratore sulla progressione della malattia, dopo l'iniziazione, delle ulteriori esposizioni), la sentenza non sposa, ovviamente, alcuna delle

tesi scientifiche contrapposte, ma si limita a prendere atto dell'adeguatezza e correttezza della motivazione adottata dai giudici di merito, che avevano fatto riferimento, per motivare il loro convincimento, ai pareri di periti e consulenti tecnici che avevano ritenuto accertato in giudizio che la continuazione delle esposizioni a massicce dosi di amianto «*ha avuto effetto patogenetico sulla latenza di una malattia già esistente o sull'insorgenza di una non ancora sorta*»⁸.

Questo orientamento è stato confermato da altre decisioni di legittimità della quarta sezione penale⁹. È da notare che i medesimi principi sono stati affermati anche nei casi in cui la decisione è stata di annullamento con rinvio della sentenza di condanna fondata sulla circostanza che il giudice di merito aveva accolto una delle tesi scientifiche in contrasto (quella della dose-risposta) senza fornire alcuna motivazione (o una motivazione adeguata) su questa scelta o, addirittura, senza neppure richiamare le tesi di periti e consulenti, così evidenziando che era il giudice, secondo suoi imperscrutabili criteri, a decidere quale fosse la teoria scientifica corretta. Esempio, in questo senso, la decisione con la quale il giudice di legittimità rileva che la corte di merito aveva aderito alla teoria multistadio della cancerogenesi «*senza indicare dialetticamente le argomentazioni dei consulenti che sostengono detta tesi e le argomentazioni di quelli che la contrastano e le ragioni dell'opzione causale*», con la conclusione perentoria che, in questo caso, «*il giudice di merito, più che utilizzare la legge scientifica, se ne è fatto artefice*»¹⁰.

5. Emblematica di questo orientamento è Cass., sez. IV, 25 settembre 2001, n. 5716, Covili, in *Foro it.*, 2002, II, 289, con osservazioni di G. Fiandaca, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 737, con nota di F. D'Alessandro, *La certezza del nesso causale: la lezione antica di Carrara e la lezione moderna della Corte di cassazione sull' "oltre ogni ragionevole dubbio"*.

6. La sentenza Franzese, sez. unite, 10 luglio 2002, n. 30328, oggetto di innumerevoli commenti, può leggersi in *Cass. pen.*, 2002, p. 3643, con note di T. Massa, *Le Sezioni unite davanti a "nuvole e orologi": osservazioni sparse sul principio di causalità*, e di R. Blaiotta, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*.

7. La sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2003, p. 3383, con nota di R. Blaiotta, *Causalità e neoplasie da amianto*, ed è commentata da G. Minniti, *Finalità cautelari della norma, sua evoluzione nel tempo e accertamento della colpa*, in *Indice penale*, 2006, p. 301.

8. Questa valutazione non è dello scrivente (che è l'estensore della sentenza Macola): è la sentenza Cozzini, cui più avanti faremo ampio riferimento, a riconoscere che la sentenza Macola, «*lungi dal proporre un proprio punto di vista scientifico, si limita a riscontrare le basi logiche del ragionamento del giudice di merito, articolatosi alla stregua di informazioni scientifiche in ordine all'effetto acceleratore dell'esposizione protratta penetrate nel processo nel corso del giudizio di appello*». Sbaglio, o questa affermazione avrebbe dovuto condurre anche i giudici del caso Cozzini a confermare la sentenza di appello nel processo Macola?

9. Si vedano, tra le altre, le sentenze 9 maggio 2003, n. 37432, Monti, in *Dir. prat. lav.*, 2003, p. 2758; 29 novembre 2004, n. 7630, Marchiorello, *ivi*, 2005, p. 1513; 22 novembre 2007, n. 5117, Biasotti, *rv.* 238777; 11 aprile 2008, n. 22165, Mascarin, in *Cass. pen.*, 2010, p. 205, con osservazioni di M. Surace.

10. Si tratta della sentenza, sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, Quaglierini, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 469, con osservazioni di G. Rotolo e nota di A. Fiori e D. Marchetti, *I garanti del sapere scientifico medico in sede giudiziaria*, *ivi*, p. 479. La sentenza è annotata, inoltre, da: F. Palazzo, *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 185; M. Gallo, *Sicurezza del lavoro: la Cassazione sulla responsabilità del Cda*, in *Guida al lavoro*, n. 45/2010 (19 novembre), p. 15; C. Petrucci e S. Taddei, *Responsabilità del Cda in caso di decesso dei lavoratori*, in *Dir. prat. lav.*, 2011, p. 1499; N. Coggiola, *La Cassazione penale ed il problema della scelta delle teorie scientifiche secondo cui ricostruire la causalità nelle fattispecie di mesoteliomi causati dall'esposizione all'amianto*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 346. In prece-

Non appare dunque corretto contrapporre il nuovo orientamento di cui parleremo in seguito con quello «*assolutamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la latenza della patologia del mesotelioma pleurico si ridurrebbe con la protrazione dell'esposizione all'amianto*»¹¹. In realtà non è mai esistito un orientamento di questo genere (che sarebbe stato inammissibile in considerazione del fatto, indiscusso, che il fondamento della legge scientifica costituisce una valutazione di merito e che le decisioni di legittimità riguardavano anche annullamenti di sentenze che avevano riconosciuto l'effetto acceleratore o conferme di sentenze che l'avevano disconosciuto). Caso mai è la scienza che, anche di recente, si è espressa (non in posizioni individuali) in prese di posizione esplicite nel senso dell'esistenza dell'effetto acceleratore di cui stiamo parlando: in questo senso si è espressa, nel 2015, la III Conferenza italiana di consenso dedicata a varie problematiche riguardanti il mesotelioma pleurico¹².

4. La sentenza Cozzini

In questo quadro interviene, nel 2010, la notissima sentenza Cozzini¹³. Si tratta di una sentenza che ha esaminato in modo molto approfondito il tema se

il mesotelioma pleurico sia una malattia “dose-correlata”, quanto meno nel senso limitato già indicato (cioè, se esista progressione della malattia dovuta alla continuazione dell'esposizione dopo l'iniziazione). L'importanza della sentenza non riguarda tanto la soluzione adottata – anche in questo caso, di annullamento con rinvio della sentenza di secondo grado App. Trento, 10 giugno 2009¹⁴ (che aveva riformato sul punto indicato quella di primo grado), per mancanza di motivazione sulla scelta di una delle tesi scientifiche contrapposte – quanto la ricostruzione dei criteri e l'indicazione dei binari che il giudice di merito deve seguire nella valutazione della prova scientifica.

I primi passaggi argomentativi della sentenza Cozzini sono del tutto condivisibili: l'accertamento della validità della prova scientifica non compete al giudice di legittimità, che si limita a valutare la razionalità delle valutazioni del giudice di merito, al quale non è precluso, nel caso di teorie scientifiche contrapposte, di optare per una di esse.

Esaminando, poi, il tema specifico che si poneva nel processo, la sentenza riconosce che il mesotelioma pleurico ha origine multifattoriale, ma, nel caso esaminato, ha dato atto che i giudici di merito avevano incensurabilmente accertato che erano da escludere cause alternative alla significativa esposizione all'a-

denza, sempre in base a una valutazione di insufficienza della prova dell'esistenza del rapporto di causalità tra le omissioni del datore di lavoro e l'evento mortale (in quel caso si trattava della moglie del lavoratore esposto, che per venti anni aveva lavato gli indumenti di lavoro del marito), si veda la sentenza Cass., sez. IV, 15 maggio 2003, n. 27975, Eva, in *Cass. pen.*, 2005, p. 424, con nota di E. Di Salvo, *Tumori da amianto e nesso di causalità*.

11. Così R. Bartoli, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1713. L'Autore ribadisce la medesima posizione nello scritto *La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4/2014, p. 402 (vds., in particolare, pp. 403 ss.), anche se questa posizione viene attenuata nel seguito dello scritto, dove si afferma che «*all'interno della giurisprudenza di legittimità senza dubbio non esiste un contrasto sulle leggi scientifiche, per cui un orientamento afferma la dose-dipendenza ed uno la dose-indipendenza. Tuttavia esiste un altro contrasto, tra chi ritiene vi sia certezza scientifica esplicativa rispetto all'effetto acceleratore delle esposizioni successive e chi invece ritiene che tale certezza alla fin fine non esista*». In analogo errore concettuale incorrono S. Cavallini e L. Ponzoni, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto: il diritto penale tra conservazione, tensione e trasfigurazione di causalità e colpa*, in *L'Indice penale*, 2013, p. 144.

12. Le conclusioni di questo documento sono analiticamente esaminate, con forti accenti critici, nel già segnalato studio di A.H. Bell e L. Santa Maria, *La tesi del c.d. effetto acceleratore nei processi per le morti da amianto: storia di una “mistificazione concettuale”*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2017. L'orientamento giurisprudenziale che fa propria la tesi scientifica sull'esistenza dell'effetto dose-risposta è invece condiviso da M. Ascione, *L'accertamento del nesso causale nelle malattie professionali asbesto correlate*, in *Giust. pen.*, 2016, II, p. 102, studio al quale si rinvia anche per la ricostruzione degli aspetti riguardanti la formazione e l'evoluzione del mesotelioma.

13. Si tratta della sentenza Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini e altri, pubblicata in *Cass. pen.*, 2011, p. 1679, con nota di R. Bartoli, *Responsabilità penale da amianto, op. cit.*; in *Foro it.*, 2012, II, 10, con nota di L. Calò, *Prova tecnico-scientifica e sindacato di legittimità: tra formule magiche e arte del motivare bene*. La sentenza è commentata, inoltre, da: G. Amato, *Amianto: il giudice deve motivare la sua scelta in caso di tesi scientifiche in contrasto tra loro*, in *Guida al diritto*, n. 6/2011, p. 93; P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1341; M. Grotto, *Morti da amianto e responsabilità penale: problemi di successione nella posizione di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 561. Ampi riferimenti alla sentenza Cozzini sono contenuti nello studio di A. Gargani, *La “flessibilizzazione” giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 397.

14. La sentenza di appello, annullata dalla Cassazione, è pubblicata – non integralmente –, in *Corriere del merito*, 2009, p. 1114, con nota critica di N. Folla, *Malattie professionali e responsabilità penale: un conflitto giurisprudenziale senza vie d'uscita?*

mianto, cui i lavoratori erano stati esposti. Ha poi rilevato che, pur potendosi ritenere ormai indiscusso che non esiste una dose completamente innocua, il rischio di contrarre la malattia per chi non è professionalmente esposto all'amianto è «assolutamente teorico», per cui è da riconoscere in generale l'efficienza causale delle esposizioni massicce alle quali, nel caso di specie, erano stati sottoposti i lavoratori nei cui confronti «il rischio cresce in modo esponenziale con l'accrescersi dell'esposizione e si materializza proprio nei confronti delle persone, solitamente i lavoratori, che sono stati più lungamente ed intensamente a contatto con la sostanza e ne hanno inalato le fibre».

La conoscenza del meccanismo patogeno mette in luce, secondo la sentenza, «il vertiginoso incremento di probabilità connesso all'intensità dell'esposizione (lavorativa e non) e al riscontro, nel caso concreto, del continuo contatto con le fibre». Questo quadro consente, prosegue la sentenza, «di determinare il ruolo causale degli imputati che hanno amministrato l'azienda nell'epoca che precedette l'iniziazione e hanno quindi determinato la massiva esposizione cui deve attribuirsi l'evento letale». La sentenza, dunque, rifiuta la tesi della “trigger dose” – secondo cui una singola dose, assunta in ambiente anche non lavorativo, può innescare il processo tumorale –, che in passato aveva avuto un certo seguito nelle tesi di esperti e difensori nominati dagli imputati, e riconosce (anche se si smentirà, contraddittoriamente, nelle conclusioni) l'effetto causale delle prime esposizioni.

Non è invece così, secondo la sentenza, per quanto riguarda l'efficienza causale delle successive esposizioni. Secondo la Corte, «il punto cruciale dell'effetto acceleratore (...) non è chiarito fino in fondo alla stregua di una panoramica sullo stato complessivo del dibattito scientifico: l'opinione dei periti non è collocata entro l'essenziale sfondo del sapere condiviso. Soprattutto, non risulta risolta la centrale questione dell'effetto immane o solo probabilistico della protratta esposizione dopo l'iniziazione».

E, prosegue la sentenza, «si discute nel presente processo di un “effetto” acceleratore che costituisce, a quanto pare, un fenomeno, un accadimento, un sub-evento all'interno del complessivo processo eziologico. Orbene, mentre l'evento mesotelioma è un dato osservabile ed è oggetto di informazioni scientifiche alquanto precise che consentono di costruire ragionamenti eziologici, in ordine a tale sub-evento non abbiamo nessuna conoscenza specifica. Essa non è direttamente osservabile, né abbiamo infor-

mazioni biomediche che ci consentano di definire con qualche precisione e con sicura affidabilità la sua morfologia e le sue dinamiche interne, potendosi proporre al riguardo (per quanto sembra d'intendere alla luce delle sentenze di merito) solo delle controverse congetture».

La Corte si è posta, quindi, la domanda se esista una legge scientifica che possa confermare l'effetto acceleratore delle ulteriori esposizioni e se, pur ammessa l'esistenza di una tale legge, la medesima abbia carattere universale o meramente probabilistico. In questo secondo caso, «agli imputati che hanno operato in azienda dopo l'iniziazione non potrebbe essere mossa l'imputazione causale condizionalistica che, come è noto, richiede un certo ruolo eziologico della condotta rispetto all'evento».

4.1. Considerazioni sulla causalità contenute nella sentenza Cozzini

Le considerazioni che la sentenza Cozzini svolge sui criteri da utilizzare per la valutazione della prova scientifica sono ampiamente condivisibili, oltre che apprezzabili per la ricchezza delle argomentazioni svolte. In particolare, è da condividere il percorso logico che consente di uscire dalle secche della (in passato) più volte affermata incensurabilità delle scelte del giudice di merito sulla validità della legge scientifica ritenuta applicabile dagli esperti al caso da decidere. Al giudice di merito è certamente consentito, nel caso di leggi scientifiche contrastanti (o anche nel caso di contrasto sulla validità della prova scientifica), optare per una delle soluzioni contrapposte, ma non gli è consentito di limitarsi a dividerne una, perché ritenuta maggiormente affidabile, senza spiegare le ragioni per cui ritenga invece inaffidabile quella contrastante.

La regola del ragionevole dubbio – normativamente introdotta dall'art. 5 l. 20 febbraio 2006, n. 46, che ha modificato l'art. 533, comma 1, del codice di rito, ma già in precedenza ripetutamente affermata anche dalla giurisprudenza di legittimità – consente, infatti, che possa essere affermata la responsabilità dell'imputato a condizione che il dato probatorio acquisito lasci fuori soltanto eventualità remote, pur astrattamente ipotizzabili, ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva di alcun riscontro ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose; insomma il dubbio, per poter essere superato, non deve essere ragionevole e l'ipotesi alternativa, pur ipotizzabile, deve essere del tutto congetturale¹⁵.

15. I principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità sul tema del ragionevole dubbio sono uniformi in questo senso: si vedano, esemplificativamente, le recenti Cass., sez. VI, 5 dicembre 2018, n. 10093, Esposito, rv. 275290, e sez. V, 12 novembre 2018, n. 1282, Segreto, rv. 275299. Con particolare riferimento all'applicazione del principio in tema di malattie cagionate dall'amianto, si vedano Cass., sez. IV, 19 giugno 2018, n. 48541, Castelli, rv. 274358; 15 maggio 2018, n. 46392, Beduschi, rv. 274272; 10 novembre 2017, n.

Nel caso in cui coesistano più ipotesi ricostruttive contrastanti, il giudice deve invece verificare il grado di conferma (in senso qualitativo, non quantitativo) di ciascuna di esse dopo aver acquisito tutte le informazioni rilevanti; e se ciò si sia rivelato impossibile, non potrà convalidare una delle ipotesi plausibili solo perché la ritiene più convincente di altre – a maggior ragione, nei casi in cui la prova è indiretta, per cui è necessario individuare una regola di inferenza “forte” per ricollegare il fatto accertato a quello da provare.

Trasposti questi principi al tema della validità delle leggi scientifiche e delle prove scientifiche, la conseguenza non può che essere quella dell'impossibilità di fondare una sentenza di condanna su una legge scientifica (o su una prova scientifica) oggettivamente controversa. In questi casi, non è sufficiente che il giudice di merito spieghi le ragioni della sua preferenza per una di esse e le ragioni per le quali ritiene di non condividere la diversa scelta, ma deve anche spiegare le ragioni in base alle quali ritiene che la diversa teoria scientifica sia inaffidabile e fondata su elementi congetturali. Se, invece, risulta che entrambe le scelte siano plausibili, non può ritenersi che sia superata la soglia del ragionevole dubbio. Insomma, la regola del ragionevole dubbio impone che il giudice, nell'escludere la diversa ricostruzione scientifica, individui gli elementi che consentono di ritenerla inattendibile e non si limiti ad optare, anche motivatamente, per una delle soluzioni proposte.

Un secondo aspetto, non più di natura processuale, che merita il massimo interesse è quello che si riferisce al definitivo chiarimento sul tema delle leggi scientifiche che individuano un effetto ricollegabile a un antecedente, senza però che questo effetto si verifichi immancabilmente. Ciò non significa che, in questi casi, non sia possibile accertare la relazione causale. La spiegazione, una volta che l'evento si sia verificato, non ha più il carattere probabilistico legato alla sua funzione predittiva, ma acquisisce funzione esplicativa di un avvenimento che si è effettivamente realizzato. Si aggiunga, come è stato os-

servato¹⁶, che le frequenze medio-basse riguardano le leggi predittive (in presenza di certi presupposti, in un certo numero di casi, si verifica il contagio), ma la spiegazione causale di un fatto avvenuto è altro (in presenza di quelle condizioni, il contagio si è verificato).

Questo tema era stato affrontato in modo approfondito dalla già citata sentenza Franzese delle sezioni unite, con l'indicazione di due direttrici fondamentali sulle quali fondare la possibilità di accertamento in merito all'esistenza del rapporto di causalità nel caso di coefficienti medio-bassi di probabilità: l'ancor più rigoroso controllo della fondatezza scientifica della regola applicata e la verifica “sicura” dell'inesistenza di altre cause di quell'evento¹⁷.

La sentenza Cozzini chiarisce – direi, in modo definitivo – il tema in esame, facendo riferimento alla distinzione tra ragionamenti “esplicativi”, diretti a spiegare le ragioni di un avvenimento accaduto, e ragionamenti “predittivi”, che riguardano la previsione del verificarsi di eventi futuri. Nei primi, afferma la sentenza, «*il coefficiente probabilistico della generalizzazione scientifica non è solitamente molto importante*». Se ne può dedurre come corollario che, se l'evento si è verificato, non ha più senso la “predizione”: occorrerà invece verificare, per esempio, se possa escludersi la presenza di fattori causali alternativi. È importante segnalare, poi, come la sentenza applichi plausibilmente il metodo dell'inferenza predittiva anche per risolvere, nell'ambito della causalità omissiva, il problema dell'evitabilità dell'evento per effetto delle condotte doverose non adottate.

Altro aspetto da valutare positivamente è l'affermazione, contenuta nella sentenza, che ribadisce un principio già affermato dalla sentenza Franzese, secondo cui non è necessario accertare l'intero meccanismo causale per ritenere che la condotta abbia cagionato l'evento, per la natura condizionante di tutti i meccanismi ipotizzabili (nel caso in esame, dice la sentenza, la massiccia esposizione «*o ha determinato l'insorgenza della neoplasia, o ne ha abbreviato i tempi di latenza*»).

55005, Pesenti, in *Dir. prat. lav.*, 2018, p. 397.

16. Da F. Santoni De Sio, *Il concetto di causa e i problemi del diritto*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3221, secondo cui F. Stella guardava «*ad un modello sbagliato di certezza, confondendo la logica della spiegazione causale nell'ottica della predizione con la logica della spiegazione causale retrospettiva, nella quale giocano un ruolo importante leggi abduttive ma anche generalizzazioni empiriche non riconducibili a vere e proprie leggi scientifiche*».

17. Questo aspetto era stato, vent'anni fa, già efficacemente messo in luce da M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 72 ss. Così si esprimeva l'Autore: «*Non si tratta, invero – ed è un punto decisivo – di negare la causalità perché le leggi scientifiche di copertura sono solo di tipo statistico, perché ciò sarebbe sicuramente sbagliato. Se la legge di copertura, per quanto statisticamente valida in un 30-40 % dei casi, si potesse accompagnare alla esclusione sicura o altamente probabile di altri fattori che avrebbero potuto neutralizzare l'intervento salvifico doveroso, il suo impiego condurrebbe a un accertamento in concreto per nulla aleatorio, ma confiante con la certezza (processuale)*».

5. Considerazioni critiche sulla sentenza Cozzini. L'esistenza della motivazione e i limiti del sindacato di legittimità nelle valutazioni di merito

Dato atto del rilievo che la sentenza Cozzini ha assunto, per la ricchezza delle sue argomentazioni, nel panorama giurisprudenziale riguardante le conseguenze dell'esposizione all'amianto, sia consentito esporre sinteticamente alcune considerazioni su alcuni aspetti critici che – secondo il modesto parere di chi scrive – la sentenza in esame presenta. Aspetti strettamente riferibili, nel nostro caso, alla motivazione sull'esistenza del rapporto di causalità, ma che ben possono riguardare le giustificazioni adottate in tutti i campi nei quali le conoscenze scientifiche influiscono sull'accertamento di tutti gli elementi tipici del reato. Con la ulteriore precisazione (a costo di essere noiosi) che non si entrerà, in alcun modo, nel merito del problema scientifico in discussione in quel processo (esistenza o meno di un effetto dose-risposta delle esposizioni successive all'iniziazione).

La prima considerazione da fare è che la sentenza annullata dalla Corte di cassazione non era affatto mancante di motivazione, ma aveva giustificato (da p. 31 a p. 40) la soluzione accolta sul tema in discussione, esplicitamente criticando i passaggi rilevanti della sentenza di primo grado, in base a elementi giustificativi che possono così sintetizzarsi:

- 1) la sentenza richiama gli studi epidemiologici di un consulente tecnico, che avevano messo in evidenza una significativa diversità (per le categorie di lavoratori degli isolatori e dei marittimi) dei periodi di latenza del mesotelioma correlata all'intensità nel tempo dell'esposizione all'amianto;
- 2) si fa poi riferimento, nella sentenza di appello, agli studi epidemiologici di altri autori per altre categorie di lavoratori (su coorti di lavoratori del cemento-amianto, di isolatori, degli addetti alla costruzione e riparazione di rotabili ferroviari), analogamente idonei a dimostrare l'influenza dell'entità della dose sul periodo di latenza;
- 3) la sentenza richiama gli esiti delle indagini biomolecolari effettuate dal perito, che evidenziavano in modo inequivocabile (secondo il suo giudizio) il rapporto diretto fra diversa quantità di fibre di amianto iniettate nella pleura o nel peritoneo e diversi periodi di latenza della malattia;
- 4) vengono, in seguito, indicati gli esiti degli esperimenti sui ratti eseguiti dal perito, che avevano messo in evidenza lo stesso identico rapporto;
- 5) si sottolinea, nella sentenza d'appello, la mancata spiegazione, da parte dei sostenitori della tesi della origine non dose-correlata della patologia,

delle ragioni per le quali il mesotelioma pleurico costituirebbe l'unico esempio di forma tumorale da esposizione a sostanze nocive per la quale verrebbe messo in dubbio il rapporto tra tempi e quantità dell'esposizione e progressione della malattia;

- 6) infine, vengono riassuntivamente richiamate la ricostruzione del perito e quella del consulente tecnico che hanno concluso per la tesi dell'effetto dose-correlato.

Ma, afferma la sentenza Cozzini, in realtà la motivazione è mancante perché «il giudice dell'impugnazione (...) si è limitato ad assumere che il tribunale ha errato ed a portare a sostegno la scheletrica enunciazione di alcuni studi, senza fornire al riguardo alcuna chiarificazione che consenta di comprendere le ragioni del ribaltamento del giudizio; e senza analizzare le avverse tesi difensive». Si sono riportate in precedenza, riassumendole, le argomentazioni contenute nella motivazione della sentenza di appello, in modo da consentire al lettore di valutare personalmente – e non con la mediazione dell'interprete – se la motivazione della corte di merito potesse ritenersi “mancante” sotto il profilo indicato.

La sentenza Cozzini aggiunge, poi, che la «fondata censura che le stesse difese muovono particolarmente alla sentenza d'appello è quella, in sintesi estrema, di aver privilegiato la tesi dell'effetto acceleratore, trascurando di spiegarne a fondo le ragioni e di analizzare la tesi contrapposta della dose-dipendenza». Con la precisazione che questo problema si scompone poi, in relazione al problema della successione delle posizioni di garanzia, in due sotto-problemi, non coincidenti: l'accelerazione del processo di iniziazione e l'abbreviazione del periodo di latenza tra l'iniziazione e la formazione della prima cellula patologica.

Il primo problema che pone la decisione è quello riguardante i limiti del giudizio di legittimità in una questione che costituisce – lo riconosce la sentenza Cozzini – una valutazione di merito. Il compito del giudice di legittimità è istituzionalmente limitato, in queste questioni, alla verifica se il giudice di merito abbia adeguatamente e logicamente motivato, in particolare, sulla plausibilità della soluzione scientifica accolta e sulla non plausibilità di quella respinta. Fermo restando che, se entrambe fossero plausibili, non potrebbe il giudice di merito – pur condividendone una e motivando adeguatamente sulla sua scelta – fondare una sentenza di condanna su questo presupposto.

Peraltro, verificato che, nel caso in esame, la motivazione sul punto decisivo non era mancante (come, secondo il parere di chi scrive, il lettore può verificare), il giudice di legittimità avrebbe dovuto dimostra-

re perché quella del giudice di merito era contraddittoria o manifestamente illogica. La sentenza Cozzini è, invece, silente sul punto, almeno per quanto riguarda il nucleo della motivazione del giudice di merito. Se ne comprendono le ragioni: c'è un aspetto rilevante (a parere di chi scrive) del ragionamento probatorio della decisione di merito che ha ritenuto provato l'effetto acceleratore in questione, il cui esame è completamente eluso dalla sentenza Cozzini.

6. La data dell'iniziazione tumorale

Come è noto, il processo tumorale si articola in più fasi: l'iniziazione del processo patogenetico; la latenza fino alla formazione della prima cellula tumorale, che può durare anche vari decenni, come nel caso del mesotelioma; infine, lo sviluppo della malattia tumorale.

Mi era sembrato di capire, fino alla sentenza Cozzini, che, pur non essendo possibile accertare la data dell'iniziazione, questa dovesse comunque collocarsi nei primi anni dell'esposizione e che, dunque, il garante del primo o dei primi periodi di esposizione rispondesse comunque dell'evento non solo perché aveva agevolato la formazione della malattia sottoponendo il lavoratore alle esposizioni ma, soprattutto, perché questa esposizione iniziale aveva anticipato l'iniziazione e, quindi, il processo evolutivo della malattia – e dunque la morte del lavoratore. Qui non si discute più, infatti, di "effetto acceleratore", bensì di un processo che si è verificato perché una persona è stata sottoposta (per anni) all'inalazione di un prodotto nocivo conducendo all'iniziazione del processo evolutivo della malattia.

Mi ero sbagliato! Dice la sentenza Cozzini che occorre «*in primo luogo stabilire con ogni possibile certezza l'epoca dell'iniziazione*» ben sapendo che questa data, allo stato delle conoscenze disponibili, non è accertabile (da quanto risulta dalla medesima sentenza) e che l'unico dato plausibile è quello che si riferisce alla circostanza che questa iniziazione avviene nei primi anni dell'esposizione. Ma la sentenza si avventura poi in un'affermazione ulteriore, riguardante i garanti «*che hanno operato in azienda in epoca anteriore all'iniziazione*», per i quali «*si tratterà poi di comprendere se la loro condotta, che ha determinato il contatto del Borga con l'amianto, abbia avuto un autonomo ruolo eziologico influenzando e forse accelerando l'iniziazione stessa, tenendo conto del fatto che, ovviamente, non è noto quale sia stato lo specifico episodio lavorativo che ha dato luogo all'inalazione delle fibre lesive*».

Insomma, secondo la sentenza Cozzini, l'iniziazione avviene nel corso dei primi anni dell'esposizione: ciò significa che queste iniziali esposizioni hanno

avuto un ruolo causale. Che rilievo può avere che vi sia stata o meno un'accelerazione in questa fase? L'esposizione ha comunque causalmente influenzato l'iniziazione della malattia che, senza l'esposizione, non si sarebbe verificata. L'affermazione della Cassazione non significa riprendere la obsoleta tesi della *trigger dose*, ormai abbandonata anche dai difensori degli imputati? Insomma, se un garante ha ricoperto questa qualità nel periodo iniziale di attività, ha comunque contribuito all'iniziazione indipendentemente dal fatto che, dopo di essa, si sia verificata la progressione della malattia cagionata da ulteriori esposizioni.

Tra l'altro, su questo aspetto, la sentenza Cozzini si pone in contraddizione con se stessa perché, trattando del problema in generale, aveva in precedenza affermato che il quadro ricostruito consentirebbe «*di determinare il ruolo causale degli imputati che hanno amministrato l'azienda nell'epoca che precedette l'iniziazione e hanno quindi determinato la massiva esposizione cui deve attribuirsi l'evento letale*».

7. Le leggi scientifiche sull'effetto acceleratore nelle altre forme tumorali da esposizione a sostanze nocive. Leggi universali o probabilistiche?

Nella motivazione della sentenza d'appello nel caso Cozzini c'è un aspetto che, a mio sommo avviso, ha carattere fondamentale, ma che la sentenza di legittimità ignora completamente. Io non so se il ragionamento della corte di merito sia valido o meno; non sarebbe stato, però, opportuno che venisse esaminata la domanda posta dal giudice di appello nel caso Cozzini che, come abbiamo visto, ha affermato (non per conoscenza propria, ma perché è stato affermato dagli esperti la cui opinione è stata introdotta nel processo) che il mesotelioma – ove venisse rifiutata la tesi dell'effetto dose-risposta – costituirebbe l'unico esempio di forma tumorale da esposizione a sostanze nocive per la quale viene messo in dubbio il rapporto tra tempi e quantità dell'esposizione e progressione della malattia?

Non sono in grado di dire se l'affermazione contenuta nella sentenza d'appello corrisponda al vero ma, essendo stata affermata in uno studio utilizzato in giudizio, non sarebbe stato necessario approfondire questo aspetto? E se la tesi esposta avesse trovato, nel giudizio di merito, un'effettiva conferma, non avrebbe dovuto essere presa in considerazione dal giudice di legittimità – anche considerando gli ulteriori elementi di conferma che la sentenza indica – nel giudizio di valutazione della correttezza del ragionamento del giudice di merito ai fini della conferma o meno dell'esistenza dell'effetto acceleratore di cui

stiamo parlando? Sempre che, ovviamente, non vengano individuate le ragioni per cui il mesotelioma si fonda su regole di progressione della malattia diverse da quelle ordinarie. Tanto più che, per altre malattie riconducibili all'esposizione da amianto (l'asbestosi), l'effetto dose-risposta è da sempre ritenuto accertato con certezza. Insomma: non merita una risposta la domanda perché mai solo per il mesotelioma non si verificherebbe un aggravamento a seguito di ulteriori esposizioni?

V'è un altro argomento utilizzato dalla sentenza Cozzini che suscita perplessità. Secondo la sentenza, ammesso che esista un effetto acceleratore delle ulteriori esposizioni, occorre chiedersi se questa legge scientifica abbia carattere universale o solo probabilistico. Per quanto mi consta, è la prima volta che la distinzione tra leggi universali e probabilistiche viene utilizzata in un contesto di questo genere. Da sempre, invece, la distinzione è stata utilizzata per individuare le conseguenze di un determinato fatto (nel nostro caso, delle esposizioni a sostanze nocive): se questa conseguenza si verifica immancabilmente, ci troviamo in presenza di una legge causale di tipo universale; se si verifica in un numero limitato (anche elevato) di casi, si parla di legge causale di tipo probabilistico.

L'esistenza di leggi causali di tipo universale costituisce un'ipotesi di scuola: in linea di massima (tutte?) le leggi causali ricollegate alle esposizioni nocive hanno carattere probabilistico. Per fortuna, non tutti gli esposti a queste sostanze contraggono la malattia da esposizione!

Ma ha senso utilizzare i medesimi sistemi di ricerca quando si tratta di verificare le conseguenze di una malattia il cui meccanismo patologico si sia già innescato? In generale, la malattia, una volta che sia iniziata (qui potrebbe giocare la natura probabilistica), o guarisce o progredisce fino all'esito finale; ma che c'entra la natura probabilistica o universale di tali leggi? A meno di ritenere che carattere universale hanno le leggi che conducono il paziente alla morte (o a un esito finale di menomazione) e carattere probabilistico le altre. E come si fa ad attribuire questa natura a un processo patologico che non è ricollegato soltanto alla natura della malattia, bensì anche a una serie di elementi, alcuni dei quali imponderabili, la cui natura varia da caso a caso (precocità dell'accertamento della patologia, maggiore adeguatezza delle cure e dei farmaci usati, caratteristiche fisiche e di salute generale del paziente, maggiore preparazione dei medici e idoneità delle strutture di cura etc.)? Stiamo parlando di casi nei quali il processo di iniziazione della malattia si è già innescato: il meccanismo di progressione c'è o non c'è, ma se il paziente è morto per questa malattia,

che senso ha indagare se questa progressione si verifica sempre, visto che, nel caso esaminato, l'effetto dannoso si è certamente verificato e quindi dobbiamo soltanto accertare se è causalmente ricollegabile alla condotta?

8. Criteri per la valutazione della validità della prova scientifica

Ma qual è il criterio che il giudice di legittimità deve seguire per valutare – non l'attendibilità del sapere scientifico introdotto nel processo: non è compito suo, ma (è questo il punto) – se il giudice di merito abbia logicamente motivato sull'attendibilità di tale sapere scientifico?

La nostra giurisprudenza di legittimità non ha fornito fino ad oggi adeguati parametri di valutazione, per cui il riferimento d'obbligo, non solo in Italia, è quello alla sentenza del 1993 della Corte suprema federale degli Stati Uniti, relativa al caso Daubert, che ha indicato questi criteri per valutare la validità e l'attendibilità delle prove scientifiche (con affermazioni di carattere generale estensibili alla validità della legge scientifica utilizzata nel processo): la controllabilità, falsificabilità e verificabilità della teoria o tecnica posta a fondamento della prova; la percentuale di errore conosciuto o conoscibile; la possibilità che la teoria o tecnica abbia formato oggetto di controllo da parte di altri esperti perché divulgata in pubblicazioni scientifiche o con altri mezzi; la presenza di *standard* costanti di verifica; il consenso generale da parte della comunità scientifica.

Per comprendere la portata dell'innovazione giurisprudenziale, è necessario ricordare che, prima della sentenza Daubert, la giurisprudenza si richiamava a un precedente del 1923 (caso Frye), che faceva riferimento soltanto all'ultimo dei parametri indicati, quello del consenso della comunità scientifica di riferimento. L'ho già scritto (proprio con riferimento alla sentenza Cozzini¹⁸), ma mi pare opportuno ripeterlo: a me sembra che la sentenza Cozzini faccia invece proprio il criterio seguito nel caso Frye allorché (par. 14) indica espressamente la necessità di «*comprendere, soprattutto nei casi più problematici, se gli enunciati che vengono proposti trovano comune accettazione nella comunità scientifica*» (anche se poi, nel capitolo successivo, si attenua questa affermazione con la precisazione che «*non è possibile ritenere che l'utilizzazione di una legge scientifica imponga che essa abbia riconoscimento unanime*»), per poi ribadire (nel par. 16) come sia necessario, al fine di valutare se esista una teoria

18. Vds. C. Brusco, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 177 ss.

sufficientemente affidabile, che la medesima possa essere individuata solo se su di essa «*si registra un preponderante condiviso consenso*».

Questa ricostruzione è confermata dalle considerazioni che vengono svolte (par. 16) nell'esaminare il tema della qualificazione e imparzialità dell'esperto che, secondo la sentenza, «*per quanto autorevole e coinvolto personalmente nell'attività di studio e ricerca, costituisce solo una voce che, sebbene qualificata, esprime un punto di vista personale, scientificamente accreditato ma personale; ed offre, quindi, una visione forse incompleta del tema*».

Ora, chi scrive ha in più occasioni ribadito la necessità che il giudice di merito debba operare col massimo rigore critico sia nella scelta del perito che nella valutazione del suo operato¹⁹. Ma attribuire pregiudizialmente al parere del perito (che, ricordiamolo, è l'unico veicolo non di parte nell'introduzione delle conoscenze scientifiche nel processo) la qualità di mero «*punto di vista personale*» mi sembra costituire un giudizio di svalutazione aprioristico e generalizzante (in particolare, quando si attribuisce al suo parere la qualità di «*controverse congetture*»), che può avere un effetto dirompente sull'assetto della giurisdizione perché finisce per attribuire al solo giudice – in particolare a quello di legittimità, cui peraltro neppure compete! – il compito di decidere della validità della legge scientifica. Che cosa avverrebbe se l'affermazione riportata venisse accolta in ogni processo, civile e penale, in cui si renda necessaria una ricostruzione effettuata da un perito o consulente tecnico (si pensi ai numerosissimi processi in tema di responsabilità medica o di conseguenze degli incidenti stradali)?

A meno che – e qui ritorniamo all'affermazione iniziale, che riporta la filosofia della sentenza Cozzini alla logica del caso Frye – non si abbia il consenso della comunità scientifica ricavabile là dove la sentenza rileva, a conferma della sua tesi, come «*l'opinione dei periti non è collocata entro l'essenziale sfondo del sapere condiviso*». Questa affermazione viene ancora ribadita (nel medesimo par. 16) nella parte in cui si afferma che, quando si registri

una varietà di teorie in opposizione, il giudice può utilizzarne una se si tratta di una «*teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso*». Detto in parole povere: si richiede il consenso della comunità scientifica, cui fa riferimento il caso Frye; consenso che non viene meno per la sola esistenza di isolate voci dissonanti²⁰.

È, questa, una ricostruzione soggettiva di chi scrive? Non credo, perché la sentenza Cozzini fa esclusivo, ripetuto ed espresso riferimento al consenso della comunità scientifica ignorando altri criteri di valutazione (anche diversi da quelli, in precedenza ricordati, indicati nella sentenza Daubert).

V'è una ragione in più, nel nostro caso, per ritenere insufficiente il criterio del consenso della comunità scientifica: abbiamo già visto come, nella nostra materia, si siano verificati casi di tentativi di "inquinamento" di natura scientifica. È naturale e, addirittura, ovvio che in questa vicenda – che assumerà (o forse ha già assunto) le caratteristiche della più rilevante controversia riguardante un'ipotesi di risarcimento danni che si sia da sempre verificata – i potenziali responsabili dei danni si siano rivolti (o si rivolgeranno) ai più illustri scienziati per essere tutelati nei giudizi e che questi scienziati, ovviamente in buona fede e nello svolgimento del loro mandato, cercheranno di individuare gli aspetti di debolezza delle teorie che vanno a detrimento dei loro assistiti.

E, dunque, l'asserito consenso della comunità scientifica non andrebbe anche corroborato da un'indagine effettiva e rigorosa sull'indipendenza degli scienziati (compresi quelli abitualmente nominati dalle pubbliche accuse) che hanno espresso i loro giudizi sul tema in questione? E a chi deve essere attribuito questo compito se non ai giudici competenti a conoscere delle controversie in esame? Se poi, dopo che siano stati utilizzati tutti i criteri idonei a formulare un giudizio, qualunque sia l'esito, si perverrà a un giudizio che non supera il ragionevole dubbio, occorrerà prenderne atto. Non se il giudizio avvenga con un uso di criteri e conoscenze solo parziali, fondate su una prevalenza di opinioni solo numerica²¹.

19. Mi permetto di rinviare alle considerazioni espresse nel mio scritto *La valutazione delle prova scientifica*, in P. Tonini (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, supplemento a *Dir. pen. proc.*, n. 6/2008, p. 23.

20. Questa lettura della sentenza Cozzini, come ispirata ai principi della sentenza Frye, è condivisa da F. Barresi, *Il problema causale nelle ipotesi di mesotelioma da amianto. La Corte di cassazione tra cripto-tipi epistemologici e ordinamento probatorio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 683 (vds., in particolare, pp. 700 ss.). Opposta è, invece, la visione di P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert*, *op. cit.*, il quale ritiene che la sentenza abbia accolto, ampliandoli, i criteri indicati dalla sentenza Daubert.

21. È da segnalare che, recentemente, la Corte di cassazione (non la quarta, ma la terza sezione investita a seguito del giudizio di rinvio) ha finalmente posto il problema dell'indipendenza degli esperti proprio nella nostra materia, annullando con rinvio una sentenza di merito che non aveva compiuto questo accertamento; vds. sentenza 6 novembre 2018, depositata il 14 marzo 2019, n. 11451, pubblicata (unitamente ad altre tre sentenze di legittimità in tema di amianto), in *Foro it.*, 2019, II, p. 727, con nota di C. Brusco, *Gli ultimi sviluppi della giurisprudenza di legittimità sul tema dell'applicazione delle leggi scientifiche che riguardano l'evoluzione delle malattie provocate dall'esposizione all'amianto*.

9. La giurisprudenza “inaccettabile nel suo complesso”

La sentenza Cozzini ribadisce, in più parti, che quello sulla validità della conoscenza scientifica introdotta nel processo è un accertamento che compete al giudice di merito. Ciò equivale a dire che ogni processo fa storia a sé: una valutazione generalizzante può essere consentita solo quando si discuta dell’interpretazione della legge; il vizio di motivazione può riguardare, invece, esclusivamente il singolo processo. Ma la sentenza si smentisce, poi, in modo evidente con l’affermazione che «*sul tema dell’accelerazione dei processi eziologici si registra nella giurisprudenza una situazione che, magari giustificata all’interno di ciascun processo e delle informazioni e valutazioni scientifiche che vi penetrano, risulta tuttavia inaccettabile nel suo complesso*».

Questa affermazione costituisce il cuore della motivazione della sentenza Cozzini e, secondo il mio modesto parere, vale a immutare profondamente il ruolo del giudice di legittimità: se la Corte di cassazione si attribuisce il ruolo di ritenere accettabile o meno una giurisprudenza di merito “nel suo complesso” – e non valutando la correttezza della motivazione “all’interno di ciascun processo” –, sembra evidente che il giudice di legittimità viene investito di un ruolo che fuoriesce dalle sue attribuzioni. Non è più suo solo compito quello di esaminare le censure che vengono rivolte a ogni sentenza, ma gli è attribuito il compito di censurare un orientamento complessivo (di merito!) fatto proprio da una serie di giudici di merito.

I giudici della sentenza Cozzini non si sono resi conto che, con l’affermazione secondo cui, sul tema dell’accelerazione, la soluzione poteva essere «*giustificata all’interno di ciascun processo*», hanno sostanzialmente affermato che, in base ai poteri e alle competenze del giudice di legittimità, nel nostro ordinamento – e non travalicando dai medesimi –, quelle decisioni avrebbero dovuto essere confermate (si badi: sia che siano di condanna che di assoluzione). Insomma, la sentenza Cozzini ammette di aver esercitato un potere non consentito al giudice di legittimità e neppure alle sezioni unite della medesima Corte!

Non può il giudice di legittimità attribuirsi un compito che non gli spetta perché (testuale) «*la situazione di incertezza è intollerabile per il sistema*». È, infatti, una situazione di incertezza – peraltro frequentissima nella giurisprudenza civile e penale di legittimità, e spesso ricollegata, come nei casi in esame, alla diversità dei casi esaminati – che non autorizza la Corte di cassazione ad auto-attribuirsi compiti (quali quello di attribuire la patente di “intollerabilità” a un determinato orientamento di merito) che non le

spettano, essendo obbligo dei giudici rimanere sempre all’interno delle loro competenze. Tanto più che l’unico aspetto che distingue il nostro caso – rispetto a quelli quotidianamente esaminati dai giudici di merito e di legittimità – è banalmente costituito dall’entità complessiva dei risarcimenti!

Il giudice di legittimità si è quindi attribuito un compito di valutazione non della logicità della soluzione accolta nel caso concreto esaminato, ma di un complesso di accertamenti – che egli stesso afferma essere attribuiti alla valutazione del giudice di merito – e di ritenere inaccettabile un complessivo orientamento giurisprudenziale non sull’interpretazione di una norma, ma sulla valutazione complessiva di diversi e separati accertamenti riservati al giudice di merito.

Questa costruzione – occorre ribadirlo – non corrisponde all’esercizio di un potere consistente nella valutazione dell’affidabilità di una legge scientifica perché si ritiene inaccettabile un orientamento della giurisprudenza di legittimità non sull’interpretazione di una norma, ma sulla conferma (o annullamento) di sentenze per ragioni che attengono al merito. Non parliamo della soluzione di problemi riguardanti aspetti giuridici per i quali è ovvio che il giudice di legittimità debba tener conto del complessivo stato della giurisprudenza – e che possa quindi ritenere inaccettabile un orientamento interpretativo –, ma di un accertamento che la medesima sentenza conferma essere attribuito al giudice di merito; ma, per questo tipo di accertamento, non possono esprimersi opinioni generalizzanti perché ciò fuoriesce dai compiti del giudice di legittimità, che deve esprimere soltanto una valutazione di logicità della singola motivazione (si tratta di un accertamento di fatto: lo dice la sentenza) e non un apprezzamento critico della prova acquisita.

Ma, soprattutto, questa pretesa del giudice di legittimità di valutare l’esito complessivo della giurisprudenza di merito – oltre a costituire un’auto-attribuzione di poteri inesistenti – equivale a trasformare la Cassazione in giudice del merito; è la Cassazione che decide quale sia la corretta tesi scientifica da applicare non al caso singolo, bensì alla totalità dei casi concreti esaminati. È infatti ovvio che, se la Cassazione esprime un giudizio che riguarda una serie di casi – e non più il singolo caso portato alla sua attenzione –, la sua non è più una valutazione del merito del singolo processo bensì un giudizio che riguarda l’interpretazione di un orientamento giurisprudenziale (di merito!). Invero, non può esistere una valutazione di merito generalizzata: se la si formula, ciò costituisce, nel nostro caso, una valutazione di merito sul fondamento della legge scientifica. Ed è il risultato cui, di fatto, perviene la sentenza Cozzini: che non sia provata l’esistenza di una legge

scientifiche che avvalorano l'effetto acceleratore di cui stiamo parlando²².

Pensate che cosa sarebbe successo se il giudice di legittimità, a fronte di un orientamento di merito prevalentemente negativo sull'esistenza di una legge scientifica sull'effetto acceleratore di cui stiamo parlando avesse affermato che era inaccettabile l'orientamento complessivo della giurisprudenza che lo negava!

Ed è facile rispondere all'obiezione secondo cui, se la Cassazione rimane all'interno dei limiti descritti, si può pervenire al risultato di convalidare conoscenze scientifiche contrastanti. Si tratta di un effetto connaturato alla natura della giurisdizione che limita (per la cassazione) alle conoscenze giuridiche introdotte nel processo l'esercizio della funzione di nomofilachia. E non la estende certo alle questioni di fatto (effetto peraltro che sarebbe foriero di ben più gravi inconvenienti).

10. Le direttive al giudice di rinvio

C'è un altro aspetto della sentenza Cozzini che esorbita dai limiti del giudizio di legittimità. Secondo la Corte, il fenomeno di cui stiamo parlando non è direttamente osservabile; ed «*essendosi al cospetto di una scena vuota, di buio totale in ordine ad aspetti fenomenici, induttivi, in qualche guisa direttamente o indirettamente osservabili, la possibilità di risolvere il dubbio ontologico (l'essere o il non essere del fenomeno) è affidata esclusivamente all'esistenza o meno di una legge scientifica sufficientemente accreditata presso la comunità scientifica nei termini che si sono detti*».

Abbiamo già visto che, ammesso che esista una tale legge, la Corte ritiene inoltre decisivo accertare se si tratti di una legge universale o di tipo soltanto probabilistico; se, cioè, l'effetto acceleratore si verifichi in tutti i casi o soltanto in una percentuale di essi. Nel quale ultimo caso non potrebbe, secondo la Corte, ritenersi provata l'esistenza del nesso di condizionamento a meno che, nel caso concreto, questo effetto acceleratore sia stato accertato.

In base a queste argomentazioni, la sentenza individua così l'errore logico in cui è incorsa la sentenza di appello: «*l'impropria sovrapposizione di probabilità*

statistica e probabilità logica e, soprattutto, l'utilizzazione della categoria concettuale della probabilità logica in chiave alogica, quale strumento retorico per enunciare apoditticamente l'esistenza di una relazione condizionalistica in realtà non dimostrata». Chiaro?

Di qui l'annullamento con rinvio al giudice di appello, cui la sentenza demanda il compito di appurare se esista una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; in caso affermativo, occorrerà determinare se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica; in tale ultimo caso (legge probabilistica), occorrerà chiarire se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto; per quanto riguarda le «*condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto (tutte) durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività lavorativa dannosa e l'iniziazione stessa, si dovrà appurare se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innescamento del processo carcinogenetico*» (corsivo aggiunto).

L'aver proposto queste direttive al giudice del rinvio comporta un duplice ordine di problemi: il primo attiene al quesito se rientri nei compiti del giudice di legittimità fissare al giudice del rinvio paletti così rigorosi ovvero se – una volta accertata la mancanza, la manifesta illogicità o la contraddittorietà della motivazione – si possano dettare al giudice del rinvio, in buona sostanza, le linee argomentative del giudizio rescissorio. Si è visto che la motivazione della sentenza annullata non era mancante e la sentenza sembra pure escludere contraddittorietà e manifesta illogicità (parla di "errore logico", peraltro dimenticando che l'illogicità, da sola, non è sufficiente a determinare l'annullamento, dovendo essere "manifesta").

In ogni caso, siamo all'interno del vizio di motivazione e la giurisprudenza di legittimità è granitica nel ritenere che, in caso di annullamento per vizio di motivazione, il giudice di rinvio mantiene piena autonomia di giudizio nella ricostruzione del fatto e nella valutazione dei dati acquisiti; ha la facoltà di pervenire al medesimo risultato cui era giunto con la sentenza annullata; addirittura, gli elementi di fatto e le valutazioni contenuti nella pronuncia di annullamento non sono vincolanti per il giudice del rinvio²³;

22. Che questa sia la tesi privilegiata dalla sentenza Cozzini è, del resto, anche l'opinione di M. Romano e P. D'Alessandro, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1129 (in particolare, p. 1143). Del resto, l'estensore della sentenza Cozzini l'aveva espressa chiaramente, in sede dottrina, commentando la sentenza Macola (vds. R. Blaiotta, *Causalità e neoplasie da amianto*, *op. cit.*, p. 3393).

23. Lo afferma la medesima sezione IV penale, in una sentenza coeva alla Cozzini, 18 ottobre 2011, n. 44644, F., in *Giust. pen.*, 2012, III, p. 204, ma si tratta di indirizzo uniforme: si vedano, più recentemente, Cass., sez. II, 5 dicembre 2017, n. 1726, Liverani, rv. 271696; sez. III, 19 maggio 2017, n. 34794, F., rv. 271345; sez. IV, 17 marzo 2015, n. 20044, S., rv. 263864; sez. V, 19 giugno 2014, n. 42814, Cataldo, rv. 2161760.

il quale può colmare eventuali lacune motivazionali e mantiene pieni poteri di cognizione, potendo anche rinnovare l'istruzione dibattimentale²⁴.

Insomma, il giudice di rinvio, mentre ha l'obbligo di uniformarsi alle questioni di diritto risolte dalla Corte di cassazione (art. 627, comma 3, cpp), nel caso di annullamento per vizio di motivazione incontra l'unico vincolo di non poter fondare la sua decisione sulle stesse argomentazioni che il giudice di legittimità ha ritenuto censurabili. Non poteva, dunque, la sentenza di annullamento indicare un così rigido percorso al giudice del rinvio che avrebbe dovuto invece essere ritenuto libero di orientarsi, anche diversamente, solo evitando il vizio logico ritenuto nella sentenza di annullamento. E, per la verità, va detto che le sentenze successive alla Cozzini – che a questa decisione si ispirano (per esempio, le sentenze Cirocco e Bordogna, che saranno più avanti richiamate) – non si sono più avventurate in questa non consentita predeterminazione del percorso argomentativo da parte del giudice del rinvio.

Ma v'è un'altra considerazione da fare: può il giudice di legittimità indicare al giudice del rinvio accertamenti palesemente impossibili da effettuare? Ciò è avvenuto in questo caso perché la sentenza Cozzini, dopo aver affermato che non è possibile accertare la data del processo di iniziazione del fenomeno tumorale, vincola il giudice del rinvio a una serie di accertamenti che presuppongono che sia individuata proprio la data in cui tale iniziazione è avvenuta.

11. La giurisprudenza penale di legittimità successiva alla sentenza Cozzini

La giurisprudenza della quarta sezione penale della Corte di cassazione – che, per ripartizione tabellare, si occupa dei reati colposi in esame – si è solo

in parte adeguata ai principi stabiliti nella sentenza Cozzini, anche se, a mio parere, non esistevano divergenze sui principi, ma sui criteri di applicazione dei medesimi. Non ci troviamo, infatti, in presenza di sentenze che interpretano diversamente la legge penale o che si dividono sui principi che regolano l'attribuzione dei poteri del giudice di legittimità; entrambi gli orientamenti partono dal presupposto che la valutazione sulla validità della prova scientifica è attribuita al giudice di merito e che, dunque, la Corte di cassazione può solo verificare se, in questa valutazione, il giudice di merito sia incorso in uno dei vizi che rendono censurabili in sede di legittimità le sue decisioni.

Fatta questa premessa – che rende particolarmente complesso “incasellare” le decisioni in uno dei diversi percorsi interpretativi –, si osserva che alcune decisioni fanno espresso riferimento, ed applicano esplicitamente, i criteri enunciati nella sentenza Cozzini²⁵.

Non mi sembra, invece, che possa riferirsi integralmente a questo orientamento la sentenza n. 46392/2018 che (dopo avere peraltro annullato con rinvio la sentenza d'appello nei confronti di due imputati per mancato accertamento dell'esistenza della posizione di garanzia), pur richiamandosi alla sentenza Cozzini, in realtà si limita a valutare come adeguato l'apparato argomentativo dei giudici di merito, che avevano escluso che potesse ritenersi provata, al di là di ogni ragionevole dubbio, l'esistenza di una legge scientifica confermativa dell'effetto acceleratore delle ulteriori esposizioni²⁶. Le conclusioni di questa sentenza sono ineccepibili perché, lungi dal sovrapporsi alla valutazione dei giudici di merito, ne valutano la motivazione sul punto indicato come completa, esauriente ed esente da alcuna illogicità.

E v'è da segnalare che, molto recentemente, la quarta sezione – pur annullando sotto diversi profili

24. Si vedano univocamente nel senso indicato, tra le sentenze anteriori alla sentenza Cozzini, Cass., sez. V, 22 giugno 2010, n. 34016, Gambino, rv. 248413; sez. VI, 6 novembre 2009, n. 46220, Brigadeci, rv. 245540; sez. V, 3 luglio 2009, n. 41085, Liotta, rv. 245389; sez. IV, 29 aprile 2009, n. 48352, Savoretti, rv. 245775; sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 16659, Muto, rv. 243514; sez. I, 13 novembre 2007, n. 43685, Pitullo, rv. 238694. Ma l'orientamento di legittimità non è mutato successivamente: si vedano, tra le più recenti, Cass., sez. VI, 24 gennaio 2018, n. 8902, Vitellaro, rv. 272340; sez. II, 5 dicembre 2017, n. 1726, Liverani, rv. 271696; sez. V, 27 marzo 2015, n. 36080, Sollecito, in *Foro it.*, 2016, II, 448; sez. V, 19 giugno 2014, n. 42814, Cataldo, rv. 261760; sez. II, 25 settembre 2013, n. 47060, Mazzoni, rv. 257490; sez. III, 10 gennaio 2012, n. 7882, Montali, rv. 252333; sez. IV, 18 ottobre 2011, n. 44644, F., rv. 251660; sez. VI, 4 novembre 2010, n. 42028, Regine, rv. 248738.

25. Si veda la sentenza Cass., sez. IV, 14 novembre 2017, n. 16715, Cirocco, in *Foro it.*, 2019, II, con nota di C. Brusco, *I poteri della Corte di cassazione in tema di accertamento della validità della prova scientifica: metodo Daubert o metodo Frye?*; la sentenza risulta commentata in prima battuta da S. Zirulia, *La sentenza della Cassazione sulle malattie professionali presso il petrolchimico di Mantova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2018. Il medesimo orientamento è espresso dalle sentenze della medesima sezione: 10 novembre 2017, n. 55005, Pesenti, rv. 271718; 3 novembre 2016, n. 12175, Bordogna, rv. 270385 (commentata da S. Tordini Cagli, *Esposizione ad amianto ed accertamento del nesso causale: ancora nessuna certezza*, in *Arch. pen.*, n. 1/2018, e da S. Zirulia, *Amianto: la Cassazione annulla le condanne nel processo Montefibre-bis, sulla scia del precedente “Cozzini”*, in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2017); 28 marzo 2013, n. 30206, Ciriminna, in *Arch. giur. circ.*, 2014, p. 823, con nota di M. Miglio e F. Ferri, *Malattie professionali e accertamento del nesso causale: la necessaria distinzione tra causalità generale e causalità individuale*.

26. Si tratta della sentenza 15 maggio 2018, n. 46392, Beduschi, rv. 274272.

la sentenza impugnata – ha ritenuto «*non sindacabile da parte della Corte di legittimità*» l'adesione «*– consapevole ed adeguatamente giustificata – da parte dei Giudici di merito alla teoria (...) dell'effetto acceleratore*»²⁷.

Altre sentenze appaiono invece più sicuramente riferibili al diverso orientamento, incontrastato prima della sentenza Cozzini, volto a non sovrapporre il giudizio di legittimità a quello di merito, limitando gli annullamenti ai casi in cui la motivazione manchi, sia contraddittoria o manifestamente illogica²⁸. È anche da rilevare che, in una decisione, la medesima quarta sezione penale della Cassazione ha rilevato come – in un caso in cui si discuteva dell'effetto acceleratore in questione – la sola esistenza di tesi scientifiche contrastanti giustificasse comunque il vaglio dibattimentale del processo²⁹.

V'è anche da rilevare che la terza sezione penale della Cassazione (cui è attribuito il compito di conoscere dei ricorsi contro le sentenze pronunziate in sede di rinvio dopo che vi sia stato annullamento da parte della quarta sezione) sta fornendo importanti contributi conoscitivi sul tema di cui ci stiamo occupando. Si è, infatti, espressa nel senso che «*il contrasto di opinioni scientifiche non è di per sé sufficiente a escludere l'esistenza di una legge di copertura, ove non si verifichi il grado di indipendenza degli esperti e la validità delle argomentazioni sottese alle opinio-*

ni antagoniste»³⁰. Questa sentenza assume un rilievo di grande importanza perché, a quanto consta, per la prima volta sembra inserirsi nel percorso Daubert in precedenza delineato, richiamando la necessità, per il giudice di merito che debba applicare nel processo conoscenze scientifiche – quando esistano sul tema opinioni contrastanti –, di valutare il grado di indipendenza degli scienziati e ricercatori che abbiano espresso le loro opinioni sul medesimo tema. Sempre la terza sezione ha, con altra sentenza, valorizzato invece il ruolo concausale delle varie sottoposizioni all'aspirazione delle fibre di amianto cui i lavoratori, poi deceduti per mesotelioma, erano stati esposti nei periodi in cui i garanti avevano svolto le loro funzioni omettendo di adottare le cautele richieste³¹.

Un'ultima considerazione: qualche volta, anche le sentenze di legittimità che si limitano a verificare la correttezza della motivazione del giudice di merito sull'esistenza dell'effetto acceleratore di cui stiamo discutendo si espongono a critiche (fondate) laddove pretendono (inutilmente) di dimostrare anche l'esattezza della tesi scientifica accolta senza considerare che questo compito è attribuito esclusivamente al giudice di merito. Così la già citata sentenza n. 11128/2014 che, oltre a confermare la correttezza motivazionale del giudice d'appello, si avventura in una non richiesta (e non consentita) conferma della validità della tesi scientifica accolta in giudizio³².

27. Si veda la sentenza 16 gennaio 2019, n. 25532, Tupini, inedita.

28. Si tratta delle sentenze Cass., sez. IV, 21 novembre 2014, n. 11128, Lemetti, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1117, con nota di A.M. Dell'Osso, *Morti da amianto: perduranti incertezze scientifiche vs. certezze giurisprudenziali; il problema delle esposizioni indirette*; 22 marzo 2012 n. 24997, Pittarello, e 24 maggio 2012, n. 33311, Ramacciotti, entrambe in *Foro it.*, 2012, II, p. 517, con osservazioni di R. Guariniello; 27 febbraio 2014, n. 18933, Negroni, rv. 262139; 19 aprile 2012, n. 46428, Stringa, rv. 254073. La sentenza n. 33311/2012 è commentata criticamente da S. Cavallini e L. Ponzoni, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori*, op. cit., p. 144; da N. Menardo, *Considerazioni sul nesso di causalità in caso di morte per esposizione a polveri di amianto*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1389, e da A.H. Bell e L. Santa Maria, *La tesi del c.d. effetto acceleratore*, op. cit.

29. In questo senso Cass., sez. IV, 3 ottobre 2017, n. 1886, Cappel, rv. 271943.

30. Vds. Cass., sez. III, 6 novembre 2018, n. 11451, Chianura, rv. 275174.

31. Si tratta della sentenza 5 ottobre 2017, n. 4560, depositata il 31 gennaio 2018, inedita.

32. Si vedano i commenti critici, anche sotto questo profilo, indicati alla nota 25.

Gli autori

Giovanni Armone, magistrato addetto al Massimario della Corte di cassazione

Silvia Borelli, associato di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Ferrara

Giuseppe Bronzini, presidente di sezione della Corte di cassazione

Carlo Brusco, già presidente di sezione della Corte di cassazione

Laura Calafà, ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Verona

Roberta Calvano, ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Roma “Unitelma Sapienza”

Stefano Celli, sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Rimini

Luisa Corazza, ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi del Molise

Beniamino Deidda, già procuratore generale della Repubblica di Firenze

Maurizio Ferraris, ordinario di Filosofia teoretica, Università degli Studi di Torino

Margherita Leone, consigliere presso la sezione lavoro della Corte di Cassazione

Giulia Locati, giudice del Tribunale di Torino

Giovanni Orlandini, associato di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Siena

Carla Ponterio, consigliere presso la sezione lavoro della Corte di cassazione

Rita Sanlorenzo, sostituto procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione

Anna Terzi, consigliere della Corte di appello di Trento

Valeria Torre, associato di Diritto penale, Università degli Studi di Foggia