

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli

ANNO LXVIII - 2017 - N. 4

*Trimestrale
ottobre-dicembre 2017*

DIRETTA DA

Umberto Carabelli

COLLEGIO DEI CONDIRETTORI

*Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Fausta Guarriello,
Andrea Lassandari, Franco Scarpelli, Lorenzo Zoppoli*

COMITATO DI INDIRIZZO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO

*Mariapaola Aimo, Anna Alaimo, Cristina Alessi, Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni,
Vittorio Angiolini, Gian Guido Balandi, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro,
Lorenzo Bordogna, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Laura Calafà, Piera Campanella,
Maria Teresa Carinci, Michele Castellano, Pasquale Roberto Chieco, Luigi de Angelis,
Alfonsina De Felice, Gisella De Simone, Antonio Di Stasi, Marco Esposito, Francesco Fabbri,
Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Ginevra Galli, Alessandro Garilli,
Domenico Garofalo, Stefano Giubboni, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Renato Greco,
Daniela Izzì, Carmen La Macchia, Vito Sandro Leccese, Antonio Lo Faro, Piera Loi,
Massimo Luciani, Luigi Mariucci, Luigi Menghini, Gabriella Nicosia, Roberta Nunin,
Giovanni Orlandini, Massimo Pallini, Paolo Pascucci, Adalberto Perulli, Alberto Piccinini,
Valeria Piccone, Carla Ponterio, Federico Maria Putaturo, Rita Sanlorenzo, Paola Saracini,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Carla Spinelli, Lucia Tria, Patrizia Tullini,
Sergio Vacirca, Lucia Valente, Bruno Veneziani, Antonio Viscomi, Roberto Voza*

COMITATO DI REDAZIONE

*Andrea Allamprese (caporedattore), Filippo Aiello, Stefano Cairolì, Guido Canestri,
Carlo de Marchis, Madia D'Onghia, Michele Faioli, Lorenzo Fassina,
Antonio Federici, Lorenzo Giasanti, Maria Giovanna Greco, Alberto Lepore,
Antonio Loffredo, Marco Lozito, Matteo Maria Mutarelli, Alessandra Raffi,
Enrico Raimondi, Rocco Reina, Michelangelo Salvagni, Enrico Maria Terenzio*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maurizio Minnucci

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile



EDIESSE

Il Collegio dei condirettori della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* ha deciso, come scelta editoriale decorrente dal 2016, di non accettare per la pubblicazione contributi che siano stati pubblicati o siano in corso di pubblicazione in altre riviste italiane o in rete, né di consentire la pubblicazione in altre riviste italiane o in rete di contributi già pubblicati nella *Rivista*. Gli autori sono invitati a rispettare questa decisione.

I saggi pubblicati nella «Parte I - Dottrina» non devono superare le 20 pagine nel formato della *Rivista* (pari a 54.000 battute spazi inclusi) e sono sottoposti alla valutazione di *referees* anonimi. Il gruppo dei *referees* è composto dai membri del Comitato di indirizzo scientifico e di refereggio e da altri/e studiosi/e.

I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica alla Segreteria di redazione e devono uniformarsi ai criteri redazionali della *Rivista* (che possono essere richiesti alla stessa Segreteria).

Il testo delle sentenze annotate nella «Parte II - Giurisprudenza» e il testo degli «Osservatori» sono pubblicati in: www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

La *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* partecipa alla *International Association of Labour Law Journals* (www.labourlawjournals.com).

Proprietario ed editore

Ediesse s.r.l.

Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma

Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335

www.ediesseonline.it

E-mail: ediesse@cgil.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Sito web della rivista

www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione

Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

E-mail: rgl@ediesseonline.it

Progetto grafico e fotocomposizione

EDIESSE

Stampa

O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma

Ufficio abbonamenti

Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335

Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30

E-mail: ediesse@cgil.it

Tariffe di abbonamento

Ordinario 120,00 euro; estero 240,00 euro

• L'abbonamento dà diritto all'accesso gratuito al

Notiziario della Rivista giuridica del lavoro.

• Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del docente che segue la loro attività.

Singolo fascicolo: 35,00 euro; arretrati: 70,00 euro

Distribuzione in libreria

MESSAGGERIE LIBRI SPA

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI DICEMBRE 2017

Egregio Abbonato,

ai sensi del d.lgs. n. 196/2003 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne a essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla nostra attività.

La informiamo inoltre che Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i Suoi dati od opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione del suddetto decreto legislativo.



Associato all'USPI - Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

Immigrazione e lavoro

Immigration and labour

Laura Calafà, Alessandro Garilli

Introduzione

553

Introduction

Maurizio Ambrosini

Perché e come gli immigrati continuano a lavorare in Italia

557

Why and how immigrants continue to work in Italy

Monica McBritton

Lavoro extracomunitario, mercato del lavoro, contratti

582

Immigrant work, labour market and employment relations

Cinzia De Marco

Immigrati e pubblico impiego

599

Immigrants and public employment

Roberta Nunin

Salute e sicurezza sul lavoro: quali tutele per i lavoratori migranti?

614

Health and safety at workplaces: which kind of protection for migrant workers?

Silvio Bologna

Eguaglianza e *welfare* degli immigrati: tra *self-restraint* legislativo e aperture giurisprudenziali e contrattuali

636

Equality and welfare of immigrants: among legislative self-restraint and Courts and collective bargaining openings

Alessandro Riccobono

- «Ai confini dell'integrazione»: migrazioni europee,
libertà di movimento e diritti sociali di cittadinanza, oggi 652
*«At the borders of integration»: European migrations,
freedom of movement and social rights of citizenship, today*

PROBLEMI DI ATTUALITÀ

Diritti sociali e processo

Social rights and trial

Lorenza Carlassare

- L'effettività dei diritti sociali nella Costituzione 671
The Constitutional effective social rights

Giovanni Amoroso

- Processo di cassazione e riflessi
sulla funzione nomofilattica della Corte 682
Cassation trial and effects on the function of the Court

Aldo Bottini

- I percorsi alternativi di risoluzione
delle controversie in materia di lavoro 693
Alternative dispute resolution paths in labour law

Vincenzo Martino

- Diritti di difesa, negoziazione assistita e art. 92 c.p.c. 703
Rights of defense, assisted negotiation and article 92 of the Code of Civil Procedure

Giorgio Costantino

- Qualificazione del fatto e vizi di legittimità nel giudizio di cassazione 713
Judicial control of the facts and vices of legitimacy in Cassazione judgement

Carla Ponterio

- La tutela effettiva dei diritti sociali nel giudizio di merito 724
The effective protection of the social rights in proceedings of first instance

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO E INTERNAZIONALE

Jesús Cruz Villalón

- Le sfide attuali della contrattazione collettiva in Spagna 735
Current challenges to collective bargaining in Spain

PARTE II GIURISPRUDENZA

IL CASO

Francesco Pallante

La dubbia inammissibilità del referendum sui limiti
alla tutela reale contro i licenziamenti illegittimi
(*Corte costituzionale*, 27.12.2017, n. 26)

511

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Giuseppe Cannati

Itinerari giurisprudenziali sui licenziamenti
«ritorsivi-discriminatori» e novità normative

525

RAPPORTO DI LAVORO

Olivia Bonardi

Il divieto di discriminazioni per età alla deriva:
note sul caso *Abercrombie*
(*Corte di Giustizia*, 19.7.2017, C-143/16, *Prima Sezione*)

545

Milena Talarico

La Corte di Cassazione in tema di controlli difensivi:
il caso degli indebiti accessi alla rete mediante uso
della chiavetta aziendale per la navigazione internet
(*Cassazione*, 15.6.2017, n. 14862)

560

Antonio Di Stasi

La natura «bifronte» della Rsu
e il diritto all'assemblea delle singole componenti
(*Cassazione*, 6.6.2017, n. 13978, *S.U.*)

565

Michelangelo Salvagni

Il *repechage* in mansioni inferiori dopo il *Jobs Act*: obbligo o facoltà?
(*Cassazione*, 26.5.2017, n. 13379, *S. civ.*)

577

Lucia Viola

Il diritto del dipendente di svolgere un'ulteriore attività lavorativa
(*Cassazione*, 25.5.2017, n. 13196) 583

Maria Elena Sauro

I controlli difensivi e l'(in)utilizzabilità della prova
(*Cassazione*, 24.5.2017, n. 13019) 588

Alessandro Curcio

Attuale assenza di un diritto di opposizione del lavoratore
al trasferimento *ex art.* 2112 c.c.
(*Cassazione*, 23.5.2017, n. 12919, S. IV civ.) 592

Oscar Genovesi

Licenziamenti disciplinari e previsioni contrattuali
(*Cassazione*, 5.5.2017, n. 11027) 596

Marco Tufo

Il rapporto tra il dedotto e il deducibile
nella fase di opposizione del rito Fornero
(*Corte d'Appello Torino*, 19.5.2017) 602

Maria Antonietta Carbone

Equiparazione tra ordinanza e sentenza ai fini dell'esercizio
del diritto di opzione a norma dell'art. 18, c. 3, St. lav.
(*Tribunale Milano*, 30.5.2017, ord.) 607

Michele Valerio Di Tanna

Assistenza ai disabili: trasferimento e disciplina delle mansioni
(*Tribunale Roma*, 18.5.2017, ord.
Tribunale Roma, 27.4.2017, ord.
Tribunale Roma, 28.2.2017, ord.) 612

Giulia Negri

L'insussistenza del fatto materiale e la ripartizione dell'onere probatorio:
un'interpretazione costituzionalmente orientata
(*Tribunale Milano*, 14.3.2017) 617

Francesco Di Noia

- «Viva la Rail!»: ancora sull'indennità sostitutiva
delle ferie non godute e sulla decorrenza della prescrizione
(*Tribunale Bari*, 8.3.2017) 622

Francesco Simeone

- Il licenziamento per ritorsione o per rappresaglia
(*Tribunale Taranto*, 20.2.2017, *ord.*) 627

DIRITTO SINDACALE

Dario Manna

- Testo Unico sulla rappresentanza e decadenza da membro della Rsu:
la problematica ipotesi del «cambio di appartenenza»
(*Tribunale Napoli*, 4.7.2017, *ord.*
Tribunale Napoli, 18.5.2017, *ord.*) 633

CONTROVERSIE DI LAVORO

Barbara Caponetti

- Per un «giusto regresso»: *overruling* e potere del giudice
di riquilibrare l'eccezione relativa all'estinzione del diritto
(*Tribunale Livorno*, 26.1.2017) 639

SICUREZZA SOCIALE

Antonino Sgroi

- L'efficacia vincolante del certificato E101 nei confronti
dello Stato membro ove si reca il lavoratore distaccato
e i poteri riconosciuti allo stesso dall'ordinamento europeo
(*Corte di Giustizia*, 27.4.2017, C-620/15, *Prima Sezione*) 645

Riccardo Barletta

- L'evasione contributiva mediante la simulazione
contrattuale come ipotesi speciale di evasione fiscale
(*Cassazione*, 13.3.2017, n. 6405) 663

OSSERVATORI ONLINE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

a cura di Luigi Menghini e Roberta Nunin

Periodo aprile-settembre 2017

Luigi Menghini e Roberta Nunin

102

LAVORO PUBBLICO

a cura di Paola Saracini

Periodo maggio-ottobre 2017

Gabriella Nicosia, Paola Saracini, Carla Spinelli

114

PREVIDENZA SOCIALE

a cura di Antonino Sgroi

Periodo ottobre 2016 - ottobre 2017

Corte costituzionale e Corte di Cassazione

Antonino Sgroi

129

Si avvertono i gentili lettori che l'abbonamento alla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* dà diritto all'accesso gratuito e riservato al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*, pubblicato a partire dal n. 1/2017 esclusivamente online.

PARTE I
DOTTRINA

Laura Calafà (*), *Alessandro Garilli* (**)

INTRODUZIONE

1. — La complessità del fenomeno migratorio è confermata dalla pubblicazione del *Dossier Statistico Immigrazione 2017* (Roma, Eidos-Unar). In particolare, con riguardo alla relazione tra lavoro e immigrazione, i dati asseverano la «svolta ciclica» dell'economia (già avviata nel 2016): una svolta che può leggersi attraverso l'aumento dell'occupazione degli stranieri, che rivestono un ruolo di «ammortizzatori del ciclo produttivo» e forniscono un contributo complementare nel mercato del lavoro duale dove sono collocati, utile a rafforzare la competitività complessiva di sistema, con un andamento praticamente uniforme su tutto il territorio nazionale, in controtendenza solo nel Mezzogiorno per l'incidenza di altri fenomeni (dal caporalato allo sfruttamento non solo degli stranieri).

Questo rapporto di complementarietà, evidenziato dal *Dossier*, esclude che l'immigrato sottragga spazio economico per gli autoctoni. Da questa condivisa premessa valoriale prendono le mosse i diversi contributi che analizzano sotto varie angolazioni il Tema *Immigrazione e lavoro*. Non a caso, il saggio di apertura è stato affidato al sociologo Maurizio Ambrosini, il quale propone una lettura del fenomeno incentrata sul legame tra mercato del lavoro e *welfare*, e in cui appare in tutta la sua pregnanza il termine «resilienza» per connotare gli adattamenti costanti e continui dei lavoratori migranti.

Non ci si soffermerà sulle vicende della gestione dei flussi e delle diverse rotte seguite dai migranti: si è scelto di considerare scontate le tensioni politico-strategiche a livello dell'Unione europea, simbolicamente rappresentate dagli incontri preparatori del G20 in Germania, dove il neoeletto Presidente francese Macron ha tentato di cancellare ogni riflessione sui cd. migranti economici dall'agenda dei partecipanti al *summit* di Berlino del giugno 2017. Solo la satira di Altan ha saputo rappresentare in modo ade-

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Verona.

(**) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Palermo.

guato l'assurdità di un tale tentativo in una vignetta nella quale al ragazzo che chiede: «Cosa sono i migranti economici?», l'adulto risponde: «Quelli che hanno paura di morire di fame invece che per le bombe».

Delle vicende regolative dei flussi *extra* Ue si avrà sicuramente occasione di discutere al termine della trattativa in corso tra Gran Bretagna e Ue all'indomani della *Brexit*. Da quel momento – 29 marzo 2019 alle ore 23 –, i confini della mobilità *extra* e *intra* Ue, tra ciò che è dentro e ciò che fuori dell'Unione, saranno finalmente chiariti anche in termini di impatto sulla libera circolazione dei lavoratori e dei collegati sistemi di coordinamento previdenziale.

In questo volume si è scelto, invece, di tenere alta l'attenzione sul diritto positivo, in particolare sui diversi profili regolativi dell'immigrazione che attengono al diritto del lavoro.

L'eguaglianza giuridica tra cittadini e immigrati è il filo conduttore dei contributi lavoristici: gli Autori hanno esplorato la tematica all'insegna dell'ordinamento multilivello, verificando se e in che termini il principio della parità di trattamento, riconosciuto in ambito internazionale ed europeo, abbia trovato attuazione nell'ordinamento interno, sia sul versante legislativo sia su quello giurisprudenziale.

Il mercato del lavoro degli stranieri e il contratto sono oggetto del contributo di Monica McBritton, che si sofferma in particolare sulla riscrittura del d.lgs. 29.10.2016, n. 203, in attuazione della Direttiva n. 2014/36/Ue. Il peso delle scelte effettuate negli anni sulla gestione degli accessi per i lavoratori *extra* Ue è evidente anche oggi, nonostante i flussi per l'accesso al lavoro risultino sostanzialmente bloccati. È da almeno quattro anni che gli accessi per motivi di famiglia attraverso i ricongiungimenti superano quelli per ragioni di lavoro.

Con riguardo al tema della salute e sicurezza dei lavoratori migranti, Roberta Nunin traccia un'articolata lettura della normativa oggi in vigore nel nostro paese attraverso la lente dello *status* di straniero lavoratore.

Il saggio di Cinzia De Marco analizza la tematica in merito all'accesso degli immigrati extracomunitari e dei cittadini degli Stati membri alle pubbliche amministrazioni: nonostante le Convenzioni Oit riconoscano la non discriminazione tra *cives* e *non cives*, e l'art. 45 del TfUE sancisca come regola generale la libera circolazione dei lavoratori, ancora oggi è possibile che il singolo Stato precluda l'accesso al pubblico impiego agli stranieri in relazione a quelle attività lavorative necessarie alla salvaguardia degli interessi nazionali. Le precisazioni della Corte di Giustizia non hanno fugato i dubbi interpretativi e le difficoltà applicative nei singoli casi concreti.

Sempre nella prospettiva dell'eguaglianza, il contributo di Silvio Bologna analizza la tutela previdenziale e assistenziale di cui godono i migranti per motivi economici provenienti da paesi terzi e regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato: il principio paritario, pieno e incondizionato secondo le Convenzioni Oil e la giurisprudenza della Corte Edu, è ridimensionato da varie direttive dell'Unione che consentono allo Stato o di derogarvi o di circoscrivere la tecnica di tutela ai soli residenti di lungo periodo. Questa soluzione compromissoria è in parte controbilanciata nell'ordinamento italiano dalle giurisprudenze di merito e costituzionale, che con intensità diverse fanno leva sull'obbligo di interpretazione conforme e sul rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, e dal *welfare* contrattuale.

Da ultimo, il saggio di Alessandro Riccobono scandaglia il principio paritario nella prospettiva della mobilità lavorativa intraeuropea alla luce degli ultimi orientamenti della Corte di Giustizia, con particolare riguardo alla tutela assistenziale di cui godono i cittadini europei inattivi: i giudici di Lussemburgo, nel «trittico» *Brey, Dano e Commissione contro UK*, hanno privilegiato una lettura marcatamente economicistica del Trattato, posto che le istanze solidaristiche sottese alla libera circolazione vengono subordinate alla stabilità delle finanze pubbliche dei paesi ospitanti: bene giuridico prevalente rispetto all'inclusione sociale.

Il volume rende evidente una carenza: la scelta dei temi a partire dal diritto positivo vigente esclude ogni lettura giuridica strutturale dell'intero fenomeno del lavoro degli stranieri che dovrebbe comprendere gli irregolari. Oltre a essere non quantificabili (nonostante i diversi propositi dell'Istat), gli stranieri irregolari rimangono anche non facilmente qualificabili per il diritto (anche del lavoro).

L'affermazione lavoristica di un interesse al tema del lavoro irregolare (anche dello straniero) sposta necessariamente l'attenzione sulla tutela dei diritti dell'irregolare. In dottrina, si è discusso se l'immigrato irregolare possa continuare a essere escluso dal generale funzionamento dei sistemi di solidarietà sociale: un ragionamento che pare escluso dalla politicizzazione del tema complessivo piuttosto che dalla razionalità scientifica maturata in materia, come ampiamente ha dimostrato la dottrina. Quello che sembra mancare – tanto a livello nazionale, quanto a livello Ue – è ogni attenzione compiuta ai diritti fondamentali dei migranti irregolari e, per quanto di stretta competenza, a quelli connessi al lavoro. Il discorso sui diritti viene effettuato solo nei termini in cui sia funzionale ad assicurare un processo di ritorno nei paesi d'origine [anche e soprattutto argomentando dalla Direttiva (sanzioni) n. 2009/52/Ce, che garantisce solo il diritto a essere re-

tribuiti ai lavoratori stranieri irregolari]. Il sostanziale blocco dei processi di regolarizzazione e il baricentro regolativo Ue imperniato sull'allontanamento non possono non farci ricordare che non c'è (o pare non esserci) consenso generale su politiche diverse da quelle attualmente perseguite, magari più attente alla garanzia della generale dignità umana.

Le parole del Presidente francese non sono che un esempio, tra i tanti, che segnano il destino delle politiche in materia di immigrazione.

Maurizio Ambrosini (*)

PERCHÉ E COME GLI IMMIGRATI CONTINUANO A LAVORARE IN ITALIA

SOMMARIO: 1. L'accoglienza delle braccia. — 2. Tra economia e politica: fabbisogni di manodopera e regolamentazione dei movimenti migratori. — 3. Il ruolo delle reti migratorie nella costruzione del mercato del lavoro immigrato. — 4. Gli immigrati come perno del «*welfare* invisibile». — 5. Di fronte alla crisi: la resilienza dell'immigrazione in Italia. — 6. Rimanere malgrado la crisi. — 7. Conclusioni. Accettazione economica e rifiuto politico.

1. — *L'accoglienza delle braccia* — Un dato che colpisce, nell'analizzare il fenomeno migratorio in Italia, è la rapidità del passaggio da paese di emigrazione a paese di immigrazione (1). Nel nostro paese vivono oggi circa 5,5 milioni di immigrati residenti, oltre a circa 400.000 persone in condizione irregolare (2). Di questi, come vedremo, 2,4 milioni hanno un'occupazione regolare (3).

Si tratta di un mutamento largamente spontaneo, non previsto e poco regolamentato: è stato generato «dal basso», nel mercato del lavoro e nei contesti sociali locali, e soltanto in seguito, fra ritardi e resistenze di vario genere, è stato riconosciuto da parte delle istituzioni pubbliche e regolamentato giuridicamente.

All'inizio degli anni novanta, quando è iniziata la presa di coscienza pubblica della trasformazione dell'Italia in un paese di immigrazione, la visione del fenomeno era orientata essenzialmente in senso patologico: un nuovo problema sociale abbattutosi su un paese già carico di difficoltà. Nel frattempo, in modo poco visibile e frammentato, il mercato del lavoro (imprese, ma anche famiglie), così come alcuni attori della società civile (associazioni, sindacati, chiese...), lavoravano in senso opposto, verso l'inserimento economico, all'inizio soprattutto informale, poi sempre più forma-

(*) Professore ordinario di Sociologia delle migrazioni presso l'Università di Milano.

(1) Pugliese 2002.

(2) Fondazione Ismu 2016.

(3) Ministero del Lavoro 2017.

lizzato nelle regioni più ricche e sviluppate, dove lo scarto tra offerta e domanda di lavoro stava diventando sempre più profondo ed evidente.

La regolamentazione politica di questa situazione è arrivata soltanto in un secondo momento, e una simile discrepanza tra la sfera del mercato e quella della politica migratoria si è riprodotta nel corso del tempo. Non a caso, il principale dispositivo di politica migratoria è stato rappresentato dalle leggi di regolarizzazione, approvate a più riprese (4): sette in 25 anni, più un certo numero di regolarizzazioni non dichiarate, come quelle prodotte mediante i decreti flussi. Si può ravvisare una sorprendente continuità nelle politiche migratorie italiane rispetto a questo punto decisivo, malgrado l'alternanza politica. Il mercato del lavoro (imprese e famiglie), con le sue esigenze di manodopera, per anni ha largamente sfondato le prudenti previsioni d'impiego dei lavoratori stranieri espresse nei decreti flussi, e obbligato la politica a riallineare a posteriori la regolamentazione alle effettive dinamiche del mercato. Gran parte dei lavoratori adulti hanno attraversato un periodo di irregolarità, mentre sono sempre stati regolari in pratica quasi soltanto quelli giunti per ricongiungimento familiare o arrivati prima di entrare nel mercato del lavoro. Nella «carriera» degli immigrati in Italia, il passaggio attraverso la condizione di «irregolare» è considerato un'esperienza normale, talvolta lunga, sicuramente difficile, ma attraversabile, e forse inevitabile: una specie di dazio da pagare per poter realizzare l'aspirazione a emigrare in un paese avanzato. Nell'esperienza del migrante, a una prima fase di irregolarità e in genere di sfruttamento, segue presto o tardi, in un modo o nell'altro, la possibilità di mettersi in regola e di cercare un lavoro nel mercato regolare (5).

Si può dunque affermare che, come per altri aspetti del funzionamento dell'economia e della società italiana, una sorta di *bricolage* microsociale ha riempito il vuoto lasciato dalla debolezza o dal malfunzionamento dei dispositivi istituzionali. Gli immigrati in Italia, malgrado i contraccolpi della recessione, hanno acquisito un riconoscimento come manodopera necessaria in certi settori di impiego, come portatori di benefici per il sistema economico (nonché per le casse dello Stato), come una provvidenziale risorsa per le famiglie. Difetta ancora il loro riconoscimento come una componente legittima della società, come mostra la rigidità della normativa sull'accesso alla cittadinanza. Si sono accolte le braccia, ma rimangono ancora escluse le persone.

(4) Colombo 2012.

(5) Ambrosini 2013.

2. — *Tra economia e politica: fabbisogni di manodopera e regolamentazione dei movimenti migratori* — L'analisi del ruolo economico degli immigrati si intreccia sempre più con lo studio della regolamentazione per via politica dell'ingresso, del soggiorno e della partecipazione al mercato del lavoro dei lavoratori stranieri. Questa dimensione, trascurata in epoche precedenti, quando la mobilità umana per lavoro suscitava meno allarme e domande di controllo, ha acquisito un'importanza sempre maggiore in relazione alla crescita dell'apparato di vincoli e restrizioni che mirano a limitare e circoscrivere le migrazioni internazionali: sostanzialmente, a partire dagli inizi degli anni settanta, soprattutto in seguito al primo *shock* petrolifero. La stessa categoria di «immigrati irregolari» o «illegali» o «clandestini» è entrata nel dibattito e divenuta di uso corrente in tempi abbastanza recenti: più o meno dagli anni ottanta del secolo scorso (6).

Possiamo dire che i paesi sviluppati (e non solo essi) si stanno caratterizzando sempre più come «importatori riluttanti» di manodopera immigrata (7), pressati come sono tra le opposte esigenze dei sistemi economici, che richiedono apertura e possibilità di attingere a mercati occupazionali più ampi, e sistemi politici, che tendono invece a chiudere le frontiere, sotto la spinta di opinioni pubbliche ovunque sfavorevoli all'aumento della popolazione immigrata. Di fatto, gli immigrati hanno continuato ad arrivare e a insediarsi, malgrado la chiusura ufficiale delle frontiere (8).

Le norme tendono oggi nell'Unione europea a privilegiare due tipi di immigrati, oltre alla mobilità interna tra i paesi dell'Unione: quelli altamente qualificati o definiti come tali (molti lavorano nella sanità, come infermieri o paramedici) e quelli addetti ad attività stagionali, senza diritto all'insediamento stabile, per i quali è stata introdotta l'eufemistica etichetta di «migrazioni circolari». Tuttavia, come mostra un rapporto dell'Icimpd di Vienna (2009), tra il 1998 e il 2008, secondo una stima prudenziale, da 5 a 6 milioni di immigrati sono passati da una condizione irregolare allo *status* di soggiornanti regolari. L'Italia è prima in Europa, seguita dalla Spagna, nella graduatoria delle regolarizzazioni: il nostro paese è l'esempio emblematico della fluidità e reversibilità delle definizioni di immigrati regolari e irregolari.

Due tipi di analisi si sono intrecciate nell'interpretazione dei fenomeni migratori intervenuti in un'epoca di chiusura ufficiale delle frontiere nei confronti dell'immigrazione per lavoro. Il primo approccio ha posto al

(6) Düvell 2006.

(7) Hollifield *et al.* 2014.

(8) Ambrosini 2014.

centro dell'interpretazione le specificità dei paesi dell'Europa meridionale (9). Persistenza di settori tradizionali, come l'agricoltura, l'edilizia, il terziario urbano a bassa qualificazione; scarsa regolazione pubblica dell'economia, con la diffusione di economia sommersa e lavoro nero; stili di vita tradizionali, imperniati sulla famiglia, che conducono alla richiesta di personale domestico in coabitazione; debolezza del sistema di *welfare*, con largo ricorso a forme private di accudimento e assistenza nei confronti di anziani e bambini. Aggiungendo l'impreparazione istituzionale a gestire un'immigrazione inattesa, una scarsa dotazione di servizi pubblici, una complessiva inefficienza degli apparati burocratici, si forma un quadro in cui l'immigrazione straniera risponde a varie esigenze delle economie dei paesi dell'Europa meridionale, ma nello stesso tempo sfrutta l'inadeguatezza della regolazione pubblica dei fenomeni economici e sociali, ponendo in rilievo antichi difetti e nuovi limiti di queste compagini sociali.

Il secondo tipo di analisi privilegia invece come chiave di lettura le trasformazioni postindustriali delle economie avanzate. Dopo l'epoca delle grandi fabbriche e dell'operaio-massa, in cui si producevano posti di lavoro sicuri e mansioni ripetitive, tutela sindacale e assenza di prospettive, neoliberismo e globalizzazione si sono imposti. Mobilità, differenziazione destrutturazione dei grandi complessi, esternalizzazioni e decentramento, innescano una perdita di garanzie e uno sventagliamento dei percorsi, disegnando una crescente segmentazione dei mercati occupazionali. Per contro, un'offerta di lavoro più istruita e consapevole non è disponibile come un tempo ad adattarsi alle condizioni della domanda. Va ricordato che in Italia oggi circa quattro giovani su cinque arrivano a un diploma di scuola secondaria superiore. In modo particolare nelle economie urbane, i centri direzionali delle imprese che operano ormai su scala mondiale richiamano lavoratori ad alta qualificazione, innescando anche all'esterno una domanda di servizi pregiati, dalla finanza alla pubblicità, dal *marketing* alla comunicazione. Si determina così una polarizzazione della popolazione urbana. Crescono le componenti privilegiate, formate da dirigenti e professionisti ad alto reddito. Mentre declina la classe media, con le sue occupazioni stabili a reddito dignitoso, all'altro estremo della scala sociale, si allargano le fasce di lavoratori manuali che servono ad assicurare due tipi di attività, la manutenzione delle strutture direzionali (le occupazioni nei settori delle pulizie, della custodia, delle riparazioni ecc.) e i servizi alle persone richiesti dagli strati ad alto reddito per sostenere uno stile di vita agiato, all'interno e all'esterno delle abitazioni: lavanderie, gastronomie, ristoranti, quindi; e

(9) Si è parlato anche di «modello mediterraneo» di immigrazione: Pugliese 2002.

anche *baby sitters*, collaboratrici familiari, guardiani, giardinieri e altre figure addette a compiti domestici. Questi lavoratori, dall'occupazione precaria e dai redditi più bassi della classe operaia di cui prendono il posto, provengono in gran parte dalla nuova immigrazione. Il lavoro povero degli immigrati è visto come strettamente connesso e strutturalmente necessario al lavoro ricco, sia per la manutenzione delle infrastrutture urbane, sia per il mantenimento dell'alto tenore di vita delle fasce professionalmente privilegiate (10).

Se nella prima visione la domanda di lavoro immigrato sembra essere correlata con l'arretratezza economica e sociale, la seconda mostra il volto ambiguo dei processi di cambiamento che hanno luogo negli epicentri per eccellenza della modernizzazione: quelle metropoli in cui trovano posto molti lavori, vecchi e nuovi, a basso reddito, dallo *status* precario, non sempre formalizzati. I due aspetti sembrano saldarsi e sovrapporsi nel caso italiano: lavori faticosi e a basso *status* sociale, vecchi e nuovi, hanno richiesto un volume di manodopera immigrata che ha raggiunto ormai un'incidenza dell'11,5% sul complesso dell'occupazione regolare, senza contare quella sommersa. Come notano Fullin e Reyneri (11), la posizione degli immigrati nel mercato del lavoro italiano è contraddistinta da «bassa disoccupazione e cattivi lavori» (12).

Nel caso italiano attuale, va introdotto un elemento che aggiunge un accento problematico alla situazione. Il nostro paese, e soprattutto le regioni e le città più ricche, vivono una profonda contraddizione nel confronto con la componente immigrata della loro popolazione: nei fatti stanno diventando sempre più multietniche, in termini di numero di residenti, partecipazione occupazionale, passaggi al lavoro indipendente, alunni di origine immigrata nelle scuole (13). Ma nelle loro rappresentazioni culturali, tendono a rifiutare tutto questo. Non vogliono essere città multietniche.

A fronte di un impiego diffuso e capillare di persone immigrate, regolari o meno, nelle famiglie e in tante imprese di vari settori e territori, l'opinione prevalente respinge l'idea di far posto all'immigrazione, insieme a forze politiche e media che ne riflettono e inaspriscono le reazioni.

Sulla base dei dati statistici e dei risultati di ricerche locali, si possono poi distinguere quattro modelli territoriali di occupazione dei lavoratori immigrati:

(10) Sassen 2003.

(11) Fullin, Reyneri 2011.

(12) Vedi anche Carchedi *et al.* 2003.

(13) Ambrosini 2017.

– Il primo è quello delle province industrializzate del Centro-Nord (soprattutto del quadrante nord-orientale), dove l'immagine tipica del lavoratore immigrato è stata per anni quella dell'operaio di fabbrica, occupato nelle Pmi, lungo la catena dei subappalti o nei servizi legati alla produzione industriale (movimentazione merci, gestione dei magazzini, pulizie ecc.). Sempre più anche le donne hanno trovato lavoro nel settore domestico e dell'assistenza.

– Il secondo è quello delle metropoli, Roma e Milano in testa, dove i destini degli immigrati sono più variegati, ma compresi entro un ventaglio che va dalle costruzioni, alla ristorazione, alle imprese di pulizia e di trasporto. L'immagine più comune, e ormai familiare, è quella della colf (fissa, ma soprattutto a ore) o dell'assistente domiciliare degli anziani (la cosiddetta «badante»).

– Il terzo è il modello dell'impiego temporaneo nel Mezzogiorno, che ha rappresentato agli inizi del processo, negli anni ottanta, la porta d'ingresso per molti immigrati. Le occupazioni offerte sono per la maggior parte precarie o irregolari: il settore più noto, ormai entrato nell'immaginario collettivo, è quello della raccolta dei prodotti dell'agricoltura mediterranea, e la figura tipica è quella del bracciante, assunto in nero attraverso la mediazione dei «caporali»; ma il settore turistico-alberghiero e le costruzioni sono sempre più interessati dal ricorso a lavoro immigrato, perlopiù ancora con modalità irregolari. L'occupazione in ambito domestico ha poi assunto anche al Sud dimensioni rilevanti.

– Si può individuare infine un quarto modello, tipico delle province del Centro-Nord che attirano flussi importanti di manodopera stagionale, occupata d'estate dall'industria turistica e in autunno dalla raccolta della frutta (uva, mele ecc.). Il caso più emblematico è quello del Trentino-Alto Adige: l'unica regione in cui un efficace sistema di importazione di manodopera stagionale funziona, al servizio dell'agricoltura (specialmente in Trentino) e del settore alberghiero (specialmente in Alto Adige). Processi analoghi, anche se meno trasparenti, avvengono in altre province a vocazione turistica del Centro-Nord. Nel complesso, in queste aree l'occupazione irregolare è tuttavia meno frequente che al Sud, benché lo sviluppo dell'assistenza a domicilio faccia aumentare la componente sommersa del lavoro immigrato (14).

3. — *Il ruolo delle reti migratorie nella costruzione del mercato del lavoro immigrato* — Uno degli aspetti più visibili della presenza degli immigrati

(14) Ambrosini 2011.

nel mercato del lavoro concerne la loro concentrazione in alcune nicchie occupazionali, in genere di modesto livello, ma variabili non solo da un paese all'altro, bensì anche da una città all'altra (15): si tratta delle cosiddette «specializzazioni etniche», tali per cui si osserva per esempio un addensamento dei filippini nel lavoro domestico, dei rumeni e degli albanesi in edilizia, dei sikh negli allevamenti bovini della Val Padana, dei senegalesi nel commercio ambulante, delle donne ucraine, moldave ed ecuadoriane nell'assistenza agli anziani. Queste apparenti specializzazioni, spesso viste come il portato di predisposizioni «culturali», rappresentano un effetto del fondamentale dispositivo che regola l'incontro tra domanda di lavoro autoctona e offerta immigrata, ossia l'azione delle reti informali di relazioni tra parenti e connazionali (16). Le informazioni disponibili sui posti di lavoro vacanti e sui modi per accedervi, e spesso anche azioni più impegnative di accompagnamento, sponsorizzazione presso i datori di lavoro, addestramento *on the job*, passano attraverso i contatti tra persone legate tra loro da vincoli di solidarietà. Questo naturalmente avviene anche tra lavoratori autoctoni: le reti e le relazioni sociali sono un dispositivo fondamentale per la realizzazione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, sia sul versante informativo, sia nell'accreditamento e nella costruzione di relazioni fiduciarie. È ancora più decisivo però per gli immigrati, specialmente nelle prime fasi di insediamento, quando si tratta di lavoratori appena arrivati, privi di contatti con potenziali datori di lavoro, spesso persino sprovvisti di documenti che li autorizzino al lavoro. In questo caso, la stessa possibilità di aggirare le norme, di trovare protezione contro i controlli delle autorità, di guadagnarsi da vivere nonostante la mancanza di documenti idonei, di cercare appena possibile di regolarizzare la propria posizione, dipendono molto dall'appoggio delle reti dei parenti e connazionali.

Il sostegno reciproco tra compatrioti rappresenta dunque la forma principale di capitale sociale su cui possono contare gli immigrati: le stesse differenze tra i tassi di occupazione o i livelli complessivi di integrazione sociale, a seconda delle nazionalità, trovano un'influente variabile esplicativa nel grado di coesione e nell'efficienza delle reti etniche.

Dal punto di vista dei datori di lavoro, in carenza di altri indicatori più affidabili circa la personalità e le effettive capacità dei candidati a un'assunzione, il legame, o quanto meno la somiglianza con altri assunti che hanno già dato buona prova di sé, diventa un grossolano criterio di preferenza. Incidono poi altri aspetti, come la possibilità che i lavoratori già inseriti fac-

(15) Stalker 2003.

(16) Ambrosini, Berti 2003.

ciano da tramite e possano comunicare disposizioni e regole del lavoro ai nuovi arrivati, scavalcando le barriere linguistiche, o che esercitino un controllo informale sui patrocinati, per non compromettere la propria reputazione. In ogni caso, nella visione dei datori di lavoro (e non solo di essi), la provenienza può diventare un indicatore della capacità del lavoratore di inserirsi in determinati ambiti occupazionali. Reti etniche e stereotipi lavorativi finiscono per rafforzarsi reciprocamente.

Emergono poi in questo ambito figure di «*broker*», connazionali esperti e ricchi di contatti con i datori di lavoro, che mettono in rapporto chi cerca lavoro con chi è in grado di offrirlo, fornendo garanzie sull'affidabilità dei patrocinati e ponendosi come mediatori in caso di incomprensioni e conflitti (17). Hagan (18) parla della figura dell'*encargado*: un leader della comunità etnica che svolge un ruolo di supervisione e mediazione (nel suo caso, tra i lavoratori maya e le direzioni dei supermercati in cui lavorano in Texas), senza essere necessariamente riconosciuto in modo formale né dai superiori né dai lavoratori non appartenenti al gruppo etnico interessato.

La letteratura, benché prevalentemente incline a rilevare gli aspetti positivi dell'azione delle reti, non manca di segnalare anche interventi di mediazione non sempre disinteressati, con la richiesta di denaro o altri benefici in cambio del posto di lavoro procurato, come avviene comunemente tra le donne ucraine, secondo tariffari abbastanza standardizzati (19); Parreñas (20), a sua volta, ha individuato un fenomeno diffuso di prestiti a usura tra gli immigrati filippini. Ben noto è il fenomeno del «caporalato» in agricoltura o in edilizia, e altri abusi anche peggiori: pure lo sfruttamento dei connazionali nell'economia sommersa e fenomeni come la tratta di giovani donne da avviare alla prostituzione possono avvalersi di reti di relazione a base etnica. Abbatecola (21) parla al riguardo di «reti insidiose». Il sostegno che fluisce attraverso le reti etniche non è quindi necessariamente animato da sentimenti di solidarietà e mutuo aiuto.

Va, poi, ribadito l'aspetto dinamico della dipendenza dai legami con i connazionali. L'importanza delle reti, come ho già puntualizzato, di solito raggiunge i livelli più alti all'inizio del percorso di insediamento, quando l'individuo non ha altri appigli per giungere a destinazione, trovare un tetto, cercare lavoro. È più accentuata e duratura per i soggetti meno qualificati, quindi meno dotati di risorse personali, di quello che gli economisti

(17) Ambrosini 2014.

(18) Hagan 1998.

(19) Vianello 2009.

(20) Parreñas 2001.

(21) Abbatecola 2002.

definiscono «capitale umano». Poi, come mostrano varie ricerche, con il tempo, l'apprendimento della lingua, la conoscenza del funzionamento del mercato del lavoro, la maturazione di esperienze e contatti sociali, la dipendenza dalle reti etniche tende a diminuire. Anche se gli individui di fatto continuano a cercare e a trovare lavoro principalmente nelle nicchie occupazionali colonizzate dal gruppo nazionale di appartenenza, cresce l'affidamento sulla propria iniziativa personale, sui contatti con italiani o altre risorse nella ricerca delle occupazioni successive.

Occorre infine ricordare che le reti etniche non sono isolate, bensì cercano e trovano appoggio in varie istituzioni impegnate a favore degli immigrati: sindacati dei lavoratori, istituzioni religiose, associazioni di volontariato, movimenti antirazzisti ecc. Un esempio tipico è quello della ricerca di appoggio presso istituzioni religiose «amiche» (22). Ma anche il fatto che un connazionale lavori, per esempio, presso uno sportello sindacale, forma un ponte tra quella componente migratoria e quella determinata organizzazione sindacale. Le reti etniche vanno quindi situate in un contesto di relazioni con un complesso di istituzioni facilitatrici e di attori autoctoni che contribuiscono in vario modo a strutturare la partecipazione degli immigrati al mercato del lavoro.

4. — *Gli immigrati come perno del «welfare invisibile»* — Gli immigrati, e soprattutto le donne immigrate, hanno un'importanza crescente in un ambito del mercato del lavoro spesso trascurato, ma di cruciale importanza per il benessere di milioni di persone: quello dei servizi domestici e assistenziali in ambito familiare. Qui lavorano a vario titolo, secondo stime pubblicate dal ministero del Lavoro, 1,6 milioni di persone immigrate.

L'istituzione familiare, malgrado la crescente fragilità e pluralizzazione delle unioni, resta al centro dei sistemi di fornitura delle cure per le persone in condizione di dipendenza (minori, malati, anziani fragili ecc.) e dei servizi necessari alla vita quotidiana per tutti. Questo è particolarmente vero in Italia e nell'Europa meridionale, dove l'intervento pubblico è rimasto per molti aspetti residuale e inadeguato rispetto all'evoluzione dei comportamenti e delle domande sociali (23), più orientato all'erogazione di benefici economici verso gli individui, sotto forma principalmente di pensioni (oltre il 15% del Pil nel nostro paese), più che di servizi. Per scelta o per necessità, malgrado la crescente partecipazione delle donne al lavoro extra-

(22) Hirschman 2004.

(23) Esping-Andersen 2000.

domestico e l'aumento del numero degli anziani, le famiglie rimangono il perno del sistema di assistenza sociale.

Pressate da questa domanda di cura, molte famiglie hanno reagito silenziosamente, dapprima riducendo il numero dei figli, poi intraprendendo una riorganizzazione del proprio ruolo che ne ribadisce la centralità, ma ridefinisce i meccanismi operativi dell'erogazione delle attività di cura (24). Si sono rivolte al mercato, incorporando entro il proprio perimetro una popolazione sempre più vasta di aiuti salariati: collaboratrici familiari fisse e a ore, *baby sitter*, assistenti domiciliari degli anziani (le cosiddette badanti). In quest'ultimo caso, il fenomeno ha assunto caratteri socialmente pervasivi, debordando dal tradizionale ambito delle classi medio-superiori per coinvolgere anche ceti popolari, periferie urbane, piccolissimi centri di zone rurali. Si può dire che il ricorso alle donne immigrate per rispondere alla domanda di assistenza agli anziani, con soluzioni informali e domiciliari, ha reso capillare l'intreccio tra società italiana e immigrazione, seminando esperienze di multiculturalismo quotidiano (25) in tutta Italia.

Non è soltanto la carenza di strutture residenziali per gli anziani bisognosi di assistenza, o il loro costo, a indurre le famiglie a ricorrere alla soluzione privatistica dell'assunzione (regolare o meno) di un'assistente domiciliare. Interviene anche il rifiuto di soluzioni istituzionalizzanti, il desiderio di mantenere l'anziano nel proprio ambiente di vita, di non sconvolgere i suoi ritmi e le abitudini invalse, di poterlo visitare liberamente, quando lo richiede o quando c'è un momento libero. L'adesione a una cultura «liberante» nei confronti dell'anziano comporta paradossalmente l'instaurazione di un rapporto di lavoro costrittivo con la donna assunta per assisterlo.

Il ritorno del lavoro domestico «fisso» (e dell'assistenza a domicilio, che ne rappresenta una versione più esigente) rappresenta per molti aspetti una riedizione della versione premoderna dei rapporti di lavoro. Ritorna la benevolenza come scelta discrezionale dei datori di lavoro, la crucialità delle relazioni personali come componenti costitutive dei rapporti di lavoro, la sovrapposizione tra abitazione e luogo di lavoro; in definitiva: un'asimmetria profonda nei rapporti, insieme alla dipendenza reciproca tra datori di lavoro e lavoratrici. Ritorna un contesto in cui il «padrone» è anche «patrono», conosce poco il linguaggio dei diritti, ma è disponibile ad assumere un ruolo di protezione verso la lavoratrice che accoglie sotto il suo tetto.

(24) Ambrosini, Abbatecola 2010; Tognetti 2012.

(25) Colombo, Semi 2007.

Questo lavoro stenta persino a essere riconosciuto come tale, affonda nell'invisibilità sociale, si intride di componenti informali, si confonde con le relazioni di mutuo aiuto tra le persone. Anche nelle definizioni si coglie una fatica nell'identificarne la natura di lavoro a tutti gli effetti: nel linguaggio burocratico delle sanatorie e dei decreti flussi, e poi in molte indagini e pubblicazioni che ne hanno ripreso le categorie, si distingue il lavoro «subordinato» (quello prestato alle dipendenze di aziende) dal lavoro «domestico», come se quest'ultimo non fosse «subordinato» a un datore di lavoro. Ma le anomalie si estendono ad altri aspetti.

Per ragioni di disponibilità e flessibilità (a senso unico) il reclutamento delle lavoratrici tende a seguire criteri opposti a quelli della promozione dell'integrazione sociale. I datori di lavoro assumono informazioni sulla situazione familiare delle candidate e scelgono preferibilmente persone sole, senza figli da accudire, magari arrivate da poco e quindi senza troppe pretese. In altri termini, sembra che la buona assistente domiciliare per svolgere bene il suo lavoro debba essere socialmente isolata. Anche l'instaurazione di legami e relazioni all'esterno del contesto domestico viene accettata finché non deborda dai limiti di tempo libero assegnati o non entra in tensione con la presenza assidua richiesta dal lavoro di cura.

Pesantezza delle condizioni di lavoro, costrizione dell'autonomia e della vita privata, ristrettezza delle relazioni e dell'ambiente di vita, fatica fisica, assenza di prospettive, fanno sì che l'occupazione di assistente domiciliare, almeno fino alla recessione, sia stata sovente considerata come una soluzione provvisoria, o sia stata comunque abbandonata dopo alcuni anni, se si intravedono possibilità alternative. Queste consistono di solito nel lavoro domestico a ore, che si associa con il conseguimento dell'autonomia abitativa e può favorire il ricongiungimento familiare.

In questo senso, le sanatorie, comprese quelle mascherate sotto forma di decreti flussi, hanno rappresentato per parecchie donne l'occasione per attuare scelte di rottura dello schema: con sorpresa e recriminazione da parte delle famiglie datrici di lavoro, non poche lavoratrici, quando hanno potuto godere della libertà di movimento derivante dalla legalizzazione del loro soggiorno in Italia, hanno lasciato il posto per cercare sistemazioni diverse.

Altre volte, è la morte o il ricovero dell'anziano a porre termine, talvolta bruscamente, alla collaborazione. Quella che sembra apparentemente un'occupazione stabile, relativamente sicura, in grado di fornire quel reddito costante di cui le donne (e le loro famiglie) hanno bisogno, si rivela così improvvisamente fragile e precaria. La caduta in una spirale di impoverimento e marginalità può essere rapidissima, se non subentra in tempi brevi un'altra opportunità nel settore.

A causa del nesso con le attività e le relazioni interne alla famiglia, queste occupazioni comportano poi una richiesta di coinvolgimento affettivo, di sostituzione anche relazionale di congiunti che non riescono a essere presenti come forse vorrebbero, di mobilitazione dunque non solo di energie fisiche, ma della personalità nel suo insieme. Non si vendono e si comprano soltanto delle ore di lavoro o delle prestazioni, ma un modo di essere, di atteggiarsi e di entrare in relazione: diventare «una persona di famiglia» è la richiesta esplicita o latente dei datori di lavoro, particolarmente nel caso di rapporti che comportano carichi assistenziali in un contesto di coabitazione. Possiamo parlare di una tendenza alla «familiarizzazione», densa di ambivalenze e di sottintesi. Le famiglie acquistano prestazioni lavorative, ma in realtà chiedono affetto e coinvolgimento emotivo. Talvolta, l'inquadramento cognitivo dell'aiutante domiciliare immigrata come una persona di famiglia può funzionare a senso unico: può diventare una scusante per il mancato rispetto degli obblighi contrattuali, o rappresentare una modalità tattica per addossarle compiti di compagnia, sorveglianza, accudimento, che travalicano orari e mansioni pattuite. D'altro canto, anche la lavoratrice può ricercare e gradire la familiarizzazione, o almeno accettarla. Separata dal mondo degli affetti e dal proprio ambiente di vita, può trovare apprezzabile che una famiglia le offra non solo un lavoro, ma un ambiente accogliente ed emotivamente ben disposto nei suoi confronti (26).

Nella vita quotidiana, datori di lavoro e assistenti domiciliari molto spesso mangiano insieme, guardano insieme la televisione, escono a far compere o a passeggio: il rapporto di impiego deborda dall'alveo strettamente lavorativo per investire la sfera delle relazioni personali, trascinando con sé stati d'animo, emozioni, affetti; o almeno l'aspettativa che l'interesse per i discorsi, le preoccupazioni, i vissuti dell'altro sia sincero.

Centrale nella composizione di questi nessi ed esigenze è la figura del *care manager*: la persona, di solito una figlia o una nuora, che organizza l'assistenza per il congiunto anziano. Questi si trova a dover mediare tra le esigenze dell'anziano da assistere e quelle dell'assistente domiciliare: altre volte tra i rilievi di altri parenti e la necessità di non compromettere il rapporto di lavoro, che nel frattempo si è caricato di componenti relazionali e affettive, ed è comunque diventato per l'anziano un'abitudine accettata. I *care manager* si trovano così a sorvolare sulla pulizia o sull'ordine della casa, purché il congiunto sia accudito con amorevolezza. La familiarizzazione, con le dinamiche relazionali e le componenti emotive che comporta, tende

(26) Boccagni, Ambrosini 2012.

quindi a oscurare le prestazioni che dovrebbero essere il contenuto principale del rapporto di lavoro.

Per contro, la sollecitudine dei datori di lavoro (e dei *care managers*) arriva a investire varie dimensioni della vita extralavorativa della donna immigrata, istituendo una sorta di «facoltà di intrusione» nella vita e nelle vicende private delle assistenti familiari, sia pure benevolmente orientata e magari sollecitata dalle dirette interessate.

La conclusione del rapporto di lavoro, specialmente quando avviene per scelta della lavoratrice, svela tuttavia le ambiguità della situazione: rompe l'involucro della familiarizzazione e riconduce il rapporto a uno scambio contrattuale. Proprio per questo, trascina con sé forme di recriminazione e risentimento, per l'ingratitude, la strumentalità, l'orientamento all'interesse personale che improvvisamente vengono riscontrati nella donna immigrata «accolta come una persona di famiglia».

Le ripercussioni di questa ristrutturazione di fatto del sistema di *welfare* si dispiegano attraverso i confini. Soltanto da qualche anno, e in maniera comunque insufficiente, ci si comincia a rendere conto del drenaggio di risorse affettive che viene effettuato nei confronti delle famiglie delle lavoratrici chiamate a puntellare con il loro lavoro i precari equilibri delle famiglie italiane e occidentali (27). Una questione che riveste invece primaria importanza nel dibattito interno ai loro paesi d'origine, benché trattata spesso in una logica di colpevolizzazione delle madri che, partendo, «abbandonano» i propri figli. Il benessere delle famiglie e degli anziani delle nostre società genera rimesse e trasferimenti di reddito verso i contesti di provenienza, ma provoca pure lacerazioni e sofferenze emotive nelle famiglie che si trovano private della figura materna (28). Meritoriamente, alcune ricerche hanno cominciato a sondare le ricadute sociali del *care drain* (il drenaggio di risorse emotive e relazionali, derivante soprattutto dalla partenza delle madri con figli piccoli) per le famiglie e i contesti d'origine (29): un aspetto che non dovrebbe mai essere dimenticato, quando si discute dell'indubbio e ingente contributo che gli immigrati forniscono al nostro sistema di *welfare*.

5. — *Di fronte alla crisi: la resilienza dell'immigrazione in Italia* — Occorre a questo punto approfondire quali conseguenze abbia avuto la lunga recessione dell'economia italiana sull'integrazione occupazionale degli immigrati.

(27) Ehrenreich, Hochschild 2004.

(28) Boccagni 2009; Bonizzoni 2007.

(29) Cfr., ad es., Piperno 2010.

I dati statistici per vari aspetti confermano l'erosione dell'inserimento lavorativo conseguito dagli immigrati tra la fine degli anni ottanta e il 2007. Gli immigrati hanno accusato un sensibile aumento del tasso di disoccupazione: da 7,4% (2007) a 14,1% (2016) per i cittadini dell'Unione europea, da 8,6% a 16,0% per i cittadini non comunitari, malgrado il recente miglioramento. Più controverso è il significato della diminuzione del tasso di occupazione: da 68,1% a 63,3% per i cittadini Ue tra il 2007 e il 2016, da 60,8% a 57,8% per i cittadini non comunitari (30). Qui, infatti, insieme alla recessione entrano in gioco anche i ricongiungimenti familiari e l'aumento della popolazione che non partecipa al mercato del lavoro (casalinghe, anche perché impegnate nell'accudimento di figli piccoli, studenti, giovani Neet).

A queste difficoltà sul piano occupazionale si aggiunge un deterioramento delle condizioni di lavoro, un incremento degli ostacoli alla stabilizzazione e alla promozione professionale, un acuirsi della povertà. Un aspetto posto in luce dal Rapporto ministeriale sul mercato del lavoro immigrato del 2016 consiste negli alti tassi di disoccupazione o di inattività della popolazione femminile di determinate nazionalità: «Il tasso di disoccupazione delle donne pakistane (67,3%), egiziane (62,1%), tunisine (44,1%) e ghanesi (37,2%) è elevatissimo, ma ben più complesso e pervasivo è il fenomeno dell'inattività. I tassi di inattività per le donne originarie del Pakistan, dell'Egitto, del Bangladesh, dell'India superano, infatti, l'80% a fronte di una media nazionale del 60,2%» (31). Anche in questo caso si tratta di un fenomeno complesso, in cui entrano in gioco le biografie e il ciclo di vita familiare, la mancanza di una rete familiare di sostegno e la classe sociale all'origine, l'arrivo per ricongiungimento al seguito dei mariti e i riferimenti culturali e religiosi. Difficile però negare che la crisi economica abbia rallentato i processi di inserimento nel mercato del lavoro delle donne immigrate con carichi familiari, soprattutto nell'ambito di alcuni gruppi nazionali.

I dati parlano però anche di altre differenze: di nazionalità, di settore, di territorio, di età. Per esempio, i tassi di occupazione rimangono elevati per alcune nazionalità, come filippini (80,6%), cinesi (72,5%), moldavi (64,5%), peruviani (65,4%), bangladesi (63,8%) ucraini (63,8%), srilankesi (63,1%) (32). Gli occupati stranieri, inoltre, sono tuttora nettamente più giovani degli italiani: nel 2016, 15,3% contro 11,6% ricadono nella fascia 15-29 anni; 34,3% contro 21,7% nella fascia successiva, 30-39 an-

(30) Ministero del Lavoro 2017.

(31) Ministero del Lavoro 2016, 27-28.

(32) Ministero del Lavoro 2017.

ni. Nella fascia 40-49 anni i due gruppi si equivalgono: 30,9%, poi, nelle fasce di età superiori il rapporto s'inverte, e lì si concentra molto di più l'occupazione italiana: 16,7% contro 27,2% nella fascia 50-59 anni, 3,8% contro 8,7% sopra i 60 anni (33).

Le differenze salariali a loro volta continuano a divaricare occupati italiani e stranieri. Tra questi ultimi, poco meno del 40% percepisce un salario fino a 800 euro, mentre fra gli italiani il dato riguarda il 14,1% degli occupati. A parità di mansione svolta, i lavoratori stranieri percepiscono una retribuzione decisamente inferiore alla componente italiana degli occupati. Nel caso degli operai, il 76,9% dei lavoratori Ue e l'80,8% dei lavoratori *extra* Ue guadagna meno di 1.200 euro al mese, rispetto al 56,5% degli italiani (34).

Il dato più sorprendente e generalmente trascurato si riferisce però all'aumento complessivo dell'occupazione degli immigrati durante la crisi, in valore assoluto e in termini di incidenza percentuale sull'occupazione complessiva (35). I dati Istat aggiornati al 2016 parlano di 2.400.000 occupati, pari al 10,5% dell'occupazione complessiva, e senza contare l'occupazione stagionale. Erano il 6,3% nel 2007. La crescita dell'occupazione immigrata nell'ultimo decennio, malgrado la crisi, ammonta a 953.000 unità (36). Si può argomentare: la segmentazione del mercato del lavoro non è stata attenuata dalla recessione. È possibile immaginare che la crisi abbia impattato non solo sui numeri degli occupati, ma anche sulla qualità del lavoro, approfondendo il divario tra condizioni occupazionali ritenute accettabili dagli italiani e condizioni accettabili per gli immigrati. In altri termini: la società della conoscenza brilla nei documenti europei, ma il mercato del lavoro effettivo rimane gremito di lavori faticosi, mal pagati, a basso riconoscimento sociale. E proprio questi in tempi di crisi sembrano aver resistito meglio dei lavori più desiderabili. Gli investimenti formativi dei giovani e delle famiglie hanno innalzato la qualificazione dell'offerta di lavoro, ma l'hanno anche allontanata da una domanda non altrettanto dinamica. L'Italia si conferma esportatrice di cervelli, ma anche importatrice di braccia.

Ciò che colpisce immediatamente è certo il senso di fatica, di precarietà, di arretramento, che traspare dietro l'arida oggettività dei dati e nell'osservazione diretta dell'immigrazione marginalizzata nelle nostre città. Ma un'analisi più meditata, senza negare il disagio, getta una luce su un'altra

(33) Ministero del Lavoro 2017.

(34) Ministero del Lavoro 2016, 37.

(35) Cfr. Saraceno *et al.* 2013; Caritas-Migrantes 2016.

(36) Ministero del Lavoro 2017.

faccia della storia: la tenacia dei migranti nel perseguire le speranze di una vita migliore. Quelle speranze che li hanno condotti in mezzo a noi, affrontando difficoltà di ogni genere. Di qui discende la persistenza dell'immigrazione a dispetto della crisi, in Italia come altrove. Smentendo previsioni improvvisate, analisi frettolose, preoccupazioni benintenzionate e auspici malcelati, gli immigrati raramente ritornano indietro. Sono diminuiti i tassi di incremento della popolazione immigrata, ma non i numeri complessivi, così come gli arrivi dal mare non hanno affatto provocato quell'aumento incontrollato del numero d'immigrati che spesso si paventa (37). In modo particolare l'occupazione, come abbiamo appena visto, è aumentata e non diminuita. Come in occasione di crisi precedenti, quali i due *shock* petroliferi degli anni settanta, di norma gli immigrati preferiscono affrontare la disoccupazione nei paesi di adozione che ritornare mestamente in patria da sconfitti. È relativamente più probabile anzi che tornino indietro coloro che provengono da paesi in crescita economica, tali da far intravedere nuove opportunità in patria, anziché coloro che si trovano in difficoltà ma non vedono prospettive nei luoghi di origine (38).

Diventa quindi importante analizzare le pratiche di adattamento e di risposta a questi tempi difficili.

La prima e forse più sorprendente è l'aumento delle partite Iva, ossia della partecipazione alle attività indipendenti (39). Il dato non è facile da interpretare: può coprire forme di autoimpiego di rifugio, in mancanza di meglio; può contenere un certo numero di paraimprese, ossia di attività soltanto formalmente autonome, in realtà dipendenti da un unico committente; può persino rappresentare un semplice espediente per poter rinnovare il permesso di soggiorno. Pur con queste avvertenze, rimane un indicatore di dinamismo e di intraprendenza. Mentre le imprese degli italiani diminuiscono, quelle degli immigrati sono cresciute anche in tempi di crisi.

La seconda indicazione che i dati forniscono muove invece nella direzione dell'adattamento a forme di occupazione peggiori delle precedenti: più precarie, più brevi in termini di orari, meno redditizie, ancora più lontane dai titoli di studio e dalle esperienze professionali pregresse. Il fatto stesso che gli immigrati ritrovino un lavoro più rapidamente degli italiani è ambivalente: indica solerzia nella ricerca, ma anche adattamento di necessità a quanto il mercato offre, senza grandi possibilità di scelta e spazi di negoziazione. In presenza di un'economia che a sua volta sembra aver ge-

(37) Ambrosini 2017.

(38) Castles, Miller 2010.

(39) Circa 550.000 lavoratori autonomi nel 2016: Idos 2016.

nerato in questi ultimi anni soprattutto posti di lavoro di mediocre qualità, per i quali gli immigrati rimangono più disponibili degli italiani.

Il terzo spunto riguarda invece i cambiamenti nella composizione dell'occupazione immigrata. Una volta confermata la concentrazione nei bassi livelli del sistema occupazionale, le strategie di resistenza delle famiglie immigrate sembrano passare anche attraverso un riposizionamento sui segmenti in cui la domanda di lavoro ha mostrato maggiore tenuta. Mentre costruzioni e industria manifatturiera hanno perso migliaia di posti di lavoro, nei quali molti immigrati si erano inseriti nel ventennio precedente, la crisi ha investito in minor misura l'agricoltura e i servizi alle famiglie in ambito domiciliare. Due ambiti in cui le lacune nei dati e la diffusione del sommerso rendono più incerte le analisi. In agricoltura si verificano fenomeni di ritorno verso il Mezzogiorno di immigrati che si erano spostati al Nord, quando le opportunità occupazionali erano più numerose e continuative. Nel complesso, infatti, l'agricoltura mediterranea continua a manifestare picchi di fabbisogno nelle stagioni di raccolta, pur offrendo condizioni di lavoro deprecabili (40). Nei servizi domiciliari, la domanda si è dimostrata meno dipendente dal ciclo economico di quella relativa alle imprese. Fattori come l'invecchiamento della popolazione e l'aumento degli anziani bisognosi di cure non badano agli andamenti economici. Qui di conseguenza la domanda regge, anche se non si esprime compiutamente nei dati ufficiali. Per gli immigrati, questo comporta un ulteriore incremento della quota di occupazione alle dipendenze delle famiglie. Cresce il numero di uomini occupati nel settore. Aumenta la concentrazione delle donne immigrate. In molte famiglie, la perdita o la sottoccupazione dei mariti tende a essere compensata dal maggiore lavoro delle mogli soprattutto in questo ambito.

6. — *Rimanere malgrado la crisi* — La crisi ha senza dubbio inasprito un problema già largamente diffuso, soprattutto nell'Europa meridionale. Mediamente, gli immigrati, soprattutto oggi, sono più qualificati di quanto sarebbe richiesto dai lavori che svolgono e sono più qualificati degli italiani che svolgono i medesimi lavori. L'emigrazione comporta di solito una discesa sociale: una traiettoria di mobilità occupazionale a L, in cui le speranze di risalita sociale solo per pochi si realizzano (41). Si potrebbe aggiungere: prevalentemente grazie al passaggio al lavoro indipendente che rappresenta per gli immigrati la principale valvola di mobilità sociale ascen-

(40) Pugliese 2012.

(41) Fellini, Guetto 2017.

dente, così come è storicamente avvenuto in Italia per le classi popolari (42). La letteratura parla in proposito di *overqualification*, a cui si può accostare il concetto assai simile di *overeducation*, riferito ai livelli di istruzione. Si verifica dunque uno spreco del capitale umano rappresentato dall'istruzione e dalle competenze di molti migranti. Come hanno mostrato le analisi di Fullin e Reyneri (43), già richiamate in precedenza, nel Sud dell'Europa i tassi di occupazione degli immigrati sono più alti che nell'Europa settentrionale, ma i lavori che trovano sono schiacciati verso il basso: in gran parte lavori manuali. Nel Nord Europa, invece, a livelli di occupazione più bassi fa riscontro una (relativa) maggiore diversificazione dei destini occupazionali.

È vero tuttavia che gli immigrati sono anche mediamente più vulnerabili degli italiani dello stesso livello sociale. Molti di loro, soprattutto se hanno familiari o parenti stretti in patria, inviano loro una parte più o meno cospicua dei risparmi che sono riusciti a mettere da parte, mediante le rimesse. Non di rado investono in progetti come la costruzione o l'acquisto di una casa in patria. Se perdono il lavoro, rischiano di avere a disposizione pochi risparmi per far fronte alla crisi; rapidamente molti si trovano a non poter pagare più l'affitto o il mutuo bancario sull'abitazione che hanno faticosamente acquistato in Italia. In altri termini, gli immigrati sono più vulnerabili degli italiani anzitutto per la carenza di risorse di riserva, rappresentate soprattutto dai risparmi: l'obbligo morale ed economico di inviare rimesse ai congiunti in patria si traduce in una fonte di rischio per gli immigrati quando il lavoro viene a mancare e qualche risparmio servirebbe a fronteggiare periodi di penuria ed eventuali emergenze. Inoltre, le loro reti di riferimento in tempi di crisi si rivelano fragili e scarsamente supportive: mancano parenti stretti dotati di qualche risorsa a cui potersi rivolgere per chiedere aiuto, e i connazionali, che in altri momenti fornivano informazioni e appoggi per trovare lavoro, sono oggi sovente essi stessi colpiti dalla crisi e in cerca di nuovi sbocchi.

Manca poi agli immigrati una risorsa che ha aiutato molti italiani in difficoltà in questi anni di crisi: le pensioni dei genitori o dei nonni. Un'entrata stabile, fissa, che ha consentito di fronteggiare la perdita di altre fonti di reddito. Per questo è relativamente più facile che gli immigrati cadano in povertà rispetto agli italiani.

Resta vero però che, in ogni caso, i migranti hanno di regola uno *status* sociale migliore nel paese di origine che nel paese di destinazione. Come un

(42) Ambrosini 2011.

(43) Fullin, Reyneri 2011 e 2013.

tempo in molte famiglie italiane c'erano gli «zii d'America», allo stesso modo oggi in molti paesi del mondo ogni tanto arrivano in visita gli «zii d'Italia». Questo fatto comporta varie conseguenze. Anzitutto, molti continuano a lungo ad alimentare un'identità dislocata, ossia si sentono più a casa loro in patria, dove tornano magari un mese all'anno, che nel paese in cui trascorrono la massima parte della loro vita. Lì arrivano carichi di regali, ben vestiti, generosi nelle relazioni personali e nei racconti. Sono ammirati e invidiati, invitati a feste e cerimonie familiari, collocati al posto d'onore nelle tavolate. Questo solo fatto, tra l'altro, comporta effetti imitativi. Anche quando provano a raccontare della dura vita che conducono nei paesi di destinazione non vengono creduti. Il benessere che esibiscono smentisce i loro racconti. A volte i loro tentativi di scoraggiare le partenze di altri fanno sorgere persino il dubbio che non vogliano essere seguiti da parenti e compaesani.

La considerazione di cui godono gli emigranti si traduce poi in strategie matrimoniali: i giovani possono negoziare matrimoni socialmente più vantaggiosi nei luoghi di origine, loro o magari dei loro genitori o addirittura dei nonni, di quanto non riescano a fare nei paesi in cui vivono, spesso confinati in quartieri poveri e occupazioni indesiderate. Il solo fatto di essere insediati nel Nord del mondo li rende partner matrimoniali ambiti, e consente di sposare persone di un livello sociale superiore (44). Questo fatto contribuisce a spiegare la frequenza dei matrimoni con partner del paese di origine, anche da parte dei giovani discendenti di una famiglia insediata da decenni in Europa o in altre regioni sviluppate.

L'immagine di successo degli emigranti ha una conseguenza particolarmente importante per le strategie di fronteggiamento della recessione: costituisce un potente fattore di disincentivo di eventuali ritorni, in caso di fallimento del progetto migratorio, di perdita del lavoro, o di deterioramento delle condizioni economiche nel paese di destinazione. Tornare da sconfitti, a testa bassa, con le tasche vuote, è uno dei loro incubi peggiori. Senza contare, se sono arrivati di recente, che molti di loro si sono indebitati per poter partire. Paradossalmente, come ho già ricordato, è più facile che accarezzino l'idea di tornare in patria i migranti che hanno conseguito un certo successo, hanno accantonato un po' di risparmi e di benemerienze, e in patria possono coltivare progetti di investimento, anziché quelli che non hanno avuto fortuna e sarebbero soggetti a riprovazione e maldicenze una volta rientrati.

Va, infine, rammentato che le nostre norme previdenziali scoraggiano i ritorni: i contributi previdenziali versati vengono, infatti, incamerati dal-

(44) Della Puppa 2013.

l'Inps, a seguito della legge Bossi-Fini, se i lavoratori lasciano il nostro paese prima di andare in pensione, salvo improbabili accordi di reciprocità con i paesi di origine.

Una ricerca sulla disoccupazione adulta in Lombardia (45) ha confermato sia la vulnerabilità degli immigrati in un contesto di recessione, sia la loro resilienza. Gli intervistati stranieri, pur riuscendo a trovare nuove occupazioni con la stessa intensità degli italiani, collezionano lavori talmente instabili e discontinui da essere continuamente alla ricerca di nuove sistemazioni.

Tuttavia, anche gli immigrati attivano risorse e capacità di far fronte alla disoccupazione. Ho già richiamato la maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e il riposizionamento verso il settore dei servizi domestici e assistenziali. Va aggiunto che donne e anche uomini hanno approfittato delle opportunità offerte dai dispositivi anticrisi, scegliendo corsi di formazione nell'ambito dei servizi socio-sanitari. I ruoli professionali di genere si rimescolano e cresce il numero di uomini immigrati che trovano impiego nei lavori tradizionalmente femminili. All'interno delle famiglie immigrate, molti mariti, rimasti disoccupati, hanno iniziato a occuparsi delle mansioni domestiche e della cura dei figli, mentre le mogli lavorano fuori casa. In altri termini: persino nelle famiglie inquadrate secondo gli stereotipi di tradizioni maschiliste, la crisi produce la revisione della distribuzione dei ruoli domestici e familiari.

Nessuno degli immigrati intervistati si è mostrato rassegnato e, a parte brevi rientri in patria e forme di pendolarismo per chi arriva dai paesi più vicini, nessuno ha manifestato la volontà di tornare definitivamente nel paese di origine. Le ricorrenti narrazioni su massicci ritorni degli immigrati spiazzati dalla recessione non hanno trovato riscontro. I protagonisti preferiscono continuare a lottare qui tra le avversità piuttosto che tornare indietro sconfitti. Malgrado l'asprezza della crisi e gli arretramenti subiti, speranza e tenacia continuano a nutrire i progetti e le esperienze dei migranti. La questione pensionistica, come minimo, contribuisce alla persistenza del radicamento in Italia anche al di là delle convenienze immediate.

7. — *Conclusioni. Accettazione economica e rifiuto politico* — Spesso si parla dell'effetto specchio dell'immigrazione, nel rivelare dinamiche di sviluppo, caratteri peculiari, nodi irrisolti delle società riceventi. Questo appare particolarmente evidente nel caso del mercato del lavoro.

Come abbiamo notato nelle pagine precedenti, il crescente peso degli

(45) Ambrosini *et al.* 2013.

immigrati nel sistema occupazionale italiano rivela anzitutto che l'assetto delle economie postindustriali non viaggia univocamente in direzione della «società della conoscenza», come piace alle istituzioni europee: c'è ancora molta domanda di lavoro manuale, nei campi, nei cantieri edili, nei servizi urbani, nelle famiglie, in ciò che rimane della produzione industriale.

In compenso, l'offerta di lavoro interna sta cambiando rapidamente, e non soltanto per ragioni demografiche. La grande maggioranza dei giovani completano gli studi superiori e più della metà si iscrivono all'università. Difficile rimandarli sui ponteggi dei cantieri edili o ad assistere gli anziani in coabitazione. Difficile anche che siano disposti a spostarsi in città e regioni lontane, con i costi e i disagi conseguenti, quando si tratta di occupare posti precari e mal pagati. La prima ragione del fabbisogno di manodopera immigrata è la forbice tra richieste della domanda e disponibilità dell'offerta di lavoro. In altri termini, rappresenta una conferma della maggiore autonomia dell'offerta di lavoro di oggi rispetto ai condizionamenti della domanda.

L'arrivo degli immigrati disegna poi una geografia economica del nostro paese che pone in evidenza le aree più dinamiche e bisognose di manodopera, nonostante la crisi (46), oltre ai sistemi che impiegano lavoro stagionale in agricoltura e nell'industria turistica. In generale, malgrado la recessione abbia colpito severamente proprio queste aree, resta vero che la presenza di immigrati si correla positivamente con alti livelli di occupazione e di reddito. Possiamo parlare in proposito di «integrazione subalterna»: una relativa accettazione degli immigrati a patto che si accollino i lavori rifiutati dagli italiani. Il discorso pubblico ostile, soprattutto negli ultimi anni, tende a negare questa inclusione di fatto e a peggiorarne le condizioni, ma non giunge a rovesciare questo dato di fondo.

Il ricorso al lavoro di immigrati, e in questo caso soprattutto di donne immigrate, ha poi connessioni con un sistema di *welfare* tuttora centrato sul ruolo della famiglia come perno dell'erogazione dei servizi alle persone. Per un verso, l'assunzione di collaboratrici familiari e assistenti domiciliari immigrate parla dell'affaticamento di questo sistema, pressato dall'aumento degli anziani bisognosi di assistenza, dall'insufficiente sviluppo di servizi di natura pubblica, dalla partecipazione delle donne al lavoro extradomestico, dall'insufficiente redistribuzione dei compiti domestici. Per altro verso, l'estensione della capacità di cura delle famiglie mediante il puntello rappresentato da lavoratrici e lavoratori immigrati ribadisce e attualizza la centralità della famiglia come agenzia primaria di produzione di cure in-

(46) Luciano *et al.* 2007.

formali e quotidiane. Relazioni premoderne rafforzano equilibri postmoderni di composizione tra lavoro extradomestico dei coniugi e riproduzione sociale a base familiare, tra realizzazione personale e responsabilità verso i più deboli, tra emancipazione femminile e conservazione dei ruoli tradizionali. Nello stesso tempo, producono intrecci e legami sociali nel cuore della vita quotidiana e delle relazioni familiari.

Infine, gli immigrati stanno rimpiazzando gli italiani anche nei segmenti inferiori del lavoro autonomo. Accanto a forme di lavoro autonomo fittizie, o richieste dalla necessità di conservare il permesso di soggiorno, se ne ricava la conferma, pur nella maggiore difficoltà di questi anni, che mettersi in proprio rimane la via maestra della mobilità sociale per i lavoratori che partono dai ranghi inferiori del sistema occupazionale. Gli immigrati non sono semplicemente vittime passive di sistemi economici che li attraggono e li lasciano ai margini, né parassiti arrivati per sfruttare le risorse delle società riceventi: sono attori sociali ed economici che, sottoposti a vincoli e condizionamenti di natura anzitutto politica, attivano le risorse di cui dispongono per cercare di costruire opportunità migliori di vita per sé e per le proprie famiglie.

Riferimenti bibliografici

- Abbatecola E. (2002), *Le reti insidiose. Organizzazione e percorsi della tratta tra coercizione e produzione del «consenso»*, in *Caritas ambrosiana*, 69-133.
- Ambrosini M. (2011), *Sociologia delle migrazioni*, il Mulino, Bologna.
- Ambrosini M. (2013), *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, il Mulino, Bologna.
- Ambrosini M. (2014), *Non passa lo straniero? Le politiche migratorie tra sovranità nazionale e diritti umani*, Cittadella, Assisi.
- Ambrosini, M. (2017), *Migrazioni*, Egea, Milano.
- Ambrosini M., Abbatecola E. (a cura di) (2010), *Famiglie in movimento. Separazioni, legami, ritrovamenti nelle famiglie migranti*, Il Melangolo, Genova.
- Ambrosini M., Berti F. (a cura di) (2003), *Immigrazione e lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Ambrosini M. et al. (a cura di) (2013), *Perdere e ritrovare il lavoro. L'esperienza della disoccupazione al tempo della crisi*, il Mulino, Bologna.
- Boccagni P. (2009), *Tracce transnazionali: vite in Italia e proiezioni verso casa tra i migranti ecuadoriani*, FrancoAngeli, Milano.
- Boccagni P., Ambrosini M. (2012), *Cercando il benessere nelle migrazioni. L'esperienza delle assistenti familiari straniere in Trentino*, FrancoAngeli, Milano.
- Bonizzoni P. (2007), *Famiglie transnazionali e ricongiunte: per un approfondimento nello studio delle famiglie migranti*, in *Mondi migranti*, n. 2, 91 ss.

- Carchedi F. *et al.* (a cura di) (2003), *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, FrancoAngeli, Milano.
- Caritas ambrosiana (2002), *Comprate e vendute. Una ricerca su tratta e sfruttamento di donne straniere*, a cura di Ambrosini M., FrancoAngeli, Milano.
- Caritas-Migrantes (2016), *XXV Rapporto Immigrazione 2015*, Tau editrice, Todi (PG).
- Castles S., Miller M. (2010), *Migration and the global economic crisis: one year on: a virtual symposium, update 1*. Scaricato dal sito http://www.age-of-migration.com/uk/financialcrisis/updates/migration_crisis_april2010.pdf.
- Censis-Fondazione Ismu (2012), *Elaborazione di un modello previsionale del fabbisogno di servizi assistenziali alla persona nel mercato del lavoro italiano con particolare riferimento al contributo della popolazione straniera*, Rapporto finale, Roma: ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.
- Colombo A.D. (2012), *Fuori controllo? Miti e realtà dell'immigrazione in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Colombo E., Semi G. (a cura di) (2007), *Multiculturalismo quotidiano. Le pratiche della differenza*, FrancoAngeli, Milano.
- Della Puppa, F. (2013), *Tensioni e ambivalenze nel cammino verso l'età adulta. Uomini bangladesi in Italia e ricongiungimento familiare*, in *Mondi migranti*, n. 3, 121 ss.
- Düvell F. (a cura di) (2006), *Illegal Immigration in Europe. Beyond control?*, Basingstoke, Palgrave MacMillan.
- Ehrenreich B., Hochschild A.R. (a cura di) (2004), *Donne globali. Tate, colf e badanti*, trad. it., Feltrinelli, Milano.
- Esping-Andersen G. (2000), *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, il Mulino, Bologna.
- Fellini I., Guetto R. (2017), *I percorsi lavorativi degli immigrati in Italia: declassamento occupazionale e intrappolamento*, paper presentato al primo convegno Sisec (Società italiana di Sociologia economica), Roma, 26-28.1.2017.
- Fondazione Ismu (Istituto di studi e iniziative sulla multietnicità) (2016), *Ventiduesimo Rapporto sulle migrazioni 2016*, FrancoAngeli, Milano.
- Fullin G., Reyneri E. (2011), *Low Unemployment and Bad Jobs for New Immigrants in Italy*, in *International Migration*, n. 49 (1), 118 ss.
- Fullin G., Reyneri E. (2013), *Gli immigrati in un mercato del lavoro in crisi: il caso italiano in prospettiva comparata*, in *Mondi migranti*, n. 1, 21 ss.
- Hagan, J. (1998), *Social networks, gender and immigrant incorporation: resources and constraints*, in *American Sociological Review*, n. 63 (1), 55 ss.
- Hirschman C. (2004), *The role of religion in the origin and adaptation of immigrant groups in the United States*, in *International Migration Review*, n. 38 (3), 1206-1233.
- Hollifield J.F. *et al.* (a cura di) (2014), *Controlling Immigration: A Global Perspective*, Stanford University Press.
- Idos (2016), *Immigrazione. Dossier statistico 2016*, Idos, Roma.
- International Centre for Migration Policy Development (Icmpd) (2009), *Regime. Regularisations in Europe Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU*, Final Report, Vienna, gennaio.

- Luciano *et al.* (2007), *Immigrati in fabbrica. Una ricerca sul lavoro operaio nelle imprese metalmeccaniche piemontesi*, in *Mondi migranti*, n. 1, 139 ss.
- Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (2016), *Sesto Rapporto annuale sul mercato del lavoro degli immigrati*, Roma, scaricato dal sito www.lavoro.gov.it.
- Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (2017), *Settimo Rapporto annuale sul mercato del lavoro degli immigrati*, Roma, scaricato dal sito www.lavoro.gov.it.
- Parreñas R.S. (2001), *Servants of Globalization. Women, Migration, and Domestic Work*, Stanford University Press, Stanford.
- Piperno F. (2010), *Dalla catena della cura al welfare globale. L'impatto delle migrazioni sui regimi di cura nei contesti di origine e le nuove sfide per una politica di co-sviluppo sociale*, in *Mondi migranti*, n. 3, 47 ss.
- Pugliese E. (2002), *L'Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, il Mulino, Bologna.
- Pugliese E. (2012), *Il lavoro agricolo immigrato nel Mezzogiorno e il caso di Rosarno*, in *Mondi migranti*, n. 3, 7 ss.
- Reyneri, E. (2002), *Sociologia del mercato del lavoro*, il Mulino, Bologna.
- Saraceno C. *et al.* (a cura di) (2013), *Stranieri e disuguali. Le disuguaglianze nei diritti e nelle condizioni di vita degli immigrati*, il Mulino, Bologna.
- Sassen S. (2003), *Le città nell'economia globale*, trad. it., il Mulino, Bologna.
- Stalker P. (2003), *L'immigrazione*, Carocci, Roma.
- Tognetti M. (2012), *Donne e percorsi migratori. Per una sociologia delle migrazioni*. FrancoAngeli, Milano.
- Vianello, F.A. (2009), *Migrando sole. Legami transnazionali tra Ucraina e Italia*, FrancoAngeli, Milano.

ABSTRACT

L'articolo mostra che la società italiana ha accettato negli ultimi trent'anni un ampio afflusso di manodopera immigrata (circa 2,4 milioni di occupati), accettando in qualche misura il loro ruolo economico, ma senza concedere riconoscimento sociale e piena cittadinanza. Sette leggi di sanatoria in 25 anni ne sono la dimostrazione.

La crisi economica sembra avere compromesso la principale motivazione dell'accettazione degli immigrati, ossia i fabbisogni del mercato del lavoro. Tuttavia, malgrado molte difficoltà, gli immigrati hanno aumentato la loro incidenza sull'occupazione, passando da meno del 7% nel 2008 a più del 10% nel 2016. La persistente segmentazione del mercato del lavoro, le carenze dei servizi di welfare, l'espansione dei lavori poveri, il supporto delle reti etniche ne sono le principali motivazioni.

In conclusione, l'articolo sostiene che l'Italia ha ancora bisogno del lavoro degli immigrati, ma ha sviluppato una forma di «integrazione subalterna», in cui una limitata accettazione è disgiunta da un pieno riconoscimento.

WHY AND HOW IMMIGRANTS CONTINUE TO WORK IN ITALY

The article shows that Italy has admitted a large inflow of immigrant workers in the last thirty years (about 2.4 million of regular workers), accepting in some way their economic role, but denying them social recognition and full citizenship. Seven regularization laws in 25 years demonstrate this.

Economic recession seems to have called off the main motivation for the acceptance of immigrants: that of labour market's needs. However, despite many difficulties, immigrants have increased their weight on employment, passing from less than 7 per cent in 2008 to more than 10 per cent in 2016. Persisting segmentation of the labour market, shortages in welfare provision, expansion of menial jobs, and support by ethnic networks are the main explanations.

In conclusion, the article claims that Italian society is still in need of immigrants' labour, but it has developed a form of «subordinate integration», in which a limited acceptance is decoupled from full recognition.

Monica McBritton (*)

LAVORO EXTRACOMUNITARIO, MERCATO DEL LAVORO, CONTRATTI

SOMMARIO: 1. Introduzione: alcuni dati. — 2. Lo straniero extracomunitario e il diritto del lavoro. — 3. La cornice europea. — 4. L'accesso in Italia per motivi di lavoro. — 4.1. *Segue*: il lavoro stagionale. — 4.2. *Segue*: il lavoro autonomo e la piccola impresa. — 4.3. *Segue*: il lavoro subordinato. — 5. La permanenza del lavoratore extracomunitario. — 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. — *Introduzione: alcuni dati* — Ogni anno vengono pubblicati rapporti sulla condizione del lavoro immigrato, alcuni dei quali di fonte governativa, come quelli a cura del ministero del Lavoro – Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione. Al momento, l'ultimo disponibile è il sesto del 2016. In esso si ribadisce un quadro abbastanza noto agli studiosi del fenomeno migratorio: la «complementarietà» del lavoro degli stranieri rispetto ai nativi, in quanto i primi svolgono attività poco qualificate a prescindere dal loro livello di istruzione (1).

In rapporto a questi dati, due osservazioni di carattere generale vanno fatte: la prima è che sono passati quasi 50 anni da quando l'Italia ha incominciato a conoscere il fenomeno (siamo oramai alle seconde e terze generazioni), ma si fa ancora molta fatica a considerare il fenomeno come strutturale e quindi non è parte costitutiva della agenda di Governo, se non sul versante, per così dire, emergenziale. Per dimostrare tale assunto basterebbe ricordare che il d.lgs. 25.7.1998, n. 286, il Testo Unico sull'immigra-

(*) Professore aggregato di Diritto del lavoro presso l'Università del Salento.

(1) Questi alcuni dati evidenziati: poco meno dell'80% è impiegato con la qualifica di operaio e, per di più, appena lo 0,9% degli occupati ha una qualifica di dirigente o quadro a fronte del 7,6% degli italiani. La quota di lavoratori Ue ed *extra* Ue laureati impiegati con mansioni di basso livello è pari, rispettivamente, al 6,1% e all'8,4% dei totali di riferimento, a fronte dell'1,3% degli italiani. Inoltre, il 70,4% degli occupati comunitari e il 60,6% degli extracomunitari impiegati come dirigente, professioni intellettuali e tecniche è laureato, contro il 48,8% degli italiani. Tali dati sono evidenziati anche nella scheda di sintesi; sia il rapporto che la scheda sono consultabili all'indirizzo <http://www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Sesto-Rapporto-Annuale-I-migranti-nel-mercato-del-lavoro-in-Italia2016>.

zione (d'ora in poi T.U.), all'art. 3 – significativamente intitolato «Politiche migratorie» – prevede l'elaborazione di un documento programmatico triennale in capo alla Presidenza del Consiglio, con la consultazione di un ampio spettro di soggetti istituzionali, privati e rappresentanti di interessi, la cui ambiziosa funzione è quella di indicare azioni e interventi sia in termini di politica estera e interna, sia in termini di individuazione di criteri per la programmazione dei flussi di ingresso e per favorire l'integrazione e l'inserimento sociale degli stranieri presenti. Purtroppo l'ultimo documento di cui si ha notizia è quello relativo al triennio 2004/2006, emanato con il d.P.R. 13 maggio 2005.

La seconda osservazione concerne l'intensa frammentazione del mercato del lavoro in generale: come è noto, il mercato del lavoro italiano è segmentato sia professionalmente, sia territorialmente, sia in termini di pluralità di figure contrattuali progressivamente introdotte dal legislatore negli ultimi 20-25 anni. Orbene, la frammentazione interessa anche le immigrate e gli immigrati extracomunitari, ma spesso con connotazioni differenti. In effetti, come si evince dai dati richiamati in apertura di questo contributo, e non solo, la mobilità sociale è bassa tanto da far sì che si parli di ghettizzazione degli stranieri (2).

Per un altro verso, ancora dal punto di vista fattuale, un dato che dovrebbe far riflettere è quello concernente l'imprenditoria: il 10,9% sul totale delle imprese individuali ha come titolari cittadini extracomunitari. Il dato è ancora più rilevante in alcuni settori come noleggio, agenzie di viaggio, servizi di supporto alle imprese (23%), costruzioni (15,2%), commercio all'ingrosso e al dettaglio, riparazione di autoveicoli ecc. (16,4%), attività manifatturiere (12,5%) e servizi di informazione e comunicazione (10,9%), attività dei servizi di alloggio e di ristorazione (10,2%) (3).

L'attuale momento storico, con atti di terrorismo posti in essere da soggetti di origine straniera, ma comunque già presenti da lungo tempo sul territorio europeo, ci obbliga ad affrontare le complesse questioni relative alle forme di integrazione effettivamente praticate; è necessario, infatti, dare la dovuta importanza a questi processi, domandandoci se e quanto la stessa disciplina giuridica del lavoro immigrato non possa costituire, per l'appunto, una parte del problema.

(2) Per i dati sulla collocazione degli stranieri nel mercato del lavoro, vd. Strozza, De Santis 2017; per un'analisi sociologica, per tutti, Ambrosini 2001, Id. 2010.

(3) Il numero complessivo è di 354.117; l'anno di riferimento è il 2015. Cfr. Sesto Rapporto, 71-72.

2. — *Lo straniero extracomunitario e il diritto del lavoro* — Insomma, è necessario partire da una domanda che ha anche risvolti di carattere sistematico: la condizione personale di *cittadino* di un paese extracomunitario incide sulla condizione di lavoratore? Se la risposta è affermativa, in che modo ciò avviene, entro quali limiti e con quali conseguenze?

Tali domande sono doverose, innanzitutto alla luce del disegno costituzionale: infatti, fra le «soggettività» contemplate nella Carta fondamentale, una delle più rilevanti è quella del lavoratore/lavoratrice. La questione è nota e – salvo la specifica disposizione di cui all’art. 4, c. 1 – la cittadinanza non ha (non dovrebbe avere) rilevanza (4). In effetti, la Corte costituzionale non ha ritenuto dirimente il riferimento testuale al «cittadino» nemmeno in questo caso, ma lo scopo perseguito, consistente nell’effettività della tutela del lavoro. A tal fine, e cioè a tutela del lavoro nativo, possono essere ragionevoli i limiti imposti all’ingresso in Italia per lavoro agli stranieri extracomunitari (5). Una volta, però, che allo straniero sia stato consentito l’accesso al territorio italiano per lavoro, in linea generale, non sono legittime differenziazioni fra il lavoratore extracomunitario e quello nativo o comunitario.

Per un lungo periodo, infatti, qualunque manuale di diritto costituzionale – ma succedeva spesso anche per quelli di diritto del lavoro – sottolineava fra le specificità della Costituzione italiana in quanto costituzione sociale di diritto, il fondamento lavorista e quello personalista. Tutto sommato, salvo per quanto riguardava l’esercizio dei diritti politici (e il pubblico impiego, ma questa è un’altra storia), la cittadinanza non assumeva un ruolo centrale.

Ancora, vi sono ragioni che risalgono al dettato costituzionale di cui all’art. 10, c. 2, contenente una riserva di legge rinforzata in forza della quale, avendo l’Italia ratificato e reso esecutiva la Convenzione OIL n. 143/1975, il principio di parità di trattamento fra i lavoratori nazionali e i lavoratori stranieri regolari viene ulteriormente precisato e rinforzato. Esso, infatti, è espressamente enunciato anche all’art. 2, c. 3, T.U. La *ratio* di tali disposizioni è complementare all’interpretazione fatta propria dal giudice delle leggi nella decisione già richiamata: evitare il *dumping* sociale e quindi garantire i livelli di tutela raggiunti dal lavoro nativo.

Naturalmente i diritti sociali hanno una portata più ampia e si declina-

(4) A meno che non siano in gioco altri principi costituzionali, come nel caso dell’accesso al pubblico impiego e all’esercizio del *munus* pubblico: sul punto, per approfondimenti sia consentito il rinvio a McBritton 2015, 389 ss., nonché a De Marco, in questo fascicolo, 599 ss.

(5) C. cost. 2.7.1970, n. 144.

no non solo in termini di diritti del lavoratore in senso stretto, ma coinvolgono anche profili della personalità che, tradizionalmente, in Italia sono riconducibili all'assistenza sociale (in opposizione alla previdenza sociale) oppure a una dimensione di sicurezza sociale universale che prescinde dalla condizione lavorativa. Anche l'accesso a questi diritti è oggetto di riflessione dottrinale; tuttavia fuoriesce dall'ambito del presente contributo (6).

Dunque, a rigore l'intervento specifico del legislatore ordinario dovrebbe dispiegarsi in merito alla disciplina attinente l'ingresso in Italia per lavorare. In verità, le questioni sono più complesse poiché non è così netto il confine fra la regolamentazione di carattere pubblicistico concernente l'accesso al territorio e la posizione giuridica di lavoratore: già nella sua versione originaria – quella del 1998 – il T.U. era articolato in modo difforme in rapporto al complessivo dato normativo del diritto del lavoro, come si vedrà in seguito.

3. — *La cornice europea* — Prima ancora di procedere alla disamina del T.U., è opportuno ricordare per ragioni di completezza del quadro normativo di riferimento, quanto previsto dall'ordinamento dell'Ue. A partire dal Trattato di Amsterdam del 1997 (7) avviene una progressiva attrazione della materia concernente l'immigrazione nell'ambito delle competenze Ue. Tale allargamento è, però, parziale e spesso sbilanciato verso la repressione dell'immigrazione irregolare, poco interessato all'ordinaria disciplina del fenomeno migratorio. In effetti, l'art. 79, c. 5, TfUe garantisce il «diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo» e, quindi, è il singolo Stato membro, la singola legislazione nazionale, a determinare le condizioni di regolarità o meno dello straniero che intende lavorare sul suo territorio. Inoltre, il c. 4 dispone che l'Ue può «sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, a esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». Dunque, la competenza stabilita al c. 2, lett. c, dello stesso art. 79, relativa al contrasto alla clandestinità, risulta monca poiché l'Ue può intervenire sulle conseguenze delle normative statuali, ma non può nemmeno provare a incide-

(6) Si vd., di recente, Garilli 2017, 13 ss.; Savino 2017, 165 ss.; D'Onghia 2017, 555 ss., e, per la complessa questione nella prospettiva della Corte di Giustizia, Ales 2017, 295 ss.

(7) Chiaromonte 2013, 39 ss.

re, con proposte di regolazione generale e uniforme, sull'accesso regolare al lavoro degli stranieri extracomunitari (8). Evidentemente, tutto ciò comporta la centralità della legislazione nazionale.

Comunque, anche a livello europeo, la questione dell'eccessiva segmentazione sembra costituire una preoccupazione: infatti, già dalla fallita proposta di direttiva del 2001 (9), si discuteva sull'opportunità di unificare i documenti che consentono l'accesso e la regolare permanenza sul territorio comunitario e anche il lavoro regolare. È stata così emanata la Direttiva n. 2011/98/UE – attuata con d.lgs. 4.3.2014, n. 40 (10) – relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro. La direttiva, infatti, introduce un *permesso unico per lavoro*: formula che deve essere presente nei permessi di soggiorno che consentono l'attività lavorativa. Tuttavia, anche qui le innumerevoli eccezioni previste, cioè permessi di soggiorno a cui tale disposizione non si applica (permessi di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, per motivi umanitari, per *status* di rifugiato, per protezione sussidiaria, per studio, per lavoro stagionale, per lavoro autonomo e per alcune categorie di lavoratori fuori quota), fanno sì che non si comprenda bene quale sia lo scopo effettivamente perseguito (11).

Va osservato che l'attuazione della direttiva in parola nel citato d.lgs. n. 40/2014 è stata particolarmente minimalista: oltre alla previsione del permesso unico, è stato previsto solo un termine massimo di 60 giorni per il rilascio di tutti i permessi di soggiorno nonché l'obbligo di informare lo straniero sui diritti conferiti con la titolarità di un tale documento, ed è stata abrogata la norma regolamentare che imponeva la stipula del contratto di soggiorno al momento del rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro. Il d.lgs. tace invece in merito alla parità di trattamento, ma tale silenzio non pare grave perché l'Italia è uno dei pochi paesi europei ad aver ratifi-

(8) Calafà 2013a, 58.

(9) Com(2001)386.

(10) Per una puntuale disamina del citato d.lgs. vd. Guariso 2015, 15 ss.

(11) Pascouau, McLoughlin 2012, che valutano la direttiva come «*a very small but necessary step along the long and torturous road of EU action in the fields of legal and labour migration*» (4); sulla stessa posizione si colloca anche Peers 2012, 33 ss., in particolare 61. Condivido le preoccupazioni espresse da questi Autori, ovvero il bisogno di una politica comune in materia di migrazione economica; tuttavia, per quanto osservato in testo, non ritengo che la direttiva possa rappresentare effettivamente un passo in tale direzione.

cato la Convenzione Oil n. 143/1975 (12). Certamente c'è un problema di effettività del principio di parità di trattamento, ma non è ribadendolo in altre disposizioni normative che si colma un tale difetto.

A mio avviso, il vero problema è la portata tutta «formale» della direttiva che ben fotografa le aporie dell'approccio comunitario al tema dell'immigrazione: il suo testo contiene buoni auspici, come, ad esempio, la già riferita intenzione di contribuire a semplificare le procedure burocratiche rendendole più uniformi, ma – per ragioni anche di carattere politico – non riesce a essere incisivo (13).

4. — *L'accesso in Italia per motivi di lavoro* — Il quadro normativo delineato dal T.U. in relazione all'accesso degli stranieri al territorio italiano per motivo di lavoro è molto complesso. In queste pagine non è possibile – e forse neanche molto utile – ricostruirlo analiticamente. L'approccio prescelto, dunque, è quello di evidenziare particolari profili che in qualche misura sono in grado di contribuire a rispondere ai quesiti posti nel paragrafo introduttivo.

Proprio in considerazione della complessità del quadro normativo è opportuno partire dalla già ricordata forte incidenza del diritto pubblico sulla disciplina della condizione di lavoratrice o di lavoratore extracomunitario. Tale incidenza rappresenta un fondamentale spartiacque fra queste persone e i nativi e comunitari. In effetti, condizione per essere titolare di un regolare contratto di lavoro o per esercitare un'attività lavorativa autonoma è la regolarità amministrativa concernente la presenza sul territorio (14); anche se la continuità di tale posizione dipende dalla persistenza nel tempo dell'occupazione.

Nonostante sia sempre più arduo distinguere a livello fattuale la cd. migrazione per ragioni economiche da quella cd. forzata, il T.U. disciplina fondamentalmente la prima. Per meglio comprendere la commistione fra la dimensione pubblicistica e quella lavoristica è necessario ricordare che è previsto un doppio filtro per l'accesso al territorio nazionale per lavoro: il primo dipende dalla emanazione, ogni anno, da parte del Governo, in uno o più d.P.c.m., del cd. decreto quote flussi, dove vengono determinate «le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per la-

(12) Gli altri sono Svezia, Portogallo, Norvegia e Repubblica di San Marino.

(13) Sulla direttiva, vd. Calafà 2013b, in particolare 359 ss.

(14) A rigore non si tratta solo di regolarità amministrativa, poiché l'irregolarità è ancora un reato sebbene di carattere contravvenzionale, ma – come è noto – tale qualificazione ha avuto – e ha ancora – una funzione più che altro politica e propagandistica.

vorato subordinato, anche per esigenze di carattere stagionale, e per lavoro autonomo, tenuto conto dei ricongiungimenti familiari e delle misure di protezione temporanea eventualmente disposti» (art. 3, c. 3, T.U.). Il decreto, all'interno delle quote generali, riserva apposite quote ai cittadini dei paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto appositi accordi bilaterali (art. 21 T.U.). Successivamente, nell'ambito della quota flussi, è necessaria l'autorizzazione all'ingresso per lavorare del singolo straniero, nel rispetto di specifiche procedure.

In particolare, a partire della novella del 2002, nell'ambito del lavoro subordinato, è stato introdotto l'obbligo per il datore di lavoro di sottoscrivere un *contratto di soggiorno* in cui esso allega la documentazione sull'idoneità della sistemazione alloggiativa dello straniero; si impegna a rispettare le condizioni del contratto collettivo applicabile e a pagare le spese di rientro nel paese di provenienza.

Originariamente, le varie tipologie di ingresso in Italia per lavoro consistevano nell'accesso per lavoro subordinato (art. 22), per lavoro autonomo (art. 26), per lavoro stagionale e per lavori «fuori quota» (art. 27). Vi era anche un'ulteriore ipotesi: l'art. 23 del T.U. – successivamente abrogato nel 2002 – contemplava la cd. sponsorizzazione, con la quale lo straniero veniva autorizzato a entrare in Italia per ricerca di lavoro per il periodo di un anno. In questo arco temporale, le sue esigenze di vita venivano garantite da altri soggetti autorizzati. Era una norma realista, perché disciplinava un fenomeno ricorrente – già studiato in passato, quando gli italiani erano gli immigranti (15) – e ancora molto attuale.

A questi casi vanno aggiunte le ipotesi che consentono l'ingresso in Italia per motivi diversi, ma che comunque consentono di lavorare, come il caso dei ricongiungimenti familiari.

Alla versione originaria del T.U. si sono susseguiti ulteriori – e poco coordinati – interventi del legislatore, anche in attuazione degli obblighi comunitari: i vari fuori quota *ex artt. 27-bis ss.*, e anche l'ipotesi di cui all'art. 22, d.lgs. n. 142/2015, di recepimento della Direttiva n. 2013/33/UE, secondo cui i richiedenti asilo, a certe condizioni – che riflettono sostanzialmente l'inefficienza del sistema di accoglienza – possono lavorare. Tuttavia, il permesso di soggiorno per richiesta di asilo non può essere convertito in permesso di soggiorno per lavoro.

Inoltre, è da considerare la posizione non solo di coloro che hanno avuto il riconoscimento dello *status* di rifugiati: sono quelli la cui posizione è la più vicina alla posizione dello straniero comunitario; ma anche quelli a

(15) Reyneri 1979.

cui è stata riconosciuta la protezione internazionale nelle forme più attenuate. In quest'ultimo caso, nuovamente, la condizione più o meno precaria della protezione si riflette anche sulla condizione di lavoratore.

Tuttavia, la tipologia delle ipotesi che consentono l'accesso al territorio italiano non rispecchia la tradizionale ripartizione lavoro subordinato/lavoro autonomo dal momento che distingue il lavoro subordinato (a tempo indeterminato o determinato) da una forma di lavoro subordinato a termine, quale è il lavoro stagionale. Inoltre, nell'ambito del lavoro autonomo, le ipotesi contemplate nel T.U. sono, per un verso, più ampie di quelle di cui all'art. 2222 c.c.: l'art. 26, c. 2, infatti, espressamente menziona anche le attività industriali, artigianali o commerciali, e persino la possibilità di costituire società – di capitali o di persone – e di accedere a cariche societarie.

Già questi brevi cenni evidenziano che l'approccio del legislatore ubbidisce a una logica regolativa tesa a delineare puntualmente le ipotesi che consentono l'ingresso sul territorio. Nell'economia del presente contributo, per meglio focalizzare i nodi problematici, ho scelto di privilegiare alcuni profili maggiormente critici senza la pretesa di essere esaustiva nella ricostruzione normativa.

4.1. — Segue: *il lavoro stagionale* — Per l'importanza che ha sia nell'ambito della definizione delle quote nel decreto flussi, sia come canale di ingresso in Italia e di accesso al mercato del lavoro (16), parto dal lavoro stagionale di cui all'art. 24 T.U., il quale è stato recentemente novellato, o meglio, riscritto dal d.lgs. 29.10.2016, n. 203, in attuazione della Direttiva n. 2014/36/UE (17). Rispetto all'ordinario contratto a termine, la nuova norma fa riferimento esplicito ai settori agricolo e turistico/alberghiero recependo alla lettera la direttiva. Tale precisazione rappresenta una limitazione rispetto a quanto previsto precedentemente e probabilmente porrà alcuni problemi in sede di attuazione, sempre a causa della già evidenziata commistione fra dimensione pubblicistica e dimensione privatistica. Infatti, di per sé, se si considera – in astratto – il lavoro stagionale come

(16) Con il d.P.c.m. 13.2.2017 è stata individuata una quota di 30.850 nuovi ingressi per lavoro subordinato stagionale e non stagionale e lavoro autonomo. Nell'ambito di tale quota, 17.000 unità sono destinate al lavoro stagionale e riservate ai paesi con cui l'Italia ha stipulato intese bilaterali. Inoltre, altre 5.750 unità sono riservate alla conversione del permesso di soggiorno per lavoro stagionale in lavoro subordinato, di cui si parlerà in testo.

(17) Per un dettagliato confronto fra la direttiva e la novella dell'art. 24 T.U., vd. Papa 2017, 363 ss.

una sottospecie del lavoro a termine, non sono ravvisabili particolari problemi. Se invece, trattandosi di lavoro stagionale riferito agli stranieri, lo si limita ai settori agricolo e turistico/alberghiero, allora possono sorgere questioni relative all'applicazione di questa disciplina al lavoro stagionale nel settore della pesca, ad esempio (18). Vero è che il riferimento legale è molto ampio, ma al tempo stesso è comunque puntuale (e, dunque, ne limita il campo di applicazione) e solo un'interpretazione *praeter legem* potrà allargarne le maglie.

Il permesso di soggiorno può avere una durata massima di nove mesi nell'arco temporale di dodici mesi; superato il termine, lo straniero deve ritornare al paese d'origine. Il lavoratore «già ammesso a lavorare in Italia almeno una volta nei cinque anni precedenti» che sia rientrato nel suo paese di origine godrà di un diritto di precedenza «per il rientro per ragioni di lavoro stagionale, [...] rispetto a coloro che non hanno mai fatto regolare ingresso in Italia per motivi di lavoro». A ben guardare, non si tratta di un vero diritto di precedenza, a maggior ragione ora che il legislatore ha reso esplicito che la richiesta datoriale debba essere nominativa, poiché il suo esercizio effettivo dipenderà sempre dalla domanda del datore di lavoro.

La disposizione va integrata con quelle relative «al rilascio del nulla osta al lavoro pluriennale» (art. 24, c. 11) e al permesso pluriennale (art. 5, c. 3-ter). Il primo è concesso al datore di lavoro dello straniero che soddisfi le condizioni del medesimo art. 5, c. 3-ter. Il secondo, strettamente collegato al primo, è rilasciato allo straniero che dimostri di essere stato in Italia nei precedenti cinque anni per svolgere lavoro stagionale, qualora si tratti di «impieghi ripetitivi» (*sic!*). Esso consiste in un unico permesso di soggiorno pluriennale valido per un massimo di tre anni, contenente l'indicazione della validità annuale. Il visto di ingresso è, invece, rilasciato ogni anno «previa esibizione della proposta di contratto di soggiorno per lavoro» trasmessa al lavoratore interessato dal datore di lavoro. Espressamente si prevede che la richiesta di assunzione possa essere avanzata da un datore di lavoro diverso da quello che ha ottenuto il nulla osta triennale. Comunque

(18) Infatti, il d.P.R. 7.10.1963, n. 1525, contiene un elenco di attività da ritenersi stagionali. Tale decreto viene espressamente richiamato dal c. 4-ter dell'art. 5 del d.lgs. 6.9.2001, n. 368. In esso sono contemplate come stagionali alcune attività del settore della pesca e del settore alimentare collegato alla pesca: scorzatura, salatura e marinatura del pesce; pesca e lavorazione del tonno; lavorazione delle sardine sott'olio (per le aziende che esercitano solo tale attività). Inoltre, l'art. 21, c. 2, d.lgs. 15.6.2015, n. 81, rinvia a un futuro decreto ministeriale la riforma dell'elenco delle attività stagionali.

il «rilascio dei nulla osta pluriennali avviene nei limiti delle quote di ingresso per lavoro stagionale» (19).

Anche in questo caso, la portata della disposizione legale, però, è limitata poiché la domanda dipende dal datore e non dal lavoratore. Così non si tutela l'interesse di quest'ultimo al rientro in Italia, giacché non lo si incentiva al rispetto dell'obbligo di rientrare nel suo paese d'origine una volta scaduto il contratto di lavoro; si tutela, invece, solo quello del datore di lavoro a richiamare un lavoratore già sperimentato, oppure nel migliore dei casi, di un lavoratore che il nuovo datore di lavoro ha avuto comunque modo di conoscere. E ciò è confermato dal fatto che il visto di reingresso in Italia dipende dalla proposta di contratto di soggiorno del datore di lavoro. Se, invece, il datore di lavoro non avrà avanzato questa proposta, e non vi è un altro datore di lavoro disposto ad assumerlo, il permesso di soggiorno non sarà sufficiente a consentire al lavoratore il nuovo ingresso in Italia. Ciò spiega anche una certa ritrosia degli stranieri a ritornare al paese di origine una volta scaduto il permesso di soggiorno.

La novella è stata anche l'occasione per risolvere una vecchia questione, circa la necessità o meno che il lavoratore stagionale debba tornare al suo paese di origine al termine del primo periodo di soggiorno, nonostante vi sia un datore di lavoro interessato a occuparlo con un regolare contratto di lavoro subordinato non stagionale: ora il c. 10 dispone che, in questi casi, il lavoratore stagionale che abbia svolto una regolare attività per almeno tre mesi possa chiedere la conversione del suo permesso di soggiorno in permesso di soggiorno per lavoro subordinato, ferma restando la capienza nelle quote flusso. Tale ultima condizione limita fortemente la possibilità di conversione del permesso di soggiorno, il che dimostra che il legislatore conferisce al lavoro stagionale un valore quasi ontologico e non lo considera per quello che effettivamente è: una modalità di prestazione di lavoro subordinato a termine. Inoltre, come è ormai acquisito, una delle funzioni dell'apposizione del termine al contratto di lavoro in generale è quella di consentire al datore di lavoro un ampio periodo di prova (20). Del resto, una costante della legislazione italiana è l'inganno che l'extracomunitario in relazione al quale si chiede il nulla osta per l'ingresso per lavoro sia ancora nel suo paese d'origine e che, quindi, solo a seguito dell'autorizzazione faccia il suo regolare ingresso sul territorio nazionale.

(19) Infatti, nell'ambito del quota di 17.000 unità di cui alla nota 14, 2000 sono riservati al nulla osta pluriennale.

(20) Per tutti, Voza 2013, 79.

Il lavoro stagionale è una modalità particolarmente precaria in sé e instabile rispetto alla possibilità di allontanarsi e rientrare sul territorio italiano; nonostante le continue prese di posizione allarmanti delle pubbliche autorità sulla situazione occupazionale in settori come l'agricoltura, la precarietà «fisiologica» viene aggravata da questo assetto normativo che interessa parte consistente della manodopera impiegata.

4.2. — Segue: *il lavoro autonomo e la piccola impresa* — Una forte discrasia fra la regola generale e quella contenuta nel T.U., nonché con le concrete caratteristiche del mercato del lavoro emerge dalla disciplina concernente l'ingresso per lavoro autonomo. In effetti, sebbene la fattispecie sia più ampia da quella tradizionalmente ricondotta all'art. 2222 c.c., i requisiti che lo straniero deve soddisfare ex art. 26, c. 3 («disporre di idonea sistemazione alloggiativa e di un reddito annuo, proveniente da fonti lecite, di importo superiore al livello minimo previsto dalla legge per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria»), comportano, di fatto, un blocco all'accesso al territorio per una collaborazione personale coordinata e continuativa (la cd. parasubordinazione); basti pensare al fatto che in questo caso si lavora quasi sempre per un unico committente e non per il mercato in genere.

Le limitazioni all'ingresso per lavoro autonomo, come si vede, sono molto rilevanti poiché, appunto, l'universo del lavoro autonomo è oggi una galassia comprensiva dall'imbianchino «portatore di partita Iva» al libero professionista altamente affermato, dal piccolo commerciante al lavoratore con un contratto di collaborazione coordinata e continuativa. La scelta del legislatore del T.U. esclude una parte di questa galassia, perlomeno dal primo ingresso, ed esclude anche la piccola imprenditoria. Si consideri, ad esempio, che il d.P.c.m. 13.2.2017 ha previsto una quota di 2.400 per lavoratori autonomi che intendono investire nel paese Italia. Questi appartengono alle seguenti categorie: «a) imprenditori che intendono attuare un piano di investimento di interesse per l'economia italiana, che preveda l'impiego di risorse proprie non inferiori a 500.000 euro e provenienti da fonti lecite, nonché la creazione almeno di tre nuovi posti di lavoro; b) liberi professionisti [...]; c) titolari di cariche societarie di amministrazione e di controllo [...]; d) artisti di chiara fama o di alta e nota qualificazione professionale [...]; e) cittadini stranieri che intendono costituire imprese “start-up innovative” ...».

È palese che l'imprenditoria immigrata non si è sviluppata seguendo il percorso che il legislatore e le autorità politiche hanno stabilito rispettivamente nel T.U. e nei decreti flussi. Per comprendere come essa si sia incre-

mentata, occorre partire da una dato importante: l'ampio catalogo di permessi di soggiorno per motivi di lavoro non esaurisce lo spettro dei permessi di soggiorno che consentono di lavorare. Per essere regolare – a seguito dell'ingresso – e quindi poter avviare un'attività autonoma, il vero elemento discriminante è la titolarità di uno di essi. Infatti, è eccezione, non regola, la limitazione all'esercizio di una data attività lavorativa (21). Il percorso si presenta lungo e irto di ostacoli: in molti casi si passa dal lavoro stagionale al lavoro subordinato e si approda alla piccola o micro imprenditoria; oppure si parte dal permesso di soggiorno per motivi di famiglia e così via. Comunque, è qualcosa che avviene nelle «pieghe» dell'ordinamento.

In ogni modo, nonostante gli studiosi di diritto del lavoro non si occupino tradizionalmente di piccola impresa per comprensibili ragioni attinenti allo sviluppo della disciplina, ora tale disattenzione incomincia, a mio avviso, ad assumere la veste di una lacuna. Trattasi di un discorso complesso, da affrontare nella sua portata generale in altre sedi. Tuttavia, vi sono autorevoli precedenti giurisprudenziali, come il caso della sentenza della Corte costituzionale n. 880/1988, che ha fatto leva sulla circostanza che nell'impresa artigiana il lavoro «prevale sul capitale» per affermare «l'impossibilità assoluta di negare la protezione al lavoro stesso assicurata dai precetti costituzionali, ivi compresa, anzitutto, quella di cui all'art. 35...», che ci invitano a considerare con più attenzione questi attori del sistema economico.

Inoltre, i dati sulla rilevanza della piccola impresa di cui sono titolari extracomunitari evidenziano anche la sua importanza in quanto veicolo per l'integrazione di questi lavoratori nel tessuto produttivo e, di conseguenza, in quanto persone nella società italiana (22).

4.3. — Segue: *il lavoro subordinato* — Invertendo il tradizionale ordine espositivo, ho lasciato per ultimo, in questa carrellata, il lavoro subordinato a tempo determinato e indeterminato poiché la quota individuata nell'ultimo decreto flussi, al netto delle conversioni e delle convenzioni bilaterali e altre vie preferenziali, è pari a 2400 lavoratori e lavoratrici, e in passato alcune volte è stato anche di valore inferiore. Una cifra irrisoria che non solo non corrisponde alle esigenze del mercato del lavoro, ma che rende poco credibile l'idea stessa di programmazione.

(21) La limitazione è prevista per alcuni casi specifici nell'ambito dei *fuori quota*.

(22) Per non parlare di un fenomeno in crescita, a causa sia della globalizzazione e dello sviluppo tecnologico, sia del radicamento nel territorio italiano di extracomunitari, noto come transnazionalismo: vd. Ambrosini 2010.

Il T.U. dispone che, emanato il decreto flusso, nell'ambito del lavoro subordinato il (futuro) datore di lavoro debba verificare presso il Centro per l'impiego l'indisponibilità di un lavoratore già presente nel territorio nazionale a occupare il posto di lavoro offerto. Il datore di lavoro, solo allora, inoltra una richiesta, di regola nominativa, allo Sportello unico sull'immigrazione (d'ora in poi Sui), per ottenere sia il visto d'ingresso, sia il nulla osta all'assunzione corredata con la proposta di contratto di soggiorno. Come già ricordato, fra gli oneri datoriali si annovera il rispetto delle condizioni normativo-retributive del contratto collettivo di lavoro applicabile. Onere posto a tutela del corretto funzionamento del mercato del lavoro, rispettoso dell'art. 4, c. 1, Cost., nella misura in cui tutela il lavoratore italiano, ma risponde anche alle esigenze che risalgono alle stesse radici del movimento sindacale e della contrattazione collettiva. Non c'è dubbio che il principio costituzionale in parola imponga alla Repubblica di garantire l'effettività del diritto al lavoro e quindi è suo compito evitare il *dumping* sociale, garantendo innanzitutto il regolare funzionamento del mercato del lavoro. Se fosse possibile al datore di lavoro assumere regolarmente un lavoratore straniero a condizioni inferiori di quelle di mercato e, dunque, se si permettesse la concorrenza fra lavoratori su base etnica, allora sì che vi sarebbe una palese violazione della disposizione costituzionale. Inoltre, come già detto, l'art. 10 della Convenzione Oit n. 143/1975 pone a carico dello Stato l'obbligo di garantire la parità di trattamento fra lavoro nativo e immigrato.

Ancora, in merito alla procedura, sono previsti una serie di controlli, in particolare sulla capacità economica del datore di lavoro. Lo Sui – congiuntamente alla Direzione territoriale del lavoro – deve anche verificare, per evitare forme fittizie di occupazione degli stranieri, la congruità del numero di richieste presentate in relazione alla sua capacità economica.

Superati i controlli e verificata la capienza nei decreti flusso, al datore di lavoro verrà concesso il nulla osta all'assunzione da far pervenire alla rappresentanza consolare italiana del luogo ove si trova lo straniero, il quale potrà chiedere il visto di ingresso per lavoro subordinato. Ottenuto il visto, lo straniero potrà accedere al territorio italiano e presentarsi con il datore di lavoro davanti allo Sui per la stipula del contratto di soggiorno, il quale, a sua volta, è condizione per il rilascio, da parte della competente questura, del «permesso unico lavoro».

5. — *La permanenza del lavoratore extracomunitario* — In merito alla condizione del lavoratore extracomunitario, un altro elemento da considerare è la durata dei permessi di soggiorno per motivi di lavoro: il suo lega-

me con i contratti di lavoro sono labili, e non è rilevante il fatto che si tratti di un primo o secondo rinnovo oppure sia, ad esempio, il sesto o il settimo. Infatti, l'art. 5, c. 4, T.U., dispone che, di regola, il «permesso di soggiorno è rinnovato per una durata non superiore a quella stabilita con rilascio iniziale». Se il contratto è a tempo indeterminato, il rinnovo deve avvenire ogni due anni; se a tempo determinato, ogni anno. Tale differenziazione è un'ulteriore conferma del fatto che il permesso unico per lavoro non è esattamente «unico». Per il lavoro autonomo, *ex art. 5, c. 3-quater*, la validità del permesso non può essere superiore a due anni. Inoltre, il rinnovo del permesso di soggiorno deve essere richiesto almeno 60 giorni prima della scadenza, e, come è noto, sia il rilascio del primo permesso che i successivi rinnovi sono di competenza della Questura. Indubbiamente, la resistenza ad attribuire tali compiti alle autorità amministrative e non alle forze di polizia è un altro indice dell'arretratezza istituzionale che non riesce a concepire l'immigrazione come un fenomeno strutturale.

Per completezza, va ricordato che se, nonostante tutte le difficoltà evidenziate, il lavoratore extracomunitario è riuscito a insediarsi e stabilizzarsi regolarmente sul mercato del lavoro e quindi è in grado di dimostrare di essere «in possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità», di avere un reddito sufficiente a mantenersi e un alloggio idoneo e di aver superato il test di conoscenza della lingua italiana, l'art. 9 T.U. dispone che possa accedere alla titolarità del permesso di soggiorno per soggiornante di lungo periodo. Tale permesso è a tempo indeterminato; consente di svolgere qualsiasi attività lavorativa che non sia riservata agli italiani; il suo titolare può fare reingresso in Italia senza necessità di visto; può usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale, di quelle relative a erogazioni in materia sanitaria, scolastica e sociale, di quelle relative all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico, compreso l'accesso alla procedura per l'ottenimento di alloggi di edilizia residenziale pubblica; può partecipare alla vita pubblica locale. Il titolare di tale permesso può richiederlo anche per i familiari *ex art. 29, c. 1, T.U.*, se in possesso di un reddito sufficiente *ex art. 29, c. 3, lett. b, T.U.*

6. — *Alcune considerazioni conclusive* — In definitiva, ancora una volta, l'importante osservazione teorica di Sayad sulla *funzione specchio* del fenomeno migratorio (23), ovvero la capacità di quest'ultimo di esplicitare le debolezze della società di accoglienza, si rivela feconda. In particolare, mi preme sottolineare quanto sia difficile per lo studioso del diritto del lavoro

(23) Sayad 1996, 10 ss.

afferrare la concretezza di ciò che effettivamente accade nelle pieghe della stessa normativa. Da questo punto di vista, e tenendo conto che la ricostruzione svolta in queste pagine fa riferimento – ovviamente – alla condizione di straniero/lavoratore regolarmente presente in Italia, la dissonanza è ancora più chiara.

Come già sottolineato, finora si è parlato della condizione di straniero/lavoratore regolarmente presente in Italia. Non si può tuttavia concludere un contributo giuridico sulla presenza straniera nel mercato del lavoro senza un breve cenno al lavoro irregolare. In più di un'occasione è stato detto dagli studiosi che la legislazione italiana è una delle cause delle irregolarità, non fosse altro perché poco aderente alle caratteristiche del fenomeno che intende regolare, a maggior ragione se lo si inserisce nell'attuale dinamica del mercato del lavoro italiano. Anche su questo punto, qualche richiamo è stato fatto.

Trattasi di un punto nodale: i complessi processi di globalizzazione stanno ponendo questioni inedite. Pagine addietro, ho accennato alla crescente difficoltà di distinguere nettamente le migrazioni forzate da quelle per ragioni economiche. In effetti, la difficoltà non è solo fattuale, perché solo un artificioso ragionamento può differenziare chiaramente la condizione concreta di chi scappa da un conflitto armato da quella di chi scappa dalla siccità e delle carestie, ma è anche in gioco la capacità di governare questi fenomeni. Intendiamoci, non mi pare che ci siano soluzioni definitive all'interno dell'attuale ordine capitalista. Tuttavia, la vigente disciplina giuridica dell'immigrazione economica è particolarmente inefficiente perché, appunto, disegna un mercato del lavoro che non solo non corrisponde al suo attuale effettivo funzionamento, ma non corrisponde nemmeno alla disciplina del mercato del lavoro flessibile secondo le più recenti tendenze normative.

Ma c'è di più: anche l'attuazione della disciplina giuridica è restrittiva e poco coordinata, come si può constatare dalla macroscopica mancanza per più di dieci anni dei documenti di programmazione triennale, nonché del contenuto dei decreti flussi.

A quanto detto è da aggiungere che non sembra peregrino sostenere che il diffondersi del cd. *lavoro grigio*, principalmente proprio fra gli stranieri, sia conseguenza della debolezza di queste lavoratrici e di questi lavoratori sia nei confronti dei datori di lavoro sia sul versante istituzionale.

Infatti, il lavoro grigio dipende non dall'irregolarità del soggiorno, anzi, in tal caso, la condizione di straniero ha una rilevanza apparentemente ridotta. Il fenomeno delle giornate lavorative che si protraggono oltre l'orario contrattuale o il mancato rispetto del riposo o delle ferie, ad esempio, è

riscontrabile in alcuni settori produttivi, come l'agricoltura, dove purtroppo la mancanza di controlli e la debolezza sindacale è molto presente e interessa anche i nativi e i comunitari. In realtà, non a caso, la rilevanza dell'essere extracomunitario è «apparentemente» ridotta, posto che non va sottovalutato come lo straniero sia spesso soggetto al ricatto del gradimento del datore di lavoro a poter mantenere il proprio posto di lavoro (condizione per mantenere il permesso di soggiorno e la regolarità) oppure ancora, come si è visto nel caso del lavoro stagionale, di essere nuovamente richiamato.

Anche quest'ultimo profilo, invero un po' sottovalutato, ma a torto, perché incide considerevolmente sulla tenuta delle condizioni normativo-retributive del lavoro previste sia da fonti legislative che sindacali, è un'ulteriore manifestazione del rischio di *dumping* sociale, il quale, a sua volta, rappresenta un pericolo alla coesione sociale.

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2017), *Il diritto alle prestazioni sociali dei migranti economicamente non-attivi: una parola definitiva della Corte di Giustizia*, in *DLRI*, 295 ss.
- Ambrosini M. (2001), *La fatica di integrarsi*, il Mulino, Bologna.
- Ambrosini M. (2010), *Richiesti e respinti*, il Saggiatore, Milano.
- Calafà L. (2013a), *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, Bologna.
- Calafà L. (2013b), *I confini sociali dell'immigration policy dell'Unione europea*, in *RGL*, I, 347 ss.
- Chiaromonte W. (2013), *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Giappichelli, Milano.
- D'Onghia M. (2017), *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori migranti*, in Aa.Vv., *Previdenza e assistenza*, Giuffrè, Milano, 555 ss.
- Garilli A. (2017), *Immigrati e diritti sociali: parità di trattamento e tutela multilivello*, in *DLM*, n. 1, 13 ss.
- Guariso A. (2015), *Direttiva 2011/98 e d.lgs. 40/14 di recepimento*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 15 ss.
- McBritton M. (2015), *L'accesso di extracomunitari al lavoro pubblico e al servizio civile*, in *DLM*, n. 2, 389 ss.
- Papa V. (2017), *Dentro e fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in *DRI*, 363 ss.
- Pascouau Y., McLoughlin S. (2012), *EU Single Permit Directive: a small step forward in EU migration policy*, in www.epc.eu.
- Peers S. (2012), *An EU Immigration Code: Towards a Common Immigration Policy*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 14, 33 ss.
- Reyneri E. (1979), *La catena migratoria*, il Mulino, Bologna.
- Savino M. (2017), *La Corte costituzionale e l'immigrazione: quale paradigma?*, in Aa.Vv., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 165 ss.

- Sayad A. (1996), *La doppia pena dell'immigrante. Riflessioni sul «pensiero di Stato»*, in *Aut-aut*, n. 275, 10 ss.
- Sesto Rapporto Annuale (2016), *I migranti nel mercato del lavoro in Italia*, a cura della Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.
- Strozza S., De Santis G. (2017) (a cura di), *Rapporto sulla popolazione. Le molte facce della presenza straniera in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Voza R. (2013), *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele del lavoro*, Cacucci, Bari, 75 ss.

ABSTRACT

I dati sulla presenza straniera extracomunitaria forniti dai competenti enti deputati alle rilevazioni demografiche confermano la natura strutturale del fenomeno migratorio in Italia. Convenzionalmente, a causa di una diversa regolazione, si distinguono le migrazioni economiche dalle migrazioni forzate. Su questa scia, il presente saggio si occupa dell'accesso degli stranieri al mercato del lavoro italiano evidenziando la frammentarietà della normativa per quanto concerne sia il lavoro subordinato che il lavoro autonomo. Inoltre, nonostante il principio di parità di trattamento fra il lavoro nativo e quello straniero regolarmente presente sia posto a garanzia del corretto funzionamento del mercato del lavoro, è lo stesso legislatore a trasgredirlo. Ciò comporta il paradossale effetto per cui fra le principali ragioni del cd. lavoro sommerso in Italia si possa annoverare la normativa vigente.

IMMIGRANT WORK, LABOUR MARKET AND EMPLOYMENT RELATIONS

The data concerning the foreign non-EU presence published by the agencies charged with the demographic survey confirms the structural nature of the migratory phenomena in Italy. Conventionally, because of the different regulation, we distinguish between economic and forced migrations. Accordingly, this essay deals with the conditions of entry in the Italian labour market of foreigners, underlining the scattered essence of the regulation for both paid employment and self-employment. Furthermore, despite the fact that the principle of parity of treatment between native workers and foreign, regularly present workers is established as a guarantee of the correct development of the labour market, the legislature itself disavows it. This causes the paradoxical effect for which, among the main reasons of the so called black market labour in Italy, we can encompass the current legislation.

Cinzia De Marco (*)

IMMIGRATI E PUBBLICO IMPIEGO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il quadro normativo del diritto dell'Unione. — 3. L'accesso agli impieghi pubblici dei cittadini non comunitari secondo l'ordinamento europeo. — 4. Il quadro normativo italiano. — 5. La posizione della giurisprudenza italiana. — 6. Conclusioni.

1. — *Premessa* — Il tema dell'accesso degli stranieri al pubblico impiego rappresenta questione estremamente complessa e di grande attualità. La complessità è determinata dal quadro normativo che si presenta frammentato, in quanto composto dall'intreccio di legislazione nazionale, comunitaria e di diritto internazionale, da cui discendono diverse interpretazioni fornite dalla giurisprudenza e dalle prassi delle amministrazioni pubbliche. L'attualità e le dimensioni del fenomeno derivano dalla sempre maggiore presenza di extracomunitari nel nostro paese e dall'aumento progressivo degli indici di scolarizzazione anche universitaria, sicché è sempre più frequente, soprattutto nell'immigrazione di cd. seconda generazione, la partecipazione a concorsi pubblici.

E infatti, mentre sotto il profilo delle condizioni lavorative non è ammissibile alcuna differenziazione tra stranieri e cittadini, nel senso che una volta che lo straniero sia entrato regolarmente nel territorio nazionale ha diritto alla parità di trattamento e alla piena uguaglianza di diritti rispetto al lavoratore italiano (1), diversa è la situazione riguardo all'accesso al lavoro, e in particolare al pubblico impiego, in quanto, in mancanza di un coerente quadro normativo sull'ammissibilità della presenza degli stranieri nelle pubbliche amministrazioni, queste non di rado prevedono nei bandi clausole di nazionalità che limitano l'ambito della partecipazione.

Quanto premesso ha creato un nuovo filone del contenzioso del lavoro in cui si contrappongono, da un lato, le pretese dei cittadini stranieri che ambiscono a posti di lavoro pubblico e a cui viene precluso l'accesso, e, dal-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Palermo.

(1) C. cost. 30.12.1998, n. 454, in *DML*, 1999, n. 2, 362, con nota di Trojsi.

l'altro, le rivendicazioni dei cittadini italiani che si ritengono pretermessi a favore di lavoratori stranieri presenti nella stessa procedura selettiva. Le soluzioni giurisprudenziali si presentano alquanto variegate e frutto di un diverso sentire del fenomeno migratorio (2).

2. — *Il quadro normativo del diritto dell'Unione* — Lo sguardo va diretto, innanzitutto, alle fonti internazionali. E infatti, ai sensi dell'art. 10, comma 2, Cost., «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali». In particolare, la Convenzione OIL n. 143/1975 – ratificata dall'Italia con l. 10 aprile 1981, n. 158 – afferma il principio di parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione tra lavoratori stranieri legalmente soggiornanti e lavoratori nazionali (art. 10), obbligando gli Stati ad abrogare qualsiasi disposizione legislativa o prassi amministrativa incompatibile con esso (art. 12), e consente agli Stati di apportare delle restrizioni all'accesso di «limitate» categorie di occupazioni e di funzioni, soltanto, però, «qualora» siano necessarie «nell'interesse dello Stato».

In riferimento ai Trattati, l'art. 45 TfUE, par. 1, sancisce il principio generale di libera circolazione dei lavoratori che postula «l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro» (par. 2). Tuttavia, ai sensi del par. 4, le norme sulla libera circolazione dei lavoratori non trovano applicazione «per gli impieghi nella pubblica amministrazione».

Le ragioni storiche di tale deroga – cd. *public service exception* – si rinvencono nelle finalità dei padri fondatori della Comunità, i quali «intendevano favorire l'integrazione delle economie nazionali, non quelle delle pubbliche amministrazioni, per cui le sottrassero integralmente alla cosiddetta libertà di circolazione» (3). La Corte di Giustizia, a tale proposito, ha affermato che tale eccezione è funzionale alla garanzia del rapporto di solidarietà che sussiste fra lo Stato e il cittadino, nonché alla reciprocità dei diritti e dei doveri che sono alla base del rapporto di cittadinanza (4). Ma se questa era la *ratio* storica dell'enunciato normativo, essa è stata parzialmente disattesa dalla giurisprudenza europea.

Infatti, nonostante la norma letteralmente sembrerebbe riferirsi a qua-

(2) Cfr. Ludovico 2009, 400.

(3) Cfr. Cassese 1997, 88.

(4) C. Giust. 27.11.1991, C-4/91, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale*.

lunque tipo di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la Corte di Giustizia ne ha fornito da tempo un'interpretazione restrittiva, affermando che alla disposizione in esame va data una lettura che ne limiti la portata a quanto strettamente necessario per salvaguardare gli interessi dello Stato (5).

Si è precisato, innanzitutto, che la limitazione riguarda l'accesso ma non il rapporto, sicché non sono ammesse discriminazioni in ordine alle condizioni di lavoro nei confronti di lavoratori già entrati al servizio dell'amministrazione (6). Inoltre, assumendo il ruolo di interprete privilegiato del concetto di «pubblica amministrazione» considerato dalla deroga prevista nel Trattato (7), ha adottato un criterio «funzionale» per la definizione della nozione, basata, cioè, sull'individuazione in concreto dello scopo per cui è stata utilizzata (8), per cui non rilevano elementi di carattere formale (quali il regime pubblicistico del rapporto di lavoro o la qualifica del dipendente), ma le funzioni effettivamente svolte per lo specifico impiego per il quale lo Stato abbia deciso di avvalersi dell'eccezione prevista dalla norma. Pertanto, la riconducibilità di un impiego pubblico alla deroga comunitaria deve essere desunta dalla natura dei poteri affidati e degli interessi concretamente perseguiti.

La Corte ha, dunque, enucleato due criteri fondamentali per l'operatività della deroga i quali, per come chiarito dalla giurisprudenza successiva della Corte, debbono coesistere (9): la deroga va limitata agli impieghi che comportino l'esercizio, diretto o indiretto, di pubblici poteri e che sono finalizzati alla tutela degli interessi generali dello Stato o delle «pubbliche collettività» (10). Non sono mancate, tuttavia delle critiche sia in riferimento alla genericità dei criteri – non avendo, la Corte specificato le circostanze in cui possa essere rilevato l'esercizio di pubblici poteri – sia in ordine alla complessità e alla lentezza dell'approccio casistico che comporta la necessità per la Corte di avere esatta contezza delle specifiche funzioni svolte dal dipendente (11). Un'indicazione, in tal senso è stata fornita dall'Avvocato

(5) C. Giust. 30.9.2003, C-405/01, *Colegio de oficiales de la marina mercante española*; C. Giust. 11.3.2008, C-89-07, *Commissione c. Francia*.

(6) C. Giust. 12.2.1974, C-152/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*.

(7) C. Giust. 17.12.1980, C-149/79, *Commissione c. Belgio*.

(8) Cfr. Gaja 1984, 140.

(9) C. Giust. 3.7.1986, C-66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*; C. Giust. 16.6.1987, C-225/85, *Commissione c. Italia*.

(10) C. Giust. 17.12.1980, C-149/79, *Commissione c. Belgio*, cit.; più di recente. C. Giust. 10.9. 2014, C-270/13, *Iraklis Haralambidis c. Autorità portuale di Brindisi*.

(11) Vd. Daniele 1998, 74.

Generale Nils Wahl nelle sue conclusioni nella causa C-270/13 (12), secondo cui occorrerebbe tener conto: a) della prossimità o della connessione delle attività esercitate riguardo ai poteri di *imperium* o *potestas*; b) se il posto comporti il trattamento di questioni che attengono alla tutela di interessi nazionali di sicurezza; c) del livello di responsabilità in termini di superiorità di grado o di funzioni direttive o ispettive; d) se questi poteri possono essere riconosciuti come esercitati dallo Stato; e) degli effetti di vasta portata o, al contrario, limitati che le attività che il posto comporta possono avere su altri individui; f) se gli atti o le misure adottate dal titolare del posto producano conseguenze giuridiche immediate e dirette nei confronti di altri individui o se abbiano natura meramente ausiliaria o preparatoria.

La Corte ha, però, chiarito come i suddetti criteri siano sì necessari, ma non sufficienti ai fini dell'operatività della deroga: occorre, altresì, che l'esercizio dei pubblici poteri non sia meramente occasionale né che rappresenti una parte marginale dell'attività complessiva del dipendente, ma deve costituire una parte essenziale o, quanto meno, rilevante delle sue funzioni (13).

Al fine di fornire sostegno agli Stati nell'attuazione della norma è intervenuta la Commissione europea con varie comunicazioni in cui si trovano indicati, in modo dettagliato e alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, i settori dell'impiego pubblico che, a parere della Commissione, devono essere aperti a tutti i cittadini dell'Unione, nonché i posti che, pur essendo all'interno di settori che comprendono impieghi legittimamente riservabili ai cittadini nazionali, non possono essere preclusi a quelli dell'Unione perché non prevedono l'esercizio di poteri pubblici. In particolare nella comunicazione del 13 luglio 2010 – rubricata «Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi» – esplicitamente si legge: «poiché l'articolo 45, paragrafo 4, del TfUE permette, ma non richiede, agli Stati membri di riservare ai propri cittadini nazionali alcuni posti di lavoro, la Commissione invita gli Stati membri ad aprire il più possibile le pubbliche amministrazioni (a tutti i livelli, comprese le amministrazioni locali, regionali e centrali) ai cittadini di altri Stati membri come contributo per la modernizzazione e la riforma».

3. — *L'accesso agli impieghi pubblici dei cittadini non comunitari secondo l'ordinamento europeo* — Il legislatore europeo si è occupato, sulla base del-

(12) C. Giust. 10.9.2014, C-270/13, *Iraklis Haralambidis c. Autorità portuale di Brindisi*, cit.

(13) *Ivi*.

le competenze attribuite dai Trattati in materia di immigrazione, anche dell'accesso al pubblico impiego da parte di cittadini dei paesi terzi.

Ciò, però, è stato fatto non con normative di carattere generale, ma riguardanti specifici casi.

Il primo riguarda il diritto dei familiari (anche se cittadini di paesi terzi) dei cittadini europei di accedere al lavoro alle stesse condizioni dei cittadini europei. L'art. 23 della Direttiva n. 2004/38/Ce del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, stabilisce che «i familiari del cittadino dell'Unione, qualunque sia la loro cittadinanza, titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente in uno Stato membro, hanno diritto di esercitare un'attività economica come lavoratori subordinati o autonomi»; e, secondo le interpretazioni fornite dalla Commissione europea, la disposizione si estende anche al diritto di accedere al settore pubblico (14).

Si tratta, tuttavia, non di diritto originario, ma derivato; infatti, come chiarito dalla Corte di Giustizia, la norma «non conferisce al cittadino di uno Stato terzo il diritto di accedere a un'attività subordinata in uno Stato membro diverso da quello in cui il suo coniuge» (o il suo familiare), «cittadino comunitario che si sia avvalso del proprio diritto alla libera circolazione, svolga o ha svolto un'attività subordinata» (15).

La tutela più incisiva è attribuita dalla Direttiva n. 2003/109/Ce del 25 novembre 2003 (16) ai cittadini di paesi terzi che soggiornano da lungo periodo, cioè «legalmente e ininterrottamente per cinque anni», «immediatamente prima della presentazione della pertinente domanda» (rivolta appunto a ottenere il permesso di soggiorno Ue). Il soggiornante di lungo periodo, ai sensi dell'art. 11, comma 1, della citata direttiva, «gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma, purché questa non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri, nonché le condizioni di assunzione e lavoro, ivi comprese quelle di licenziamento e di retribuzione». Si trova nella for-

(14) Cfr. Commissione europea, *Free movement of workers in the public sector*, 14 dicembre 2010, doc. Sec(2010)1609, 12, per cui «*third-country national family members of a Union citizen who has the right of residence in another Member State are also entitled to have access to posts in the public sector of the host Member State*».

(15) C. Giust. 3.3.2006, C-10/05, *Cynthia Mattern e Hajrudin Cikotic c. Ministre du travail et de l'Emploi*.

(16) Direttiva n. 2003/109/Ce del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini dei paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

mulazione della norma una restrizione non prevista, nell'interpretazione della Corte di Giustizia, per i lavoratori europei, in quanto si escludono dal diritto tutte le attività che presentino, anche in modo marginale, esercizio di pubblici poteri. Inoltre il principio di parità di trattamento non è pieno in quanto si concede agli Stati membri di fissare limitazioni all'accesso al lavoro nei casi di attività riservate ai cittadini dello Stato della Ue o See, ai sensi della legislazione nazionale o della normativa comunitaria (art. 11, comma 3) (17).

Sostanzialmente analoga è la tutela riconosciuta ai profughi dalla Direttiva n. 2011/95/UE del 13 dicembre 2011 (che ha sostituito la Direttiva n. 2004/83/CE del 29 aprile 2004), che ha regolato in modo tendenzialmente uniforme la disciplina per i rifugiati e i beneficiari di protezione sussidiaria. Entrambi hanno diritto al rilascio del permesso di soggiorno, tranne che non ostino «imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico» o sentenza di condanna passata in giudicato per reati di particolare gravità (artt. 24 e 21), e godono, assieme al nucleo familiare, della parità di trattamento e di opportunità particolari con riguardo all'accesso all'occupazione (compresi gli impieghi nella p.a.), all'istruzione e alla formazione, al riconoscimento dei titoli di studio e professionali stranieri, all'assistenza sociale (che, per i beneficiari di protezione sussidiaria, può essere limitata alle prestazioni essenziali), all'assistenza sanitaria.

4. — *Il quadro normativo italiano* — Sul versante del diritto nazionale, l'art. 51 Cost. dispone, innanzitutto, che la regolamentazione dei requisiti che riguardano l'accesso al pubblico impiego sia una prerogativa riservata alla legge. Esso prescrive che tutti i cittadini hanno diritto di accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza e la legge può parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica.

La norma, nonostante la modifica intervenuta con la legge cost. 30 maggio 2003, n. 1, ha mantenuto il suo impianto originario, che pone l'affermazione del principio generale della riserva dell'accesso al pubblico impiego ai soli cittadini italiani.

La disposizione richiama il contenuto dell'art. 6 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, per cui «tutti i cittadini, essendo uguali di fronte alla legge, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti e impieghi pubblici secondo le loro capacità e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti».

(17) Cfr. Garilli 2017, 16.

Tradizionalmente, pertanto, in tale materia, a seguito delle influenze dei nazionalismi ottocenteschi che rafforzarono il legame fra cittadino e Stato, considerando lo *status civitatis* come requisito indefettibile per l'ammissione alle funzioni di impiegato dello Stato, si affermò il principio secondo cui il possesso della cittadinanza fosse requisito indispensabile per l'esercizio delle funzioni pubbliche (18).

La finalità del legislatore costituente fu quella di garantire che i fini pubblici fossero perseguiti e tutelati nel miglior modo possibile e, per tale motivo, si pose la riserva in favore dei cittadini italiani sulla base della considerazione per cui in questi si riteneva esistente una naturale compenetrazione dei fini personali a quelli pubblici. Sullo stesso versante di valori si pone anche l'art. 98 Cost., che fa riferimento al «servizio esclusivo della nazione» richiesto ai dipendenti pubblici (19).

In maniera conforme a quanto previsto dalla Costituzione, il Testo Unico degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3) ha previsto all'art. 2 la cittadinanza fra i requisiti generali per l'accesso agli impieghi pubblici.

Sulla scia della giurisprudenza comunitaria già il d.lgs. n. 29/1993 all'art. 37 aveva parificato ai cittadini italiani quelli degli Stati membri della (allora) Comunità economica europea in ordine all'accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche, a condizione però che questi non implicassero «esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri ovvero non» attenessero «alla tutela dell'interesse nazionale». La norma poi rinviava a un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri l'individuazione delle posizioni funzionali che richiedevano il possesso della cittadinanza

(18) Cfr. Cassese 1997, 89.

(19) Cons. Stato, sentenza 4.2.1985, S. IV, in *FA*, 1985, 150. Tale orientamento ha, più di recente, avuto l'avallo da parte del Governo, con il parere n. 186 del 28 settembre 2004 della Presidenza del Consiglio-Dipartimento della Funzione pubblica, ove si legge che «in relazione all'articolo 51 della Costituzione deve cogliersi, oltre al più generale divieto di discriminazioni nell'accesso ai pubblici uffici dei cittadini, la volontà del legislatore costituzionale di limitare ai cittadini l'accesso ai pubblici uffici. Ciò in considerazione sia della necessità di un particolare vincolo tra lo Stato e coloro che esercitano le funzioni e i servizi, vincolo ravvisabile soltanto nel rapporto qualificato tra il soggetto e l'ordinamento sinteticamente designato come *status civitatis*; sia sul piano più strettamente esegetico in considerazione del rapporto tra il primo e il secondo comma dell'articolo stesso. L'estensione della possibilità di accesso ai pubblici uffici anche agli italiani non appartenenti alla Repubblica intanto si spiega come norma di eccezione, in quanto la regola sia, appunto, che i pubblici uffici siano riservati in linea di principio ai soli cittadini. Questa conclusione è confermata dal riferimento al «servizio esclusivo della nazione» di cui all'art. 98, comma 1, della Costituzione».

italiana. Il decreto emanato – il d.P.c.m. 7 febbraio 1994, n. 174 – opta per un'interpretazione ampia di esercizio di poteri pubblici, includendovi, fra le ipotesi per le quali è precluso l'accesso ai cittadini comunitari, tutte le posizioni dirigenziali delle pubbliche amministrazioni senza alcuna distinzione con riguardo alle specifiche funzioni esercitate (20).

La norma è stata poi riprodotta nell'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001. Successivamente, in attuazione delle citate direttive comunitarie recepite dall'ordinamento italiano, la norma è stata modificata e integrata dall'art. 7, comma 1, lett. *a* e *b*, l. 6 agosto 2013, n. 97, estendendo il diritto all'accesso alle pubbliche amministrazioni ai familiari stranieri dei cittadini comunitari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente e ai cittadini di paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno *Ce* per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello *status* di rifugiato ovvero di protezione sussidiaria (21).

L'art. 38, d.lgs. n. 165/2001, deve essere messo in correlazione con le disposizioni contenute nel testo vigente del d.lgs. n. 286/1998 (T.U. sull'immigrazione), e in particolare con l'art. 2, comma 3, secondo cui «la Repubblica italiana, in attuazione della Convenzione dell'Oil n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani», e con l'art. 27-*quater*, comma 14, introdotto dal d.lgs. n. 108/2012 (attuazione della Direttiva comunitaria n. 2009/50/Ce), che disciplina l'ingresso e il soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendono svolgere lavori altamente qualificati (titolari di carta blu *Ue*), per i quali, però, è escluso lo svolgimento di attività che comportino, anche in via occasionale, l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero attengano alla tutela di interessi nazionali.

(20) Si tratta delle posizioni dirigenziali delle amministrazioni statali, anche a ordinamento autonomo, e delle altre pubbliche amministrazioni, dei posti con funzioni di vertice amministrativo, delle strutture periferiche delle medesime amministrazioni, degli enti locali e della Banca d'Italia, dei posti di magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, avvocati e procuratori dello Stato, nonché dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei ministri, del ministero degli Affari Esteri, dell'Interno, di Grazia e Giustizia, della Difesa, delle Finanze e del Corpo forestale dello Stato.

(21) In ogni caso, sono fatti salvi i requisiti di conoscenza della lingua italiana e di quella tedesca per le assunzioni al pubblico impiego nella Provincia autonoma di Bolzano, il cui Statuto speciale prevede proprio il bilinguismo quale requisito per l'accesso agli impieghi pubblici.

5. — *La posizione della giurisprudenza italiana* — Tra i giudici nazionali si riscontrano orientamenti contrastanti caratterizzati da una contrapposizione tra la giurisprudenza ordinaria di merito da una parte e la Corte di Cassazione e i giudici amministrativi dall'altra.

La giurisprudenza costituzionale non ha fornito utili indicazioni al riguardo, avendo affrontato la questione soltanto in un'ordinanza con la quale ha dichiarato l'inammissibilità della questione sulla legittimità dell'art. 38, d.lgs. n. 165/2001 (22), per non avere il giudice *a quo* esperito il tentativo di interpretazione conforme a Costituzione e all'ordinamento dell'Unione europea. Tuttavia, l'ordinanza sembra suggerire una chiave interpretativa che è stata richiamata nelle sentenze successive dei giudici di merito (23).

Questi (24), infatti, sono pervenuti all'affermazione di un principio generale di uguaglianza tra cittadini italiani, comunitari e di paesi terzi parificati a quest'ultimi anche nell'accesso al lavoro pubblico, ritenendo pertanto discriminatoria la previsione, contenuta nelle selezioni pubbliche, della cittadinanza italiana. Le incoerenze presenti nella legislazione nazionale caratterizzata da enunciazioni di carattere generale sul principio di parità di trattamento, da una parte, e dalla presenza di una congerie di eccezioni, dall'altra, vengono superate facendo ricorso al metodo dell'interpretazione della norma interna conforme al diritto europeo come interpretato dalla Corte di Giustizia.

L'argomentazione alla base di tale convincimento fa leva sull'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 286/1998 e sulla Convenzione Oil n. 143/1975, letti in correlazione con l'art. 3 della Costituzione. Questa giurisprudenza, poi, si pone in linea con le ricordate sentenze della Corte di Giustizia nell'interpretazione dell'art. 45, par. 4, del TfUE, affermando che la deroga al principio va limitata esclusivamente a quei posti pubblici che comportino la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri e che sono finalizzati alla tutela dell'interesse generale dello Stato. Viene, in questo modo, ribadito l'approccio casistico nell'analisi delle concrete tipologie di mansioni e di funzioni previste nello svolgimento di un incarico pubblico. In conseguenza, l'elencazione tassativa contenuta nel citato d.P.c.m. n. 174/1994,

(22) C. cost. 15.4.2011, n. 139, in *RIDL*, 2011, II, 1184 ss., con nota di Astengo.

(23) Si veda T. Roma, 20.12.2012, ord., in *www.asgi.it*. Sul punto, cfr. Biondi Dal Monte, 2013, 94-95.

(24) Vd., ad es., T. Genova 26.6.2004, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, II, 173 ss.; T. Bologna 25.10.2007, in *RCDL*, 2008, 729 ss.; T. Milano 12.8.2011, in *RCDL*, 2011, 894 ss.; T. Udine 30.6.2016, in *www.asgi.it*. Da ultimo, vd. T. Firenze 23.6.2017, in *www.questionegiustizia.it*.

a cui rinvia l'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001, a causa della sua rigidità, risulta in contrasto con l'*acquis* comunitario, e quindi per evitarne la disapplicazione deve essere interpretata alla luce delle indicazioni della Corte europea.

Totalmente rovesciata è l'argomentazione contenuta nelle sentenze della Corte di Cassazione (25), nelle quali si sottolinea la specialità del lavoro pubblico, contrassegnato da elementi di peculiarità, desunti, in primo luogo, dai principi contenuti negli artt. 51, 97 e 98 della Costituzione.

La Corte fa leva, poi, su argomenti letterali, contenuti nella normativa interna, ricavando dall'art. 38, d.lgs. n. 165/2001, e dal regolamento di attuazione – a cui viene conferita forza di legge – l'inesistenza di un principio generale di ammissione al lavoro pubblico di coloro che non sono cittadini italiani.

L'assunto, secondo i giudici di legittimità, non è smentito da un'interpretazione evolutiva dell'art. 51 Cost., secondo cui il riferimento «agli uffici pubblici» deve essere inteso in senso restrittivo – limitato, cioè, all'esercizio di attività autoritative –, in quanto le altre norme costituzionali offrono «sufficiente copertura alla disciplina ordinaria preclusiva»; né è smentito dalla lettura dell'art. 45, par. 4, TfUe, in quanto questo esclude dal suo ambito di applicazione l'impiego nelle pubbliche amministrazioni. Tale ultima affermazione è in evidente contrasto con il ricordato orientamento della Corte di Giustizia a cui la Corte di Cassazione avrebbe dovuto conformarsi, in virtù del principio secondo cui le statuizioni interpretative della Corte di Giustizia hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni e vincolano le amministrazioni e i giudici nazionali (26).

Sul versante della giurisprudenza amministrativa si registra una significativa evoluzione. Questa, infatti, è stata per lungo tempo orientata verso un'impostazione restrittiva per quanto riguarda l'accesso degli stranieri al pubblico impiego.

Emblematico, a tale proposito, è il parere reso dal Consiglio di Stato nel

(25) Cass. 13.11.2006, n. 24170, in *RGL*, 2007, II, pp. 218 ss. con nota di Grasso; Cass. 2.9.2014, n. 18523, in *RGL*, 2015, II, pp. 59 ss., con nota di Spinelli.

(26) C. cost. n. 113/85 e n. 389/1989. Se l'interpretazione del diritto dell'Unione spetta esclusivamente alla Corte di Giustizia, qualsiasi sentenza che applica o interpreta una norma del diritto dell'Ue ha carattere di sentenza dichiarativa, nel senso che la Corte, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative. Vd. Cass. 24.8.2002, n. 11573, in *GI*, 2002, 25, e, più di recente, Cass. 8.2.2016, n. 2468, in *FA*, 2016, 555.

2004 (27), in cui, richiamando precedenti sentenze di primo grado (28), l'organo consultivo esclude che la disciplina speciale prevista per le assunzioni dei lavoratori alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, che pone una riserva nell'accesso al lavoro a favore dei cittadini italiani e comunitari, possa essere in contrasto con i parametri costituzionali.

Il *revirement* del Consiglio di Stato si è avuto con la sentenza 10 marzo 2015, n. 1210 (29), emanata a seguito di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in cui si fornisce una lettura evolutiva dell'art. 51 Cost. e della normativa legislativa e regolamentare in materia di accesso al pubblico impiego in conformità al diritto europeo, con conseguente applicazione restrittiva della deroga prevista dall'art. 54, par. 4, TfUE.

È interessante osservare che, nel dare applicazione alla decisione della Corte di Giustizia, il Consiglio di Stato si è soffermato sul rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario, individuandone il fondamento (sulla scia della Corte costituzionale, sentenze n. 223/75, n. 183/73, n. 98/65 e n. 14/64) nell'art. 11 Cost., attraverso il quale è conferito alle norme comunitarie «effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa», con la conseguente prevalenza del diritto comunitario sulla legislazione interna e anche rispetto a norme costituzionali (C. cost. n. 126/1996) salvo il caso in cui la normativa comunitaria sia in contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato o dei diritti fondamentali della persona (C. cost. n. 170/1984).

Da questa premessa, secondo il Consiglio di Stato, consegue che l'art. 51 Cost. va letto in conformità all'art. 11 Cost., nel senso di consentire l'accesso dei cittadini degli Stati dell'Unione europea «agli uffici pubblici e alle cariche pubbliche nazionali in via generale, sulla base del principio della libera circolazione delle persone ex art. 45 TfUE, salvo gli eventuali limiti espressi o legittimamente ricavabili dal sistema con riguardo alla concreta partecipazione all'esercizio di pubblici poteri...».

A questo proposito i giudici, facendo proprie le motivazioni della Corte di Giustizia, affermano che la deroga alla regola non può essere giustificata dal solo fatto che il diritto nazionale attribuisca astrattamente poteri d'imperio alla posizione funzionale per la quale si concorre, ma è necessario che

(27) Consiglio di Stato, parere n. 2592, del 31.3.2004, consultabile in www.stranieriinitalia.it.

(28) Fra cui Tar Veneto 25.3.2004, n. 782, e Tar Toscana 24.1.2003, n. 38, S. II, in www.lexItalia.it.

(29) Consiglio di Stato, 10.3.2015, n. 1210, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2015, p. 970, con nota di Prudenzone.

tali poteri siano «effettivamente esercitati in modo abituale dal titolare e non rappresentino una parte molto ridotta della sua attività».

Si può porre questione sull'applicazione di tale interpretazione alle ipotesi di accesso al lavoro pubblico da parte dei cittadini extracomunitari che godono del regime di equiparazione già citato, e, in particolare dei cittadini dei paesi terzi soggiornanti di lungo periodo. Per costoro, infatti, come si è detto, la Direttiva n. 2003/109/Ce consente l'accesso alle sole attività che non comportino «nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri». In questo caso, però, l'art. 38, d.lgs. n. 165/2001, in riferimento a tali soggetti non mantiene la restrizione prevista dalla direttiva; e ciò sulla base della possibilità attribuita agli Stati membri dall'art. 153 TfUE di concedere una tutela maggiore rispetto a quella risultante dalle direttive.

I problemi sono invece maggiormente evidenti nel caso dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, per i quali, nell'art. 27-*quater*, comma 14, del d.lgs. n. 286/1998, il legislatore italiano si è avvalso della facoltà concessa dall'art. 12, par. 3, della Direttiva n. 2009/50 Ce di «limitare l'accesso al lavoro se le attività dello stesso comportano, anche in via occasionale, una partecipazione all'esercizio dell'autorità pubblica e la responsabilità della salvaguardia degli interessi generali dello Stato». Il coordinamento tra le disposizioni è pertanto auspicabile.

Da ultimo, è necessario soffermarsi sulla vicenda che ha destato un grande clamore mediatico. Essa ha avuto inizio con i ricorsi presentati da alcuni candidati per l'annullamento degli atti relativi alla procedura selettiva indetta dal Ministero per il conferimento dell'incarico di direttore di 20 musei aventi qualifica di ufficio dirigenziale, accolti dal Tar del Lazio con le sentenze n. 6170 e n. 6171 del 24 maggio 2017 (30). Tali provvedimenti giurisdizionali, oggetto di forte critica da parte del ministro dei Beni Culturali che aveva promosso la procedura, sono attualmente oggetto di appello al Consiglio di Stato, che in via cautelare ne ha sospeso l'esecutività (31).

(30) In *www.altalex.it*.

(31) Cfr. le ordinanze del Consiglio di Stato n. 2471 e n. 2472 del 15 giugno 2017. La motivazione della sospensione fa leva: da un lato, sul danno che l'immediata esecutività delle sentenze di primo grado avrebbe rappresentato per i direttori nominati, soccombenti in primo grado, i quali si sarebbero ritrovati improvvisamente privi della retribuzione dopo aver trasferito le loro residenze e abbandonato i loro precedenti impieghi in virtù della nomina poi annullata dal Tar; dall'altro, sulla considerazione che le parti vittoriose ricoprono attualmente altri incarichi. Sicché, sulla base di una valutazione comparativa degli interessi sopra illustrati, e senza esaminare il merito delle controversie, il giudice d'appello ha ritenuto opportuno sospendere l'efficacia delle sentenze impugnate. A oggi non risulta edita la sentenza definitiva.

Il fondamento normativo della fattispecie oggetto dei due ricorsi decisi dal Tar deve individuarsi nel d.l. 31 maggio 2014, n. 83 (convertito nella l. 29 luglio 2014, n. 106), col quale il Governo prima, e il Parlamento in sede di conversione in seguito, hanno introdotto «Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo».

Nell'ambito di tale testo, l'art. 14, comma 2-*bis*, nella finalità di adeguare l'Italia agli standard internazionali in materia di musei e di migliorare la promozione dello sviluppo della cultura, anche sotto il profilo dell'innovazione tecnologica e digitale, per il tramite di un successivo regolamento cui lo stesso d.l. rinviava, individuava i poli museali e gli istituti della cultura statali di rilevante interesse nazionale che costituivano uffici di livello dirigenziale. Al contempo veniva stabilito che i relativi incarichi potessero essere conferiti, mediante procedure di selezione pubblica, per una durata da tre a cinque anni, a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale in materia di tutela e valorizzazione dei beni culturali e in possesso di una documentata esperienza di elevato livello nella gestione di istituti e luoghi della cultura, nulla prevedendo in ordine alla nazionalità dei candidati.

Il Tar Lazio ha annullato i provvedimenti di nomina dei direttori sulla base di vari argomenti. Tra questi, per quanto di nostro interesse, è rilevante la censura di illegittimità relativa alla nomina di soggetti non aventi cittadinanza italiana in contrasto con l'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001, che, come più volte ricordato, esclude i non cittadini italiani dalla nomina a posizioni che comportano l'esercizio di un pubblico potere o sono posti a tutela dell'interesse nazionale. La disposizione, che pone una disciplina derogatoria per il conferimento di incarichi dirigenziali relativi ai poli museali di rilevante interesse nazionale, ad avviso del Collegio «non estende la sua potenzialità di previsione speciale costituente eccezione alla regola generale fino a raggiungere e derogare anche la previsione dell'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001». Le sentenze del Tar tuttavia non si sono mosse, sul punto, nel solco tracciato dalla Corte di Giustizia prima e dal Consiglio di Stato poi, in quanto hanno deciso unicamente sulla base del contrasto rilevabile *per tabulas* tra la normativa speciale introdotta con il citato d.l. n. 83/2014 e l'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001. Il Tribunale amministrativo, infatti, non ha effettuato un controllo sulle specifiche funzioni da espletare in maniera da verificare preliminarmente se la posizione professionale di direttore di museo comporti effettivo esercizio di poteri pubblici e, in questo caso, se tale esercizio costituisca parte rilevante delle sue funzioni. La questione è dubbia in quanto, a ben vedere, i direttori dei musei, come risulta dal re-

golamento di organizzazione adottato con d.P.c.m. 21 agosto 2014, esercitano un'attività che presenta carattere tecnico-culturale e soltanto in modo limitato esercitano pubblici poteri che possono ricondurre la loro posizione fra quelle che l'ordinamento dell'Unione riserva ai cittadini.

6. — *Conclusioni* — L'accesso al pubblico impiego degli immigrati che risiedano stabilmente in Italia e partecipino alla vita della comunità può rappresentare un tassello per favorire il processo di integrazione. E infatti, consentire loro di ricoprire posti pubblici – salve le limitate eccezioni citate – potrebbe servire, da un lato, a far superare lo stereotipo dell'immigrato destinato inesorabilmente ai livelli più bassi della scala sociale e, dall'altro, ad attrarre o trattenere nel nostro paese immigrazione altamente qualificata (32).

Ci troviamo, invece, come si è visto, di fronte a un quadro normativo nazionale confuso e stratificato, a causa del quale le pubbliche amministrazioni mostrano resistenza a conformarsi alle regole elaborate in materia dalla giurisprudenza comunitaria e oggi applicate con convinzione dai tribunali. Il fatto è che sono mancati a oggi interventi normativi chiarificatori sul rapporto tra straniero e pubblico impiego; e ciò è indice delle difficoltà presenti a livello politico-legislativo in Italia ad affrontare una tematica legata a quella ben più ampia di una riforma del diritto di cittadinanza che dia più compiuto senso al principio di uguaglianza.

Riferimenti bibliografici

- Astengo A. (2011), *Extracomunitari e pubblico impiego: la parola alla Corte costituzionale?*, in *RIDL*, II, 1184 ss.
- Biondi Dal Monte F. (2013), *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino.
- Briguglio A. (2013), *Pubblico impiego: accesso vietato agli stranieri*, in *www.lavoce.info*.
- Cassese S. (1997), *Stato-nazione e funzioni pubbliche*, in *GDA*, 88 ss.
- Daniele L. (1998), *I limiti della libera circolazione: gli impieghi nella pubblica amministrazione e l'ordine pubblico*, in Nascimbene B. (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori: trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Giuffrè, Milano, 74 ss.
- Gaja G. (1984), *La normativa comunitaria sull'accesso al lavoro*, in Gaja G. (a cura di), *I lavoratori stranieri in Italia: problemi giuridici dell'assunzione*, il Mulino, Bologna, 140 ss.

(32) Briguglio 2013.

- Garilli A. (2017), *Immigrati e diritti sociali: parità di trattamento e tutela multilivello*, in *DLM*, 1 ss.
- Gnes M. (2012), *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli Stranieri*, 7 ss.
- Grasso M. (2007), *Gli ostacoli all'accesso degli stranieri al lavoro pubblico*, in *RGL*, II, 218 ss.
- Ludovico G. (2009), *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, in *RIDL*, n. 2, 400 ss.
- Prudenzano L. (2015), *Sulla «nazionalità» della funzione pubblica e la libertà di circolazione dei lavoratori*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 970 ss.
- Spinelli C. (2015), *L'accesso degli stranieri al pubblico impiego e al servizio civile nazionale, tra norme e giurisprudenza*, in *RGL*, II, 59 ss.
- Trojsi A. (1999), *Lavoratori extracomunitari: parità di trattamento e diritto all'avvicinamento obbligatorio*, in *DML*, n. 2, 362 ss.

ABSTRACT

Il saggio analizza il tema dell'accesso al pubblico impiego da parte dei cittadini dell'Unione e degli extracomunitari, mettendo in evidenza alcuni tra i principali nodi problematici determinati da un quadro normativo interno segmentato, e talvolta contraddittorio, e dalle resistenze delle pubbliche amministrazioni a uniformarsi alle soluzioni elaborate in materia dalla giurisprudenza comunitaria. Si rileva infine come il superamento del requisito della cittadinanza per l'accesso all'impiego pubblico – con la sola esclusione dei casi in cui sia riscontrabile in concreto esercizio di pubblici poteri – potrebbe rappresentare un utile strumento per favorire l'integrazione e attrarre e trattenere immigrazione qualificata.

IMMIGRANTS AND PUBLIC EMPLOYMENT

The essay analyses the access to public employment by EU and non-EU citizens in the Italian legal framework, which is fragmented and sometimes contradictory, and the reluctance of public administrations to comply with the solutions elaborated by the European Court of Justice. Finally the paper highlights that the elimination of the citizenship – excepted the tasks concretely related with the exercise of public powers – could represent a useful tool to develop integration and to attract and retain qualified immigration.

Roberta Nunin ()*

SALUTE E SICUREZZA SUL LAVORO: QUALI TUTELE PER I LAVORATORI MIGRANTI?

SOMMARIO: 1. La sicurezza sul lavoro dei migranti e la costruzione di un adeguato sistema di prevenzione: uno sguardo al contesto. — 2. La valutazione del rischio lavorativo legato alla provenienza del lavoratore da un paese straniero: da «*dark side*» a obbligo «nominato». — 3. La formazione alla sicurezza dei lavoratori immigrati: ostacoli e opportunità. — 4. Salute dei migranti e declinazione degli obblighi di tutela: il ruolo del medico competente. — 5. Una nuova sfida per le organizzazioni sindacali: il ruolo degli Rls e della contrattazione collettiva nella costruzione di sistemi di prevenzione efficaci e inclusivi. — 6. Qualche osservazione conclusiva.

1. — *La sicurezza sul lavoro dei migranti e la costruzione di un adeguato sistema di prevenzione: uno sguardo al contesto* — Secondo dati diffusi di recente dall'Inail (1), in Italia, con riferimento all'anno 2016, risultano pervenute all'Istituto – alla data del 30 aprile 2017 – 641.345 denunce di infortunio sul lavoro (con un incremento dello 0,7% rispetto al 2015); l'incidenza degli infortuni avvenuti fuori dai locali aziendali (dunque, *in itinere* o, comunque, «sulla strada») è pari a circa il 19% del totale; i casi mortali denunciati sono stati, per lo stesso anno, 1.104, con un calo di quasi il 13% rispetto al 2015 (anno in cui gli infortuni con esito mortale denunciati erano stati 1.286, con un forte incremento rispetto all'anno precedente) (2). Nel proprio *Rapporto annuale 2017*, l'Istituto assicuratore segnala altresì come gli infortuni sul lavoro abbiano causato in Italia, sempre nel 2016, circa undici milioni di giornate di inabilità con costi a carico dell'Inail: in media, circa ottantaquattro giorni per infortuni con menomazioni, ventuno giorni in assenza di queste ultime. Rispetto a queste evidenze di carattere generale, anche per il 2016 si conferma un'incidenza del fenomeno infortunistico proporzionalmente più elevata per gli

(*) Professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste.

(1) Vd. *Dati Inail*, giugno 2017, in <http://www.inail.it>.

(2) Rispetto ai dati del 2012, il calo degli infortuni con esito mortale risulti essere di circa il 25%: vd. Inail 2017.

stranieri (3) rispetto agli autoctoni: circostanza, quest'ultima, già da tempo ripetutamente segnalata dalla dottrina che si è occupata della materia (4) e riscontrata anche negli studi condotti in ambito eurounitario (5). Inoltre, sempre nel 2016, l'inversione di tendenza registrata rispetto al quinquennio precedente – che aveva visto in generale una costante diminuzione degli infortuni denunciati – ha assunto un peso ben diverso a seconda del luogo di nascita degli infortunati (6): un andamento che appare ancora più significativo laddove si tenga presente la progressiva contrazione del tasso di occupazione degli stranieri, per effetto della crisi, registrata negli ultimi anni (-6,3% dal 2008 al 2014). Tutto questo, naturalmente, al netto dell'incidenza del lavoro nero/sommerso [che per definizione determina un'area opaca (7) che in buona parte sfugge, per ovvie ragioni, all'attività di raccolta e sistematizzazione dei dati da parte dell'Inail]; ambito nel quale si concentra una quota non insignificante del lavoro degli stranieri in Italia – in particolare qualora gli stessi siano presenti in modo irregolare sul territorio nazionale – determinando una sorta di «mercato parallelo» del lavoro per questi soggetti (8), un «mercato degli invisibili», nel quale «non si può non registrare l'intensificarsi delle dinamiche concorrenziali tra lavoratori “al ribasso”» (9), con le conseguenze facilmente intuibili anche in tema di (mancata) tutela della salute e della sicurezza degli stessi. Un altro dato particolarmente grave e preoccupante, che merita attenzione, è quello relativo agli infortuni con esito mortale (10). Per quanto poi attiene all'incidenza degli infortuni sulle singole nazionalità, si segnala che la maggior parte dei lavoratori infortunati dell'area Ue provie-

(3) Per altri dati, vd. Istat 2017; Inail 2016, in part. 9 ss.

(4) Di Carluccio 2017a e 2017b; Nunin 2013; Natullo 2011; Ferrua 2009.

(5) Vd. già European Agency for Safety and Health at Work – European Risk Observatory, *Literature Study on Migrant Workers*, 2007, in <http://osha.europa.eu>.

(6) Cfr. i dati resi noti dall'Istat, in <http://www.istat.it>.

(7) Da ultimo Calafà 2017; McBritton 2015. Sulle questioni definitorie in materia di lavoro sommerso/nero/irregolare vd. Peruzzi 2015. Per una prospettiva di ampio respiro e a più voci in relazione al tema della legalità del lavoro vd., di recente, i saggi raccolti in Gottardi (a cura di) 2016.

(8) Vd., sul punto, Calafà 2012, in part. 161 ss.; Viscomi 2015.

(9) Così Calafà 2012. Vd. anche Ead. 2016; evoca un modello di inclusione «neoschiavistico» Santoro 2010, 129 ss.

(10) Per i cittadini dell'Unione europea si è invece registrato nel 2016 un dato sicuramente molto positivo – come segnala l'Inail –, con un -27% di infortuni mortali rispetto al 2015. Per l'incidenza degli infortuni in base alle singole nazionalità, vd. ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Sesto rapporto annuale. I migranti nel mercato del lavoro in Italia* Roma, 2016, in <http://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immi-grazione/Documents/VI-Rapportoannuale-MdL-Migranti-2016.pdf>.

ne dalla Romania (con oltre il 61% dei casi), mentre nell'area extra Ue sono i lavoratori marocchini a essere maggiormente coinvolti (16%), seguiti da quelli albanesi (13%). Anche il tema delle malattie professionali, osservato dall'angolo visuale dell'incidenza sui lavoratori immigrati, presenta alcune peculiarità, in quanto, come segnalato dall'Inail, può pure accadere che per questi lavoratori alcuni fattori portino a una sottostima del fenomeno: si pensi alla latenza di alcune patologie, ad esempio, o alla mobilità dei lavoratori stranieri che talora, quando si ammalano, tendono a tornare nel paese di origine (11).

Questi *trends* spiegano perché, anche in ambito europeo, l'Unione abbia individuato da tempo i lavoratori migranti come uno dei cinque *priority groups* (12) – accanto ai lavoratori anziani, alle donne, ai giovani e ai disabili – per i quali i paesi membri sono chiamati a intraprendere azioni maggiormente incisive per la tutela della salute e della sicurezza al lavoro. Infatti, sebbene non tutti i lavoratori migranti in quanto tali siano da considerarsi «automaticamente» a rischio, è d'altra parte indispensabile non trascurare tre profili che risultano particolarmente allarmanti: in prima battuta, vanno considerati gli effetti della segregazione occupazionale, con gli elevati tassi di impiego dei lavoratori immigrati nei settori ad alto rischio, dove gli stessi sono progressivamente andati a occupare posizioni lavorative via via abbandonate dai lavoratori autoctoni proprio in ragione della gravosità e/o pericolosità del lavoro; in secondo luogo, non si deve sottovalutare il rilievo delle barriere di ordine linguistico e/o culturale, suscettibili di ostacolare in maniera significativa la comunicazione e le stesse attività formative in materia di salute e sicurezza; attività, queste ultime, che assumono una fondamentale centralità nel processo di prevenzione dei rischi lavorativi; infine, i lavoratori migranti sono di frequente disponibili a fare molti straordinari e/o ad accettare ritmi lavorativi particolarmente intensi e gravosi, risultando così più esposti a infortuni e malattie professionali (13). Il quadro dunque è assai complesso, non da ultimo con riguardo alla stessa

(11) Vd. Inail 2016, 15.

(12) Vd., sul punto, Bonardi 2011, 56 ss. Si rinvia a Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro*, Commissione Ce Com(2007)62 def., e alle linee guida che, sebbene non vincolanti, fornivano alcuni utili strumenti di indirizzo a Governi, parti sociali e altri *stakeholders* (vd. International Labour Office 2006). Successivamente, l'Oil ha adottato nel marzo 2010 il *Piano d'azione 2010-2016*.

(13) Vd. European Agency for Safety and Health at Work, in http://osha.europa.eu/it/priority_groups/migrant_workers.

forte eterogeneità interna del gruppo di riferimento (14). Un altro fattore di complessità, poi, è legato agli intrecci e alle sovrapposizioni che possono emergere, per le lavoratrici, tra il rischio qui specificamente considerato e quello – che pure necessita di puntuale valutazione da parte del datore – riferibile all'appartenenza di genere (15).

In definitiva, i dati richiamati, evidenziando una grave incidenza del rischio lavorativo sui lavoratori immigrati, e in particolare sugli immigrati extracomunitari, rendono palese la necessità di dedicare un *surplus* di attenzione a questo specifico gruppo già in sede di redazione, monitoraggio e periodico aggiornamento della valutazione dei rischi: obbligo, peraltro, quest'ultimo, espressamente «nominato» anche dal legislatore nazionale, con la previsione, di cui si dirà tra breve, contenuta nell'art. 28 del T.U. n. 81/2008 (d'ora in poi T.U.) (16).

2. — *La valutazione del rischio lavorativo legato alla provenienza del lavoratore da un paese straniero: da «dark side» a obbligo «nominato»* — Di recente, in dottrina si è condivisibilmente osservato come siano numerosi gli ostacoli che si frappongono ancora all'ambizioso obiettivo di garantire anche ai lavoratori immigrati quella protezione della *salute* al lavoro che il legislatore del T.U. individua nell'art. 2, lett. *o* – in una prospettiva olistica (17) –, quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità»; tali ostacoli possono in particolare ricondursi all'assenza «di consolidate metodologie di misurazione del “rischio” immigrazione, che indaghino su molteplici fattori [...] di vulnerabilità», così come alle «difficoltà di individualizzazione e commisurazione dell'informativa e dei percorsi formativi alla figura dell'immigrato» e alla «scarsità di misure volte ad accrescere tra gli immigrati la percezione dei rischi e la conoscenza dell'esistenza di una specifica normativa di tutela» (18).

(14) La diversa incidenza degli infortuni sui lavoratori provenienti da paesi dell'Unione europea rispetto agli immigrati extracomunitari spiega anche perché da qualche anno l'Inail cerchi di misurare la cd. «rischiosità infortunistica» distinguendo anche tra lavoratori nati in paesi a sviluppo avanzato (Psa) e lavoratori nati in paesi a forte pressione migratoria (Pfp): dalle analisi condotte dall'Istituto, risulta che proprio ai maschi appartenenti a quest'ultimo gruppo sia riferibile l'indice di rischio più elevato. Sia consentito rinviare a Nunin 2013, 78 ss.

(15) Con riguardo ai fattori di rischio in un'ottica di genere si rinvia a Nunin 2017.

(16) Vd. Pascucci 2008; Bertocco 2010; Gragnoli 2011; Natullo (a cura di) 2015.

(17) Sulla nozione di salute vd. R. Ferrara 2010; nella prospettiva giuslavoristica vd., da ultimo, Laforgia 2016; Malzani 2014.

(18) Per questa e le precedenti citazioni vd. Di Carluccio 2017a, 48.

Simili criticità spiegano, almeno in parte, perché a lungo tali questioni siano state sostanzialmente ignorate da buona parte dei datori di lavoro in sede di valutazione dei rischi, sebbene anche nella vigenza delle «vecchie» regole di cui al d.lgs. n. 626/94 (per quasi quindici anni normativa di riferimento in materia, con le modifiche nel tempo apportate) il datore fosse chiamato a una valutazione di ampio respiro. Proprio alla luce di tali palesi e diffuse lacune nelle prassi valutative, con l'adozione del nuovo T.U. in materia di sicurezza sul lavoro il legislatore, all'art. 28 del T.U., ha voluto chiarire, senza possibilità di ulteriori equivoci, che la valutazione dei rischi (obbligo fondamentale del datore di lavoro ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. *a*, del medesimo decreto) «anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare *tutti i rischi* per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi [...] quelli connessi [...] alla *provenienza da altri paesi*»; condizione che è stata così finalmente evidenziata in modo specifico, assieme ad altre, pure segnalate dalla stessa norma, in quanto spesso anch'esse in passato assai trascurate, anche se suscettibili potenzialmente di incidere sul rischio lavorativo per il singolo lavoratore: il richiamo è alla necessità di un'espressa considerazione per il genere, l'età e la tipologia contrattuale d'impiego *ex art. 28 T.U.*

Nella costruzione della prevenzione aziendale, di conseguenza, la variabile «immigrazione» assume oggi un proprio specifico rilievo, dovendo il datore di lavoro valutare con attenzione tutte le possibili ricadute di tale (eventuale) caratteristica del soggetto: l'essere, cioè, il dipendente un lavoratore proveniente da un paese diverso dall'Italia. Significativa è poi la circostanza che tale caratteristica soggettiva, così come l'età e il genere, pure considerati come si è detto dalla norma sopra ricordata, rilevino anche nel quadro dell'applicazione dei divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro: si evidenzia così l'importanza delle norme in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro anche nella prospettiva del diritto antidiscriminatorio; considerazione che stimola ad approfondire nuovi percorsi di indagine e di riflessione critica che valorizzino tali intrecci (19). D'altra parte, è ben nota la persistenza di un'evidente (e consistente) segregazione occupazionale dei lavoratori migranti (20), che si traduce anche in una maggio-

(19) Sia consentito qui rinviare a Nunin 2017, in corso di pubblicazione. Sui complessi intrecci tra migrazioni e possibili discriminazioni vd., tra gli altri, Calafà, Gottardi (a cura di) 2009; Barbera (a cura di) 2007; Izzi 2005; Nascimbene (a cura di) 2004.

(20) Inail (2016, 11) evidenzia come nel tempo si sia creata una vera e propria «geografia dei mestieri», «in virtù della quale alcune etnie tendono a specializzarsi in

re concentrazione di questi ultimi nell'ambito dei cd. «*Three-D Jobs*», ovvero dei lavori (o delle mansioni) «*dirty, dangerous, demanding*» – insalubri, pericolosi, faticosi – con una particolare incidenza nel settore agricolo (21), in quello dell'edilizia e nei trasporti (22), oltre che nell'ampio bacino del lavoro domestico e/o di cura, dove continua ancora ad annidarsi una quota assai significativa di lavoro nero/irregolare/informale (23).

Abbiamo ricordato come i dati italiani elaborati dall'Inail confermino una particolare vulnerabilità dei lavoratori immigrati rispetto al fenomeno infortunistico; simili evidenze si riscontrano, peraltro, anche in altri contesti nazionali, come sottolineano i periodici *report* dell'agenzia europea Eu-Osha già più volte citata. Negli ultimi anni, inoltre, tale situazione – di per sé preoccupante – è divenuta ancora più critica in ragione dell'impatto su questi lavoratori della crisi economica – protrattasi nel nostro paese per quasi un decennio – che ne ha accentuato la posizione di debolezza; tutto questo, inoltre, in un quadro di generale abbassamento delle tutele del/nel lavoro per tutti, ma con una gravosità aggiuntiva per i lavoratori immigrati, anche alla luce delle tensioni accentuatesi in questi ultimi anni con riguardo alle scelte (o alle non scelte...) regolative e politiche concernenti lo stesso *status* giuridico dei migranti e i percorsi di integrazione sociale e lavorativa degli stessi (24).

Come già osservato (25), le difficoltà occupazionali – con i correlati profili di dualità nel mercato del lavoro stesso e nell'accesso a diritti e tutele – sono venute a sommarsi alle criticità derivanti da una normativa di riferimento (in materia di ingresso, di accesso al lavoro e di diritti dei migran-

specifiche occupazioni, anche in considerazione di reti etniche che svolgono un'interfaccia tra nuovi arrivati e mercato del lavoro».

(21) Vd. Inail 2016; settore agricolo in dottrina vd., di recente, De Martino *et al.* 2016; Rigo (a cura di) 2016; Viscomi 2015; Perrotta 2014.

(22) È circostanza nota che spesso la violazione delle norme di tutela viene «accettata» dai lavoratori immigrati, specialmente ove non ancora provvisti di titoli per un soggiorno stabile, per garantirsi comunque la permanenza nel paese di immigrazione, nella speranza di poter successivamente migliorare le proprie condizioni lavorative; in dottrina, con riguardo a tali forme di «autosfruttamento», vd. già Viscomi 1992; più di recente, De Mozzi 2012.

(23) Cfr. European Agency for Safety and Health at Work – European Risk Observatory 2007; vd. anche la ricerca pubblicata nel 2017 dal Centro studi Luca D'Agliano e dal Collegio Carlo Alberto dell'Università di Torino, in <http://dagliano.unimi.it>. Con particolare riguardo al lavoro di cura – dove secondo l'Istat (vd. *Rapporto 2015*) la percentuale di lavoro nero sarebbe di oltre il 50% –, vd. Borelli 2016, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

(24) Vd. Calafà 2012.

(25) Cfr. Nunin 2017.

ti) che risulta ormai non solo obsoleta, ma – sotto molteplici aspetti – anche iniqua, mentre l'elaborazione di reali politiche di integrazione arranca, nell'incertezza di decisori politici miopi che sembrano incapaci di considerare la presenza e il lavoro degli immigrati come un dato ormai strutturale e irreversibile per il nostro paese. Basti solo pensare, a tal proposito, a come il dibattito sullo *ius soli* si sia trascinato negli ultimi mesi tra polemiche strumentali e l'ostilità dichiarata di una parte consistente della classe politica, incapace di guardare a esso come a un potente strumento di integrazione di giovani «di fatto» già cittadini; una vicenda, quest'ultima, che assume valore paradigmatico di un modo di (s)ragionare che continua pervervicamente a considerare l'immigrazione come un fenomeno emergenziale, da gestire come tale, e non quale dato strutturale che dovrebbe imporre approcci regolativi maggiormente coraggiosi.

Tornando però al profilo specifico che qui interessa, abbiamo già ricordato che, in sede di redazione – ma anche di monitoraggio e periodico aggiornamento – della valutazione dei rischi lavorativi, l'art. 28 del T.U. impone al datore di lavoro l'obbligo di valutare (laddove naturalmente vi sia una presenza di stranieri nel contesto lavorativo) le possibili eventuali ricadute sull'esposizione al rischio della provenienza del lavoratore o della lavoratrice da un paese diverso dall'Italia. Come si è già osservato, anche nella vigenza della normativa precedente al T.U. del 2008 l'obbligo di valutare *tutti* i rischi lavorativi avrebbe dovuto implicitamente spingere comunque il datore a operare questa specifica valutazione; tuttavia, questo spesso non avveniva e, proprio sulla base di tale pregressa sottovalutazione, a fronte di chi in dottrina ha criticato quella che è stata qualificata come una «barocca reiterazione dell'idea dell'omnicomprensività dell'oggetto della valutazione, quasi che la continua precisazione di profili ulteriori possa rendere più chiaro ciò che è insito nella stessa categoria dell'art. 28» (26), riteniamo invece che il puntuale richiamo operato dal legislatore sia stato decisamente opportuno.

Quanto poi alle possibili considerazioni critiche, volte a evidenziare una pretesa maggiore difficoltà per i datori di operare tali valutazioni, rispetto ad altri rischi, per i quali esistono da tempo strumenti di analisi mirata sostanzialmente «codificati», facilmente utilizzabili e adattabili ai diversi contesti, non disponibili invece per il rischio «immigrazione», in dottrina si è di recente osservato come in realtà in questo campo ci siano già degli strumenti e una modellistica di intervento che potrebbero fornire un utile supporto, «costruiti per lo più da gruppi interdisciplinari composti da medici

(26) Così Gagnoli 2011, 397.

del servizio sanitario nazionale, esperti in salute dei migranti e in promozione della salute e sicurezza sul lavoro e professionisti dell'area antropologica e sociologica» (27). Indubbiamente, in quest'ambito, un ruolo importante è giocato anche dalla conoscenza delle variabili culturali legate al paese di provenienza dei lavoratori (considerate pure nella loro interrelazione con quelle proprie del nostro paese), che – come si è osservato – possono determinare «un comportamento consapevole, scrupoloso, prudente, oppure il loro opposto» (28); solo una tale conoscenza/consapevolezza può infatti consentire al datore di lavoro – e alla tecnostruttura (*in primis*: Rspg e medico competente) da cui egli è supportato – di organizzare al meglio tutto quanto sia necessario per un'efficace prevenzione e protezione della salute e della sicurezza nel contesto lavorativo.

Si tratta certamente di processi valutativi non banali, che risultano tanto più necessari laddove si voglia seriamente perseguire quella positiva tensione verso il miglioramento che è insita in tutto il sistema della prevenzione disegnato dal legislatore eurounitario (oltre che da quello interno); ovviamente, una volta censite le diverse comunità straniere presenti in azienda, non solo si dovrà ragionare «a monte» in termini di possibili «rischi differenziati» astrattamente ipotizzabili, ma anche, qualora l'analisi dell'andamento infortunistico (e/o di quello delle malattie professionali) evidenzii «a valle» un'incidenza diversa degli infortuni o delle tecnopatie su lavoratori italiani e lavoratori stranieri (o su gruppi di lavoratori stranieri di diverse nazionalità), il datore non potrà rimanere inerte, ma sarà chiamato a indagare le ragioni di tale situazione e ad attivarsi per l'adozione di tutte le indispensabili misure preventive e di risposta.

Si pensi, in via esemplificativa, all'aumento del rischio che potrebbe in concreto essere riconducibile ad alcune pratiche religiose, fino a ieri di solito non adeguatamente considerate in chiave di tutela della sicurezza del lavoratore; oggi, in base alle previsioni dell'art. 28 T.U., risulta del tutto ovvio – oltre che necessario – dedicare, ad esempio, un'adeguata valutazione alle possibili ricadute sulle mansioni svolte e sul rischio lavorativo di forme di digiuno rituale – come quello posto in essere dai fedeli musulmani, dall'alba al tramonto, durante il Ramadan – al fine di proteggere non solo il lavoratore, ma anche i colleghi ed eventuali altri soggetti su cui possano

(27) Così Di Carluccio 2017a, 60; l'Autore richiama l'esperienza portata avanti dall'Asl di Brescia con un progetto avviato nel 2009 a seguito di un Protocollo d'intesa tra la stessa Azienda sanitaria, l'Associazione industriale bresciana e i sindacati Cgil, Cisl e Uil: vd. <https://cisl.brescia.it/wp-content/uploads/2011/11/Un-progetto-sulla-sicurezza-per-i-lavoratori-stranieri.pdf>.

(28) *Ivi*, 61.

ricadere gli effetti di una situazione di oggettiva debolezza fisica e/o psichica in cui il primo possa trovarsi. All'esito di una tale valutazione, l'indispensabile bilanciamento tra libertà d'impresa, diritto alla salute e diritto alla libertà di culto potrebbe imporre – come si è sottolineato in dottrina – di considerare «l'adozione di misure organizzative specificamente volte a tutelare i lavoratori interessati, affidando loro attività e compiti fisicamente meno dispendiosi e faticosi oppure predisponendo i turni o le squadre di lavoro, in modo da inserirli in attività notturne o, ancora, riducendo gli sforzi fisici durante le ore più calde» (29). In altre e diverse ipotesi, potrebbero evidenziarsi dei comportamenti pericolosi dei lavoratori stranieri riconducibili a fattori culturali (legati, ad esempio, a una minore o assente cultura della sicurezza del lavoro nel paese d'origine) o a una possibile «asimmetria informativa» derivante da difficoltà linguistiche che ostacolano la corretta comprensione dei comportamenti richiesti; problema indubbiamente rilevante, quest'ultimo (su cui sono interventi anche gli Accordi Stato-Regione sulla formazione, di cui si dirà tra breve), che potrebbe imporre al datore di approntare interventi informativi e formativi che – per risultare realmente efficaci – prevedano delle azioni supplementari rispetto a quelle messe in campo per i lavoratori autoctoni (30).

In definitiva, a fronte di questioni che ormai non si possono più qualificare come «inedite», entra in gioco la necessità di una nuova sensibilità – anche culturale – che deve essere coltivata non solo da parte dei datori di lavoro, ma anche dei consulenti tecnici (Rspp e medico competente *in primis*) operanti nel settore della prevenzione; nel nuovo assetto della sicurezza nei luoghi di lavoro, come disegnato in prima battuta dalle norme comunitarie, e quindi dalla normativa interna di attuazione, l'indiscutibile centralità del fattore organizzativo e delle scelte a esso collegate richiede, infatti, un adeguato livello di attenzione per il rischio «immigrazione», che deve in prima battuta tradursi, come si dirà subito, anche in un'attenta progettazione dei percorsi formativi in materia di sicurezza, di cui il datore di lavoro è tenuto a farsi carico.

3. — *La formazione alla sicurezza dei lavoratori immigrati: ostacoli e opportunità* — Nella progettazione e attuazione di un sistema di prevenzione degli infortuni realmente efficace, accanto a un preliminare e accurato processo di valutazione dei rischi assumono un peculiare rilievo l'informazione e la formazione dei lavoratori e delle lavoratrici: emerge, anzi, una vera e

(29) *Ibidem*; vd. anche Bacchini 2013; De Pasquale 2012; Bertocco 2010, 292 ss.

(30) Vd. Nunin 2013; Bertocco 2010, 300; Di Carluccio 2017a.

propria «relazione circolare tra valutazione dei rischi, obblighi dell'informazione-formazione e controllo in ordine all'adempimento dei vincoli informativi e formativi» (31).

Proprio l'importanza di tali adempimenti nel quadro del sistema normativo disegnato dal legislatore del T.U. comporta che, da un lato, l'adempimento dell'obbligo di *informazione*, ove riguardi lavoratori immigrati, debba avvenire previa verifica della comprensione della lingua utilizzata nel percorso informativo (32) (vd. art. 36, comma 4, T.U.) e, dall'altro, con riguardo all'obbligo di *formazione*, che il contenuto di quest'ultima debba essere in linea generale facilmente comprensibile per i lavoratori e debba consentire a questi ultimi di acquisire le conoscenze e le competenze necessarie in materia di salute e sicurezza sul lavoro; inoltre, analogamente a quanto previsto in tema di informazione, ove la formazione riguardi lavoratori immigrati, essa deve avvenire previa verifica della comprensione e conoscenza della lingua veicolare che verrà utilizzata per tale intervento (vd. art. 37, comma 13, T.U.).

Dalle norme sopra richiamate emerge anche un criterio di *adeguatezza* nell'adempimento degli obblighi informativi e formativi, dal momento che l'informazione e la formazione erogate debbono essere commisurate ai rischi connessi specificamente tanto alla realtà produttiva, quanto alla posizione – e dunque alle mansioni specifiche – del lavoratore nel contesto considerato: ciò significa che le stesse debbono essere dettagliate e complete, chiare e accessibili, oltre a necessitare di un aggiornamento periodico e di una tempestiva riproposizione laddove si attui un cambio di mansioni.

In questo campo, con specifico riguardo all'informazione/formazione dei lavoratori immigrati, la giurisprudenza successiva al varo del T.U. ha avuto modo di intervenire già in diverse occasioni, tracciando delle linee interpretative che appaiono ormai consolidate. In un caso recente, ad esempio, la IV Sezione penale della Suprema Corte – con riguardo a un lavoratore di nazionalità indiana che aveva subito una lesione personale grave (l'amputazione del pollice) operando su un macchinario – ha confermato la condanna in grado di appello del consigliere di una Srl, espressamente delegato per gli aspetti di igiene e sicurezza del lavoro, rilevando «la sussistenza del nesso causale tra omessa somministrazione al lavoratore di un'adeguata formazione in una lingua che egli avrebbe potuto comprende-

(31) Di Carluccio 2017a, 62; analogamente, vd. anche Pascucci 2011a; Id. 2011b; Del Punta 2011; Carollo 2008; Lai 2006, 97 ss.

(32) Tale previsione accoglie peraltro quanto già contenuto nella Raccomandazione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (Oil) n. 151 del 1975 (vedila in <http://www.ilo.org>).

re [...] e non già in lingua italiana, circa le modalità con cui procedere all'operazione che stava eseguendo, e l'infortunio» (33). Sempre di recente, in una vicenda relativa alla sicurezza di un ponteggio, la Cassazione ha censurato l'omessa adeguata formazione di un preposto straniero, che avrebbe dovuto vigilare in cantiere sull'osservanza del piano di montaggio e smontaggio del ponteggio stesso – redatto solo in italiano –, ma che, alla luce delle risultanze probatorie, «non riusciva nemmeno a leggere in italiano la dichiarazione d'impegno a dire la verità» (34). Ancora, a fronte di alcune procedure scritte relative alla movimentazione di carichi predisposte dal datore, i giudici della Suprema Corte – confermando la condanna dello stesso per omesse informazioni sulla sicurezza – hanno rilevato come «due soli incontri di quindici minuti ciascuno» dovessero essere ritenuti insufficienti, alla luce degli argomenti trattati e dell'onere – nel caso di specie non soddisfatto dal datore di lavoro – di accertare che le predette «procedure scritte» fossero state comprese e recepite dai lavoratori, «e in particolare da quelli stranieri» (35). Con riferimento, infine, a un gravissimo infortunio che aveva cagionato la morte sul lavoro di un dipendente straniero (di nazionalità rumena) – assunto formalmente come impiegato tecnico di cantiere ma adibito a diversi tipi di lavori manuali, quale sorta di «tuttofare», con mansioni indefinite e cambi frequenti delle stesse, senza che a ciò facesse seguito un'adeguata informazione e formazione sui rischi –, la Cassazione, discostandosi da quanto statuito nel giudizio di merito, ha avuto modo di precisare che la pretesa imperizia del comportamento del lavoratore – addotta dalla parte datoriale come causa dell'evento letale – doveva nel caso di specie essere ricondotta «alla sua mancata formazione e informazione» (36).

Come è evidente anche solo da uno sguardo veloce agli orientamenti della Suprema Corte, il tema dell'effettività della formazione – cruciale per tutti i lavoratori – assume un rilievo se possibile ancora più centrale per i lavoratori stranieri, richiedendosi per questi ultimi (anche) un'operazione preliminare di verifica della comprensione della lingua (usualmente, come si può immaginare, l'italiano) che verrà usata per veicolare l'informazione e la formazione (37). Inoltre, non deve trascurarsi la circostanza che le previsioni normative che si sono richiamate assumono peso e valenza, come si

(33) Vd. Cass. pen. 8.4.2015, n. 14159, S. IV.

(34) Vd. Cass. pen. 3.10.2016, n. 41129, S. III.

(35) Vd. Cass. pen. 1.10.2013, n. 40605, S. IV.

(36) Vd. Cass. pen. 21.3.2012, n. 11112, S. IV.

(37) A questo proposito, vanno segnalate le indicazioni contenute negli Accordi sottoscritti il 21.12.2011 in sede di Conferenza Stato-Regioni in materia di forma-

è già ricordato, anche sul piano del diritto antidiscriminatorio, in quanto strumentali a correggere possibili situazioni di svantaggio rispetto agli autoctoni. Di conseguenza, a fronte degli obiettivi perseguiti dal legislatore, si è sottolineato come l'eventuale «disagio operativo» che possa determinarsi per il datore di lavoro, «quando il lavoratore non italiano manifesti persistenti difficoltà linguistiche» (38), non possa mai essere utilizzato in termini di giustificazione quanto a eventuali carenze e/o inadempimenti rispetto agli obblighi di informazione e formazione previsti dalla legge, la violazione dei quali può comportare l'insorgere di precise responsabilità (anche penali) in capo al datore di lavoro.

In dottrina si è peraltro di recente osservato come un rafforzamento della formazione di base del lavoratore immigrato «potrebbe derivare dalla riorganizzazione della formazione professionale e delle politiche attive del lavoro, che potrebbe portare all'auspicata integrazione dell'informazione e della formazione di cui agli artt. 36 e 37 T.U. nel sistema generale della formazione professionale» (39): prospettiva sicuramente interessante, anche se, al momento, consegnata a un futuro ancora incerto.

4. — *Salute dei migranti e declinazione degli obblighi di tutela: il ruolo del medico competente* — Con riguardo al tema che qui interessa, è indubbio che un contributo di rilievo possa essere dato dal medico competente, nella sua qualità di soggetto titolare di importanti funzioni in materia di sorveglianza sanitaria allo stesso assegnate dal T.U.: infatti, egli «è spesso il primo, talora l'unico, sanitario con cui i lavoratori stranieri entrano in contatto, per cui è essenziale che attivi e alimenti un circolo virtuoso che, attraverso il miglioramento della salute (intesa in senso ampio, quale benessere biologico e psichico dell'individuo comprendente, quindi, anche la salute mentale), favorisca un'effettiva e completa integrazione dell'immigrato» (40).

Nei confronti dei lavoratori immigrati – e nel quadro dell'organizzazione di una prevenzione effettiva ed efficace anche sul piano della sorveglianza sanitaria –, al medico competente viene dunque richiesto un *surplus* di attenzione, potendo spesso risultare non agevole – ad esempio, proprio per le difficoltà linguistiche cui si è già fatto cenno – l'accurata ricostruzione dell'anamnesi patologica e lavorativa del soggetto. Inoltre, anche l'illustra-

zione per la salute e sicurezza, in vigore dal 26 gennaio del 2012. Si rinvia a Di Carluccio 2017a, 66. Sul tema dell'alfabetizzazione vd. Zanetti 2012.

(38) Del Punta 2011, 457.

(39) Di Carluccio 2017a, 68.

(40) Ivi, 69.

zione ai lavoratori del significato degli interventi e/o degli accertamenti sanitari che eventualmente siano disposti dovrà essere particolarmente attenta, in ragione di tali potenziali difficoltà di comprensione/comunicazione nell'interazione tra medico e lavoratore.

Senza naturalmente voler operare in questa sede considerazioni riguardo a scelte operative e tecniche che attengono in primo luogo alla medicina del lavoro, è indubbio che il consulente medico del datore potrebbe giocare un ruolo importante, ad esempio, nel «sollecitare la predisposizione di protocolli personalizzati di integrazione sanitaria del lavoratore immigrato» (41), o nell'attirare l'attenzione del datore di lavoro su profili legati alle tradizioni culturali, religiose e/o ad abitudini di vita del lavoratore o della lavoratrice, legate al paese di provenienza e suscettibili di potenziali ricadute dirette in termini di possibile maggiore suscettibilità al rischio lavorativo rispetto ai lavoratori autoctoni (si pensi alla necessità, ad esempio, di momenti di formazione specifica sui rischi che il digiuno possa comportare, in relazione in particolare ad alcune mansioni).

Si potrebbe forse da alcuni obiettare quanto al rischio di una possibile eccessiva dilatazione dei compiti affidati dalla legge al medico competente: d'altra parte, al di là degli obblighi normativi previsti dal T.U. in capo a tale figura, non può trascurarsi la circostanza che, comunque, entrino in gioco «risvolti etico-deontologici di non minore rilievo, anche in considerazione di quanto riportato nel nuovo Codice deontologico della professione medica» (42), laddove, all'art. 5 («Promozione della salute, ambiente e salute globale»), si precisa che il medico, *nel considerare l'ambiente di vita e di lavoro* e i livelli di istruzione e di equità sociale quali determinanti fondamentali della salute individuale e collettiva, collabora all'attuazione di idonee politiche educative, di prevenzione e di contrasto alle diseguaglianze alla salute e promuove l'adozione di stili di vita salubri, informando sui principali fattori di rischio (43).

5. — *Una nuova sfida per le organizzazioni sindacali: il ruolo degli Rls e della contrattazione collettiva nella costruzione di sistemi di prevenzione efficaci e inclusivi* — Anche i Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (di seguito, Rls) – ai quali il legislatore ha affidato un importante ruolo nel sistema della prevenzione in quanto titolari di diritti di accesso, controllo,

(41) *Ivi*, 70.

(42) Inail 2016, 22.

(43) Vd. Federazione nazionale degli Ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, *Codice di deontologia medica* (2014).

informazione, formazione, consultazione, partecipazione a riunioni periodiche, proposta e osservazione (vd. artt. 47-50 del T.U.) – sono chiamati a giocare una partita molto importante in chiave di interlocuzione, stimolo e verifica quanto alla correttezza dell'approccio del datore di lavoro al tema della sicurezza dei lavoratori immigrati e al puntuale adempimento di quanto necessario perché gli obblighi incombenti sullo stesso – in termini di valutazione dei rischi, adozione delle necessarie misure, informazione, formazione ecc. – siano puntualmente rispettati.

In quest'ottica è dunque molto importante che gli Rls acquisiscano – anche a seguito di idonei momenti formativi – una chiara consapevolezza di (eventuali) peculiari fattori di rischio differenziati e/o aggiuntivi che siano riscontrabili (o comunque emergano) in capo ai colleghi di lavoro stranieri nella specifica realtà lavorativa di riferimento; ciò anche al fine di poter attentamente monitorare l'adozione da parte datoriale di misure preventive, correttive e di risposta necessarie (44). E, un tanto, anche *sub specie* di attenzione verso possibili condotte e/o prassi discriminatorie a danno dei lavoratori immigrati, pure laddove si traducano in casi di molestie morali o sessuali, qualora si consideri l'obbligo datoriale (con le connesse responsabilità) in ordine alla prevenzione (anche) dei rischi di matrice psicosociale, suscettibili di negative ricadute sulla salute e il benessere dei lavoratori e delle lavoratrici (45).

Se è pur vero che il T.U. non ha introdotto procedure di «codeterminazione» quanto alle scelte organizzative nella costruzione del sistema della prevenzione, avendone riservato al datore di lavoro (e, eventualmente, ai soggetti dallo stesso delegati, laddove la delega sia consentita *ex art.* 16 T.U.) (46) la piena responsabilità, tuttavia, come si è condivisibilmente osservato in dottrina anche di recente, «la partecipazione debole è controbilanciata da alcuni strumenti che consentono al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, per un verso, di esercitare autonomi poteri propositivi per sovrintendere e partecipare in tempo reale a ogni processo decisionale del datore inerente alla sicurezza del posto di lavoro e, per l'altro, di garantire la giustiziabilità dei diritti delle rappresentanze e di assicurare un costante dialogo con i servizi di vigilanza» (47).

Il riferimento è, naturalmente, al dettato normativo di cui all'art. 50, comma 1, laddove, in tema di attribuzioni degli Rls, si individua un peri-

(44) Angelini 2013; Campanella 2008.

(45) Nunin 2017.

(46) Delega che, si ricorda, è sempre esclusa (vd. art. 17 T.U.) in materia di valutazione dei rischi e nomina del Rspp.

(47) Così Di Carluccio 2017a, 72.

metro potenziale d'azione ampio, senza contare che tale figura e le sue prerogative potrebbero essere ulteriormente rafforzate, come si è già ricordato, da auspicabili interventi mirati della contrattazione collettiva (48), anche a livello aziendale, già da tempo peraltro rilevati dalla dottrina nell'ambito specifico che qui interessa, sia pure con una diffusione ancora limitata e «a macchia di leopardo» (49); si è osservato, inoltre, che la negoziazione collettiva, laddove interviene, «tende a riflettere le peculiari esigenze espresse dai vari gruppi nazionali presenti: emerge, per esempio, una maggiore attenzione alle questioni culturali o religiose, quando nell'ambiente aziendale è alta la percentuale di lavoratori nordafricani o islamici (con regolamentazione di pause di preghiera o di menù differenziati in mensa ecc.); diversamente, quando, sul piano quantitativo, è più significativa la presenza di lavoratori dell'est Europa, prevalgono le pattuizioni relative a questioni linguistiche e/o di formazione» (50).

Sicuramente queste problematiche costituiscono una sfida importante per il sindacato, consapevole dell'importanza cruciale di includere nella propria sfera di rappresentanza tutti i lavoratori e le lavoratrici stranieri, anche quelli irregolari, ancora più vulnerabili rispetto a possibili situazioni di sfruttamento e di esposizione ai rischi lavorativi; un quadro così complesso implica tuttavia per gli attori sindacali l'adozione di strategie di azione necessariamente articolate: si è infatti di recente osservato che, se per quanto concerne il lavoro straniero «regolare» «la tutela sindacale è innanzi tutto quella del contratto collettivo di categoria e del contratto decentrato, analogamente a quanto avviene per il lavoro nazionale», sul versante invece del lavoro irregolare/sommerso «lo sforzo sindacale fondamentalmente si esprime in termini di contrattazione sociale», espletando in quest'ultima ipotesi il sindacato un ruolo sostanzialmente «politico» «in collaborazione con i poteri pubblici nella lotta per la legalità» (51). Azione, quest'ultima, che, esplicandosi con particolare rilievo a livello territoriale, può compor-

(48) Su tali specifici profili vd. Campanella 2008. Segnala peraltro il limitato intervento della contrattazione collettiva nazionale recente in materia di sicurezza sul lavoro Leone 2016, 295.

(49) Vd. McBritton 2016, 150.

(50) Di Carluccio 2017a, 72-73; vd., sul punto, anche Ambrosini 2016, 189 ss.; Gargiulo 2011; McBritton 2016, 149.

Sui rischi, peraltro, di possibili indirette ricadute in termini di *dumping* sociale di scelte regolative «differenziate» vd., con particolare attenzione al tema del tempo di lavoro, Gargiulo 2011, 227 ss.

(51) McBritton 2016, 144. Sugli organismi paritetici vd., da ultimo, Di Carluccio 2017a, 73. Su ruolo e funzioni degli organismi paritetici nel quadro del T.U. vd. Ricci 2008; Lazzari 2013.

tare quale diretta conseguenza anche la valorizzazione del ruolo dei Rappresentanti per la sicurezza territoriali (Rlst): figura introdotta dal T.U. e – dopo un lento avvio – oggi finalmente presente e operante in molti contesti, dove ha iniziato a colmare le lacune (potenzialmente pericolose in termini di tutela) riconducibili – soprattutto nell’ambito delle piccole e micro imprese – all’assenza di Rls «aziendali».

6. — *Qualche osservazione conclusiva* — La complessità dei fenomeni socio-economici riconducibili al tema delle migrazioni e le relative ricadute in termini di necessità di integrazione sociale (52) e lavorativa dei lavoratori e delle lavoratrici immigrati generano, come si è sopra visto, importanti conseguenze anche per quanto attiene agli obblighi di sicurezza del datore e alla costruzione, nei diversi luoghi di lavoro, di sistemi di prevenzione efficienti, efficaci e realmente inclusivi.

Non v’è dubbio che legislatore – con le disposizioni introdotte nel 2008 dal T.U. d.lgs. n. 81/2008 in termini di necessaria valutazione del rischio specifico riconducibile alla circostanza che nel contesto lavorativo siano presenti lavoratori e/o lavoratrici provenienti da altri paesi – abbia fatto la sua parte, chiudendo ogni spazio per possibili sottovalutazioni di questo aspetto da parte dei datori di lavoro. In una logica di *diversity management*, peraltro, gli studi a livello internazionale già da tempo hanno chiarito come la diversità culturale possa avere un significativo impatto sulla sicurezza al lavoro e dunque tali fattori non possano più essere trascurati nella costruzione dei sistemi aziendali di prevenzione; come segnala uno studio dell’Agenzia europea Eu-Osha (53), le differenze culturali possono non solo originare, ad esempio, una scarsa comunicazione e sfociare in situazioni di stress diffuso e di aumento del *turnover* del personale, ma, in un contesto lavorativo multiculturale, esse possono determinare anche una variabilità quanto alla percezione individuale dei rischi (così come una diversa considerazione, influenzata da fattori socio-culturali, quanto all’accettabilità degli stessi), con evidenti conseguenze pericolose in termini di aumento del rischio stesso e di incidenza degli infortuni. L’Inail, in una recente ricerca, ricorda come la letteratura scientifica rilevi, con riguardo agli infortuni sul lavoro, un rischio per i lavoratori immigrati da 2 a 5 volte superiore rispetto agli autoctoni di incorrere in eventi mortali; anche per gli infortuni non mortali, poi, l’Istituto assicuratore segnala come un rischio significativo si

(52) Vd. Sciarra, Chiaromonte 2014; da ultimo, Ferrara 2017.

(53) European Agency for Safety and Health at Work (2013). Sul punto, vd. anche Inail 2016, 18.

registri per gli immigrati occupati in alcuni specifici settori, quali l'agricoltura, l'edilizia, l'industria estrattiva, il settore metalmeccanico e metallurgico, quello della chimica e quello del legno (54).

Se, quindi, il contesto generale di riferimento, gli obblighi e le relative responsabilità appaiono sufficientemente chiari e definiti, si deve con rammarico constatare che – come dimostrano i dati degli andamenti infortunistici nel nostro paese richiamati nella prima parte di questo scritto – permangono ancora ampie aree di sottovalutazione, disattenzione e trascuratezza quanto alle concrete prassi organizzative e operative da adottare per valutare correttamente (e adeguatamente prevenire) la possibile maggiore e/o diversa suscettibilità al rischio per i lavoratori e le lavoratrici immigrati: incertezze che possono, purtroppo, determinare proprio quelle più o meno ampie lacune valutative, informative, formative e/o organizzative che sempre si rinvencono – salvo i (rari) casi di eventi effettivamente imprevedibili e/o inevitabili – a monte del verificarsi di un infortunio sul lavoro.

D'altra parte, riteniamo che risulti illusorio, almeno nel breve periodo, ipotizzare che a simili *deficit* di attenzione per il profilo che qui interessa – tanto sul versante organizzativo, quanto su quello applicativo di idonee misure preventive – possa porre rimedio la semplice «pressione» psicologica sui datori riconducibile all'esistenza del sistema di vigilanza, affidato – come è noto – in via generale ai servizi ispettivi alle Aziende sanitarie; quest'ultimo, infatti, appare spesso in affanno, in particolare con riguardo alle risorse, umane e materiali, che sarebbero necessarie per uno svolgimento realmente «a tappeto» dei controlli sul territorio. Di conseguenza, non si può che esprimere l'auspicio che un utile stimolo per una più attenta considerazione e per una migliore gestione del fattore di rischio *de quo* da parte datoriale possa derivare anche da un aumento della diffusione di buone prassi in materia a opera della contrattazione collettiva, anche di livello territoriale, come emerge da alcune esperienze (in particolare in tema di formazione specifica per i lavoratori immigrati) che si sono già ricordate e che potrebbero essere riproposte e disseminate dalle organizzazioni datoriali e sindacali, anche tramite gli organismi paritetici.

Quanto poi alle imprese maggiormente virtuose, riteniamo che una positiva implementazione di pratiche aziendali innovative per la tutela della salute e sicurezza sul lavoro dei migranti potrebbe essere generata dal diffondersi dell'adozione – sia pure, attualmente, su base volontaria – di quei modelli organizzativi e gestionali «avanzati» per la sicurezza, evocati dall'art. 30 del T.U., che già molte aziende, non solo di grandi dimensioni,

(54) Inail 2016, 18.

hanno iniziato a sperimentare nel nostro paese, con esiti e ricadute assai positivi in termini di costruzione di sistemi di prevenzione ancora più efficaci e inclusivi rispetto alle previsioni del T.U. (55).

Riferimenti bibliografici

- Alessandrini B. *et al.* (a cura di) (2017), *Modelli organizzativi e gestionali per la sicurezza sul lavoro. Analisi empirica e prospettive applicative*, Eut, Trieste.
- Ambrosini M. (2016), *Immigrati e sindacati dei lavoratori*, in Fondazione Ismu, *XXI Rapporto sulle migrazioni 2015*, Franco Angeli, Milano, 189 ss.
- Angelini L. (2013), *Discipline vecchie e nuove in tema di rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza*, in *I Working Papers di Olympus*, n. 20, in <http://olympus.uniurb.it>.
- Bacchini F. (2013), *La valutazione dei rischi lavorativi e la provenienza da altri paesi*, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, n. 2, 53 ss.
- Barbera M. (a cura di) (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano.
- Bertocco S. (2010), *Contenuto della valutazione dei rischi*, in Carinci F., Gragnoli E. (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Utet giuridica, Milano, 292 ss.
- Bonardi O. (2011), *Sub art. 3*, in L. Montuschi (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, vol I, *Principi comuni*, a cura di Zoli C., Zanichelli, Bologna, 56 ss.
- Borelli S. (2016), *Legalità e lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, in Gottardi D. (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Giappichelli, Torino, 80 ss.
- Calafà L. (2012), *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, Bologna.
- Calafà L. (2016), *Lo sfruttamento lavorativo oltre le migrazioni: percorsi di ricerca*, in Gottardi D. (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Giappichelli, Torino, 155 ss.
- Calafà L. (2017), *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni: il caso italiano*, in *LD*, n. 1, 67 ss.
- Calafà L., Gottardi D. (a cura di) (2009), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma.
- Campanella P. (2008), *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, in Zoppoli L. *et al.* (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, Milano, 476 ss.
- Carinci F., Gragnoli E. (a cura di) (2010), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Utet giuridica, Milano.

(55) Per un recente studio empirico sull'applicazione dei modelli organizzativi e gestionali per la sicurezza sul lavoro vd. Alessandrini *et al.* (a cura di) 2017; in argomento, vd. anche Fondaroli, Zoli (a cura di) 2014, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

- Carollo L. (2008), *Informazione e formazione dei lavoratori*, in Tiraboschi M., Fantini L. (a cura di), *Il T.U. della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 409 ss.
- Commissione Ce (2007), *Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro*, Bruxelles, 21.2.2007, Com(2007)62 def.
- D'Acunto S. et al. (a cura di) (2017), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, Esi, Napoli.
- De Martino C. et al. (2016), *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in LD, n. 2, 326 ss.
- De Mozzi B. (2012), *Lavoro degli stranieri, contrattazione collettiva e «azioni positive di svantaggio»*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, n. 1, 34 ss.
- De Pasquale F. (2012), *La percezione e rappresentazione del rischio: studio e analisi di gruppi di lavoratori di diverse nazionalità e culture occupati in edilizia*, in *Quaderni Aifos*, n. 2, 456 ss.
- Del Punta R. (2011), *Sub artt. 36-37*, in Montuschi L. (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, vol I, *Principi comuni*, a cura di C. Zoli, Zanichelli, Bologna, 441 ss.
- Di Carluccio C. (2017a), *Salute e sicurezza sul lavoro del lavoratore migrante tra conferme e sviluppi*, in *DSL*, n. 1, 45 ss., in <http://ojs.uniurb.it>.
- Di Carluccio C. (2017b), *Migranti e sicurezza sul lavoro: le ragioni della rischiosità infortunistica e gli strumenti di prevenzione*, in D'Acunto S. et al. (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, Esi, Napoli, 371 ss.
- European Agency for Safety and Health at Work (2013), *Diverse cultures at work: ensuring safety and health through leadership and participation*, in <https://osha.europa.eu>.
- European Agency for Safety and Health at Work – European Risk Observatory (2007), *Literature Study on Migrant Workers*, in <https://osha.europa.eu>.
- Ferrara M.D. (2017), *Status degli stranieri e questioni di welfare tra diritti e inclusione sociale*, in *RDSS*, n. 2, 265 ss.
- Ferrara R. (2010), *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Salute e sanità*, in Rodotà S., Zatti P. (diretto da), *Trattato di biodiritto*, vol. V, Giuffrè, Milano, 3 ss.
- Ferrua S. (2009), *I lavoratori immigrati*, in Tiraboschi M., Fantini L. (a cura di), *Il T.U. della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 425 ss.
- Fondaroli D., Zoli C. (a cura di) (2014), *Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Gargiulo U. (2011), *Identità culturale e tempo di lavoro: un'analisi della contrattazione collettiva*, in Viscomi A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Esi, Napoli, 195 ss.
- Gottardi D. (a cura di) (2016), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Giappichelli, Torino.

- Gragnoli E. (2011), *Sub artt. 28-30*, in Montuschi L. (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, vol I, *Principi comuni*, a cura di Zoli C., Zanichelli, Bologna, 392 ss.
- International Labour Office (2006), *Ilo Multilateral Framework on Labour Migration: Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration*, Geneva, in <http://www.ilo.org>.
- International Labour Office (2010), *Plan of action (2010-2016) to achieve widespread ratification and effective implementation of the occupational safety and health instruments*, Geneva, in <http://www.ilo.org>.
- Inail (2016), *Salute e sicurezza in agricoltura. Un'indagine conoscitiva sui lavoratori immigrati*, in <https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-salute-sicurezza-agricoltura-indagine-conoscitiva-2016.pdf>.
- Inail (2017), *Rapporto annuale 2017*, in <http://www.inail.it>.
- Istat (2017), *Focus Rapporto annuale 2017*, in <http://www.istat.it/it/files/2017/05/FocusRapportoAnnuale2017.pdf>.
- Izzi D. (2005), *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli.
- Laforgia S. (2016), *Tutela della salute e sicurezza, benessere dei lavoratori e legalità: interconnessioni organizzative e giuridiche*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 1, 127 ss., in <http://ojs.uniurb.it>.
- Lai M. (2006), *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Lazzari C. (2013), *Gli organismi paritetici nel decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, in *I Working Papers di Olympus*, n. 21, in <http://olympus.uniurb.it>.
- Leone G. (2016), *Sicurezza, contrattazione e legalità*, in Gottardi D. (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Giappichelli, Torino, 289 ss.
- Malzani F. (2014) *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2014.
- McBritton M. (2015), *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza delle normativa*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, vol. I, 593 ss.
- McBritton M. (2016), *Contrattazione collettiva e contrasto al lavoro immigrato irregolare*, in Gottardi D. (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Giappichelli, Torino, 143 ss.
- Montuschi L. (diretto da) (2011), *La nuova sicurezza sul lavoro*, vol I, *Principi comuni*, a cura di Zoli C., Zanichelli, Bologna.
- Natullo G. (2011), *Sicurezza sul lavoro e multiculturalismo: l'immigrazione come «fattore di rischio»*, in A. Viscomi (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Esi, Napoli, 303 ss.
- Natullo G. (a cura di) (2015), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino.
- Nunin R. (2013), *Sicurezza sul lavoro e lavoratori immigrati: profili regolativi e questioni ancora aperte a cinque anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, n. 4, 76 ss.
- Nunin R. (2017), *L'applicazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro come strumento di contrasto alle discriminazioni*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza*

- e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma (in corso di pubblicazione).
- Pascucci P. (2008), *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del decreto legislativo n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 73, in <http://www.lex.unict.it>.
- Pascucci P. (2011a), *Ruolo della formazione nel sistema della sicurezza sul lavoro*, in *Quaderni della Rivista italiana malattie professionali*, 31 ss.
- Pascucci P. (2011b), *Appunti su alcune questioni in tema di formazione per la sicurezza sul lavoro*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, vol. II, 31 ss.
- Perrotta D. (2014), *Ben oltre lo sfruttamento: lavorare da migranti in agricoltura*, in *Il Mulino*, n. 1, 29 ss.
- Peruzzi M. (2015), *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, in *DLM*, 115 ss.
- Ricci M. (2008), *Gli organismi paritetici e il fondo di sostegno*, in Zoppoli L. et al. (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, Milano, 521 ss.
- Rigo E. (a cura di) (2015), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sulla sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pacini, Pisa.
- Santoro E. (2010), *La regolamentazione dell'immigrazione come questione sociale: dalla cittadinanza inclusiva al neoschiavismo*, in Id. (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Giappichelli, Torino, 129 ss.
- Sciarra S., Chiaromonte W. (2014), *Migration Status in Labour Law and Social Security*, in Costello C., Freeland M. (a cura di), *Migrants at Work*, Oxford University Press, Oxford, 121 ss.
- Tiraboschi M., Fantini L. (a cura di) (2009), *Il T.U. della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano.
- Viscomi A. (1992), *Immigrati extracomunitari e autonomia collettiva: un breve appunto su parità e differenze*, in *DRI*, n. 2, 117 ss.
- Viscomi A. (a cura di) (2011), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Esi, Napoli.
- Viscomi A. (2015a), *La disciplina delle migrazioni economiche tra protezione dei mercati e promozione dei diritti. Spunti per una discussione*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, vol. II, 1029 ss.
- Viscomi A. (2015b), *Lavoro e legalità: «settori a rischio» o «rischio di settore»? Brevi note sulla strategia di contrasto al lavoro illegale (e non solo) nella recente legislazione*, in *RGL*, n. 3, I, 606 ss.
- Zanetti F. (2012), *Formazione alla sicurezza sul lavoro e lavoratori immigrati: sfide didattiche e diritti di cittadinanza*, in *Quaderni Aifos*, n. 3, 66 ss.
- Zoppoli L. et al. (a cura di) (2008), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, Milano.

ABSTRACT

Il saggio analizza i problemi emergenti in termini di tutela della salute e sicurezza sul lavoro dei lavoratori migranti, nel quadro delle previsioni di cui al T.U. d.lgs. n. 81/2008, con particolare attenzione per le disposizioni in tema di valutazione dei rischi lavorativi e costruzione di un sistema di prevenzione degli infortuni realmente efficace e inclusivo. L'Autrice sottolinea la centralità di un approccio adeguato all'informazione e formazione dei lavoratori immigrati, evidenziando la necessità che quest'ultima, per risultare conforme alle richieste del legislatore, tenga conto anche di eventuali ostacoli di matrice culturale e/o linguistica. Una particolare importanza viene poi attribuita non solo al ruolo in azienda dei Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (Rls), ma anche a possibili sviluppi della contrattazione collettiva, così come a un'auspicata maggiore diffusione dei modelli organizzativi e gestionali «avanzati» per la sicurezza, individuati dal legislatore nell'art. 30 del T.U.

HEALTH AND SAFETY AT WORKPLACES: WHICH KIND OF PROTECTION
FOR MIGRANT WORKERS?

The essay focuses on the emerging problems concerning the protection of health and safety at workplaces for migrant workers, in accordance with the rules of the Legislative Decree no. 81/2008 and with particular attention to the provisions on labor risk assessment and the construction of a highly effective and inclusive prevention system. The Author underlines the relevance of an adequate approach to information and training of workers, highlighting the need for the latter, in order to comply with the requirements of the legislator, also to take account of any cultural and/or linguistic barriers. Particular importance is also attributed not only to the role of the Workers' Representative for H&S (Rls), but also to the possible development of collective bargaining as well as to a wider dissemination of the advanced organizational and managerial models identified by the legislator in the art. 30 of the Legislative Decree no. 81/2008.

Silvio Bologna (*)

EGUAGLIANZA E *WELFARE* DEGLI IMMIGRATI:
TRA *SELF-RESTRAINT* LEGISLATIVO E
APERTURE GIURISPRUDENZIALI E CONTRATTUALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il *welfare* degli immigrati nell'ordinamento internazionale ed europeo. — 3. Il sistema previdenziale italiano: parità di trattamento e temperamenti. — 4. Il sistema di assistenza sociale italiano: la frammentazione della parità di trattamento. — 5. Il *welfare* degli immigrati nella contrattazione collettiva.

1. — *Introduzione* — Storicamente i moderni sistemi di *welfare* nascono in risposta al particolarismo giuridico che ne aveva contraddistinto le prime forme sorte nel corso del XIX secolo, le quali avevano un raggio di azione prettamente locale (1): dalla fine dell'Ottocento in poi i sistemi di sicurezza sociale, nelle varianti bismarckiana e beveridgiana, si caratterizzano per la progressiva universalità in merito alle categorie di soggetti interessati e alle situazioni protette.

L'universalismo della tecnica di tutela concretizza la moderna nozione di cittadinanza, in cui i diritti sociali spettano a tutti i cittadini in cambio del vincolo di fedeltà e di lealtà politica che li lega allo Stato (2), la cui azione non è più improntata alla semplice garanzia dei traffici commerciali e della sicurezza, ma anche alla correzione delle diseguaglianze socio-economiche. La circostanza che le moderne Carte costituzionali e dichiarazioni dei diritti, a cominciare dall'esperienza francese del 1789, nel riconoscere i diritti fondamentali facciano riferimento alla «persona», non deve trarre in inganno: il concetto di persona, o ancora quello di diritti dell'uomo, sono finalizzati a conferire maggiore solennità a situazioni giuridiche soggettive storicamente e sociologicamente immaginate attorno alla figura del cittadino (3).

(*) Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Palermo.

(1) Vonk 2002, 320: si pensi all'originaria versione delle *Poor Law* inglesi, che non offrivano protezione a quanti fossero nati fuori dal singolo distretto; non dissimili erano poi i sistemi tedesco e olandese di sicurezza sociale.

(2) Pugliese 2004, 331.

(3) Ferrajoli 2007, 152.

È ormai assodato come oggi il binomio cittadinanza-*welfare* sia entrato in crisi a seguito dei fenomeni migratori, nella misura in cui le prestazioni assistenziali e previdenziali vanno assicurate – nella prospettiva dell’eguaglianza propria dello Stato di democrazia pluriclasse – a tutti i soggetti che si trovano nel territorio dello Stato a prescindere dallo *status* (cittadino, immigrato regolare o irregolare, apolide, richiedente protezione internazionale).

Nel contesto europeo, la questione dell’eguaglianza tra il cittadino e l’*altro* (il termine è meramente stipulativo) interessa particolarmente le realtà euromediterranee (Italia, Spagna, Grecia), sino agli albori degli anni settanta paesi di emigrazione e oggi invece destinatarie di ingenti flussi migratori.

Infatti, nell’attuale temperie politico-culturale la prospettiva assiologica e normativa dell’eguaglianza si scontra con la crisi economica e con la recrudescenza del razzismo e della xenofobia: così sempre più spesso i Governi nazionali e locali riducono i benefici accordati agli stranieri per far fronte ai vincoli di bilancio di derivazione europea; a sua volta il dogma dell’austerità si intreccia con misure legislative orientate a reprimere e a controllare i flussi migratori in nome della sicurezza nazionale, e non a favorire l’inclusione sociale dei migranti nella comunità politica di riferimento.

Nelle pagine che seguono si cercherà di verificare se il sistema italiano di *welfare* – nella sua duplice dimensione previdenziale e assistenziale – sia in grado di assicurare la parità di trattamento e l’eguaglianza tra cittadini e immigrati extracomunitari: verrà innanzi tutto ricostruito il panorama delle fonti del diritto internazionale ed europeo della sicurezza sociale, che sanciscono un generale principio di parità di trattamento tra *cives* e non *cives*; successivamente si analizzeranno le disposizioni di legge in materia previdenziale e assistenziale dedicate agli immigrati alla luce dei principi costituzionali e delle fonti sovranazionali, per come interpretate dalla giurisprudenza di merito e costituzionale; verrà infine offerta una breve panoramica delle recenti prassi contrattuali in materia.

Il campo di indagine verrà circoscritto ai migranti per motivi economici provenienti da paesi terzi e regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, e tralascerà dunque i richiedenti asilo e protezione umanitaria e gli irregolari.

2. — *Il welfare degli immigrati nell’ordinamento internazionale ed europeo* — Nel panorama delle fonti del diritto internazionale, la parità di trattamento tra immigrati e cittadini in merito alle prestazioni di *welfare* trova pieno riconoscimento in varie Convenzioni dell’Organizzazione internazionale del lavoro emanate dal secondo dopoguerra in poi: queste ultime

specificano, a garanzia della relativa effettività (4), i principi generali contenuti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino e nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, in virtù dei quali tutti i «membri della famiglia umana» godono di «diritti uguali e inalienabili» (5), e gli Stati si impegnano a garantire i diritti senza alcuna discriminazione fondata sulla «origine nazionale» (6).

In particolare, i principi di eguaglianza e non discriminazione vengono esplicitati nella Convenzione Oil n. 97 (7), che all'art. 6 offre un'ampia formulazione del principio paritario, il quale copre non soltanto la disciplina del rapporto di lavoro, ma anche il sistema di sicurezza sociale; tuttavia, le proclamazioni enfatiche non devono trarre in inganno, posto che il raggio di azione della convenzione è circoscritto al solo lavoro pubblico.

Successivamente, l'Oil ha adottato la Convenzione n. 143, che rappresenta il punto più alto del diritto «cosmopolitico» sul *welfare* dei migranti: nonostante l'azione normativa risalga al periodo di crisi economica dei primi anni settanta in cui si cercava di contenere l'immigrazione per motivi economici (8), la Convenzione si segnala per avere esteso la parità di trattamento ai rapporti interprivati (art. 10) e per avere introdotto l'obbligo per gli Stati di perseguire politiche che rendano effettivo tale principio. L'importanza pratica della Convenzione n. 143 è notevole, posto che genera obblighi nei confronti dello Stato italiano – uno dei pochi ad averla ratificata tra le democrazie capitalistiche occidentali (9) –: sarebbe dunque astrattamente ipotizzabile domandare in sede di giudizio la disapplicazione della normativa nazionale disciplinante il *welfare* degli immigrati, poiché contraria al principio paritario recepito nel nostro ordinamento a seguito dell'ordine di esecuzione del Trattato (10).

Indipendentemente dalle singole convenzioni, il principio paritario trova ulteriore legittimazione nei cd. *core labour standards*, ovvero in quei principi cui gli Stati membri dell'Oil devono conformarsi e dare attuazione in ragio-

(4) Barbera 1991, 93; Olney, Cholewinski 2014, 276; Dikhoff 2012, 176.

(5) Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, art. 1.

(6) Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, art. 2.2.

(7) Convenzione Oil del 10 luglio 1949, n. 97, sui lavoratori migranti.

(8) Chiaromonte 2013, 19.

(9) Servais 2017, 102: al 18 aprile 2017 risulta che 23 Stati abbiano ratificato la Convenzione, di cui soltanto tre (Italia, Norvegia e Svezia) parti dell'emisfero Nord del mondo.

(10) De Martino 2013, 77. Tuttavia, la ricerca comparata dimostra come siano pochissimi i casi in cui i giudici nazionali abbiano riconosciuto efficacia diretta a una Convenzione Oil in controversie in materia di sicurezza sociale: Korda, Pennings 2008, 144.

ne della loro semplice appartenenza all'organizzazione internazionale: in particolare, ai sensi della Dichiarazione di Ginevra del 18 giugno 1998, atto di *soft law*, rientra nel novero dei diritti sociali fondamentali internazionalmente riconosciuti anche il divieto di discriminazioni di cui alla Convenzione n. 111 (11). Il che è ancora più evidente, se si considera che la Raccomandazione che accompagna la Convenzione n. 111 fa espresso riferimento alle clausole della Convenzione n. 97.

Spostandoci dal piano internazionale a quello regionale, la tutela paritaria del *welfare* degli immigrati è ampiamente riconosciuta tanto all'interno del Consiglio d'Europa quanto dal diritto dell'Unione europea.

In relazione al Consiglio d'Europa, la protezione antidiscriminatoria è stata accordata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo attraverso un'interpretazione finalistica della Cedu: nonostante quest'ultima non riconosca e garantisca al proprio interno i diritti sociali, i giudici di Strasburgo hanno a più riprese ribadito il divieto di trattamenti arbitrari in materia di sicurezza sociale fondati sulla nazionalità (12). È interessante osservare come la Corte sia pervenuta a tale soluzione attraverso il combinato disposto di una norma di portata generale – l'art. 14, che vieta le discriminazioni – e l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 sulla tutela della proprietà privata: il «terribile diritto» (13), espressione per eccellenza dell'individualismo capitalistico, viene ad assumere un carattere marcatamente sociale, in quanto strumentale alla parità dei trattamenti economici in materia di *welfare* (14). Sempre all'insegna di un processo di valorizzazione dei diritti di libertà in chiave solidaristica, la Corte di Strasburgo ha dichiarato la contrarietà alla

(11) I cd. *core labour standards* menzionati dalla Dichiarazione rinviano a talune Convenzioni dell'Oil: n. 87/1948 e n. 98/1949 in materia di libertà sindacale e negoziazione collettiva; n. 29/1930 e n. 105/1957 circa l'eliminazione del lavoro forzato; n. 138/1973 e n. 182/1999 sull'abolizione del lavoro minorile; e infine n. 100/1951 e n. 111/1958 sulla cancellazione di qualsivoglia discriminazione in materia di impiego e professione. Sul punto si rinvia a Servais 2014, 82 ss.

(12) Cfr., *ex plurimis*, C. Edu 16.9.1996, n. 17371/90, *Gaygusuz c. Austria*; C. Edu 30.9.2003, n. 40892/98, *Kova Poirrez c. Francia*; C. Edu 29.10.2009, n. 29137/06, *Amer c. Francia*. Le sentenze sono consultabili su www.echr.coe.int.

(13) Rodotà 2013.

(14) Garilli 2017, 18. Varie sono le disposizioni antidiscriminatorie contenute nel diritto «costituzionale» dell'Unione: si pensi all'art. 18 TfUE, che nell'ambito di applicazione dei trattati vieta ogni discriminazione fondata sulla nazionalità; all'art. 19 TfUE, in virtù del quale il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può adottare le misure opportune per combattere le discriminazioni fondate – tra le altre cose – sulla razza o sull'origine etnica; e infine all'art. 21 della Carta di Nizza, che proibisce ogni discriminazione basata sulla nazionalità nell'ambito di applicazione dei trattati.

Cedu della normativa italiana, che negava a un cittadino extracomunitario regolarmente soggiornante la corresponsione dell'assegno familiare sulla base della diversa nazionalità (15): in tal caso veniva a configurarsi un *vulnus* al divieto di discriminazioni di cui all'art. 14 letto in combinato disposto con l'art. 8 sul rispetto della vita privata e familiare.

In particolare, nelle predette controversie la Corte ha sottolineato come la Cedu non obblighi gli Stati ad assicurare un certo livello di protezione sociale; tuttavia, una volta che la singola misura sia stata adottata, è fatto divieto agli Stati di applicarla in modo discriminatorio facendo leva sulla nazionalità. In ogni caso il divieto di trattamenti arbitrari e irragionevoli non è pieno e incondizionato, restando astrattamente possibili regimi differenziati a condizione che nel caso di specie sussista un rapporto di proporzionalità tra l'obiettivo perseguito e i mezzi impiegati (16).

Nel panorama delle fonti sovranazionali, il diritto dell'Unione europea è quello che tutela in modo tendenzialmente organico e puntuale il *welfare* dei migranti: varie sono infatti le disposizioni di rango primario e secondario che accordano ai cittadini extracomunitari, che risiedano legalmente in uno degli Stati membri dell'Unione, il diritto alla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale (17). Innanzi tutto l'art. 34 della Carta di Nizza, che ha lo stesso valore giuridicamente vincolante dei Trattati, al paragrafo 2 prevede come ogni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali, in conformità alle legislazioni e prassi nazionali.

In ogni caso, l'art. 34 della Carta di Nizza ha ricevuto una scarsa applicazione da parte della Corte di Giustizia, sia in quanto norma di principio (18), sia perché l'Unione non ha una specifica competenza in materia previdenziale in ragione di quanto previsto dall'art. 151 TfUE, secondo cui l'Unione stessa può dettare al massimo misure volte al coordinamento – e non all'armonizzazione – dei sistemi di sicurezza sociale (19): la tutela del *welfare* dei migranti viene accordata in modo riflesso attraverso la pro-

(15) C. Edu 8.4.2014, n. 17120/2009, *Dhabi c. Italia*, in *RGL*, 2014, II, 507, con nota di Ferrante (Ferrante 2014), e in *RIDL*, 2014, II, 888, con nota di Chiaromonte (Chiaromonte 2014).

(16) Di Francesco 2011a, 150-151.

(17) Nella presente trattazione ci si occuperà delle situazioni puramente interne, tralasciando invece il *welfare* degli immigrati extracomunitari che si spostino da un paese all'altro dell'Unione, o che siano temporaneamente distaccati in un altro Stato membro.

(18) Chiaromonte, Orlandini 2015, 651.

(19) Faioli, Bologna 2017, 34.

tezione contro le discriminazioni, su cui le istituzioni europee possono ampiamente intervenire a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam (20).

In ragione della competenza antidiscriminatoria sono state adottate varie direttive sulla parità di trattamento tra cittadini dell'Unione e immigrati, che tuttavia non è piena e incondizionata. In primo luogo va segnalata la Direttiva n. 2000/43/Ce, che proibisce qualsiasi trattamento arbitrario in ragione della razza e dell'origine etnica, e interessa il *welfare* nella sua interezza: la normativa comunitaria copre infatti il diritto al lavoro e della previdenza, e i diritti all'assistenza sanitaria, all'istruzione, e all'accesso ai servizi abitativi per i meno abbienti. Il punto debole della direttiva è rappresentato dall'esclusione della nazionalità come fattore di discriminazione (21): il lavoratore migrante non potrà invocare in giudizio la normativa *de qua* tutte le volte che il trattamento diseguale si basi sullo *status civitatis* o sulla nazionalità, come del resto ribadito dalla Corte di Giustizia (22).

Nel panorama delle fonti di diritto derivato, va poi segnalata la Direttiva n. 2003/109/Ce, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo: in tal caso, la tutela paritaria è circoscritta ai soli migranti stabilitisi in modo duraturo negli Stati membri, che cioè risiedano «legalmente e ininterrottamente per cinque anni [...] immediatamente prima della presentazione della domanda» per l'ottenimento del permesso di soggiorno Ue. Rispetto a tali soggetti viene sancita la non discriminazione in merito all'accesso alle prestazioni sociali, all'assistenza sociale e alla protezione sociale (art. 11, comma 1, lett. *d*). La vocazione universalistica del principio di eguaglianza è indebolita non soltanto dall'aggettivizzazione del migrante (l'essere residente di lungo periodo) (23), ma anche dalla facoltà di *opting-out* concessa agli Stati membri (24): questi possono infatti circoscrivere la tutela paritaria alle sole prestazioni essenziali (art. 11, comma 4).

In ogni caso, va osservato come la Direttiva n. 2003/109 abbia consentito di porre freno a forme odiose di discriminazione perpetrate a danno dei residenti di lungo periodo: così nella sentenza *Kamberaj* (25) la Corte di Giustizia ha dichiarato la contrarietà al diritto dell'Unione di una dispo-

(20) Garilli 2017, 20; Roccella, Treu 2016, 332.

(21) Veneziani 2007, 491.

(22) C. Giust. 24.4.2012, C-571/10, *Kamberaj*.

(23) Ferrara 2017, 268; in senso conforme, Cinelli, Giubboni 2014, 93; Giubboni 2005, 231.

(24) Chiaromonte 2008, 122.

(25) C. Giust. 24.4.2012, C-571/10, *Kamberaj*.

sizione di legge della Provincia autonoma di Bolzano, che nell'ambito dei fondi destinati all'edilizia popolare accordava un trattamento peggiorativo ai soggiornanti di paesi terzi di lungo periodo rispetto ai cittadini italiani residenti nella provincia stessa.

Infine, nel contesto di frammentazione della tutela paritaria dei migranti si inserisce la Direttiva n. 2011/98 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un permesso unico di soggiorno e lavoro nei confronti dei cittadini di paesi terzi, e che nei loro confronti fissa un decalogo minimo di diritti. In linea generale, gli immigrati «regolari» sono, ai sensi dell'art. 12 della Direttiva, parificati ai cittadini in relazione alle prestazioni di sicurezza sociale di cui al Regolamento n. 2004/83/Ce, e dunque in merito ai trattamenti di malattia, di invalidità, di vecchiaia, per i superstiti, per infortuni sul lavoro e malattie professionali, per gli assegni in caso di morte, a tutela della disoccupazione, e ancora per le prestazioni in caso di pensionamento anticipato e di carattere familiare.

Tuttavia, sulla base di un'interpretazione letterale, la direttiva non copre le prestazioni di carattere assistenziale, eccezion fatta per quelle familiari, venendo in tal caso in aiuto la Corte di Giustizia (26): secondo i giudici di Lussemburgo – in assenza di una netta distinzione tra previdenza e assistenza nel diritto dell'Unione –, rientrano nella nozione di sicurezza sociale di cui al Regolamento n. 83 tutti i trattamenti preordinati a integrare secondo la legislazione nazionale quelle prestazioni di *welfare* insufficienti ad assicurare il minimo di sostentamento, a condizione che non sia concesso nessun margine di discrezionalità all'autorità amministrativa nella valutazione dello stato di bisogno personale del richiedente (27).

L'ulteriore limite della Direttiva n. 2011/98, al pari di quella del 2003 sui soggiornanti di lungo periodo, risiede nella facoltà di deroga concessa agli Stati membri (28): questi, in virtù dell'art. 12, par. 2, possono limitare l'accesso ai diritti di previdenza e assistenza a quegli stranieri che non abbiano prestato un'attività lavorativa di almeno sei mesi, così come circoscrivere l'accesso all'assistenza abitativa, e infine escludere i lavoratori autonomi. Va comunque ribadito come in virtù della Direttiva n. 2011/98 la parità di trattamento sia la regola generale, suscettibile di specifiche deroghe rispetto alle quali il legislatore nazionale deve esplicitare la chiara in-

(26) C. Giust. 9.10.1974, C-24/74, *Caisse régionale d'assurance maladie de Paris*; C. Giust. 24.2.1987, C-93/86, *Caisse régionale d'assurance maladie Rhône-Alpes*.

(27) Garilli 2017, 31; Chiaromonte 2013, 212.

(28) Chiaromonte 2013, 81-82. Non va poi dimenticato come i Considerando 33 e 34 riconoscano l'*opt-out* a Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca. Per un'analisi dettagliata della direttiva si rinvia a Calafà 2013, 360-367; Id. 2014, 16-23.

tenzione di avvalersi: così la Corte di Giustizia (29), di recente investita di una questione pregiudiziale *ex* art. 267 TfUE dalla Corte d'Appello di Genova, ha affermato come violi il principio paritario di cui all'art. 12 della Direttiva la legislazione italiana, che concede una prestazione assistenziale (l'assegno per il nucleo familiare di cui alla l. n. 448/1998) ai cittadini italiani e Ue, ai rifugiati politici e ai titolari di permesso di lungo periodo, e non ai possessori di permesso unico della durata di più di sei mesi. Più nello specifico la Corte, dopo avere fatto rientrare l'assegno per il nucleo familiare nel perimetro applicativo del Regolamento n. 2004/83, ha correttamente ritenuto l'opzione legislativa come lesiva della parità di trattamento.

3. — *Il sistema previdenziale italiano: parità di trattamento e temperamenti* — Secondo la Costituzione italiana, la regola in materia di tutela previdenziale degli immigrati è quella della parità di trattamento (30): in tal senso depone innanzi tutto un argomento di carattere testuale, posto che all'art. 38.2 la Carta fondamentale stabilisce che «I lavoratori hanno diritto che siano preveduti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria», senza fare alcun riferimento alla nozione di cittadino; il che è ancora più evidente se il comma 2 dell'art. 38 è confrontato con il comma 1 in materia di assistenza, che al contrario tutela «Ogni cittadino inabile al lavoro».

Nella legislazione ordinaria è il d.lgs. n. 286/1998 (Testo Unico sull'immigrazione) a tradurre il principio per cui la tutela previdenziale è direttamente connessa allo *status* di lavoratore e non a quello di cittadino: l'art. 2, comma 3, garantisce infatti a tutti i lavoratori regolarmente soggiornanti sul territorio italiano parità di trattamento e piena eguaglianza rispetto ai cittadini, facendo specifico riferimento alla Convenzione OIL n. 143 del 1975 ratificata dall'Italia. Pertanto, allo straniero regolarmente soggiornante non potranno essere erogate – in modo peggiorativo rispetto ai cittadini (31) – le prestazioni derivanti dalla perdita o dalla riduzione della capacità lavorativa o di guadagno a seguito di eventi prestabiliti.

Il principio di eguaglianza in materia previdenziale soffre tuttavia due importanti eccezioni, che ne vanificano l'effettiva portata: viene infatti derogato in materia di lavoro stagionale e di rimpatrio del lavoratore extraco-

(29) C. Giust. 21.6.2017, C-449/16, *Kerli Del Rosario Martinez Silva*.

(30) Cassese 2015, 679; Chiaromonte, Orlandini 2015, 656; Ferrara 2017, 275.

(31) Chiaromonte 2013, 216.

munitario. In particolare, ai sensi dell'art. 25, comma 2, del Testo Unico ai lavoratori stranieri stagionali non viene erogato il contributo per l'assegno per il nucleo familiare e per l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria, in sostituzione dei quali il datore di lavoro è tenuto a versare un contributo all'Inps destinato a finanziare interventi socio-assistenziali (32): è evidente come la norma produca un'ingiustificata disparità di trattamento tra lavoratori stranieri a tempo indeterminato e determinato, da un lato, e stagionali, dall'altro.

La seconda eccezione si rinviene nell'abrogazione del rimborso dei contributi versati dagli stranieri che siano rimpatriati, a seguito delle modifiche introdotte al d.lgs. n. 286/1998 dalla cd. legge Bossi-Fini del 2002 (33): l'attuale art. 22, comma 13, ispirato da ragioni di contenimento della spesa pubblica in ragione del pregresso sistema di finanziamento a ripartizione delle prestazioni erogate (34), prevede infatti che lo straniero rimpatriato, al compimento del sessantacinquesimo anno di età, possa godere del trattamento previdenziale maturato. La misura è chiaramente discriminatoria, posto che il trattamento pensionistico viene erogato in deroga ai requisiti minimi di cui alla l. n. 124/2011 (cd. legge Fornero), ovvero venti anni di contribuzione e 66 anni di anzianità anagrafica, previsti per la generalità dei lavoratori (stranieri e non, uomini e donne) a partire dal gennaio 2018 (35).

4. — *Il sistema di assistenza sociale italiano: la frammentazione della parità di trattamento* — Spostandoci all'assistenza sociale, di primo acchito il dettato costituzionale parrebbe tutelare il solo cittadino, in ragione di quanto previsto dall'art. 38, comma 1, Cost., secondo cui: «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale».

La norma, pensata dal Costituente del 1948 quando l'Italia era un paese di sola emigrazione, va innanzi tutto letta in chiave sistematica alla luce

(32) In ogni caso, sempre ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. n. 286/1998, i lavoratori stagionali beneficeranno della tutela pensionistica, contro la malattia, gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, e a protezione della maternità.

(33) La legge Bossi-Fini ha cancellato il diritto alla liquidazione, con una rivalutazione del 5% su base annuale, dei contributi previdenziali obbligatori versati in favore dello straniero rimpatriato. Tale previsione, introdotta con l. n. 335/1995, è poi stata confermata dal d.lgs. n. 286/1998.

(34) Tursi 2004, 28.

(35) Per chi andrà in pensione nel 2021, la l. Fornero, a parte i venti anni di anzianità contributiva, fissa il requisito dei 67 anni di anzianità anagrafica.

dell'art. 3 della Carta fondamentale, preordinato alla «effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese»; e allo stesso tempo deve essere interpretata sulla base delle varie disposizioni dell'ordinamento europeo e internazionale precedentemente analizzate, che vietano le discriminazioni fondate sulla nazionalità: ovvero gli articoli 21 e 34 della Carta di Nizza, la Direttiva n. 2011/98, l'art. 14 della Cedu in combinato disposto col Protocollo n. 1 sulla tutela della proprietà privata, e le Convenzioni Oit ratificate. Da un punto di vista teorico-sistematico si può quindi concludere che il principio paritario operi anche per le prestazioni assistenziali (36), che sono a carico della fiscalità generale.

Tuttavia, tale lettura della Costituzione si scontra con varie disposizioni contenute nella legislazione statale e in quella regionale, che rispettivamente subordinano l'erogazione della specifica prestazione assistenziale o alla tipologia di permesso di soggiorno o alla residenza protratta per un certo periodo di tempo, venendo di fatto a discriminare i non cittadini. Tali provvedimenti nell'ultima decade hanno originato un forte contenzioso nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, dagli esiti non uniformi e non sempre in sintonia col principio di eguaglianza o di non discriminazione che dir si voglia, ma pur sempre in una direzione opposta a quella intrapresa dal legislatore (37).

Per quanto concerne la legislazione statale, il punto di partenza è rappresentato dall'art. 41 del d.lgs. n. 286/1998, che – ai fini dell'attribuzione delle provvidenze assistenziali – parificava pienamente gli stranieri titolari di carta di soggiorno di durata non inferiore all'anno ai cittadini italiani. Il cambio di rotta si è registrato con l'art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000 (legge finanziaria per il 2001), preordinata a salvaguardare il precario equilibrio finanziario dell'Inps: da allora, infatti – in distonia con il principio paritario di cui all'art. 2, comma 3, del Testo Unico (38) –, le prestazioni assistenziali vengono accordate ai migranti a condizione che questi godano del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo, riconosciuto agli stranieri che posseggano da almeno cinque anni un permesso di soggiorno in corso di validità e soddisfino taluni standard reddituali e abitativi (39).

Dal 2008 in poi, la Corte costituzionale ha progressivamente allentato

(36) Chiaromonte 2013, 216.

(37) De Martino 2013, 61.

(38) Chiaromonte 2008, 105.

(39) D.lgs. n. 286/1998, art. 9, c. 1.

i freni posti dall'art. 80, comma 19, attraverso una serie di sentenze di accoglimento parziale basate su una griglia interpretativa multilivello: il giudice delle leggi ha infatti dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della norma facendo leva, da un lato, sul principio di ragionevolezza e sulla necessità di tutela dei bisogni primari della persona *ex art. 2 Cost.*, e, dall'altro, sul divieto di discriminazioni previsto dall'art. 14 della Cedu e dalla legislazione Ue. In dettaglio, è stata sancita la contrarietà a Costituzione dell'art. 80, comma 19, nella parte in cui subordina alla titolarità della carta di soggiorno l'erogazione dell'indennità di accompagnamento (40), della pensione di inabilità (41), dell'assegno mensile di invalidità (42), dell'indennità di frequenza per i minori invalidi (43), della pensione per ciechi e infine dell'indennità per invalidi civili, ciechi e sordomuti (44).

Le sentenze, nonostante abbiano aumentato le prestazioni assistenziali accordate agli immigrati regolarmente soggiornanti ancorché non di lungo periodo, non hanno operato una piena parificazione tra questi ultimi e i cittadini: come affermato dalla Corte, è astrattamente plausibile una disciplina differenziata per contemperare «la massima fruibilità dei benefici previsti con la limitatezza delle risorse finanziarie disponibili» (45), sempre che la scelta discrezionale del legislatore sia ispirata al principio di ragionevolezza, cioè non sia «palesamente irrazionale o arbitraria» (46). Altro limite alla parificazione integrale tra cittadini e immigrati risiede nella tipologia di prestazioni «universali», che cioè prescindono dallo *status civitatis*: a giudizio della Corte sono quelle volte a soddisfare il nucleo duro dei diritti fondamentali, al di fuori dei quali sono plausibili differenze di trattamento purché non arbitrarie o irragionevoli.

L'orientamento della Corte è invece più netto nella valorizzazione della parità di trattamento in merito a varie disposizioni di leggi regionali, che subordinano le prestazioni di *welfare* locale o alla residenza qualificata (protratta cioè per un dato periodo di tempo) o alla cittadinanza: così, a titolo paradigmatico, nel 2011 è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia, che accordava le presta-

(40) C. cost. 30.7.2008, n. 306, in *RGL*, 2008, II, 991.

(41) C. cost. 14.1.2009, n. 11, in *FI*, 2009, I, 974.

(42) C. cost. 9.2.2011, n. 40, in *RGL*, 2012, II, 155.

(43) L. n. 289/1990, art. 1: cfr. C. cost. 12.12.2011, n. 329, in *RDSS*, 2011, n. 1, 145, con nota di Di Francesco (Di Francesco 2011b).

(44) L. n. 66/1962, art. 8, e l. n. 508/1988, art. 8: cfr. C. cost. 27.2.2015, n. 22, in *RDI*, 2015, n. 1, 654.

(45) C. cost. 3.6.2013, n. 116, in *Gcost*, 2013, 886.

(46) C. cost. 4.7.2013, n. 172, in *Gcost*, 2013, 2542.

zioni socio-assistenziali regionali a quanti risiedessero ininterrottamente in Friuli da almeno trentasei mesi (47); si pensi ancora a una legge della Regione Lombardia del 2005, che escludeva dalla gratuità del trasporto pubblico locale i totalmente inabili al lavoro che non fossero cittadini italiani (48). Opportunamente il giudice delle leggi ha rilevato come i criteri della residenza e della cittadinanza siano manifestamente arbitrari e irragionevoli – e dunque in contrasto con l'art. 3 Cost. –, in quanto limitano il godimento di una prestazione che è preordinata a tutelare quanti versino maggiormente in condizioni di disagio e bisogno.

Nonostante i parziali e meritori interventi del giudice delle leggi, nella legislazione statale permangono varie sacche di tutela differenziata del tutto irrispettose dei principi di eguaglianza e non discriminazione (49), nella valutazione politico-discrezionale del legislatore recessivi rispetto all'equilibrio di bilancio impresso dal nuovo art. 81 Cost. e dalla nuova *governance* economica dell'Unione: in tal caso, sono stati i giudici di merito a dare effettività al principio di parità di trattamento, facendo leva sia sull'art. 12 della Direttiva n. 2011/98 in combinato disposto con l'art. 2 Cost., sia sull'art. 14 della Cedu.

Sulla base dell'efficacia diretta verticale della direttiva in numerose controversie che hanno visto contrapposti i migranti e l'Inps, i giudici hanno disapplicato le disposizioni di legge che subordinano l'erogazione della provvidenza assistenziale alla titolarità del permesso Ue per soggiornanti di lungo periodo. In tali controversie si è pertanto ampliata la platea dei migranti beneficiari delle prestazioni a tutela della maternità e della famiglia, segnatamente per quanto attiene alla fruizione del bonus bebè (50), dell'assegno per maternità (51), dell'assegno per i nuclei familiari numerosi (52), e dell'indennità di maternità per le lavoratrici atipiche (53).

(47) C. cost. 7.2.2011, n. 40, in *FI*, 2011, I, 2930.

(48) C. cost. 2.12.2005, n. 432, in *Gcost*, 2005, 4681, con nota di Gnes (Gnes 2005).

(49) Chiaromonte 2015, 22.

(50) L. n. 190/2014, art. 1, c. 125: cfr., *ex plurimis*, T. Alessandria 25.9.2017, ord. – Est. Ardoino; T. Pavia 19.7.2017, ord. – Est. Ferrari; T. Mantova 29.6.2017, ord. – Est. Gerola; T. Brescia 6.6.2017, ord. – Est. Corazza; T. La Spezia 1.6.2017, ord. – Est. Romano; T. Milano 4.5.2017, ord. – Est. Lombardi; T. Padova 24.2.2017, ord. – Est. Dalla Casa; tutte in *www.asgi.it*.

(51) D.lgs. n. 151/2001, art. 74: cfr. T. Milano 27.6.2017, ord. – Est. Dossi –; C. App. Milano 28.7.2017 – Est. Bianchini –, entrambe in *www.asgi.it*.

(52) L. n. 488/1988, art. 65, e l. n. 190/2014, art. 1, c. 130: cfr. T. Firenze 25.1.2016 – Est. Carlucci –, in *Redazione Giuffrè*, 2016.

(53) D.lgs. n. 151/2001, art. 75: cfr. T. Brescia 5.10.2015, ord. – Est. Pipponzi –, in *www.asgi.it*.

Dalla complessiva ricognizione della giurisprudenza preme sottolineare l'inequivocabile indirizzo interpretativo a favore dell'eguaglianza tra migranti e cittadini seguito dai giudici di merito: questi ultimi hanno infatti dichiarato senza distinguo (a differenza dell'*iter* argomentativo della Corte costituzionale) (54) l'irragionevolezza e quindi il carattere discriminatorio delle disposizioni di legge che richiedono periodi più lunghi, rispetto a quello originariamente previsto dall'art. 41 del d.lgs. n. 286/1998, affinché gli extracomunitari legalmente residenti sul territorio nazionale possano beneficiare delle prestazioni assistenziali.

5. — *Il welfare degli immigrati nella contrattazione collettiva* — L'atteggiamento di *self-restraint* legislativo in materia di *welfare* degli immigrati è controbilanciato non soltanto dagli interventi della Corte costituzionale e della giurisprudenza di merito, ma anche dalle buone prassi delle relazioni industriali. In una temperie culturale come quella attuale, di costante arretramento dei pubblici poteri nel promuovere l'effettività dei diritti sociali, anche la contrattazione contribuisce al riconoscimento e alla promozione dei diritti dei migranti.

La prospettiva è quella della piena integrazione dell'immigrato all'interno della comunità di riferimento (in questo caso l'impresa), e prescinde dallo *status* di soggiornante di lungo periodo o dall'esigenza riduttiva del soddisfacimento dei soli bisogni fondamentali dell'individuo (55).

Gli interventi si sono registrati a vario titolo a livello di contrattazione nazionale, territoriale e soprattutto aziendale, e interessano essenzialmente tre nuclei tematici: le ore di permesso per la formazione linguistica e professionale; l'accorpamento delle ferie per poterne fruire nel paese di origine e consentire il ricongiungimento familiare; e ancora il monitoraggio dei problemi e delle dinamiche del lavoro degli immigrati per facilitarne l'inserimento nel contesto sociale e locale (56). Prendendo le industrie metalmeccanica e automobilistica a mo' di esempio, il recente Ccnl metalmeccanica e industria del 26 novembre 2016 riconosce – nell'ambito dei permessi studio – 250 ore triennali di permesso retribuito ai lavoratori stranieri per l'apprendimento della lingua italiana (57). In termini simili si esprime il contratto collettivo di primo livello applicato in Fiat-Chrysler Automobiles, che demanda alla «Commissione paritetica *welfare* azienda-

(54) Sciarra, Chiaromonte 2014, 130.

(55) Ferrara 2017, 285.

(56) Treu 2016, 20.

(57) Cfr. art. 8, Sezione IV, Titolo VI, del Ccnl dell'industria metalmeccanica e dell'installazione di impianti.

le» l'elaborazione di iniziative per l'apprendimento della lingua italiana in favore degli immigrati; e che inoltre contiene l'impegno dell'azienda a tenere nella debita considerazione le richieste di fruizione continuativa del periodo feriale per favorire il ricongiungimento familiare (58).

Il maggiore limite del *welfare* contrattuale, a parte il raggio di azione privatistico (l'azienda o al massimo la categoria), è che non tutti gli accordi rispondono con lo stesso grado di intensità alla sfida dell'eguaglianza, oscillandosi tra clausole che riconoscono pienamente un certo diritto (ad esempio, in materia di libertà religiosa nei luoghi di lavoro) (59), e altre che si limitano a formulare delle indicazioni di principio a favore dell'integrazione (60).

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (1991), *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Calafà L. (2013), *I confini sociali dell'immigration policy dell'Unione europea*, in *RGL*, n. 2, I, 347 ss.
- Calafà L. (2014), *The social borders of EU Immigration Policy (in the Italian perspective)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, *INT*, n. 105.
- Cassese S. (2015), *I diritti sociali degli «altri»*, in *RDSS*, n. 4, 677 ss.
- Chiaromonte W. (2008), *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari e il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *DLRI*, n. 1, 101 ss.
- Chiaromonte W. (2013), *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino.
- Chiaromonte W. (2014), *Prestazioni sociali familiari e discriminazione per nazionalità. La posizione della Corte di Strasburgo*, in *RIDL*, II, 888 ss.
- Chiaromonte W. (2015), *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directive 2009/500, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human-Rights-Based Approach?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, *INT*, n. 122.

(58) Cfr., rispettivamente, gli artt. 27 (Titolo III) e 6 (Titolo II) del Contratto collettivo specifico di lavoro di Fiat-Chrysler Automobiles del 7.7.2015.

(59) Cfr. art. 29 del Ccnl per i dipendenti delle aziende di lavorazione della foglia di tabacco 2014-2016, che concede permessi non retribuiti ai lavoratori che vogliano rispettare le festività religiose non contemplate dal Ccnl nel limite di due festività per anno; e la nota a verbale dell'Accordo aziendale Alstom del 2007, in cui l'azienda si impegna ad assicurare nella mensa un pasto compatibile coi precetti religiosi su richiesta di singoli o di gruppi di lavoratori.

(60) Art. 91 del Ccnl dei dipendenti delle lavanderie industriali del 2013.

- Chiaromonte W., Orlandini G. (2015), voce *Art. 34*, in Mastroianni R. *et al.* (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 642 ss.
- Cinelli M., Giubboni S. (2014), *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali. Percorsi nazionali ed europei*, Giappichelli, Torino.
- De Martino C. (2013), *Il diritto al minimo esistenziale nella tutela multilevel dei cittadini extracomunitari*, in *RDSS*, n. 1, 55 ss.
- Di Francesco M. (2011a), *Sicurezza sociale e accesso alle prestazioni degli invalidi civili extracomunitari*, in *RDSS*, n. 1, 143 ss.
- Di Francesco M. (2011b), *Indennità di frequenza ai minori extracomunitari invalidi, privi di carta di soggiorno*.
- Dijkhoff T. (2012), *The contested value of international social security standards in the European Union*, in *European Journal of Social Security*, n. 3, 174 ss.
- Faioli M., Bologna S. (2017), *Sull'adeguatezza dell'indennità eurolavorista di disoccupazione*, in *RDSS*, n. 1, 29 ss.
- Ferrajoli L. (2007), *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in Vitale E. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Bari, 121 ss.
- Ferrante V. (2014), *Prestazioni assistenziali ai cittadini extraeuropei e tutela dei diritti individuali*, in *RGL*, II, 507 ss.
- Ferrara M.D. (2017), *Status degli stranieri e questioni di welfare tra diritti e inclusione sociale*, in *RDSS*, n. 2, 265 ss.
- Garilli A. (2017), *Immigrati e diritti sociali: parità di trattamento e tutela multilivello*, in *DLM*, n. 1, 13 ss.
- Giubboni S. (2005), *Immigrazione e politiche dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa*, in *DLRI*, n. 2, 206 ss.
- Gnes M. (2005), *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Gcost*, 4681.
- Korda M., Pennings F. (2008), *The legal character of international social security standards*, in *European Journal of Social Security*, n. 2, 131 ss.
- Olney S., Cholewinski R. (2014), *Migrant Workers and the Right to No-discrimination and Equality*, in Costello C., Freedland M., *Migration Status in Labour and Social Security Law. Between Inclusion and Exclusion*, Oxford University Press, Oxford, 276 ss.
- Pugliese E. (2004), *Immigrazione, lavoro e diritti di cittadinanza*, in *DLRI*, n. 2, 323 ss.
- Roccella M., Treu T. (2016), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- Rodotà S. (2013), *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e sui beni comuni*, il Mulino, Bologna.
- Sciarra S., Chiaromonte W. (2007), *Migration Status in Labour Law and Social Security in Italy*, in Costello C., Freedland M. (a cura di), *Migration Status in Labour and Social Security Law. Between Inclusion and Exclusion*, Oxford University Press, Oxford, 121 ss.
- Servais J.M. (2014), *International Labour Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands.
- Servais J.M. (2017), *Le droit international social des migrations ou les infortunes de la vertu*, in *Revue de droit comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, n. 1, 94 ss.

- Treu T. (2016), *Introduzione. Welfare aziendale*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 297.
- Tursi A. (2004), *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 14.
- Veneziani B. (2007), *Il popolo degli immigrati e il diritto al lavoro: una partitura incompiuta*, in RGL, n. 3, I, 479 ss.
- Vonk G. (2002), *Migration, Social Security and the Law: Some European Dilemmas*, in *European Journal of Social Security*, n. 3/4, 315 ss.

ABSTRACT

Il saggio analizza la tutela previdenziale e assistenziale di cui godono gli immigrati regolarmente soggiornanti in Italia alla luce dell'ordinamento internazionale, di quello europeo, e dei principi costituzionali. Nonostante le fonti «multilivello» sanciscano una tendenziale parità di trattamento tra cives e non cives, le legislazioni statali e regionali restringono la platea dei migranti beneficiari delle prestazioni soprattutto assistenziali. Tale orientamento restrittivo è in parte controbilanciato, sia dalla giurisprudenza di merito e costituzionale alla luce dei principi di ragionevolezza e non discriminazione, sia dall'intervento della contrattazione collettiva.

EQUALITY AND WELFARE OF IMMIGRANTS: AMONG LEGISLATIVE SELF-RESTRAINT
AND COURTS AND COLLECTIVE BARGAINING OPENINGS

The present work analyses the benefits granted in the Italian system of social security to immigrants, who hold a regular permit, according to international law, EU and ECHR legal frameworks and constitutional principles. Despite the «multi-level» legal system foresees the principle of equality among citizens and immigrants, national and regional legislations limit the categories of foreigners entitled to social security benefits, especially in the field of social assistance. Such a restrictive policy is counter-balanced, either by the jurisprudence of the Constitutional and first-instance Courts on the grounds of the principles of equality and non-discrimination, or by the provisions contained in several collective agreements.

Alessandro Riccobono ()*

«AI CONFINI DELL'INTEGRAZIONE»:
MIGRAZIONI EUROPEE, LIBERTÀ DI MOVIMENTO
E DIRITTI SOCIALI DI CITTADINANZA, OGGI

SOMMARIO: 1. Migrazioni europee e mobilità del lavoro: opportunità o minaccia? — 2. Libertà di circolazione delle persone e solidarietà sociale transazionale: la torsione mercantilistica della giurisprudenza Ue. — 3. L'accesso alle prestazioni di assistenza sociale da parte dei cittadini europei economicamente inattivi e il limite della sostenibilità dei sistemi di *welfare* nazionali. — 4. *Jobseekers* e disoccupati. — 5. Un nuovo banco di prova per la Corte di Giustizia: il caso *Florea Gusa*. — 6. Quale futuro per lo statuto costituzionale della cittadinanza europea?

1. — *Migrazioni europee e mobilità del lavoro: opportunità o minaccia?* — Qual è il valore attuale della cittadinanza europea? Una delle angolazioni privilegiate per tentare di fornire una risposta a questo interrogativo è quella che guarda alle dinamiche della libertà di circolazione delle persone, analizzandole alla luce dei legami che esse intrattengono con la dimensione costituzionale dei diritti di cittadinanza (1).

Nel presente contributo saranno esaminati gli sviluppi più recenti in materia di mobilità del lavoro intraeuropea, con particolare riferimento al nuovo ciclo interpretativo avviato dalla Corte di Giustizia sul problema dell'accesso dei migranti Ue ai diritti di solidarietà transazionale e alle tensioni prodotte dall'esercizio delle libertà di movimento sui sistemi di protezione sociale degli Stati membri.

Il dibattito sui *free movement rights* ha guadagnato nuovo impulso alla luce delle pressioni sui mercati del lavoro nazionali indotte dalla crisi economico-finanziaria e dall'allargamento a est dell'Unione (2). A dispetto delle attese, la lunga fase di recessione non ha provocato una battuta d'arresto dei flussi migratori interni; anzi, le dimensioni della circolazione interna allo spazio europeo hanno continuato a crescere pur in un contesto di generale calo dell'occupazione per la gran parte degli Stati membri (3).

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Palermo.

(1) Dougan 2006, 129.

(2) Galgoczi, Leschke 2012, 1; Giubboni 2016, 247.

(3) Commissione Ue 2015.

Il fenomeno ha assunto nel tempo una fisionomia sempre più multiforme e diversificata, accostando alle modalità di migrazione tradizionale una serie di varianti funzionali, quali il pendolarismo, il lavoro frontaliero, il distacco transazionale e lo spostamento finalizzato al *job seeking*.

All'interno di questo scenario di fondo, il discorso pubblico sulle migrazioni intraeuropee è essenzialmente polarizzato attorno a due prospettive assiologiche: una inquadra l'esercizio delle libertà di spostamento garantite dal diritto dell'Unione nella dimensione integrazionista, sottolineando i benefici che la mobilità ad ampio raggio della forza lavoro è in grado di apportare nell'attuale configurazione dell'Europa a 28 (in termini di crescita economica, riallocazione delle competenze, valorizzazione delle professionalità e uniformazione dei mercati); l'altra è quella della concorrenza fra ordinamenti, focalizzata tradizionalmente sui rischi di *dumping sociale* scaturenti dall'esercizio delle libertà di impresa (incremento delle delocalizzazioni industriali dai paesi dell'Ovest verso quelli dell'Est e diffusione delle pratiche di distacco transfrontaliero di manodopera nella direzione opposta) (4), ma tornata più recentemente alla ribalta nell'ambito della libera circolazione delle persone, a causa dei timori che le regole sulla parità di trattamento vengano utilizzate dai migranti europei al fine di predare i sistemi di *welfare* dei paesi che offrono trattamenti più generosi (il cosiddetto «turismo sociale») (5).

Com'è noto, le ambivalenze sullo statuto sociale della cittadinanza europea discendono dal compromesso politico imperfetto che sorregge l'Unione. In un ordinamento sovranazionale sprovvisto di meccanismi di tipo federale e di una propria identità politica, era forse inevitabile che le proiezioni delle libertà di movimento sui diritti di cittadinanza sviluppassero un rapporto col tema della solidarietà doppio: da una parte, inclusivo; dall'altra, competitivo. In questo senso, ancorché assistite dalle garanzie normative sulla parità di trattamento, le migrazioni dei cittadini europei hanno richiesto una continua opera di *fine tuning* da parte della giurisprudenza, rilanciando il tema del bilanciamento fra interessi economici e diritti sociali in un contesto non troppo diverso da quello inerente all'esercizio delle libertà di spostamento da parte delle imprese. Basti pensare che la questione degli spazi di integrazione sociale riconosciuti ai migranti europei ha accompagnato sin dagli albori la vicenda Brexit (6), alimentando una battaglia ideologica condotta all'insegna del sovraccarico che il sistema

(4) Orlandini 2013; Carabelli 2011, 233; Gottardi 2010, 502; Bellavista 2007, 73.

(5) Davies 2004, 211; Guzi, Kahanec 2015, 120; Ales 2015, 455, Garilli 2017, 13.

(6) Deakin 2016, 17 ss.

di *welfare* britannico avrebbe subito a causa del massiccio afflusso di migranti provenienti dagli Stati europei *new comers*, anche a causa della scelta del Governo inglese di non avvalersi pienamente delle disposizioni sui periodi di blocco transitorio alla libera circolazione (7). Si tratta dunque di un tema di particolare attualità, non solo per gli sviluppi successivi al voto (8), tuttora assai incerti, ma soprattutto per il possibile «effetto trascinamento» sugli altri paesi accoglienti, nei quali l'opinione pubblica manifesta un analogo sentimento di insofferenza verso le politiche di inclusione (9).

2. — *Libertà di circolazione delle persone e solidarietà sociale transazionale: la torsione mercantilistica della giurisprudenza Ue* — Nell'ambito della libera circolazione delle persone, il problema del temperamento tra solidarietà nell'accesso ai diritti sociali e sostenibilità dei sistemi di *welfare* nazionali si pone principalmente con riferimento alla categoria dei cittadini dell'Unione economicamente inattivi (10). Per i soggetti economicamente attivi, infatti, le norme poste dai Trattati (art. 45 TfUE) e quelle di diritto derivato (Direttiva n. 2004/38; Regolamento n. 492/2011 e Direttiva n. 2014/54) assicurano il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e garantiscono l'accesso all'impiego e a condizioni di lavoro non difformi da quelle poste per i lavoratori comparabili nazionali, facendo perno sul loro contributo allo sviluppo economico del paese ospitante. Per questo motivo, lo *status* di lavoratore veicola una parità di trattamento pressoché incondizionata non solo sotto il profilo dell'accesso ai diritti a prestazione e ai vantaggi sociali e fiscali (art. 7.2 del Regolamento n. 492/2011), ma anche sotto quelli dell'ingresso e del soggiorno per rispondere a un'offerta di lavoro in un altro Stato membro, o ancora di mantenersi la residenza dopo aver occupato un impiego (art. 45.3 TfUE) (11).

Viceversa, per i cittadini Ue non attivi, la libertà di movimento – assicurata in chiave universale nella forma del diritto di ingresso e circola-

(7) Cfr. già le proposte di modifica del Regolamento n. 492/2011 formulate dal Consiglio europeo nelle conclusioni del 18-19.2.2016 – e condizionate alla permanenza della Gran Bretagna nell'Unione – che avrebbero limitato l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale dei migranti Ue per un periodo massimo quattro anni, in relazione a situazioni di afflusso di portata eccezionale.

(8) Contrassegnati dal tentativo della Gran Bretagna di negoziare condizioni di uscita dall'Ue che le consentano di continuare a partecipare al mercato interno, senza tuttavia garantire le libertà di movimento dei cittadini europei.

(9) Sul problema dell'estensione del modello sociale europeo ai cittadini *extra* Ue si rinvia a Calafà 2013, 347 ss.

(10) Prassl 2016, 311; Thym 2015, 17; Bartoloni 2015, 474; Borelli 2012, 29.

(11) Roccella, Treu 2016, 89 ss.

zione (artt. 18 e 21 TfUE) – è sottoposta ad alcuni condizionamenti, specialmente ove si traduca nell'esercizio del diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi. In estrema sintesi, i cittadini dell'Unione hanno il diritto di soggiornare nel territorio di un altro Stato membro per un periodo non superiore a tre mesi senza alcuna condizione o formalità, ma per permanervi oltre devono disporre di un'assicurazione di malattia e di risorse economiche sufficienti, per se stessi e per i propri familiari, affinché non divengano un onere a carico dell'assistenza sociale del paese ospitante (artt. 6, 7.1, lett. *b*, e 14 della Direttiva n. 2004/38). La Direttiva non rimette agli Stati membri la specifica quantificazione del requisito delle «risorse economiche sufficienti», invitando piuttosto questi ultimi a tener conto della situazione personale dell'interessato (art. 8.4). In ogni caso, essa dispone che il ricorso da parte di un cittadino dell'Unione o dei suoi familiari al sistema di assistenza sociale non dà luogo automaticamente a un provvedimento di allontanamento (art. 14.3). Dopo cinque anni di soggiorno legale nello Stato ospitante, i cittadini migranti dell'Unione acquisiscono il diritto di soggiorno permanente (art. 16), non più subordinato alla verifica dell'autosufficienza economica.

Così sommariamente ricostruito il quadro normativo di riferimento, appare evidente come la Direttiva n. 2004/38 – varata allo specifico fine di superare il carattere settoriale e frammentario delle norme concernenti il diritto di libera circolazione e uniformare la posizione dei lavoratori a quella dei soggetti inattivi – abbia tenuto in debita considerazione l'esigenza di contemperare il principio di parità con alcune regole di condizionalità, in modo da prevenire il rischio che i cittadini di uno Stato membro si spostino nel territorio dell'Unione con il precipuo intento di approfittare dei più vantaggiosi diritti sociali previsti in favore dei cittadini dei paesi ospitanti. D'altra parte, nell'architettura complessiva delle fonti, i vincoli alla libertà di movimento stabiliti dalla Direttiva n. 2004/38 avrebbero dovuto essere considerati in qualche misura cedevoli rispetto al diritto di spostarsi e risiedere nel territorio di altro Stato membro in condizioni di parità, considerato che le norme primarie sulla cittadinanza europea costituiscono le basi giuridiche della medesima direttiva.

Sulla base di queste premesse, una rilevante elaborazione della Corte di Giustizia ha segnato l'ascesa della cittadinanza europea come «*status fondamentale*» dei cittadini degli Stati membri, associandovi il diritto di beneficiare della parità di trattamento, senza distinzione di nazionalità e indipendentemente dalle condizioni di occupazione, nel tentativo di co-

struire attorno a tale *status* i legami per un'integrazione sociale transnazionale (12). Ancor prima della codifica della Direttiva n. 2004/38, infatti, i giudici di Lussemburgo hanno collocato «in secondo piano il profilo della sostenibilità economica dei sistemi di assistenza sociale nazionali, chiamati a farsi carico dell'erogazione delle prestazioni in favore di cittadini dell'Unione liberamente circolanti, ma in possesso di altra nazionalità» (13). Non sorprende pertanto che le deroghe alla parità di trattamento, perimetrate dal *test* di proporzionalità, siano state sottoposte a una interpretazione restrittiva, adottata allo scopo di non scoraggiare la mobilità intraeuropea. In tal senso, tra gli obiettivi legittimi, capaci di giustificare le restrizioni al diritto dei cittadini Ue di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, si è tendenzialmente posta la presenza di un «legame effettivo con il mercato del lavoro dello Stato interessato», oppure di «un certo grado di integrazione nella società dello Stato ospitante» (14).

In sostanza, la dimensione costituzionale della cittadinanza europea è stata costruita dalla Corte di Giustizia mediante l'adozione di un paradigma valutativo orientato a rafforzare le fragili basi sociali dell'Unione, sdoganando una visione della solidarietà transnazionale universalistica e non ancillare al funzionamento del mercato interno.

Questo processo, tuttavia, ha subito una vistosa battuta d'arresto con l'avvento della crisi: la crescita degli squilibri economico-finanziari tra i diversi paesi dell'Unione ha generato una torsione nell'approccio valutativo seguito dalla Corte di Giustizia europea nei più recenti giudizi in materia di libera circolazione dei cittadini europei economicamente inattivi (15). Volendo anticipare sin d'ora alcune valutazioni d'insieme, può dirsi che il trittico di pronunce rese nei casi *Brey*, *Dano* e *Commissione contro UK* (su cui vd. *infra*) sembra ripercorrere le medesime traiettorie interpretative già delineate dai giudici di Lussemburgo nel cosiddetto «quartetto *Laval*», con riferimento all'esercizio delle libertà di stabilimento e circolazione dei servizi da parte delle imprese. Proprio quest'ultimo ambito, infatti, ha costituito l'avamposto di un generale cambio di prospettiva nell'operazione di bilanciamento fra libertà economiche fondamentali e diritti sociali, aprendo a un equilibrio interpretativo marcatamente schiacciato su logiche mer-

(12) C. Giust. 12.5.1998, C-85/96, *Martinez Sala*; C. Giust. 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*; C. Giust. 8.3.2011, C-30/09, *Ruiz Zambrano*; C. Giust. 7.9.2004, C-456/02, *Trojani*.

(13) Ales 2015, 474.

(14) C. Giust. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*; C. Giust. 4.6.2009, C-22/08, *Vatsouras*.

(15) Verschuere 2015, 20; NicShuibhne 2015, 889; Giubboni 2016, 253.

cantilistiche (16): il divieto di frapporre restrizioni ai prestatori di servizi nell'accesso al mercato di uno Stato membro diverso da quello di stabilimento è attualmente compendiato nell'assunto secondo cui l'applicazione delle norme del paese di destinazione ai prestatori di lavoro ivi distaccati costituisce un ostacolo tendenzialmente illegittimo alla libertà di cui all'art. 56 TfUE. Il che ha portato a comprimere i margini di operatività della *lex loci laboris* entro il perimetro (assai ristretto) delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico internazionale, che costituiscono al contempo il limite minimo e massimo di protezione dei lavoratori distaccati ai sensi della Direttiva n. 96/71 (17). Nell'adottare tale schema interpretativo, poi replicato nelle decisioni successive, la Corte ha di fatto legittimato la competizione salariale insita nella libertà di circolazione dei servizi, comprimendo il diritto fondamentale di azione collettiva azionato contro la possibilità delle imprese dell'Est di ottenere appalti in paesi affluenti (18). Si delinea così un singolare e per certi versi preoccupante riallineamento fra l'architettura argomentativa, che attualmente caratterizza la giurisprudenza europea in materia di esercizio delle libertà di movimento dell'impresa, e quella che si va consolidando in tema di libera circolazione delle persone: in entrambi i casi, il criterio valoriale seguito dalla Corte per l'interpretazione delle norme dei Trattati e del diritto derivato sembra sottomettere la dimensione sociale delle libertà di spostamento alle logiche del funzionamento del mercato interno, sfarinando lo statuto d'inclusione e parificazione sotteso all'idea di cittadinanza europea.

3. — *L'accesso alle prestazioni di assistenza sociale da parte dei cittadini europei economicamente inattivi e il limite della sostenibilità dei sistemi di welfare nazionali* — La più recente giurisprudenza europea sui limiti alla solidarietà transnazionale si è formata con riferimento alle «prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo». Tali benefici ricadono nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 883/2004 – che contiene norme di conflitto sul coordinamento dei regimi di sicurezza sociale – e sono finalizzati a garantire ai richiedenti i mezzi di sussistenza vitale per un periodo di tempo limitato. La loro erogazione è assoggettata al criterio della residenza nello Stato membro destinatario della richiesta, inteso tradizionalmente come luogo in cui è stabilita la sede principale degli interessi del richiedente (art. 1, lett. j, Reg. n. 883/2004) (19).

(16) Deakin 2011, 467; Orlandini 2017, 203.

(17) Giubboni 2015, 816.

(18) Guazzarotti 2016, 5.

(19) C. Giust. 25.2.1999, C-90/97, *Swaddling*; C. Giust. 16.5.2013, C-589/10, *Wencel*.

Nel caso *Brey* (20) – paradigmatico del rovesciamento di prospettiva operato dalla Cgue – si discuteva del diritto di un pensionato tedesco, trasferitosi in Austria e ivi ammesso a soggiornare temporaneamente, di beneficiare di una «indennità compensativa» del proprio trattamento previdenziale, in misura pari a quella riconosciuta ai cittadini austriaci titolari del diritto allo stesso tipo di indennità. La questione pregiudiziale portata all'attenzione della Corte verteva sul diritto del paese ospitante di rifiutare l'accesso a tale prestazione sul presupposto dell'assenza in capo al richiedente «di risorse economiche sufficienti» per comprovare il soggiorno legale sul territorio austriaco e accedere all'indennità secondo quanto stabilito dalla legge nazionale. Ancorché rientrasse pacificamente tra le «prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo» – da riconoscere in base al criterio di collegamento della residenza abituale contemplato dal Regolamento n. 883/2004 –, la Corte di Giustizia ha ritenuto di far rientrare l'indennità in questione fra le misure di assistenza sociale disciplinate dalla Direttiva n. 2004/38, con ciò assoggettandone l'accesso al possesso del requisito di autosufficienza economica, a sua volta posto dalla legge del paese ospitante come criterio da soddisfare per ottenere un diritto di soggiorno legale nel proprio territorio. Le ambiguità derivanti dalla scelta di aggiungere il soddisfacimento di tali ulteriori condizioni per l'accesso al sistema di *welfare* dello Stato ospitante sono state messe diffusamente in evidenza da molti commentatori (21): se la concessione di una prestazione speciale a carattere non contributivo è subordinata dalla legge nazionale al requisito di autosufficienza economica – e quest'ultimo è anche necessario per essere legalmente soggiornante –, è evidente come i migranti europei sprovvisti di sufficienti risorse finanziarie potranno essere ritenuti presuntivamente un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato ospitante, correndo il rischio di essere allontanati da quest'ultimo al decorso del periodo soglia di tre mesi (cfr. art. 14.3 della Direttiva n. 2004/38). Tali implicazioni vengono mantenute sottotraccia attraverso la consueta rimessione alle autorità nazionali del compito di verificare l'impatto concreto che la concessione di tale prestazione rappresenterebbe per il sistema nazionale di assistenza sociale. La ragionevolezza dell'onere, alla stregua del principio di proporzionalità, è tuttavia ancorata dalla Corte europea a un doppio *test*: il primo concerne le circostanze individuali che caratterizzano la situazione dell'interessato, come l'importanza e la regolarità dei redditi

(20) C. Giust. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*.

(21) Verschuereen 2015, 205; Prassl 2016, 315; Giubboni 2016, 247; Bartoloni 2015, 476.

di cui questi disponga, il fatto che le autorità abbiano già rilasciato un attestato d'iscrizione nel territorio nazionale, nonché il periodo durante il quale la prestazione richiesta possa essergli erogata; il secondo richiede di «determinare la percentuale dei beneficiari di tale prestazione che hanno lo *status* di cittadini dell'Unione titolari di una pensione di vecchiaia in un altro Stato membro» (22).

La sentenza è stata molto criticata in dottrina, avendo di fatto accentuato l'importanza di verificare le implicazioni della mobilità intraeuropea sulla stabilità delle finanze pubbliche dei paesi ospitanti, senza curarsi abbastanza dell'esigenza di inclusione sociale dei migranti europei in condizioni di bisogno. Il punto nodale riguarda proprio il duplice *test* confezionato dalla Corte per saggiare la ragionevolezza dell'onere posto a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno. È in particolare il secondo a destare perplessità, atteso che un accertamento sistemico sugli equilibri del *welfare* nazionale implica valutazioni di carattere macroeconomico non ben precisate, con costi di attuazione potenzialmente superiori alla concreta incidenza della singola prestazione richiesta sul sistema di assistenza del paese ospitante (23).

L'orientamento inaugurato in *Brey* è stato consolidato con una marcatura più esplicita nel successivo caso *Dano* (24). Sciogliendo le ambiguità affiorate nel giudizio precedente, i giudici di Lussemburgo valorizzano i condizionamenti alla libera circolazione dei cittadini europei economicamente inattivi attraverso un controverso ribaltamento della gerarchia delle fonti regolatrici della materia. Il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità, contenuto nelle norme primarie dei Trattati, viene sopravanzato dalle regole del diritto derivato in nome di una dichiarata logica prevenzionistica: l'ordinamento europeo mira a prevenire che i migranti possano avvantaggiarsi del sistema di assistenza sociale di un altro Stato membro al solo scopo di reperire i propri mezzi di sussistenza (25). L'accesso al *welfare* e il diritto di soggiorno sono ancora una volta condizionati alla preventiva disponibilità, in capo al cittadino europeo, di sufficienti risorse economiche, finendo col legittimare una visione della solidarietà transnazionale ambivalente, laddove la valvola dell'assistenza è contestualmente aperta nei confronti di soggetti che non versino in condizioni di bisogno e chiusa per coloro che andrebbero protetti contro i rischi di marginalizzazione sociale

(22) Citazione da C. Giust. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*, punto 78.

(23) Thym 2015, 27; Verschuere 2015, 232.

(24) C. Giust. 11.11.2014, C-333/13, *Dano*.

(25) Aubina 2015, 821; Thym 2015b, 249.

e accompagnati verso il recupero da una situazione di momentanea difficoltà. Con questi passaggi la Corte certifica la torsione del rapporto fra parità di trattamento nell'accesso ai benefici di sicurezza sociale e limiti ai diritti di libera circolazione, riscrivendo sostanzialmente gli scopi della Direttiva sulla cittadinanza. Se quest'ultima era nata proprio per eliminare l'originaria distinzione fra lavoratori e soggetti economicamente inattivi, sì da ricomporre in chiave unitaria i diritti di cittadinanza europea, adesso l'asse focale sembra tutto spostato sull'opposto obiettivo di contenere le spinte verso l'integrazione per non pregiudicare le scelte di politica sociale operate individualmente dagli Stati membri. Un'opzione di valore che traspare anche dal mancato richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e ai principi di solidarietà sociale in essa contenuti (cfr. art. 34), in evidente discontinuità con il ragionamento seguito nelle più recenti pronunce riguardanti i limiti all'esercizio della libertà di stabilimento, dove la Carta di Nizza è stata all'opposto valorizzata per irrobustire il divieto di restrizioni alla libertà di impresa, anche a discapito della tutela dei diritti sociali (26).

Chiunque nutrisse dubbi sul consolidamento di queste traiettorie interpretative ha dovuto attendere soltanto che la Corte di Giustizia si pronunciasse a stretto giro su un nuovo caso di accesso al *welfare* dei migranti europei, asceso alla cronaca grazie alle dichiarazioni dell'allora *premier* britannico Cameron sull'attuazione di politiche restrittive del diritto di residenza degli stranieri nel Regno Unito. Quest'ultima pronuncia, resa pochi giorni prima del referendum sulla Brexit, ha sancito la legittimità della normativa britannica che attribuisce automaticamente lo *status* di soggetti legalmente soggiornanti ai cittadini inglesi, escludendo detto automatismo per i soggetti residenti abitualmente nel Regno Unito ma provenienti da altri Stati membri. Ancora una volta, è stato ribadito che il diritto europeo non osta a che la concessione di prestazioni sociali a cittadini dell'Unione economicamente inattivi sia condizionata al soddisfacimento delle condizioni normative fissate dallo Stato ospitante per disporre di un diritto di soggiorno legale nello Stato membro ospitante. E ciò, ancorché la disciplina scrutinata desse luogo a un'ipotesi di discriminazione indiretta in ragione della nazionalità (tenuto conto della maggiore difficoltà con cui i cittadini europei di nazionalità diversa da quella britannica sono chiamati a soddisfare il requisito del soggiorno legale). Pur venendo accertata, la disparità di trattamento trova giustificazione nel perseguimento di un obiettivo legittimo, cioè la tenuta delle scelte di politica sociale e finanziaria operate dagli ordi-

(26) C. Giust. 21.12.2016, C-201/15, *Aegean Airways*.

namenti interni in tema di assistenza e sicurezza, fermo restando che la misura non può andare al di là di quanto necessario per il conseguimento di tale scopo. Valutazione, quest'ultima, rimessa alla notevole discrezionalità degli Stati membri.

4. — *Jobseekers e disoccupati* — All'interno della categoria dei cittadini europei economicamente inattivi, una posizione differenziata spetta a coloro che siano alla ricerca di un impiego. La disciplina europea distingue infatti fra cittadini che siano in fase di primo accesso al mercato del lavoro del paese ospitante e soggetti che siano rimasti senza occupazione dopo avervi svolto un'attività lavorativa.

L'art. 45.3 TfUE assicura il diritto di rispondere a offerte di lavoro effettive, di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri, di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgerci un'attività di lavoro e di rimanervi dopo aver occupato un impiego, in conformità alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali, nonché alle condizioni stabilite dal Regolamento n. 492/2011. Tali previsioni vanno integrate con quelle dettate dalla Direttiva n. 2004/38, la quale stabilisce che i cittadini dell'Unione che abbiano fatto ingresso nel territorio di un altro Stato membro per cercare un posto di lavoro non possono essere allontanati (unitamente ai componenti della propria famiglia) fino a quando possano dimostrare di essere alla ricerca di un'occupazione e di avere buone possibilità di trovarla (art. 14.4, lett. *b*). L'art. 24.2 della Direttiva autorizza tuttavia i paesi ospitanti a derogare al principio di parità di trattamento, concedendo a questi ultimi la facoltà di negare agli stranieri il diritto a prestazioni d'assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno o, se del caso, durante il periodo più lungo previsto all'articolo 14.4, lett. *b*, quand'anche costoro possano dimostrare di essere alla ricerca di un posto di lavoro e di avere buone possibilità di trovarlo.

I cittadini europei che si trovino in stato di disoccupazione dopo aver lavorato nel paese ospitante, invece, sono assimilati dall'art. 7.3 della Direttiva ai migranti economicamente attivi: per essi è sancita la conservazione della qualità di lavoratore e il diritto alla piena parità di trattamento in talune ipotesi accomunate dal carattere involontario della condizione di inattività, con la significativa previsione per cui i disoccupati al termine di un contratto di lavoro di durata determinata inferiore a un anno o venutisi a trovare in tale stato durante i primi dodici mesi (e che si siano registrati presso un ufficio di *placement*) conservano la qualità di lavoratori per un periodo temporaneo, che comunque non può essere inferiore a sei mesi.

La differenza fondamentale tra i *jobseekers* in cerca di prima occupazione e coloro che abbiano già lavorato nello Stato ospitante risiede dunque nei limiti alla facoltà di deroga riconosciuti agli Stati membri dal citato art. 24.2 della Direttiva: per i primi, ancorché residenti, è consentito rifiutare l'accesso all'assistenza sociale durante i primi tre mesi dall'ingresso nel territorio nazionale, senza alcuna condizione, ovvero per un periodo di tempo superiore, seppure abbiano genuine *chances* di essere reclutati; per i secondi la parità di trattamento è veicolata mediante una *fictio iuris* e viene assicurata in forma piena fintantoché permangano le condizioni di equiparazione allo *status* di lavoratori.

Anche su questo versante, le pronunce più recenti della Corte di Giustizia hanno segnato un *twist* di rilievo nel processo di riconfigurazione dei diritti di solidarietà sociale transnazionale. Le soluzioni prospettate nei casi *Alimanovic* (27) e *Garcia Nieto* (28), unitamente agli imminenti sviluppi attesi in *Floreas Gusa* (29), costituiscono l'approdo naturale della catena di trasmissione avviata con *Brey*, riflettendo una logica protezionistica ancora più netta.

In *Alimanovic*, la richiesta di un contributo di sussistenza per disoccupati di lungo periodo viene respinta a un cittadino svedese che aveva lavorato in Germania per meno di un anno. Si trattava dunque di un *jobseeker* che aveva vissuto nel paese ospitante per più di tre mesi, che aveva lavorato brevemente, e che in seguito alla disoccupazione aveva fatto richiesto di una misura che lo avrebbe sostenuto economicamente durante la ricerca di un nuovo lavoro. Nella precedente giurisprudenza sui *jobseekers*, la Corte di Giustizia era stata propensa a ritenere che le prestazioni finanziarie destinate a facilitare l'accesso all'occupazione sul mercato del lavoro di uno Stato membro non soggiacessero ai limiti posti dalla Direttiva n. 2004/38 (30). Attratte direttamente dal principio di parità di trattamento *ex art.* 45.2 TfUE, le misure in questione avrebbero dovuto essere riconosciute dagli Stati membri alla citata condizione della preesistenza di un «legame reale» tra il soggetto alla ricerca di un impiego e il paese ospitante (ad esempio, lunghezza della permanenza, presenza di relazioni personali o familiari, intensità della ricerca). Il che indicava l'adesione a una precisa opzione culturale per la prevalenza delle garanzie di parificazione

(27) C. Giust. 15.9.2015, C-67/14, *Alimanovic*.

(28) C. Giust. 25.2.2016, C-299/14, *Garcia Nieto*.

(29) Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *Court of Appeal of Ireland* 8.8.2016, C-442/16, *Floreas Gusa*, non ancora decisa.

(30) C. Giust. 15.9.2005, C-258/04, *Ioannidis*; C. Giust. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*.

enunciate dalle fonti primarie sui condizionamenti all'inclusione sociale posti dal diritto derivato.

Nel nuovo *mainstreaming* interpretativo seguito dalla Corte, viceversa, l'operazione di qualificazione dei benefici sociali finalizzati a sostenere il *re-placement* dei disoccupati in cerca di lavoro ha subito la medesima inversione di polarità già registrata nei casi *Brey* e *Dano*, dando vita a una nuova gerarchia delle fonti cedevole agli interessi difensivi dei paesi di accoglienza (31). Dal punto di vista giuridico, lo schema argomentativo seguito in *Alimanovic* replica quello già esaminato a proposito dei migranti economicamente inattivi *tout court*: l'accentuazione delle finalità assistenziali delle misure riconosciute dagli ordinamenti nazionali in favore dei disoccupati, accostata alla svalutazione della loro vocazione a favorirne il reinserimento nel mercato del lavoro, diviene il sofisma attraverso cui la Corte dilata il campo di applicazione della Direttiva n. 2004/38, aggravando il complesso di requisiti da possedere per accedere ai *benefit* in questione. La conseguenza è che un cittadino dell'Unione può richiedere la parità di trattamento con quelli dello Stato membro ospitante soltanto se il suo soggiorno soddisfi le condizioni di cui all'art. 7.3 della Direttiva (che garantiscono il mantenimento, anche solo temporaneo, dello *status* di lavoratore), laddove la dimostrazione di essere alla ricerca di un lavoro e di avere buone possibilità di trovarlo rileva ai soli fini del divieto di allontanamento previsto dall'art. 14.4, lett. *b*. L'operazione schiude nuovi spazi al potere di deroga riconosciuto agli Stati membri *ex art.* 24.2 della Direttiva, consentendo di schermare i sistemi di *welfare* nazionali dalle richieste di assistenza formulate dai *jobseekers* il cui diritto di soggiorno sia basato unicamente sull'art. 14.4, lett. *b*, senza che sia necessario valutare il grado di precedente integrazione di questi ultimi nello Stato ospitante, né verificare, attraverso il *test* di proporzionalità, l'impatto dell'onere che graverebbe sul sistema di sicurezza sociale nazionale in caso di accoglimento dell'istanza. Si delinea in questo modo una sottoclasse di cittadini europei composta da soggetti economicamente inattivi che non possono essere allontanati dal paese in cui siano entrati per cercare lavoro o nel quale siano rimasti dopo averlo perso, ma che allo stesso tempo possono essere trattati diversamente dagli autocotoni che si trovino nella stessa situazione, in forza di una valutazione di mera politica interna. L'aspetto paradossale, già sottolineato da un'attenta commentatrice, è che mentre il cittadino economicamente inattivo (cioè il cittadino che non è neanche alla ricerca di un'occupazione), pur non svolgendo alcuna attività di natura economica, può beneficiare nello Stato

(31) Bartoloni 2016, 153 ss.; Iliopoulou Penot 2016, 1007.

membro ospitante del diritto di soggiorno e del corrispondente principio di parità di trattamento, a condizione che dimostri di essere economicamente autosufficiente, il *workseeker* potrebbe essere automaticamente escluso dal beneficio di misure assistenziali anche nell'ipotesi in cui versi in condizioni di autosufficienza economica (32).

Le ricadute di questa giurisprudenza sono indicative del declino della retorica tradizionale sulla quale è stata costruita la dimensione sociale della cittadinanza europea, intesa quale *status* fondamentale dell'Unione. È stato acutamente sottolineato che la Corte di Giustizia sembra non sentirsi più a proprio agio con l'utilizzo di tale vocabolario, proprio perché le indicazioni operative fornite nella casistica più recente non supportano più quella convinzione (33): non è un caso che nel giudizio *García Nieto*, di poco successivo ad *Alimanovic*, i giudici di Lussemburgo abbiano affermato senza troppi orpelli che i migranti cittadini europei possono essere liberamente esclusi dall'accesso al sistema di assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno nello Stato ospitante, senza alcun esame della loro situazione individuale, quand'anche possano dimostrare (come nel caso della famiglia *García Nieto*) l'esistenza di un legame reale con il mercato del lavoro di tale Stato.

5. — *Un nuovo banco di prova per la Corte di Giustizia: il caso Florea Gusa* — Per capire fino a che punto verrà spinta l'attuale costruzione che pone le finalità di inclusione sociale della cittadinanza europea in condizione di sudditanza rispetto alle capacità di integrazione economica dei soggetti in mobilità occorrerà attendere le indicazioni che saranno fornite nel caso *Florea Gusa*, non ancora deciso al momento in cui si scrive.

Si tratta di un banco di prova particolarmente significativo, atteso che la questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di Giustizia consentirà di verificare da un'angolazione inedita se il processo di erosione del fondamento sociale dei diritti di cittadinanza possa ancora subire un auspicabile cambio di passo, ovvero se sia ormai avviato verso un consolidamento tanto drastico da sembrare irreversibile. Invero, all'apparenza il caso è di quelli che non dovrebbero avere storia: la *res* controversa riguarda infatti l'esclusione di un cittadino rumeno, rimasto senza occupazione a causa della crisi dopo aver prestato attività di lavoro autonomo in Irlanda per circa quattro anni (pagando le tasse e i contributi per l'assicurazione sociale) dall'accesso a un sussidio per la ricerca di lavoro. Accertato che il sig. *Florea Gusa* non

(32) Bartoloni 2016, 160.

(33) Iliopoulou Penot 2016, 1016.

disponeva di risorse economiche sufficienti per il sostentamento proprio e della propria famiglia, ma che si era iscritto all'ufficio di collocamento per cercare lavoro, le autorità nazionali hanno chiesto alla Corte di Giustizia di accertare se quest'ultimo potesse comunque conservare lo *status* di lavoratore ai sensi dell'art. 7.3, lett. *b*, della Direttiva n. 2004/38 (essendo stato «economicamente attivo» per più di un anno nel paese ospite), ancorché la normativa nazionale irlandese non includa i lavoratori autonomi tra i soggetti che beneficiano del diritto a tale equiparazione. Ciò per evitare di incorrere in una irragionevole disparità di trattamento con i lavoratori subordinati stranieri rimasti nella medesima situazione di disoccupazione involontaria, ai quali il diritto nazionale consente di risiedere legalmente in Irlanda e accedere all'assistenza sociale indipendentemente dalle condizioni di autosufficienza economica e dall'impatto della loro richiesta di prestazioni di sussistenza sul sistema di *welfare*.

Orbene, è difficile immaginare che la Corte di Lussemburgo possa ritenere conforme al diritto Ue un'interpretazione della normativa interna che autorizzi una simile disparità di trattamento. A differenza delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori, tendenzialmente riferite ai soli prestatori subordinati, le libertà di movimento innervate nello *status* di cittadinanza europea sono insensibili alla condizione professionale del soggetto migrante, con la conseguenza di poter essere applicate con un approccio largamente inclusivo.

D'altro canto, nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Wathélet (34), si rileva la contraddizione cui si perverrebbe ove un «cittadino dell'Unione, il quale abbia svolto un'attività economica in qualità di lavoratore subordinato per un anno, verrebbe "tutelato" meglio di un altro cittadino dell'Unione, il quale abbia svolto un'attività economica e abbia contribuito al finanziamento del sistema tributario e previdenziale dello Stato membro ospitante per quattro anni in qualità di lavoratore autonomo, fermo restando che l'attività di cui trattasi può, se del caso, essere identica nelle due ipotesi». Alla luce di questi argomenti, è auspicabile che i giudici di Lussemburgo rilevino il contrasto della normativa irlandese con il diritto eurounitario, sposando una visione della solidarietà transnazionale favorevole alla parificazione dei trattamenti riservati a coloro che siano in cerca di un impiego dopo aver svolto una qualsiasi attività lavorativa, autonoma o subordinata, in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza. Una visione coerente con l'obiettivo di rimuovere gli ostacoli che

(34) Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Wathélet, presentate il 26.7.2017, C-442/16.

potrebbero sfavorire i cittadini comunitari che intendano svolgere un'attività economica nel territorio dell'Unione, ma dietro la quale non vi sarebbe comunque alcuna rinuncia al *refrain* per cui l'accesso all'assistenza sociale dei migranti cittadini europei dipende dal grado dell'integrazione economica di questi ultimi nel paese d'accoglienza. Al contrario, se gli Stati membri potranno legittimamente escludere dal godimento dei diritti di assistenza i cittadini europei che abbiano intrapreso un'attività di lavoro autonomo nel loro territorio e che l'abbiano persa involontariamente dopo diversi anni di esercizio, il futuro del modello sociale europeo sarebbe incanalato in una strettoia che ne metterebbe in forse la (residua) esistenza.

In definitiva, *Florea Gusa* offre alla Corte di Giustizia una nuova occasione per chiarire realmente «da che parte sta», anche al fine di rivedere lo sbocco interpretativo più contraddittorio del caso *Alimanovic*, dove la posizione dei migranti europei rimasti privi di lavoro all'esito di un periodo di contribuzione al regime tributario e previdenziale dello Stato membro ospitante è stata equiparata a quella di coloro che si spostino per la prima volta nel territorio dell'Unione, con conseguente legittimazione della facoltà di deroga alla parità di trattamento prevista dall'art. 24.2 della Direttiva n. 2004/38.

6. — *Quale futuro per lo statuto costituzionale della cittadinanza europea?*

— La nuova tematizzazione del rapporto fra cittadinanza europea ed esercizio delle libertà fondamentali nel mercato interno rilancia un modello di solidarietà transazionale assai distante dall'idea di universalizzazione dei diritti sociali all'interno dello spazio comune. Osservati nel loro intreccio con le libertà di impresa, i legami di solidarietà fra cittadini europei si manifestano in forma «tossica»: la competizione salariale fra lavoratori di diversi paesi, autorizzata dall'attuale lettura della Direttiva n. 96/17 sul distacco transfrontaliero, scarica sui lavoratori dei paesi più ricchi il rischio di vedersi sottrarre gli impieghi da parte della manodopera a basso costo proveniente dai paesi più poveri, senza che a ciò corrispondano meccanismi di redistribuzione della ricchezza operanti su scala europea (35). Nel rapporto con la libera circolazione delle persone, quegli stessi legami operano in chiave antitetica al recupero dalle marginalità sociali, aprendosi alle richieste dei migranti autosufficienti economicamente e chiudendosi a quelle dei soggetti più vulnerabili. È significativo che la Corte di Giustizia – la quale ha tradizionalmente assunto un ruolo di contropotere rispetto agli altri protagonisti del sistema di *governance* europea – abbia mostrato un atteggiamento

(35) Guazzarotti 2016, 5 ss.

giamento di deferenza rispetto alle pressioni politiche degli Stati membri d'accoglienza, fornendo a questi ultimi un *assist* per alimentare i timori del turismo sociale da parte dei cittadini dei paesi emergenti. In realtà, che tali preoccupazioni siano sovrastimate è dimostrato dalle analisi condotte dalla stessa Commissione europea, dove si evidenzia l'assenza di una relazione statistica tra la generosità dei sistemi di sicurezza sociale e i flussi migratori (36). Diversi studi empirici mostrano invece come la propensione alla mobilità intracomunitaria sia legata ai tassi di disoccupazione e ai minori livelli salariali esistenti nei paesi d'origine, alle aspirazioni di migliorare le condizioni di vita, o ancora alla presenza di reti familiari già consolidate nei paesi di destinazione (37).

Da più parti sono state avanzate proposte per garantire un'adeguata protezione sociale ai lavoratori migranti europei. Si è parlato di un'assicurazione europea contro la disoccupazione, gestita da una rete interconnessa degli istituti di previdenza sociale nazionali, ovvero di un salario di sussistenza europeo, finalizzato a evitare il *dumping* insito nelle differenze fra livelli retributivi dei paesi a Est e a Ovest d'Europa (38). Si tratta di iniziative suggestive, per le quali, tuttavia, gli ostacoli di ordine giuridico appaiono non meno rilevanti delle resistenze emerse nello scenario politico.

In seguito all'adozione della Direttiva n. 2014/54 (finalizzata a garantire ai migranti dell'Ue l'accessibilità a informazioni complete e aggiornate a livello nazionale tramite appositi enti di consulenza) e della Direttiva «*enforcement*» n. 2014/67 (volta ad assicurare la genuinità del distacco transnazionale di lavoratori e reprimere le frodi connesse alle pratiche di *posting* apparente), la Commissione europea ha presentato due nuove proposte di revisione normativa, inserite nel *Labour mobility package* del 2016. Segnatamente, da una parte, si è proposta una modifica della Direttiva sul distacco dei lavoratori, orientata a stabilire condizioni di concorrenza leale fra imprese e lavoratori, soprattutto attraverso garanzie di parità retributiva dello stesso lavoro nello stesso luogo; dall'altra, è stata formulata un'ipotesi di revisione dei Regolamenti europei sul coordinamento dei regimi di sicurezza sociale, finalizzata ad agevolare l'esercizio dei diritti dei cittadini, a distribuire in modo equo l'onere finanziario tra gli Stati membri e ad assicurare semplicità amministrativa nell'applicazione delle norme. Tuttavia,

(36) Com(2013)837, Bruxelles, 25.11.2013, final; COM 2014, *Evaluation of the impact of the free movement of EU citizens at local level Final Report*, Bruxelles, gennaio 2014.

(37) Giulietti 2015, 1 ss.; Andrijasevic 2016, 219 ss.

(38) Boeri, Brücker 2014, 1 ss.

mentre la prima iniziativa è ancora arenata nelle secche dei negoziati interni a Parlamento europeo e Consiglio (risentendo delle spaccature fra Est e Ovest) (39), la seconda si appresta a modificare le attuali disposizioni in materia di parità di trattamento del Regolamento n. 883/2004, rinviando espressamente alle limitazioni di cui alla Direttiva n. 2004/38 (40). Si prospetta in tal modo un consolidamento asettico dei principi affermati dalla Corte di Giustizia, in evidente sintonia con il processo di decostruzione dello statuto costituzionale della cittadinanza europea.

Il quadro di responsabilità condivise fra Stati e cittadini dell'Unione – che ha guidato le traiettorie di quel sofferto processo di costituzionalizzazione – subisce il ritorno di un nuovo sentimento nazionalista che non considera più la coesione sociale fra le sue priorità. La fine della libertà di movimento per i poveri implica la messa in discussione di conquiste di civiltà come la lotta alle fragilità e all'emarginazione dei deboli. L'Europa è davvero pronta ad accettare un simile regresso?

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2015), *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, 455 ss.
- Andrijasevic R., Sacchetto D. (2016), *From labour migration to labour mobility? The return of the multinational worker in Europe*, in *Transfer*, 219 ss.
- Aubin E. (2015), *L'arrêt Dano de la ME: quand sonne le glas de la citoyenneté sociale européenne?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 821 ss.
- Bartoloni M.E. (2015), *La libera circolazione dei cittadini europei economicamente inattivi tra principio di non discriminazione e tutela dei sistemi nazionali di welfare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 474 ss.
- Bartoloni M.E. (2016), *Lo status del cittadino dell'Unione in cerca di occupazione: un limbo normativo?*, in *European Papers*, 153 ss.
- Bellavista A. (2007), *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in Plaia A. (a cura di), *La competizione fra ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 73 ss.
- Boeri T. Brücker H. (2014), *A European mobility assistance scheme*, in *www.voxeu.org*, 1 ss.
- Borelli S. (2012), *La mobilità dei lavoratori subordinati cittadini dell'Unione europea*, in Calafà L. et al. (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali*, Esi, Napoli, 29 ss.

(39) Ferrera 2017.

(40) Caldarini 2016, 3 ss.

- Calafà L. (2013), *I confini sociali dell'immigration policy dell'Unione europea*, in *RGL*, I, 347 ss.
- Caldarini C. (2016), *The «Labour Mobility Package»: a european fraud against mobile workers and their Countries of origin?*, in *E-Journal of comparative Labour Studies*, 3 ss.
- Carabelli U. (2011), *Unione europea e libertà economiche «sociofaghe» (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in Foglia R., Cosio R. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 233 ss.
- Commissione Ue (2015), *Occupazione e sviluppi sociali in Europa*, Bruxelles, 33 ss.
- Davies P. (2004), *The high water point of free movement of persons: ending benefit tourism and rescuing welfare*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 211 ss.
- Deakin S. (2011), *La concorrenza fra ordinamenti in Europa dopo Laval*, in *LD*, 467 ss.
- Deakin S. (2016), *Brexit, labour rights and migration: why wisbech matters to Brussels*, in *German Law Journal, Brexit Supplement*, 13 ss.
- Dougan M. (2006), *The constitutional dimension to the case law on Union citizenship*, in *European Law Review*, 613 ss.
- Ferrera M. (2017), *Macron e l'Europa che protegge*, in *Corriere della sera*, 15 settembre.
- Galgoczi B., Leschke J. (2012), *EU labour migration during the crisis*, in *www.socialeurope.eu*, 1 ss.
- Garilli A. (2016), *Immigrati e diritti sociali: parità di trattamento e tutela multilivello*, in *DLM*, 13 ss.
- Giubboni S. (2015), *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in *RGL*, I, 811 ss.
- Giubboni S. (2016), *EU internal migration law and social assistance in times of crisis*, in *RDSS*, 247 ss.
- Giuletti C. (2014), *The welfare magnet hypothesis and the welfare take-up of migrants*, in *Iza-World of Labor*, 5 ss.
- Gottardi D. (2010), *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *LD*, 502 ss.
- Guazzarotti A. (2016), *Unione europea e conflitti tra solidarietà*, in *Costituzionalismi.it*, 1 ss.
- Guzi M., Kahanec M. (2015), *Socioeconomic cleavages between workers from new member States and host-country labour forces in the EU during the Great Recession*, in Bernaciak M. (a cura di), *Market Expansion and Social Dumping in Europe*, Abingdon-New York, 120 ss.
- Iliopoulou Penot A. (2016), *Deconstructing the former edifice of Union citizenship? The Alimanovic judgment*, in *Common Market Law Review*, 1007 ss.
- Nic Shuibhne N. (2015), *Limits rising, duties ascending: the changing legal shape of Union citizenship*, in *Common Market Law Review*, 889 ss.
- Orlandini G. (2013), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Orlandini G. (2017), *Libertà di stabilimento versus diritto al lavoro: ancora un bilanciamento «sbilanciato» tra libertà economiche e diritti dei lavoratori*, in *DLRI*, 203 ss.

- Prassl J. (2016), *Migrants, citizens, aliens? Free movement rights for the economically inactive after Brey and Dano*, in *RDSS*, 311 ss.
- Roccella M., Treu T. (2016), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- Thym D. (2015a), *The elusive limits of solidarity: Residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens*, in *Common Market Law Review*, 17 ss.
- Thym D. (2015b), *When union citizens turn into illegal migrants: the Dano Case*, in *European Law Journal*, 219 ss.
- Verschueren H. (2015), *Libera circolazione o turismo sociale: l'eccessivo onere nel caso Brey*, in *RGL*, I, 205 ss.

ABSTRACT

Il contributo analizza la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue sull'accesso dei cittadini europei alle prestazioni di assistenza sociale. I nuovi principi elaborati dalla Corte a partire dal caso Brey mettono in evidenza un significativo inasprimento dei limiti alla solidarietà transnazionale in caso di esercizio delle libertà di circolazione da parte dei migranti europei economicamente inattivi. L'Autore si sofferma sulle implicazioni di questa nuova stagione giurisprudenziale – mossa dai timori del cd. turismo sociale – interrogandosi sul valore attuale della cittadinanza europea e sulla futura tenuta del suo statuto costituzionale.

«AT THE BORDERS OF INTEGRATION»: EUROPEAN MIGRATIONS,
FREEDOM OF MOVEMENT AND SOCIAL RIGHTS OF CITIZENSHIP, TODAY

The paper analyzes the most recent case law of the European Court of Justice on European citizens' access to social assistance benefits. Starting from Brey case, the new principles drawn up by the EU Court point to a significant tightening of the limits on transnational solidarity in the event of the exercise of the freedom of movement by economically inactive European migrants. The Author focuses on the implications of this new jurisprudential season – moved by the fears of s.c. social tourism – questioning about the current value of the European citizenship and the future holding of its constitutional status.

PROBLEMI DI ATTUALITÀ

DIRITTI SOCIALI E PROCESSO

Lorenza Carlassare ()*

L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SOCIALI NELLA COSTITUZIONE (**)

SOMMARIO: 1. Diritti e garanzie. — 2. Le garanzie processuali. — 3. La questione di costituzionalità dell'art. 92 c.p.c.; l'insostituibile ruolo dei giudici. — 4. Le condizioni di fatto. I diritti sociali e la loro natura: il valore normativo vincolante dei principi costituzionali (artt. 36 e 38). — 5. I diritti fondamentali come «limite assoluto» alla discrezionalità del legislatore. Il vincolo delle «priorità» costituzionali. — 6. I rimedi processuali a garanzia dei diritti sociali. — 7. *Segue*: diritti e bilancio nella giurisprudenza costituzionale recente.

1. — *Diritti e garanzie* — Già alla fine dell'Ottocento, Dicey distingueva le Costituzioni continentali, più preoccupate di «proclamare» i diritti che di garantirli, dall'ordinamento britannico attento ad assicurare ai diritti strumenti di tutela efficaci (1). I Costituenti non volevano ripetere quell'antico errore.

Il rischio di esistere solo «sulla carta» è particolarmente forte per i diritti sociali nonostante occupino nel sistema costituzionale una posizione di primo piano. I diritti dell'uomo da inserire in Costituzione – chiarisce subito La Pira – sono certamente «quelli indicati nella Dichiarazione del 1789», ma non solo: vi sono anche i «diritti sociali e delle comunità attraverso le quali la persona si integra e si espande». È una visione nuova, che arricchisce la precedente e pone la basi di una società nella quale la «persona» è considerata nel concreto di una realtà segnata da profonde differenze di condizioni di vita, nella quale solo teoricamente tutti sono «eguali».

Nella Relazione del presidente della Commissione Meuccio Ruini al

(*) Professore emerito di Diritto costituzionale presso l'Università di Padova.

(**) I testi di questa sezione sono le relazioni e gli interventi svolti alla tavola rotonda in ricordo di Sergio Mattone dal titolo «La tutela effettiva dei diritti sociali nel giusto processo» organizzata dalla *Rivista giuridica del lavoro*, da Magistratura democratica e da Agi, Roma, 29.3.2017, Aula Magna della Corte di Cassazione.

(1) Nella prima edizione della sua famosa Introduzione, Dicey (1959, 198) denunciava l'insufficiente attenzione delle nostre Costituzioni «*to the absolute necessity for the provision of adequate remedies by which the rights they proclaimed might be enforced*».

progetto di Costituzione (presentata alla presidenza dell'Assemblea costituente il 6 febbraio 1947) si dice chiaramente che «La democrazia non è soltanto politica, ma economica e sociale. La Costituzione italiana ha due note fondamentali: lo sviluppo della personalità e la partecipazione di tutti i lavoratori alla gestione della società. Dalla prima deriva la liberazione dell'uomo dalla miseria una delle quattro libertà di Roosevelt. Da tutte due insieme l'esigenza di ordinamenti democratici anche nel campo dell'economia». Piena era la coscienza che l'affermazione dei diritti della persona, come garanzia di una sfera di libertà e di partecipazione politica, dovesse accompagnarsi a un intervento sulle *situazioni di fatto*, assicurando condizioni esistenziali dignitose *per tutti*. Nei dibattiti in Assemblea e nelle Commissioni è evidente il legame dei diritti civili e politici con i diritti sociali: presupposto indispensabile per il godimento effettivo dei primi.

Nella prospettiva realistica dei Costituenti la questione dell'effettività, dunque, è vista da un duplice profilo: non solo in relazione agli strumenti processuali offerti dall'ordinamento a garanzia dei diritti, ma anche in relazione alle condizioni di fatto indispensabili per il loro esercizio. Infatti — si disse —, «non si devono affermare dei diritti in maniera astratta, ma occorre indicare anche come si devono mettere in pratica» (2). Nel disegno costituzionale i due piani si integrano: da un lato, la necessità di rendere possibile *di fatto* l'esercizio dei diritti assicurando a tutti una vita dignitosa; dall'altro lato, la necessità di stabilire strumenti adeguati di garanzia giuridica *processuale*.

2. — *Le garanzie processuali* — Sul versante delle garanzie processuali, almeno in teoria, tutto sembra pacifico: che i diritti, se privi di rimedi adeguati, siano destinati a rimanere proclamazioni teoriche non è controverso. E dunque è incontroverso il diritto di ciascuno a farli valere in giudizio.

In diverse occasioni la Corte costituzionale lo ha ribadito: «Al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere» (sentenza n. 212 del 1997). E già in precedenza, dopo aver affermato che agire in giudizio per la difesa dei propri diritti «è un diritto, garantito dagli articoli 24 e 113 della Costituzione tra quelli inviolabili, riconosciuti dall'art. 2 della Costi-

(2) Così si esprime Teresa Noce: A.C., III Sottocommissione, seduta del 13.9.1946.

tuzione» (sentenza n. 98 del 1965), il giudice costituzionale riconosceva al diritto alla tutela giurisdizionale «dignità di principio supremo dell'ordinamento costituzionale» (sentenza n. 18 del 1982). La Corte – si legge nella sentenza –, annoverato il diritto alla tutela giurisdizionale fra quelli *inviolabili* dell'uomo, «non esita ora ad ascriverlo fra i *principi supremi* del nostro ordinamento costituzionale in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio».

Ogni ostacolo all'effettivo esercizio di questo fondamentale diritto è dunque sicuramente *incostituzionale*, tanto più se è un ostacolo di carattere *economico*.

3. — *La questione di costituzionalità dell'art. 92 c.p.c.; l'insostituibile ruolo dei giudici* — Non è dunque ammissibile che questioni legate alla capacità economica possano condizionare, limitare o impedire l'esercizio di questo fondamentale diritto; ogni ostacolo al suo effettivo esercizio è sicuramente *incostituzionale*: anche un ostacolo di carattere economico, come nel caso all'origine delle ordinanze di rimessione dell'art. 92 c.p.c., impugnato dal Tribunale di Reggio Emilia, Sezione lavoro, del 2.3.2017, in quanto «esercita di fatto una gravissima limitazione del diritto all'effettività dell'accesso alla giustizia in danno del lavoratore», e dal Tribunale di Torino, che denuncia la lesione «del *diritto di agire giudizialmente* (art. 24, c. 1, Cost.)», in quanto l'art. 92 «tende, in linea di fatto, a scoraggiare in modo indebito l'esercizio dei diritti in sede giudiziaria, divenendo così uno strumento deflattivo (e punitivo) incongruo, ad esempio nelle ipotesi in cui la condotta della parte (poi risultata soccombente) sia improntata a correttezza, prudenza, buona fede, difetto di informazioni, difficoltà di conoscenza dei fatti, erroneo affidamento su condotte altrui (anche pre-processuali della controparte) e quant'altro di simile e rilevante, e cioè a situazioni del tutto antitetiche rispetto a quelle ipotizzate dalla norma, correlate all'abuso del processo». Nell'ordinanza, il Tribunale di Torino denuncia anche la violazione «del *principio del giusto processo* (art. 111, c. 1, Cost.)» in quanto l'art. 92 «limita il potere-dovere del giudice di rendere giustizia, anche in ordine al regolamento delle spese di lite, in modo appropriato al caso concreto» (3).

Traggo spunto dall'importante questione relativa all'art. 92 c.p.c. per sottolineare il ruolo insostituibile dei giudici nell'attuazione della Costituzione. È la loro sensibilità costituzionale che consente l'intervento della Corte costituzionale e l'eliminazione di norme in contrasto con i principi. Grazie al

(3) Su questa ordinanza si vd. il commento di Costantino 2017, 167 ss.

meccanismo incidentale, attivando la Corte, sono i giudici a mettere in moto il procedimento per eliminare le norme illegittime che soffocano i diritti e a stimolare il giudice delle leggi affinché, attraverso gli strumenti di cui si è munito (sentenze additive, creative, interpretative, di principio), renda possibile l'attuazione di principi fondamentali che il legislatore ha disatteso. Una collaborazione feconda quella fra giudici e Corte, sottolineata in particolare da Alessandro Pizzorusso (4): un collega e amico che mi piace qui ricordare anche in considerazione dell'importanza che ha avuto per il suo lavoro scientifico il fatto di essere stato, da giovane, un magistrato.

4. — *Le condizioni di fatto. I diritti sociali e la loro natura: il valore normativo vincolante dei principi costituzionali (artt. 36 e 38)* — Il discorso sugli ostacoli economici che precludono ai lavoratori la difesa in giudizio dei loro diritti fa tornare in evidenza l'intreccio fra i diritti e le condizioni di fatto del loro esercizio. I Costituenti erano pienamente consapevoli – come dimostrano i dibattiti (5) – che, oltre a garantire le libertà tradizionali, e proprio per consentirne «a tutti» l'esercizio, fosse necessario assicurare «a tutti» condizioni minime di vita e sviluppo. Su queste premesse si arriva all'art. 3, comma 2, che impone alla Repubblica di colmare le differenze, rimuovendo gli ostacoli che impediscono di fatto il pieno sviluppo della persona e la partecipazione di tutti i lavoratori alla vita politica economica e sociale.

Fatto e diritto: una frattura che i Costituenti volevano, almeno in parte, appianare. Ma i diritti sociali sono veramente tutelati? Sono effettivi?

Questa domanda ne apre un'altra: i *diritti sociali*, quando lo Stato non fornisce le prestazioni costituzionalmente dovute, *hanno accesso al giudizio*? Come, per quali vie, si possono tutelare?

La risposta è legata a un'ulteriore questione: la natura dei diritti sociali. Che siano «veri» diritti, posti sullo stesso piano degli altri diritti affermati in Costituzione ed egualmente «esigibili» non dovrebbe essere dubbio, dopo le numerose pronunce in cui la Corte costituzionale li qualifica «fondamentali» (6).

(4) Pizzorusso 1981, 340 ss.

(5) Il dibattito che porterà alla formulazione dell'art. 38 parte dalla proposta dell'on. Togni «Ogni essere che [...] si trovi nell'impossibilità di lavorare ha diritto di ottenere dalla collettività mezzi adeguati di assistenza», riformulata poi da Lina Merlin: «Lo Stato ha il compito di assicurare a tutti i cittadini il minimo necessario all'esistenza, in particolare dovrà provvedere all'esistenza di chi sia disoccupato senza sua colpa o incapace di lavorare per età o invalidità». È interessante sottolineare che gli interventi di politici di varia estrazione dimostrano una sostanziale concordia: A.C., III Sottocommissione, sedute del 9, 10 e 11.9.1946.

(6) Su ciò vd., in particolare, Caretti 2012.

Tuttavia, non è del tutto scomparsa la tendenza, diffusa in passato, a negarne il valore e a considerarli diritti *condizionati*: condizionati all'esistenza di adeguate risorse. In questa prospettiva, i bisogni sociali, benché costituzionalizzati, potrebbero essere soddisfatti soltanto se e nella misura in cui sia possibile pagarli. È il vecchio discorso, fin troppo ripetuto, dei «diritti che costano»: semplicistico nella sua absolutezza, frutto di una visione ormai recessiva ma tutt'altro che scomparsa, anzi alimentata dalla gravità del problema delle risorse di cui non si può non tenere conto (7). Un problema al quale, di recente, con alcune decisioni del 2016 e del 2017, la Corte costituzionale ha fornito decise risposte ridisegnando in modo costituzionalmente corretto i rapporti fra diritti e bilancio (vd. *infra*, par. 7).

La tendenza a sminuire il valore dei diritti sociali, dubitando che di diritti veri e propri si tratti, è strettamente legata all'altra, dominante in passato, sul valore solo «programmatico» della Costituzione e dei suoi principi; ben presto superata riguardo alla Costituzione intera (8), quell'idea stenta invece a morire riguardo alle disposizioni sui diritti sociali cui si vorrebbe negare carattere normativo vincolante. Eppure, fin da anni lontani la Corte costituzionale è stata chiara nell'affermarne la precettività: nella sentenza n. 156/1971 attribuisce carattere «prioritario» all'interesse alla determinazione del salario in modo da soddisfare le esigenze minime di vita, considerando illegittimo «mantenere ferme a tempo indeterminato le clausole dei contratti recepiti, anche in presenza di circostanze sopravvenute che abbiano svuotato il valore protettivo» rendendo il trattamento salariale insufficiente, «in modo grave ed evidente, al minimo vitale». L'art. 36, c. 1, Cost. – si legge nella sentenza – «ha stabilito per la retribuzione sufficiente una disciplina particolareggiata che ne rende possibile una diretta tutela a opera del giudice, anche all'infuori di apposite leggi applicative». Un decennio dopo la sentenza n. 26/1980, mettendo insieme gli artt. 36 e 38, afferma l'esigenza di rispettare i criteri di proporzionalità e adegua-

(7) Per il dibattito sulla questione fino agli anni novanta sono utili gli Atti del Seminario organizzato dalla Corte costituzionale nel 1991 («Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione», Milano, 1993) dai quali si può constatare che, pur non ignorando il problema dei costi e delle risorse, alcuni punti fermi risultano sicuri: è considerato «innegabile» che la Corte possa e *debba* accertare l'eventuale illegittimità di una legge che porti alla negazione di diritti costituzionalmente garantiti anche se dall'annullamento «discendono oneri finanziari» (Vd. Onida); *doveroso* per lo Stato farsi custode dei valori costituzionali di fondo, in primo luogo dei diritti fondamentali «ivi compresi i diritti sociali» (M. Luciani).

(8) Sull'acceso dibattito fra giuristi mi sono soffermata in Carlassare 2006, 126 ss. Sulla questione delle norme precettive e programmatiche decisivo fu il contributo di vd. Crisafulli 1952, che affermò la «normatività» di tutta la Costituzione.

tezza per la retribuzione come per il trattamento di quiescenza, che, oltre a essere «proporzionato», «deve assicurare al lavoratore e alla sua famiglia mezzi adeguati alle loro esigenze di vita, per un'esistenza libera e dignitosa» (9), e più di recente la sentenza n. 33/2013 definisce il diritto alla pensione «bene giuridico costituzionalmente protetto».

5. — *I diritti fondamentali come «limite assoluto» alla discrezionalità del legislatore. Il vincolo delle «priorità» costituzionali* — La Costituzione, nonostante la crisi, non è cambiata. Le difficoltà economiche non ne cancellano norme, principi, valori. La crisi può avere come unica conseguenza quella di rendere più grave e rigoroso l'obbligo di un oculato impiego delle risorse e, dunque, l'obbligo di destinarle innanzitutto ai bisogni primari, alla realizzazione delle *priorità* costituzionali, lasciando ad altri obiettivi ciò che eventualmente rimane (10).

La discrezionalità del legislatore non è assoluta; la Corte lo ha ribadito anche di recente in diverse sentenze (in particolare nella n. 275/2016); e la ragionevolezza non ha da intendersi soltanto come «coerenza» a livello legislativo, ma in primo luogo come coerenza ai principi costituzionali. A questi si deve guardare per stabilire come allocare le risorse disponibili. Se i valori «primari» — come si legge nella sentenza n. 15/2013 — «non possono essere sacrificati ad altri interessi ancorché costituzionalmente tutelati», tanto meno si può ammettere che i valori primari possano essere sacrificati a interessi che *non* siano costituzionalmente tutelati.

È importante allora distinguere destinazioni di fondi costituzionalmente *doverose*, destinazioni *consentite*, e destinazioni addirittura *vietate* (11). Orientarsi non è difficile. La nostra Carta è chiara nell'indicare i valori che la ispirano e gli obiettivi da realizzare, e anche nel definirne l'ordine d'importanza. La giurisprudenza costituzionale stessa, nel tempo, ha indicato le *priorità* (12).

Esiste una straordinaria coerenza fra le norme costituzionali, ordinate tutte intorno a un valore centrale che ne illumina il senso: la persona e la sua dignità. Dalla persona e la sua dignità, fondamento indiscusso della costruzione costituzionale, già si ricavano indicazioni circa le linee politiche

(9) Sulla precettività dell'art. 36, la Corte si è espressa da tempo; interessante è, ad esempio, la sentenza n. 559/1987 sul diritto alle cure termali e le implicazioni sulla retribuzione: Giorgis 1999; Id. 2003, 11 ss.

(10) È un discorso che andiamo facendo da tempo e che sembra trovare finalmente un ingresso deciso nella giurisprudenza: vd. *infra*, par. 7.

(11) Rinvio a Carlassare 2013; Id. 2015.

(12) Per la giurisprudenza, vd. Carlassare 2015, par. 7 e note 49 ss.

da seguire. Linee che la Costituzione stessa si preoccupa di indicare, sia in una disposizione generale, l'art. 3, c. 2, collocato non a caso nei «Principi fondamentali», sia in varie disposizioni successive.

I rischi per la dignità si ripropongono in ogni situazione in cui la persona sia soggetta al potere altrui, in condizione di debolezza. In particolare è il caso dei lavoratori che, ricattati dalla minaccia di licenziamento, subiscono condizioni di lavoro inaccettabili, ed è soprattutto il caso di chi è senza lavoro, non lo trova, e *non riceve* ciò che gli è *dovuto* in base all'art. 38 Cost., che, ha detto la Corte, ha valore precettivo. Al centro del sistema è il lavoro, su cui la Repubblica si fonda (art. 1), definito all'art. 4 diritto *sociale*, dirà la Corte (sentenza n. 61/1965), attraverso il quale l'uomo sviluppa la sua personalità, ha e conserva la sua *dignità*.

Partendo proprio dal principio di tutela della dignità umana, oltre che dai principi dello Stato sociale, il *Bundesverfassungsgericht* (sentenza 9.2.2010) (13) ha affermato il diritto alla garanzia di un minimo vitale dignitoso: lo Stato deve assicurare a ogni persona bisognosa le condizioni indispensabili alla sua vita e a un minimo di partecipazione alla vita sociale, culturale e politica.

6. — *I rimedi processuali a garanzia dei diritti sociali* — Negli ultimi tempi, esigenze diverse, fortemente enfatizzate, sembrano sommergere i diritti, le attese sociali, la Costituzione intera, in particolare l'art. 4; questo non contiene un'inutile proclamazione, ma ha conseguenze giuridiche precise: impone alla Repubblica di promuovere le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro (sentenza n. 61/1965). Un diritto sociale che comporta per lo Stato l'obbligo di intervenire con una politica di sviluppo economico indirizzata a determinare «una situazione di fatto tale da aprire concretamente alla generalità dei cittadini la possibilità di procurarsi un posto di lavoro» (sentenza n. 105/1963). Neppure sul versante della conservazione del posto di lavoro l'art. 4 è del tutto privo di effetti: se il diritto al lavoro non è il diritto a ottenere un'occupazione «ciò non esclude che per i rapporti già costituiti s'imponga un'*adeguata protezione* del lavoratore nei confronti del datore di lavoro» (sentenza n. 45/1965). Parole che oggi suonano quasi irreali! Il contrasto fra Costituzione e realtà appare sempre più profondo in questo e in altri settori della nostra vita: scuola e sanità, ad esempio.

Ma forse la situazione non è irreversibile: se i giudici sottopongono al giudizio della Corte le leggi che violano i principi e se la Corte – come ha

(13) *BVerfGE* 125, 175.

ricominciato a fare – ne dichiara l'illegittimità, magistratura e Corte costituzionale insieme sono in grado di consentire che i diritti sociali trovino soddisfazione attraverso rimedi processuali, sconfessando l'idea, non ancora del tutto tramontata, che soddisfarli o meno dipenda esclusivamente dalla volontà del legislatore, e che, se il legislatore non li garantisce in maniera adeguata, non vi siano rimedi contro le scelte della politica, libera da ogni vincolo nella destinazione delle risorse. È la Costituzione intera, con il suo programma sociale, a negare cittadinanza a un simile pensiero.

La linea di politica economica è indicata dalla Costituzione, sono indicati gli obiettivi e non è rimesso alla libera scelta del legislatore sacrificare alcuni. Prima ancora delle disposizioni specifiche – in particolare gli artt. 36 e 38 – sta il valore su cui la Costituzione intera si regge, la *persona umana e la sua dignità*, punto d'incontro tra le diverse forze che le diedero vita; stanno i principi enunciati nei primi quattro articoli della Costituzione nei quali quel valore trova traduzione normativa *vincolante*. L'art. 2 – considerato «la chiave di volta dell'intero sistema costituzionale» (14), insieme all'art. 1 (principio democratico), all'art. 3 (principio di eguaglianza) e all'art. 4 (principio lavorista) – definisce le linee dell'ordinamento repubblicano. L'art. 2, in particolare, col principio di *solidarietà*, segna il passaggio dalle Costituzioni liberali alle Costituzioni del secondo dopoguerra, aperte al sociale, sottolinea Paolo Grossi (15). Si tratta in sostanza di un vero programma politico, tradotto in principio vincolante anche per il legislatore (16).

Da tempo, le sentenze costituzionali hanno precisato in modo corretto la direzione imposta dalla Costituzione sottolineando il legame stretto fra esercizio effettivo dei diritti civili e politici e realizzazione dei diritti sociali: non è di oggi l'affermazione dell'«interesse della collettività alla liberazione di ogni cittadino dal bisogno e alla garanzia di quelle minime condizioni economiche e sociali che consentono l'effettivo godimento dei diritti civili e politici» (sentenza n. 286/1987). Di oggi è sicuramente una ripresa forte e decisa di questa giurisprudenza.

7. — Segue: *diritti e bilancio nella giurisprudenza costituzionale recente* — «È la garanzia dei diritti incompressibili a incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione», si legge nella sentenza n. 275 del dicembre 2016, che, oltre a quest'affermazione forte,

(14) Crisafulli 1952

(15) Grossi 2017.

(16) Carlassare 2016, 46 ss.

contiene un espresso richiamo al «doveroso rispetto» delle priorità nella destinazione delle risorse.

I passaggi attraverso i quali la Corte costituzionale arriva alla decisione confermano la forza della Costituzione contro le opinioni deformanti che insinuano la «programmaticità» di alcune sue parti: a) i diritti sociali sono diritti fondamentali «incomprimibili»; b) l'art. 38 è norma vincolante per il legislatore; c) un diritto fondamentale costituisce un limite invalicabile per la discrezionalità del legislatore che è tenuto a renderlo effettivo.

La norma impugnata – si legge nella sentenza n. 275 –, rendendo «generico e indefinito il finanziamento destinato a servizi afferenti a diritti meritevoli di particolare tutela», rende «possibile che le risorse disponibili siano destinate a spese facoltative piuttosto che a garantire l'attuazione di tali diritti», all'effettivo godimento dei quali devono innanzitutto essere destinate. Sarà dunque consentito destinare risorse alle spese *facoltative* soltanto dopo questa «doverosa erogazione» (punto 8 del Considerato in diritto). Il legislatore, infatti – ribadisce la sentenza n. 10 del 2016 –, non ha in materia una libertà assoluta e incontrollabile, ma una discrezionalità che trova limiti e può essere valutata trattandosi di «scelte allocative di risorse suscettibili di sindacato» (17). «In definitiva, nella materia finanziaria non esiste un limite assoluto alla cognizione di giudice della costituzionalità delle leggi» (18). Su questa premessa – sentenza n. 279/2016 (punti 6.2 e 6.3) – viene censurata «la forte riduzione delle risorse destinate a funzioni esercitate [...] in settori di notevole rilevanza sociale», che «risulta manifestamente irragionevole proprio per l'assenza di proporzionate misure che ne possano in qualche modo giustificare il dimensionamento» (19), oltre che per l'ulteriore violazione dell'art. 3 Cost. «sotto il profilo del principio dell'*eguaglianza sostanziale* a causa dell'evidente pregiudizio al godimento dei diritti conseguente al mancato finanziamento dei relativi servizi»: un «profilo di garanzia» che «presenta un carattere fondante nella tavola dei valori costituzionali».

Invocare la limitatezza delle risorse disponibili o i vincoli che vengono dall'Europa per annullare i diritti è una giustificazione che non tiene; di fronte alle priorità costituzionali, la questione deve risolversi con una diversa – e costituzionalmente corretta – allocazione delle risorse.

(17) In quanto «rientranti nella tavola complessiva dei valori costituzionali la cui commisurazione reciproca e la cui ragionevole valutazione sono lasciate al prudente apprezzamento di questa Corte», si legge al punto 13, richiamando la sentenza n. 260 del 1990.

(18) Così si legge al punto 14, con un nuovo richiamo alla sentenza n. 260/1990.

(19) Che si richiama alla sentenza n. 188 del 2015.

Riferimenti bibliografici

- Caretti P. (2012), *Considerazioni conclusive*, Convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa «I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. il ruolo della giurisprudenza», Trapani, 8-9.6.2012, in www.gruppodipisa.it.
- Carlassare L. (2006), *Abrogazione o incostituzionalità? Le risposte della Corte*, in Pace A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 126 ss.
- Carlassare L. (2013), *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 1; ora in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, Milano, 2015.
- Carlassare L. (2015), *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 2; ora in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Esi, Napoli, 2016.
- Carlassare L. (2016), *Solidarietà: un progetto politico*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 1, 1 ss.
- Costantino G. (2017), *Sulla dichiarata non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c.*, in RGL, n. 1, II, 167 ss.
- Crisafulli V. (1952), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano.
- Dicey A.V. (1959), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London.
- Giorgis A. (1999), *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Napoli.
- Giorgis A. (2003), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all'eguaglianza distributiva*, in D'Aloia A. (a cura di), *Diritti e Costituzione*, Milano, 11 ss.
- Grossi P. (2017), *Dalle «Carte dei diritti» della modernità alle «Costituzioni» di un tempo postmoderna*, Scuola di cultura costituzionale dell'Università di Padova, 27 gennaio.
- Pizzorusso A. (1981), *Giurisdizione costituzionale e diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto processuale*, 340 ss.

ABSTRACT

L'Autore analizza il valore dei diritti sociali espressi nella Costituzione sotto un doppio profilo: da un lato, la necessità di rendere possibile di fatto l'esercizio dei diritti assicurando a tutti una vita dignitosa; dall'altro lato, la necessità di stabilire strumenti adeguati di garanzia giuridica processuale. Non è dunque ammissibile che questioni legate alla capacità economica possano condizionare questo fondamentale diritto, come nel caso all'origine delle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 92 c.p.c. D'altra parte, l'Autore evidenzia che: a) i diritti sociali sono diritti fondamentali «incomprimibili»; b) un diritto fondamentale costituisce un limite invalicabile per la discrezionalità del legislatore, che è tenuto a renderlo effettivo. Sarà dunque consentito destinare risorse alle spese facoltative soltanto dopo questa «doverosa erogazione». Invocare la limitatezza delle risorse disponibili o i vincoli che vengono dall'Europa per annullare i diritti sociali è una giustificazione che non tiene: di fronte alle priorità costituzionali, la questione deve risolversi con una diversa – e costituzionalmente corretta – allocazione delle risorse.

THE CONSTITUTIONAL EFFECTIVE SOCIAL RIGHTS

The Author analyzes the value of social rights expressed in the Constitution under a dual profile: on the one hand, the need to make the exercise of rights possible, ensuring a dignified life for all; on the other hand, the need to establish appropriate procedural guarantees. It is not admissible that issues related to economic strength can affect fundamental social right, as in the case of the referral orders to the Constitutional Court of Art. 92 of the Code of Civil Procedure. The Author points out that: a) social rights are fundamental «unalienable» rights; b) a fundamental right constitutes an insurmountable limit on the discretion of the legislature, which is required to render it effective. It will therefore be possible to allocate resources to optional expenses only after this «due provision». Invoking the limited resources available or the constraints that come from the European Union to abolish social rights is a justification that does not hold in the light of constitutional priorities. The issue has to be resolved with a different – and constitutionally correct – allocation of resources.

Giovanni Amoroso (*)

PROCESSO DI CASSAZIONE E RIFLESSI SULLA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELLA CORTE (**)

SOMMARIO: 1. La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione. — 2. Nomofilachia e soggezione del giudice solo alla legge (art. 101, c. 2, Cost.). — 3. Nomofilachia e principio di eguaglianza. — 4. Il principio attenuato dello *stare decisis*. — 5. La recente l. n. 197/2016 sull'efficienza della giustizia civile in Corte di Cassazione. — 6. La partecipazione delle parti al giudizio civile di cassazione. — 7. Il nuovo rito: adunanza camerale *versus* udienza pubblica.

1. — *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione* — Il giudizio civile di cassazione risulta profondamente modificato dagli interventi legislativi degli ultimi anni. Se si vuole fissare un arco temporale di questi più recenti interventi, questo può indicarsi nel periodo che va dalla l. n. 80 del 2005 alla l. n. 197 del 2016. In questo arco di tempo si collocano gli interventi legislativi che si muovono lungo una ben marcata direttrice che è quella del rafforzamento del ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione, non disgiunta da misure processuali dirette alla deflazione del contenzioso costituito dall'elevato numero di ricorsi civili per cassazione.

La funzione nomofilattica, coniugata a quella di assicurare l'esatta osservanza delle leggi nelle decisioni dei giudici, è la «missione» della Corte di Cassazione. A essa è assegnato il compito di operare un generalizzato sindacato di legittimità che, protratto nel tempo, realizza la nomofilachia e crea quell'inveramento della norma generale e astratta in principi di diritto espressi dalla giurisprudenza (i «precedenti»), i quali progressivamente si addensano in ragione della loro ripetuta affermazione fino a creare quella situazione che va sotto il nome di diritto vivente.

Questa funzione è elevata a garanzia costituzionale dal settimo comma

(*) Presidente della Sezione lavoro della Corte di Cassazione. Direttore dell'Ufficio del massimario.

(**) Il testo costituisce parte della più ampia relazione per la tavola rotonda in ricordo di Sergio Mattone dal titolo «La tutela effettiva dei diritti sociali nel giusto processo» organizzata dalla *Rivista giuridica del lavoro*, da Magistratura democratica e da Agi, Roma, 29.3.2017, Aula Magna della Corte di Cassazione.

dell'art. 111 Cost. che prevede che contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge.

2. — *Nomofilachia e soggezione del giudice solo alla legge (art. 101, c. 2, Cost.)* — Nel nostro ordinamento giuridico la tutela giurisdizionale, garantita come diritto fondamentale dall'art. 24 Cost., si fonda sul principio cardine, quale asse portante del sistema giudiziario, fissato nel secondo comma dell'art. 101 della Costituzione: i giudici sono soggetti soltanto alla legge. A essi – giudici ordinari e giudici speciali – spetta interpretare la legge, ma essi si rapportano direttamente alla legge senza la mediazione di un sistema gerarchizzato di produzione giurisprudenziale. Ciascun giudice decide la controversia sottoposta al suo esame applicando le norme di diritto, così come dallo stesso giudice rilevate e interpretate (*iura novit curia*), senza che possano assumere rilevanza ed efficacia vincolante precedenti decisioni di altri giudici.

La giurisprudenza comune, dei giudici ordinari e di quelli speciali, non tocca il sistema delle fonti normative; non crea norme di legge, ma dichiara «principi di diritto». La giurisprudenza non altera la norma interpretata; la lascia invariata, quindi suscettibile di una continua opera di interpretazione. Il «principio di diritto» non è la codificazione di una norma di dettaglio a corredo della norma interpretata, ma è la generalizzazione dell'interpretazione coniugata all'applicazione della norma a una fattispecie concreta. La regola di giudizio usata come criterio di decisione di una fattispecie concreta è sussunta come «principio di diritto» suscettibile di costituire la regola di giudizio per la decisione di altre fattispecie uguali o analoghe.

Gli effetti però sono pur sempre comparabili a quelli che discendono da modifiche normative. Del resto, i «principi di diritto», come le norme di legge, sono formulati in termini generali e astratti, e quindi sono parimenti idonei a regolare la fattispecie concreta. Non di meno i «principi di diritto» non sono norme di legge e non appartengono al sistema delle fonti. I «principi di diritto» sono esterni al sistema delle fonti del diritto e – si è già rilevato – non sono vincolanti stante l'inequivocabile precetto costituzionale recato dal citato art. 101, secondo comma, Cost.: i giudici sono soggetti soltanto alla legge; non c'è una gerarchia delle pronunce, le quali fanno tutte riferimento alla legge, e quindi sono equiordinate.

3. — *Nomofilachia e principio di eguaglianza* — A fronte della non vincolatività dei principi di diritto, che discende dalla citata norma costitu-

zionale, si pone – in bilanciamento ma non in contrapposizione – un'altra esigenza che pure ha rilievo costituzionale: quella della certezza del diritto quale proiezione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3, primo comma, Cost., che vuole tutti i cittadini «uguali davanti alla legge».

I principi di diritto, pur formalmente esterni al sistema normativo non appartenendo alle fonti del diritto, tuttavia sono in concreto idonei a completare la fattispecie normativa, a disegnarne meglio i contorni, e talvolta – come nel caso delle cd. clausole generali – a riempirla di contenuto.

La «legge» davanti alla quale i cittadini sono eguali si atteggia quindi come un plesso di norme di legge e di principi di diritto: le une e gli altri sono idonei a fornire al giudice la regola di giudizio per decidere il caso portato alla sua cognizione.

Un'accentuata mutevolezza o relativizzazione dei principi di diritto, seppur rispettosa del principio di cui all'art. 101, secondo comma, Cost., indurrebbe in sofferenza il principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.), con il quale mal si concilia l'evenienza che due fattispecie analoghe siano decise in termini diversi.

Pur in un sistema in cui non opera il canone dello *stare decisis*, non di meno la circostanza che un principio di diritto risulti nel tempo fissato in una massima di diritto vivente non è senza effetti.

Un indirizzo costante e ripetuto negli anni comporta la formazione di una situazione qualificata come di «diritto vivente», che esprime la norma di legge contestualizzata dai principi di diritto che a essa afferiscono; situazione, questa, che crea affidamento nella stabilità del quadro normativo e nella certezza dei rapporti giuridici.

Sul piano generale dei principi regolatori dell'ordinamento, la tendenziale fedeltà ai precedenti giurisprudenziali, che per la loro costante riaffermazione formano il «diritto vivente», rappresenta una proiezione del principio di eguaglianza e di certezza dei rapporti giuridici. Al contrario, la mutevolezza e imprevedibilità della giurisprudenza creano situazioni di diseguaglianza e ingenerano incertezza nei rapporti giuridici.

Nel nostro ordinamento giuridico, caratterizzato dalla complessità dell'insieme delle norme che lo compongono, l'attività interpretativa della giurisprudenza svolge una funzione di completamento delle norme stesse che, pur nella dialettica delle possibili diverse soluzioni interpretative, confluisce alla fine a realizzare ciò che l'art. 65, ord. giud. cit., definisce come «uniforme interpretazione della legge» e «unità del diritto oggettivo nazionale», ossia la nomofilachia. Tale è il diritto vivente, ossia la giurisprudenza comune, dei giudici ordinari e dei giudici speciali, che dà

vita a principi di diritto regolatori di rapporti giuridici; categoria, questa, che è da tempo ben nota sul piano del giudizio di costituzionalità.

A ciò è deputata in particolare la Corte di Cassazione, che, da un lato, nel curare l'«esatta osservanza» della legge e nello svolgere quindi il sindacato di legittimità, opera sulla fattispecie concreta, a iniziativa delle parti, e decide la causa (*ius litigatoris*); dall'altro lato, proprio mentre cura l'osservanza della legge nei singoli casi concreti, può contestualmente produrre principi di diritto per la fattispecie astratta al fine di assicurare «l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto nazionale», così assolvendo alla funzione di nomofilachia (*ius constitutionis*).

Un rafforzamento di questa funzione nomofilattica, sul piano dei principi costituzionali, da una parte rappresenta una più piena realizzazione del principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.) e, d'altra parte, indirettamente favorisce anche la ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) perché è proprio la certezza del diritto e l'affidamento sulla tendenziale stabilità dei principi di diritto a rappresentare un forte argine deflattivo del contenzioso.

In sintesi, il principio che il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, c. 2, Cost.) è necessariamente bilanciato dal principio di eguaglianza, che vuole tutti uguali davanti alla legge (art. 3, primo comma, Cost.), coniugato con il principio dell'«unità del diritto oggettivo nazionale» (art. 65 ord. giud.) espresso dalla nomofilachia della giurisprudenza, che, nell'ambito segnato dalla rispettiva competenza giurisdizionale, esercita il sindacato di legittimità: tale è quella della Corte di Cassazione in ragione del generale sindacato di legittimità sulle pronunce di tutti i giudici, ordinari e speciali, con la limitazione dell'ottavo comma dell'art. 111 Cost., per le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, e del terzo comma dell'art. 137 Cost. per le decisioni della Corte costituzionale; ma tali sono anche quella Consiglio di Stato per il sindacato di legittimità sulle pronunce dei giudici amministrativi e quella della Corte dei conti per il sindacato di legittimità sulle pronunce dei giudici contabili.

Quindi – in disparte il sindacato sulla giurisdizione è accentrato soltanto nella Corte di Cassazione (art. 111, ottavo comma, Cost.) – vi sono, come espressione del sindacato di legittimità, una nomofilachia generale (della Corte di Cassazione) e due nomofilachie speciali (del Consiglio di Stato e della Corte dei conti).

4. — *Il principio attenuato dello stare decisis* — Il bilanciamento tra questi due, sopra richiamati, canoni costituzionali – la soggezione del giudice solo alla legge e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge – costi-

tuisce un fattore comune alle tre nomofilachie di cui si diceva e trova oggi un preciso riferimento normativo in tre disposizioni processuali simmetriche (art. 374 c.p.c., art. 99 cod. proc. amm. e art. 117 cod. giust. cont.) che favoriscono l'«uniforme interpretazione della legge»; una sorta di principio attenuato di *stare decisis* perché non predica la vincolatività del precedente, come nei sistemi anglosassoni di *common law*, ma mira a rafforzare la uniformità della giurisprudenza e a tutelare l'affidamento nella stabilità dei principi di diritto.

In un più ampio quadro di rafforzamento della funzione nomofilattica della giurisprudenza, la normativa processuale più recente – segnatamente quella del giudizio civile di cassazione – ha messo in campo strumenti diretti appunto a rafforzare l'«uniforme interpretazione della legge». Strumenti analoghi ritroviamo nel giudizio amministrativo e anche nel giudizio contabile.

Se si vuole fissare un punto di partenza dell'evoluzione del sistema processuale verso un (seppur limitato) principio di *stare decisis* occorre considerare l'art. 1, c. 2, della l. 14.5.2005, n. 80. Il legislatore, nel delegare il Governo ad adottare un decreto legislativo recante modificazioni al codice di procedura civile, ha previsto – espressamente e per la prima volta – come principio e criterio direttivo, quello di disciplinare il processo di cassazione «in funzione nomofilattica»; tale è stata la riforma recata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Parimenti la delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo ha fatto riferimento alla «giurisprudenza [...] delle giurisdizioni superiori» come espressione di principi generali concorrenti con i criteri direttivi della delega (art. 44, legge n. 69 del 2009). Ancora più recentemente la delega per il riordino della procedura dei giudizi innanzi la Corte dei conti ha espressamente previsto i «principi della nomofilachia e della certezza del diritto» (art. 20, l. n. 124/2015).

5. — *La recente l. n. 197/2016 sull'efficienza della giustizia civile in Corte di Cassazione* — La recente riforma di cui alla l. n. 197/2016 (di conversione del d.l. n. 168/2016 sull'efficienza della giustizia civile in Corte di Cassazione) – che novella nove articoli del codice di rito (artt. 375, 376, c. 1, 377, 379, 380-*bis*, 380-*ter*, 390, 391, 391-*bis*) e ne aggiunge uno di nuovo conio (380-*bis*.1) – introduce per la prima volta dal codice di procedura civile del 1940 il rito camerale non partecipato come regola generale di trattazione del ricorso civile di cassazione capovolgendo il canone regola/eccezione.

Finora la regola era l'udienza pubblica e l'eccezione la adunanza in camera di consiglio; ora – ossia per i «nuovi» ricorsi, quelli depositati dopo

l'entrata in vigore della legge, e per quelli pendenti ma non ancora fissati in udienza o in camera di consiglio – la regola diventa la adunanza di camera di consiglio e l'eccezione l'udienza pubblica.

La norma chiave è il nuovo secondo comma dell'art. 375 c.p.c., che ora prevede che «la Corte a Sezione semplice pronuncia con ordinanza in camera di consiglio in ogni altro caso, salvo che la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla particolare rilevanza della questione di diritto sulla quale deve pronunciare». Quindi, oltre i casi di cui al primo comma della stessa disposizione, che parimenti prevedono il rito camerale per la Corte sia a Sezioni Unite, che a Sezione semplice quando la Corte deve dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale, e di quello incidentale eventualmente proposto, anche per mancanza dei motivi previsti dall'art. 360, ovvero accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza, e in disparte i casi di regolamenti di competenza o di giurisdizione (per i quali è previsto solo il rito camerale) la regola diventa la trattazione del ricorso in adunanza camerale, mentre l'eccezione dell'udienza pubblica è riservata all'ipotesi in cui «la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla particolare rilevanza della questione di diritto sulla quale deve pronunciare»).

La stessa disposizione (art. 375) prevedeva originariamente, nel codice del 1940, la decisione in camera di consiglio, con ordinanza, quando riconosceva, su richiesta del Pubblico Ministero o d'ufficio, di dover dichiararsi l'inammissibilità del ricorso principale o incidentale, o pronunciare il rigetto di entrambi per mancanza dei motivi previsti dall'art. 360.

La riforma del 1990 (l. 26.9.1990, n. 353, art. 64), che novellò l'art. 375 lasciando però inalterata la sua struttura di fondo, e quella del 2001 (l. 24.3.2001, n. 89, art. 1), che, riformulando interamente la norma, aggiunse, al secondo comma, l'ipotesi della manifesta infondatezza e della manifesta fondatezza del ricorso, in realtà non mutarono granché la situazione. Rimaneva la regola, corrispondente alla prassi largamente prevalente, della trattazione del ricorso in udienza pubblica.

È la riforma processuale del 2006 (d.lgs. 2.2.2006, n. 40) che non solo amplia ulteriormente le ipotesi di decisione in camera di consiglio (in ogni caso con ordinanza) introducendo l'ipotesi del ricorso privo del requisito dell'art. 366-*bis* c.p.c. (che prescriveva la formulazione di un quesito di diritto), su cui si appuntavano molte speranze (mal riposte) di deflazione del contenzioso di cassazione, ma anche disciplina più in dettaglio il rito con una disposizione *ad hoc*, l'art. 380-*bis* c.p.c. prevedendo in particolare un fase procedimentale anticipatoria dell'adunanza camerale con la stesura, a

opera del consigliere assegnatario del ricorso, di una relazione destinata a essere comunicata alle parti e al Pubblico Ministero. La riforma del 2006 è completata con quella del 2009 (l. 19.6.2009, n. 69), che, oltre alla precipitosa abrogazione dell'art. 366, ha creato l'«apposita Sezione» (art. 376 c.p.c.) deputata alla trattazione dei ricorsi con rito camerale nei casi di cui al novellato art. 375.

Il nuovo secondo comma dell'art. 375 capovolge il canone regola/eccezione: la regola sarà la trattazione del ricorso in adunanza di camera di consiglio, sia nell'apposita Sezione sia nelle Sezioni semplici; l'eccezione (quando il ricorso presenta una questione di diritto di particolare rilevanza) sarà l'udienza pubblica. Quindi è presumibile che il rapporto suddetto si invertirà: molte più ordinanze pronunciate all'adunanza camerale e decisamente meno sentenze pronunciate all'udienza pubblica.

6. — *La partecipazione delle parti al giudizio civile di cassazione* — Il radicale cambiamento nel giudizio civile di cassazione non è solo – e non è tanto – nel rapporto tra udienza pubblica, che diventa recessiva, e adunanza camerale, che si presenta ora come rito ordinario, ma anche – e soprattutto – nella partecipazione delle parti all'una e all'altra.

L'originario art. 375, disegnato sul modello del procedimento camerale penale dell'art. 531 del c.p.p. del 1930, non prevedeva la partecipazione delle parti all'udienza camerale, ma solo una interlocuzione cartolare. Il Pubblico Ministero depositava conclusioni scritte che erano notificate alle parti almeno venti giorni prima dell'adunanza della Corte e le parti, a loro volta, avevano facoltà di presentare memorie entro il termine di cui all'art. 378 (cinque giorni). È la riformulazione dell'art. 375 del 2001 (l. n. 89/2001, cit.) che introduce anche la facoltà degli avvocati delle parti di essere sentiti, se compaiono all'adunanza camerale. Quando si allarga la possibilità di trattare il ricorso con il rito camerale anche alle ipotesi della manifesta infondatezza e della manifesta fondatezza, così ampliando considerevolmente l'area del rito camerale (anche se all'inizio ciò ha avuto scarsa applicazione), si bilancia ciò con la possibilità per gli avvocati delle parti di intervenire all'adunanza camerale.

Questa facoltà è confermata dalle riforme del 2006 e del 2009 sicché fino a prima della l. n. 197 del 2016, ossia fino a quando l'udienza pubblica è stata la regola e l'adunanza camerale ha costituito l'eccezione, il contatto diretto delle parti con la Corte è stato garantito in entrambi i riti: all'udienza pubblica i difensori delle parti hanno potuto svolgere le loro difese; all'adunanza camerale hanno potuto essere sentiti con un'interlocuzione orale nel processo che era sostanzialmente assimilabile alla difesa in udienza

pubblica. È stata semmai la prassi che ha disegnato il rito camerale in termini di maggiore celerità perché il consigliere relatore non faceva la relazione e le parti presenti nelle camere di consiglio di norma si limitavano a riportarsi alle difese scritte. Ma non sempre è stato così: nulla escludeva che il difensore, sentito in camera di consiglio, si diffondesse in una discussione orale più diffusa e che impegnava più tempo.

Il tratto comune era la partecipazione possibile delle parti sia all'udienza pubblica che all'adunanza camerale; mentre nel giudizio penale di cassazione il rito camerale può essere, secondo i casi, sia partecipato che non partecipato.

Da questa regola generalizzata di partecipazione diretta si passa a un canone regola/eccezione dipendente dal rito. La regola generale dell'adunanza camerale del nuovo secondo comma dell'art. 375, integrato dall'art. 380-*bis*.1, introdotto dalla l. n. 197/2016, non vede più la partecipazione delle parti che non sono sentite all'adunanza camerale, ma possono interloquire nel processo solo con una memoria da presentarsi non oltre dieci giorni prima dell'adunanza in camera di consiglio. È invece l'eccezione dell'udienza pubblica che prevede la partecipazione delle parti che possono discutere la causa esponendo le loro difese. Inoltre, nel nuovo art. 380-*bis* non c'è più la facoltà per gli avvocati delle parti di essere sentiti all'adunanza camerale.

7. — *Il nuovo rito: adunanza camerale versus udienza pubblica* — Un'importante innovazione, che connota questa scelta del rito «ordinario» del giudizio civile di cassazione, riguarda l'esternalizzazione dello snodo «camera di consiglio/udienza pubblica».

Fino a prima della l. n. 197/2016, questo snodo era centrato sull'attività dell'apposita Sezione che operava, come filtro, distinguendo tra ricorsi che si presentavano come inammissibili o manifestamente infondati o manifestamente fondati e ricorsi ordinari. Questa valutazione, a seguito della quale il ricorso poteva essere avviato alla trattazione in adunanza di camera di consiglio nell'apposita Sezione, non rimaneva un atto interno senza rilevanza esterna, ma si traduceva in una relazione del consigliere assegnatario del ricorso che era comunicata alle parti. Quindi l'accesso alla camera di consiglio, con insita una prognosi di esito del ricorso, era in questa parte proceduralizzato. Le parti, alle quali la relazione recante, ancorché sinteticamente, le ragioni della possibile inammissibilità, manifesta infondatezza o manifesta fondatezza, avevano la possibilità di interloquire depositando una memoria per contrastare questa prognosi sfavorevole ovvero per aderire alla prognosi di manifesta fondatezza.

La relazione *ex art. 380-bis* consentiva un indirizzamento del ricorso verso l'adunanza camerale maggiormente univoco, sicché la parte alla quale la relazione era notificata poteva interloquire con la memoria entro venti giorni prima della data stabilita per l'adunanza camerale. Nel regime precedente all'*art. 380-bis*, prima dell'istituzione dell'apposita Sezione dell'*art. 376*, quando è stata creata, con un provvedimento organizzativo interno, un'apposita struttura per valorizzare l'adunanza camerale del (fino ad allora negletto) *art. 375* vigente all'epoca, l'esternalizzazione delle ragioni dell'avviamento del ricorso all'adunanza camerale potevano desumersi solo dalle conclusioni scritte del Pubblico Ministero notificate alle parti almeno venti giorni prima dell'adunanza camerale con facoltà per queste ultime di depositare memorie nel termine dell'*art. 378* (cinque giorni).

La riforma ultima (l. n. 197/2016) sopprime la relazione e quindi non c'è più un atto proprio del consigliere assegnatario del ricorso che espone le ragioni che lo inducono a ritenere sussistenti i presupposti per la trattazione del ricorso in adunanza camerale da parte di un collegio dell'apposita Sezione piuttosto che in udienza pubblica da parte di un collegio della Sezione semplice.

Però la scelta non rimane una valutazione esclusivamente interna perché è previsto che il consigliere assegnatario del ricorso faccia non più la relazione destinata alle parti, ma una proposta destinata al presidente dell'apposita Sezione (o a un suo delegato), che fissa con decreto l'adunanza della Corte indicando se è stata ravvisata una ipotesi di inammissibilità, di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza del ricorso; decreto che è notificato alle parti. Il decreto è notificato agli avvocati delle parti, i quali hanno facoltà di presentare memorie non oltre cinque giorni prima.

Quindi si passa dalla relazione del consigliere assegnatario del ricorso – relazione che conteneva la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia – alla (mera) indicazione contenuta nel decreto presidenziale; indicazione che, seppur molto sintetica, ha un contenuto minimale esplicativo della ragione della scelta del rito secondo quanto previsto, in chiave di *best practice*, dal Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocatura Generale dello Stato del 15.12.2016.

Ove invece la scelta tra adunanza camerale e udienza pubblica avvenga non già in sede di vaglio del ricorso nell'apposita Sezione – secondo che ci siano, o no, i presupposti del primo comma dell'*art. 375* –, ma nella Sezione semplice – secondo che ci siano, o no, i presupposti del secondo comma dell'*art. 375* –, le ragioni della fissazione dell'adunanza camerale in luogo dell'udienza pubblica non sono esternate in modo esplicito: l'*art.*

380-*bis*.1, infatti, si limita a prevedere che della fissazione del ricorso in adunanza di camera di consiglio dinanzi alla Sezione semplice ai sensi dell'art. 375, secondo comma, è data comunicazione agli avvocati delle parti e al Pubblico Ministero almeno quaranta giorni prima.

Quindi, in sintesi (1): a) si capovolge il canone udienza pubblica/adunanza camerale nel senso che quest'ultima diventa la regola e la prima recede a eccezione; b) il contatto diretto degli avvocati delle parti con la Corte diventa l'eccezione (in sede di discussione in udienza pubblica *ex art.* 379, comma 2) perché la regola dell'adunanza camerale è nella forma non partecipata non avendo essi la facoltà di essere sentiti; c) le ragioni della fissazione dell'adunanza camerale, se fatta dal presidente dell'apposita Sezione, sono meramente indicate nel decreto di fissazione con riferimento alternativo alla inammissibilità del ricorso o alla manifesta infondatezza/fondatezza del ricorso; se la fissazione è fatta dal presidente della Sezione semplice, le parti possono induttivamente dedurre che il ricorso non presenta questioni di diritto di particolare rilevanza sì da rendere opportuna la trattazione in pubblica udienza.

Riferimenti bibliografici

Amoroso G. (2017), *La cameralizzazione non partecipata del giudizio civile di cassazione: compatibilità costituzionale e conformità alla Cedu*, in *FI*, V, 35.

ABSTRACT

L'Autore analizza le modifiche introdotte nel giudizio civile di Cassazione dagli interventi legislativi degli ultimi anni, accomunati dagli obiettivi del rafforzamento del ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione e della deflazione del contenzioso. Le riforme intervenute dal 2005 in poi vengono esaminate in relazione ai canoni costituzionali della soggezione del giudice solo alla legge e dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, con particolare attenzione agli interventi relativi al principio attenuato dello stare decisis, della partecipazione delle parti e alla legge n. 197/2016 concernente l'efficienza della giustizia civile in Corte di Cassazione.

(1) Per i profili di compatibilità costituzionale della nuova disciplina sia consentito rinviare ad Amoroso 2017, 35.

CASSATION TRIAL AND EFFECTS ON THE FUNCTION OF THE COURT

The Author analyzes the changes introduced in the Civil Judgment of the Court of Cassation by recent legislation, that have in common the objectives of strengthening the nomophylactic role of the Court and the «deflation» of litigation. Reforms that have taken place since 2005 are examined in connection to the constitutional principles of the Judge's subjection to the law, the equality of citizens in the face of the law, with particular attention to the measures concerning the mitigated principle of stare decisis, the participation of the parties and Law no. 197/2016 on the efficiency of civil justice at level of the Court of Cassation.

Aldo Bottini (*)

I PERCORSI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE IN MATERIA DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Le Adr in materia di lavoro. — 2. Definizione conciliativa e ruolo degli avvocati. — 3. La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro. — 4. Considerazioni conclusive.

1. — *Le Adr in materia di lavoro* — Gli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione (Adr) hanno da tempo assunto crescente importanza nel diritto dell'Unione europea e in quello nazionale.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, all'art. 81, prevede, tra le misure che il Parlamento europeo e il Consiglio possono adottare per il buon funzionamento del mercato interno, «lo sviluppo di metodi alternativi per la soluzione delle controversie».

La Direttiva n. 2008/52/Ce sulla mediazione civile e commerciale, ha posto all'attenzione degli Stati membri l'importanza di disciplinare all'interno dei propri ordinamenti tipologie di strumenti alternativi al processo per la risoluzione delle controversie. Del resto, anche autorevoli istituzioni economiche internazionali non si stancano di sottolineare l'importanza di strumenti alternativi alla giurisdizione, al fine di deflazionare, e quindi rendere più efficiente, la macchina della giustizia statale. L'Oecd (*Organisation for Economic Co-operation and Development*), che nel 2013 ha pubblicato una nota dal titolo *Giustizia civile: come promuoverne l'efficienza?*, a seguito di una analisi comparata dei sistemi di giustizia civile di numerosi paesi, ha segnalato l'importanza della promozione di rimedi utili a una maggiore efficacia dei sistemi di giustizia ordinaria, nonché dell'introduzione di incentivi per il ricorso alle Adr (quali, ad esempio, i costi di accesso al sistema e le regole di ripartizione delle spese tra le parti coinvolte), intesi come strumenti per agevolare l'accesso alla giustizia e a filtrare i procedimenti promossi innanzi alla magistratura ordinaria. Su tale linea sedimentatasi a livello comunitario si è mossa anche l'Italia, che ha at-

(*) Avvocato in Milano; Presidente Agi – Avvocati giuslavoristi italiani.

tuato la Direttiva n. 2008/52/Ce sulla mediazione obbligatoria con il d.lgs. n. 28/2010, cui hanno fatto seguito le note vicende (sentenza della Corte costituzionale e successivo «decreto del fare» del governo Letta) (1). Nella Legislatura in corso, il tema è stato ripreso con decisione (sottolineata dal ricorso alla decretazione d'urgenza) nel d.l. 12.9.2014, n. 132, conv. dalla l. 10.11.2014, n. 162, che ha coniato il termine «degiurisdizionalizzazione»: un insieme di misure espressamente finalizzate, anche nel titolo del provvedimento, alla definizione dell'arretrato in materia di processo civile. Le misure introdotte dal provvedimento sono essenzialmente due: l'arbitrato in corso di causa e la negoziazione assistita (2). Quest'ultimo istituto costituisce la novità più interessante, soprattutto perché esalta il ruolo centrale dell'Avvocatura nella soluzione alternativa alle controversie. E l'Avvocatura ha dimostrato di aver colto e apprezzato la valorizzazione del suo ruolo nelle Adr, superando tradizionali diffidenze. Non è un caso che il XXXIII Congresso nazionale forense, tenutosi a Rimini nell'ottobre 2016, avesse come titolo «Giustizia senza processo? La funzione dell'Avvocatura». Nel testo originario del d.l. n. 132/2014, lo strumento della negoziazione assistita era esteso anche alle controversie di lavoro, e l'accordo risultante dalla procedura di negoziazione assistita era, conseguentemente, sottratto all'impugnazione *ex art.* 2113 c.c., venendosi così a costituire una nuova «sede protetta» di conciliazione delle controversie di lavoro, destinata ad affiancarsi a quelle già previste (sede giudiziale, amministrativa, sindacale, arbitrale e di certificazione). In sede di conversione la norma è stata modificata e le controversie di lavoro sono state escluse dalla possibilità di fare ricorso alla negoziazione assistita, cedendo alle pressioni delle associazioni sindacali dei lavoratori e di quelle datoriali, evidentemente preoccupate di vedere intaccate le proprie prerogative in materia di procedure conciliative. Ma su questo torneremo, non prima di aver svolto alcune più generali considerazioni sugli strumenti conciliativi e arbitrali in materia di lavoro.

2. — *Definizione conciliativa e ruolo degli avvocati* — Le controversie di lavoro, sotto il profilo dei percorsi di definizione alternativa alla giurisdizione, si caratterizzano, non da oggi, per un alto tasso di conciliazione (prima e durante il giudizio) e per un bassissimo (o pressoché nullo) utilizzo dello strumento arbitrale, se si esclude il limitato caso dei collegi arbitrali *ex art.* 7 St. lav. per le sanzioni disciplinari.

(1) Ministero della Giustizia 2017, 6 ss.

(2) Maggio 2017.

Vale la pena di chiedersi la ragione di ciò, perché dalla risposta a questa domanda possono dipendere gli orientamenti futuri. Perché, dunque, tante conciliazioni? Gli strumenti e le procedure conciliative sono numerosi, e nel corso degli ultimi anni sono stati moltiplicati e modificati con una certa frequenza.

Nel 1998 è stato introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione (avanti la Dtl, in sede sindacale, o presso una commissione di certificazione solo per i contratti certificati) a pena di improcedibilità. Nel 2010 il «Collegato lavoro» (l. n. 183/2010), che ha riformato gli istituti conciliativi e arbitrali, è intervenuto in materia di conciliazione, abolendo l'obbligatorietà del tentativo e ampliando nel contempo le sedi nelle quali poter raggiungere validi e definitivi accordi conciliativi stragiudiziali. Alle tradizionali sedi amministrative costituite dalle commissioni conciliative presso le Dtl (art. 410 c.p.c.), e da quelle previste dai contratti e accordi sindacali (art. 411 c.p.c.), sono state affiancate le commissioni di certificazione *ex art.* 76 del d.lgs. n. 276/2003, con competenza non più limitata ai soli contratti dalle stesse certificati, e i collegi di conciliazione e arbitrato previsti dall'art. 412-*quater* c.p.c.; a esse si è aggiunto, in seguito, il procedimento di conciliazione monocratica in sede ispettiva.

Ma non è la molteplicità di sedi la ragione per cui buona parte delle controversie di lavoro ha esito conciliativo, come dimostra il fatto che alcuni di questi strumenti conciliativi sono inutilizzati.

Certamente la materia del lavoro si presta, più di altre, a essere affrontata in un'ottica conciliativa: la negoziazione tra le parti, infatti, fa parte del Dna del diritto del lavoro a tutti i livelli, individuale e collettivo. Tuttavia, due sono, a mio avviso, le principali ragioni della diffusa tendenza alla definizione conciliativa delle controversie di lavoro (3). La prima è la specializzazione dei protagonisti tecnici (giudici e avvocati) delle controversie riguardanti la materia lavoristica; la seconda ragione risiede invece nell'esistenza di un processo tutto sommato efficiente, che garantisce il raggiungimento di una rapida soluzione della controversia (4). L'efficienza del processo come incentivo alla conciliazione potrebbe sembrare un paradosso o una contraddizione: si potrebbe pensare, infatti, che le parti sono maggiormente propense alla conciliazione perché il processo non funziona, invece è il contrario. È del resto intuitivo che un processo che funziona scoraggia posizioni attendiste o dilatorie, incentivando le parti a trovare una soluzione prima e al di fuori di esso. Peraltro, la conclusione è confortata da un

(3) *Ivi.*

(4) Ansaldo 2015.

dato empirico: dove il processo funziona meglio si concilia di più, in *limine litis* (tentativo obbligatorio alla prima udienza), ma anche prima.

E perché il processo del lavoro funziona, sia pur non ovunque e non in modo omogeneo?

La ragione sta nel fatto che si svolge avanti giudici specializzati, è un processo orale, fondato sull'immediata *disclosure* di fatti, documenti e prove, partecipato dalle parti sostanziali, e veloce.

Se questo è vero, investire sul processo aiuta la composizione, anche stragiudiziale e bonaria, delle controversie. Non servono nuove norme o riti speciali o alternativi, che ove adottati hanno creato più problemi di quanti si proponessero di risolvere (si veda il pessimo risultato del rito Fornero sui licenziamenti, che grazie all'azione comune di Agi e Anm si avvia a essere abrogato); servono risorse, certo, ma soprattutto organizzazione e managerialità nella gestione degli uffici.

La specializzazione dei protagonisti tecnici delle controversie resta fondamentale: chi conosce bene la materia trova più facilmente una soluzione transattiva. Per quel che riguarda gli avvocati, il completamento del percorso di riconoscimento della specializzazione forense può quindi essere un fattore che spinge la definizione stragiudiziale delle controversie.

E questo ci riporta al ruolo degli avvocati nelle Adr, giustamente valorizzato, in via generale, nei più recenti interventi legislativi, specie con l'introduzione dell'istituto della negoziazione assistita. Valorizzazione che muove da un evidente presupposto: chi ha chiara consapevolezza dei diritti individuali coinvolti nella controversia e della loro azionabilità può più facilmente trainare le parti verso il raggiungimento di un punto di incontro; non solo, non si può prescindere da un soggetto che abbia cura dell'interesse e dei diritti individuali e che possa prospettare alla parte la soluzione migliore possibile per i suoi interessi. In altre parole, non c'è miglior negoziato di quello condotto da due avvocati, e ancor più da due avvocati specializzati.

Per questo gli avvocati giuslavoristi sono convinti che non ci sia miglior strumento conciliativo stragiudiziale della negoziazione assistita e per questo la loro associazione (Agi) si sta tenacemente battendo perché venga esteso, come era originariamente previsto, anche alle controversie di lavoro.

Come accennato in premessa, il decreto legge del 2014 prevedeva la negoziazione assistita per le controversie in materia di lavoro per mezzo di una formulazione tecnicamente ineccepibile, che ovviamente prevedeva l'impugnabilità (stabilità) *ex art.* 2113 c.c. degli accordi raggiunti. Il Parlamento l'ha esclusa, in sede di conversione, cedendo alle pressioni di chi vuole mantenere una sorta di posizione dominante sulle conciliazioni.

La verità – che ogni avvocato giuslavorista ben conosce – è che già oggi gran parte delle controversie di lavoro è conciliata stragiudizialmente grazie all'attività di negoziazione promossa dagli avvocati che assistono le parti, solo che l'accordo raggiunto e sottoscritto deve essere «convalidato» in una cd. sede protetta (Dtl, sede sindacale o commissione di certificazione). Quindi un doppio passaggio, con evidente duplicazione di tempo e costi, che mantiene in vita anche mercati paralleli di validazione che nulla hanno a che vedere con la tutela dei diritti, tantomeno di quelli dei lavoratori.

Recentemente, la proposta di reintrodurre la negoziazione assistita anche in materia lavoristica è sfociata in un testo di compromesso, assolutamente accettabile, approvato dalla Camera e oggi in discussione al Senato in Commissione Giustizia, per cui, fermo quanto disposto dall'art. 412-ter c.p.c. con riferimento alle diverse e alternative forme conciliative e arbitrali, la procedura di negoziazione assistita non andrebbe a costituire condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Del resto, l'esperienza del tentativo obbligatorio di conciliazione introdotto nel 1998 e abolito dal Collegato lavoro del 2010 non aveva dato buoni risultati. Diverso il giudizio sul tentativo preventivo obbligatorio introdotto dalla legge Fornero sui licenziamenti intimati per giustificato motivo oggettivo nell'area della cd. stabilità reale, soppresso dal d.lgs. n. 23/2015 con riferimento ai lavoratori assunti successivamente al 7.3.2015. In questo caso i risultati, in termini di elevato numero di conciliazioni raggiunte, ci sono stati. Ma ciò è dovuto alla possibilità di raggiungere una conciliazione prima ancora che il licenziamento abbia effetto, e senza il timore di comportamenti scorretti, ma soprattutto alla previsione di incentivi collegati alla conciliazione, in grado di renderla maggiormente attrattiva rispetto al procedimento giudiziario (riconoscimento della Naspi anche in caso di risoluzione consensuale), più che di misure di carattere punitivo relative alla mancata partecipazione al tentativo (valutazione delle prove *ex* art. 116 c.c.) o al comportamento della parte in relazione alla proposta della commissione conciliativa (misura dell'indennità risarcitoria e condanna alle spese).

Anche il tentativo di conciliazione (facoltativo e successivo al licenziamento) previsto dal decreto sulle tutele crescenti (art. 6 del d.lgs. n. 23/2015), del resto, si muove nella direzione di incentivare economicamente la conciliazione, sottraendo l'importo offerto e accettato in sede conciliativa all'imposizione fiscale e previdenziale.

Queste riflessioni ci indicano la via: se si vuole dare impulso a questi strumenti bisogna trovare il modo di incentivarli, riservando una tassazione agevolata alle somme pattuite in sede conciliativa o immaginando altre

misure di carattere premiale (deducibilità delle spese legali e dei compensi per gli arbitri, già oggi prevista per mediazione, negoziazione assistita e arbitrato, con il riconoscimento di crediti di imposta differenziali quali 500 euro se la mediazione si conclude con successo, 250 euro in caso di insuccesso, 250 euro solo se la negoziazione assistita si conclude con successo).

E questa è una strada già tracciata, nonché un suggerimento proveniente anche dalla Commissione ministeriale Alpa, ma rimane ovviamente il problema delle risorse pubbliche disponibili.

3. — *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro* — L'arbitrato, assieme alla conciliazione, è uno strumento da sempre previsto nell'ambito del processo del lavoro. Tuttavia, diversamente dalla conciliazione, l'arbitrato è rimasto sostanzialmente inutilizzato nella pratica giuslavoristica (5). Nel 2010, con il Collegato lavoro, il legislatore ha tentato di rilanciarne l'applicazione, prevedendo diverse ipotesi di arbitrato irrituale, a fianco dell'arbitrato rituale di diritto comune, quali strumenti per un'efficace risoluzione delle controversie di lavoro alternativa al processo. Anche in questo caso, però, lo sforzo del legislatore non ha sortito gli effetti sperati.

L'arbitrato rituale, che offre alle parti il vantaggio di conseguire un lodo avente valore di sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, con conseguente speciale regime d'impugnazione per nullità del medesimo, è applicabile solo se previsto dalla legge *ex artt.* 806 ss. c.p.c. o dai contratti collettivi.

Al suo fianco, esistono oggi, a seguito dell'introduzione della sopracitata l. n. 183/2010, diverse fattispecie riconducibili all'arbitrato irrituale, quali l'arbitrato innanzi alle commissioni di conciliazione costituite presso la Dtl nel corso o al termine della procedura conciliativa (art. 412 c.p.c.), l'arbitrato previsto e disciplinato dai contratti collettivi *ex art.* 412-*ter* c.p.c., l'arbitrato innanzi a un collegio di conciliazione e arbitrato costituito *ad hoc ex art.* 412-*quater* c.p.c., nonché l'arbitrato innanzi alle camere arbitrali presso gli organi di certificazione, previsto dall'art. 31, c. 12, l. n. 183/2010 (6).

Rimane poi lo speciale procedimento arbitrale previsto e disciplinato dall'art. 7 St. lav. per i provvedimenti disciplinari.

Ai tempi del Collegato lavoro, gli animi si erano accesi principalmente con riferimento alla possibilità di inserire, nel contratto di lavoro, clausole compromissorie, pur con una serie di cautele: l'espressa previsione di tale

(5) Marazza 2017, 3.

(6) Ministero della Giustizia 2017, 20 ss.

possibilità nei contratti collettivi, la certificazione della clausola a opera delle competenti commissioni, il divieto di pattuizione prima della fine del periodo di prova (o in assenza del patto di prova prima di 30 giorni dalla stipulazione del contratto), l'esclusione della materia dei licenziamenti.

Molto rumore per nulla: nella mia personale esperienza posso affermare, infatti, di non averne mai vista una, né, tantomeno, di averne consigliato l'inserimento nel contratto.

Così come non risultano arbitrati avanti alle Dtl, eccezion fatta per gli arbitrati *ex art. 7 St. lav.* sulle sanzioni disciplinari effettivamente utilizzati per le sanzioni più lievi, contando sulla pressoché scontata derubricazione (ragione per cui, se la questione è rilevante, il datore di lavoro non accetta la sede arbitrale). Analogamente non si ha notizia di arbitrati avanti le commissioni di certificazione. Quanto ai contratti collettivi, che sempre disciplinano procedure conciliative, si riscontra effettivamente in alcuni casi la previsione di procedure arbitrali, che rimangono tuttavia inutilizzate. Significativa, al riguardo, la vicenda relativa all'arbitrato previsto dai contratti collettivi dei dirigenti per i licenziamenti. Una volta affermata dalla giurisprudenza la possibilità di impugnare il licenziamento per ottenere il pagamento dell'indennità supplementare anche avanti il giudice del lavoro, l'utilizzo della sede arbitrale è andato scemando sino a scomparire del tutto. Qualche potenzialità, almeno sulla carta, potrebbe averla l'arbitrato avanti collegi costituiti *ad hoc* dalle parti previsto dall'art. 412-*quater* c.p.c., che rimette alle parti la scelta degli arbitri, il che potrebbe ovviare in parte alla mancanza di fiducia che circonda l'istituto.

Per completare il quadro, va ricordato che il cd. T.U. sulla rappresentanza del 2014 ha previsto che, qualora le parti contraenti tengano comportamenti non conformi al suo contenuto, il conflitto collettivo insorto debba essere oggetto di una procedura arbitrale da svolgersi innanzi a collegio di conciliazione e arbitrato a livello confederale, introducendo così nell'ordinamento intersindacale una fattispecie di arbitrato «collettivo» presente in altri ordinamenti.

L'attenzione sull'argomento dell'arbitrato nell'ambito delle controversie di lavoro si è da ultimo concentrata sulle proposte della Commissione ministeriale Alpa, nominata dal ministro della Giustizia Andrea Orlando nel marzo 2016. La Commissione ha recentemente concluso i suoi lavori proponendo, per quanto attiene alle controversie di lavoro, un allentamento dei vincoli all'arbitrato rituale. A tale scopo suggerisce l'eliminazione del limite alla compromettibilità in arbitri delle controversie (con conseguente attivazione della procedura arbitrale) costituito dalla previsione legislativa o contrattual-collettiva. All'eliminazione di tale limite dovrebbe fare da contrappeso la certificazione della convenzione arbitrale e il vincolo del suo

riferimento a una specifica controversia che sta per sorgere tra le parti, riguardante diritti già maturati. Si propone per altro verso di rendere possibile, sempre con riferimento all'arbitrato rituale, la stipulazione di clausole compromissorie, purché tale facoltà sia prevista dalla legge o dai contratti collettivi. Secondo la Commissione, andrebbe prevista la possibilità delle parti di rinunciare (nel compromesso, ma non nella clausola compromissoria) all'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia e delle disposizioni dei contratti collettivi, eccettuati i casi di contrarietà all'ordine pubblico. Per necessario coordinamento, si suggerisce di consentire il trasferimento in sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria (*traslatio iudicii*) anche per le controversie di lavoro. Quanto ai compensi degli arbitri, si propone la previsione dello stesso regime stabilito dall'art. 412-*quater* c.p.c. (7).

Tali misure, in astratto, risultano condivisibili, ancor più considerato che l'arbitrato rituale dà maggiore garanzie alle parti e maggiori margini di impugnabilità. Tuttavia, vivo è il timore che tali misure siano destinate a fallire, o quantomeno nuovamente non capaci di rendere effettiva la diffusione nella pratica dell'istituto.

L'arbitrato, infatti, non è mai decollato per un duplice ordine di ragioni: anzitutto poiché le parti coinvolte non ripongono fiducia nella qualità dell'operato degli arbitri chiamati a dirimere la controversia insorta, preferendo affidare la decisione sulle proprie ragioni a un giudice togato (specializzato); inoltre, le procedure arbitrali possono risultare molto costose, anche più di un giudizio, essendo previsto lo stesso regime delle spese *ex* art. 91 c.p.c., al quale si aggiungono i compensi degli arbitri. Sta di fatto che nessun avvocato, a oggi, consiglia l'arbitrato, che, per risultare attrattivo e di qualità, dovrebbe presentare caratteristiche ben diverse da quelle odierne.

Tra gli interventi recenti in tema di arbitrato merita, infine, menzione il d.m. 14.2.2017, n. 34, che regola le modalità di costituzione delle camere arbitrali e di conciliazione presso i Consigli dell'Ordine degli avvocati, dando attuazione a una previsione della legge professionale forense del 2012 (art. 29, c. 1, lett. *n*, della l. 31.12.2012, n. 247). Il decreto ministeriale, infatti, include la materia del lavoro tra quelle per le quali è possibile costituire presso i Coa le camere arbitrali. Non si specifica in quale delle attuali forme arbitrali dovrebbe inserirsi questa previsione, anche se quella prevista dall'art. 412-*quater* sembra l'unico strumento che potrebbe prestarsi allo scopo. Il fatto che tale nuova possibile sede arbitrale sia inserita nell'ordinamento forense potrebbe dare maggiore affidamento circa le tutele e le garanzie, restando comunque irrisolto il problema dell'onerosità.

(7) Marazza 2017, 4 ss.

4. — *Considerazioni conclusive* — Se si vogliono incentivare le ADR nelle controversie di lavoro, è necessario lavorare prioritariamente sugli strumenti funzionanti, quali la conciliazione, semplificando e riducendo i costi senza svilirne la qualità, anzi garantendo assistenza adeguata e tutela effettiva. La miglior strada percorribile al momento è senza dubbio quella della negoziazione assistita, che va estesa quanto prima alle controversie di lavoro. Quanto all'arbitrato, si potrebbero sperimentare forme conciliativo-arbitrali gestite da avvocati specializzati nel quadro dell'art. 412-*quater* c.p.c. o, in futuro, qualora venissero accolti i suggerimenti avanzati dalla Commissione ministeriale Alpa, anche nella forma dell'arbitrato rituale, utilizzando anche gli spazi offerti dal d.m. 14.2.2017, n. 34, e magari, all'interno di tali procedimenti, sperimentando anche forme di mediazione libera e volontaria. Parallelamente, occorrerà incentivare anche fiscalmente l'esito positivo della conciliazione con una detassazione o tassazione agevolata delle somme erogate nella sede conciliativa e intervenire sui costi della procedura arbitrale, prevedendo, ad esempio, il patrocinio a spese dello Stato e la deducibilità fiscale delle spese legali sostenute (8).

Riferimenti bibliografici

- Ansaldi L. (2015), *Il crescente ricorso agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie*, Contratti, n. 2, 203 ss.
- Maggio I.C. (2017), *La conciliazione e l'arbitrato nel diritto del lavoro: lo stato dell'arte*, in *DRI*, n. 1, 98 ss.
- Marazza M. (2017), *Prospettive di ricerca in tema di risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in *GC*, n. 3, 3 ss.
- Ministero della Giustizia (2017), *Proposte normative e note illustrative*, Relazione della Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiusridizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato (pres. prof. avv. Guido Alpa), Roma.

ABSTRACT

Nonostante l'elevato numero di strumenti in cui si sostanziano le ADR, nell'ambito delle controversie di lavoro la conciliazione tra le parti rimane l'unico realmente utilizzato. La materia lavoristica si presta certamente alla conciliazione, ma le ragioni che ne favoriscono l'esito positivo sono principalmente individuabili nella specializzazione dei protagonisti tecnici delle controversie (giudici e avvocati) e nell'esistenza un processo tutto sommato efficiente, che scoraggia posizioni attendiste o dilatorie. La specializzazione dei protagonisti tecnici del-

(8) Ministero della Giustizia 2017, 18.

le controversie è fondamentale: chi conosce bene la materia trova più facilmente una soluzione transattiva. È quindi importante valorizzare il ruolo degli avvocati (specializzati) nelle ADR, soprattutto nelle controversie di lavoro, attesa la delicatezza e il rango costituzionale dei diritti coinvolti. Per questo la negoziazione assistita deve essere estesa, come era originariamente previsto, anche alle controversie di lavoro. Quanto all'arbitrato, che periodicamente si cerca di rilanciare, permane una radicata diffidenza nei confronti dell'istituto, che porta a un suo sostanziale inutilizzo, nonostante l'ampliamento delle sedi arbitrali operato dal Collegato lavoro del 2010 (l. n. 183/2010). La Commissione Alpa sugli strumenti di degiurisdizionalizzazione ha recentemente avanzato una proposta al fine di allentare i vincoli all'arbitrato rituale, così come andrà adeguatamente esplorata la possibilità di utilizzare l'arbitrato irrituale di cui all'art. 412-quater c.p.c. per avviare esperimenti di camere arbitrali e di conciliazione gestite direttamente dall'Avvocatura. Tuttavia, l'ostacolo maggiore alla diffusione dell'arbitrato nelle controversie di lavoro resta quello dei costi, che rischiano di essere pari o addirittura superiori a quelli del giudizio; pertanto, se si vuole un arbitrato di qualità e che possa risultare attrattivo, e se si vogliono dunque promuovere le ADR, non si può prescindere da incentivi di natura fiscale e benefici o misure premiali che rendano conveniente il ricorso a questi strumenti rispetto al giudizio.

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION PATHS IN LABOUR LAW

Despite the high number of tools of which ADR are made, in the context of labour disputes the conciliation between the parties remains the only one effectively used. The labour law is very suitable to the conciliation, but the reasons for its positive outcome are mainly recognizable in the specialization of the actors of the disputes (judges and lawyers), and in the existence of an overall efficient process discouraging delays and slow attitudes. The specialization of the technical actors of the disputes is crucial; for this reason Agi has long been calling for the recognition of forensic specialization: those who know better the discipline can find more easily a settlement. It is therefore important to evaluate the role of lawyers (specialized) in ADRs, especially in labour disputes, due to the sensitivity and the constitutional status of the rights involved. As to the arbitration, which use is periodically encouraged, it still remains a deep mistrust in this institution, which leads to its substantial uselessness, despite the extension of the arbitration venues made by the «Collegato lavoro» of 2010 (Law n. 183). The Alpa Commission has recently put forward a proposal to relieve constraints on ritual arbitration, as well as exploring the possibility of using the non-ritual arbitration as per Art. 412-quater of the Civil Procedure Code, to start experimenting arbitration and reconciliation chambers, directly managed by the lawyers. However, the costs remain the greatest obstacle to the spread of arbitration in labor disputes as they are likely to be equal to or even higher than those of judgment; therefore, if an arbitration of quality and attractive is desired, and if the ADR are intended to be promoted, fiscal incentives and benefits cannot be ignored, as well as awarding methods that make convenient the use of those tools instead of the judgment.

Vincenzo Martino (*)

DIRITTI DI DIFESA, NEGOZIAZIONE ASSISTITA E ART. 92 C.P.C.

SOMMARIO: 1. Calo del contenzioso ed effettività dei diritti. — 2. Le barriere architettoniche alla tutela effettiva dei diritti. — 3. La negoziazione assistita come strumento deflattivo.

1. — *Calo del contenzioso ed effettività dei diritti* — Da un articolo comparso sul *Corriere della Sera* del 18 febbraio 2017 a firma del prof. Pietro Ichino (1) abbiamo appreso che, nel quinquennio dal 2012 al 2016, si è verificato un drastico ridimensionamento del contenzioso giudiziario nel settore privato (meno 33% in totale) e un calo impressionante in particolare delle controversie in materia di cessazione del rapporto (da un minimo del 60% delle impugnazioni di licenziamento per giusta causa sino all'84% in materia di contratti a tempo determinato).

Manca un quadro completo della situazione del contenzioso, perché incomprendibilmente i dati del «Censimento permanente dei procedimenti giudiziari in materia di lavoro» del ministero della Giustizia non sono disponibili *online*, come lamenta lo stesso Autore dell'articolo, il quale anzi annunzia di averli formalmente richiesti con un'interrogazione parlamentare, nella sua qualità di senatore della Repubblica.

Pertanto il ragionamento che svolgo in questa sede si basa su dati assolutamente parziali e soprattutto sulla mia personale esperienza di avvocato di area «*pro labour*»; esperienza peraltro credo condivisa da molti colleghi che, come il sottoscritto, operano quotidianamente nelle aule di giustizia e con i quali da tempo intercorre una continua e proficua discussione su queste tematiche.

Quanto ho avuto modo di constatare nell'ultimo periodo mi porta a non condividere per nulla i toni trionfalistici che connotano quell'articolo, come pure altri contributi che ne sono seguiti. Al contrario, la mia esperienza mi porta a ritenere che siamo di fronte al punto più basso mai raggiunto nei livelli di tutela effettiva dei diritti di chi vive del proprio lavoro.

(*) Avvocato in Torino.

(1) Pubblicato in <http://www.pietroichino.it/?p=43821>.

Crollano, infatti, le impugnazioni giudiziarie dei licenziamenti, ma non diminuisce certo il numero dei licenziamenti, come risulta chiaramente dai dati pubblicati dall'Osservatorio sul precariato dell'Inps (2). In altri termini, un numero sempre maggiore di dipendenti che hanno perso il loro posto di lavoro su iniziativa unilaterale del datore di lavoro tendono a non ricorrere più alla Giustizia.

Quali sono le ragioni che hanno portato a una riduzione delle controversie di lavoro nel settore privato? Si badi che il problema non è di preservare un'anomalia tutta italiana della quale l'unico beneficiario era il cosiddetto «ceto forense», come malevolmente si insinua in quell'articolo sul *Corriere della Sera*, bensì di comprendere quale sia il livello di tutela, sostanziale e processuale, che il nostro ordinamento intende garantire alla «parte debole» del rapporto di lavoro.

A mio giudizio, la domanda che dobbiamo porci è infatti sostanzialmente la seguente: le politiche deflative, poste in essere nel corso degli ultimi anni, stanno funzionando in maniera neutrale, in modo da garantire «La tutela effettiva dei diritti sociali nel giusto processo» (3)? Il calo del contenzioso giudiziario è determinato dal fatto che, finalmente, operano in modo efficace metodi di composizione stragiudiziale delle controversie in grado di garantire indipendenza e terzietà che almeno si avvicinino a quelle che connotano la funzione giudiziaria?

Ovvero, al contrario, nella realtà si sta assistendo a un fenomeno di forte compressione dei diritti e di palese violazione dei principi costituzionali che hanno informato e dovrebbero continuare a informare la giustizia del lavoro, tanto che chi subisce un torto spesso tende a rinunciare a richiedere giustizia ovvero si accontenta di soluzioni transattive in molti casi umilianti?

Mia personale opinione è che sia vero il secondo scenario, e cioè che si stia pagando un prezzo altissimo in termini di giustizia ed equità alla domanda di efficienza, senza che peraltro siano riscontrabili risultati apprezzabili neanche sul terreno del funzionamento della macchina giudiziaria (la mia sensazione è che laddove il processo funzionava bene ora forse funzioni meglio, ma nelle sedi dove le cose già andavano male o malissimo la situazione non sia molto migliorata).

Quanto invece agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, se in particolare la conciliazione in sede sindacale *ex art. 412-ter* continua a denotare una certa vitalità e a svolgere una funzione importante an-

(2) Cfr. <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemDir=46919>.

(3) Questo il tema della Tavola Rotonda del 29 marzo 2017 organizzata da RGL, Magistratura democratica e Agi in memoria del presidente Sergio Mattone.

che per affermare il ruolo fondamentale delle organizzazioni dei lavoratori nella tutela effettiva dei diritti dei loro rappresentati, spiace però il dover segnalare anche in quell'ambito lo svilupparsi di preoccupanti fenomeni degenerativi. Ciò accade ovviamente laddove la genuinità ovvero la rappresentatività di qualche organizzazione rivesta connotazioni discutibili: in quel caso, può accadere che le relative sedi conciliative siano talora utilizzate per ratificare accordi «al ribasso» per i lavoratori.

Fenomeni degenerativi di tal genere si riscontrano, purtroppo, anche nelle sedi pubbliche; quelle cioè regolate dall'art. 410 c.p.c.: io ho personalmente visto la Commissione di conciliazione istituita presso qualche Ispettorato territoriale del lavoro dover ratificare conciliazioni in materia di licenziamenti collettivi, ovvero individuali plurimi, con incentivi a saldo e stralcio nell'ordine di 500 euro, sottoscritte da lavoratori abbandonati a se stessi, se non addirittura formalmente assistiti dal consulente del lavoro ovvero dal legale di fiducia del datore di lavoro.

La possibilità, poi – attribuita agli organi di certificazione dall'art. 31, commi 12 e 13, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (cosiddetto «Collegato lavoro») –, di istituire Camere stabili di conciliazione e di arbitrato non ha certo contribuito a moralizzare il settore (4).

Non credo che distorsioni del genere, anche se certamente marginali, possano essere considerate molto edificanti nella prospettiva di una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori in sedi diverse da quella giudiziaria.

2. — *Le barriere architettoniche alla tutela effettiva dei diritti* — Per quanto attiene alle problematiche di diritto sostanziale, materia di altro contributo programmato, mi limito a evidenziare che, se ci sono meno diritti, è del tutto ovvio che diminuisca anche il contenzioso: se i contratti a tempo determinato e le somministrazioni a termine sono divenuti del tutto «acausalì», non ci si può stupire se non ci sono più impugnazioni, come pure, una volta ridotta in un ambito marginale la reintegrazione nel posto di lavoro, non può sorprendere il fatto che aumentino le conciliazioni di tipo economico, e ciò anche prima dell'instaurazione del giudizio.

Per quanto riguarda invece le tematiche più propriamente processuali, ovvero di tipo tributario comunque connesse al rito, le cose da dire sono in realtà molto semplici ed evidenti.

(4) Tra le sedi di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003, ora divenute anche Camere stabili di conciliazione e arbitrato, brillano per attivismo alcune Università private e soprattutto i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro, i quali ultimi si ergono a conciliatori o arbitri imparziali quando notoriamente gli aderenti alla categoria hanno come loro clienti quasi esclusivamente le aziende.

Come si sa, il processo del lavoro è stato storicamente concepito come semplice, veloce e gratuito al fine di garantire l'effettività delle tutele che l'ordinamento appronta sul piano sostanziale in particolare ai più deboli economicamente.

Ma oggi non è più così: il processo del lavoro è infatti diventato inutilmente complicato ed estremamente costoso.

Il rito del lavoro è divenuto anzitutto più complicato a causa del sistema di decadenze introdotto dall'art. 32 del «Collegato lavoro», che a mio avviso rappresenta la prima importante tappa del lungo percorso deflattivo di cui adesso si cominciano a vedere i frutti talora avvelenati.

Com'è noto, il regime introdotto dall'art. 32 è particolarmente vessatorio per il lavoratore che voglia agire in giudizio. Il doppio termine di decadenza, tanto per cominciare, non trova esempi in altri settori del diritto civile. Il fatto poi che alla parte più debole del rapporto vengano tesi tanti «trabocchetti» si rivela in tutta la sua brutalità quando opera anche in situazioni in cui il *metus* del lavoratore è evidente (ad esempio, quando viene espressamente previsto che il precario assunto a termine, per chiedere la conversione del proprio rapporto, debba impugnare tempestivamente ogni singolo contratto a tempo determinato e non soltanto l'ultimo di essi) (5).

Un tale sistema poteva avere forse una qualche giustificazione all'epoca della sua approvazione: quella, cioè, di limitare il danno a carico delle imprese in caso di inerzia da parte del lavoratore ovvero di eccessiva durata dei processi. Ma le motivazioni di allora non hanno più alcun senso, visto che ormai il danno da liquidarsi in favore del lavoratore, sia nel caso di declaratoria di illegittimità del recesso sia in quello di conversione del contratto, è sempre forfettizzato ovvero comunque limitato nel massimo.

Appare quindi indispensabile un alleggerimento del vigente sistema di decadenze, fonte peraltro di contrasti interpretativi specie qualora sia incerta la decorrenza del *dies a quo* del termine, come, ad esempio, nel caso di trasferimento d'azienda.

Ma, oltre che complicato, il processo del lavoro è diventato anche estremamente oneroso per il lavoratore a seguito di due ulteriori misure poste in essere per motivazioni sostanzialmente deflattive, ma che rischiano di produrre risultati devastanti sul piano dell'effettività dei diritti.

Mi riferisco all'estensione del Contributo unificato anche alle controversie di lavoro e alla riforma del regime della ripartizione delle spese processuali.

(5) Cfr. art. 28, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81.

a) Il Contributo unificato, esteso alle cause di lavoro dal 2011 (6) nella generale indifferenza nonostante rappresentasse una lesione del fondamentale principio di gratuità del processo del lavoro affermato nel nostro ordinamento addirittura prima della riforma del 1973 (7), costituisce un ostacolo serio per il lavoratore, talora licenziato e senza più entrate.

È vero che il quadro è contemperato dall'esenzione reddituale (8), ma ricordo che questa, almeno secondo l'interpretazione di una circolare del 2012 del ministero della Giustizia (9), si riferisce al reddito familiare (e non a quello personale) e non opera per il giudizio di cassazione.

Il Contributo unificato è una misura deflattiva che in effetti sembra avere funzionato, ma la selezione è di fatto avvenuta in base alle possibilità economiche del lavoratore ricorrente, il che è contrario a ogni elementare principio di equità e giustizia.

Segnalo, sul punto, che alcune Organizzazioni sindacali hanno impugnato la circolare ministeriale del 2012 principalmente sotto il profilo della mancanza di esenzione reddituale per il giudizio presso la Suprema Corte nonché del riferimento al reddito familiare, anziché personale. Si è in attesa della fissazione dell'udienza avanti al Consiglio di Stato, a seguito di ricorso presentato dalle Oo.Ss. avverso una sentenza negativa del Tar Lazio (10).

b) Altro serissimo ostacolo all'accesso alla giustizia è rappresentato dall'attuale formulazione dell'art. 92 c.p.c., che, nella sua ultima versione (11), consente la compensazione delle spese di lite soltanto nelle ipotesi tassative previste dalla norma, e cioè la assoluta novità della questione ovvero il mutamento della giurisprudenza rispetto a questioni dirimenti.

(6) L'articolo 9, comma 1-*bis*, del Testo Unico sulle spese di giustizia, introdotto dall'articolo 37, comma 6, del d.l. n. 98 del 6 luglio 2011, convertito nella legge n. 111 del 15 luglio 2011, ha previsto l'introduzione di una imposta, denominata Contributo unificato, anche per le cause di lavoro. Per l'anno 2017, il contributo ammonta, per un'impugnazione di licenziamento, a euro 259,00 in primo grado, euro 388,50 per l'appello ed euro 1.036,00 per la cassazione. È previsto il raddoppio della somma in caso di rigetto dell'impugnazione. Nel giudizio di cassazione non opera neanche l'esenzione per i redditi familiari più bassi.

(7) La gratuità del processo del lavoro risale alla legge 2 aprile 1958, n. 319.

(8) Il reddito familiare annuo lordo che, in base all'art. 76, comma 2, T.U. n. 115/2002, dà diritto all'esenzione del pagamento è pari a euro 34.585,23 per l'anno 2017.

(9) Circolare 11.5.2012, pubblicata sul sito del Ministero al seguente indirizzo: <https://www.giustizia.it>.

(10) Tar Lazio 9.1.2014, n. 2011, S. I, in *FA*, 2014, I, 269.

(11) La versione di cui all'art. 13 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, che ne ha sostituito il comma 2.

Anche questa disposizione ha conseguito l'obiettivo, che era quello di falcidiare indiscriminatamente il contenzioso specie per le fasce più deboli: a ognuno di noi capita con crescente frequenza che il lavoratore rinunci a rivendicare un diritto magari sacrosanto perché teme una pesante condanna alle spese in caso di soccombenza.

Il rischio di condanna alle spese influisce peraltro non poco anche nei tentativi di conciliazione effettuati davanti al giudice.

La giurisprudenza assolutamente prevalente non fa sconti sul punto (12), anche se non manca qualche isolata pronuncia (13) nella quale, in applicazione di una lettura costituzionalmente orientata della norma, si compensano le spese processuali in caso di incolpevole soccombenza da parte del lavoratore.

Di tale questione, che coinvolge ovviamente anche l'ampiezza dei poteri del giudice e non soltanto la libertà per il lavoratore di agire in giudizio, è stata investita la Corte costituzionale a seguito di ordinanza di rimessione del Tribunale di Torino del 30.1.2016 (14), cui se ne è aggiunta un'altra più recente del Tribunale di Reggio Emilia del 28.2.2017 (15).

Vedremo quale sarà la decisione della Corte, la quale ha opportunamente rinviato l'udienza del 21.3.2017, fissata dopo la pubblicazione della prima ordinanza, per trattarla congiuntamente alla seconda. Rimane il fatto che anche qui il legislatore ha utilizzato soltanto la leva dei costi per disincentivare il contenzioso, finendo inevitabilmente per realizzare una selezione con forti connotazioni di iniquità, che ha finito per penalizzare soprattutto i ricorrenti con minor reddito.

3. — *La negoziazione assistita come strumento deflattivo* — Da ultimo, vorrei fare alcuni brevi cenni sul delicato e controverso tema della negoziazione assistita, già oggetto di una relazione principale sui cui contenuti sostanzialmente concordo, anche se credo che il rapporto tra questo nuovo istituto e le tradizionali sedi di composizione delle controversie in sede sindacale meriti un particolare approfondimento.

(12) Si veda, da ultimo, Cass. 5.7.2017, n. 16581, secondo la quale né la posizione di debolezza del lavoratore né la sua buona fede possono più consentire la compensazione delle spese di giudizio.

(13) Tribunale di Torino 13.2.2017, n. 2259 – Est. Mollo.

(14) Pubblicata in *RIDL*, 2016, n. 4, II, 980, con nota di Brunialti.

(15) Pubblicata in *RGL*, 2017, I, 178, con nota di Costantino. La seconda ordinanza integra la prima, perché solleva anche il profilo della violazione dell'art. 3, secondo comma della Costituzione, e si riferisce a un caso che non dovrebbe comportare rischi di inammissibilità in quanto il giudizio *a quo* riguardava ormai soltanto la questione delle spese.

Com'è noto, l'istituto della negoziazione assistita tra avvocati – definito dalla legge «quale un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite avvocati iscritti all'albo...» – è stato introdotto dall'art. 2 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, recante «Misure urgenti sulla degiurisdizionalizzazione e altri interventi urgenti per la definizione dell'arretrato in materia civile».

Il testo originario del decreto legge contemplava anche la materia del lavoro tra quelle definibili con questa particolare nuova procedura, la quale costituiva anche condizione di procedibilità per l'azione giudiziaria.

L'art. 2 del decreto legge è stato però modificato in sede di conversione dall'art. 1, primo comma, della legge 10 novembre 2014, n. 162, il quale ha espressamente escluso dalle controversie oggetto di possibile negoziazione quelle riguardanti diritti indisponibili ovvero la materia del lavoro.

Il passo indietro è avvenuto a seguito di una presa di posizione unitariamente assunta dalle maggiori confederazioni sindacali, in sintonia peraltro con le più importanti associazioni datoriali, a difesa del proprio ruolo e delle proprie prerogative in materia di gestione del contenzioso. Oltre a questo, da più parti si sono mossi rilievi critici alla norma e si è espressa preoccupazione circa la possibilità di un indebolimento dell'inderogabilità della normativa a tutela dei lavoratori (16).

È infatti evidente che un meccanismo di riconoscimento della stessa stabilità e inoppugnabilità che caratterizza le transazioni raggiunte in sede «protetta» anche ad accordi stipulati con l'assistenza di mere parti private, quali sono gli avvocati, senza alcun controllo di tipo pubblico, potrebbe rappresentare un evidente strappo alla tradizionale strumentazione di tutela della genuinità del consenso della parte debole del rapporto (17).

Su richiesta unitaria dell'Avvocatura (18), formalizzata anche dal Congresso nazionale forense, la negoziazione assistita in materia di lavoro è stata però reintrodotta dal disegno di legge n. 2284 in materia di modifiche

(16) Cfr. l'articolo comparso il 22 settembre 2014 sul sito del *Sole 24 Ore* alla pagina <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2014-09-22/negoziazione-assistita-scommessa-snellire-60mila-liti-063640.shtml?uuid=ABhj3xvB>.

(17) Strappo già peraltro operato dal legislatore con le Commissioni di certificazione e la possibilità loro conferita di costituire Camere stabili di conciliazione e arbitrato: cfr. nota 5.

(18) Per una sintesi della questione, si veda la posizione ufficiale di Agi – Avvocati giuslavoristi italiani – espressa recentemente in sede di audizione alla Commissione lavoro del Senato il 23 gennaio 2017, in <http://www.giuslavoristi.it/wp-content/uploads/2017/01/AGI-COMM.SENATO-SINTESI-AUDIZIONE-DDL-2284-10-01-2017.pdf>.

al codice di procedura civile (cosiddetto «disegno Berruti»), licenziato di recente dalla Camera dei deputati.

Il testo della disposizione, attualmente all'esame del Senato, contiene una delega al Governo a emanare un decreto delegato che, fermo restando quanto disposto dall'articolo 412-*ter* del codice di procedura civile, preveda la possibilità, anche per le controversie di cui all'art. 409 del medesimo codice, di ricorrere alla negoziazione assistita, senza che però la stessa costituisca più una condizione di procedibilità dell'azione.

Le novità rilevanti del nuovo testo, risultato di una difficile mediazione avvenuta nell'ambito della discussione alla Commissione giustizia della Camera, rispetto alla formulazione originaria del decreto legge n. 132/2014, sono dunque sostanzialmente due.

La prima concerne l'esplicito richiamo al disposto dell'art. 412-*ter* del codice di rito, e cioè alla norma che riconosce le tradizionali sedi conciliative previste dalla contrattazione collettiva, che viene espressamente fatto salvo. Anche se il richiamo può apparire superfluo, non c'è dubbio che l'obiettivo del legislatore è quello di ribadire ruolo e prerogative delle Oo.Ss., che vengono così adeguatamente salvaguardati anche dal punto di vista delle dichiarazioni di principio.

La seconda novità riguarda invece il fatto che la negoziazione assistita in materia di lavoro non costituisce più condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria. Concepita come meramente facoltativa, la negoziazione affidata agli avvocati sarà quindi solo eventuale, e nella pratica è ipotizzabile che sarà utilizzata solo per formalizzare quegli accordi che già oggi sono conclusi dalle parti con l'assistenza dei rispettivi legali, senza necessità di un ridondante secondo passaggio nelle sedi protette, ora invece necessario al solo fine di conferire loro, *ex post*, stabilità ed efficacia di titolo esecutivo.

Così congegnato, il meccanismo risulta molto più equilibrato e dovrebbe consentire, qualora il nuovo istituto entrasse a far parte del nostro ordinamento, di ottenere il duplice obiettivo di alleggerire le sedi protette da un compito solo notarile e, nel contempo, di eliminare un circuito parasindacale dai contorni spesso discutibili (esiste infatti un mercato parallelo di sedi più o meno «di comodo», che talora vengono ideate e realizzate al solo fine di lucrare ingiustificatamente sulle ratifiche).

Pur rendendomi pienamente conto della delicatezza della materia, ritengo pertanto positivo che la negoziazione assistita possa essere estesa alle cause di lavoro, anche perché l'istituto può rappresentare una opportunità di deflazione del contenzioso non connotata dagli elementi di iniquità che invece caratterizzano le misure sin qui adottate, le quali, come si è detto, si basano invece solo sulla leva dei costi.

La negoziazione assistita deve però essere gestita in modo appropriato dagli avvocati. Anche se non è stato possibile riservare questo strumento agli specialisti, perché la specializzazione non può essere concepita come una riserva di attività professionale, sarà fondamentale che, di fatto, si affermi come uno strumento gestito da chi ha i requisiti professionali per farlo con dignità, professionalità e correttezza.

È pertanto importante che il varo della negoziazione si accompagni allo sblocco del regolamento sulla specializzazione, che è ancora impantanato in sede di giustizia amministrativa a causa di alcuni ricorsi promossi da una parte minoritaria dell'Avvocatura e da tre Consigli dell'Ordine (19).

ABSTRACT

L'articolo evidenzia come il calo del contenzioso giudiziario nel settore privato, particolarmente significativo nelle controversie di impugnazione dei licenziamenti, sia stato determinato sia da ragioni di diritto sostanziale sia dagli ostacoli frapposti in questi anni dal legislatore all'esercizio dell'azione da parte del lavoratore. Si fa riferimento al rigido sistema di decadenze previsto dall'art. 32 della legge n. 183/2010, all'introduzione del Contributo unificato e alla riforma dell'art. 92 del codice di procedura civile, che comporta la condanna alle spese del lavoratore anche in caso di soccombenza incolpevole. Si sostiene che tali modifiche legislative hanno comportato una deflazione iniqua delle cause di lavoro, colpendo in particolare le fasce più deboli, mentre meglio sarebbe stato puntare a rafforzare altri strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie, valorizzando in particolare le sedi sindacali. Tra gli strumenti di «deflazione equa» del contenzioso si annovera la istituzione negoziazione assistita.

RIGHTS OF DEFENSE, ASSISTED NEGOTIATION AND ARTICLE 92 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

The substantial decline in private sector litigation, which is particularly significant in disputes concerning redundancy and in general the employment relationship resolutions, has been determined both by substantive law reasons and by the obstacles faced in the past years by the legislator to the exercise of the judicial action by the worker. This refers in particular to the rigid system of estoppels provided by Article 32 of the Law no. 183/2010, to the in-

(19) In materia di regolamento per la specializzazione degli avvocati, si vedano le quattro sentenze del Tar Lazio, Sezione I, del 14.4.2016, emanate su altrettanti ricorsi di associazioni generaliste dell'Avvocatura e dai Consigli dell'Ordine degli avvocati di Roma, Palermo e Napoli. Le quattro decisioni sono tutte pubblicate integralmente sul sito http://www.camerepenali.it/cat/7586/la_specializzazione_forense_%C3%A8_in_tatta.html. Per ulteriori approfondimenti, si veda la decisione n. 4424 in *Diritto & Giustizia* 2016 del 15 aprile, con nota di G. Milizia. Pende il giudizio al Consiglio di Stato, su ricorso presentato dal ministero della Giustizia.

*troductio*n of the «Contributo unificato» and finally to the reform of Art. 92 of the Code of Civil Procedure. This last article charges the employees of costs following the event. These legislative changes have led to unfair deflation of labor cases, affecting in particular the weakest parties of the trial, while it would be better to try to reinforce other extra-judicial settlement instruments, with particular involvement of Trade Union as active protagonists of litigation procedure (s.c. assisted negotiation).

Giorgio Costantino ()*

QUALIFICAZIONE DEL FATTO E VIZI DI LEGITTIMITÀ NEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. Tutela dei diritti e giusto processo. — 2. La tutela differenziata. — 3. La insindacabilità delle scelte legislative sui modelli processuali. — 4. Qualificazione del fatto e controllo di legittimità.

1. — *Premessa. Tutela dei diritti e giusto processo* — Ringrazio per l'invito a contribuire al dibattito sui temi dell'incontro nel ricordo di un grande magistrato, con il quale ho avuto anche la fortuna di condividere la predilezione per la musica jazz. Prima di affrontare l'argomento specifico che mi è stato assegnato, mi sia consentita una breve premessa sul tema generale dell'incontro.

Le disposizioni processuali devono garantire la tutela effettiva, anche dei diritti sociali, nel giusto processo. Questa, che poteva essere una aspirazione per le generazioni che ci hanno preceduto, costituisce oggi una precisa e inderogabile regola.

Ciascuna e tutte le disposizioni processuali, infatti, debbono essere conformi agli artt. 3, 24 e 111 Cost., all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (richiamata dal Trattato sull'Unione europea) e all'art. 6 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo (Cedu). La conformità delle disposizioni processuali alla Costituzione, al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione sui diritti dell'uomo è garantita, rispettivamente, dalla Corte costituzionale, dalla Corte di Giustizia (Corte Ue) e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (C. Edu.).

Ne consegue che, almeno sulla carta, questo è il migliore dei mondi possibili, perché non è mai esistito, nella storia dell'umanità, un momento nel quale fosse riconosciuto a tutti, cittadini e non cittadini, senza distinzione di sesso, razza, religione o altro, il diritto alla tutela effettiva e a un processo giusto, a ottenere «tutto quello e proprio quello che si avrebbe diritto a conseguire alla stregua del diritto sostanziale» (1).

(*) Professore ordinario di Diritto processuale civile presso l'Università di Roma Tre.

(1) G. Chiovenda.

In questo contesto, non è necessario il richiamo di Antigone alle «leggi non scritte». È la rivincita di Creonte. Se il mugnaio di Saint Souci poteva sperare che vi fossero giudici a Berlino, oggi chiunque non solo gode delle garanzie appena indicate, ma, se queste sono negate anche dal legislatore nazionale, può trovare tutela a palazzo della Consulta, alla Corte del Lussemburgo e alla Corte di Strasburgo.

Se si volge lo sguardo al passato, questa constatazione può generare soddisfazione e gratitudine per il patrimonio di valori che le generazioni precedenti hanno trasmesso. Se, tuttavia, si volge lo sguardo al presente, essa può generare sconforto, perché l'esperienza mette in evidenza le profonde contraddizioni tra i principi e i valori formalmente riconosciuti e la realtà effettuale. Se si volge lo sguardo al futuro, tuttavia, può stimolare l'impegno a contribuire al superamento di tali contraddizioni, anche nel ricordo dell'amico al quale questo incontro è dedicato.

Giustizia civile, uguaglianza e principio di legalità sono complementari.

Questi obiettivi sono imposti, anche al legislatore ordinario, dai testi legislativi fondamentali. Meritano di essere perseguiti anche perché la certezza della soddisfazione dei diritti riconosciuti dalla normativa sostanziale favorisce il funzionamento dell'economia e gli investimenti.

Ma una terza ragione si manifesta assorbente.

Oltre e al di là delle previsioni legali, del rispetto del principio di uguaglianza e delle esigenze della economia, essa risale alle aspirazioni dei rivoluzionari della fine del 1700: il superamento del sistema feudale; il riconoscimento a ciascuno dei propri diritti, indipendentemente dalla appartenenza a un gruppo o a una consorteria.

Per un verso, la tutela giurisdizionale non può essere riconosciuta se non ai diritti: in nessun caso, la selezione degli interessi meritevoli di tutela è compiuta dal giudice nel processo, ma, in ogni sistema, quale che sia la tecnica adoperata, preesiste a questo. Per altro verso, dato un diritto, non può essere negata la tutela: la tutela *effettiva* e la tutela *uguale*, in base a decisioni prevedibili.

2. — *La tutela differenziata* — In questo contesto, il principio di uguaglianza sostanziale impone l'adeguamento degli strumenti processuali alla natura e alla funzione delle situazioni sostanziali.

La tutela differenziata, sulla quale si era orientato il dibattito circa quaranta anni addietro, pertanto, non costituisce una eccezione ovvero una deviazione dai principi, ma è la conseguenza fisiologica della funzione strumentale del processo.

Questo non può non atteggiarsi in forme diverse a seconda dei diritti che si vogliono tutelare; alla diversità delle situazioni sostanziali tutelande. Deve – ovvero non può non – corrispondere la diversità delle forme di tutela, appunto in considerazione della funzione strumentale di quest'ultima.

La nozione di principio di uguaglianza, e quindi di «parità delle armi», alla quale fare riferimento per una corretta valutazione degli strumenti di tutela giudiziale, è quella di uguaglianza sostanziale, ai sensi dell'art. 3, c. 2, Cost., piuttosto che quella di uguaglianza formale, ai sensi del primo capoverso della medesima disposizione.

Si ritiene ormai che sia ragionevole (e anzi doveroso) predisporre procedimenti a cognizione piena ed esauriente più semplici di quello ordinario, in considerazione della natura delle controversie, in particolare della semplicità e della ripetitività di esse; che sia anche ragionevole predisporre forme di tutela giurisdizionale più rapide e più semplici di quella ordinaria in considerazione della natura degli interessi tutelati, destinati a essere irreparabilmente pregiudicati, se costretti ad attendere i tempi, anche fisiologici, della tutela a cognizione e a contraddittorio pieni, ovvero in considerazione della ragionevole previsione che chi si trova in una determinata situazione ha ragione ed è, quindi, contrario alla economia processuale imporgli di percorrere la via ordinaria, essendo, invece, più opportuno scaricare l'onere dei tempi e dei costi di quest'ultima sul destinatario del provvedimento.

Alle controversie di lavoro, a quelle previdenziali, a quelle locative, a quelle agrarie, a quelle di opposizione alle sanzioni amministrative e alle altre previste dal capo II del d.lgs. 1.9.2011, n. 150, si applica, quindi, con alcune varianti, il rito di cui agli artt. 414 ss. c.p.c., che è un rito a cognizione piena, nel quale sono predeterminati le forme per la realizzazione del contraddittorio e i modi di formazione del convincimento del giudice, ma che è più semplice di quello ordinario.

In numerose ipotesi il legislatore dà per scontata la sussistenza di un pregiudizio e consente, quindi, al giudice di anticipare la tutela, senza valutarne in concreto la sussistenza: basti pensare, ad esempio, alla tutela dei diritti sindacali, ai sensi dell'art. 28 della l. n. 300/1970.

In altri casi, l'economia processuale lo ha indotto a predisporre strumenti di tutela più semplici, collegati alla mancata contestazione: basti pensare al procedimento per ingiunzione di cui agli artt. 633 ss. c.p.c.

Le indicate *rationes* della tutela differenziata, tuttavia, debbono misurarsi con la tendenza legislativa degli ultimi anni: nel 2009, con l'art. 702-*bis* c.p.c., si è consentito l'accesso alla tutela sommaria per scelta del-

l'attore. Nel 2011, il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. è stato imposto, quale unica forma di tutela, nelle ipotesi previste dal Capo III del d.lgs. 1.9.2011, n. 150. Nel 2012, il rito speciale sui licenziamenti di cui all'art. 1, c. 47 ss., l. 28.6.2012, n. 92, consente al giudice di regolare il processo «nel modo che ritiene più opportuno», vuoi nella prima fase che si conclude con ordinanza, vuoi nel giudizio di opposizione che si conclude con sentenza, vuoi in sede di reclamo innanzi alla Corte d'Appello; l'art. 11, d.lgs. 4.3.2015, n. 23, ne ha limitato l'applicazione. Nel 2014, ai sensi dell'art. 183-*bis*, c.p.c., aggiunto dall'art. 14 del d.l. 12.9.2014, n. 132, conv. in l. 10.11.2014, n. 162, il giudice può ordinare che il processo ordinario prosegua nelle forme di cui all'art. 702-*ter* c.p.c. Il rito «del lavoro» è stato esteso a materie eterogenee. Ai sensi dell'art. 2, c. 1, l. 24.3.2001, n. 89, novellato dall'art. 1, c. 777, l. 28.12.2015, n. 208, la domanda di equa riparazione per durata irragionevole del processo è inammissibile se non si è chiesta l'applicazione del procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., ovvero la trasformazione del rito ai sensi dell'art. 183-*bis* c.p.c., l'applicazione dell'art. 281-*sexies* c.p.c. per la pronuncia della sentenza o l'anticipazione dell'udienza innanzi alla Corte di Cassazione.

La previsione di modelli processuali più rapidi e più semplici non risponde più soltanto all'esigenza di tutelare più efficacemente determinate situazioni sostanziali ovvero all'economia processuale, attribuendo al convenuto l'onere di sopportare i tempi e i costi della cognizione piena.

Alle *rationes* tradizionali, la più recente legislazione suggerisce di aggiungere una terza, corrispondente a quella sottesa ai criteri di competenza per valore: controversie considerate dal legislatore meno rilevanti dal punto di vista sociale o economico sono sottratte alla predeterminazione delle regole del processo e affidate, invece, all'esercizio dei poteri discrezionali del giudice, mediante l'attribuzione a questo del potere di regolare il processo «nel modo che ritiene più opportuno» ovvero mediante la previsione del rito camerale.

La diversità del rito e la scelta legislativa per la tutela sommaria, pur non seguita dalla cognizione piena, è ritenuta compatibile con le garanzie costituzionali. Secondo la Corte costituzionale, anche in assenza di regole predeterminate sulla attuazione del contraddittorio e sulla formazione del convincimento del giudice, la presenza di quest'ultimo garantisce comunque il rispetto delle garanzie fondamentali. Talvolta, in motivazione, la Corte ha aggiunto indicazioni sull'imprescindibile contenuto di queste ultime. Sulla stessa linea è la Corte di Cassazione vuoi nelle pronunce con le quali ha dichiarato la manifesta infondatezza dei dubbi di

legittimità costituzionale, vuoi in quelle nelle quali ha giudicato su denunciati *errores in procedendo* nell'ambito di processi privi di regole pre-determinate.

Il risultato è che si ammette un processo senza regole ovvero che non costituisce un diritto delle parti alla preventiva conoscenza delle regole del gioco, ovvero ancora che queste ultime possono limitarsi alla previsione delle garanzie fondamentali, che ciascun giudice, in ciascun modello processuale, ha il potere e il dovere di far rispettare.

Se di ciò non si può che prendere atto, sul piano dei valori l'esito non è appagante; anzi è deludente.

3. — *La insindacabilità delle scelte legislative sui modelli processuali* —

La tutela effettiva dei diritti «sociali», oggetto di questo incontro, è affidata all'esercizio dei poteri del giudice e, quindi, alla sua sensibilità.

Sul piano normativo, occorre prendere atto che la più recente legislazione si è mossa e si muove in una direzione diversa.

Basti ricordare che, per chiedere un decreto ingiuntivo e invocarne, eventualmente, anche la provvisoria esecuzione, ai sensi dell'art. 642, c. 2, c.p.c., occorre disporre di una prova scritta del credito, ai sensi degli artt. 633, n. 1, e 634 c.p.c., ovvero della dichiarazione di un creditore qualificato, ai sensi degli artt. 633, n. 2 e n. 3, e 635 c.p.c. o dell'art. 50, d.lgs. 1.9.1993, n. 385. All'attenzione dedicata dal legislatore ai professionisti, alle banche e agli enti pubblici, non corrisponde quella dedicata ai lavoratori subordinati, che non possono chiedere il decreto ingiuntivo in base alla busta paga o ad altri documenti, ma devono percorrere la via della cognizione piena.

Questa soluzione è stata riconosciuta compatibile con le previsioni costituzionali (C. cost. n. 177/1981, n. 934/1988, n. 378/1990, n. 97/2000 e n. 182/2000).

Ma è stata, per contro, pure ritenuta legittima la limitazione alla disponibilità di effettive prove scritte e la conseguente esclusione della mera affermazione del credito da parte di un creditore qualificato in funzione della pronuncia dell'ordinanza ingiunzione *ex art. 186-ter* (C. cost. n. 295/1995, n. 545/2000, n. 180/2004, n. 237/2005).

Ai sensi del novellato art. 499 c.p.c., gli imprenditori possono intervenire nel processo esecutivo per espropriazione in base ai registri contabili di cui all'art. 2214 c.c. La mancanza di una analoga previsione per i lavoratori è stata ritenuta una scelta politica insindacabile da C. cost. n. 202/2011.

Le misure coercitive, introdotte quale strumento generale e non più

collegato a specifiche ipotesi, dall'art. 614-*bis* c.p.c., non sono utilizzabili, per espressa previsione legislativa, nelle controversie di lavoro.

L'art. 92 c.p.c. ha limitato la possibilità di compensare le spese e ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale: vd. le ordinanze di rimessione di T. Torino 30.1.2016, e di T. Reggio Emilia 28.2.2017 (2).

Occorre constatare che la scelta delle forme processuali è rimessa alla discrezionalità del legislatore, che il principio di uguaglianza, nel processo, opera in riferimento alle parti litiganti non anche, in base alla prima affermazione, in riferimento alla natura o alla funzione delle situazioni sostanziali tutelate e, quindi, alla situazione dei titolari di queste.

Purché sia garantito il rispetto delle garanzie fondamentali, la previsione dell'uno o dell'altro modello processuale è insindacabile dal giudice delle leggi; in assenza di regole predeterminate, il controllo di legittimità è limitato al rispetto delle menzionate garanzie.

4. — *Qualificazione del fatto e controllo di legittimità* — La riconosciuta insindacabilità delle scelte politiche del legislatore in riferimento alle forme processuali, l'attribuzione al giudice del compito di garante del rispetto dei principi fondamentali della tutela giurisdizionale nell'ambito di ogni modello processuale orienta l'attenzione sull'argomento specifico assegnato.

In base alle premesse, anche nella qualificazione del fatto e nell'esercizio dei poteri di controllo della legittimità della decisione impugnata, il giudice, e, in particolare, la Corte di Cassazione, dovrebbe considerare il principio di uguaglianza sostanziale: la diversa posizione del lavoratore e del datore di lavoro.

Il tema si presta a essere considerato soprattutto in riferimento alla modifica dell'art. 360, n. 5, c.p.c., realizzata dall'art. 54 del d.l. 22.6.2012, n. 83, conv. in l. 7.8.2012, n. 134.

In un contesto normativo nel quale era previsto un controllo di legittimità sulla motivazione, infatti, le questioni inerenti la qualificazione del fatto, comunque di notevole spessore teorico, finivano per perdere di rilevanza pratica: il controllo di legittimità avrebbe potuto essere esercitato sia in relazione alla motivazione, sia in relazione alla applicazione delle norme di legge; nell'uno e nell'altro caso era ammissibile.

Venuta meno la possibilità del controllo sulla motivazione, la questione assume notevole rilevanza, ma, come si vedrà, le soluzioni alle quali era pervenuta la giurisprudenza già prima della riforma del 2012 hanno fugato i timori pure manifestati dagli interpreti e dagli operatori.

(2) In RGL, 2017, II, 167 e 178, con mie note.

4.1. — Il risalente dibattito sulla interpretazione delle clausole generali o delle norme elastiche, infatti, ha, ormai da tempo, messo in evidenza che esso riguarda l'interpretazione e l'applicazione delle norme di diritto, non soltanto la motivazione o la valutazione del fatto (3).

In ogni caso, la questione non sembra possa prescindere dalla elaborazione in tema di abuso del diritto, culminata nella nota pronuncia della Corte di legittimità: Cass. 18.9.2009, n. 20106 (4), per la quale: l'abuso del diritto presuppone l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto al fine di conseguire obiettivi diversi da quelli indicati dal legislatore; è ammissibile un controllo di ragionevolezza, in funzione del temperamento degli opposti interessi delle parti; e, nella sfera di valutazione del giudice investito di una controversia contrattuale, rientra la considerazione delle posizioni delle parti, quali soggetti deboli o economicamente forti.

Anche le suggestioni provenienti dall'art. 30, l. 4.11.2010, n. 183, non si sono rivelate eversive.

In base a questa disposizione, le clausole generali devono essere applicate dal giudice limitandosi al solo accertamento del presupposto di legittimità delle decisioni imprenditoriali e il controllo «non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

Dal punto di vista strettamente processuale e in riferimento alla individuazione dei poteri del giudice, essa si rivela priva di contenuti profondamente innovativi.

Il confine esterno dell'ambito di operatività della norma è segnato dagli artt. 409 c.p.c. e 63, c. 1, d.lgs. 30.3.2001, n. 165: «nelle materie di cui...». «In tutti – questi – casi», «il controllo giudiziale è limitato». All'interno del confine esterno, segnato dagli artt. 409 c.p.c. e 63, c. 1, d.lgs. n. 165/2011, l'art. 30, c. 1, l. n. 183/2010, determina un cerchio concentrico: si tratta dei casi «nei quali le disposizioni di legge [...] contengano clausole generali». Tra tali disposizioni sono espressamente comprese «le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso». L'individuazione di ogni altra ipotesi è affidata all'interprete.

In questo ambito, il controllo giudiziale può avere per oggetto soltanto l'«accertamento del presupposto di legittimità», «non può essere esteso al

(3) Vd. Cass. 15.11.2001, n. 14229; Cass. 3.8.2001, n. 10750; Cass. 21.11.2000, n. 15004; Cass. 8.5.2000, n. 5822; Cass. 22.4.2000, n. 5299, in *FI*, 2003, I, 1845, con nota di E. Fabiani.

(4) In *FI*, 2010, I, 85, in *Contratti*, 2010, 5, in *NGCC*, 2010, I, 231, in *GC*, 2009, I, 2671, in *Resp. civ.*, 2010, 345, in *GI*, 2010, 556 e 809.

sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente». In questi casi, sono sottratte al controllo giudiziale di merito le «valutazioni tecniche, organizzative e produttive» dell'imprenditore.

La limitazione dei poteri del giudice, tuttavia, deve operare «in conformità ai principi generali dell'ordinamento».

Sennonché questo risultato è direttamente deducibile dall'art. 41 Cost., il primo capoverso del quale stabilisce che «l'iniziativa economica privata è libera» e il secondo dispone che essa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

In base all'espresso rinvio ai «principi generali dell'ordinamento», è possibile e doveroso il giudizio sulle «valutazioni tecniche, organizzative e produttive» dell'imprenditore, se ne è controversa la nocività alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana. Per quanto riguarda i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, inoltre, la valutazione nel merito del comportamento del datore di lavoro appare comunque possibile e doveroso, se è in discussione l'imparzialità o il buon andamento della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 97 Cost., espressamente richiamato dall'art. 63, c. 1, d.lgs. n. 165/2001, al quale rinvia l'art. 30, c. 1, l. n. 183/2010. Di fronte alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana, nonché all'imparzialità o al buon andamento della pubblica amministrazione, è espressamente esclusa e non sarebbe comunque ammissibile alcuna limitazione dei poteri giudiziali di controllo nel merito delle valutazioni del datore di lavoro.

Si tratta, in ogni caso, di questioni relative alla interpretazione e all'applicazione di norme di legge, sindacabili anche in sede di legittimità dalla Corte di Cassazione.

Il che prescinde dal merito delle soluzioni accolte e, quindi, anche dal dibattito suscitato da Cass. 7.12.2016, n. 25201, per la quale «La migliore efficienza gestionale o anche l'esigenza d'incremento del profitto che si traducano in un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo da attuare mediante soppressione di una posizione lavorativa possono integrare il giustificato motivo oggettivo di licenziamento». Appare, infatti, ragionevole dubitare che «l'esigenza d'incremento del profitto» possa essere anteposta ad altri valori deducibili dalla Carta fondamentale della Repubblica.

Dal punto di vista processuale, occorre prendere atto che l'interpretazione e l'applicazione delle clausole generali e delle norme elastiche è una questione di diritto, che anche la Corte di Cassazione può esaminare, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., e che quindi tale soluzione non è toccata dalla riforma dell'art. 360, n. 5, c.p.c.

4.2. — In riferimento a quest'ultima, la Corte, nella sua composizione più autorevole (5), ha affermato che la novella dell'art. 360, n. 5, c.p.c. «deve essere interpretata come riduzione al minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità, per cui l'anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità è solo quella che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'esistenza della motivazione in sé, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di sufficienza, nella mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, nella motivazione apparente, nel contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili, nella motivazione perplessa e obiettivamente incomprensibile».

La Corte ha evidenziato che «il nuovo testo del n. 5 dell'art. 360 introduce nell'ordinamento un vizio specifico che concerne l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia)»; ha specificato che «l'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo, se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, benché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie»; ha, quindi, concluso nel senso che «la parte ricorrente dovrà indicare – nel rigoroso rispetto delle previsioni di cui agli artt. 366, primo comma, n. 6, e 369, secondo comma, n. 4, c.p.c. – il “fatto storico”, il cui esame sia stato omesso, il “dato”, testuale o extratestuale, da cui ne risulti l'esistenza, il “come” e il “quando” (nel quadro processuale) tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti, e la “decisività” del fatto stesso».

La lettura della riforma non riprende l'interpretazione della disposizione fornita dalla stessa Corte nel periodo di vigenza del testo dal 1942 al 1950, ma si adegua alle indicazioni contenute nella Relazione al codice: «nel n. 5 il legislatore ha disciplinato il ricorso per difetto di motivazione entro precisi limiti, diretti a evitare gli abusi che si sono verificati nella pratica sotto il vigore del codice del 1865. La Corte di Cassazione, in quanto organo supremo della giustizia, deve infatti conoscere il difetto dei motivi della sentenza impugnata, giacché la motivazione delle decisioni è una garanzia fondamentale di retta amministrazione della giustizia. La formula adottata fa sicuramente cadere l'obiezione che il giudice supremo non può

(5) Cass. 7.4.2014, n. 8053 e n. 8054, in *FI*, 2015, I, 209, con nota di P. Quero.

ben giudicare sulla mancanza dei motivi avendo una inesatta nozione del fatto, giacché gli elementi di fatto, posti a base di questo mezzo di ricorso, devono chiaramente emergere dagli atti, in quanto hanno formato oggetto di discussione tra le parti».

Il testo attuale, infatti, corrisponde a quello originario del codice; l'art. 360, n. 5, non aveva corrispondenti nel codice del 1865, vigente il quale i vizi logici del provvedimento impugnato erano considerati come ragioni di nullità; la disposizione è stata quindi modificata nel 1950 e nel 2006.

Come indicato nella relazione del 1940, la Corte ha collegato il nuovo testo al principio di autosufficienza del ricorso; l'omissione deve risultare dal testo della sentenza e dagli atti, non riguarda gli elementi istruttori; la Corte ha anche analiticamente specificato i dati necessari al rispetto del principio di autosufficienza: l'indicazione del fatto, l'esame del quale sarebbe stato omesso, degli atti processuali, dai quali ne risulti l'esistenza e la discussione, e la sua «decisività».

4.3. — L'autosufficienza quale requisito di ammissibilità del ricorso per cassazione non ha un'espressa base normativa. Si fonda sull'interpretazione dell'art. 366, n. 3 e n. 6, c.p.c., per i quali il ricorso deve contenere, rispettivamente, «l'esposizione sommaria dei fatti della causa» e «la specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda».

Il principio di autosufficienza del ricorso ha rischiato di assorbire ogni altro requisito di ammissibilità del ricorso, perché si è ritenuto che, se da questo non emergono tutti gli elementi idonei a valutarne non solo l'ammissibilità ma anche la fondatezza, la sua violazione esonera la Corte dal giudizio sulla sussistenza degli *errores in procedendo* e/o *in iudicando*.

La questione è stata considerata nel «Protocollo d'intesa Corte di Cassazione e Consiglio nazionale forense sulle regole di redazione dei ricorsi del 17.12.2015» (6), frutto anche dei timori, espressi dal Consiglio nazionale forense, per gli abusi nella sua applicazione.

Nel documento si chiarisce che le regole in esso contenute non sono requisiti di ammissibilità, né di procedibilità del ricorso e degli altri «atti difensivi», «salvo che ciò non sia espressamente previsto dalla legge».

In questo ambito, oltre ad aspetti formali, quali il formato della carta e del testo, si invitano le parti ad anteporre agli atti una sintesi degli elementi; in particolare, a indicare le parti e i difensori, il provvedimento impugnato, l'oggetto del giudizio, il valore della controversia e l'ammon-

(6) [Http://bit.ly/2fj2ZLI](http://bit.ly/2fj2ZLI).

tare del contributo unificato, una sintesi del motivo di ricorso, i documenti prodotti.

Il protocollo, infine, si sofferma sulla applicazione del principio di autosufficienza e ne indica l'operatività.

Anche la tutela dei diritti sociali nel giusto processo deve sottostare a questo percorso, che, in base ai principi fondamentali all'inizio richiamati, almeno non è precluso, ma si presenta comunque impervio.

ABSTRACT

La specialità dei diritti sostanziali che originano da un rapporto di lavoro è alla base del dibattito sulla tutela giurisdizionale differenziata. Costituisce un dato acquisito che il processo abbia forme diverse a seconda dei diritti che si tutelano.

Con riferimento al giudizio di legittimità nell'ambito delle controversie di lavoro, viene in rilievo il limite al potere di controllo del fatto, da parte della Cassazione, anche alla luce della riforma della nuova versione dell'art. 360 n. 5 c.p.c., nonché, rispetto alle cd. clausole generali, la circostanza che la loro interpretazione e applicazione è una questione di diritto, che anche la Corte di Cassazione può esaminare, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.

JUDICIAL CONTROL OF THE FACTS AND VICES OF LEGITIMACY IN CASSAZIONE JUDGEMENT

The peculiarity of subjective rights in labour suits grounds the debate on different forms of civil proceedings. The diversity of the forms is a common factor.

With reference to labour proceedings before the Supreme Court, the problem of the power of controlling facts is relevant, also considering the reform of art. 360, n. 5, of the Codice di Procedura Civile, as well as the so called general clauses, their interpretation and enforcement is an issue of law, that can be decided by the Cassazione, according to art. 360, n. 3, c.p.c.

Carla Ponterio ()*

LA TUTELA EFFETTIVA DEI DIRITTI SOCIALI NEL GIUDIZIO DI MERITO

SOMMARIO: 1. Il lavoro tra i diritti sociali. — 2. Gli ostacoli nell'accesso alla giustizia. — 2.1. Gli ostacoli di ordine procedurale. — 2.2. Gli ostacoli di ordine sostanziale. — 2.2.1. Disciplina del contratto a tempo determinato. — 2.2.2. Disciplina dei licenziamenti. — 3. Il mutamento di paradigma.

1. — *Il lavoro tra i diritti sociali* — Il lavoro è il diritto sociale per eccellenza perché è essenzialmente su di esso che si gioca la scommessa dell'art. 3, secondo comma, della Costituzione, e inoltre perché ha, o forse bisognerebbe dire «aveva», interiorizzato il concetto di interesse collettivo come sintesi di interessi individuali.

Il ruolo assegnato ai diritti sociali, e al lavoro in particolare, dalla nostra Costituzione e dalle Carte europee impone di interrogarsi sulla effettività di questi diritti e sull'efficacia degli strumenti di garanzia. E se è vero che il processo del lavoro è una sorta di barometro del grado di protezione dei diritti sociali, è sufficiente richiamare alcuni dati per avere la misura del declino in atto.

Dall'Osservatorio Inps sul precariato (1) si ricava, ad esempio, che i licenziamenti per ragioni economiche (giustificato motivo oggettivo e collettivi) sono stati in ciascuno degli anni 2014-2016 circa 500.000. I procedimenti iscritti a ruolo di impugnativa dei licenziamenti intimati per ragioni economiche sono passati da 5.000 circa nel 2014 a 3.500 nel 2016, secondo i dati del ministero della Giustizia pubblicati dal sen. Ichino (2). Le cessazioni di rapporti a termine negli anni 2014-2016 sono state superiori ai due milioni per anno, i procedimenti iscritti sono passati da 2.867 nel 2014 a 1.246 nel 2016. I *voucher*, del valore nominale di euro 10,00 ciascuno, venduti nel 2015 e 2016 sono stati superiori ai 100 milioni di

(*) Consigliere della Corte d'Appello di Bologna, Sezione lavoro.

(1) https://www.inps.it/docallegatiNP/DatiEBilanci/Osservatoristatisticiealtrestatistiche/Documents/Osservatorio_Precariato-Gen-Apr_2017.pdf.

(2) <http://www.pietroichino.it/?p=43821>.

euro. I procedimenti iscritti pari a zero. In generale, i dati del ministero della Giustizia evidenziano una riduzione del contenzioso nell'arco di tempo dal 2012 al 2016 pari al 33%. Questa percentuale sale al 56% e al 64% rispettivamente per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e collettivi, al 71% per i licenziamenti disciplinari, all'84% per le cessazioni di contratti a termine.

Una riduzione così drastica per due istituti, come il licenziamento e la cessazione dei contratti a termine, particolarmente sensibili in quanto attinenti alla fase di estinzione del rapporto, e quindi alla perdita del lavoro, dà la misura della forte riduzione di tutela che l'ordinamento giuridico, attraverso il processo, riesce ad assicurare ai diritti fondamentali dei lavoratori. E ciò senza considerare come vi siano interi settori di disciplina normativa o contrattuale su cui nessun contenzioso giudiziario si è sviluppato e che riguardano, ad esempio, le questioni sull'art. 8 della legge n. 148 del 2011 in materia di contrattazione di prossimità, abilitata a derogare alla legge e ai contratti collettivi nazionali, oppure sul Contratto collettivo specifico di primo livello Fca-Cnh, già Fiat. Questi dati rivelano una deflazione significativa del contenzioso che se fosse correlata all'aumento del livello di legalità nei rapporti di lavoro e alla riduzione dell'abuso del processo sarebbe certamente una deflazione buona; ma una serie di elementi inducono a ritenere che si tratti di una deflazione cattiva, per essere la riduzione dell'accesso alla giustizia conseguenza della riduzione complessiva delle tutele.

2. — *Gli ostacoli nell'accesso alla giustizia* — L'accesso alla giustizia di merito incontra una serie di ostacoli che possono suddividersi in due categorie principali: gli ostacoli di ordine procedurale in senso lato e gli ostacoli di ordine sostanziale, a cui si somma l'ulteriore problema del costo della giustizia.

2.1. — *Gli ostacoli di ordine procedurale* — Gli ostacoli procedurali sono legati, in particolare, al sistema delle decadenze e ad alcune particolarità del rito Fornero. Il sistema delle decadenze introdotto dalla legge n. 183 del 2010, se, da un lato, ha rimediato ad alcuni problemi legati all'eccessiva durata dei processi che si traduceva, nelle cause di impugnativa dei licenziamenti, in risarcimenti a volte molto elevati, dall'altro lato, e specialmente in relazione al lavoro precario (contratti a tempo determinato, somministrazione di lavoro a termine), ha creato un ostacolo insormontabile per l'accesso alla giustizia. Il lavoratore precario ha interesse, anzi ha bisogno della proroga e del rinnovo del contratto e una eventuale azione in giudizio lo allontana inevitabilmente da questo obiettivo. Il decreto legislativo n. 81

del 2015, con l'art. 28, ha sì aumentato il termine per l'impugnativa stragiudiziale da sessanta a centoventi giorni, ma ha esplicitato come tale termine debba essere osservato per ogni singolo contratto, lasciando così intatto il problema connesso alla difficoltà di azione in giudizio per timore del mancato rinnovo o della proroga del contratto a termine.

Occorre interrogarsi sulla razionalità di un sistema che valorizza il *metus* del lavoratore, ad esempio, ai fini della individuazione del regime prescrizione applicabile ai crediti retributivi (3), e non valorizza quello stesso *metus* ai fini della possibilità di azione in giudizio per il riconoscimento del carattere a tempo indeterminato del rapporto, che dovrebbe rappresentare, secondo il diritto eurounitario e il diritto interno, la forma comune dei rapporti di lavoro che «contribuisc[e] alla qualità della vita dei lavoratori interessati» (4). Sono illuminanti, al riguardo, le parole adoperate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 63 del 1966, che ha dichiarato illegittime le disposizioni che consentivano il decorso della prescrizione del diritto alla retribuzione durante il rapporto di lavoro. In questa sentenza, la Corte costituzionale ha rilevato come in un rapporto non dotato di resistenza – quella che all'epoca era propria solo del rapporto d'impiego pubblico – il timore del licenziamento potesse spingere il lavoratore a rinunciare a una parte dei propri diritti, anche attraverso il mancato esercizio degli stessi, e ha ritenuto una simile rinuncia invalida ai sensi dell'art. 36 Cost., che, dichiarando irrinunciabili il diritto al riposo e alle ferie, impone di considerare *a fortiori* irrinunciabile il diritto al salario. La Corte costituzionale, nella pronuncia in esame, ha richiamato a conforto dell'interpretazione adottata anche l'art. 2113 c.c., già inquadrato dalla giurisprudenza nei principi costituzionali, che ammette l'annullamento della rinuncia del lavoratore ai propri diritti se intervenuta prima della cessazione del rapporto o subito dopo. Ha sostenuto che il decorso della prescrizione del diritto al salario in costanza di rapporto fosse idoneo a produrre un effetto analogo alla rinuncia al diritto medesimo; rinuncia che l'ordinamento considera, appunto, invalida per «proteggere il contraente più debole contro la sua propria debolezza di soggetto interessato alla conservazione del rapporto». La prescrizione, secondo la Corte costituzionale, non può quindi decorrere in costanza di rapporto perché «potrebbe mascherare una rinuncia ai diritti».

(3) Cfr. Cass. 28.3.2012, n. 4942, S.U.; Cass. 22.6.2004, n. 11644.

(4) Cfr.: Direttiva n. 1999/70/Ce, relativa all'Accordo quadro Ces, Unicee Ceep sul lavoro a tempo determinato, Considerando n. 6; d.lgs. n. 368/2001, art. 1; d.lgs. n. 81/2015, art. 1.

Il Collegato lavoro ha introdotto un sistema di decadenze il cui decorso, per quanto riguarda i contratti a termine causali, propri del regime *ante Jobs Act*, nasconde molto spesso una rinuncia del lavoratore a far valere la nullità del termine per il timore di mancata reiterazione del contratto e di perdita della possibilità di assunzione a tempo indeterminato, essendo usuale il ricorso ai contratti a termine quali prolungati periodi di prova. Sebbene il regime prescrizione oggetto della sentenza della Corte costituzionale e le decadenze introdotte dalla legge n. 183 del 2010 si collochino su piani non perfettamente sovrapponibili, tuttavia si è di fronte, in entrambi i casi, a una probabile rinuncia del lavoratore a far valere un proprio diritto, nel primo caso, al salario che gli spetta e, nel secondo caso, alla conversione del rapporto; rinuncia sempre sorretta dal timore di perdere il lavoro di cui concretamente egli dispone o può ragionevolmente disporre in quel momento. I principi su cui si basa la sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 1966 fanno parte di un sistema normativo che non è tramontato ed è assolutamente attuale; esso si fonda sul presupposto della validità della rinuncia del lavoratore ai propri diritti solo se posta in essere in un contesto garantito, dovendosi al contrario proteggere il lavoratore nei confronti della propria debolezza, cioè di proprie condotte abdicative non frutto di libera scelta ma condizionate dal timore di un trattamento peggiorativo. È per questa ragione che il sistema di decadenze applicato al singolo contratto a termine presenta profili di tensione con i principi costituzionali, potendo il decorso del termine di decadenza in relazione al singolo contratto produrre gli stessi effetti di una rinuncia, come tale invalida, al diritto di far valere la nullità del termine. Da questo punto di vista, sarebbe maggiormente conforme ai principi costituzionali citati far decorrere il termine di decadenza, ad esempio, dalla scadenza dei trentasei mesi, cioè del periodo massimo di durata dei contratti a tempo determinato.

È vero che il problema indotto dal sistema di decadenze è stato in gran parte vanificato dalla eliminazione delle causali nel contratto a termine e nel contratto di somministrazione a termine (e i dati sui procedimenti iscritti – riduzione dell'80% – ne costituiscono univoca conferma); tuttavia, la disciplina ora dettata dal decreto legislativo n. 81 del 2015 deve ancora essere valutata in termini di compatibilità con le fonti di diritto eurounitario. Non può quindi escludersi che possa riemergere il ruolo delle causali ai fini della legittima apposizione del termine ai contratti di lavoro e quindi lo spazio di un controllo giudiziale sulle stesse, con conseguente necessità di un sistema di decadenze compatibile con la tutela del lavoratore contro la sua propria debolezza.

La previsione dei termini di decadenza rappresenta un concreto ostacolo nell'accesso alla giustizia anche per un'altra ragione, connessa alle difficoltà e al tempo necessario per l'individuazione del datore di lavoro effettivo o utilizzatore nei casi di interposizioni fittizie, realizzate attraverso contratti di somministrazione irregolare o appalto non genuino, tenuto conto dell'obbligo di impugnativa nei confronti dell'utilizzatore, come argomentato dalla giurisprudenza (5). Ulteriori ostacoli nell'accesso alla giustizia sono ricollegabili all'introduzione del rito cd. Fornero ed essi sono diretta conseguenza del carattere farraginoso e incompleto della disciplina processuale dettata dalla legge n. 92 del 2012, come è testimoniato dalle numerose pronunce di inammissibilità, o comunque di carattere meramente processuale, che sono intervenute nei primi tempi di vigenza del rito medesimo (6). Tra le anomalie del rito suddetto, una, alquanto significativa in termini dissuasivi nell'accesso alla giustizia, è rappresentata dalla necessità per il lavoratore di proporre diversi ricorsi, e quindi di instaurare distinti procedimenti, ove abbia rivendicazioni ulteriori rispetto all'impugnativa del licenziamento, e che non siano fondate sugli identici fatti costitutivi (7).

2.2. — *Gli ostacoli di ordine sostanziale* — Gli ostacoli sostanziali che si frappongono alla tutela dei diritti sociali riguardano non solo la capacità del processo di assicurare proprio quello e tutto quello che è oggetto della domanda (al riguardo è emblematica l'esclusione delle controversie di lavoro dalla sfera di operatività dell'art. 614-*bis* c.p.c.), ma anche, e principalmente, l'utilità del processo in relazione al corredo di diritti azionabili. Su quest'ultimo aspetto occorre registrare una tendenza legislativa, che ha investito specificamente la disciplina di settori sensibili legati alla cessazione del rapporto di lavoro (licenziamento, contratti a tempo determinato e di somministrazione a termine) e che ha gradualmente prodotto un restringimento delle tutele riconosciute ai lavoratori.

In una prima fase, questa tendenza si è tradotta nel sacrificio del principio di integralità del risarcimento del danno. Attraverso passaggi successivi, il legislatore è giunto a sacrificare la tutela risarcitoria in forma specifica (come a suo tempo delineata nella sentenza della Corte di Cassazione n. 141/06, S.U.), resa del tutto marginale in favore di una tutela per equivalente, già privata della caratteristica dell'integralità e, in alcuni casi, della

(5) Cfr. Cass. 13.9.2016, n. 17969. In senso parzialmente diverso, cfr. Cass. 6.7.2016, n. 13790.

(6) Cfr. Amoroso 2015, 1 ss.

(7) Cfr. Cass. 10.8.2015, n. 16662; Cass. 13.6.2016, n. 12094; Cass. 16.8.2016, n. 17107; Cass. 12.8.2016, n. 17091.

effettività. Rispetto a queste tendenze legislative, che possono essere definite regressive, la giurisprudenza non sempre è riuscita a costituire un freno efficace.

2.2.1. — *Disciplina del contratto a tempo determinato* — Il primo passo, in ordine temporale, nella rinuncia alla integralità del risarcimento è stato compiuto dal legislatore con l'art. 32 del Collegato lavoro, che ha introdotto, per l'ipotesi di conversione del contratto a termine illegittimo, la forfettizzazione del danno. Tale criterio è stato ritenuto applicabile dalla giurisprudenza di legittimità anche alle ipotesi di lavoro interinale e di somministrazione a termine (8) e ha avuto grande fortuna fino a diventare parametro del cd. «danno comunitario» (9) nel pubblico impiego privatizzato.

Sull'art. 32 della legge n. 183 del 2010, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 303/11, ha giustificato la scelta legislativa di forfettizzare il danno risarcibile sul presupposto che l'integralità della riparazione non avesse copertura costituzionale, purché fosse garantita l'adeguatezza del risarcimento, e in ragione dell'esigenza di certezza del diritto, essendo emerse incertezze nella individuazione del *dies a quo* del risarcimento del danno e nella determinazione dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*. La certezza del diritto è stata intesa in una accezione assolutamente nuova e insolita, di pre-conoscenza datoriale delle conseguenze della condotta illegittima. Di fronte a una nullità imputabile a parte datoriale (per esempio, per apposizione del termine al contratto di lavoro al di fuori dei presupposti di legge), quindi di fronte a una frattura seria delle regole di diritto, la scelta legislativa di forfettizzare il danno risarcibile, sacrificando la regola della integralità della tutela risarcitoria, è stata giustificata dalla Corte costituzionale in ragione di incertezze interpretative e applicative, non particolarmente complesse e facilmente superabili attraverso un intervento nomofilattico della Suprema Corte. Tali incertezze sono diventate, solo nel settore del diritto del lavoro, il pretesto per rinunciare al risarcimento integrale del danno.

L'impostazione adottata dal giudice delle leggi rappresenta un *unicum* che non ha eguali nel diritto delle obbligazioni e dei contratti. Quest'ultimo non conosce deroghe alla integralità del risarcimento del danno motivate in ragione di divergenze interpretative (ad esempio, sulla messa in mora o sul concorso del fatto colposo del creditore, ai sensi dell'art. 1227 c.c.) e non conosce meccanismi specificamente volti a comprimere il sin-

(8) Cfr. Cass. 1.8.2014, n. 17540; Cass. 29.5.2013, n. 13404; Cass. 17.1.2013, n. 1148.

(9) Cfr. Cass. 15.3.2016, n. 5072, S.U.

dacato giudiziale, ma conosce, al contrario, principi generali che consentono al giudice, equitativamente, di operare riduzioni del danno risarcibile in relazione a specifiche caratteristiche del caso concreto (ad esempio, in tema di riduzione della penale, ai sensi dell'art. 1384 c.c.). Tuttavia, deve darsi atto di come la sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 2011, pronunciata in relazione a un rapporto di lavoro privato e a un contratto a termine ancora causale, salvaguardasse il principio di adeguatezza ed effettività del risarcimento del danno, ritenendo lo stesso soddisfatto per essere l'indennità forfettizzata di cui all'art. 32 della legge n. 183 del 2010 attribuita al lavoratore in aggiunta alla conversione del rapporto, che è la «protezione più intensa che possa essere riconosciuta a un lavoratore precario» e «senza necessità né dell'offerta della prestazione, né di oneri probatori di sorta».

Rispetto all'epoca della decisione appena richiamata, il contesto normativo ha subito modifiche peggiorative, con la eliminazione della causalità del contratto a termine e quindi delle ipotesi di nullità costituenti la premessa della tutela indennitaria dettata dal citato art. 32. Sul tema della effettività e adeguatezza del risarcimento del danno, una serie di problemi e di dubbi residuano poi in relazione alla giurisprudenza formatasi sul «danno comunitario», che, nel rapporto di pubblico impiego privatizzato, utilizza il meccanismo della forfettizzazione disancorato dalla conversione, non consentita in assenza di concorso. Nelle osservazioni scritte presentate il 4.1.2017 dalla Commissione europea alla Corte di Giustizia nella causa C-494/16, relativa alla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Trapani, è sottolineato (par. n. 44) come «i rimedi indicati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 5072/2016 non sembrerebbero, almeno *prima facie*, consentire l'esercizio del diritto al risarcimento del danno per ricorso abusivo alla contrattazione a termine in maniera conforme al principio di effettività, a tal punto che, così come configurata, detta tutela risarcitoria parrebbe rendere praticamente impossibile al lavoratore di ottenere completa e adeguata riparazione per la precarizzazione conseguente all'abuso commesso dalla pubblica amministrazione, specie se si considera il tempo durante il quale il contratto a termine è stato abusivamente prorogato nel procedimento *a quo*», e che «il rimedio del risarcimento del danno, consistente nella corresponsione dell'indennità forfettaria di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010, e integrato da un eventuale risarcimento del danno per perdita di "*chance*", è compatibile con il principio di effettività purché consenta: a) una riparazione adeguata del danno subito; b) un risarcimento integrale di tale danno e c) una riparazione superiore a un risarcimento solo simbolico».

2.2.2. — *Disciplina dei licenziamenti* — In materia di licenziamenti, la rinuncia alla regola della tutela in forma specifica, quindi della tutela reintegratoria, è stata realizzata prima, seppure con formula compromissoria, con la legge n. 92 del 2012, e poi in maniera compiuta col decreto legislativo n. 23 del 2015, che ha elevato a regola generale la tutela indennitaria, prevedendo per il caso di licenziamento illegittimo l'obbligo di corresponsione di un indennizzo, anche nominalmente diverso dal risarcimento, ancorato in modo automatico all'anzianità di servizio del lavoratore. Il carattere non congruo dell'indennizzo (10), e quindi del risarcimento per equivalente ottenibile dal lavoratore a fronte di un licenziamento illegittimo, costituisce un chiaro *vulnus* al canone di effettività del risarcimento, a cui la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 303 del 2011, sebbene in relazione al contratto a tempo determinato, aveva subordinato il sacrificio della integralità del risarcimento. L'irrisorietà dell'indennizzo, privo di una «minima effettività risarcitoria» (11) in uno con i costi del processo e il rischio dell'onere delle spese di lite (12), rappresenta un forte deterrente all'azione in giudizio e quindi un grave ostacolo alla tutela dei diritti dei lavoratori, e prova né è il numero assolutamente esiguo di pronunce sul decreto legislativo n. 23 del 2015, nonostante siano ormai decorsi due anni dalla sua entrata in vigore.

Le modifiche sostanziali del 2012 e del 2015 sono state accompagnate, in modo parallelo, dall'introduzione di meccanismi dissuasivi del ricorso al giudice. A parte il tentativo del Collegato lavoro di dirottare verso l'arbitrato le controversie di lavoro, la legge n. 92 del 2012 ha reso obbligatorio il tentativo preventivo di conciliazione in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con possibilità di accesso all'Aspi in ipotesi di conciliazione dinanzi alle Commissioni, e il decreto legislativo n. 23 del 2015 ha introdotto una offerta conciliativa che consente di fatto al lavoratore di ottenere una somma non molto diversa da quella a cui può aspirare in caso di pronuncia favorevole; somma ottenibile in tempi rapidi, senza dover affrontare le lungaggini di un processo, non più sottoposto al rito cd. Fornero, e senza correre il rischio, in caso di soccombenza, di una consistente condanna alle spese di lite e, nei gradi successivi al primo, al raddoppio del Contributo unificato.

Le riforme, specie del 2015, non hanno avuto a oggetto solo la disciplina del licenziamento, ma, tra l'altro, la «decausalizzazione» dei poteri im-

(10) Cfr. Speciale 2015, 40 ss.; Giubboni 2015, 16 ss.

(11) *Ivi*, 21.

(12) Cfr. Martino 2017.

prenditoriali nel contratto a tempo determinato e nella somministrazione a termine, con connessa eliminazione a monte del potere di controllo del giudice sulla dose di precarietà fruibile da parte datoriale. In materia di mansioni, si è passati nel volgere di pochi anni dal danno *in re ipsa* quale conseguenza del demansionamento al demansionamento legalizzato, attraverso la riforma dell'art. 2103 c.c.

In questo contesto, il ricorso al giudice rischia di essere non tanto difficoltoso, ma sostanzialmente inutile.

3. — *Il mutamento di paradigma* — La legislazione degli ultimi anni non ha solo deregolato i rapporti individuali e collettivi di lavoro, come emerge dalla rassegna finora fatta, ma ha anche realizzato una contestuale riregolazione in cui sembra che il valore da tutelare non sia più il lavoratore come contraente debole bensì l'impresa come istituzione sociale. La dottrina ha parlato di un nuovo paradigma che ruota attorno al principio di matrice giuseconomica della «rottura efficace del contratto», secondo cui la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, con conseguente scomparsa di qualsiasi contenuto valoriale della stabilità del rapporto di lavoro (13).

Questo punto di arrivo deve interrogarci seriamente sul ruolo della giurisprudenza, o meglio della giustizia del lavoro, perché se il legislatore ha scelto di non dettare le regole al mercato ma di accettare che fosse il mercato a dettare le regole per la legislazione, la magistratura non può fare altrettanto. Come ha scritto la prof.ssa Carlassare (14), vi è un ruolo insostituibile dei giudici nell'attuazione della Costituzione. Il ricorso al giudice è l'unica via attraverso cui è possibile verificare la compatibilità del nuovo paradigma con la Costituzione e, prima ancora, con i principi di diritto civile, al cui interno si colloca necessariamente il diritto del lavoro. Occorre che i giudici del lavoro siano consapevoli di questo ruolo cruciale e che utilizzino tutti gli strumenti a disposizione (interpretazione costituzionalmente o eurounitariamente orientata, questioni di legittimità costituzionale e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, utilizzo delle categorie e delle nullità civilistiche ecc.) per evitare che il ricorso al giudice diventi sempre più una strada inutile e addirittura costosa.

C'è un ulteriore aspetto su cui la magistratura deve essere molto cauta, e riguarda il tema della insindacabilità delle scelte imprenditoriali e la portata dell'art. 41 Cost. Quest'ultima disposizione conferma e avvalora la di-

(13) Perulli (2015), 4 ss.; Speciale 2015, 1 ss.

(14) Carlassare 2017.

menzione essenziale del ruolo del giudice di mediatore tra interessi giuridici contrapposti di rilievo costituzionale (iniziativa economica privata e tutela del lavoro), in grado di tracciare, attraverso la necessaria attività di integrazione giuridica delle norme elastiche, la misura del condizionamento in senso sociale del potere economico, contrastando la tendenza legislativa di collocare il giudice al di fuori del conflitto o meglio, il conflitto fuori dalle aule di giustizia, su un terreno in cui il lavoratore è inevitabilmente soccombente.

Questi sono i principi e l'esempio che ci ha lasciato Sergio Mattone, ed è un'eredità che abbiamo il dovere di difendere con molta forza.

Riferimenti bibliografici

- Amoroso G. (2015), *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in RIDL, I, 427 ss.
- Carlassare L. (2017), *L'effettività dei diritti sociali nella Costituzione*, in RGL, n. 4, I, 671 ss.
- Giubboni S. (2015), *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 246, 16 ss.
- Martino V. (2017), *Diritti di difesa, negoziazione assistita e art. 92 c.p.c.*, in RGL, n. 4, I, 703 ss.
- Perulli A. (2015), *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 4 ss.
- Speciale V. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 259, 40 ss.

ABSTRACT

L'articolo analizza le modifiche legislative che a partire dal 2010, attraverso l'introduzione di ostacoli procedurali nell'accesso alla giustizia e il sacrificio del principio di integralità del risarcimento del danno, hanno determinato una sostanziale compressione dei diritti dei lavoratori, privando di contenuto valoriale la stabilità del rapporto di lavoro e sottraendo la libertà d'impresa da ogni condizionamento in senso sociale.

THE EFFECTIVE PROTECTION OF THE SOCIAL RIGHTS IN PROCEEDINGS OF FIRST INSTANCE

The paper analyses the legislative amendments that from 2010, through the introduction of obstacles in the procedure of the access to justice and by sacrificing the principle of full compensation for damage, have introduced a limitation of the employees' rights, infringing the principle of the stability of the employment relationship and eliminating all social limits to the freedom of establishment.

Jesús Cruz Villalón ()*

LE SFIDE ATTUALI DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA IN SPAGNA (**)

SOMMARIO: 1. La tradizionale forza della contrattazione collettiva. — 2. L'impatto della riforma del quadro legale. — 3. Nuovo scenario e nuove sfide. — 4. La fuga dei settori emergenti. — 5. Pressioni verso il decentramento. — 6. Le funzioni di gestione aziendale. — 7. Le pratiche fraudolente. — 8. Il protagonismo sindacale.

1. — *La tradizionale forza della contrattazione collettiva* — La contrattazione collettiva costituisce un pilastro fondamentale di qualsiasi sistema nazionale di relazioni industriali, e specialmente di quello spagnolo, nel quale i contratti collettivi assumono un ruolo centrale, tanto nella fissazione dell'equilibrio di interessi tra i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro, quanto nella determinazione delle condizioni di lavoro dei lavoratori. In Spagna, questa rilevanza della contrattazione collettiva risulta particolarmente evidente, considerato che, dall'avvento del modello democratico di relazioni industriali agli inizi degli anni ottanta del secolo scorso, si è conseguito e mantenuto un elevato tasso di copertura della contrattazione stessa, cosicché la maggior parte dei datori e dei lavoratori regolano le condizioni di lavoro attraverso un contratto collettivo. Addirittura, negli anni novanta, la regolamentazione contrattual-collettiva aveva raggiunto praticamente tutti i settori con la firma del cd. «*Acuerdo Interconfederal de Vacíos de Cobertura*», volto a fissare prescrizioni minime imprescindibili per quelle imprese e quei settori in cui non vi era un contratto di riferimento. Si tratta di un'esperienza degna di rilievo, anche se a carattere isolato e non replicata quando tale Accordo perse vigenza alla fine del secolo scorso.

Nonostante le statistiche disponibili in materia presentino problemi di attendibilità e mostrino diverse carenze, può stimarsi che il tasso di copertura in Spagna si collochi intorno all'80% del totale degli occupati soggetti all'*Estatuto de los Trabajadores*, esclusi cioè i dipendenti pubblici non con-

(*) Catedrático di Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social presso l'Università di Siviglia.

(**) Traduzione a cura Giovanni Calvellini.

trattualizzati (cioè in regime di diritto pubblico). Ciò è quanto si può ricavare dalla seguente tabella.

Tasso di copertura della contrattazione collettiva in Spagna

ANNI	LAVORATORI DIPENDENTI* (A)	LAVORATORI CON RAPPORTO DI LAVORO DI DIRITTO PUBBLICO** (B)	LAVORATORI CON RAPPORTO DI LAVORO DI DIRITTO PRIVATO (C=A-B)	LAVORATORI COPERTI DA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA*** (D)	TASSO DI COPERTURA (D/C)
2009	15.881.100	1.972.059	13.909.041	11.557.823	81,09%
2010	15.592.300	1.995.596	13.965.704	10.794.334	77,29%
2011	15.394.200	1.999.821	13.594.379	10.662.783	78,43%
2012	14.288.700	1.998.675	12.290.025	10.099.019	82,17%
2013	14.093.400	1.935.542	12.157.858	10.265.402	84,43%
2014	14.483.100	1.919.909	12.563.191	10.304.700	82,02%
2015	14.773.475	1.922.609	12.850.866	10.227.278	79,58%

* Dati Ine-Epa (*Encuesta de Población Activa*). Medie annuali.

** Bollettino statistico del personale al servizio delle pubbliche amministrazioni. Registro centrale del personale. Dati semestrali, inseriti il 1° luglio di ogni anno.

*** Dati del ministero del Lavoro e della Previdenza sociale/Statistiche/Condizioni di lavoro e relazioni industriali/Contratti collettivi di lavoro/Serie principali. Lavoratori coperti da contratto collettivo per anno. Dati aggregati.

Vari fattori hanno inciso sulla forza della contrattazione collettiva in Spagna: dall'intenso radicamento dei sindacati nell'insieme dei settori e delle imprese, fino a una normativa statale di forte promozione.

Tra i principali dati giuridici che favoriscono questo alto tasso di copertura nel modello negoziale spagnolo spiccano i seguenti: 1) la piena ammissibilità della stipulazione di contratti collettivi di categoria, che permette la diffusione della contrattazione collettiva in un sistema economico basato su un'intensa presenza di micro e piccole imprese poco propense ad accettare la presenza al proprio interno di organizzazioni sindacali che siano capaci di sviluppare una rete di contratti aziendali; 2) l'efficacia giuridica vincolante dei contratti collettivi – riconosciuta dalla Costituzione –, che impedisce che attraverso un accordo individuale si deroghi a quanto

concordato dalle parti sociali e, come effetto indiretto, che l'autonomia individuale riduca la capacità dei soggetti collettivi di gestire il complesso delle relazioni industriali; 3) l'efficacia giuridica generale o *erga omnes* dei contratti collettivi – prevista dall'*Estatuto de los Trabajadores* –, che implica che gli stessi trovino applicazione nei confronti di tutti i lavoratori indipendentemente dalla loro affiliazione sindacale; 4) l'inclusione, in linea di principio, della totalità dei lavoratori e dei datori di lavoro sottoposti alla legislazione lavoristica nell'ambito di applicazione della disciplina contrattuale-collettiva (con l'unica eccezione del personale dirigenziale), ritenendosi – sulla base della giurisprudenza costituzionale – che le esclusioni soggettive carenti di una giustificazione obiettiva debbano essere considerate discriminatorie (circostanza, questa, che preclude l'esclusione dei rapporti di lavoro atipici); 5) la possibilità che i contratti collettivi abbiano efficacia ultrattiva – prevista in modo limitato dalla legge, ma generalizzata dagli stessi contratti collettivi –, cioè continuino a produrre i loro effetti anche dopo la scadenza e fintanto che non vengano stipulati nuovi contratti che li sostituiscano, scongiurando così il rischio che si verifichino vacanze contrattuali nei periodi di negoziazione dei rinnovi; 6) il dovere di rinegoziare i contratti collettivi a seguito della disdetta dei precedenti, dal quale discende la capacità di attualizzazione dei loro contenuti e, di conseguenza, la continuità della loro effettiva influenza. Inoltre, quasi tutti i contratti collettivi sono andati progressivamente assumendo contenuti negoziali sempre più ampi.

Tradizionalmente, la legislazione statale in Spagna ha ricoperto una posizione centrale nella determinazione degli standard minimi di assunzione, condizioni di lavoro e disciplina dell'estinzione del rapporto, il che ha complicato i rapporti tra legge e contratto collettivo, contraddistinti sempre da una certa tensione nella ripartizione degli spazi regolativi tra le due fonti. La disciplina eteronoma del lavoro, sin dalle sue origini, ha manifestato in particolare la tendenza a regolamentare in modo abbastanza ampio il rapporto di lavoro, con il risultato che il contratto collettivo appariva superfluo, dato che la norma statale si presentava come autosufficiente al fine di stabilire la regolamentazione di tali rapporti in qualsiasi tipo di impresa. L'assenza di un contratto collettivo dava luogo a lacune di regolazione solo con riferimento a materie molto specifiche (quali la classificazione del personale, il potere disciplinare del datore o gli elementi della retribuzione). È sufficiente ricordare che in Spagna, a partire dai primi anni sessanta, il Governo ha fissato annualmente l'ammontare del salario minimo interprofessionale, che la disciplina del tempo di lavoro è stata descritta dettagliatamente nella legge anche riguardo a quei settori

per i quali è necessario adattare la normativa generale, così come che le direttive europee e il relativo obbligo di recepirle nell'ordinamento nazionale hanno provocato l'effetto riflesso di intensificare la disciplina eteronoma del lavoro, non essendo mai stata tentata la loro attuazione a mezzo della contrattazione collettiva.

Nonostante quanto appena detto, i contratti collettivi – con il passare del tempo – sono andati assumendo contenuti sempre più ampi, diventando il punto di riferimento per la determinazione delle concrete condizioni di lavoro in ciascuna categoria e impresa. Così, a mero titolo d'esempio, tanto l'ammontare della retribuzione quanto gli elementi della stessa sono oggi fissati per mezzo del contratto collettivo, con la conseguenza che l'importo del salario minimo interprofessionale rileva solo per quelle imprese e quei lavoratori che restano privi di copertura da parte della contrattazione collettiva. Allo stesso modo, la regolamentazione del lavoro pubblico contrattualizzato (cioè dei rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione in regime di diritto privato) contiene reiterati rimandi alla contrattazione collettiva con funzione di implementazione, sviluppo e concretizzazione della disciplina minima contenuta nella legge; rinvii che vengono generalmente presi in carico dai contratti collettivi con efficacia *erga omnes*. Senza necessità di fornire ulteriori esempi, molteplici regole generali in materia di gestione dell'organizzazione datoriale e, segnatamente, in tema di attuazione pratica dei meccanismi e dei procedimenti di flessibilità del lavoro sono adottate dalla contrattazione collettiva in una ricca dialettica con la legge.

2. — *L'impatto della riforma del quadro legale* — La crisi economica scoppiata nel 2008, la conseguente rilevante perdita di posti di lavoro, insieme alle riforme legislative realizzate in questo quadro, hanno determinato un significativo indebolimento e blocco dei processi di contrattazione collettiva. Questo fatto ha comportato soprattutto una perdita importante di potere di acquisto, qualificata pressoché unanimemente come un fenomeno di «svalutazione salariale». È stato proprio quest'ultimo l'obiettivo per eccellenza della riforma del diritto del lavoro dell'inizio di questo decennio.

Di fronte all'impossibilità di effettuare una svalutazione della moneta a seguito dell'introduzione dell'euro e dal momento che le politiche salariali dipendevano dall'evoluzione della contrattazione collettiva, l'obiettivo di recuperare la competitività delle imprese attraverso la riduzione del costo del lavoro poteva essere conseguito solo tramite forti sollecitazioni nei confronti delle parti sociali. Si trattava di spingere la contrattazione collettiva

a dar vita a un congelamento dei salari, quando non, addirittura, a una riduzione dei livelli retributivi precedentemente concordati. Il Governo statale riteneva che gli impegni relativi al contenimento dei salari assunti con gli accordi interprofessionali tra le grandi organizzazioni sindacali e datoriali maggiormente rappresentative non fossero sufficienti per raggiungere l'obiettivo prefissato di ottenere un'immediata e sensibile svalutazione salariale.

Nonostante il potere pubblico non abbia modo di imporre direttamente l'evoluzione delle politiche salariali concordate attraverso la contrattazione collettiva (essendogli precluso in ragione del riconoscimento costituzionale dell'autonomia negoziale), ha comunque a disposizione strumenti indiretti di pressione quali la modifica del quadro legale regolativo della stessa contrattazione collettiva. Nello specifico, la citata riforma legislativa si poneva come obiettivo ultimo quello di alterare le posizioni di forza delle parti sociali ai tavoli negoziali attraverso l'indebolimento della capacità di pressione dei sindacati. Pertanto, il legislatore non finalizzava tanto il suo intervento alla modifica del quadro istituzionale della contrattazione collettiva in quanto tale, ma voleva piuttosto far sì che la riforma di quello producesse, in maniera riflessa, un effetto nel campo dei costi salariali.

Quanto detto spiega l'oggetto delle modifiche e soprattutto il fatto che, alla fine, il loro impatto pratico non si è prodotto tanto rispetto al modello di contrattazione collettiva, quanto in relazione allo sviluppo concreto dei contenuti negoziali.

In questo senso, si possono identificare quattro aspetti significativi su cui tali modifiche si sono concentrate: la limitazione temporale dell'ultrattività dei contratti collettivi, la priorità applicativa dell'accordo aziendale in relazione a certe materie, il procedimento di disapplicazione di quanto concordato nel contratto collettivo in presenza di una situazione di difficoltà economica dell'impresa (cd. *descuelgue* contrattuale) e la restrizione dei contenuti negoziali.

La limitazione temporale dell'ultrattività minacciava la sopravvivenza del contratto collettivo, con il rischio che si riducesse il tasso di copertura negoziale in conseguenza della sua scomparsa. Questo pericolo indeboliva la posizione dei sindacati, in ragione del fatto che tutti i loro sforzi finivano per concentrarsi nel garantire il rinnovo o la proroga del contratto, accettando un compromesso al ribasso sul versante retributivo. Alla fine, le parti hanno raggiunto un accordo consistente nel mantenere in vita il contratto collettivo ricorrendo all'ultrattività convenzionale o al rinnovo del contratto che giungeva a scadenza, in cambio, però, di una rigorosa politica salariale che permettesse alle imprese di recuperare competitività facendo leva

sui costi del lavoro. In definitiva, mantenendo in essere il contratto collettivo, non si è prodotta una riduzione del tasso di copertura negoziale, come peraltro emerge dalla tabella riportata nel paragrafo precedente; tuttavia, gli obiettivi economici perseguiti con la riforma sono stati conseguiti.

La priorità applicativa del contratto aziendale rispetto a quello di categoria si riferiva, non a caso, a determinate condizioni di lavoro, tra le quali, *in primis*, tutto ciò che riguarda il regime retributivo nei suoi aspetti quantitativi. Lo scopo era – di nuovo – quello di consentire una riduzione dei livelli salariali (stabiliti nel contratto di categoria) attraverso i contratti aziendali; per questo la priorità applicativa operava anche se questi ultimi erano peggiorativi rispetto a quanto concordato a livello di categoria.

Considerato che in Spagna i contratti collettivi sono dotati di efficacia *erga omnes*, la regola generale è che l'uscita da parte dell'impresa dall'associazione datoriale firmataria non comporta la mancata applicazione del contratto collettivo di categoria, che continua a produrre effetti in ogni caso. Il risultato di non applicare il contratto di categoria è stato però reso possibile riconoscendo al datore di lavoro la facoltà di negoziare un accordo aziendale che sia di applicazione prioritaria rispetto al primo. Lo scenario ipotizzabile a seguito di questa modifica potrebbe essere la comparsa di nuovi contratti aziendali, con il corrispondente minor protagonismo della contrattazione collettiva di categoria. Di fatto, la riforma ha dato luogo alla stipula di nuovi accordi aziendali, anche se – per la maggior parte – ciò si è verificato in imprese di dimensioni molto piccole, con un risultato quindi marginale in termini assoluti di lavoratori interessati dai nuovi contratti. In definitiva, i dati statistici mostrano che la ripartizione del campo di applicazione tra contratti di categoria e aziendali è rimasto invariato: il 90% dei lavoratori è coperto dai primi e il 10% dai secondi. Il carattere prevalentemente micro delle imprese e la strategia negoziale delle parti costituiscono la ragione per la quale non si è prodotta un'alterazione della struttura fondamentale della contrattazione collettiva sotto tale profilo e il contratto di categoria ha mantenuto un ruolo centrale in Spagna; insomma, a grandi linee, chiariscono perché non si verifica una tendenza significativa verso il decentramento della contrattazione collettiva.

Tuttavia, nuovamente, non può dirsi che la riforma che ha introdotto la priorità applicativa dell'accordo aziendale abbia fallito nei suoi obiettivi, giacché lo scopo non era il decentramento negoziale ma la spinta verso la svalutazione salariale. E, da quest'ultimo punto di vista, la riforma ha ottenuto i risultati auspicati: introdurre una «spada di Damocle» nella contrattazione di categoria, nel senso che i sindacati prendano coscienza del fatto che la centralità del contratto di categoria può essere mantenuta solo

in cambio del consenso a una politica di rigido contenimento dei salari; in caso contrario, infatti, potrebbe essere percorsa la via della stipula di molteplici contratti aziendali per fuggire da quanto concordato a livello di categoria.

Il procedimento di disapplicazione implicava un'eccezione alla regola secondo cui *pacta sunt servanda* permettendo la modifica peggiorativa del contratto collettivo (durante la sua vigenza) giustificata dalle difficoltà economiche dell'impresa, nuovamente calibrata sul profilo retributivo. Il meccanismo poteva condurre all'apertura di un procedimento arbitrale obbligatorio a richiesta unilaterale del datore di lavoro oppure, nelle microimprese, favorire la costituzione di rappresentanze dei lavoratori *ad hoc* non sindacalizzate, il cui ruolo era quello di accettare formalmente la proposta datoriale di modificazione peggiorativa dei salari pattuiti nell'accordo aziendale.

Ancora una volta, però, il numero dei lavoratori concretamente interessati da questo procedimento di *descuelgue* contrattuale è stato percentualmente molto ridotto e, inoltre, il ricorso a tale meccanismo è scomparso quasi del tutto da quando è iniziata la ripresa economica e con essa la crescita dell'occupazione. Tuttavia, l'attenta osservazione dell'impatto della misura rivela che anche in questo caso si produce lo stesso paradosso – quanto a divergenza tra effetti formali e sostanziali – visto sopra per la limitazione dell'ultrattività e per la priorità applicativa del contratto aziendale: anche se formalmente il *descuelgue* non ha trovato applicazione in maniera rilevante, riesce comunque a produrre effetti decisivi sulla posizione delle parti nella trattativa per il rinnovo; i sindacati sono coscienti del fatto che qualsiasi tipo di negoziato al rialzo in materia salariale corre il rischio di essere neutralizzato successivamente attraverso la disapplicazione del contratto. Perciò la misura produce il suo effetto sostanziale con la modifica dell'atteggiamento dei sindacati al tavolo delle trattative per i rinnovi: le rappresentanze sindacali cambiano il loro comportamento negoziale per evitare l'effetto più grave della disarticolazione del modello di contrattazione collettiva consolidatosi negli anni precedenti.

Da ultimo, occorre prendere in esame il quarto gruppo di misure, meno considerato e sfruttato, ma probabilmente quello con l'impatto sostanziale di maggior rilievo. Mi riferisco alle modifiche relative al rapporto tra legge e contratto collettivo, che si ripercuotono sui possibili contenuti di quest'ultimo. Tali interventi non sono numerosi o evidenti, ma sono comunque dotati di enorme valore simbolico.

Tradizionalmente, fatta eccezione per le materie che per loro natura si debbono considerare di ordine pubblico lavoristico, le parti sociali aveva-

no la piena capacità regolativa nell'instaurazione del rapporto e delle condizioni di lavoro, oltre che dell'assetto dello stesso sistema di contrattazione collettiva. Addirittura, per molto tempo, perfino le politiche favorevoli a offrire degli strumenti di flessibilità del lavoro alle imprese per rispondere alle richieste del mercato erano state implementate attraverso meccanismi di coinvolgimento della contrattazione collettiva. Così, di frequente, le precedenti riforme legislative facevano appello alle parti sociali – tramite costanti rinvii all'autonomia collettiva – affinché intervenissero, accrescendo il loro protagonismo con misure integrative e di completamento della norma legale.

Ebbene, questa fiducia tradizionalmente riposta dal potere pubblico nelle parti sociali scompare con gli ultimi interventi. Infatti, con la riforma degli anni della crisi si rileva una chiara diffidenza verso la contrattazione collettiva fondata sull'idea che la stessa rappresenti esclusivamente un ostacolo alla messa in pratica delle misure adottate dalla norma statale, frenando o limitando la realizzazione degli obiettivi di quest'ultima. Così, il legislatore statale inizia a rivedere – anche se con diversa intensità – la propria tecnica giuridica d'intervento nella direzione della limitazione o della riduzione della capacità regolativa dei contratti collettivi.

In alcuni casi è stata anche dettata una disciplina eteronoma autosufficiente che non abbisogna di completamento; per esempio, in materia di mobilità funzionale. Altre volte, sono state stabilite regole di flessibilità datoriale che permettono il successivo intervento del contratto collettivo solo per intensificare tale adattabilità, e mai per ridurla o condizionarla; per esempio, in tema di orario nel *part-time*. In altre ipotesi, si cerca di evitare che la tutela di alcuni interessi del lavoratore possa fungere da contrappeso per limitare i poteri del datore di lavoro; per esempio, le esigenze di conciliazione delle responsabilità familiari in relazione ai margini di flessibilità datoriale. Infine, si rinviengono anche divieti diretti di intervento della contrattazione collettiva su certe materie: per esempio, l'impossibilità di regolare il periodo di prova in alcune tipologie contrattuali flessibili o di concordare meccanismi di pensionamento forzato come strumento di politica occupazionale.

3. — *Nuovo scenario e nuove sfide* — Superata la situazione di calo della produzione e iniziata la ripresa dell'occupazione, muta considerevolmente lo scenario nel quale si svolge la contrattazione collettiva, dal momento che vengono meno le pressioni verso la svalutazione salariale e, pertanto, i meccanismi legali che erano stati adottati per favorirla perdono la centralità e l'influenza che avevano assunto nei momenti difficili della crisi economica.

Le riforme realizzate a partire dal 2012 non vengono abrogate – come invece chiedono le organizzazioni sindacali –, ma non hanno comunque più l'impatto che avevano avuto durante la fase acuta della crisi. Malgrado il cambio di maggioranza parlamentare che si è verificato con l'attuale legislatura, non è prevedibile che siano eliminati gli aspetti più significativi di questi interventi riformatori, anche perché l'esperienza dimostra che sulle riforme legislative raramente viene fatta marcia indietro e che le relative modifiche si insediano nella disciplina legale aggiungendosi, in maniera ipertrofica, a previsioni legali frutto di riforme di diverso orientamento politico e, molto spesso, persino opposte e contraddittorie.

A ogni modo, quelle proposte nella Legislatura attuale sono riforme che, avendo obiettivi differenti dalle precedenti, ne correggono o riducono certi effetti. Le riforme di questo tipo non sono ancora arrivate a concretizzarsi appieno, ma solamente su certi profili; quantunque questi interventi possano considerarsi isolati e puntuali, sicuramente segnano una nuova fase nella possibile evoluzione della contrattazione collettiva.

A titolo d'esempio, si stanno adottando misure che intendono correggere la preferenza del contratto aziendale rispetto al contratto di categoria in materia retributiva: è quanto avviene nella nuova legge sugli appalti pubblici, che impone alle imprese private appaltatrici di rispettare in ogni caso i livelli salariali stabiliti nel contratto di categoria; oppure nella proposta di legge attualmente in fase di discussione parlamentare – ma con buone possibilità di approvazione definitiva – che prevede la necessità che le imprese appaltatrici rispettino le condizioni essenziali di lavoro che vincolano l'impresa committente nei confronti dei propri dipendenti.

Si deve inoltre ricordare che alcune delle misure della riforma della crisi relative al quarto gruppo (quello attraverso cui si sono ridotti i contenuti negoziali) avevano una scadenza prevista sin dall'origine dal legislatore. Sostanzialmente, si stabilisce che esse restino in vita fintanto che il tasso di disoccupazione sia superiore al 15%. Quando fu introdotta questa condizione la Spagna registrava un tasso di disoccupazione al 26%, il che lasciava pensare che tali misure avrebbero avuto lunga vita. Tuttavia, il recupero dell'occupazione negli ultimi tempi è stato abbastanza significativo (la Spagna ora registra una disoccupazione al 16,4%) ed è pertanto ragionevole pensare che l'obiettivo di un tasso inferiore al 15% possa essere raggiunto in tempi brevi, con la conseguente abrogazione automatica di certe misure introdotte durante la crisi.

In ogni caso, al di là di queste riforme puntuali, a proporre una sfida è il fatto che – a nostro giudizio – la contrattazione collettiva si è trovata a dover fare i conti con cambiamenti importanti avvenuti, anche a livello

qualitativo, negli ultimi decenni. Si tratta di novità strutturali che vanno al di là della concreta congiuntura economica e che provocano cambiamenti nello sviluppo della contrattazione collettiva stessa in conseguenza delle intense trasformazioni che si stanno producendo a seguito della globalizzazione, dei cambiamenti tecnologici, della diversificazione della popolazione occupata, oltre che dei mutamenti culturali e delle forme di consumo.

Ciò comporta che, senza cambiare il quadro normativo e al cospetto del medesimo modello tradizionale di contrattazione collettiva consolidatosi durante gli ultimi decenni nel sistema spagnolo di relazioni industriali, si verifica un'alterazione qualitativa della realtà sulla quale opera la contrattazione stessa. Alterazione qualitativa che pone nuove sfide alle quali le parti sociali sono tenute a dare una risposta, con il rischio, in caso contrario, che l'autonomia collettiva perda protagonismo e capacità di influenza.

A ogni modo, al di là di ciò che è successo nel breve periodo successivo all'implementazione della riforma del diritto del lavoro del 2012, è certo che la contrattazione collettiva stia affrontando un processo di forti tensioni in tutti quanti i paesi dell'Europa continentale, al quale non sfugge il sistema spagnolo. Si tratta di tensioni che, dal punto di vista strutturale, mettono alla prova la capacità della contrattazione collettiva di mantenere un ruolo di pedina realmente influente del sistema iberico di relazioni industriali. Il futuro di essa si gioca sulla capacità degli attori sociali di dare risposta alle sfide che si pongono di fronte a loro, come le trasformazioni che conseguono agli effetti combinati di globalizzazione e digitalizzazione dell'economia.

Passiamo, alla luce di quanto detto, a identificare le sfide alle quali ci stiamo riferendo.

4. — *La fuga dei settori emergenti* — Alcuni settori produttivi mostrano una speciale resistenza a che le parti sociali assumano un ruolo da protagoniste nella gestione dei rapporti di lavoro, cosicché si avverte il rischio che parti importanti dell'economia si sviluppino completamente al di fuori della contrattazione collettiva. Il problema si pone soprattutto nei settori produttivi sviluppatisi più di recente, nei quali le imprese che sorgono non rientrano, in ragione dell'oggetto della loro attività, in nessuna delle categorie cui si riferiscono i contratti collettivi già esistenti. In assenza di nuovi accordi, siano essi di categoria o aziendali, questi nuovi ambiti si trasformeranno in terreni estranei alla contrattazione collettiva, con la conseguenza che si realizzerà una significativa riduzione del tasso di copertura complessivo.

L'inerzia datoriale provoca una forte resistenza alla stipulazione di nuovi contratti collettivi in questi ambiti. Dal punto di vista giuridico, deve te-

nersi conto del fatto che la legislazione lavoristica spagnola prevede per entrambe le parti il dovere di negoziare il rinnovo di un contratto collettivo già disdettato al termine della sua vigenza ordinaria, mentre un simile obbligo non è contemplato quando si tratta di stipularne uno nuovo; le parti determinano in totale libertà l'ambito d'applicazione di ciascun contratto collettivo e, pertanto, la stipulazione di uno nuovo è possibile solamente laddove vi sia accordo tra le parti sociali circa l'apertura del relativo tavolo negoziale. Per questa ragione, mentre è semplice la sopravvivenza dei contratti già esistenti attraverso i loro rinnovi, molto più complessa è la stipulazione di quelli nuovi nei settori o nelle imprese emergenti.

E la realtà dei fatti dimostra che sta accadendo proprio quanto appena detto nell'ambito della cd. nuova economia, dove la stipulazione di un nuovo contratto collettivo costituisce l'eccezione. Ciò è riscontrabile in maniera emblematica nelle attività più connesse con l'economia digitale, le quali divengono un terreno refrattario alla contrattazione collettiva in ragione della dispersione dei lavoratori, del loro profilo professionale e delle loro aspettative lavorative, oltre che in conseguenza delle strategie di gestione del personale.

Tuttavia, questo fenomeno non si sta verificando solo nei settori emergenti, ma anche in alcuni più marcatamente tradizionali caratterizzati da un'occupazione a ridotta qualificazione professionale. In questi si rinvencono strategie aziendali dirette a incrementare la competitività attraverso la riduzione dei costi per il lavoro scarsamente qualificato, realizzata spesso per mezzo della fuga dalla contrattazione collettiva; esempio tipico di ciò è quanto sta accadendo con le imprese multiservizi, delle quali si tratterà più approfonditamente nel seguito.

In entrambi i casi (cioè, tanto nei settori emergenti, quanto in quelli dell'economia tradizionale nei quali si stanno attuando politiche aziendali volte a sottrarsi alla contrattazione collettiva), la prima sfida sarà quella di costituire rappresentanze dei lavoratori nell'impresa in conformità con la disciplina prevista nell'*Estatuto de los Trabajadores*. Nella misura in cui la determinazione della rappresentatività e della legittimazione negoziale per stipulare contratti collettivi nel sistema spagnolo avviene sulla base dei risultati ottenuti nelle elezioni delle rappresentanze sindacali in azienda (comitati d'impresa e delegati del personale), queste stesse elezioni divengono il presupposto ineludibile per avviare il processo che porta alla stipulazione di un nuovo accordo. E già la realizzazione di questo primo passo manifesta difficoltà pratiche, il che, insieme al citato disinteresse datoriale all'instaurazione di pratiche negoziali in questi ambiti, spiega perché in essi si riscontrino vuoti contrattuali. Gli stessi sindacati mostrano incertezza nella

definizione delle loro strategie, in particolare non prendendo posizione con chiarezza rispetto all'alternativa tra creazione di contratti di categoria e stipula di accordi aziendali; e ciò finisce per provocare una situazione di *impasse* che sfocia in una significativa assenza di contrattazione collettiva in tali settori.

5. — *Pressioni verso il decentramento* — Allo stesso modo, non si può nascondere il fatto che, da tempo, cambiamenti economici e sociali stanno invocando un maggior protagonismo della contrattazione collettiva aziendale, per quanto il livello di categoria conservi in ogni caso un ruolo primario. Al di là della spinta esercitata in questo senso dalle citate riforme legislative, si riscontrano modifiche nel funzionamento delle imprese e dei processi economici che non permettono al livello di categoria di essere l'unico riferimento della contrattazione collettiva e invocano un maggior protagonismo del livello aziendale. Anche se il primo continua ad agire sull'insieme delle imprese e funziona come elemento di superamento del *dumping* sociale, non mancano richieste e pressioni aggiuntive nel senso di un potenziamento del secondo.

Il modello spagnolo di contrattazione collettiva tradizionalmente si è formato sulla base di un rigido intervento unitario dei contratti collettivi, nel senso che si tende all'applicazione esclusiva di uno solo di essi: contratto di categoria e contratto aziendale si presentano come opzioni alternative e antagoniste, entrano in concorrenza al fine di applicare solo uno di essi.

Sicuramente, la legge non favorisce questo modello, anzi incoraggia proprio quello opposto. Da un lato, il principio di priorità applicativa del contratto aziendale opera in relazione a materie specificate dalla legge; circostanza, questa, che dimostra che è lasciato un margine d'intervento maggiore al contratto di categoria riguardo al resto delle materie. In secondo luogo, esistono altre norme legali che regolano i rapporti tra contratti collettivi di categoria della Comunità autonoma e quelli nazionali – sulla base della priorità applicativa dei primi, ma con riserva della disciplina di certe materie ai secondi –, il che, similmente a quanto avviene nei rapporti tra livello aziendale e di categoria, dovrebbe dar luogo a un riparto delle competenze tra i due ambiti territoriali (regionale e nazionale) di contrattazione. In terzo luogo, per alcune materie relative all'ampliamento di specifiche modalità di assunzione a tempo determinato, il legislatore rinvia alla contrattazione collettiva di categoria, escludendo pertanto l'intervento del contratto aziendale. Infine, si prevede anche la possibilità che le organizzazioni sindacali e datoriali maggiormente rappresentative stabiliscano, per mezzo di accordi interprofessionali, un modello tipico di contrattazione

collettiva articolata, riservando la regolamentazione di certe materie a un ambito piuttosto che a un altro.

Nonostante quanto appena detto, fatti salvi alcuni settori tradizionalmente molto strutturati e saldamente gestiti dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, ciò che più diffusamente avviene in Spagna è che la prassi tende a rifiutare questo tipo di formule di contrattazione articolata. Per quanto il ricorso a quest'ultime sia suggerito dalla legge, prevale un calcolo complessivo dei costi economici attraverso la pattuizione di un solo contratto collettivo, preferendo tutelare l'equilibrio interno dello stesso, che si tramuta in una volontà di applicazione unitaria e globale di un solo contratto collettivo. Così, per esempio, laddove in base al principio di priorità applicativa dell'accordo aziendale si stipula un contratto a tale livello, questo, con il passare del tempo, tende a reclamare per sé la regolamentazione completa delle condizioni di lavoro, anche in relazione a quelle materie per le quali non risulta di applicazione prioritaria.

In definitiva, di fronte a questa forte tendenza alla creazione di ambiti impermeabili di contrattazione collettiva con applicazione di un solo contratto, è avviso di chi scrive che le istanze attuali vadano invece nel senso di un certo riparto di protagonismo tra i vari livelli. Per questo si deve ritenere che la grande sfida non sia tanto ottenere una quasi impraticabile articolazione della contrattazione collettiva – intesa, secondo la concezione più classica dell'espressione, come ripartizione di contenuti tra livelli negoziali –, quanto realizzare una distribuzione di funzioni tra contrattazione di categoria e aziendale: la prima, rivolta a individuare un equilibrio di costi che impedisca fenomeni di *dumping* sociale, operando quindi sul versante quantitativo; la seconda, orientata all'intervento in caso di ristrutturazioni aziendali e all'anticipazione di modifiche organizzative interne, quindi più nella direzione degli aspetti qualitativi delle condizioni di lavoro. L'idea è che questa gestione delle trasformazioni aziendali non solo si realizzi attraverso i procedimenti di consultazione con i rappresentanti sindacali dei lavoratori, previsti come meccanismi di partecipazione nell'impresa, ma anche che, in questo senso, si presentino come decisivi i contenuti qualitativi della contrattazione collettiva e le sue regole di cambiamento.

La sfida, dunque, è quella di far sì che contrattazione di categoria e aziendale non tendano l'una a escludere l'altra, ma che si ripartiscano le funzioni con l'obiettivo finale dell'equilibrio di interessi tra le parti.

Su questo terreno della tensione tra centralizzazione e decentramento occorre avvertire che la struttura negoziale si presenta molto più complessa. Oltre al dualismo tra contratto aziendale e di categoria, infatti, il sistema di contrattazione collettiva in Spagna si presenta particolarmente comples-

so con riferimento al livello di categoria, dato che sono consolidati da parecchi decenni ambiti molto diversi di esso. Tentando di semplificare il discorso, questa differenza di ambiti dei contratti di categoria si presenta soprattutto sotto due profili.

Il primo riguarda la pluralità di ambiti territoriali di applicazione, cioè, in molte occasioni, è presente una tensione tra il contratto di categoria a livello provinciale (di lunga tradizione nel sistema spagnolo a partire dal regime franchista) e quello a livello nazionale (che dall'avvento della democrazia tende ad acquisire maggior peso, anche se non sempre con sufficiente successo). Talvolta compare persino un livello intermedio tra i due appena citati, ovvero il contratto di categoria della Comunità autonoma; anche se, finora, quest'ultimo non si è molto diffuso oppure si è sostituito al contratto provinciale. Da quest'ultimo punto di vista, già da alcuni decenni, da diverse parti si propone di muoversi verso il superamento dei contratti provinciali per sostituirli con quelli nazionali; questo superamento però non si è realizzato, malgrado lo stesso legislatore, in maniera implicita, contribuisca a questa progressiva marginalizzazione del livello provinciale.

Il secondo profilo di differenziazione discende dalla diversità funzionale, nel senso che tradizionalmente si sono consolidati ambiti nei quali sono state previste sottocategorie con contratti propri che entrano in concorrenza con il contratto di categoria più generale. Questo fenomeno, talvolta, comporta delle difficoltà nell'individuazione di quale contratto, in concreto, debba trovare applicazione alla singola impresa.

6. — *Le funzioni di gestione aziendale* — Con riferimento alle considerazioni fatte relativamente alle tensioni funzionali tra contratto di categoria e contratto aziendale, va detto che una delle sfide più importanti con cui la contrattazione collettiva deve confrontarsi nell'attuale contesto è quella di riuscire, da un lato, a mantenere la funzione di tutela tradizionalmente assegnatale, e nel contempo, dall'altro lato, ad assumere funzioni aggiuntive riconosciutele in misura sempre maggiore: anticipare e gestire le trasformazioni aziendali, distribuire i sacrifici in presenza di situazioni di crisi aziendali, scongiurare i rischi di un'eccessiva segmentazione dell'organico, configurare un modello di effettiva conciliazione tra responsabilità familiari e impegni professionali compatibile con le istanze datoriali di flessibilità ecc.

Oggi, l'effettività della contrattazione collettiva, quale parte fondamentale dell'evoluzione delle relazioni industriali, dipende dalla capacità delle parti sociali di reagire a tali sfide, risultando difficile rispondere all'invito di

assumere queste nuove funzioni senza rinnegare quelle tradizionali; in caso contrario, la sua influenza e il suo protagonismo subiranno un regresso con il passare del tempo. Se non dovesse assumere queste nuove funzioni, sarà il legislatore statale a esercitarle in modo esclusivo. Vi è il rischio che si verifichi una rivoluzione copernicana, nel senso che la norma statale potrebbe divenire autosufficiente nella gestione delle trasformazioni aziendali, senza necessità di completamento contrattual-collettivo. Come abbiamo detto parlando delle riforme legislative del periodo della crisi, con il quarto gruppo di misure (quello con cui si sono ristretti i contenuti negoziali) inizia ad avvertirsi una certa tendenza a impedire l'intervento della contrattazione collettiva – soprattutto sulle materie concernenti la gestione flessibile delle condizioni di lavoro – sostituendola con una disciplina legale completa. Il rischio è che questa tendenza si accentui e che non vi sia alternativa a che la norma statale volti le spalle all'autonomia collettiva, non conti più su di essa e vada progressivamente eliminando i numerosi rinvii ai contratti collettivi per la determinazione dei procedimenti di gestione delle trasformazioni aziendali; che, addirittura, la norma statale adotti una tecnica di regolazione che impedisca, o proibisca direttamente, un intervento successivo del contratto collettivo, così chiudendo le porte all'azione delle parti sociali in materia di flessibilità datoriale. La contrattazione collettiva deve assumere queste nuove funzioni di gestione delle trasformazioni aziendali, in modo da mantenere il necessario equilibrio tra gli interessi delle parti, sviluppando al contempo un proficuo dialogo con la legge e così scongiurando il rischio che prenda forma una pericolosa dialettica tra potere pubblico e potere unilaterale datoriale che metta la contrattazione collettiva ai margini del sistema spagnolo di relazioni industriali.

7. — *Le pratiche fraudolente* — Un'altra delle grandi sfide che, negli ultimi tempi, si trova a dover affrontare la contrattazione collettiva in Spagna deriva dalle pratiche aziendali patologiche che si caratterizzano per strategie capaci di indebolire fortemente la contrattazione medesima. Il fenomeno si produce soprattutto nell'operare coordinato della diffusione dei sistemi di decentramento produttivo, conosciuto anche come *outsourcing*, e dell'impatto degli stessi sulla contrattazione collettiva. Senza dubbio, i fenomeni di esternalizzazione a imprese appaltatrici hanno una lunga tradizione nella prassi contrattuale commerciale e, conseguentemente, sono presi in considerazione dalla legislazione lavoristica; lunga tradizione accettata come fenomeno fisiologico di organizzazione delle imprese, che così beneficiano della più elevata specializzazione dell'appaltatore, della maggiore flessibilità organizzativa o degli altri effetti positivi in ordine alla

produttività e alla competitività. Tuttavia, questi fenomeni si diffondono nella misura in cui offrono un importante differenziale in punto di costi del lavoro che spinge ad accrescere la tendenza verso il decentramento produttivo.

Sotto quest'ultimo profilo, la contrattazione collettiva assume una posizione centrale, poiché è attraverso di essa che viene essenzialmente determinata la politica salariale nel sistema spagnolo di relazioni industriali. In particolare, all'interno di questo ruolo da protagonista nella fissazione dei costi del lavoro, la struttura della contrattazione collettiva e la regolazione dei rapporti tra contratti acquisiscono una funzione decisiva, in quanto l'esternalizzazione di attività o servizi a imprese appaltatrici può comportare l'applicazione di un contratto collettivo diverso e, quindi, un differente regime retributivo dei lavoratori. Se si verifica, a parità di livello professionale, una rilevante differenza stipendiale tra i lavoratori dell'impresa committente e quelli dell'appaltatrice, è dovuto all'applicazione di un contratto collettivo diverso tra le due imprese.

Per questo, non ci si può esimere dal chiedersi se, sul piano teorico, questo tipo di esternalizzazioni finalizzate a introdurre uno scarto di costi del lavoro possa integrare una qualche specie di condotta illecita. Sia la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* sia quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea formatesi fino a oggi negano con forza che possano essere qualificate come discriminatorie tali differenze salariali tra lavoratori di imprese diverse alle quali si applicano distinti contratti collettivi. Ciò nonostante, è certo che in Spagna le forme di decentramento produttivo si presentano molto più intense che in altri paesi, poiché, attraverso di esse, è possibile ottenere una riduzione dei costi retributivi mediante il funzionamento della struttura prevista della contrattazione collettiva. In alcuni casi, le imprese appaltatrici, avendo una diversa attività produttiva, escono dall'ambito di applicazione del contratto collettivo di categoria applicabile all'impresa committente, configurandosi tre possibili scenari: si applica loro un contratto di categoria differente, si stipula uno specifico contratto aziendale oppure si produce un vuoto di copertura per effetto dell'inesistenza di un contratto applicato; ferma restando, in ogni caso, la premessa che le tre alternative comportano livelli retributivi inferiori rispetto a quelli del contratto collettivo applicato dalla committente. Anche quando l'impresa appaltatrice rientra nell'ambito di applicazione dello stesso contratto di categoria, le resta comunque la possibilità di stipulare un proprio contratto aziendale. Ad aumentare i rischi in questo scenario, la regola – introdotta dalla riforma della crisi – della priorità applicativa del contratto aziendale in materia retributiva favorisce un uso strategico da parte delle

imprese della struttura della contrattazione collettiva e della disciplina dei rapporti tra contratti di diverso livello.

Quanto detto trova applicazione con particolare intensità quando l'impresa appaltatrice ha i caratteri di impresa «multiservizi». Con questa espressione si è soliti fare riferimento a quelle imprese che, come appaltatrici, offrono ad altre imprese servizi di ogni tipo tramite lavoratori impiegati in attività professionali di qualsiasi specie. L'impresa non si dedica a un'attività specifica, ma, genericamente, è in condizione di offrire qualsiasi tipo di servizio e, pertanto, qualsiasi tipo di lavoratore. In questo modo, è netta la somiglianza di questo tipo di impresa con un'agenzia di lavoro interinale, nel senso che la prima, come la seconda, ha a sua disposizione lavoratori dotati delle competenze professionali necessarie per realizzare qualsiasi tipo di attività. L'affinità riguarda anche il fatto che l'apporto più rilevante fornito alla committente è la manodopera per l'esecuzione del servizio, benché si pretenda di individuare la differenza tra i due tipi di impresa nella circostanza che, mentre nel caso dell'agenzia interinale si ha una mera cessione lecita di lavoratori mediante la messa a disposizione degli stessi in missione, le imprese multiservizi si presentano come appaltatrici di opere e servizi. Non pare casuale che queste ultime imprese siano comparse nel mercato del lavoro spagnolo proprio quando alle agenzie interinali è stato imposto legalmente di garantire la parità di trattamento tra i loro lavoratori e quelli dell'impresa utilizzatrice, in modo tale che non possa configurarsi una differenza di costi del lavoro tra le due categorie di prestatori d'opera. In parole povere, le imprese multiservizi si presentano come il surrogato delle agenzie interinali, ma con in più la possibilità di fuga dai costi del lavoro previsti dal contratto collettivo applicabile alla committente.

Il risultato concreto è devastante, perché si sta verificando una precarizzazione molto intensa delle condizioni di lavoro di coloro che prestano opera nelle imprese di servizi, oltre che riduzioni sensibili dei livelli salariali all'interno delle stesse.

Durante gli ultimi anni, sono stati fatti vari tentativi di correzione degli effetti deleteri di queste pratiche, partendo da interpretazioni giurisprudenziali restrittive, proseguendo con tentativi di riforma legislativa volti a correggere le conseguenze negative della priorità applicativa del contratto aziendale di cui si è detto sopra e, infine, sulla base di strategie negoziali messe in atto da parte dei sindacati relativamente alla struttura e alla regolazione dei rapporti tra contratti collettivi. In ogni caso, i risultati, finora, non hanno permesso di arginare tale deriva, che, in ultima analisi, determina un chiaro indebolimento della contrattazione collettiva in questi settori.

8. — *Il protagonismo sindacale* — Tutte le sfide di cui si è detto stanno generando difficoltà sempre maggiori per le organizzazioni sindacali, in generale, e per quelle maggiormente rappresentative, nello specifico, nel riuscire a gestire, come in passato, il sistema di contrattazione collettiva nel suo insieme.

Detto in modo telegrafico, la fuga dei settori emergenti dalla contrattazione collettiva fa sì che, in molti casi, le condizioni di lavoro siano stabilite in totale assenza di intermediazione sindacale, con una forte tendenza alla individualizzazione dei rapporti di lavoro.

Allo stesso modo, le pressioni verso il decentramento negoziale per la fissazione delle condizioni di lavoro si tramuta in una perdita di protagonismo dei sindacati, specialmente quando tale fenomeno si realizza nelle microimprese. Il consolidamento nel tessuto produttivo spagnolo di quest'ultime – che riescono a diffondersi senza grandi difficoltà in un ambiente dominato dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione – provoca talvolta una gestione della manodopera al di fuori dell'intervento sindacale. Questo fenomeno, per ora, pare che non stia producendo effetti quantitativamente rilevanti in termini di fuga dalla contrattazione collettiva da parte di tali imprese, in quanto resta ancora la contrattazione di categoria; tuttavia, si registra la comparsa di processi negoziali non sindacalizzati, nel senso che gli interlocutori che agiscono in rappresentanza dei lavoratori sono designati al di fuori delle organizzazioni sindacali, in specie di quelle maggiormente rappresentative. La stessa normativa lavoristica vigente prevede per le imprese prive di comitati d'impresa e delegati del personale la possibilità di nominare rappresentanti *ad hoc*, che di frequente non sono controllati dai sindacati; queste rappresentanze *ad hoc* assumono a volte funzioni di contrattazione collettiva, finendo però, in concreto, per occultare meccanismi di determinazione unilaterale delle condizioni di lavoro da parte del datore. Si tratta di una tendenza che si accentua con il passare del tempo e che può generare una perdita di controllo della gestione complessiva della contrattazione collettiva da parte dei sindacati maggiormente rappresentativi.

Le pratiche fraudolente di decentramento produttivo, soprattutto quelle che si realizzano attraverso le imprese multiservizi, stanno deteriorando la tradizionale capacità d'intervento del sindacato nella fissazione delle condizioni di lavoro dell'insieme della popolazione occupata.

A ciò si devono aggiungere ulteriori fattori di cambiamento nella struttura sempre più complessa e variegata del mercato del lavoro, in termini tali che il sindacato mostra difficoltà a convertirsi nell'interlocutore rappresentativo delle categorie atipiche di lavoratori: immigrati, lavoratori a ter-

mine, giovani di un certo livello professionale. Tutto ciò si manifesta con particolare intensità nei processi di contrattazione collettiva, nei quali il sindacato dovrebbe svolgere il ruolo di corretta rappresentanza di determinati gruppi di lavoratori, non sempre però riuscendoci. Anche questo pone una sfida in chiave giuridica, nel senso che deve discutersi fino a che punto è ammesso un controllo giudiziale sull'azione dei sindacati in certi tipi di contrattazioni o di ristrutturazioni aziendali, in modo da andare a verificare quanto la loro azione abbia rispettato l'obbligo di corretta rappresentanza dell'insieme dei lavoratori interessati da tali processi.

ABSTRACT

L'Autore analizza l'impatto sulla contrattazione collettiva della riforma spagnola del diritto del lavoro varata durante la crisi economica, rilevando come alcune misure abbiano determinato indirettamente un significativo indebolimento della posizione del sindacato e, per questa via, l'attuazione di una politica di contenimento dei salari attraverso il contratto collettivo per consentire alle imprese un recupero di competitività. L'Autore prende in esame le sfide che, in Spagna, la contrattazione si trova a dover affrontare oggi che la crisi è alle spalle; sfide che non dipendono dalla specifica congiuntura economica, ma piuttosto dalle trasformazioni indotte dalla globalizzazione, dai processi di informatizzazione e dalla diversificazione della popolazione occupata. Solo confrontandosi con questi mutamenti della realtà socio-economica l'autonomia collettiva potrà mantenere in futuro un ruolo da protagonista nella regolazione delle condizioni di lavoro.

CURRENT CHALLENGES TO COLLECTIVE BARGAINING IN SPAIN

The Author analyses the impact on collective bargaining of the labour law reforms adopted during the economic crisis in Spain. He observes that some measures have indirectly determined a substantial weakening of the trade union's role and, as a consequence, have facilitated the adoption of a policy of salary restraint through the collective agreement, aimed at restoring the companies' competitiveness. The Author addresses the challenges that the Spanish collective bargaining has to face nowadays, when the crisis is over. These challenges do not depend on the specific economic situation, but rather on the transformations triggered by the globalization, the informatization processes and the diversification of the labour force. In the future, the collective autonomy may retain a central role in the establishment of working conditions only by learning how to deal with these changes of the socio-economic context.

