

Quaderno della Rivista
Diritti Lavori Mercati

Cura, lavoro, diritti
L'Unione europea e le sfide
della contemporaneità

a cura di

BARBARA GUASTAFERRO

LAURA TEBANO

Editoriale Scientifica

With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union



I saggi pubblicati in questo volume sono stati sottoposti a un doppio referaggio cieco.

© Copyright marzo 2022

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-296-2

ISSN 1722-7666

indice

introduzione

- 9 BARBARA GUASTAFERRO, LAURA TEBANO
Cura, lavoro, diritti: un itinerario

sezione prima

Profili costituzionali della cura e integrazione europea

- 21 ELISABETTA LAMARQUE
To care, or not to care, that is the question. Il diritto alla salute in Italia e in Europa tra il curare le malattie (to cure) e il prendersi cura delle persone malate (to care)
- 37 VALENTINA CAPUOZZO
Il diritto costituzionale al lavoro nell'era delle piattaforme digitali: la risposta italiana al caso dei riders
- 61 ADRIANA CIANCIO
La "dimensione sociale" dell'Unione Europea alla prova della pandemia
- 83 GIOVANNI MESSINA
La cura dei diritti nelle istituzioni dell'Unione. Critica della retorica politica europea

sezione seconda

Lavoratori della cura e cura dei lavoratori

- 107 RENATO CIVITILLO, PAOLO RICCI
La performance "benessere" tra i diritti nell'era Covid 19: misurazione, valutazione e interpretazione

- 131 STEFANIA BUOSO
La cura sanitaria territoriale tra emergenza pandemica e PNRR
- 151 SILVIA BORELLI
Il sistema low-cost di assistenza di lunga durata
- 173 MASSIMILIANO DELFINO
Cura dei soggetti fragili e rapporti di lavoro subordinato tra vecchi problemi e nuovi equilibri
- 189 MARIAGRAZIA MILITELLO
Work life balance. Parità nel lavoro e condivisione della cura
- 213 ROCCO IODICE
La riforma dei congedi nel “nuovo” d.d.l. delega Family act: tra aperture ambiziose e nodi irrisolti
- 229 IRENE ZOPPOLI
Il “genitore lavoratore non subordinato” ai tempi del coronavirus
- 243 *Notizie sugli autori*
- 245 *Abbreviazioni*

table of contents

introduction

- 9 BARBARA GUASTAFERRO, LAURA TEBANOI
Care, work, rights: a roadmap

section I

The Constitutional and European Dimensions of Care

- 21 ELISABETTA LAMARQUE
To Care, or not to Care, that is the Question. The Right to Health in Italy and Europe between Treating Diseases (to Cure) and Taking Care of Sick People (to Care)
- 37 VALENTINA CAPUOZZO
The Constitutional Right to Work in the Era of Digital Platforms. The Italian Response to the case of Delivery Workers
- 61 ADRIANA CIANCIO
The “Social Dimension” of the European Union Facing the Pandemic Challenge
- 83 GIOVANNI MESSINA
The Care for Fundamental Rights by the EU Institutions. A Critique of the European Political Rhetoric

section II

Workers of Care and Care for Workers

- 107 RENATO CIVITILLO, PAOLO RICCI
The “Well-being” Performance among Rights in the Covid 19 Era: Measurement, Evaluation, and Interpretation

131	STEFANIA BUOSO <i>Territorial Health Care between the Pandemic Emergency and the NRRP</i>
151	SILVIA BORELLI <i>The Low-cost System in Long-Term Care</i>
173	MASSIMILIANO DELFINO <i>Care of Fragile Individuals and Dependent Work Relationships between Old Problems and New Balances</i>
189	MARIAGRAZIA MILITELLO <i>Work-life Balance, Equality in Work and Sharing of Care</i>
213	ROCCO IODICE <i>The Reform of Leaves in the “New” Family Delegation Act: between Ambitious Solutions and Controversial Issues</i>
229	IRENE ZOPPOLI <i>The “Self-employed Working Parent” during the COVID-19 Pandemic</i>
243	<i>Authors’ information</i>
245	<i>Abbreviations</i>

introduzione

Barbara Guastafarro, Laura Tebano*
Cura, lavoro, diritti: un itinerario

1. I saggi raccolti in questo fascicolo prendono le mosse da una call for paper lanciata prima dell'estate 2021 nell'ambito del *Jean Monnet Module* "Eu-Care. *The Care of the Other in the EU*" volto ad approfondire i temi delle politiche sociali e dei servizi di assistenza alla persona nella dimensione nazionale ed europea. Radicato nel Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli studi di Napoli Federico II, il progetto era già sfociato nella pubblicazione del volume *Cura e cittadinanza* (curato da Cintia Faraco e Maria Pia Paternò) in cui, prendendo atto della rilevanza ormai acquisita dagli aspetti più propriamente politici delle teorie della cura, viene sviluppata una riflessione corale sul concetto di cittadinanza per dar conto delle sue declinazioni attuali e dell'insegnamento che si può trarre da alcune esperienze della storia dell'occidente a partire dall'età moderna.

In ideale continuità con questa pubblicazione, non solo dal punto di vista del macro-tema della cura, ma anche sul piano del metodo, il presente Quaderno intende proseguire nel confronto multidisciplinare sulla cura con l'obiettivo di coniugare il sapere specialistico e il dialogo tra gli studiosi dei diversi settori della ricerca. Ciò nella convinzione che proprio l'approccio diversificato e il mutamento di prospettiva nell'analisi del medesimo tema consentono di superare quegli steccati tipici del "distanziamento accademico" e, al contempo, di mettere a fuoco elementi di valutazione potenzialmente forieri di un arricchimento del dibattito.

Ed è in ragione di questa scelta metodologica che da un lato il confronto tra costituzionalisti e lavoristi su cura, lavoro e diritti avviato con questo

* I paragrafi 1, 4, 5, 6, sono da attribuire a Laura Tebano, i paragrafi 2, 3 e 7 a Barbara Guastafarro.

Quaderno non disdegna forme di contaminazione delle conoscenze e di approfondimenti trasversali, dall'altro, in ciascuna sezione, si è inteso affiancare al contributo dei giuristi quello di Autori di altre aree scientifico-disciplinari caratterizzate da impostazioni e sensibilità complementari. Il tutto in un orizzonte che non risulta circoscritto al contesto nazionale, ma guarda all'Unione europea nella consapevolezza che le sfide della contemporaneità, viepiù cruciali all'indomani dell'emergenza pandemica, rischiano di accentuare le linee di frattura sociale e di amplificare (e moltiplicare) le disuguaglianze.

Prima di tratteggiare i percorsi di ricerca sviluppati nelle singole sezioni, va chiarito che i saggi qui raccolti non esauriscono certo i molteplici profili della cura della persona come diritto sociale e le sue innumerevoli implicazioni, financo all'interno dello stesso ambito. A titolo esemplificativo, con riguardo al sistema sanitario la cura viene in rilievo in numerose accezioni, alcune di straordinaria attualità, come il diritto a non essere curato o l'imposizione per legge di interventi sulla salute (i cd. trattamenti sanitari obbligatori, tra cui i vaccini anti Covid-19 su cui si è infervorato il dibattito). O ancora, rimanendo all'interno di tale ambito, si pensi ai servizi di cura offerti alle persone non autosufficienti (o non del tutto autosufficienti) che rappresentano un ulteriore punto di emersione della cifra espansiva del concetto di cura e delle sue implicazioni sul piano della spesa pubblica. Così come, sul versante della cura familiare, resta da riflettere sulla declinazione binaria della conciliazione che ruota tutt'ora intorno all'alternativa tra tempo familiare e tempo di lavoro, così trascurando – come recentemente sottolineato da Donata Gotardi¹ – un terzo tassello non meno centrale rappresentato dalle esigenze personali, che si affiancano a quelle familiari e a quelle produttive.

Sotto quest'aspetto l'interpretazione critica dell'esistente, la segnalazione dei problemi irrisolti e il suggerimento delle relative soluzioni, unitamente al carattere dinamico delle diverse componenti della cura inducono ad auspicare che i saggi qui raccolti possano fungere da stimolo culturale per una riflessione in continua evoluzione. Ecco perché in particolare il dibattito interno alla comunità dei giuslavoristi sul tema della conciliazione alla luce dei contenuti della Direttiva 2019/1158/UE e delle prospettive che si profilano in vista del relativo recepimento è destinato a proseguire con il prossimo Quaderno curato da Cristina Alessi, Olivia Bonardi, Laura Calafà e Madia D'Onghia.

¹ *Conciliazione vita-lavoro, gender gap e lavoro di cura*, webinar LLC 3 febbraio 2022.

2. La prima sezione è dedicata ai profili costituzionali della cura e alla dimensione sociale del processo di integrazione europea.

I primi due saggi affrontano, attraverso l'angolazione visuale del diritto costituzionale, la dimensione nazionale e sovranazionale del diritto alla salute e del diritto alla cura, da un lato, e del diritto al lavoro, dall'altro.

Il contributo di Elisabetta Lamarque, intitolato "Il diritto alla salute in Italia e in Europa tra il curare le malattie (*to cure*) e il prendersi cura delle persone malate (*to care*)", invita a considerare la salute nella sua accezione più ampia, ossia non come assenza di malattia o infermità, ma come "uno stato di totale benessere fisico, mentale e sociale", in linea con la definizione elaborata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità.

Tale premessa conduce l'Autrice ad analizzare la cura non solo come capacità di guarire le malattie, e dunque in correlazione alle cure mediche (*to cure*), ma anche come attività assistenziale e, se si vuole, affettiva, del "prendersi cura" (*to care*). In quest'ottica, l'indagine muove dalla radice etimologica della parola "cura", riconducibile a "cor", cuore, nel senso di "portare nel cuore", come il corrispondente inglese "care" deriva dal proto-germanico "kar", che pure indica "attenzione" e "preoccupazione", per mettere in luce la dimensione relazionale della cura e interrogarsi sugli spazi di intervento per il diritto in una sfera "emotiva/affettiva/relazionale" che tende inevitabilmente a sfuggire al giuridicizzabile. Così fissato l'angolo visuale, quindi, l'Autrice si sofferma sulla discrasia tra l'approccio italiano e quello europeo.

Nell'ordinamento italiano, fondato sul principio personalista e su una solida panopia di diritti sociali di cui la salute rappresenta certamente un diritto fondamentale, l'accezione affettivo-assistenziale della cura trova un solido ancoraggio costituzionale nella triangolazione del principio personalista con quelli di eguaglianza e solidarietà, che richiedono una lettura congiunta. Il senso assistenziale della cura stenta invece a trovare una qualificazione giuridica nell'ordinamento sovranazionale, in cui le dinamiche improntate al libero mercato hanno a lungo lasciato principalmente agli Stati la responsabilità per le scelte fondamentali di natura organizzativa in campo sanitario.

Il contributo di Valentina Capuozzo, "Il diritto costituzionale al lavoro nell'era delle piattaforme digitali: la risposta italiana al caso dei *riders*", affronta il tema della tutela del lavoratore digitale nel contesto del lavoro tramite piattaforma. L'Autrice opta, dunque, per una declinazione della cura intesa quale compito dei soggetti pubblici di intervenire non solo per promuovere le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro, ma anche per approntare

le tutele necessarie a evitare che l'incuria collettiva si traduca in una forma di approvazione (sia pure implicita) di lavori non dignitosi. In altri termini, tra gli impegni delle istituzioni va ricompreso pure il prendersi cura del lavoro e, in questa prospettiva, il contributo muove dall'analisi delle garanzie costituzionali della Repubblica fondata sul lavoro per interrogarsi circa la loro operatività nel contesto attuale, studiando quindi la risposta che l'ordinamento offre al fenomeno della digitalizzazione.

L'analisi sottolinea la maggiore efficacia del formante giurisprudenziale a fronte di un quadro normativo che si mostra ancora debole, ben lontano dalla centralità attribuita al lavoro dalle direttive costituzionali, le quali, rileva l'Autrice, richiederebbero una più compiuta regolazione legislativa per essere attuate e adeguate al momento storico attuale. Anche tale contributo fa luce sul quadro sovranazionale di riferimento, illustrando le recenti deliberazioni del Parlamento europeo e della Commissione europea volte a tutelare il diritto al lavoro nella transizione tecnologica, che anch'esse provano a rispondere alla difficile sfida di adeguare le classiche garanzie costituzionali del diritto al lavoro ad un contesto in continua evoluzione.

3. Più specificamente incentrati sul percorso sociale europeo sono i successivi due contributi della prima sezione. È noto che i diritti sociali, nella loro veste di garanti della “partecipazione ai beni vitali”², quali la salute, il lavoro e la dignità stessa della persona, siano inevitabilmente influenzati – quanto alla loro portata – dalle peculiarità degli ordinamenti che li contemplano e dalle diverse congiunture storiche che si susseguono all'interno di ciascuno di essi³.

Il percorso accidentato della dimensione sociale europea costituisce un'evidente conferma della cosiddetta “storicità” dei diritti sociali, la cui effettività è stata fortemente influenzata dalla permanente tensione tra l'Europa sociale e l'Europa di mercato e dalle diverse fasi storico-politiche ed istituzionali che hanno condotto l'ordinamento sovranazionale ad oscillare tra i due poli di questa tensione. Le difficoltà strutturali dell'Unione europea, dovute a una inadeguata competenza ad agire in ambito sanitario e non solo, che vede molte delle politiche sociali rientrare principalmente nell'ambito

² BOCKENFORDE, *I diritti sociali fondamentali nella struttura della Costituzione*, in NICOLETTI, BRINO (a cura di), *Stato Costituzione Democrazia*, Giuffrè, 2006, p. 193.

³ Sul punto si v. CASSESE, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in *RIDPC*, 1996, p. 872.

delle materie di competenza concorrente, complementare o di sostegno⁴, sono ora poste di fronte alla portata dirompente della pandemia. Quest'ultima non potrà che accrescere la rinnovata spinta sociale dell'Unione che vede nel Pilastro dei diritti sociali⁵ e nel Piano d'azione per la sua attuazione⁶ due tappe fondamentali, invitando l'Unione europea a superare la discrepanza tra le sfide attuali, che assumono sempre più carattere transnazionale, e le competenze per farvi fronte, spesso limitate ad ambiti materiali circoscritti.

In questa cornice, il contributo di Adriana Ciancio è dedicato alla “dimensione sociale” dell'Unione europea alla prova della pandemia. L'Autrice dimostra come la crisi economico-finanziaria degli ultimi anni si sia tradotta in un complessivo processo di compressione dei diritti sociali, sia sul piano nazionale che su quello sovranazionale, svuotando la cittadinanza europea del suo necessario contenuto sociale, per poi analizzare come lo stato di emergenza dettato dalla crisi pandemica potrebbe condizionare in senso ulteriormente restrittivo l'attività di cura, intesa come protezione che gli ordinamenti sono chiamati ad apprestare nei confronti di chi si trova in condizioni di difficoltà e indigenza.

Dopo aver analizzato l'incremento della dimensione sociale nel processo di integrazione, principalmente trainato dal Trattato di Lisbona, che supera le frizioni tra il principio di solidarietà e la libera concorrenza e introduce tra gli obiettivi dei Trattati lo sviluppo di un’“economia sociale di mercato”, l'Autrice si interroga sugli strumenti messi in campo per fronteggiare la crisi pandemica, quali il pacchetto di aiuti finanziari agli Stati maggiormente colpiti dalla crisi sanitarie *Next Generation EU* o lo strumento di sostegno temporaneo per attenuare i rischi della disoccupazione SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*), e sulla possibilità che essi possano rilanciare la cittadinanza sociale europea.

Infine, il contributo di Giovanni Messina, intitolato “La cura dei diritti nelle istituzioni dell'Unione. Critica della retorica politica europea”, muove dalla considerazione che la tutela dei diritti individuali rappresenta un parametro di valutazione degli ordinamenti giuridici e degli assetti politici, della

⁴ Sul tema, *ex alius*, AMATO, *Conclusioni*, in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea*, il Mulino, 2005.

⁵ Reperibile al seguente link https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_it.pdf.

⁶ Consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM%3A2021%3A102%3AFIN&qid=1614928358298>.

loro legittimità e della loro democraticità, almeno da quando si è affermata la “costituzionalizzazione” degli stessi ordinamenti.

Analogamente a quanto enfatizzato nei contributi precedenti, l’Autore segnala l’insufficiente attenzione riservata alla garanzia dei diritti cosiddetti sociali come uno dei “vizi” imputati all’ordinamento dell’Unione, che pure si connota di tratti squisitamente costituzionali. Sostenendo che il processo di integrazione europeo si sia contraddistinto per un disinteresse sistematico per l’azione di riduzione delle disuguaglianze materiali e dell’esclusione sociale, l’Autore auspica una effettiva inversione di tendenza che intervenga su elementi strutturali della vicenda dell’integrazione europea.

4. La seconda sezione si apre con un saggio di impostazione economica diretto a sviluppare un ragionamento critico sulla configurabilità di un diritto alla “*performance* benessere”, come diritto della collettività dotato di un’ampiezza maggiore della salute della singola persona e da cui conseguirebbero fondamentali approcci di *accountability* ovvero di “resa del conto” da parte di operatori e *policy makers*; il che, vieppiù in ragione degli effetti prodotti dall’epidemia Covid-19, potrebbe favorire processi di decisione e di scelta sempre più consapevoli, non soltanto per i pazienti sanitari ma, più in generale, per i cittadini e per la comunità.

I successivi contributi risultano idealmente articolati intorno al *distinguo* lavoratori della cura– cura dei lavoratori. Con la prima espressione si intende fare riferimento ai dipendenti del SSN, a quanti operano nella sanità territoriale così come ai lavoratori domestici (e in particolare alla versione “moderna” del lavoro domestico rappresentato dalle/dai badanti⁷) e agli operatori che svolgono attività socio-assistenziale o socio-sanitaria in strutture accreditate. Si tratta di un’area disomogenea, ma con alcuni tratti comuni. Basti pensare che accanto alle differenze relative alla natura del datore di lavoro, alle modalità di reclutamento e ai diritti sindacali si registra ampia convergenza sul fronte della provenienza dei lavoratori della cura, o almeno di una fetta considerevole di questi: i migranti risultano occupati in misura massiccia nel lavoro domestico e nel lavoro di cura avente connotazione socio-sanitaria (e socio-assistenziale).

⁷ BORELLI, *Who cares? Il lavoro nell’ambito dei servizi di cura alla persona*, Jovene, p. 19 ss.; EAD., *Le diverse forme dello sfruttamento nel lavoro domestico di cura*, in *LD*, 2021, p. 281 ss.

Proprio muovendo dall'elevato tasso di impiego dei migranti nella cura della persona, il corposo rapporto dell'Organizzazione internazionale del lavoro del 2018 (*Care work and care jobs for the future of decent work*) e le ricerche correlate rimarcano l'esigenza di una costruzione sociale del lavoro di cura degli immigrati e la necessità di politiche efficaci per contribuire a migliorare la *governance* della migrazione del lavoro per gli operatori sanitari. Più recentemente il nuovo rapporto Oil (*Stime globali sulle migrazioni internazionali per lavoro: risultati e metodologia*⁸) di giugno 2021 evidenzia una significativa crescita dei lavoratori migranti nei servizi (il 66,2% nel periodo compreso tra il 2017 e il 2019) e una spiccata connotazione di genere, in parte spiegata dalla crescente domanda di lavoro nel settore dell'assistenza, compreso il lavoro sanitario e domestico⁹.

Un secondo dato comune ai cd. lavoratori della cura riguarda le esigenze sottese alla specificità della prestazione lavorativa. A questo proposito basti ricordare che il Libro verde della Commissione europea sull'invecchiamento demografico del 27 gennaio 2021¹⁰ si sofferma, tra l'altro, sull'impatto dell'invecchiamento sulla domanda di servizi di assistenza sanitaria e di assistenza a lungo termine. In particolare si prevede un incremento esponenziale del numero di persone potenzialmente bisognose di assistenza a lungo termine in Europa (da 19,5 milioni nel 2016 si passerà a 23,6 milioni nel 2030 e a 30,5 milioni nel 2050) e un'impennata dei posti di lavoro da coprire nel settore sanitario e dell'assistenza sociale nei prossimi dieci anni (che si stima ammonterà a circa 8 milioni).

All'interno di tale articolata cornice si innestano i saggi di Stefania Buoso (*La cura sanitaria territoriale tra emergenza pandemica e PNRR*) e Silvia Borelli (*Il sistema low-cost di assistenza di lunga durata*). La prima si sofferma sul *welfare* sanitario territoriale delineandone le strutture organizzative, il potenziamento e la creazione di nuove articolazioni in occasione dell'emergenza pandemica e gli obiettivi (delineati nel PNRR) di rafforzamento delle prestazioni erogate sul territorio anche mediante nuovi presidi che, tuttavia, lungi dal superare i divari, fanno riaffiorare il fantasma della differenziazione delle risposte regionali. Silvia Borelli analizza criticamente gli effetti della ri-

⁸ Vedilo in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_808935.pdf.

⁹ E vedi anche il rapporto Oil del 7 marzo 2022 *Care at work: Investing in care leave and services for a more gender-equal world of work*.

¹⁰ COM (2021) 50 fin.

duzione dei servizi pubblici nell'assistenza di lunga durata: da un lato la minore copertura del *welfare* pubblico comporta una sovraesposizione compensativa delle famiglie con il ricorso alle badanti per l'assistenza domiciliare degli anziani, dall'altro l'esternalizzazione dei servizi di cura accentua i divari territoriali e la riforma degli interventi in favore degli anziani delineata nel PNR appaie scollata dalla realtà nella misura in cui punta tutto sulla deistituzionalizzazione e sulla domiciliarità senza considerare il concreto bisogno dei soggetti non autosufficienti.

5. Passando alla cura dei lavoratori va innanzitutto chiarito che con tale espressione si intende contrassegnare l'incidenza della cura (come variabile di vita) sul rapporto di lavoro. Il che riguarda tanto il caso del lavoratore che assiste un familiare bisognoso di cure quanto quello del lavoratore fragile. Con riguardo alla prima ipotesi si registra una tendenza all'ampliamento dell'area dei soggetti che possono dedicarsi all'attività di cura contestualmente allo svolgimento di una professione lavorativa. E sotto questo profilo un tributo va sicuramente riconosciuto alla giurisprudenza costituzionale, che ha avuto un peso decisivo nella dilatazione della platea dei lavoratori beneficiari del congedo cd. straordinario ex art. 42, co. 5, TU sulla maternità e paternità (ossia del congedo retribuito previsto per assistere un familiare con disabilità grave accertata ai sensi della l. n. 104/92¹¹). Così come sempre sul versante soggettivo si deve alla Consulta il superamento della necessità di verificare la sussistenza *ex ante* del requisito della convivenza del figlio con il genitore disabile al momento della richiesta di congedo "straordinario"¹².

Eppure più di qualche ombra concorre a offuscare il quadro rapidamente tratteggiato. Basti considerare il diritto del lavoratore che assiste una persona con disabilità in situazione di gravità di "scegliere, ove possibile, la sede di lavoro" più vicina al domicilio dell'assistito e la sua tendenziale inamovibilità giustificata proprio dal dovere di cura (cd. divieto di trasferimento)¹³. Una previsione frutto del delicato bilanciamento tra due interessi

¹¹ Sulla l. 22 dicembre 2021 n. 227 (delega al Governo in materia di disabilità) e il cambiamento della definizione di disabilità contenuta nella legge 104/92 e dei sistemi di accertamento della disabilità, v. BONARDI, *Luci e ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, in *Italian Equality Network*, www.italianequalitynetwork.it, 2022.

¹² Corte cost. n. 232/2018.

¹³ Cfr. art. 33, l. n. 104/92, su cui Trib. Cosenza 08.09.2021, n. 1573 rammenta che la *ratio*

in conflitto e cioè l'interesse del dipendente a scegliere la sede o a ottenere il trasferimento più comodo ai fini dell'assistenza alla persona in stato di bisogno e l'interesse economico-organizzativo del datore di lavoro. Bilanciamento ancor più complesso nel contesto del lavoro pubblico perché nel novero delle esigenze organizzative entra in gioco (o almeno risulta in qualche misura coinvolto) anche l'interesse della collettività (emblematica in tal senso la lettura prospettata da Cass. n. 22885/2021).

Né le esigenze di cura familiare trovano adeguata tutela nella disciplina del part-time ove si rinviene un diritto alla trasformazione del full time in part-time solo nel caso in cui sia il lavoratore stesso a risultare affetto da patologie oncologiche o degenerative, e non anche qualora tali patologie riguardino i familiari assistiti dal part-timer. Un'analisi critica di questi segmenti normativi e un esame dell'esperimento del diritto al lavoro agile in caso di disabilità viene proposta da Massimiliano Delfino che auspica una razionalizzazione degli strumenti predisposti per il lavoratore e la sua famiglia attraverso un avvicinamento delle discipline dei congedi straordinari e del part-time per il lavoratore che presta assistenza.

6. Tutti incentrati sulla cura prestata dal genitore-lavoratore nei confronti dei figli si presentano gli ultimi tre saggi. In particolare Mariagrazia Militello si sofferma sulle implicazioni della cura sulla ripartizione delle responsabilità familiari ravvisando persistenti zone d'ombra nella regolazione dei congedi e potenzialità non adeguatamente valorizzate nella previsione delle modalità di lavoro flessibili. Con riguardo a quest'ultimo profilo l'approccio compromissorio rintracciabile nella direttiva 1158/2019 rappresenta un'occasione mancata nella misura in cui, come sottolinea l'Autrice, "si ferma un passo prima di raggiungere l'obiettivo di rendere l'interesse personale un limite all'esigibilità della prestazione, ponendolo sullo stesso piano rispetto all'interesse di impresa del datore di lavoro". Eppure tale scelta (benché cauta) nella misura in cui riconduce le modalità di lavoro flessibili tra gli strumenti di equilibrio tra tempi di vita e tempi di lavoro appare "in grado di imprimere un mutamento di rotta nel funzionamento delle dinamiche contrattuali, ampliando gli spazi per i tempi di cura all'interno del rapporto di lavoro".

della norma è quella di favorire l'assistenza, da parte del lavoratore dipendente, del parente o affine disabile, rimanendo irrilevante, a tal fine, se tale esigenza sorga nel corso del rapporto o sia presente già all'inizio del rapporto stesso.

L'incidenza della cura sulla relazione orizzontale tra i genitori costituisce il *fil rouge* anche del contributo di Rocco Iodice, dedicato all'esame del d.d.l. delega Family act e, segnatamente, a quella porzione della proposta relativa alla riforma della disciplina del congedo di paternità e del congedo di maternità. Ne emerge un quadro fatto di luci e ombre: gli emendamenti presentati nel corso dell'esame in sede referente si muovono in direzione di una maggiore condivisione dei compiti di cura genitoriale, ma la persistenza di nodi irrisolti, nella lettura offerta dall'Autore, rischia di ridimensionarne significativamente la portata.

Il sostegno alla genitorialità torna nel saggio di Irene Zoppoli che, partendo dalle misure eccezionali di conciliazione tra attività professionale e cura familiare previste dall'art. 23 d.l. 18/2020 (il congedo, le indennità e il bonus *baby-sitting*), propone una riflessione sull'impatto positivo di tali misure sul sistema normativo di contrasto al *gender gap* al di là della subordinazione. Attraverso una lettura della disposizione nazionale nel prisma delle fonti normative europee l'Autrice ne esalta la rilevanza sistematica al di là della situazione pandemica vuoi in ragione dell'inclusione di un'ampia categoria di lavoratori non subordinati nel perimetro soggettivo di applicazione delle misure, vuoi per il ricorso al linguaggio neutro (mediante la formula "genitore lavoratore") per l'identificazione dei potenziali fruitori delle misure di conciliazione.

7. In conclusione, il presente volume collettaneo fa tesoro del dialogo interdisciplinare nato nell'ambito del *Jean Monnet Module "EuCare. The Care of the Other in the EU"*, e prova ad offrire una qualificazione giuridica al concetto di cura, sino ad ora principalmente analizzato attraverso l'angolatura visuale della filosofia politica e della storia del pensiero politico.

Il tentativo è stato quello di affiancare agli innumerevoli studi sulle teorie della cura e sulle etiche della cura esaminate sotto la lente della crisi della democrazia, uno studio che potesse "schiudere" il mondo del diritto al concetto di cura. Difatti quest'ultimo, come si evince dai diversi contributi pubblicati nel presente Quaderno, sembrerebbe avere fortissime connessioni sia con l'essenza del principio personalista sancito nell'articolo 2 della Costituzione, sia con i contenuti sostanziali della cittadinanza, sia con la concreta fruizione dei diritti sociali, sia con la tutela del lavoro posta a fondamento della Costituzione repubblicana.

Nel volume non solo si è inteso guardare al concetto di cura attraverso paradigmi teorici diversi dalla filosofia politica, ma si è anche provato a intrecciare le riflessioni condotte dagli Autori con due importanti temi che fanno da sfondo all'intero Quaderno: da un lato, la congiuntura epocale della pandemia, dall'altro le intricate relazioni tra ordinamento costituzionale e ordinamento euro-unitario.

La crisi scaturita dalla pandemia da Covid-19 ha infatti inciso fortemente sulle tutele del lavoratore, alterato gli equilibri tra vita privata e vita lavorativa, accentuato disparità di genere dovute ad un contesto socio-culturale in cui il lavoro non retribuito di assistenza e cura alla persona ricade principalmente sulla donna: di tutte queste dinamiche i contributi qui pubblicati danno ampiamente conto. Inoltre, va sottolineato che lo sguardo attento che ciascuno degli Autori ha saputo volgere all'esperienza sovranazionale, rende il presente Quaderno particolarmente denso di spunti sulle relazioni inter-ordinamentali: relazioni sempre complesse e mai univoche in cui si rincorrono sia voci critiche, che accusano l'Unione europea di incidere sulla solidità dei sistemi di Welfare nazionali, sia voci che riconoscono che la giurisprudenza sovranazionale sia riuscita talvolta a garantire la massima espansione dei diritti fondamentali e guardano ai recenti strumenti messi in campo, dal programma SURE al piano *Next Generation EU*, come volano di sviluppo e come occasione di ripensamento della cittadinanza sociale.

Il presente Quaderno è fruibile non solo in formato cartaceo, ma anche in modalità open access. Nel licenziarlo le Curatrici desiderano ringraziare la Direzione della rivista Diritti Lavori Mercati per avere ospitato in un Quaderno questo confronto tra esperti di diverse discipline. Un sincero ringraziamento va anche alle Autrici e agli Autori per l'entusiasmo e l'equilibrio con cui hanno contribuito alla realizzazione del volume.

sezione prima
profili costituzionali della cura
e integrazione europea

Elisabetta Lamarque

To care, or not to care, that is the question.

Il diritto alla salute in Italia e in Europa
tra il curare le malattie (*to cure*)
e il prendersi cura delle persone malate (*to care*)*

Sommario: 1. Premessa. 2. Le relazioni di cura e il diritto in generale. 3. Le relazioni di cura nel quadro della Costituzione italiana. 4. La cura medica. 5. Le cure mediche nel diritto dell'Unione europea.

I. *Premessa*

Poiché il tema della cura è vastissimo anche per il giurista, in questo contributo si considererà soltanto la cura volta al mantenimento e al recupero di una condizione di salute.

Il titolo del contributo introduce un dubbio, una domanda: *To care, or not to care?* La domanda, alla quale si tenterà qui di rispondere, può essere così formulata: nel diritto dell'Unione europea la cura volta al mantenimento e al recupero di una condizione di salute è intesa soltanto e semplicemente come l'attività – l'attività di tipo tecnico, la prestazione o il servizio – che serve a combattere le malattie, oppure viene in considerazione anche un'accezione di cura medica in senso ampio, come presa in carico della persona del malato nella sua globalità?

* Il contributo è una versione rivista e ampliata, con l'aggiunta delle note, della relazione orale svolta il 30 settembre 2021 nell'ambito del webinar dal titolo Cura, diritti sociale e integrazione europea all'interno del programma Erasmus+ *EUCARE The Care of the Other in the EU. Politics, Principles and Opportunities* dell'Università degli Studi Federico II di Napoli, e ne mantiene il tono colloquiale.

La domanda naturalmente sorge sia a causa della notevole ampiezza semantica della parola ‘salute’ – sappiamo tutti che la salute, secondo la celebre definizione dell’Organizzazione mondiale della sanità del 1946, non è semplicemente assenza di malattie o infermità, ma “uno stato di totale benessere fisico, mentale e sociale” –, sia e soprattutto per la pluralità di significati che può assumere il termine ‘cura’.

Ed è proprio su questa parola che è opportuno innanzitutto soffermarsi, partendo dal significato etimologico di cura – in italiano – e di *care* – in inglese.

‘Cura’ è una parola che ha attraversato inalterata i millenni, cambiando però, nel tempo, qualche sfumatura. La parola italiana deriva dal latino *cura*, che i grammatici latini forse erroneamente riconducevano a *cor*, cuore. Se di errore si tratta, però, è comunque un errore rivelatore, perché richiama immediatamente l’idea di “avere a cuore”, “portare nel cuore”, qualcosa o qualcuno.

Cura, infatti, era una parola di origine indoeuropea che in latino significava sia interessamento, sollecitudine, pensiero e attenzione costante, sia inquietudine, preoccupazione e affanno¹, e poi ancora, di conseguenza, impegno e assunzione di responsabilità.

Quanto alla parola inglese *care*, pare che essa non abbia alcun collegamento con il latino *cura*, ma derivi piuttosto dal proto-germanico *karō*².

Incredibilmente, però, la *cura* latina e il *karō* germanico condividono un medesimo significato. Anche *karō* indica seria attenzione, preoccupazione e addirittura lamento, dolore e sofferenza.

La cura italiana e il *care* inglese, dunque, conservano nel loro dna, e ancora oggi manifestano, l’idea di un’attività – una pratica, come la chiamano alcuni filosofi morali – che comporta un significativo, o meglio un pesante, si potrebbe dire se si volesse conservare fedelmente il significato etimologico, coinvolgimento personale, se non una vera e propria preoccupazione per l’altra persona³.

¹ Per un approfondimento sul termine latino si veda, per tutti, FARACO, *Igino, Fabula* 220. Una nota ermeneutica intorno al tema della cura, in FARACO, PATERNÒ (a cura di), *Cura e cittadinanza, Storia, filosofia, diritto*, Editoriale Scientifica, 2021, p. 6 ss.

² HARPER, *Online Etymology Dictionary*.

³ Al fondo di questo modo di concepire la cura c’è quindi l’idea che il “servizio” più grande che si possa rendere alle altre persone sia “preoccuparsi” per loro, avere a cuore la loro condizione e interessarsi a ciò che accade loro (così CURI, *Le parole della cura. Medicina e filosofia*, Raffaello Cortina Editore, 2017, p. 57).

Detto altrimenti, quando la pratica è rivolta nei confronti di un'altra persona, entrambi i termini presuppongono l'esistenza di una relazione impegnativa dal punto di vista tanto materiale quanto emotivo. Una relazione che coinvolge chi presta e chi riceve la cura sia nel bene, e cioè nei benefici che da questa relazione di cura discendono tanto per il curato quanto eventualmente per il curante, sia nel male, e cioè nella fatica dell'attività di cura e nelle inevitabili preoccupazioni o ansie che da essa discendono, come ci suggerisce l'eco del latino *cura* e del germanico *karō*.

Se così è, in via di primissima approssimazione si può dire che la cura è un'attività che il diritto può – e deve – regolare per gli aspetti materiali o per quelli legati all'assunzione di responsabilità, ma che in parte – per la parte del coinvolgimento personale, che tuttavia è una parte fondamentale anche nello stesso lavoro di cura retribuito⁴ – resta inevitabilmente fuori dal coercibile e dal giuridicizzabile, un po' come accade per le relazioni familiari.

Pensando alle attività che il diritto magari può provare a imporre, ma che per loro natura sfuggono a ogni imposizione, può venire alla mente un brano di quello strano saggio dello scrittore Daniel Pennac intitolato *Come un romanzo*⁵.

Il saggio è molto conosciuto e citato per lo straordinario elenco dei dieci diritti del lettore. Qui tuttavia rileva un passaggio diverso, che si riferisce all'attività del leggere, ma che si può adattare al nostro discorso semplicemente sostituendo il verbo 'leggere' con il verbo 'curare'. Funziona addirittura meglio!

Scrive Pennac:

Il verbo leggere [curare] non sopporta l'imperativo, avversione che condivide con alcuni altri verbi: il verbo "amare"... il verbo "sognare"...

Naturalmente si può sempre provare. Dai, forza: "Amami!" "Sogna!" "Leggi!" [Cura!] "Leggi! [Cura!] Ma insomma, leggi [cura!], diamine, ti ordino di leggere [curare].!" "Sali in camera tua e leggi! [cura!]"

Risultato?

Niente. Si è addormentato sul libro.

⁴ PULCINI, *Tra cura e giustizia. Le passioni come risorsa sociale*, Bollati Boringhieri, 2020, p. 77 ss.

⁵ PENNAC, *Come un romanzo*, Feltrinelli, 1993.

Ebbene. Il diritto può sempre provare a imporre la parte emotiva/affettiva/relazionale profonda della cura. Il diritto, in altri termini, può sempre provare a obbligare qualcuno a curare un'altra persona in senso pieno, e cioè non solo materialmente ma anche “prendendosela a cuore”.

Ma con quale risultato? Con ogni probabilità, come conclude Pennac: risultato? niente.

2. *Le relazioni di cura e il diritto in generale*

Fatta questa necessaria premessa, possiamo però pensare che un ordinamento giuridico che dia valore alla cura possa comunque fare qualcosa, e in particolare possa creare i presupposti e le condizioni organizzative di tempo e di luogo affinché le relazioni di cura in senso pieno riescano a svilupparsi adeguatamente.

Si pensi, ad esempio, alla medicina di base territoriale di un servizio sanitario pubblico. Un ordinamento può favorire la creazione di relazioni di cura profonde tra medico e paziente se limita al massimo il numero dei pazienti di cui ogni medico debba farsi carico.

Ancora, il diritto può agire con la tecnica del *nudge*, e cioè il pungolo o la spinta gentile di Thaler e Sunstein⁶, invogliando i cittadini a scegliere in modo assolutamente libero di prendersi cura in senso pieno di altri consociati attraverso incentivi di vario genere, quali ad esempio – tipicamente – riducendo le ore settimanali di lavoro a parità di stipendio, in modo che le persone abbiano più tempo per dedicarsi alla cura degli altri, oltre che naturalmente di se stessi.

Ci si può chiedere, a questo punto, in quale tipo di organizzazione umana – in quale ordinamento, retto da quali principi e finalità, in quale forma di stato – strumenti giuridici come questi hanno maggiore possibilità di essere scelti e utilizzati.

Il dubbio, infatti, è che un'organizzazione come l'Unione europea, forgiata secondo i principi dell'economia di mercato capitalistica, non solo non incentivi, ma addirittura ostacoli, lo sviluppo di una cultura della cura.

Più avanti si tenterà di dare una risposta a questa domanda cruciale. Fin da ora, però si può osservare che se le cure, nel loro senso etimologico pro-

⁶ THALER, SUNSTEIN, *La spinta gentile*, Feltrinelli, 2014.

fondo, sono qualcosa di delicato, che può prosperare solo attraverso la reciprocità, la costanza e la pazienza, allora le logiche del mercato non sembrano essere capaci di catturarle o misurarle, e forse non possiedono neppure, come qualcuno ha suggerito, il vocabolario per identificarle⁷.

Inoltre, anche quando l'attività materiale di assistenza si presta a essere misurata dal mercato, la distribuzione dei servizi di assistenza secondo il potere d'acquisto non colma affatto, ma anzi esaspera, le disuguaglianze e le carenze di cura preesistenti.

L'idea che il neoliberismo e il capitalismo siano incompatibili con il perseguimento del valore della cura da parte del potere pubblico non è nuova. Da tempo alcuni filosofi morali sostengono che un'etica della cura resta incompleta senza una teoria politica della cura⁸, e suggeriscono che una teoria politica della cura dovrebbe fondarsi sul riconoscimento dell'interdipendenza umana⁹.

Aderisce a questa posizione anche un documento recente che ha avuto una larga eco, redatto nel 2020 da un gruppo di studiosi britannici, dal titolo significativo di *Manifesto della cura*. Il documento rifiuta fermamente il neoliberismo perché esso, identificando il cittadino nell'individuo autonomo, intraprendente, resiliente e autosufficiente¹⁰, e accogliendo un modello di organizzazione sociale fondato sulla competizione e non sulla cooperazione¹¹, relega inevitabilmente la cura a una questione individuale e privata¹².

Il *Manifesto*, al contrario, propone "l'ideale di una società in cui la cura sia al centro di ogni aspetto della vita e dove tutti siamo responsabili in ma-

⁷ Così afferma un documento di cui si darà conto poco più avanti (THE CARE COLLECTIVE, *Manifesto della cura. Per una politica dell'interdipendenza*, ed. it. Alegre, 2020, p. 85).

⁸ TRONTO, *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura*, 1993, ed. it. a cura di FACCHI, Diabasis, 2006, p. 170. Per una trattazione completa del tema si fa integrale rinvio a PATERNÒ, *Teoria politica ed etica della cura*, in PATERNÒ (a cura di), *Cura dell'Altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee*, Editoriale Scientifica, 2017, p. 20 ss. Per la prospettiva costituzionalistica, anche in relazione all'ordinamento dell'Unione europea, che qui rileva, si richiama F. BILANCIA, *L'Etica della Cura come teoria politica: per una ri-fondazione dell'idea di cittadinanza europea nella dimensione sociale*, in *Cura e cittadinanza, Storia, filosofia, diritto*, cit., p. 94 ss.

⁹ TRONTO, *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura*, cit., p. 117.

¹⁰ THE CARE COLLECTIVE, *Manifesto della cura. Per una politica dell'interdipendenza*, cit., p. 27.

¹¹ THE CARE COLLECTIVE, *Manifesto della cura. Per una politica dell'interdipendenza*, cit., p. 19.

¹² THE CARE COLLECTIVE, *Manifesto della cura. Per una politica dell'interdipendenza*, cit., p. 27.

niera collettiva del lavoro di cura”, e abbraccia così “l’idea di una *cura universale*”: l’ideale, cioè, di una comunità politica in cui sia data “centralità agli strumenti sociali, istituzionali e politici che ci consentono di potenziare le nostre capacità di cura reciproca”¹³. Fondamento della società, in questa visione, è una cura non solo universale, ma anche *promiscua* e *indiscriminata*, nel senso che deve essere prestata *da tutti*, e non solo dalle donne, che tradizionalmente se ne fanno il maggior carico, e *a favore di tutti*, e non solo dei familiari o di persone vicine e amiche.

3. *Le relazioni di cura nel quadro della Costituzione italiana*

Dalla prospettiva dell’autrice di queste pagine, che è uno studiosa di diritto costituzionale, non si può fare a meno di notare che alcuni dei valori fondanti della Costituzione italiana – e soprattutto il principio personalista letto congiuntamente, in combinato disposto, come in effetti deve essere letto, con il principio di eguaglianza e il principio della solidarietà – abbracciano proprio la medesima idea dell’interdipendenza umana e mirano a plasmare una comunità fondata su quella che il Manifesto definisce come cura universale, promiscua e indiscriminata.

Il principio personalista, in particolare, permea di sé l’intero edificio costituzionale, conformemente all’intento dei nostri Costituenti che era, secondo l’immagine di Giorgio La Pira, quello di creare una “Costituzione umana”, e cioè una “casa” “fatta per l’uomo”, nella quale la persona costituisca il “sostegno” e la “pietra angolare” dell’intero edificio¹⁴.

Qui serve soltanto ricordare che le coordinate che contraddistinguono il principio e che gli conferiscono un indubbio tratto di originalità nel panorama costituzionale comparato sono due¹⁵.

In primo luogo, il principio personalista muove da una idea di persona come essere umano in relazione con altri e con l’intera società. Persona è, in altri termini, essere umano sociale.

¹³ THE CARE COLLECTIVE, *Manifesto della cura. Per una politica dell’interdipendenza*, cit., p. 39-40.

¹⁴ LA PIRA nel corso dei lavori dell’Assemblea Costituente, sed. pom. 11 marzo 1947.

¹⁵ Per questa impostazione si consenta il rinvio a LAMARQUE, *Il principio personalista*, in BENVENUTI, BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale italiano. Volume II. I principi fondamentali*, in corso di pubblicazione per la casa editrice Giappichelli.

Questa vera e propria definizione giuridica di persona si legge nell'art. 2 Cost., là dove si discorre di "uomo", e cioè di essere umano, prevedendo che esso debba essere inteso "sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità". Allo stesso modo l'art. 3, primo comma, Cost., affermando la pari "dignità sociale" di ciascuno, insiste nel qualificare il destinatario dell'eguaglianza formale, e cioè ogni persona, nei termini di essere umano in relazione con altri. Coerentemente con l'idea di persona come essere umano sociale, inoltre, la struttura della parte I della Costituzione presenta le posizioni soggettive di diritto e di dovere ivi elencate in forma di "rapporti" (civili, etico-sociali, economici e politici, come recita il nome dei quattro titoli di quella parte) e, dunque ancora una volta di relazioni umane, alle quali poi la Costituzione stessa chiede di improntarsi al principio di solidarietà.

Il secondo carattere originale del principio personalista accolto dalla nostra Costituzione è che esso individua come finalità dell'azione del potere pubblico la completa realizzazione, il "pieno sviluppo", di ogni persona intesa appunto come essere umano in relazione con gli altri, e dunque solo grazie agli altri capace di realizzarsi pienamente. Coerentemente, la Costituzione ribadisce l'idea dell'interdipendenza umana là dove, all'art. 4, definisce il lavoro come una qualunque attività umana che concorra al progresso materiale o spirituale della società. Ed è bene ricordare sempre che proprio questa definizione di lavoro chiarisce il senso del fondamento su di esso della Repubblica (art. 1 Cost.): la centralità della persona umana richiede infatti di rileggere la democrazia in termini nuovi, come "una democrazia ove, abbandonata ogni concezione individualistica, la persona umana è chiamata a partecipare attivamente – riprendendo le parole di Basso – 'per la propria opera [...] alla vita di tutti'"¹⁶.

Se così è, il confronto tra l'ordinamento costituzionale italiano e l'ordinamento dell'Unione europea suscita subito due riflessioni.

Da un lato, risulta chiara la totale assenza, nelle fondamenta su cui originariamente la comunità europea è stata costruita e che ancora oggi sorreggono l'Unione, di un principio informatore paragonabile al principio personalista, così come ora descritto. La tendenza originaria della comunità era anzi quella propria degli ordinamenti giuridici finalizzati alla realizzazione del mercato i quali, come si è detto, guardano ai soggetti non come persone,

¹⁶ GROPPI, "Fondata sul lavoro". *Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, ora in EAD., *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Il Mulino, 2020, p. 81.

nel senso voluto dal principio personalista, bensì come individui indipendenti e autonomi dagli altri individui, con i quali si trovano anzi in competizione.

Dall'altro lato, emergono i limiti che l'ordinamento dell'Unione europea pone al riconoscimento del principio di solidarietà¹⁷, nonostante che da molti anni l'Unione abbia virato verso un'economia sociale di mercato e abbia accolto, nella stessa Carta dei diritti fondamentali, numerosi diritti sociali, tra cui appunto quello alla salute, raccogliendoli proprio sotto il capo dedicato al grande valore della Solidarietà¹⁸. Nonostante tutto ciò, è ancora oggi palpabile, nelle politiche dell'Unione, e emerge anche nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, una "permanente tensione tra l'Europa sociale e l'Europa del mercato"¹⁹.

4. *La cura medica*

Queste ultime riflessioni portano ad affrontare l'argomento centrale di queste pagine, che è quello della cura medica, intesa come cura volta al mantenimento e al recupero di una condizione di salute.

In proposito esiste una distinzione spesso richiamata dai clinici, ma poco nota tra i giuristi: quella tra *to cure*, e quindi "curare", nel senso di "guarire" o "tentare di guarire", e *to care* – eccolo qui! – e cioè "assistere", "dare assistenza" o, ancor meglio, "prendersi cura di"²⁰.

¹⁷ LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *PD*, n. 3/2000, p. 391, ritiene che i diritti sociali possono esistere solo se supportati da corrispondenti doveri di solidarietà, i quali a loro volta indicano l'appartenenza a una comunità politica nella quale ci si identifica. Secondo l'autore, a livello dell'Unione europea non ci sarebbero questi doveri di solidarietà e ciò dimostrerebbe il fatto che l'Unione non è una comunità politica in senso proprio. MORGESE, *Solidarietà di fatto... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in *Eurojus.it*, 2020, p. 78 ss. ricostruisce le differenti declinazioni del principio di solidarietà pur presenti nel diritto dell'Unione europea, dalle quali emerge un concetto di solidarietà non univoco e molto frastagliato (si va infatti dalla solidarietà intergenerazionale, a quella tra Unione e Stati membri, alla solidarietà invocata all'interno dell'Unione economica e monetaria e delle politiche sull'immigrazione).

¹⁸ GUASTAFERRO, *La «partecipazione ai beni vitali»: i diritti sociali tra principio di eguaglianza sostanziale, economia sociale di mercato e solidarietà*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, p. 158 ss.

¹⁹ GUASTAFERRO, *La «partecipazione ai beni vitali»: i diritti sociali tra principio di eguaglianza sostanziale, economia sociale di mercato e solidarietà*, cit., p. 179.

²⁰ Il punto è stato da me approfondito in LAMARQUE, *Le cure palliative nel quadro costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 50, a cui rinvio per i riferimenti di dottrina.

La differenza fondamentale tra le due azioni, se compiute da un professionista sanitario, riguarda soprattutto l'oggetto o il destinatario dell'azione stessa.

To cure vede infatti come oggetto dell'azione la malattia di cui il paziente soffre. "Curare la malattia" è l'obiettivo unico o principale verso cui tende la pratica medica secondo una concezione scientifico-tecnologica del sapere medico.

Ben diversamente, *to care* è un'azione che vede come destinatario la persona del malato, e non già soltanto la sua malattia.

Bisogna notare, tuttavia, che il prendersi cura della persona del paziente nella sua globalità può essere ritenuto compreso nei compiti anche del medico – e non solo dell'infermiere, del badante o in generale appunto del *carer* – soltanto se si accede a una visione filosofico-umanistica della professione medica, e non ci si limita a un'idea di medicina meramente scientifica o tecnologica.

Ci sono ambiti della medicina in cui le due concezioni coesistono e si integrano, e altri invece in cui l'una o l'altra prospettiva tende a prevalere.

Nella chirurgia, ad esempio, assume rilievo maggiore, e quasi assorbente, la concezione tecnologica. All'estremo opposto, le cure palliative fanno propria senza esitazioni la seconda prospettiva, quella del *to care*, del prendersi cura di, per descrivere in generale la funzione del medico e della medicina, e relegano in posizione marginale il *to cure*.

La ragione di una simile estremizzazione è intuibile. Se in molti interventi sanitari il confine tra *to cure* e *to care* potrebbe anche essere irrilevante dal punto di vista pratico, nel senso che l'obiettivo del guarire la malattia si identifica con il prendersi cura del paziente, perché l'unico bisogno del paziente come persona in quel momento è liberarsi dalla malattia, la contrapposizione tra *to cure* e *to care* riemerge prepotentemente quando la prospettiva della guarigione è stata abbandonata.

Quando si arriva a questo punto, assumere una visione filosofico-umanistica dell'arte medica è ovviamente essenziale per potere assegnare un ruolo al medico. In questa nuova prospettiva si comprende bene come le cure palliative non tentino di riequilibrare un parametro biologico o una funzione in declino o di aumentare la quantità della vita, come fa invece la medicina intesa in una visione scientifico-tecnologica, ma abbiano uno scopo radicalmente differente: quello di migliorare la qualità della vita del paziente stesso e dei suoi familiari. Si noti, tra l'altro, la singolarità di una cura medica rivolta

non solo alla persona del malato, ma anche a tutte quelle persone che con il malato hanno le relazioni più intime e significative.

Tuttavia, qui interessa solo rilevare che il fatto che il legislatore abbracci l'una o l'altra prospettiva culturale non può non influenzare l'organizzazione del servizio sanitario, l'utilizzo delle risorse e plasmare lo stesso regime giuridico delle prestazioni sanitarie.

In particolare, la prospettiva filosofico-umanistica – o si potrebbe forse meglio chiamarla personalistica? – richiede di adeguare al valore della cura in senso pieno le strutture e i luoghi in cui sono accolti i pazienti, le mansioni e i carichi di lavoro dei medici e del personale sanitario, oltre che naturalmente i criteri per valutare la quantità e la qualità delle cure erogate.

In proposito già venti anni fa il cardinale di Milano Carlo Maria Martini aveva affermato che alla visione “ripersonalizzata” della medicina deve necessariamente accompagnarsi una reale “umanizzazione” dello stesso sistema sanitario – quanto alle modalità organizzative e alla distribuzione delle risorse – “nell’ottica di una cura della persona che non si riduca solamente a terapia, ma si apra e un più disteso e ampio ‘prendersi cura’ della persona” stessa²¹.

5. *Le cure mediche nel diritto dell’Unione europea*

Stando ai trattati, nell’Unione europea gli Stati membri mantengono la responsabilità per le scelte fondamentali di natura organizzativa in campo sanitario (in particolare nella gestione dei servizi sanitari e dell’assistenza medica e nell’assegnazione delle risorse a loro destinate: art. 168, par. 7 TFEU), mentre la competenza dell’Unione è limitata ad azioni di completamento delle politiche nazionali relative alla sanità pubblica, di supporto e di coordinamento tra esse.

Il concetto è ribadito dalla Carta dei diritti fondamentali, la quale all’art. 35, intitolato in italiano “Protezione della salute” e in inglese *Health care*, afferma che “ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria

²¹ MARTINI, *L’etica dello Stato sociale*, intervento alla Prima Conferenza Nazionale della Sanità, Aula Magna dell’Università “La Sapienza”, 24 novembre 1999. Sulle posizioni assunte dal Cardinale Martini sul tema dell’assistenza sanitaria si vedano ora i contributi raccolti in LAMBERTENGI DELILIERI (a cura di), *Curare la persona. Medicina, sanità, ricerca e bioetica nel pensiero di Carlo Maria Martini*, Ancora, 2020.

(*preventive health care*) e di ottenere cure mediche (*medical treatment*) alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali”.

La dimensione individuale della salute è quindi integralmente affidata agli Stati, mentre gli spazi di intervento dell’Unione, quando ci sono, riguardano la dimensione collettiva della salute, come del resto conferma lo stesso art. 35 della Carta, secondo periodo, là dove dispone che “nella definizione e nell’attuazione di tutte le politiche ed attività dell’Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”. L’azione dell’Unione in questo campo è tra l’altro da qualche tempo in continua espansione²², e la necessità di rispondere alle sfide della pandemia ha fatto sì che le istituzioni europee trovassero ulteriori strumenti e nuovi spazi di manovra²³.

Ma nel diritto dell’Unione europea si ritrova una definizione di cura medica? E, se sì, quale nozione è accolta?

Non è facile rispondere. Sembra comunque che nel diritto dell’Unione la prospettiva personalista, filosofica e umanistica della cura medica non trovi spazio e che, al contrario emerga spesso una nozione di cura medica che si potrebbe definire minimale²⁴, e ciò a partire dalla stessa Carta, che come abbiamo visto parla asfitticamente²⁵ di un diritto a *medical treatment* – letteralmente di un diritto a ricevere (singoli) trattamenti sanitari –, invece che di un diritto del malato alla cura globale della sua persona.

²² INGENITO, *Il principio di sostenibilità nelle politiche sanitarie europee*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 386 ss. Qui non è possibile, naturalmente, delineare compiutamente quali sono gli aspetti del “mondo sanitario” – in realtà molto numerosi, anche se frammentati: dagli appalti di forniture sanitarie alle retribuzioni dei medici specializzandi, dalla sicurezza sul lavoro al riconoscimento delle qualifiche professionali – nei quali il diritto dell’Unione ha competenza. Per un quadro ampio, anche se non recentissimo, si rinvia al volume L.S. ROSSI e BOTTARI (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Maggioli, 2013, e, *ivi*, alla *Presentazione* della medesima autrice, pp. 15 ss.

²³ DE PASQUALE, *Brevi note sulla gestione dell’emergenza sanitaria nell’Unione europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 1/2020, p. 37 ss.; BAZZAN, *Exploring Integration Trajectories for a European Health Union*, in *European Journal of Risk Regulation*, 11 (2020), in particolare p. 746 e RIZZO, *La crisi pandemica e la nuova centralità delle politiche sanitarie europee alla luce della disciplina “EU4Health”*, in *Studi sull’integrazione europea*, XVI, 2021, p. 126.

²⁴ Si veda anche, in senso analogo, HERVEY, MCHALE, *Article 35*, in PEERS, HERVEY, KENNER, WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 958.

²⁵ Per considerazioni simili rinvio a HERVEY, *‘We Don’t See a Connection: The ‘Right to Health’ in the EU Charter and European Social Charter*, in DE BÚRCA, DE WITTE (a cura di), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, p. 311.

Guardando poi alle sentenze della Corte di Giustizia, si conferma il totale appiattimento della *cura medica* sulla dimensione tecnica ed economica, perché essa vi compare nelle vesti, alternativamente, o di *bene* – il medicinale: in questo senso sembra muoversi la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle farmacie, che fa riferimento all’obiettivo di garantire alla popolazione un rifornimento di medicinali sicuro e di qualità²⁶ – oppure di *servizio*.

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di autorizzazione preventiva alle cure ospedaliere in uno Stato membro diverso dal proprio e di rimborso delle spese sanitarie sostenute dal paziente in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede non lascia adito ad alcun dubbio circa l’inquadramento delle cure mediche all’interno delle libertà economiche e la loro configurazione come prestazione di servizi ai sensi dell’art. 57 TFUE. Come si sa, infatti, “sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) attività delle libere professioni”.

A partire da epoca risalente, e cioè dalle sentenze *Kohll*²⁷ e *Decker*²⁸ del 1998, infatti, la giurisprudenza europea è consolidata nel senso di ritenere le limitazioni nazionali all’autorizzazione o al rimborso delle cure transfrontaliere come “vere e proprie violazioni alla libertà di prestazione dei servizi”²⁹.

²⁶ Riferimenti giurisprudenziali in DI FEDERICO, *Articolo 35 Protezione della salute*, in MA-STROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Giuffrè, 2017, p. 674.

²⁷ Corte di Giustizia, sentenza 28 aprile 1998, C-158/96, *Kohll*.

²⁸ Corte di Giustizia, sentenza 28 aprile 1998, C-120/85, *Decker*.

²⁹ Per tutti si vedano PATANÈ, *La “tutela della salute” dei cittadini dell’Unione Europea nelle prestazioni sanitarie transfrontaliere. Il decreto legislativo n. 38/2014 in attuazione della direttiva 2011/24 e le possibili conseguenze per il Servizio sanitario regionale*, in *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, 2014, p. 584, e PAPA, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 91 ss. Secondo BUSATTA, *L’access to justice funzionale: l’effettività rimediabile quale veicolo di garanzia del diritto alle prestazioni sanitarie*, in IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, 2020, p. 464, ed EAD., *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Giappichelli, 2018, p. 223, nota 68, le prestazioni sanitarie sono

Le affermazioni in questo senso della sentenza *Stamatelaki* del 2007, ad esempio, sono inequivocabili: “le prestazioni mediche fornite a fronte di un corrispettivo rientrano nella sfera di applicazione delle disposizioni relative alla libera prestazione di servizi”; “la libera prestazione di servizi comprende la libertà dei *destinatari dei servizi*” (corsivo aggiunto) – così sono definiti *i pazienti* – “di recarsi in altro Stato membro per godere ivi dei detti servizi” e dunque, ai sensi dell’art. 49 CE, oggi art. 56 TFUE, agli Stati membri è vietato “introdurre o mantenere ingiustificate restrizioni dell’esercizio di questa libertà”, salvo che sussistano ragioni imperative di pubblico interesse e che la misura non sia sproporzionata rispetto allo scopo perseguito³⁰.

Si tratta di affermazioni tanto più significative per il fatto che la sentenza non solo non richiama la Carta dei diritti fondamentali, ma neppure evidenzia la assoluta peculiarità e la natura sensibilissima dei servizi – le prestazioni mediche – della cui libera circolazione la Corte di Giustizia era chiamata in qual caso a occuparsi.

Come in dottrina è stato rilevato³¹, infatti, proprio nella causa *Stamatelaki* l’avvocato generale aveva più che ragionevolmente suggerito alla Corte di Giustizia di introdurre – accanto all’argomento legato alle libertà fondamentali sancite dai trattati – anche il riferimento al diritto alla *health care* di cui all’art. 35 della Carta³². È evidente quindi chela Corte di Giustizia abbia deliberatamente omesso di riferirsi ai diritti delle persone pre-

considerate servizi ai sensi dei trattati già a partire da Corte di Giustizia, sentenza 31 gennaio 1984, C-286/82, Luisi e Carbone.

³⁰ Corte di Giustizia, seconda sezione, sentenza 19 aprile 2007, C-444/05. Si tratta di una giurisprudenza consolidata, che poi sarà integralmente recepita dalla direttiva 2011/24/UE del 9 marzo 2011 concernente l’applicazione dei diritti dei pazienti relativi all’assistenza sanitaria transfrontaliera, attuata dall’Italia con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 38. Successivamente alla direttiva, il medesimo inquadramento è fatto proprio da Corte di Giustizia, terza sezione, sentenza 9 ottobre 2014, C-268/13, su cui BUSATTA, *Carenze sanitarie e mobilità transfrontaliera: si allarga il diritto “europeo” alla salute*, in *DPCE online*, n. 1/2015.

³¹ MCHALE, *Fundamental rights and health care*, in MOSSIALOS, PERMANAND, BAETEN, HERVEY (a cura di), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge University Press, 2010, p. 304, e BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell’Unione europea e degli Stati membri*, in *Studi sull’integrazione europea*, XII, 2017, p. 338 (poi in PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Editoriale Scientifica, 2017).

³² Conclusioni dell’Avvocato Generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer dell’11 gennaio 2007, par. 40.

visti dalla Carta, preferendo ragionare anche in questo caso, come in tutta la sua precedente giurisprudenza, soltanto di libera circolazione di un servizio³³.

Del resto, anche nella direttiva del 2011 sull'assistenza sanitaria transfrontaliera³⁴, che fa propria la giurisprudenza della Corte di Giustizia ora richiamata, all'art. 3 (Definizioni), lettera a), molto significativamente l'«assistenza sanitaria» [in inglese appunto *healthcare*] viene definita in questi termini: «*i servizi* prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, ivi compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici”.

A parere di chi scrive, non segnano la svolta verso un differente inquadramento delle cure mediche, o comunque verso un ampliamento della nozione di cura, neanche le previsioni in materia di salute del Piano d'azione del pilastro europeo dei diritti sociali adottato dalla Commissione lo scorso 4 marzo³⁵, quelle del regolamento del successivo 24 marzo che istituisce un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 (*EU4Health*)³⁶, né la stessa Dichiarazione di Porto sulle questioni sociali (*Porto Social Commitment*) del 7 maggio, che pure sono di grande rilievo perché testimoniano un impegno sempre maggiore dell'Unione nelle politiche sanitarie.

L'accezione personalista delle cure mediche sembra dunque ancora lontana dall'orizzonte dell'Unione europea, e anzi la pandemia potrebbe avere indotto le istituzioni a valorizzare ancora di più la loro dimensione tecnologica e scientifica.

³³ Anche se, come condivisibilmente nota CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, in P. BILANCIA (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, Giappichelli, 2019, par. 4, la Corte di Giustizia, facendo leva “strumentalmente” sull'esigenza di tutelare le libertà economiche, in questo come in altri casi è giunta a “offrire protezione a veri e propri diritti sociali”.

³⁴ Richiamata alla nota 30.

³⁵ Il Piano d'azione del pilastro europeo dei diritti sociali (su cui GOTTI, *L'implementazione partecipata del pilastro europeo dei diritti sociali: “nuovo inizio” e vecchi problemi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 166 ss.) è stato adottato dalla Commissione europea nella seduta del 4 marzo con la Com(2021) 102 final.

³⁶ Reg. (UE) 2021/522 del 24 marzo 2021 che istituisce un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 («programma UE per la salute») (*EU4Health*) e che abroga il regolamento (UE) n. 282/2014.

L'unico spiraglio in controtendenza si ritrova nel programma d'azione *EU4Health*, là dove esso pone per la prima volta, tra gli “obiettivi specifici” del programma, quello di migliorare l'accesso a servizi sanitari di qualità “incentrati sul paziente”³⁷.

È tuttavia ancora troppo presto per capire se questo seme potrà, nel tempo, crescere e portare qualche frutto.

³⁷ Art. 4, lettera g) del Reg. (UE) 2021/522, cit. In dottrina si ritiene tuttavia che una svolta si sia avuta già nel 2006, quando il Consiglio europeo, nelle sue Conclusioni del 22 giugno (GUUE C 146), ha proclamato i principi comuni di universalità, accesso a cure di buona qualità, equità e solidarietà, affermando che nell'Unione europea “tutti i sistemi sanitari mirano a mettere al centro il paziente a rispondere ai bisogni individuali” (così DI FEDERICO, NEGRI, *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e sicurezza*, WoltersKluwer Cedam, 2019, p. 37; nella letteratura internazionale spunti in questo senso in NOLTE, MERKUR, ANELL (a cura di), *Achieving Person-Centred Health Systems. Evidence, Strategies and Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. IX e *passim*).

Abstract

Il contributo tenta di rispondere al seguente interrogativo: se nel diritto dell'Unione europea la cura volta al mantenimento e al recupero di una condizione di salute viene in rilievo soltanto e semplicemente come l'attività – l'attività di tipo tecnico, la prestazione o il servizio – che serve a combattere le malattie; oppure se emerge anche un'accezione di cura medica più vicina a quella fatta propria dall'ordinamento costituzionale italiano il quale, grazie al principio personalistico, predilige una nozione di cura più ampia, intesa come presa in carico della persona del malato nella sua globalità.

The essay wonders whether in EU law the idea of medical treatments, and more generally of health care, is exclusively limited to curing; or, on the contrary, the EU law embraces the wider notion of taking care of the person of the patient as a whole, similar to the notion encompassed by the Italian constitutional order, thanks to its personalistic principle.

Keywords

Cura, Unione europea, Costituzione italiana, principio personalista.

Care, EU law, Italian Constitution, personalistic principle.

Valentina Capuozzo

Il diritto costituzionale al lavoro nell'era delle piattaforme digitali: la risposta italiana al caso dei *riders*

Sommario: **1.** Rilievi introduttivi. **2.** La tutela del lavoro tramite piattaforma come problema costituzionale. **2.1.** Il lavoro come fondamento della Repubblica democratica. **2.2.** Nuove sfide per il diritto costituzionale al lavoro. **3.** L'ordinamento italiano di fronte alle nuove sfide. **3.1.** La risposta giurisprudenziale. **3.2.** *Segue.* La risposta normativa. **4.** La via europea in costruzione. **5.** Riflessioni conclusive.

1. *Rilievi introduttivi*

È quasi automatica l'associazione mentale che suggerisce di pensare al lavoro digitale come a una sineddoche, che invero descrive soltanto una parte del tutto rappresentato dalle trasformazioni che la digitalizzazione viene più generalmente imprimendo sulle società contemporanee¹. Dal punto di vista del diritto, tuttavia, questa transizione storica pone il problema della discrasia tra l'utilizzo ormai quotidiano delle piattaforme digitali per i più svariati motivi – in un processo sicuramente accelerato dalle ben note esigenze imposte dalla pandemia² – e una loro ancora scarna regolazione, che, in specie

¹ In questo senso, CARUSO, *Intervento al Convegno webinar Treccani, le parole del diritto: lavoro (ed economia digitale)*, 28 ottobre 2021; COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in AA.VV., *Annuario 2012. Costituzionalismo e globalizzazione*, Convegno annuale AIC, Salerno, 23-24 novembre 2012, Jovene, 2014.

² Specificamente per ciò che riguarda l'impatto della pandemia sugli "equilibri costituzionali del nostro diritto del lavoro", si v. L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro, Quaderni DLM*, 2021, in part. ID., *Pandemia, lavoro, Costituzione: nuovi equilibri, nuovo bilanciamento?*, pp. 71 e ss.

per ciò che compete al diritto costituzionale, induce a riflettere sulla tenuta dei modelli di tutela dei diritti fondamentali³.

Nell'ambito di questo fenomeno, il presente contributo intende focalizzare l'attenzione sulla tutela del lavoratore digitale nel contesto del cosiddetto lavoro tramite piattaforma, in particolare analizzando la risposta giurisprudenziale e normativa dell'ordinamento italiano a proposito del caso dei ciclo-fattorini, comunemente indicati come *riders*. Se è vero che, archetipo dei diritti sociali, il diritto al lavoro è quello che maggiormente subisce il peso della storicità⁴, obiettivo dell'analisi è interrogarsi circa l'operatività, nella complessa realtà in trasformazione, delle garanzie che la Costituzione prevede per la Repubblica fondata sul lavoro.

L'analisi è strutturata in tre parti. La prima è dedicata a un inquadramento storico-giuridico del lavoro tramite piattaforma nel contesto costituzionale italiano (par. 2). In questa cornice, la seconda fase dell'indagine studia gli sviluppi delle dinamiche giurisprudenziali e del quadro normativo italiano che – come si vedrà – si mostra debole. È alla luce di tale debolezza che viene consolidandosi una peculiare tendenza nelle politiche pubbliche, che vede la giurisdizione precedere le decisioni normative compiendo scelte che finiscono per assumere un effetto trainante sul legislatore, il cui intervento spesso assorbe le soluzioni elaborate in sede giurisprudenziale (par. 3). La terza parte, esaminati gli aspetti critici di queste tendenze, volge lo sguardo al contesto europeo in costruzione, che pare indicare la strada per un quadro comune di regolazione, in grado di consentire lo sviluppo dell'economia digitale in condizioni di rispetto della protezione sociale e del diritto al lavoro (par. 4).

³ Cfr. sul punto SALAZAR, *Diritti e algoritmi: la gig economy e il "caso Foodora", tra giudici e legislatore*, in *CO*, 26 giugno 2019, pp. 144 e 145. Sul dibattito interdisciplinare sollevato dalle innumerevoli questioni correlate ai diversi ambiti di utilizzo delle piattaforme si v., *ex multis*, RESTA, *Digital platforms and the law: contested issues*, in *Medialaws*, 2018, I, p. 231.

⁴ D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario [1999]*, in *ID.*, *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di CARUSO, SCIARRA, Milano, 2000, p. 265; SCIARRA, *Lavoro, ad vocem*, in *Enciclopedia italiana. X Appendice - Parole del XXI secolo*, vol. II, Treccani, 2021. Più in generale, sulla storicità dei diritti sociali "connessi allo sviluppo storico dei singoli Paesi" si v. CASSESE, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo nell'Europa*, in *RIDPC*, 1996, p. 872.

2. La tutela del lavoro tramite piattaforma come problema costituzionale

2.1. Il lavoro come fondamento della Repubblica democratica

Il motivo per cui l'Assemblea Costituente ha scritto, nell'articolo 1, che l'"Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro" risiede nel principio personalista che ispira la Costituzione italiana. L'esigenza di porre la persona umana, sia nella sua dimensione individuale sia in quella collettiva, al centro del nuovo ordine sociale in costruzione era invero il punto di incontro tra le diverse anime politiche dei Costituenti, e il valore del lavoro ha consentito di saldare questo personalismo a solidarismo ed egualitarismo⁵.

Il concetto di lavoro come "dato insuperabilmente umano"⁶ e, in quanto tale, "profondamente egualitario e addirittura universalistico"⁷, affonda le sue radici storiche nella tradizione giudaico-cristiana a cui risale l'idea del lavoro come fatica, inflitta agli uomini in espiazione di un peccato originale ascrivibile alla specie intera⁸. Una maledizione biblica che, nel rivolgersi parimenti a tutti gli uomini, crea una condizione egualitaria superando l'idea classica su cui si fondavano le società schiaviste greca e romana, secondo la quale "lavorare significava essere fatti schiavi della necessità" e gli uomini, in quanto "dominati dalle necessità della vita, potevano conquistare la loro libertà solo attraverso coloro che assoggettavano con forza alle necessità"⁹. All'eguaglianza nell'espiazione, la Chiesa cattolica ha poi affiancato quella del lavoro come benedizione divina, concessa a tutti gli uomini per il dominio della terra sulle forze del caos¹⁰.

⁵ Tra i tanti significativi interventi, si v. la Relazione del Presidente della Commissione per la Costituzione RUINI che accompagna il Progetto di Costituzione della Repubblica italiana, reperibile all'indirizzo <https://archivio.camera.it/>: "bisogna poi essere ciechi per non vedere che è oggi in corso un processo storico secondo il quale, per lo stesso sviluppo della sovranità popolare, il lavoro si pone quale forza propulsiva e dirigente in una società che tende ad essere di liberi ed eguali".

⁶ LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *ADL*, 2010, 3, p. 634.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Genesi*, 3, 17-19.

⁹ ARENDT, *The Human Condition*, University of Chicago, 1958, trad. it. di FINZI, *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, 1994, p. 60. Sul punto si v. CICERONE, *De officiis*, a cura di PICONE, MARCHESE, Nuova Universale Einaudi, 2012; TILGHER, *Homo faber. Storia del concetto di lavoro nella civiltà occidentale. Analisi filosofica di concetti affini*, Libreria di scienze e di lettere, 1929, p. 7, che parla di lavoro come "pena e dolore".

¹⁰ *Genesi*, 1, 26-28.

Proprio questa idea di lavoro come “condizione naturale (ed etica) di tutti gli uomini”¹¹, venuta peraltro rafforzandosi con l’esperienza della rivoluzione francese¹², è il perno sul quale si fonda il patto costituzionale. Essa ha invero reso possibile il superamento delle divergenze tra le forze di sinistra, per le quali il lavoro rappresentava un’istanza di trasformazione sociale tale da legittimare l’interventismo dello Stato nell’economia, e quelle di ispirazione cattolica, che, messa da parte l’idea del lavoro come maledizione biblica, ne valorizzavano il senso di veicolo di sviluppo per la persona umana¹³.

In ciò la portata storica della scelta Costituente, che tra gli “altri venerati anche se astratti principi” come “l’unità e l’indipendenza della Nazione, la civile e pacifica convivenza, l’intangibilità dei sacri confini, eccetera”, aveva deciso di “assumere, invece, come fondamento della Repubblica la condizione umana nella contemporaneità”¹⁴. Una scelta che quindi implicava “una rottura con il passato”¹⁵, nel porre il diritto al lavoro a garanzia della pari posizione di partenza di ciascun individuo nello Stato.

Ne è testimonianza, d’altra parte, il noto rigetto dell’emendamento volto a definire l’Italia una “Repubblica di lavoratori” – piuttosto che “fondata sul lavoro” – bocciato proprio per evitare il significato classista che la formula avrebbe potuto acquisire¹⁶. E in questo senso può leggersi altresì lo sbarramento alla suggestione intesa a subordinare l’esercizio dei diritti politici all’adempimento del dovere di lavorare. Anch’essa non era infatti riuscita a superare le obiezioni legate al timore di una sua applicazione tendenziosa, tale da escludere dai diritti politici quanti non adempiano al dovere del lavoro per ragioni di incapacità o comunque indipendenti dalla propria volontà¹⁷.

¹¹ LUCIANI, *Radici e conseguenze*, cit., p. 634.

¹² Sul punto si v. LOY, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in GHERA, PACE (a cura di), *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, 2009, pp. 7 e ss.

¹³ CARIOLA, *Commento all’articolo 4*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica, p. 115; PINELLI, *Lavoro e progresso*, in ID., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell’esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 182 e ss.

¹⁴ FERRARA, *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, in CASADIO (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, Futura, 2006, p. 200.

¹⁵ LOY, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶ Cfr. in part. Ass. Cost., Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, sedute del 18 ottobre 1946 e 28 novembre 1946.

¹⁷ Su cui si v. Ass. Cost., Aula, sedute del 3 e 7 maggio 1947, nonché PINELLI, “Lavoro” e “progresso” nella Costituzione, in ID., *Lavoro e Costituzione*, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 10 e ss.

L'impalcatura costituzionale fondata sul lavoro, quindi, è “segno di trasformazione *ab imis* dell'intero ordinamento”¹⁸, e vuol dire “rigetto di altri valori prima ritenuti dominanti e qualificativi di un tipo di società, ed in particolare di quelli legati all'appropriazione privata dei beni produttivi, considerati preminenti nelle costituzioni dell'800, e nello stesso tempo vincolo per il legislatore a coordinare al criterio del lavoro ogni manifestazione della volontà dello Stato in ordine alla posizione da attribuire al cittadino”¹⁹.

Del resto, è la stessa analisi delle disposizioni costituzionali che offre riscontro a questa lettura, nonostante le “oscillazioni interpretative”²⁰ del dibattito scientifico, che talvolta ha letto nell'*incipit* della Costituzione poco più di un'espressione letteraria²¹.

Nell'intelaiatura delle direttive costituzionali in materia di lavoro, a venire in rilievo è innanzitutto il “nesso di consequenzialità”²² che lega l'art. 1 al successivo art. 4, entrambi tasselli di un mosaico che si completa con le regole dettate dal titolo III. Dalla formazione alla modalità della prestazione (articoli 35, 36, 37, 45, 46), dalla distribuzione del profitto (articoli 41, 42, 44) all'assistenza a favore dei lavoratori inabilitati (articolo 38), il Costituente traccia un modello di tutela da cui emerge “una visione complessiva ed armonica che, se letta in sintonia con il riconoscimento dei diritti inviolabili e con il programma di affrancamento dal bisogno affidato alla Repubblica dal II comma dell'art. 3”²³, esprime “per un verso, il riconoscimento del lavoro come elemento fondamentale dell'ideologia politica informatrice dell'intero assetto statale”²⁴ e per altro verso, stabilisce “i fondamenti del modello di Stato sociale disegnato dalla Carta costituzionale”²⁵.

¹⁸ MORTATI, *Art. 1*, in *Comm. Branca*, Zanichelli, 1975, p. 20.

¹⁹ MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, I, p. 152.

²⁰ ELIA, *Introduzione al Seminario*, in GHERA, PACE, *op. cit.*, p. XI.

²¹ Cfr. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *RGL*, 1949-1950, I; G. U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *DP*, 2009, I, pp. 21 e ss.; ID., *Il progetto consegnato nell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, in GHERA, PACE, *op. cit.*, pp. 124 e 125. Diversa la posizione espressa da ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana*, Cedam, 1954, pp. 12 e ss., secondo il quale la formula “fondata sul lavoro” ha sicuro “significato direttivo della futura legislazione”, ma non “entra a determinare la struttura costituzionale dello Stato” né “dà una particolare colorazione politica allo Stato italiano”.

²² NANIA, *Riflessioni sulla «Costituzione economica» in Italia: il «lavoro» come «fondamento», come «diritto», come «dovere»*, in GHERA, PACE, *op. cit.*, p. 69.

²³ LOY, *op. cit.*, p. 7.

²⁴ *Ibidem*; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 14.

²⁵ LOY, *op. cit.*, p. 7.

In questo senso il primo comma dell'art. 4 può definirsi una “norma programmatica”²⁶, la quale, sancendo che “la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto”, viene in effetti stabilendo quello che può ritenersi “un programma di azione o, se si preferisce, un indirizzo politico”²⁷ che determina “una situazione soggettiva di obbligo per lo Stato”²⁸, prevedendo “una regolazione di massima” di quelle attività “dirette a porre le *condizioni* necessarie per dare del lavoro a tutti e quindi per rendere effettivo il diritto” sociale al lavoro²⁹.

Fondare la nuova Italia sul lavoro, dunque, significava garantire a ciascuno il diritto di affermare la propria capacità creativa, allo stesso tempo – in ciò la connessione con il secondo comma dell'art. 4 – adempiendo al dovere di contribuire alla crescita della società in termini di progresso generale. Ecco quindi la saldatura tra principio personalista e principio solidarista, che emerge dalla lettura congiunta degli articoli 1 e 2 della Costituzione³⁰. Ed è il lavoro in quanto “titolo di dignità del cittadino”³¹ a definirne altresì la posizione nello Stato. Non strumento del potere come nei regimi totalitari, né

²⁶ CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in RGL, 1951, I, p. 166.

²⁷ Ivi, p. 168.

²⁸ *Ibidem*. Sul p.to cfr. MANCINI, *Art. 4*, in *Comm. Branca*, pp. 199 e ss.; NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso «ad nutum»*, in RGL, 1951, III.

²⁹ Ivi, p. 167 (corsivo mio). Sul punto cfr. ancora MANCINI, *op. cit.*, pp. 208 e ss.; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pp. 162 e 163; ONIDA, *Luci e ombre nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero*, in GC, 1969, p. 912, ove l'A. spiega il significato di connessione “tra la proclamazione del diritto e la direttiva inerente alla promozione delle condizioni che lo rendono effettivo”; RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID., *Il diritto privato nella società moderna*, il Mulino, 1973. Si v. poi la posizione di MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, ad vocem, in ED, vol. XXIII, 1973, pp. 338 e ss., che ritiene non potersi intendere tale programmazione come dovere della Repubblica di “attuare il diritto al lavoro di tutti i cittadini solo moltiplicando posti di lavoro” altrimenti “lo Stato finirebbe ... per divenire uno Stato collettivistico, non molto diverso da quello sovietico”; nonché quella di MAZZONI, *L'iniziativa economica e il diritto al lavoro*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Valeri*, II, GIUFFRÈ, 1955.

³⁰ Sul dovere al lavoro come sinonimo di solidarietà, e quindi naturalmente lontano dall'ideologia fascista che pure considerava il lavoro come centrale, guardando tuttavia al lavoratore non come titolare di diritti, bensì come produttore e in quanto tale strumento di potenza dello Stato, cfr. MORTATI, *Art. 1*, cit., pp. 11 e 12; ID., *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 152; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, IX edizione, Cedam, 1975, pp. 156 e 157. Per approfondire, si v. l'analisi di CAVINO, *Il diritto-dovere al lavoro*, in RGP, 2018, 3.

³¹ GIANNINI, *op. cit.*, p. 18.

mero detentore delle autonomie private e delle situazioni emergenti dal loro esercizio come nello Stato liberale, il cittadino diviene titolare, nei confronti della pubblica autorità, della garanzia all'effettivo svolgimento dei suoi diritti³². In ciò la saldatura altresì con l'articolo 3, secondo comma, Cost., che impone alla Repubblica di rimuovere i limiti di fatto che impediscono l'attuazione piena del principio di uguaglianza³³.

È un patto costituzionale che guarda senz'altro al futuro, nella premura di stabilire che nella nuova Italia nulla al di fuori del proprio lavoro avrebbe legittimato riconoscimenti di *status* o di condizioni più favorevoli³⁴. Ma è una previsione che reca in sé anche “il meglio della storia precedente italiana, nella quale la costruzione stessa dell'Unità e il consolidamento dell'identità nazionale sono fortemente legati al ruolo del lavoro e dei suoi diversi protagonisti”³⁵. È invero attraverso il lavoro, fondando l'industria italiana, che la nascente borghesia dell'impresa era venuta affermandosi in una società largamente basata sulla rendita e il mantenimento delle proprietà improduttive. E in quella scansione storica d'altra parte, il lavoro aveva assunto un forte ruolo aggregante tra singoli individui che, unendosi per le rivendicazioni di classe, sintetizzavano le nuove esigenze della società industriale, interpretandone i conflitti³⁶.

La corretta interpretazione di questo dato storico è molto importante per lo studio del diritto costituzionale al lavoro. Essa consente invero di individuare la classe in quel momento destinataria delle garanzie costituzionali in quanto bisognosa di riscatto sociale, e di tenerla distinta da quello che invece è il nucleo profondo alla base del modello di tutela³⁷, che la lettura delle norme sul lavoro alla luce del principio di eguaglianza sostanziale impone di adeguare alle esigenze dei diversi contesti storici³⁸, obbligando “lo Stato,

³² Sul punto si v. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 151; BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *EGT*, 1989; POLITI, *Diritti sociali, ad vocem*, in *TDon-line*, 2017, par. 6.

³³ MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 152. Si v. poi ROMAGNOLI, *Art. 3, 2° comma*, in *Comm. Bianca*, pp. 162 e ss. Di solidarietà ed eguaglianza come “oggettivi corollari” del fondamento-lavoro cfr. anche FERRARA, *op. cit.*, p. 202.

³⁴ Sul punto si v. MORTATI, *Art. 1, cit.*, p. 11; ID., *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 152.

³⁵ AMATO, *Fondata sul lavoro*, in ID., *Le istituzioni della democrazia*, il Mulino, 2014, p. 207.

³⁶ Ivi, pp. 208 e ss.

³⁷ Sul punto cfr. LOY, *op. cit.*, p. 4, che parla di un “profondo cambiamento antropologico che ha interessato direttamente quella che chiamavamo classe operaia”; MASSA PINTO, *Costituzione e lavoro, totem e tabù*, in *Cost.it*, 2012, 3, p. 6; PROSPERETTI, *Dall'art. 3 agli artt. 35 e ss. della Costituzione*, in GHERA, PACE, *op. cit.*, pp. 79 e ss.

³⁸ PROSPERETTI, *op. cit.*, p. 79. Nello stesso senso si v. NAPOLITANO, *Intervento*, in CASADIO, *op. cit.*, pp. 257 e ss.

e quindi” gli “organi di esso a cominciare da” quelli “legislativi”³⁹, ad applicare l’etichetta degli ‘esclusi da includere’ dove ve ne sia di volta in volta bisogno. È in questo modo che si dà attuazione al programma costituzionale, che ha lo scopo di calibrare la posizione più debole del rapporto di lavoro compensando tale debolezza con diritti e garanzie⁴⁰. Proteggere questa dipendenza socio-economica compiendo le opportune traslazioni può considerarsi uno dei compiti più pressanti per il costituzionalismo⁴¹, pena il tradimento delle disposizioni costituzionali, così davvero declassate a mere espressioni letterarie prive di forza conformativa.

2.2. Nuove sfide per il diritto costituzionale al lavoro

Ebbene, nel contesto dell’attuale rivoluzione digitale, il progressivo cambiamento del lavoro umano nell’interazione con la macchina esprime una domanda di tutela rinnovata, in un contesto storicamente assimilabile al passaggio alla società industriale nella seconda metà dell’Ottocento. Quella tramigrazione dalle botteghe artigianali e dalle campagne al lavoro in fabbrica, che, offrendo una risposta più ampia alla domanda di occupazione, aveva visto costituirsi una classe operaia esposta a condizioni e rischi diversi da quelli conosciuti prima, è concettualmente assimilabile al peso che il lavoro digitale viene assumendo nel tempo presente⁴², creando forme di impiego diverse rispetto a quelle tradizionali e conseguente incertezza sulla protezione sociale e i diritti dei lavoratori interessati.

Il punto di scansione storica fondamentale può considerarsi la crisi eco-

³⁹ CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁰ Così SCIARRA, *Il diritto al lavoro è un diritto perfetto? Una breve introduzione alle ‘parole del lavoro’ nella Costituzione*, in GIUBBONI (a cura di), *Le parole del lavoro*, Treccani, 2019, p. XVI. Sul punto si v., *ex multis*, BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, 1984, p. 104.

⁴¹ Ce lo insegna CRISAFULLI, *op. cit.*, pp. 161 e ss.

⁴² Per i dati, si v. INPS, *XX Rapporto annuale*, luglio 2021, consultabile *on line* al seguente indirizzo https://www.inps.it/docallegati/NP/Mig/Dati_analisi_bilanci/Rapporti_annuali/XX_Rapporto_annuale/XX_Rapporto_annuale.pdf, p. 64, consultabile sul sito telematico dell’INPS; T. BOERI, G. GIUPPONI, A. B. KRUEGER, S. J. MACHIN, *Social protection for independent workers in the digital age*, XX Conferenza europea della fondazione Rodolfo Debenedetti, 2018.

Come peraltro evidenziato nel rapporto INPS, è bene tuttavia sottolineare l’approssimazione di questi dati, che mostrano una tendenza crescente, ma che incontrano importanti difficoltà nel “realizzare una mappatura attendibile (...) in ragione della discontinuità di molti profili, ma anche e soprattutto per via della scarsa rendicontazione e della totale assenza di trasparenza”, cfr. ALOISI, DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, 2020, p. 100.

nomico-finanziaria del 2008. È in risposta ad essa che invero è venuto consolidandosi il modello della c.d. *gig economy*, un sistema di libero mercato nato dall'intuizione di sfruttare le piattaforme digitali per mettere in comunicazione domanda e offerta di lavoro, così creando una nuova modalità di scambio di beni e servizi: il lavoro tramite piattaforma, mediante la quale un utente che richiede un bene o un servizio viene connesso in tempo reale con un altro in grado di fornirlo⁴³.

Il modello include essenzialmente due forme: il *crowdwork* e il lavoro *on-demand* tramite *app*. La differenza è che mentre nel *crowdwork* reclutamento, gestione e prestazione lavorativa sono interamente svolti *on-line*, tramite piattaforme digitali che mettono in contatto un numero indefinito di committenti e prestatori, nel lavoro *on-demand* tramite *app* solo reclutamento e gestione avvengono *on-line*, diversamente dalla prestazione, eseguita invece in persona⁴⁴. Tale ultimo caso è quello che descrive l'attività dei ciclo-fattorini, reclutati e gestiti tramite piattaforme per consegnare materialmente utilità di vario genere, con prevalenza di impiego nell'industria del *food delivery*.

Questo sistema digitale presenta innumerevoli vantaggi grazie alla tecnologia. Innanzitutto, il meccanismo della piattaforma determina una notevole riduzione nei costi dell'intermediazione tra datori di lavoro e lavoratori, consentendo ai datori di scegliere più facilmente quando e come assumere, allo stesso tempo offrendo ai consumatori l'opportunità di soddisfare più velocemente i propri bisogni.

⁴³ Sul punto si v. KESSLER, *Gigged: the gig economy, the end of the job and the future of the work*, Random House, 2018.

⁴⁴ Per approfondire si v., *ex aliis*, DE STEFANO, *The rise of the "just-in-time workforce": On-demand work, crowdwork and labour protection*, in *ILO C.WE.S.*, 2016; ID., *Lavoro "su piattaforma" e lavoro non-standard in prospettiva internazionale e comparata*, reperibile al seguente indirizzo web https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—europe/—ro-geneva/—ilo-rome/documents/publication/wcms_552802.pdf; FAIOLI (a cura di), *Il lavoro nella gig-economy*, *Quaderni del Cnel*, 2018, 3. Sul *crowdwork*, cfr. in part. CONSIGLIO, *L'assorbimento dei rapporti di lavoro della gig economy nel diritto privato*, in *LDE*, 2018, 2; KRAUSE, *"Always-on" – The collapse of the work-life separation*, in www.fmb.unimore.it, 2017. Sul lavoro *on-demand* tramite *app*, BIASI, *L'inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza*, in *LDE*, 2018, 2, pp. 5 e ss.; LAZZARI, *Gig economy, tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in *RDS*, 2018, 3, p. 456.

Per completezza, anche se non tutti concordano circa la sua inerenza al lavoro tramite piattaforma, è opportuno menzionare il cd. *asset rental*, che consiste nell'affitto o noleggio di beni e proprietà, secondo i principi della *sharing economy*. "In questi casi la prestazione lavorativa, se c'è, è accessoria, come nel caso del proprietario di un appartamento in affitto su AirBnb che cura anche l'accoglienza e le pulizie finali", si v. INPS, *XX Rapporto annuale*, cit., p. 63.

La sempre più capillare diffusione del modello, poi, è dovuta alla sua flessibilità, che consente, ad esempio, di affiancare le prestazioni digitali ad altri impieghi. Il più grande merito delle piattaforme, d'altra parte, è che esse, nel mettere in comunicazione lavoratori e occasioni di lavoro, creano nuove opportunità di impiego, offrendo una risposta alla disoccupazione e incidendo altresì positivamente sul lavoro scoraggiato⁴⁵.

Queste nuove forme di lavoro, tuttavia, presentano il problema di impiegare i lavoratori solo su base saltuaria, come del resto indica la stessa locuzione *gig economy*, tradotta in italiano con “economia dei lavoretti”⁴⁶. Il termine “gig”, infatti, contrazione di “*engagement*”, richiama uno *slang* utilizzato nel mondo della musica, coniato dai jazzisti statunitensi nei primi decenni del secolo scorso, e traducibile in italiano col significato di “serata”, “esibizione”, “ingaggio”. Il riferimento è alle prestazioni occasionali che vedono i musicisti scritturati per eventi che non richiedono particolari competenze, essendo piuttosto basati sulla capacità di improvvisazione nell'eseguire i brani⁴⁷. Il musicista, quindi, ingaggiato senza molte formalità e con compensi esigui, potrebbe essere reimpiegato o meno senza poterlo predeterminare, proprio come avviene per i *gig workers*, impiegati e retribuiti per ogni singolo incarico, che viene loro assegnato senza bisogno di specifiche competenze per eseguirlo, trattandosi invero di mansioni mediamente comuni, come l'attività di consegna.

L'altro lato della medaglia del lavoro tramite piattaforma, quindi, è la sostanziale mancanza di protezione sociale⁴⁸, oltre all'aumento della precarizzazione che esso produce in ragione dell'instabilità dei contratti di lavoro.

A ciò si aggiunge, poi, il problema della gestione algoritmica del rapporto di impiego⁴⁹. Sebbene le piattaforme facciano capo a grandi realtà industriali del calibro di Foodora, Uber, Glovo, Deliveroo, tutte le scelte inerenti alle carriere dei *gig workers* sono assunte dagli algoritmi alla base del funzionamento della piattaforma, che decidono processando dati.

⁴⁵ Cfr. MACKEN, *The gig economy*, in *TD*, 2017, 91; FABO, KARANOVIC, DUKOVA, *In search of an adequate European policy response to the platform economy*, in *Transfer*, 2017.

⁴⁶ Cfr. INPS, *XVII Rapporto annuale*, p. 9, consultabile sul sito telematico dell'INPS.

⁴⁷ Cfr. MIGLIOCCO, *Che cos'è la gig economy?*, in *www.lastampa.it*, 28 febbraio 2018.

⁴⁸ Cfr. FAIOLI, *Jobs “app”, gig economy e sindacato*, in *RGL*, n. 2/2017, pp. 291 e ss.; nonché il recente studio del Parlamento europeo “*The platform economy and precarious work*”, reperibile a questo indirizzo web [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652734/IPOL_STU\(2020\)652734_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652734/IPOL_STU(2020)652734_EN.pdf).

⁴⁹ Sul punto si v. PRASSL, *Humans as a service. The promise and perils of work in the gig economy*, Oxford, 2018.

Dati che, da un lato, vengono inseriti nei *software* in sede di programmazione a opera degli addetti incaricati dalle imprese. E questo pone elementi di criticità, poiché senza adeguati sistemi di controllo che verifichino l'obiettività e la non discriminatorietà di quanto inserito, le scelte dell'algoritmo rischiano di rivelarsi a loro volta discriminatorie e non obiettive⁵⁰.

Dall'altro, si tratta di dati ricavati da informazioni come la presenza del lavoratore sulla piattaforma, misurata dal tempo trascorso *on-line* collegato ad essa, o le recensioni espresse dai fruitori (il c.d. *rating* reputazionale). Senza una supervisione umana, tuttavia, l'algoritmo è chiaramente inabile a distinguere tra le diverse sfumature di queste informazioni⁵¹. Peraltro, siccome la decisione algoritmica gestisce il rapporto a cominciare dall'assegnazione degli impieghi fino alle sanzioni, incluso il licenziamento che avviene cancellando il profilo del lavoratore dalla piattaforma⁵², il rischio di non individualizzare i dati a seconda delle singole situazioni è altresì quello di vanificare gli effetti positivi sull'occupazione, poiché la rigidità degli standard richiesti può tradursi in un'ulteriore barriera all'entrata⁵³.

3. *L'ordinamento italiano di fronte alle nuove sfide*

Alla luce di quanto si è detto, quindi, regolare queste rinnovate esigenze di tutela in conformità alle disposizioni costituzionali richiederebbe un adeguamento al contesto digitale delle garanzie poste a presidio del lavoro.

Nel determinare nuove modalità di incontro tra domanda e offerta, infatti, le piattaforme sono venute progressivamente creando un mercato del lavoro parallelo a quello tradizionale⁵⁴, a cui occorre garantire una regolazione che consenta di sfruttare le potenzialità della tecnologia disciplinandola se-

⁵⁰ Sul punto si v. O'NEIL, *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, Crown, 2016; SAETTA, *Il potere degli algoritmi sulle nostre vite*, in *Valigia Blu*, 9 marzo 2019.

⁵¹ Cfr. ALOISI, DE STEFANO, *Il tuo capo*, cit., p. 52.

⁵² Per approfondire si v. ALOISI, DE STEFANO, *Tèsta bassa e pedalare? No, i lavoratori di Foodora meritano rispetto*, in *Linkiesta*, 11 ottobre 2016; PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, in *LLI*, 2017, 1, pp. 3 e ss.

⁵³ HEALY, NICHOLSON, PEKAREK, *Should we take the gig economy seriously?*, in *LJ*, vol. 27, 2017, 3.

⁵⁴ Sul punto si v. TREU, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2018, 317, p. 35.

condo “le libertà fondamentali e la dignità dei singoli”, “cardini delle democrazie in modo indipendente dalla natura della prestazione di lavoro”⁵⁵. In caso contrario, ne risulterebbe violato il principio di uguaglianza⁵⁶, oltre che tradito il valore costituzionale del lavoro come servente allo sviluppo della persona e, in questo senso, motore dell’economia⁵⁷.

Occorre dunque interrogarsi su come il diritto stia reagendo a questa transizione digitale, che può considerarsi un fenomeno globale.

3.1. La risposta giurisprudenziale

Per ricostruire la reazione del diritto occorre partire dall’analisi dei fatti, dai quali emerge una risposta che vede prevalente la voce della giurisdizione. Con riferimento al caso italiano – cui è circoscritta l’analisi – il rilievo può ricondursi a tre principali linee di tendenza.

La prima è quella relativa al filone sullo *status* giuridico del lavoratore tramite piattaforma. La questione si è posta con riferimento alla categoria dei ciclo-fattorini, in un percorso giurisprudenziale avviato per iniziativa di alcuni *riders* che, inquadrati come collaboratori coordinati e continuativi, chiedevano invece il riconoscimento della subordinazione. Com’è noto, l’ordinamento predispone una diversa cornice di tutela a seconda che la prestazione lavorativa sia inquadrabile come autonoma o subordinata, invero riservando la protezione sociale completa al solo lavoro subordinato⁵⁸.

In primo grado, l’istanza era stata rigettata dai Tribunali aditi⁵⁹, che avevano ritenuto dirimente il dato secondo il quale i *riders* decidono liberamente quando collegarsi all’*app* per rendersi disponibili alla prestazione lavorativa, senza alcun obbligo di eseguirla così come il datore non è tenuto a riceverla, potendo accettare o meno la disponibilità manifestata. In ciò dunque si rav-

⁵⁵ SCIARRA, *Lavoro*, cit., p. 2, che continua: “Non è solo lo stato di bisogno che determina l’intervento della legge, quanto piuttosto la condizione a un potere senza limiti”.

⁵⁶ Cfr. BRONZINI, *Reddito di base, lavoro, automazione: appunti per un nuovo garantismo sociale*, in www.bin-italia.org, p. 3; SALAZAR, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁷ Sulla Costituzione come “incrocio fra la centralità antropologica, la centralità etica e la centralità economica del lavoro” si v. LUCIANI, *op. cit.*, p. 642.

⁵⁸ Cfr., *ex aliis*, ESPOSITO, GAETA, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2021, pp. 99 e ss.; MAZZIOTTI, *Manuale di diritto del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 197 e ss.; DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2019, pp. 371 e ss.

⁵⁹ Trib. Torino, 7 maggio 2018 n. 778; Trib. Milano, 10 settembre 2018 n. 1853.

visava l'assenza dell'eterodirezione e la conseguente insussistenza del vincolo di subordinazione.

Vero è, tuttavia, che i *riders*, una volta ingaggiati dalla piattaforma, eseguono la prestazione secondo modalità standardizzate e controlli da quest'ultima imposti, rilievo sul quale si basa il diverso orientamento espresso dalla Corte d'Appello di Torino, adita in seconde cure⁶⁰.

In accordo con le argomentazioni dei giudici di primo grado nell'escludere la subordinazione⁶¹, la Corte d'Appello accoglie invece l'istanza di applicazione dell'articolo 2 del d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81, che i ricorrenti avevano formulato in subordine, qualora appunto i giudici non avessero ritenuto sussistente la subordinazione. Tale articolo prevede "la possibilità di applicare la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". Dunque, i giudici d'appello decidono ritenendone applicabile il disposto anche alle prestazioni digitali dei fattorini⁶², così optando per una soluzione di tutela che – come si vedrà – è stata poi positivizzata dal legislatore, sebbene con esiti che possono già anticiparsi insoddisfacenti.

Le altre due linee di tendenza si collocano invece sul versante del rapporto tra lavoratori delle piattaforme e algoritmi alla base del loro funzionamento che, volendo ricorrere a una formula ellittica, potrebbero considerarsi i datori di lavoro di questi rapporti di impiego. La formula è ellittica perché – come è noto e si è sottolineato – le piattaforme fanno capo a grandi realtà industriali, soggetti giuridici del rapporto di lavoro. Eppure è l'algoritmo a

⁶⁰ App. Torino, 4 febbraio 2019 n. 26, su cui si v., *ex aliis*, PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, 2020.

⁶¹ Cfr., *ivi*, il punto "Sulla subordinazione", pp. 13 e ss.

⁶² Cfr., *ivi*, il punto "Sull'applicazione dell'articolo 2 del D. lgs. 81/2015", in part. pp. 20 e ss. "Secondo il Collegio la norma in questione individua un *terzo genere*, che si viene a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 c.c. e la collaborazione come prevista dall'articolo 409 n. 3 c.p.c., evidentemente per garantire una maggiore tutela alle nuove fattispecie di lavoro che, a seguito della evoluzione e della relativa introduzione sempre più accelerata delle recenti tecnologie, si stanno sviluppando. Postula un concetto di *etero-organizzazione* in capo al committente che viene così ad avere il potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa del collaboratore e cioè la possibilità di stabilire i tempi e i luoghi di lavoro (...)", corsivi aggiunti.

decidere sulle carriere dei *gig workers*, attraverso scelte automatizzate che non risultano limitate da un adeguato apparato normativo. Così, non adeguatamente regolato *ex ante*, il conflitto finisce per ricadere *ex post* sulla decisione giurisprudenziale, i cui rimedi hanno tuttavia i caratteri di particolarità e concretezza che connotano il provvedimento giurisdizionale, volto alla mera risoluzione del caso concreto e per questo privo della generalità e astrattezza proprie della legge, necessarie a garantire eguaglianza e parità di trattamento.

In questo contesto, molto rilevante è la decisione del Tribunale di Bologna che dichiara la discriminatorietà dell'algoritmo "Frank" utilizzato dalla piattaforma Deliveroo, condannando l'azienda a risarcire i lavoratori danneggiati⁶³. In particolare, l'intelligenza artificiale non distingueva tra le diverse motivazioni sottese alle assenze dei *riders*, trattando dunque allo stesso modo quelle per futili motivi e quelle invece dovute a ragioni di salute, o all'esercizio del diritto di sciopero. Lo stato di "incoscienza" e "cecità" dell'algoritmo – dice il Tribunale – è imputabile a una "scelta consapevole" dell'azienda, che decide di privilegiare la disponibilità del *rider* senza considerare "i motivi della mancata prestazione lavorativa"⁶⁴. In tal senso, il risarcimento del danno non patrimoniale a carico dell'impresa viene ad assumere un'accezione polifunzionale, vale a dire declinata non solo in termini compensativi, ma anche in un'ottica preventiva, dunque dissuasiva e deterrente, oltre che sanzionatorio-punitiva.

La scelta del Tribunale di Bologna, peraltro, si pone in aderenza col filone interpretativo della Corte europea dei diritti dell'uomo che ricorre agli strumenti tipici del campo dei diritti umani contro la pervasività dei processi automatizzati, sia quanto alla profilazione dei dati, sia quanto a quei sistemi che grazie alla geolocalizzazione e all'analisi computerizzata dei comportamenti, si traducono in controlli invasivi della vita privata del lavoratore. La C. Eur. Dir. Uomo difatti interpreta l'articolo 8 della Cedu – che com'è noto tutela il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della propria corrispondenza – come divieto di mettere in atto pratiche eccessive e sproporzionate di controlli da remoto sul personale⁶⁵.

La terza tendenza giurisprudenziale, poi, è quella che potrebbe definirsi

⁶³ Trib. Bologna, ordinanza 31 dicembre 2020 N.R.G. 2949/2019. Degno di nota è che l'iniziativa del ricorso è, congiuntamente, delle associazioni sindacali NIdiL Cgil, Filcams Cgil e Filt Cgil.

⁶⁴ Cfr., *ivi*, il p.to 4.

⁶⁵ Per approfondire, cfr. ALOISI, DE STEFANO, *Il tuo capo*, cit., pp. 60 e ss.

come “strategia della penalizzazione”⁶⁶. È una strada percorsa dalla Procura di Milano, che ha portato alla recente condanna dell’amministratore di una delle società di intermediazione di manodopera per la filiale italiana di Uber Eats, ritenuto responsabile del reato di caporalato digitale⁶⁷.

Essa è giunta all’esito di un’indagine che aveva coinvolto Just Eat, Glovo, Uber Eats Italy e Deliveroo, dalla quale erano emerse condizioni inaccettabili di sfruttamento, intimidazione e prevaricazione dei lavoratori, per cui erano già state irrogate misure conservative, oltre che ammende per la violazione delle norme sulla sicurezza e il commissariamento della filiale italiana di Uber, poi revocato per le contromisure adottate dall’azienda.

L’innovativa decisione di riconoscere il reato di intermediazione illegale di manodopera nel contesto dell’economia digitale si accompagna, anche in questo caso, a una tutela risarcitoria. La Gup di Milano ha invero stabilito la conversione del sequestro disposto su Uber Eats Italy in risarcimento per i *riders* che si erano costituiti come parti civili nel procedimento.

L’indagine, peraltro, che era stata condotta in coordinamento con l’Inps e l’Ispettorato Nazionale del Lavoro (Inl), assume rilevanza anche a proposito dell’inquadramento dei rapporti di impiego. L’Inl ha infatti notificato alle società coinvolte verbali amministrativi per la riqualificazione della posizione lavorativa dei *riders*, da inquadrare come collaboratori coordinati e continuativi cui applicare le tutele dei lavoratori subordinati, nonché verbali di prescrizione che intimano ai datori di conformarsi agli obblighi in materia di sicurezza del lavoro⁶⁸.

3.2. Segue. *La risposta normativa*

A fronte di questi percorsi giurisprudenziali evolutivi, l’apporto normativo appare invece a uno stato embrionale, iscrivendosi in una tendenza sempre più diffusa nelle politiche pubbliche, che vede i giudici ampliare la propria sfera di influenza in ragione di una crescente debolezza dei decisori politici⁶⁹.

⁶⁶ L’espressione è di CARUSO, *Intervento*, cit.

⁶⁷ Trib. Milano, G.U.P., 15 ottobre 2021.

⁶⁸ Cfr. Inl, Com. Stampa, 24 febbraio 2021.

⁶⁹ Cfr. sul punto BOBBIO, POMATTO, RAVAZZI, *Le politiche pubbliche. Problemi, soluzioni, incertezze, conflitti*, Mondadori, 2017, pp. 29 e 30; GUARNIERI, PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, 2002. Per approfondire le ragioni storico-giuridiche sottese a questo fenomeno si v., per tutti, CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, 1984.

È quanto può osservarsi con riferimento all'unico intervento del legislatore statale in materia, il d.l. 3 settembre 2019 n. 101, convertito nella l. 2 novembre 2019 n. 128. Con esso il legislatore ha sostanzialmente assorbito la soluzione giurisprudenziale della Corte d'Appello di Torino inserendo, nell'art. 2 del d. lgs. 81/2015, la previsione per cui le disposizioni del decreto trovano applicazione "anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".

In questo senso il ruolo del giudice nelle politiche pubbliche viene espandendosi e modificandosi. In particolare, dinanzi a un fatto non ancora normativamente regolato la Corte d'Appello di Torino, da attore finale che applica la legge risolvendo i conflitti, si è spostata all'origine della scelta pubblica, definita con la propria sentenza prima che il decisore politico intervenisse con la legge⁷⁰.

Con lo stesso intervento normativo, peraltro, il legislatore ha altresì aggiunto al d. lgs. 81/2015 il capo V *bis*, che dedica gli articoli dal 47 *bis* al 47 *octies* alla "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali", da applicarsi in tutti quei casi in cui le caratteristiche della prestazione lavorativa non consentono di ricondurre il rapporto entro la cornice di protezione dell'art. 2.

Tra queste norme, gli artt. dal 47 *quater* al 47 *septies* si sostanziano in estensioni di modelli di tutela già esistenti, relativi in particolare alla garanzia del compenso minimo orario, alla disciplina antidiscriminatoria, alla tutela dei dati personali, alla copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Viceversa, molto innovativa è l'istituzione di un Osservatorio presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali con compiti di valutazione e monitoraggio della disciplina esistente, operata dall'art. 47 *octies*.

La cornice normativa che ne risulta, tuttavia, non può ritenersi una risposta efficace a far fronte alle esigenze di tutela del lavoro digitale.

Il primo rilievo critico attiene proprio alla trazione giurisprudenziale, che inquina di particolarità la generalità e astrattezza del comando legislativo. Difatti, in apertura del summenzionato Capo, lì dove l'art. 47 *bis* prevede che le norme in esso contenute "stabiliscono livelli minimi di tutela" per i lavoratori autonomi esclusi dall'applicazione dell'art. 2, lo fa con espresso riferimento a quelli che "svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore". Tra i *gig*

⁷⁰ Tendenza su cui si v., *amplius*, BOBBIO, POMATTO, RAVAZZI, *op. cit.*, pp. 29 e ss.

workers, quindi, la norma si riferisce alla sola *species* dei fattorini, vale a dire quella venuta in discussione in sede giurisprudenziale, sostanzialmente identificata con il ben più articolato *genus* del lavoro tramite piattaforma (a cui invero è intitolato il Capo) destinato, per il resto delle categorie che comprende, a rimanere privo di tutela laddove non presenti i requisiti di cui all'art. 2.

Altro aspetto problematico risiede poi nella genericità delle previsioni, che rende l'intervento del legislatore inidoneo a rispondere ai problemi applicativi posti dall'assenza di una disciplina specifica del fenomeno. In particolare, l'art. 47 *ter*, secondo il quale i lavoratori “devono ricevere ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza”, pone una previsione generalissima, così perdendo l'occasione per regolare l'esigenza di trasparenza circa le modalità delle scelte automatizzate compiute dagli algoritmi. Stesso discorso vale per l'articolo 47 *quinquies*, il quale, limitandosi all'estensione della disciplina antidiscriminatoria e di quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore, non si preoccupa di disciplinare i rischi specifici che caratterizzano il lavoro tramite piattaforma, vale a dire quelli relativi alla fase di programmazione degli algoritmi e ai dati da questo processati, sui quali sarebbe necessario predisporre forme di controllo.

Quanto allo *status* giuridico del lavoratore tramite piattaforma, inoltre, nulla si dice circa i criteri per stabilire quando questo debba inquadrarsi come autonomo e quando invece come subordinato. Un silenzio che pesa sul piano applicativo, traducendosi in un perdurante contrasto interpretativo⁷¹. Invero, se la Corte di Cassazione ha confermato la soluzione dei giudici d'appello di Torino⁷², la giurisprudenza di merito è divisa tra un orientamento che ravvisa la sussistenza della subordinazione⁷³, e un altro secondo cui, all'opposto, il corretto inquadramento è il lavoro autonomo⁷⁴, con tutte le evidenti ripercussioni sulla certezza del diritto e sull'uguaglianza come parità di trattamento.

In questo contesto, qualche timido segnale di azione proviene dai ter-

⁷¹ Sul quale cfr. MONDA, *Covid-19 e riders: primi sussulti della giurisprudenza di merito*, in questa rivista, 2020, 2, pp. 376 e ss.

⁷² Cass., 24 gennaio 2020 n. 1663, che rigetta però la concezione del lavoro dei *riders* come *tertium genus* tra lavoro autonomo e subordinato su cui si sofferma App. Torino, n. 26/2019, p.to “Sull'applicazione dell'articolo 2 D.lgs. 81/2015”, pp. 19 e ss.

⁷³ Cfr. Trib. Palermo, Sez. Lav., 24 novembre 2020 n. 3570.

⁷⁴ Cfr. Trib. Firenze, Sez. Lav., decreto 9 febbraio 2021 N. 2425/2020 R.G.

ritori. Degno di nota è invero l'impegno del Comune di Bologna nel sottoscrivere la "Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano", che rappresenta il primo accordo territoriale metropolitano in Europa sui temi della *gig economy*. Quanto al versante delle normative regionali, il riferimento è in particolare alla l.r. del Lazio 12 aprile 2019 n. 4 che, nel porre "Disposizioni per la tutela e la sicurezza dei lavoratori digitali", costruisce una disciplina attenta sia ad estendere le tutele sociali tradizionali (articoli 3, 4, 5), sia a regolare le nuove esigenze poste dagli strumenti digitali, nei confronti dei quali, da un lato, individua obblighi informativi e di controllo per le piattaforme (articoli 6, 7 e 8) e, dall'altro, prevede l'istituzione di un apposito Portale del lavoro digitale della Regione (articolo 9) e di una Consulta regionale del lavoro digitale (articolo 10), così offrendo una cornice entro la quale continuare a monitorare i bisogni di queste nuove categorie di impieghi. Sulla stessa linea di azione si colloca la proposta di legge presentata dalla Regione Campania⁷⁵, e rilevante è anche l'articolo 56, comma 1 *bis*, della l.r. del Piemonte 22 dicembre 2008 n. 34, secondo la cui previsione è vietato retribuire a cottimo le prestazioni dei "lavoratori che svolgono, anche attraverso piattaforme digitali, il servizio di consegna a domicilio"⁷⁶. In quest'ultimo caso, tuttavia, si riscontra la stessa superficialità del legislatore statale nell'approfondimento della materia oggetto di disciplina, che invero richiederebbe tutele per l'intero *genus* dei *gig workers* e non soltanto per la *species* dei fattorini.

4. *La via europea in costruzione*

L'inadeguatezza della risposta italiana al fenomeno della digitalizzazione del lavoro stride fortemente con le garanzie costituzionali, che non risultano opportunamente aggiornate alla complessità della nuova realtà in evoluzione. Anzi, tra i principi costituzionali e le politiche legislative può dirsi sussistere una vera e propria frattura⁷⁷, che invero è precedente rispetto all'irrompere

⁷⁵ Proposta di legge recante "Disposizioni in materia di lavoro mediante piattaforme digitali", n. registro generale 54 del 26 febbraio 2021.

⁷⁶ Più precisamente, il comma 1 *bis* è stato inserito dall'articolo 139 della l.r. del Piemonte n. 19/2018.

⁷⁷ Così STAIANO, *Pandemia e diritto al lavoro. Disallineamenti dalla Costituzione*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute*, cit., p. 26.

della digitalizzazione e affonda le sue radici in percorsi complessi, che nell'ideologia della *flexicurity* sono venuti precarizzando il lavoro, rendendolo instabile e degradandone la qualità⁷⁸.

La digitalizzazione si innesta dunque su un tessuto già lacerato dalle forti difficoltà occupazionali conseguite alla crisi economico-finanziaria del 2008⁷⁹, rimarcando l'insufficienza delle tutele laddove invece potrebbe rappresentare un'opportunità per invertire la rotta⁸⁰.

Su questo sfondo, a fronte di un panorama nazionale in cui l'inadeguatezza delle politiche sociali si traduce in assenza di normative idonee a soddisfare le nuove istanze di tutela, è il versante europeo a indicare una strada percorribile, nell'ambito di un percorso che rivela un rinnovato atteggiamento sociale dell'Unione, in un processo di integrazione non più incentrato sul solo mercato⁸¹, ma attento alle persone e ai loro diritti⁸². Un percorso che conosce una tappa centrale nel Pilastro europeo dei diritti sociali.

⁷⁸ Sul punto si v., *ex alitis*, DELFINO, *Diritti sociali e flexicurity*, in RIDL, 2009, III, pp. 29 ss.; RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2014, 3; SCIARRA, (2008). *Is flexicurity a European policy?*, in BRONZINI et al. (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Ediesse, 2009, pp. 293 ss.; TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in GDLRI, 2013, 1 ss.; L. ZOPPOLI, DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, 2008; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity*, Editoriale Scientifica, 2012; ID., *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in questa rivista, 2015, 2.

⁷⁹ Sul difficile rapporto tra crisi economica e diritti sociali si v., almeno, ANGELINI, BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, 2012; APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Cost.it*, 2016, 1; CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, *ivi*, 2012; GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, 2014; D'AMICO, BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Franco Angeli, 2017; MORRONE, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in RDSS, 2020, 4; POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in RAIC, 2017, 1.

⁸⁰ Sul punto cfr. OIL, *Lavorare per un futuro migliore*, 2019 e le osservazioni di SCIARRA, *Lavoro*, cit., p. 5, che sottolinea la necessità di agganciare "anelli di responsabilità sociale" all'"interno delle 'catene del valore' (...) facendo in modo che il lavoro non sfugga a un controllo sulla piena effettività dei diritti di chi lo presta".

⁸¹ Sulle politiche sociali europee, si v. GUASTAFERRO, *La «partecipazione ai beni vitali»: i diritti sociali tra principio di eguaglianza sostanziale, economia sociale di mercato e solidarietà*, in RAIC, 2021, 3, pp. 163 e ss.; LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in PD, 2000, 3, p. 378; PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, in www.europeanrights.eu.

⁸² Sull'evoluzione dell'Europa sociale, che non è possibile ricostruire in questa sede, si v. *ex alitis* AMATO, *Conclusioni*, in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea*, il Mulino, 2005.

Proclamato a Göteborg nel 2017 – com'è noto – il Pilastro definisce venti principi e diritti fondamentali per l'equità e il buon andamento dei mercati del lavoro e dei sistemi di protezione sociale, tra i quali anche il necessario adeguamento alla rivoluzione digitale. Principi che gli Stati membri programmano di realizzare attraverso le iniziative definite nel Piano d'azione per l'attuazione del Pilastro⁸³, ribadite nell'Impegno sociale di Porto del maggio scorso.

È nell'ambito di questo impegno che si collocano le misure presentate dalla Commissione europea lo scorso 9 dicembre, volte a migliorare le condizioni del lavoro tramite piattaforma. Esse vanno ad aggiungersi alla dir. 2019/1152, che già chiedeva agli Stati membri un adeguamento alle trasformazioni del mondo del lavoro, attraverso il riconoscimento di diritti minimi per tutti i lavoratori dell'Unione.

Si tratta, in particolare, di una comunicazione⁸⁴, attraverso la quale la Commissione illustra il programma politico; una proposta di direttiva⁸⁵, che indica i punti fondamentali per la sua realizzazione; e un progetto di orientamenti, relativo all'applicazione del diritto europeo in materia di concorrenza ai contratti collettivi dei lavoratori autonomi individuali, compresi quelli che lavorano mediante piattaforme digitali⁸⁶.

Tali misure si muovono entro la cornice tracciata dal Parlamento europeo che, evidenziando l'inadeguatezza dell'attuale sistema normativo innanzi al diffondersi del lavoro tramite piattaforma, aveva rivolto una risoluzione alla Commissione suggerendo, in particolare, l'introduzione di una presunzione di esistenza del rapporto di lavoro e la previsione di un controllo umano sugli algoritmi alla base delle piattaforme⁸⁷.

⁸³ Presentato nel marzo 2021 con tre obiettivi principali da raggiungere entro il 2030: un tasso di occupazione di almeno il 78% nell'Unione europea; una partecipazione di almeno il 60% degli adulti a corsi di formazione ogni anno; la riduzione del numero di persone a rischio di esclusione sociale o povertà di almeno 15 milioni, di cui 5 milioni di bambini.

⁸⁴ COM(2021) 761 “*Better working conditions for a stronger social Europe: harnessing the full benefits of digitalisation for the future of work*”.

⁸⁵ COM(2021) 762 “*Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work*”.

⁸⁶ Reperibile al seguente indirizzo web https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-collective-bargaining-2_en.

⁸⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 settembre 2021 su Condizioni di lavoro eque, diritti e protezione sociale per i lavoratori delle piattaforme – Nuove forme di occupazione legate allo sviluppo digitale (2019/2186(INI)).

Ebbene, nella proposta di direttiva la Commissione prevede un elenco di criteri per stabilire se il rapporto di lavoro sia da qualificarsi come subordinato⁸⁸. Se la piattaforma soddisfa almeno due di questi criteri, allora scatta la presunzione legale di subordinazione, con la conseguente estensione della protezione sociale piena (artt. 3 e 4). Così l'onere della prova risulta invertito a tutela del lavoratore e sarà la piattaforma, se del caso, a dover confutare questa classificazione (art. 5).

Anche sul versante del rapporto tra algoritmi e lavoratori la direttiva offre delle soluzioni apprezzabili, proponendo un obbligo di comunicazione a carico delle imprese circa le modalità operative dell'intelligenza artificiale, e prevedendo un monitoraggio umano sulle decisioni automatizzate, che devono essere contestabili da parte dei lavoratori destinatari (artt. 7 e 8).

La Commissione, inoltre, mira a una maggiore tracciabilità dei dati, che propone di ottenere attraverso l'obbligo per le piattaforme di dichiarare le attività svolte e i lavoratori impiegati alle autorità nazionali competenti in materia di lavoro e protezione sociale (artt. 11 e 12), così completando un quadro normativo che sarebbe in grado di offrire risposte concrete ai nuovi bisogni di tutela a presidio del diritto al lavoro.

5. *Riflessioni conclusive*

Nel percorso fin qui compiuto, dopo aver analizzato il significato delle disposizioni costituzionali che fondano la Repubblica italiana sul lavoro, ci si è soffermati sulla direzione incerta delle politiche legislative in materia, rilevando come la voce europea sul punto, invece, metta assai meglio a fuoco aspetti fondamentali per la protezione dei lavoratori, in un contesto profondamente rinnovato dai cambiamenti che la digitalizzazione viene determinando sui mercati.

La tormentata storia sociale europea, tuttavia, non consente di indulgere all'ottimistica tentazione di considerare questa strada già spianata quanto ai tratti ancora da percorrere. Almeno non prima di aver riflettuto su quelli che potrebbero essere i punti di inciampo, legati alla natura non vincolante del-

⁸⁸ In particolare: *i*) potere unilaterale della piattaforma di determinare il compenso; *ii*) potere della piattaforma di imporre specifiche condotte, come l'utilizzo di una determinata attrezzatura; *iii*) controllo della piattaforma sui risultati del lavoro svolto; *iv*) potere organizzativo; *v*) divieto per il lavoratore di acquisire clientela o di lavorare per più committenti.

l'impegno di Porto⁸⁹, e alle barriere che da sempre le politiche sociali europee incontrano nella difesa delle specifiche tradizioni dei modelli sociali nazionali⁹⁰.

È noto infatti che la politica sociale sia una materia di competenza concorrente tra Unione e Stati membri (art. 4 Tratt. Funz. UE) e che gli obiettivi di cui al Titolo X del Tratt. Funz. UE debbano sempre tener conto della diversità delle prassi nazionali, operando piuttosto sull'armonizzazione dei sistemi sociali con normative la cui attuazione dipende dagli apparati istituzionali degli Stati membri⁹¹. D'altra parte la stessa Carta di Nizza, che ha avuto il merito di condurre i diritti sociali al centro del dibattito pubblico europeo, nulla dice circa gli strumenti necessari a farli valere. Anzi, all'art. 51, precisa che il riconoscimento di diritti fondamentali per i cittadini europei non comporta la creazione di competenze o compiti nuovi per l'Unione⁹². A ciò si aggiunge l'incoerente divisione tra le competenze di politica economica, essendo quella fiscale rimessa agli Stati membri e solo quella monetaria affidata in via esclusiva alla Banca centrale europea.

È pur vero, tuttavia, che quello europeo in costruzione è un tentativo di coordinamento collocato in un rinnovato contesto⁹³, ove alla scarsità di risorse a disposizione dell'Unione, che da sempre rappresenta il più grande ostacolo al decollo dell'Europa sociale, si contrappone il nuovo strumento del *Recovery Fund*. Sia chiaro, i dubbi per salutare 'irenicamente' queste risorse come la svolta nel percorso di integrazione sono più d'uno. Basti qui evidenziare che non si parla di politiche comuni, ma di meri fondi vincolati e circoscritti all'emergenza pandemica⁹⁴. La gestione della spesa pubblica che ne consegue, però, si può ritenere incoraggiante per ripensare ai livelli minimi di tutela comune, in modo da ampliare la protezione sociale a prescindere dalla tipologia del lavoro svolto⁹⁵, non discriminando la posizione del

⁸⁹ Per approfondire il dibattito, invero già precedente al Vertice di Porto, si v., *ex multis*, GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *QC*, 2017, 4, pp. 953 e ss.

⁹⁰ *Ex aliis*, AMATO, *La Convenzione sul futuro dell'Europa e la Carta di Nizza*, in *QC*, 2020, 3, pp. 629 e ss.

⁹¹ PINELLI, *Diritti e politiche sociali nel progetto di trattato costituzionale europeo*, in *ID.*, *Lavoro e Costituzione*, cit., p. 166.

⁹² *Ivi*, p. 171.

⁹³ Cfr. sul punto TEBANO, *L'Unione Europea tra "vecchi" vincoli e nuove risorse nel sostegno all'occupazione*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute*, cit., pp. 387 e ss.

⁹⁴ Per approfondire, cfr. AA.VV., *Il Forum. Verso un futuro (più) sociale dell'Europa?*, in *RGP*, 2021, 3, pp. 230 e ss.

⁹⁵ Cfr. in tal senso ILO *Global Commission on the Future of the Work, Work for a brighter future*,

lavoratore a seconda che le sue prestazioni si qualificano o meno come digitali.

Manovre orientate all'espansione della spesa rendono invero più semplice il coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri, creando condizioni particolarmente favorevoli per l'aggiornamento delle garanzie del lavoro⁹⁶. La circostanza poi che le sovvenzioni siano di natura temporanea e subordinate al rispetto di determinate condizioni può essere letta anche come un dato positivo, se si prova a metterne a fuoco i vantaggi. D'altra parte, proprio la trasformazione digitale rappresenta una delle condizioni da rispettare, e il vincolo temporale potrebbe fungere da stimolo per il legislatore statale, rafforzando il suo intervento nell'ambito della "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali da garantire su tutto il territorio nazionale", competenza che l'art. 117, comma 2 lett. m), Cost. gli riserva in via esclusiva.

Insomma, se si saprà cogliere l'occasione per un'agenda di transizione, anche in questa scansione storica come alla fine dell'Ottocento il valore del lavoro potrebbe assumere quel ruolo aggregante in grado di creare identità, rafforzando quella degli europei nel riportare la dimensione individuale e collettiva della persona al centro di un'Europa – parafrasando Jean Monnet – *forgiata dalle sue crisi e dalla somma delle soluzioni trovate per risolverle*.

2019; nonché SILVESTRI, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il sindacato e la Riforma della Repubblica*, Ediesse, 1997, p. 84.

⁹⁶ Si v. OEDC, *Employment Outlook 2021: Navigating the Covid-19 Crisis and Recovery*, OECD Publishing, 2021.

Abstract

Il saggio prende le mosse dall'analisi delle garanzie costituzionali della Repubblica fondata sul lavoro, per interrogarsi sulla tutela del lavoratore digitale nel contesto del lavoro tramite piattaforma. Dai dati emerge la prevalenza della risposta giurisprudenziale a fronte di un quadro normativo che si mostra debole, evidenziando un radicale scostamento dalle direttive costituzionali in materia di lavoro. In questo contesto, un'opportunità per invertire la rotta proviene dalla normativa europea, che indica la strada per un'agenda di transizione per il diritto al lavoro, che regoli l'economia digitale in condizioni di rispetto della protezione sociale.

In the 21st century the right to work faces remarkable challenges. These are closely connected with the far-reaching changes of labour markets, particularly influenced by digitalisation, which has led to the creation of new forms of employment. The purpose of this study is to investigate whether and to what extent constitutional law should address this phenomenon. The analyzed data report that weak regulations are driven and often replaced by jurisdictional rulings. Hence the need to rethink the right to work adapting constitutional guarantees to the current issues. In this sense, a great opportunity is represented by the new European framework under construction.

Keywords

Lavoro, diritti sociali, *riders*, digitalizzazione, *gig economy*.

Work, social rights, *riders*, digitalisation, *gig economy*.

Adriana Ciancio

La “dimensione sociale” dell’Unione Europea alla prova della pandemia*

Sommario: **1.** Introduzione: la crisi economico-sociale come crisi della cittadinanza europea. **2.** L’integrazione europea: una storia di “Rinascimenti”. **3.** La vocazione sociale dell’UE dopo la stipulazione di Lisbona. **4.** Il declino del cd. “modello sociale europeo”. **5.** La pandemia e le prospettive di rilancio della “cittadinanza sociale” europea. **6.** L’integrazione europea attraverso la tutela dei diritti sociali al giro di boa.

1. Introduzione: la crisi economico-sociale come crisi della cittadinanza europea

L’erompere anche nel continente europeo della pandemia da Covid-19 ha presto innescato, in relazione alle serie conseguenze di carattere economico e sociale che ha determinato, fra le altre, la preoccupazione che l’emergenza sanitaria potrebbe finire per alimentare le molteplici disegualianze che già affliggono l’UE, sia trasversalmente tra i vari Paesi membri che compongono l’Unione, sia all’interno di ciascuno di essi. Si accentuerebbe così quello che è stato sovente descritto come un complessivo processo di compressione dei diritti sociali, che, in tempi recenti, avrebbe preso corpo sia sul versante nazionale sia su quello sovranazionale¹.

Il timore, infatti, è che la prevedibile, lunga durata dello stato di emer-

* Il presente contributo è stato sviluppato nell’ambito della ricerca dipartimentale “La tenuta dello Stato costituzionale ai tempi dell’emergenza da Covid19. Profili giuridico-finanziari”, finanziata dall’Ateneo di Catania – Piano della ricerca 2020-22, Linea 2 e, con gli opportuni adattamenti e diverso titolo, è destinato agli “Scritti in onore di Paola Bilancia”.

¹ In tal senso, per tutti, SALERNO, *Ordoliberalismo e sussidiarietà: sulla promozione pubblica della solidarietà sociale*, in FARACO, PATERNÒ (a cura di), *Cura e cittadinanza*, Editoriale Scientifica, 2021, p. 212.

genza potrebbe condizionare in senso ulteriormente restrittivo l'attività di cura, nel senso ampio di protezione, che gli ordinamenti, statali e sovranostatali, sono chiamati ad apprestare nei confronti di chi si trova in condizioni di difficoltà e di bisogno, se non di vera e propria indigenza².

Con più specifico riferimento al piano sovranazionale, ciò precluderebbe la possibilità di dotare del necessario contenuto sociale la cittadinanza europea, intesa, cioè, come statuto unitario idoneo ad assicurare a tutti i cittadini il medesimo livello di servizi e prestazioni sull'intero territorio dell'Unione³.

E, d'altra parte, è noto che il diffuso clima di sfiducia dei popoli europei nei confronti del processo di integrazione – che a sua volta alimenta un crescente consenso verso forze politiche anche molto eterogenee dal punto di vista della matrice ideologica, ma sostanzialmente assimilabili sotto il profilo della comune ispirazione “euroscettica” ed “antieuropeista” – rinviene un *leit motiv* nella tiepidezza⁴, se non nella vera e propria “frigidità”⁵, usualmente contestata all'UE in relazione all'obiettivo di garantire un'effettiva protezione sociale dei suoi cittadini grazie a una concreta politica di coesione tra i Paesi membri.

Il perseguimento di una reale politica di *welfare*, viceversa, condurrebbe a dar vita ad una nuova Unione in grado di assicurare a tutti i cittadini europei un differente e più equo modello di convivenza, attraverso la via maestra della tutela effettiva del mercato del lavoro e dei diritti sociali, considerato che pare ormai assodato che il successo dell'UE dipende in larga misura dal buon funzionamento in tutti gli Stati membri del primo in connessione ai sistemi di protezione dei secondi⁶.

² *Ibidem*.

³ Cfr. DEMURO, *I diritti sociali tra dimensione europea e identità costituzionale degli Stati*, in CIANCIO (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Giappichelli, 2017, p. 199 ss., che auspica il superamento del paradigma dei diritti sociali come diritti legati al territorio e alla sovranità statale.

⁴ Per un'efficace sintesi di tali voci critiche può leggersi GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in D'AMICO, BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Franco Angeli, 2017, p. 58 ss.

⁵ MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento della Comunità europea*, in *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Cedam, 1988, p. 26 ss.

⁶ Sottolineava l'importanza della costruzione di un “*droit social européen*” in funzione di spinta propulsiva sul processo di integrazione già GOSALDO BONO, *Les politiques et les actions communautaires*, in *RTDE*, 1997, p. 784.

A tali conclusioni, del resto, è giunta da tempo la stessa Commissione, sin da quando l’ex Presidente Juncker – sul presupposto che l’UE non fosse ancora né sufficientemente “europeizzata” né abbastanza “unita” – nel suo primo “discorso sullo stato dell’Unione” richiamava la necessità di “ricreare un processo di convergenza, sia tra gli Stati membri che all’interno della società, che fosse imperniato sulla produttività, la creazione di posti di lavoro e l’equità sociale”. A questo scopo, la Commissione lanciava, quindi, l’idea di dar vita a un “pilastro europeo dei diritti sociali”⁷ con il fine di guidare e supportare le politiche degli Stati membri in numerosi campi essenziali per il buon funzionamento dei sistemi di *welfare* e per la realizzazione di un più equo mercato del lavoro, nella considerazione, fra l’altro, delle aspettative di protezione sociale delle generazioni future, e in tal modo fornire l’indispensabile complemento all’“*acquis*” sociale europeo. Pilastro, poi, ufficialmente adottato nel corso del primo *EU Social Summit* svoltosi a Göteborg nel 2017⁸.

A tal riguardo, basta in questa sede ricordare che tale iniziativa di rafforzamento della dimensione sociale europea maturava come risposta della Commissione alla crisi finanziaria, prima, ed economica, poi, che, esplosa nella prima decade del XXI secolo in America con il fenomeno dei prestiti *subprime*, era successivamente dilagata in Europa, traducendosi in quella crisi dei debiti sovrani che ha avuto la sua epifania più evidente nella crisi greca culminata nell’estate del 2015⁹.

Si preannunciava, pertanto, un significativo balzo in avanti del processo di integrazione scaturito, peraltro, da una grave situazione di crisi¹⁰.

⁷ Cfr., se si vuole, CIANCIO, *Verso un “pilastro europeo dei diritti sociali”*, in *federalismi.it*, 13, 2016.

⁸ Su cui BRONZINI, *Verso un pilastro sociale europeo*, Key Editore, 2019; e, nella dottrina costituzionalistica, LUTHER, *Il futuro dei diritti sociali dopo il “social summit” di Goteborg: rafforzamento o impoverimento?*, in BILANCIA (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, Giappichelli, 2019, p. 25 ss.

⁹ Diffusamente sulle origini della crisi economico-finanziaria dell’eurozona, per tutti, POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell’Unione europea*, in *AIC*, 1/2017, p. 2 ss.

¹⁰ Ad un “*principio di solidarietà responsabile* interstatale”, che avrebbe cominciato a prendere forma in quella particolare congiuntura economico-finanziaria, in funzione “costituente” per la realizzazione di un’effettiva unità politica europea implicante anche politiche di protezione sociale comuni, fa riferimento MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *QC*, 1/2014, p. 84 ss.

2. *L'integrazione europea: una storia di "Rinascimenti"*

In realtà, se si guarda, anche solo nelle grandi linee, all'intera storia europea la circostanza non stupisce, atteso che i più significativi progressi nel processo d'integrazione appaiono sempre germinati da momenti di profonda crisi (politica, economica, sociale) sin dal suo stesso avvio, come sottolineato di recente anche dall'attuale Presidente della Commissione UE quando ha affermato che "La storia d'Europa è una storia di Rinascimenti"¹¹.

È noto a tutti, infatti, che la stessa stipulazione del Trattato di Roma (e ancora prima del Trattato di Parigi del 1951 istitutivo della CEECA) era maturata nel contesto delle drammatiche condizioni in cui l'Europa versava dopo i due conflitti mondiali che avevano funestato il Vecchio Continente nella prima metà del secolo "breve"¹². Dalle ceneri del disastro bellico, pertanto, era emerso il primo nucleo di una comunità – inizialmente soltanto economica e successivamente anche politica – tra Paesi lungamente contrapposti e segnati da sanguinose scissioni, considerata ormai indispensabile per il mantenimento in Europa di un clima di pace tra le Nazioni¹³.

Altrettante note, peraltro, sono le circostanze di grave depressione riverberatasi sull'intera Comunità europea per effetto, sostanzialmente, del crollo del muro di Berlino e la conseguente riunificazione delle due Germanie, da cui aveva preso le mosse il processo riformatore che condusse alla stipulazione del Trattato di Maastricht del 1992. Si tratta di una tappa storica del processo di integrazione, anzitutto sotto il profilo politico (quantomeno) per effetto dell'introduzione della cittadinanza europea¹⁴. Ai più specifici fini odierni, oltre alla definizione dei parametri per l'introduzione della moneta

¹¹ Nel Discorso alla Conferenza sullo stato dell'Unione dell'Istituto universitario europeo, pronunciato a Firenze il 6 maggio 2021, in cui la Presidente Ursula Von Der Layen ha, tra l'altro, rimarcato che "Europe is a story of new beginnings. After every crisis came a European Renaissance", consultabile in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/speech_21_2284.

¹² Secondo la nota definizione di HOBBSAWM, *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, BUR, 1994.

¹³ Sul punto sia consentito rinviare a CIANCIO, *Il contributo del Partito popolare alla costruzione dell'Europa e l'elezione di Antonio Tajani alla presidenza del Parlamento europeo*, in *federalismi.it*, 2/2017, spec. p. 4 ss.

¹⁴ In proposito cfr., almeno, CUOCOLO, *La cittadinanza europea. Prospettive costituzionali*, in *PD*, 1991, p. 659 ss.; PIERANGELINI, *La cittadinanza europea. Un nuovo status per il soggetto comunitario*, in *ASI*, 1993, p. 181 ss.; LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Il Mulino, 1994; CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. Giur., Agg.*, IV, Treccani, 1995.

comune, è opportuno ricordare che la coesione economico-sociale – che aveva fatto il suo primo, timido ingresso nel diritto europeo primario solo come “obiettivo” con l’Atto Unico del 1986 – venne poi effettivamente “istituzionalizzata” come vera e propria politica della Comunità proprio con tale Trattato¹⁵.

Tuttavia, il godimento della cittadinanza europea quale *status* addizionale alla cittadinanza nazionale – che determina la fruizione, per i cittadini degli Stati membri, oltre alle tradizionali libertà economiche, anche di (limitati) diritti politici uniformemente su tutto il territorio dell’Unione – non comportò ancora l’attribuzione di veri e propri diritti sociali, per il cui riconoscimento occorrerà attendere nel 2000 la proclamazione a Nizza della cd. Carta dei diritti fondamentali¹⁶.

D’altra parte, a conclusione di questo *excursus* di necessità sintetico, non può dimenticarsi che il vigente Trattato di Lisbona ha dato, in un certo senso, risposta alla profonda crisi politica in cui il processo di integrazione pareva essersi arenato dopo il fallimento del cd. “Trattato che stabilisce una Costituzione per l’Europa”¹⁷, nel quale, a parte altre significative innovazioni dell’assetto istituzionale, per la prima volta veniva delineata quella europea come “economia sociale di mercato”¹⁸.

3. *La vocazione sociale dell’UE dopo la stipulazione di Lisbona*

Con tale definizione¹⁹, si vorrebbe indicare un sistema economico informato a quelle concezioni filosofiche e di politica-economica cd. ordoli-

¹⁵ Per la puntuale ricostruzione del principio di coesione economica e sociale nel diritto europeo primario antecedente il Trattato di Lisbona, cfr. BALBONI, *Il principio della coesione economica e sociale nell’ordinamento comunitario e nella recente esperienza dell’Unione*, in DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Il Mulino, 2001, p. 19 ss. Su tali profili di evoluzione del diritto UE v. anche COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell’ambito dell’Unione europea*, in *Consultaonline*, 2008, p. 4 ss.

¹⁶ In proposito, per tutti, BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti*, Il Mulino, 2001.

¹⁷ Al riguardo, di recente, se si vuole, anche CIANCIO, *C’è ancora bisogno di una Costituzione europea?* in *DPCE Online*, 1/2021.

¹⁸ Cfr. BANO, *L’ “Europa sociale” nel Trattato costituzionale*, in *RGL*, 4/2005, p. 826 ss.; e MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *RDS*, 1/2006, p. 92 ss.

¹⁹ In generale, sul tema, TOSATO, *Appunti in tema di economia sociale di mercato*, in *www.astrid-online.it*, 2013.

berali, di derivazione prevalentemente tedesca (cd. “Scuola di Friburgo”)²⁰, che – anziché condividere, con le teorie economiche più strettamente ancorate al capitalismo liberale, l’aspirazione alla totale assenza di ingerenza pubblica sul funzionamento del mercato – sollecita interventi di regolazione in vista di una riduzione degli squilibri che si generano in esso²¹ attraverso l’adozione di politiche fondamentalmente antidiscriminatorie, a garanzia effettiva della libera concorrenza, anche se non di vera e propria gestione pubblica dell’economia, quale invece è tipica, sia pur con diversa intonazione, nei diversi modelli nazionali riconducibili allo Stato sociale²². Tale impostazione, ad ogni modo, giustificherebbe un ruolo attivo nella tutela dei diritti sociali, quantomeno se e quando pregiudicati da forze economiche tendenti ad assumere posizioni prevalenti sul mercato.

E invero, la tensione insita nell’abbinamento dei due principi della solidarietà (a cui è intitolato il Capo IV della Carta dei diritti fondamentali e che compare tra i valori comuni enunciati oggi all’art. 2 TUE) e della concorrenza (cui da sempre è informato il funzionamento del mercato comune) sembra infine sciogliersi nella formulazione del vigente art. 3, par. 3 TUE, in cui viene delineata la cd. “forma di stato europea”²³ nei termini anzidetti, di “economia sociale di mercato”²⁴, allorché la disposizione dichiara che “L’Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità

²⁰ Cfr. MICCÙ, “Economia e costituzione”: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quaderni del Pluralismo*, 1996, p. 243 ss.

²¹ Per le differenze tra l’impostazione dell’economia sociale di mercato e il capitalismo “puro” sotteso al liberalismo storico, cfr., almeno, PICONE, *Origine ed evoluzione delle regole della concorrenza comunitarie: l’apologia del mercato “sociale” europeo*, in *Critica del diritto*, 1974, p. 72 ss.

²² Ampiamente sul punto, LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo dell’economia. Fondamenti giuridici*, in CASTORINA (a cura di), *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 128 ss.; e, più di recente, ID., *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Consultaonline. Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, VI, p. 75 ss.

²³ Cfr. PALERMO, *La forma di Stato dell’Unione europea. Per una teoria costituzionale dell’integrazione sovranazionale*, Cedam, 2005. Scettico sulla possibilità di utilizzare le categorie “classiche” del diritto costituzionale in ambito sovranazionale LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Il Mulino, 2001, p. 71 ss. Problematicamente in argomento, più di recente, RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all’Unione europea e ritorno, ovvero circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *federalismi.it*, 11/2016, p. 6 ss.

²⁴ Sul tema v., anche, CONTALDI, *Il significato attuale dell’economia sociale di mercato nell’ordinamento dell’Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 544 ss.

dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico". E ancora che "L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezioni sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore". E, infine, che "Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo".

Dal raffronto tra l'odierna disposizione e la disciplina previgente²⁵, ciò che merita in questa sede sottolineare riguarda la scomparsa (almeno formalmente) della libera concorrenza quale principio-obiettivo dell'UE, e il suo refluire nel Protocollo n. 27, annesso al Trattato, in cui viene precisato che il mercato interno di cui all'art. 3 "comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata". Ebbene, la riscrittura dell'articolo dedicato agli obiettivi e l'assunzione della concorrenza tra le competenze dell'Unione caratterizzanti il mercato parrebbero spostare il baricentro dell'equilibrio tra le ragioni della competitività e quelle della solidarietà sul versante di quest'ultima²⁶, sicché dalla stipulazione di Lisbona sembra ormai emergere una UE dal "volto umano"²⁷, che si impegna a favorire la piena occupazione di tutti i cittadini europei e a combattere ogni forma di esclusione sociale²⁸.

Ciò verrebbe confermato dall'attribuzione di piena efficacia giuridica come diritto europeo primario alla Carta dei diritti fondamentali (art. 6 TUE), la quale – come noto – include un nutrito elenco di diritti individuali e libertà collettive di carattere sociale, ben oltre gli ambiti racchiusi nel Capo IV espressamente dedicato alla "Solidarietà"²⁹. Infatti, la protezione sociale

²⁵ Si sofferma su tale comparazione, da ultimo, CECCHINI, *L'Europa aspira a diventare uno Stato sociale?*, in *AIC*, 4/2021, p. 105.

²⁶ Cfr. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *EDP*, 3/2011, p. 625 ss.

²⁷ Così, nella dottrina italiana, LONGO, *Il "volto umano" dell'Unione europea: passato e futuro dei diritti sociali*, in *QC*, 3/2020, p. 651 ss., che mutua l'espressione da SHANKS, *Introductory article: The Social policy of the European Communities*, in *CMLR*, 3/1977, p. 375 ss.

²⁸ BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in *Astridonline*, 2008, ora anche in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, 2008.

²⁹ Per quanto sia stato giudicata negativamente la circostanza che il diritto al lavoro sia

finalmente assicurata dal documento risulta assai ampia, estendendosi anche al di là del tradizionale campo del mercato del lavoro (ove, peraltro, la Carta distingue tra i diritti dei soggetti già occupati in un'attività lavorativa e coloro che invece ne sono privi o sono inabili al lavoro), per abbracciare problematiche connesse all'educazione, alla protezione dei minori, alle relazioni di genere, alle politiche di inclusione sociale nonché alla tutela dei soggetti deboli e dei disabili.

Inoltre, il TFUE contiene all'art. 9 una sorta di clausola trasversale che sollecita l'Unione a tener conto, nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche, di importanti esigenze sociali quali la promozione di un elevato livello di occupazione, la lotta contro l'esclusione sociale, nonché la tutela dell'istruzione e della salute umana; mentre il successivo art. 10 orienta la politica e l'azione europea secondo il principio di non discriminazione, principio peraltro ripreso anche negli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti. E ancora l'art. 14 richiama il ruolo dei servizi di interesse economico generale³⁰ nella promozione della coesione economico-sociale; l'art. 151 pone come obiettivi, dell'UE e degli Stati membri, nuovamente la promozione dell'occupazione, oltre al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, un'adeguata protezione e il dialogo sociale, uno sviluppo delle risorse umane idoneo a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta all'emarginazione; l'art. 152 riconosce il ruolo delle parti sociali nell'UE; e l'art. 153, nell'ambito della missione e degli obiettivi di politica sociale rimessi all'Unione, attribuisce ad essa il compito di supportare e completare le attività degli Stati membri nei settori rilevanti, sia all'interno, che all'esterno del mercato del lavoro, che comprende non solo chi ha un'occupazione, ma anche coloro che l'hanno persa e sono pertanto disoccupati. Lo scopo è di migliorare le condizioni di lavoro, la protezione sociale, la sicurezza e la salute dei lavoratori, l'informazione ad essi e

stato incluso nel Capo dedicato alla "Libertà", quale cioè libertà di lavorare, cfr. AZZARITI, *Le Garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Astrid-Rassegna*, 7/2011.

³⁰ In proposito, cfr. almeno SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *DA*, 2010, p. 1 ss.; CASTORINA, *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo: notazioni introduttive e di metodo*, in CASTORINA (a cura di), *Servizi pubblici*, cit., p. 9 ss., spec. 12; ZILLER, *Il concetto di pubblico servizio nel diritto dell'Unione europea, tra formulazioni nei Trattati istitutivi e Carta dei diritti fondamentali*, *ivi*, p. 109 ss.; e, più specificamente, PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, *ivi*, p. 447 ss.

la loro consultazione, nonché l'integrazione sociale delle persone escluse dal mondo del lavoro³¹.

Ve n'è abbastanza, insomma, per concludere che con i Trattati di Lisbona si è voluto imprimere all'UE una significativa svolta in senso sociale³².

4. *Il declino del cd. "modello sociale europeo"*

Da tale punto di vista, tuttavia, non si può evitare di considerare come un'occasione perduta la mancata previsione nel TFUE dell'adesione alla Carta sociale europea³³ (ed alla Carta dei diritti fondamentali dei lavoratori), che sotto il profilo delle garanzie accordate non appare del tutto sovrapponibile alla Carta di Nizza-Strasburgo³⁴ e che, pertanto, non può considerarsi riassorbita da quest'ultima per ciò che concerne la tutela dei diritti sociali³⁵. Rimpianto destinato ad accrescersi se si considera il più forte riferimento che – rispetto all'odierna formulazione dell'art. 151 TFUE – era invece contenuto nell'Atto unico del 1986, il cui preambolo richiamava anche quel documento internazionale per attribuirgli la stessa importanza della CEDU nella promozione della democrazia tramite i diritti fondamentali.

Peraltro, nel contesto di una riflessione dedicata alle prospettive di rafforzamento dell'Unione europea anche nella sua dimensione sociale, la più grande occasione perduta può considerarsi il fallimento del "Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa", prima richiamato. Rispetto alle previsioni espresse in quell'Accordo, infatti, il vigente Trattato di Lisbona rappresenta, in un certo senso, l'esito di un compromesso "al ribasso", la cui fragilità si è rivelata a pieno pressoché in contemporanea alla sua entrata in vigore, con

³¹ In generale sul tema, v., almeno, SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi*, Laterza, 2013.

³² Ma per una diversa lettura circa l'attenzione rivolta sin dalle origini del processo di integrazione alle esigenze di protezione sociale dei cittadini europei, volendo, CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, in *federalismi.it*, 4/ 2018, ora anche in BILANCIA (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, cit., p. 53 ss.

³³ Cfr. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Ius. RSG*, 3/2010, p. 505 ss.

³⁴ Sulla ricchezza delle garanzie offerte dalla Carta sociale europea, nella dottrina costituzionalista, PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, 2001, p. 158 ss.

³⁵ Cfr. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *PD*, n. 3/2000, p. 367 ss., spec. p. 384 ss.

l'erompere in Europa della crisi economico-finanziaria³⁶ cui si è già fatto cenno all'inizio di queste riflessioni. Invero, respinta, anche nella terminologia, la "voce federalista" che aveva ispirato la cd. "Costituzione europea", emerge dall'impianto normativo-istituzionale di Lisbona quella che, in altro momento di riflessione³⁷, non si è esitato a definire la "schizofrenia" insita nell'aver dislocato su livelli diversi di governo, politica monetaria, da un lato, e politica economica, dall'altro³⁸, con il conseguente rischio di veder definitivamente pregiudicata l'attuazione concreta del cd. "modello sociale europeo"³⁹, che, per quanto sufficientemente definito attraverso un nutrito catalogo di diritti individuali, di libertà collettive e di servizi pubblici previsti a vantaggio dei cittadini-consumatori dalla Carta dei diritti fondamentali, ha tuttavia scontato fino a oggi la carenza, da parte delle istituzioni europee, dei necessari strumenti operativi per attuare efficaci interventi redistributivi⁴⁰.

Ancora più a monte, peraltro, come già avvertito, si è manifestato il pericolo di compromettere la tenuta stessa dello Stato sociale persino sul piano degli ordinamenti interni. Ciò a causa, da un lato, della debolezza degli strumenti di coordinamento delle politiche economiche nazionali che il Trattato di Lisbona ha rimesso all'UE e che hanno subito disvelato in pieno la sostanziale inadeguatezza a contenere gli *shocks* asimmetrici tra le varie aree dell'eurozona⁴¹; e, dall'altro, per effetto degli obblighi pesanti, in termini di contenimento della spesa pubblica e di mantenimento dell'equilibrio di bilancio⁴², che hanno finito per gravare sugli Stati aderenti ai vari sistemi di

³⁶ Nel medesimo senso, di recente, anche MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea. La risposta alla crisi sanitaria come via per riprendere il processo di integrazione europea*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2021, p. 560 ss., ed ivi il richiamo all'ampia bibliografia in argomento.

³⁷ Cfr., se si vuole, CIANCIO, *I nodi della governance europea: euro, politica fiscale, bilancio unico dell'Unione. Per una nuova legittimazione democratica della BCE*, in *federalismi.it*, 16/2015.

³⁸ Approfonditamente sul punto, per tutti, PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *QC*, 1/2012, p. 15 ss.

³⁹ Cfr., nella dottrina costituzionalista, tra gli altri, PINELLI, *Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo*, in *RGL*, 1/2013, p. 231 ss.; e, in prospettiva giuslavorista, LABORDE, *Cosa resta del modello sociale europeo?*, in *LD*, 3/2013, p. 325 ss.

⁴⁰ V. già D'ALOIA, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo*, in SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo*, Jovene, 2002, p. 845.

⁴¹ Cfr., per tutti, DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in *AIC*, 2/2013, p. 9 ss.

⁴² Cfr., almeno, MANGIAMELI, *The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraints: The Difficult Path to Political Integration*, in MANGIAMELI (a cura di), *The Consequences of the Crisis on European Integration and on the Member States*, Springer, 2017, p. 189 ss.

salvataggio finanziario via via escogitati anche al di fuori del diritto europeo primario, attraverso i cd. "Trattati a latere", tra cui il MES ed il "*Fiscal Compact*"⁴³. Invero, l'impossibilità per gli Stati che adottano l'euro di ricorrere a manovre inflazionistiche per rilanciare la propria economia⁴⁴, dinanzi ad una gestione della politica monetaria ormai affidata ad una Banca Centrale europea, che, ancorata al criterio della stabilità dei prezzi, si mantiene indipendente dagli interessi economici nazionali⁴⁵, ha imposto ai Paesi più poveri e meno produttivi di (tentare di) compensare i deficit commerciali con drastici interventi sul settore pubblico, che si sono risolti in ampi tagli ai servizi sociali (a cominciare dalla sanità e dall'istruzione) e all'occupazione; nel contenimento dei salari e delle pensioni; persino nelle privatizzazioni dei beni pubblici, imposte da autorità tecniche sovranazionali (Commissione, BCE, FMI) per concedere quei sostegni finanziari⁴⁶, che poi sono stati anche massicciamente utilizzati per ricapitalizzare le banche, anzitutto nazionali⁴⁷.

D'altra parte, non risulta facile mantenere all'interno degli ordinamenti nazionali un adeguato livello di prestazioni sociali attraverso l'imposizione tributaria sui redditi più elevati per l'ovvia circostanza che, con l'aumento della pressione fiscale, i capitali tendono a spostarsi, cercando riparo presso i Paesi che adottano regimi più favorevoli. Il risultato è facilitato, oltre che dall'apertura delle frontiere, da quell'ulteriore limite dell'Unione economico

⁴³ Per maggiori approfondimenti in proposito, nella dottrina italiana, v., almeno, BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *federalismi.it*, 4/2012; MICCÙ, *Costituzione economica e trasformazioni del modello sociale europeo nella crisi dell'eurozona*, in CASTORINA (a cura di), *Servizi pubblici*, cit., p. 185 ss.; RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, BUP, 2013, p. 58 ss.

⁴⁴ Sui complessi rapporti tra svalutazione della moneta e processi economici, PREDIERI, *Non di solo euro. Appunti sul trasferimento di poteri al Sistema europeo delle banche centrali e alla Banca centrale europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1/1998, p. 9 ss.

⁴⁵ Cfr., *ex multis*, BARONCELLI, *La banca centrale europea: profili giuridici e istituzionali. Un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, European Press Academic Publishing, 2000; PADOA SCHIOPPA, *The Euro and its Central Bank*, Mit Press, 2004; ZILIOLI, SELMAYR, *La banca centrale europea*, trad. it., Feltrinelli, 2007; ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, 2013; e, se si vuole, CIANCIO, *Unione economica e monetaria e Banca centrale europea: profili problematici di diritto costituzionale*, in CASTORINA (a cura di), *Servizi pubblici*, cit., p. 715 ss.

⁴⁶ Cfr. OFFE, *L'Europa in trappola. Riuscirà l'Ue a superare la crisi?*, trad. it., Il Mulino, 2014, p. 31 ss.

⁴⁷ In argomento, di recente, anche SALMONI, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, p. 211 ss.

e monetaria rappresentato dalla mancanza di una vera e propria fiscalità europea⁴⁸.

L'insieme di tali circostanze aveva reso finora difficile, se non impossibile, tradurre operativamente quell'idea di solidarietà, che pure – come già avvertito – permea in profondità il vigente Trattato siccome la Carta dei diritti fondamentali, (anche) a causa della forte resistenza (di parte) degli Stati membri all'introduzione di meccanismi permanenti di redistribuzione interstatale del debito e, correlativamente, della ricchezza. Era apparso, dunque, politicamente difficile da realizzare ciò che sembrava estremamente urgente in termini economici: una massiccia mutualizzazione dei debiti sovrani⁴⁹ (che, a sua volta, condurrebbe a sensibili misure redistributive sia tra i diversi Stati membri, sia, all'interno di ciascuno di essi, tra le differenti classi sociali), sostenuta da una decisa spinta alla competitività dei Paesi periferici attraverso un adeguamento del costo del lavoro (inteso come rapporto tra salario reale e produttività), idoneo a consentire ad essi di raggiungere un relativo equilibrio commerciale e livelli accettabili di deficit di bilancio⁵⁰.

E, tuttavia, era stata da più parti avvertita l'esigenza di riavviare il processo di integrazione muovendo da una nuova e più efficace politica di coesione economico-sociale tra i Paesi dell'UE, in luogo delle conflittualità e competizione instauratesi principalmente per effetto delle politiche di rigore sostanzialmente imposte – attraverso le decisioni assunte nelle competenti sedi intergovernative europee⁵¹ – da alcuni Stati (soprattutto del Nord Europa) ancora economicamente saldi ai Paesi che maggiormente hanno subito (e talora continuano a patire) la crisi dei debiti sovrani.

Parallelamente si assisteva ad un ripiegamento della giurisprudenza europea, giacché la Corte di Giustizia – che da decenni aveva assunto un ruolo decisivo, prima nell'enucleazione dei diritti fondamentali⁵² poi refluiti nella

⁴⁸ Sull'argomento insiste BERTOLISSI, *Fiscalità e spesa pubblica nell'U.E. Una relazione costitutiva in termini di forma di Stato*, in CASTORINA (a cura di), *Servizi pubblici*, cit., p. 163 ss., spec. p. 166.

⁴⁹ Sul tema anche BIN - CARETTI - PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Il Mulino, 2015, p. 315 ss.

⁵⁰ Cfr. ancora Offe, *op. cit.*, p. 19 ss.

⁵¹ FABBRINI, *After the Euro Crisis: The President of Europe. A New Paradigm for increasing legitimacy and effectiveness in the EU*, in *Europeos Commentary*, 12/2012, p. 2 ss., segnala l'emersione con la crisi economica di una "Costituzione intergovernativa" dell'Unione europea che avrebbe affiancato e quindi sopravanzato la "Costituzione comunitaria". Il tema, più di recente, è stato ripreso ed ampliato in ID., *Which European Union? Europe after the Euro Crisis*, Cambridge University Press, 2015, p. 124 ss., spec. p. 143 ss.

⁵² Sin da CGCE, 12 novembre 1969, 29/69, Stauder.

Carta di Nizza-Strasburgo, e quindi, nella applicazione concreta di quest'ultima⁵³ – dopo alcune iniziali, timide aperture alla garanzia dei diritti sociali⁵⁴, sembrava arrestarsi su posizioni di retroguardia, avviando un percorso ritenuto smaccatamente antisociale⁵⁵, allorché, nel difficile contemperamento tra quei diritti e il mercato, l'ago della decisione sembrava decisamente sbilanciarsi a favore di quest'ultimo⁵⁶.

In tal senso deporrebbero una serie di importanti pronunce, sin dalle celebri decisioni *Viking* e *Laval*⁵⁷, che hanno portato all'attenzione anche dell'opinione pubblica il fenomeno del *dumping sociale*, allorché il Giudice europeo ha giudicato i differenziali salariali nei diversi Paesi membri come ammissibili strumenti di attuazione del principio di libera concorrenza tra le imprese⁵⁸.

Non meno significativamente, in un altro gruppo di decisioni, tra cui la

⁵³ Cfr., ad esempio, CGCE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*. Ritiene, tuttavia, che la preoccupazione principale della Corte di Giustizia, a parte limitatissime eccezioni, sia sempre la tutela preferenziale delle libertà economiche, BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione finale*, in CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, 2014, p. 504 ss.

⁵⁴ Celebre è rimasta CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

⁵⁵ Per le tappe salienti di tale giurisprudenza cfr. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in QC, 3/2018, p. 591 ss. Cfr., inoltre, BRANCATI (a cura di), *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche in Europa. Un'analisi di alcuni importanti casi giurisprudenziali*, Documento del Servizio Studi della Corte costituzionale, 2015, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁶ Così anche ANGELINI, *L'Europa sociale affidata alla Corte di Giustizia CE: "sbilanciamento giudiziale" versus "omogeneità costituzionale"*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, 2010, II, p. 1498 ss. Ma per una diversa lettura di tale giurisprudenza, considerata da sempre attenta all'esigenza di protezione dei diritti fondamentali, GALETTA, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto U.E. dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in CASTORINA (a cura di), *Servizi pubblici*, cit., p. 323 ss., spec. p. 331 ss. Sulla contraddittorietà dell'agenda sociale europea, dalla quale emergerebbero ora obiettivi politici neoliberali, ora strategie neo-corporativiste, ma anche esigenze di tutela sociale, cfr. POLITI, *Diritti sociali*, in *Treccani. Diritto online*, 2017.

⁵⁷ Cfr. CGCE, rispettivamente, 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line*; e 18 dicembre 2007, C-34 1/05, *Laval und Partneri Ltd*.

⁵⁸ Specificamente a commento delle due decisioni, *ex pluribus*, PATRUNO, *La caduta del "principio lavorista". Note a margine di Laval e Viking: un'innovativa giurisprudenza Ce fondata su antiche disuguaglianze*, in *GCost*, 2008, p. 525 ss.; BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *LD*, 2/2008, p. 371 ss.; e LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime a margine ai casi Laval e Viking*, in *LD*, 1/2008, p. 63 ss., il quale rileva come "bilanciamento" sia divenuta ormai "la parola chiave per il futuro dei diritti sociali fondamentali in Europa".

nota sentenza *Pringle*, la Corte di giustizia ha espressamente escluso la giustiziabilità alla luce dei diritti sociali garantiti dalla Carta di Nizza-Strasburgo di taluni degli strumenti finanziari poc'anzi richiamati (segnatamente del “Meccanismo europeo di stabilità”)⁵⁹, poiché essi – introdotti, per far fronte alla crisi economica che aveva investito l'eurozona, al di fuori del quadro istituzionale dell'UE – non sarebbero rientrati nell'ambito applicativo della Carta come definito all'art. 51, par. 1, laddove quest'ultimo stabilisce che le disposizioni in essa contenute si applicano alle istituzioni dell'Unione e agli Stati membri “esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”.

5. *La pandemia e le prospettive di rilancio della “cittadinanza sociale europea”*

Tornando all'attualità, e alla crisi scaturita dalla diffusione del Covid-19, nonostante gli iniziali presagi funesti, l'UE sta invece dimostrando di volersi finalmente, sia pur cautamente, dotare di quegli strumenti operativi⁶⁰, che consentirebbero di dare un contenuto realmente sociale alla cittadinanza europea⁶¹.

Tale obiettivo, nell'attuale contingenza pandemica, appare acquistare al fine concretezza attraverso l'avvio di una serie di iniziative⁶², che vanno ben oltre la mera flessibilità delle regole sugli aiuti di Stato⁶³ e l'allargamento delle maglie delle condizionalità del MES⁶⁴, e che nel complesso sembrano poter determinare quella decisa svolta sociale dell'UE da tempo vagheggiata anche in dottrina.

⁵⁹ CGCE, 27 novembre 2012, Causa C-370/12, *Pringle*. Sulla decisione, con specifico riferimento al tema odierno, *ex pluribus*, anche MORRONE, *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico*, cit., p. 339 ss.

⁶⁰ Cfr. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *QC*, 4/2020, p. 761 ss., spec. p. 765 ss.

⁶¹ Secondo gli auspici formulati, fra gli altri, da FERRERA, *Rotta di collisione, Euro contro Welfare?*, Laterza, 2016, spec. p. 21 ss.

⁶² Cfr., ancora, MANGIAMELI, *Covid-19*, cit., p. 570 ss.

⁶³ Dettagliatamente sul quadro temporaneo adottato dalla Commissione per allentare la disciplina sugli aiuti di Stato, cfr. ROMANIN JACUR, LAZZARONI, *Il diritto internazionale e dell'Unione europea di fronte alla pandemia da Covid-19*, in FRIGESSI DI ROTTALMA (a cura di), *La pandemia da Covid-19. Profili di diritto nazionale, dell'Unione europea ed internazionale*, Giappichelli, 2020, p. 187 ss.

⁶⁴ Cfr. CHessa, *Il nuovo MES: razionalità e misticismo nella garanzia della stabilità finanziaria*, in *QC*, 1/2021, p. 203 ss.

L’approvazione del “*Next Generation EU*” ove, fra l’altro, è contemplato un pacchetto di aiuti finanziari agli Stati maggiormente colpiti dalla crisi sanitaria ed, a cascata, dalla crisi economica, che, per la prima volta, si risolvono – oltre che in un piano di prestiti rimborsabili a lunga scadenza (entro il 2058) ed a tassi di interesse particolarmente vantaggiosi – in un considerevole ammontare di aiuti a fondo perduto⁶⁵, appare, infatti, segnare una tappa “storica” nel processo di integrazione politica, sorretta da quello che viene, pertanto, ritenuto un novello “Piano Marshall” dell’Europa e per l’Europa del XXI secolo⁶⁶.

Tali sussidi invero – per quanto subordinati all’approvazione di un Piano presentato dagli Stati beneficiari, contenente i dettagli sulle riforme e gli investimenti da finanziare con gli aiuti europei (cd. “*Piano Nazionale per la ripresa e la resilienza*”, PNRR)⁶⁷ – costituirebbero il primo passo sulla strada dell’affermazione di un vero e proprio debito comune europeo⁶⁸ retto da una sorta di sistema di garanzia europea dei prestiti, avviato grazie all’altra fondamentale decisione di aumentare l’ammontare delle risorse proprie dell’Unione⁶⁹, che sostanzialmente adombrirebbe una nuova forma di imposizione diretta europea quale “primo nucleo” di quella autentica fiscalità europea di cui si è a lungo avvertita la mancanza. Infatti, il bilancio dell’Unione è stato fino adesso alimentato fundamentalmente attraverso i trasferimenti (di entrate) da parte dei Paesi membri⁷⁰, i quali, tuttavia, nell’attuale contingenza pandemica, hanno bisogno di ricevere denaro e non di trasferirne, sì da doversi rinvenire la liquidità necessaria a sostenere quei sussidi altrove, e cioè, auspicabilmente, attraverso interventi dell’UE volti a reperire

⁶⁵ Art. 2.2, Regolamento (UE) del Parlamento e del Consiglio 2021/241 del 12 febbraio 2021, istitutivo del “*Dispositivo per la ripresa e la resilienza*”.

⁶⁶ Criticamente su tale conclusione, pur nella sottolineatura delle analogie tra i due Piani, da ultimo, SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021, p. 39 ss.

⁶⁷ Art. 18 Reg. UE 2021/24, cit. Criticamente, sulle condizionalità cui è subordinata l’assistenza finanziaria del cd. *Recovery plan*, cfr. SALMONI, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano–Padova, 2021, 25 ss.; e ID., *Piano Marshall*, cit., 78 ss.

⁶⁸ Pur non giungendo ancora il *Recovery plan* ad una completa mutualizzazione dei debiti sovrani, cfr. STREECK, *L’asimmetria europea, in sinistramente.info*, 5 aprile 2021.

⁶⁹ Decisione (UE/Euratom) del Consiglio 2020/2053 del 14 dicembre 2020 *relativa al sistema di risorse proprie dell’Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom*, consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32020D2053>.

⁷⁰ Per approfondimenti sul punto, cfr. SALMONI, *Recovery Fund*, cit., p. 78 ss. ed ivi ampi riferimenti ad altra bibliografia.

i capitali necessari direttamente sul mercato e la progressiva trasformazione di quella che finora è stata (e, in verità, continua ad essere) una fiscalità sostanzialmente derivata in un'autentica capacità di imposizione fiscale europea.

A margine va, poi, avvertito che non può neppure trascurarsi l'altra storica decisione di agganciare la fruizione degli aiuti finanziari europei al rispetto da parte degli Stati membri della *rule of law*⁷¹, che – seppure assunta attraverso procedure al limite della legittimità, in quanto adottate al di fuori dell'art. 7 TUE⁷² – è rivolta a dare sostanza all'idea di una UE non quale semplice “comunità di diritto”, ma come autentica comunità di valori (solidarietà, ma anche democrazia e stato di diritto), vale a dire come vera e propria comunità politica, che si regge su (ed è regolata da) un nucleo di norme da considerare “ontologicamente costituzionali”⁷³.

Del resto, la volontà di sostanziale apertura alla dimensione sociale europea è stata sottolineata con forza nella Risoluzione del 17 dicembre 2020 con cui il Parlamento europeo si era espresso a favore di “*Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*”⁷⁴, e si è manifestata non solo negli strumenti previsti per sostenere gli Stati maggiormente in difficoltà nella crisi pandemica, ma anche nell'attività normativa già preannunciata dalla Commissione UE per i prossimi anni.

Lo *SURE* (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*)⁷⁵, in particolare, quale strumento di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza, è stato il primo atto concreto predisposto per garantire aiuti senza interessi e rimborsabili in 30 anni, al fine di evitare i licenziamenti grazie ad un meccanismo di cassa integrazione rinforzata con percorsi di formazione; aiuti oltretutto, per la prima volta, estesi anche al lavoro autonomo coordinato con le imprese. D'altra parte, la Commissione

⁷¹ Cfr. il Regolamento (UE/Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020-R2092&from=IT>, su cui anche SPADARO, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *federalismi.it*, 14/2021.

⁷² Così CASTORINA, *Stato di diritto e “condizionalità economica”*, in *federalismi.it*, 29/2020.

⁷³ Sia consentito al riguardo far rinvio a CIANCIO, *Perché un diritto costituzionale europeo? Quattro brevi risposte a partire dalle elezioni del 2019*, in *federalismi.it.*, 11/2019, p. 3.

⁷⁴ Consultabile in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0371_IT.html.

⁷⁵ Reg. UE 2020/672 adottato il 19 maggio 2020.

ha assunto l'iniziativa di una direttiva sul salario minimo legale (art. 6 del Pilastro europeo) per indurre gli Stati membri ad avvicinarsi al riguardo agli *standards* internazionali, sempre nel rispetto della contrattazione collettiva⁷⁶. Tale iniziativa, oltretutto, appare supportata dal Parlamento europeo che ha approvato nel febbraio 2021 una Risoluzione sulla "Riduzione delle disuguaglianze con particolare riferimento alla povertà lavorativa"⁷⁷. Inoltre, un'ulteriore iniziativa è stata preannunciata al fine di regolare il lavoro su e tramite piattaforma, ed è stata anche lanciata una consultazione preventiva delle parti sociali, al fine di superare l'attuale frammentazione delle discipline nazionali in tema di lavoro su piattaforme digitali anche nei settori tecnologici più avanzati⁷⁸. Ciò nel quadro di un'attenzione crescente della Commissione alla cd. transizione digitale, considerata quale possibile veicolo, se adeguatamente sostenuta dalle idonee garanzie, di emancipazione sociale.

Ancora più recentemente poi, la Commissione, in vista dell'avvio del secondo *EU Social Summit* di Oporto, aveva preannunciato (il 4 marzo 2021) un Piano d'azione attraverso cui procedere all'implementazione del pilastro europeo dei diritti sociali attraverso una serie di misure differenziate⁷⁹, che, insieme al cd. *Recovery Fund* e alla sfida ecologica frattanto lanciata per il futuro, hanno indotto a parlare di momento storico, quasi "hamiltoniano", nel processo di integrazione⁸⁰.

Per altri versi, non può trascurarsi che tali iniziative vengono assunte in un'epoca in cui la Corte di Giustizia dimostra di voler riprendere il proprio cammino di tutela giurisdizionale dei diritti, anche sociali, riconosciuti dalla

⁷⁶ Cfr. COM (2020) 682 final, su cui cfr. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *LD*, 2020, p. 539 ss.; e GIUBBONI, *Crisi pandemica e solidarietà europea*, in *QC*, 1/2021, p. 220.

⁷⁷ Consultabile in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0044_IT.html.

⁷⁸ Come da Comunicato stampa della Commissione del 24 febbraio 2021, consultabile in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_21_686.

⁷⁹ Cfr. la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato europeo economico e sociale e al Comitato delle regioni*, consultabile in https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b7c08d86-7cd5-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0001.-02/DOC_2&format=PDF.

⁸⁰ Così l'allora Vice Cancelliere Tedesco Olaf Scholtz in un'intervista resa al quotidiano "Die Zeit", consultabile in <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Interviews/2020/2020-05-20-Zeit-Interview.html>. In dottrina v. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *Eurojus*, 4/2020, spec. p. 33 ss.

Carta di Nizza, di cui, in tempi recenti, il Giudice europeo ha finito per ammettere persino un'efficacia diretta cd. orizzontale⁸¹, sia pur limitatamente al diritto alle ferie annuali retribuite previsto dall'art. 31, par. 2 della Carta⁸² e, cioè, da una disposizione che non subordina la garanzia da esso apprestata a forme di *interpositio legislatoris*, come per lo più accade, invece, con i diritti ricompresi nel Capo IV sulla "solidarietà"⁸³.

6. *L'integrazione europea attraverso la tutela dei diritti sociali al giro di boa*

A seguito dell'emergenza pandemica si è aperta, pertanto, la possibilità di imprimere un vero e proprio giro di boa al processo di integrazione nella direzione dell'effettivo rafforzamento della dimensione sociale dell'UE⁸⁴.

Ad ostacolare il raggiungimento di tale traguardo, tuttavia, sembrano spirare venti contrari, sin da quando il 5 maggio del 2020 il *Bundesverfassungsgericht* pronunciava la sua "famigerata" decisione sul PSPP⁸⁵. Per quanto in quell'occasione i Giudici costituzionali tedeschi avessero espressamente escluso dal raggio d'azione della pronuncia gli (allora soltanto futuri) aiuti finanziari destinati a fronteggiare la pandemia, ai primi commentatori la decisione era sembrata rivolta anche a regolare il futuro "posizionamento" in materia della Germania⁸⁶.

⁸¹ Sul tema, di recente, GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *QC*, 3/2020, p. 636 ss.; e, nella letteratura straniera, LENAERTS, *The Horizontal Application of the Charter*, *ivi*, p. 633 ss.

⁸² Cfr. Corte Giust., Grande Sez., C-619/16, *Kreuziger*, 6 novembre 2018; Corte giust., C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, 6 novembre 2018; e Corte Giust., C-684/16, *Max-Planck*, 6 novembre 2018, congiuntamente annotate, fra gli altri, da BRONZINI, *Il "Trittico" della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*, in *federalismi.it*, 10/2019.

⁸³ Ampiamente in proposito GUASTAFERRO, *La "partecipazione ai beni vitali: i diritti sociali tra principio di eguaglianza sostanziale, economia sociale di mercato e solidarietà*, in *AIC*, 3/2021, spec. p. 172 ss.

⁸⁴ Sul tema di recente, tra gli altri, COMAZZETTO, *La solidarietà nello spazio costituzionale europeo. Tracce per una ricerca*, in *AIC*, 3/2021.

⁸⁵ BVerfG 5 May 2020, 2 BvR 859/15. Nell'impossibilità di dar conto dell'ormai vastissima letteratura sulla decisione, sia consentito far limitato rinvio, per un commento "a caldo", a CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase program: an attempt to "break the toy" or a new starting point for the Eurozone?*, in *federalismi.it*, 16/2020, ed *ivi* riferimenti ad ulteriori note a prima lettura.

⁸⁶ Cfr. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German*

Tale impressione è parsa più di recente trarre conferma dall'ordine, inizialmente emesso dallo stesso Tribunale di Karlsruhe il 26 marzo 2021, con cui era stata disposta la sospensione del procedimento di ratifica (già, peraltro, approvata sia dal *Bundestag* che dal *Bundesrat*) sulla partecipazione della Germania alla Decisione UE sull'aumento delle cd. "risorse proprie"⁸⁷. Infatti, tale provvedimento, per quanto provvisorio, sembrava già poter produrre significativi effetti politici rispetto all'obiettivo ambizioso, sintetizzato poc'anzi, di introdurre per tale via il primo gradino di un più forte bilancio europeo sostenuto da una stabile capacità fiscale indipendente dai trasferimenti nazionali⁸⁸. E, invero, all'ora Cancelliera Merkel si era affrettata a ricordare che la cd. "decisione sulle risorse proprie" ha soltanto carattere temporaneo, essendo stata assunta solo fino al 2026, sembrando tali dichiarazioni rivolte a porre da parte della Germania una pesante ipoteca sul futuro sviluppo della dimensione sociale europea⁸⁹, nel momento in cui si vorrebbero sostanzialmente perimetrare negli stretti margini operativi dei Trattati vigenti gli ambiti entro cui l'Unione potrà concretamente perseguire anche per il futuro (cioè dopo il 2026) la sua politica di coesione.

Né il successivo rigetto della domanda cautelare da parte del *Bundesverfassungsgericht*⁹⁰, che ha consentito al fine al Presidente tedesco di apporre la firma per la ratifica della decisione sulle risorse proprie, ha chiuso definitivamente la questione, in quanto la sentenza di merito è ancora di là da venire. Per quanto i noti precedenti del Tribunale costituzionale tedesco, di sostanziale contestazione di decisioni assunte dalle istituzioni europee, lascino auspicare che, dopo un iniziale irrigidimento⁹¹, i giudici di Karlsruhe finiscano poi, *more solito*, per addivenire a più miti consigli nell'ottica del processo di integrazione⁹².

Constitutional Court, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020; e, sia pur in maniera più sfumata, nella dottrina italiana, GUAZZAROTTI, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, in *LaCostituzione.it*, 10 maggio 2020.

⁸⁷ BVerfG 26 marzo 2021, 2 BvR 547/21, su cui anche CASTELLANETA, *Bundesverfassungsgericht, ombelico del sovranismo o volano per un'Europa solidale?*, in *QG*, 8 aprile 2021.

⁸⁸ Cfr. ZEI, *Karlsruhe e Next Generation EU: la decisione del 26 marzo 2021*, in *Nomos*, 1/2021.

⁸⁹ Come lucidamente avverte FABBRINI, *L'Europa e i ritardi del programma Next Generation EU*, in *open.luiss.it* del 7 aprile 2021.

⁹⁰ BVerfG 15 aprile 2021, 2 BvR 547/21, su cui cfr. CONGEDI, *Il rigetto della Corte Costituzionale tedesca al ricorso contro la decisione sulle risorse proprie*, in *iusinitiner.it*, 19 maggio 2021.

⁹¹ Cfr. CASSESE, *L'Unione europea e il quinzaglio tedesco*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, p. 1003 ss., a commento della nota *Lissabon Urteil*.

⁹² In tal senso, resta emblematico il caso aperto col rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE

A tale incertezza determinata da un'iniziativa giudiziaria si sommano, sotto un profilo più squisitamente politico, i risultati, in un certo senso deludenti, del secondo *EU Social Summit*, frattanto svoltosi ad Oporto. Infatti, nonostante i Capi di Stato e di Governo ivi convenuti abbiano raggiunto l'accordo sul perseguimento degli obiettivi sociali specificati dalla Commissione UE nel piano di attuazione del "Pilastro europeo", nella dichiarazione finale i *leaders* europei si sono affrettati a precisare che l'impegno assunto andrà adempiuto rispettando le rispettive competenze statali ed europee ed i principi di sussidiarietà e di attribuzione⁹³ e, dunque, continuando a mantenere le attuali competenze nazionali al livello dei singoli Stati membri.

Né miglior prova fino a questo momento sembra stia dando la cd. "Conferenza sul futuro dell'Europa", frattanto avviata⁹⁴ quale iniziativa rivolta a raccogliere le opinioni dei cittadini in vista di un funzionamento condiviso dell'Unione, considerati lo scarso impegno finora dimostrato dai Governi nazionali (a dispetto delle dichiarazioni iniziali⁹⁵) a favorirne anche soltanto la conoscenza e, di conseguenza, l'esiguo effettivo coinvolgimento in essa della società civile. Invero, pure nel corso della pandemia si sono rivelati i limiti dell'attuale assetto istituzionale dell'UE, come già accaduto in maniera macroscopica con la precedente crisi economico-finanziaria. Peraltro, nonostante dalla Conferenza non ci si attenda concrete proposte operative in termini di revisione dei Trattati vigenti, il suo esito potrebbe comunque incidere sul *modus operandi* delle istituzioni europee in relazione all'attuazione delle politiche dell'Unione. Pertanto, considerando che il rafforzamento della solidarietà e dell'equità sociale costituisce uno degli obiettivi prioritari della

operato dal Giudice costituzionale tedesco in ordine alla presunta incompatibilità con i Trattati del programma della BCE noto come "OMT" (*Outright Monetary Transactions*), in quanto "ultra vires", poi risolto (con la decisione del BVerfG in cause riunite 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13 del 21 giugno 2016) in linea con i pronunciamenti resi sul punto dalla Corte di giustizia nel senso della legittimità anche di tali operazioni di politica monetaria, per così dire, "non convenzionali", cfr. CGE, Grande Sez., sent. 16 giugno 2015 in causa C-62/14, annotata, fra gli altri, da PISANESCHI, *Legittimo secondo la Corte di Giustizia il piano di allentamento monetario (OMT) della BCE. Una decisione importante anche in relazione alla crisi greca*, in *federalismi.it*, 13/2015.

⁹³ Cfr. *Dichiarazione di Porto* dell'8 maggio 2021, in <https://www.consilium.europa.eu/it/-/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/>

⁹⁴ Cfr. *Conferenza sul futuro dell'Europa – Dichiarazione comune* del 5 marzo 2021, in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6796-2021-INIT/it/pdf>.

⁹⁵ Ne fa una sintesi CECCHINI, *op. cit.*, p. 107 ss.

Conferenza, anche dai risultati cui essa condurrà e, più in generale, dalla capacità che l'UE saprà dimostrare di rigenerare se stessa attraverso un'effettiva e duratura protezione sociale dei suoi cittadini⁹⁶, dipenderà se la crisi pandemica potrà risolversi nel trampolino di lancio per l'auspicato consolidamento di una nuova Unione politica a vocazione autenticamente sociale⁹⁷ ovvero rivelarsi un'ulteriore occasione perduta nel processo di integrazione. Come dire che con l'emergenza pandemica l'Europa "sociale" è ormai giunta al giro di boa; e però a questo punto occorre svoltare.

⁹⁶ In tal senso anche l'esortazione di CARAVITA, *Keep up the momentum, Europe! And you, Italy, too!*, in *federalismi.it*, 12/2021.

⁹⁷ Nel medesimo senso LUCARELLI, *The conference on the future of Europe between form of state and form of government*, in *DPE-Rassegna Online*, 1/2020.

Abstract

Per far fronte alle conseguenze sociali ed economiche della pandemia, le istituzioni europee, in particolare la Commissione, hanno intrapreso una serie di misure che mostrano una visione, per così dire, “integrata” degli interessi generali dell’Unione. Pertanto, si prevedono benefici effetti positivi sull’intero sistema dell’UE alla luce di una reazione alla crisi pandemica che appare realmente unitaria ed efficace. Ciò induce alla previsione che, come già accaduto in altre fasi delicate della storia europea, una situazione di crisi (in questo caso sanitaria ed economica) possa eventualmente trasformarsi in un rinnovato impulso al processo di integrazione. Tale risultato, tuttavia, appare connesso a quelle iniziative che necessariamente inglobano la dimensione sociale dell’Unione nelle azioni annunciate, a partire dall’assegnazione di veri e propri contributi a fondo perduto. La conclusione è che il futuro sviluppo dell’UE appare sempre più indissolubilmente legato all’attuazione di efficaci politiche di coesione economica e sociale.

In order to cope with the social and economic aftermaths of the pandemic, the European institutions, in particular the Commission, have undertaken a series of measures which show a vision, one might say, “integrated” with the general interests of the Union. Thus, beneficial positive effects across the entire EU system are expected in the light of a reaction to the pandemic crisis that is both truly unitary and effective. This state of affairs leads to foresee that, as already happened in other delicate phases in European history, a situation of crisis (in this case health and economic) eventually might turn in a renewed boost to the integration process. Yet this result appears connected to those initiatives that necessarily incorporate the social dimension of the Union into the announced actions, starting from the allocation of grants. The conclusion is that the future development of the EU more and more appears inextricably linked to the implementation of effective economic and social cohesion policies.

Keywords

Pandemia, integrazione europea, coesione economico-sociale, diritti sociali, cittadinanza europea.

Pandemic, european integration, economic.social cohesion, social rights, Eu citizenship.

Giovanni Messina

La cura dei diritti nelle istituzioni dell'Unione. Critica della retorica politica europea

Sommario: **1.** I diritti fondamentali come base di legittimità dell'ordine politico. **2.** Frustrazione democratica e diffidenza verso le istituzioni europee. **3.** Una comunità di diritto per uno spazio comune (di mercato). **4.** Decostruire una contraddizione originaria. **5.** Pessimismo realista e possibilità future.

1. I diritti fondamentali come base di legittimità dell'ordine politico

Impegnarsi in un ragionamento di critica dell'Unione Europea non è una scelta che ha il pregio dell'originalità, è, però, inevitabile, poiché tutta la vicenda dell'Integrazione è contrassegnata da un elemento politico sostanziale, in realtà accresciuto nel corso degli ultimi decenni, quello che si è evocato nel titolo di questo lavoro come retorica politica e che conduce a dire che in relazione al tema della "cura e dei diritti sociali nelle Istituzioni dell'Unione" si potrebbe utilizzare l'espressione di "ipocrisia istituzionale". D'altra parte, questo possiamo concederlo all'Europa, farne la critica è ancora possibile e ci consente di dire che lo spazio politico europeo (la sfera pubblica comune) esiste. Almeno nella misura in cui il dibattito delle idee è possibile e la lotta politica, all'interno degli Stati e dentro le stanze degli organismi europei, può aspirare a cambiare assetti vigenti e orientamenti consolidati. Da questa prospettiva, anzi, l'analisi critica della politica europea, che nasce dal confronto con i valori assunti nei documenti ufficiali e dalle tradizioni culturali alle quali i "politici" europei si richiamano, diventa un dovere.

Lamentare l'insufficiente cura da parte dell'Unione Europea dei "diritti sociali" vuol dire andare al cuore della teoria politica critica verso le istituzioni europee e il suo ceto politico. Poiché attraverso il livello di attenzione

che si rivolge alla attuazione degli obiettivi di solidarietà sociale, di riduzione delle disuguaglianze, di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale e cioè, quindi, di effettiva garanzia dei diritti individuali sociali (diritto alla salute, diritto all'istruzione, diritto all'assistenza e alla previdenza), si misura il tasso di equità di una collettività politica e la tutela da parte di essa dei presupposti della partecipazione democratica dei propri consociati e perciò della propria democraticità¹. E le principali ragioni polemiche rivolte alla politica delle istituzioni comuni europee, come sappiamo, sono l'assenza di democrazia dei suoi meccanismi decisionali ma soprattutto delle sue azioni amministrative, poco interessate al benessere materiale dei cittadini europei. Il "deficit democratico" e l'aver come obiettivo primario la costruzione di uno spazio commerciale comune secondo i principi dell'economia di mercato, per assicurare una competizione libera tra gli attori imprenditoriali e una libera circolazione dei capitali e delle risorse (libera circolazione dall'azione interventista e regolatrice dei governi), sono i vizi denunciati da coloro che richiedono una profonda riforma del disegno politico-giuridico dell'Unione Europea o che ne auspicano addirittura lo smantellamento². Sebbene l'appello ai diritti inalienabili, naturali, degli esseri umani sia stato uno degli argomenti consueti con i quali si è esercitata la critica politica (l'opposizione ai governi in carica) almeno sin dagli ultimi secoli dell'età di mezzo (la *Magna Charta* inglese può essere presa a esempio di un esito politico causato dal successo dell'appello ai diritti), la cultura giuridica ha intrapreso una nuova fase storica con l'approvazione di Costituzioni scritte e "rigide" quali fondamenti normativi degli ordini sociali e delle rispettive istituzioni politiche, riservando ai diritti fondamentali dei singoli individui un ruolo centrale nella definizione delle proprie priorità valoriali e dei propri orizzonti collettivi. La cultura dei diritti, per noi oggi parte scontata delle nostre stesse soggettive concezioni politiche e sociali e in realtà elemento innovativo rispetto all'esperienza giuridica precedente, è oggi cartina di tornasole per il giudizio sulle concrete azioni politiche da parte delle istituzioni di governo³. Conse-

¹ Cfr. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

² Vedi AMOROSO, *Euro in bilico*, Castelvecchi, Roma, 2014 e SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, DeriveApprodi, Roma, 2018, p. 85 e ss. Utile per riflettere sulle questioni teoriche e politiche che la dottrina ha affrontato rispetto al processo di Integrazione WIENER, DIEZ (a cura di), *European Integration Theory*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2004.

³ Basti il classico di Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990. Un altro classico ormai della cultura giuridica definisce i diritti sociali "diritti di giustizia"; così G. ZAGREBELSKY in *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

guente perciò che lo sia anche rispetto alle istituzioni comunitarie e all'agire politico degli 'amministratori' dell'integrazione europea. Nella lista dei diritti individuali la cui osservanza è requisito essenziale per la valutazione delle politiche effettive, quelli che sono definiti "diritti sociali" assumono un rilievo specifico, in quanto il loro soddisfacimento è ritenuto funzionale all'effettiva democraticità della vita collettiva, perché la partecipazione alla trama civile delle relazioni sociali non è possibile se a ogni membro della collettività non viene assicurata la libertà quantomeno dai bisogni primari e una cultura sufficiente ad avere gli strumenti per acquisire una autonoma e informata conoscenza dei fatti e dei processi sociali. La tutela dei diritti dell'individuo e in specie dei cosiddetti diritti sociali, quindi, è uno dei parametri ai quali è stata ed è commisurata la politica europea poiché la tutela di questi diritti è il criterio principale con il quale si misura ormai, almeno per gran parte della dottrina, la stessa legittimità politica degli ordinamenti giuridici nazionali in Europa e non solo; almeno dopo le catastrofi della prima parte del Ventesimo secolo e dopo l'approvazione della "Dichiarazione universale dei diritti umani" nel 1948, della "Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" (cosiddetta CEDU) nel 1950, del "Patto sui diritti civili e politici e di quello sui diritti sociali e culturali" del 1966 e, oltre agli altri documenti (convenzioni, trattati, dichiarazioni congiunte) di carattere internazionale, soprattutto l'approvazione delle Carte costituzionali degli Stati europei nel secondo dopoguerra. È ovvio perciò che la legittimità delle istituzioni comunitarie e delle loro politiche sia stata e venga valutata in riferimento alla garanzia dei diritti dell'individuo. Il loro riconoscimento e la loro implementazione sono il tratto caratterizzante della nuova epoca storica del Costituzionalismo e dell'esperienza giuridica complessivamente intesa; iniziata con i nuovi ordini politici delle Costituzioni post-belliche, nelle quali viene introdotto l'obiettivo di redistribuire la ricchezza sociale e vengono legati concretamente il principio democratico e la lotta alla povertà e all'esclusione sociale⁴. Il programma della realizzazione della democrazia attraverso l'eliminazione delle condizioni materiali che impediscono a un cittadino di poter partecipare effettivamente alla vita sociale e prendere parte alla definizione collettiva degli obiettivi della

⁴ Una elaborata versione della teoria per cui la legittimità stessa delle istituzioni giuridiche e dell'ordine politico deriva non solo dal riconoscimento ma anche dalla effettiva garanzia dei diritti individuali fondamentali è sviluppata da Luigi Ferrajoli, anche in *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007; in specie nel volume secondo.

comunità è assunto dalla maggior parte delle Costituzioni approvate alla fine del secondo conflitto mondiale e costituisce il connotato identificante della cultura giuridica e politica continentale; diventato un esempio per il mondo intero⁵. Il “modello sociale europeo” è stato un tutt’uno con il progetto democratico, con il progetto della democrazia, nel quale la politica di riduzione delle disuguaglianze è fattore centrale (declinato nella forma giuridica dei diritti soggettivi sociali: diritto all’istruzione, all’assistenza sanitaria *et cetera*), con ciò che questo comporta nella definizione del ruolo delle istituzioni pubbliche, rispetto ai processi sociali e rispetto alle dinamiche economiche. Cioè il governo politico dell’economia, attraverso l’intervento statale diretto o indiretto, apprestando strutture di servizi o progettando indirizzando e coordinando. Così come ciò ha voluto dire la gestione pubblica dei conflitti sociali, dei conflitti tra interessi di gruppi sociali specifici, recepiti entro le istituzioni e resi parte manifesta della dialettica politica e giuridica. L’Europa invece, la politica dell’Integrazione, si contrassegna fin dalle sue origini come un’esperienza di “spolitizzazione” in quanto processo di costruzione di uno spazio comune attraverso il diritto, dal quale però sono stati estrapolati programmaticamente gli elementi portatori di conflittualità, cioè la dimensione pienamente politica, riducendo le azioni di Integrazione ai meccanismi economici; dissimulandone l’opzione politica e millantando la neutralità di un percorso imperniato essenzialmente sulla condivisione e costruzione di uno spazio mercantile⁶. Per questi elementi la critica per il “*deficit*” democratico, sia sotto il profilo dei processi di *decision-making* (la ridotta presenza della dinamica rappresentativa della volontà popolare, attraverso il limitato peso del Parlamento europeo) che del perseguimento degli obiettivi di solidarietà e coesione sociale, ha costituito e costituisce il tema politico intorno al quale continua a ruotare il confronto teorico sull’esperienza dell’integrazione continentale e soprattutto la contesa politica.

Naturalmente, ogni ragionamento sul ruolo dell’UE nel tutelare i diritti individuali fondamentali deve prender le mosse dalla consapevolezza che l’architettura giuridica comunitaria non prevede canali di soddisfazione di-

⁵ Si veda RODOTÀ, *Libertà e diritti in Italia. Dall’Unità ai giorni nostri*, Donzelli, Roma, 1997 e il recente volume collettaneo *Progettare l’uguaglianza. Momenti e percorsi della democrazia sociale*, a cura di GAMBILONGHI e TEDDE, Mimesis Edizioni, Milano-Udine, 2020.

⁶ Evidenza ripetutamente questa connotazione D’Attorre in *L’Europa e il ritorno del ‘politico’*. *Diritto e sovranità nel processo di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2020. Cfr. CANTARO, *Europa sovrana*, Edizioni Dedalo, Bari, 2003.

retta dei diritti dei cittadini europei da parte delle istituzioni comuni. Non esistono strutture europee per l'erogazione di servizi e la soddisfazione diretta dei diritti sociali dell'individuo ma ciò perché questi compiti non sono affidati dai Trattati all'Europa e vengono lasciati alle competenze degli apparati nazionali, le cui azioni però sono, secondo gli stessi Trattati, coordinate, stimolate, orientate dalle Istituzioni dell'Unione rispetto alle politiche sociali, della coesione economico-sociale e delle politiche occupazionali⁷. Per quanto la natura giuridica dell'impianto istituzionale comunitario non consenta di parlare di una diretta inadempienza dell'ordinamento europeo rispetto alla garanzia dei diritti individuali funzionali al contrasto delle disparità materiali che impediscono una piena cittadinanza, è però il complesso delle politiche e delle azioni amministrative delle istituzioni europee che si contrassegna, al di là delle enunciazioni di principio contenute in svariati documenti ufficiali, come oggettivamente inadempiente, se non addirittura ostile, alla tutela dei diritti sociali, affidata alle organizzazioni amministrative dei singoli Stati membri⁸.

2. Frustrazione democratica e diffidenza verso le istituzioni europee

In un intervento non più recente, Laura Pennacchi, discutendo l'ipotesi di un'Europa chiamata a esportare il proprio "modello sociale", evidenziava come per un verso questo modello, quello del *Welfare State*, dello Stato sociale, fosse indicato spesso come esperienza da esportare in quanto esempio di un sistema sociale centrato sul perseguimento del benessere diffuso della collettività, imperniato sui principi della redistribuzione della ricchezza, della solidarietà e dell'inclusione sociale e dall'altra al suo interno, cioè all'interno dell'esperienza delle istituzioni che uniscono buona parte delle Nazioni del Continente, venisse da tempo concretamente messo in discussione. Sia da una teoria sociale prevalente negli ultimi tre decenni che affermava la crisi

⁷ "L'Unione può fondare la sua capacità di intervento in primo luogo sulla competenza (concorrente con le competenze degli Stati), attribuita dai Trattati nell'ampio ambito della politica sociale e della coesione economico-sociale o nel coordinamento delle politiche sociali. Così come pure nel coordinamento delle politiche occupazionali..."; così Bilancia in *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *FED*, n. 4, 2018, p. 7.

⁸ Vedi per questi rilievi BALAGUER CALLEJÓN, *La prospettiva spagnola sul pilastro sociale europeo* e PATRONI GRIFFI, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, entrambi in *FED*, n. 4, 2018.

dei *Welfare States*, sia dall'azione effettiva delle istituzioni comunitarie che da questa prospettiva teorica e politica sembrano essere ispirate e anzi profondamente orientate. Tanto che le sonore bocciature del progetto di Costituzione europea avutesi con i *referendum* francesi e olandesi nel 2005 si spiegherebbero propriamente con la diffusa diffidenza da parte del popolo rispetto alla 'condotta' delle dirigenze europee, che per un verso evocano valori quali il benessere e la soddisfazione delle esigenze fondamentali (diritti soggettivi) dei cittadini come obiettivi primari del processo di Integrazione e dall'altra si determinano prevalentemente verso la costruzione di uno spazio comune di mercato dove realizzare il modello della perfetta concorrenza al fine di competere al meglio nello scenario globale con altri attori (statali, macroregionali, imprenditoriali) della scacchiera economica. Per questo la Pennacchi concludeva "... sarebbe ben strano rispondere a tale insoddisfazione non facendo ciò che è giusto fare -porre fine alla retorica europeista avvicinando le parole ai fatti e dunque realizzando le promesse contenute nel progetto e nell'ideale europeo"⁹.

Il concetto di retorica ci pare utile ma anche necessario perché questo elemento ha caratterizzato il discorso istituzionale europeo sin dall'inizio anche nei documenti fondativi, determinando una diffidenza e una ostilità crescenti e ormai molto diffuse tra i cittadini europei che hanno percepito lo scarto tra i proclami e le politiche effettive; poiché, al di là di alcune conseguenze positive, le collettività del Continente hanno sempre più percepito l'Europa come una entità guardiana, vincolante rispetto all'autonomia dei propri governi e in particolare rispetto, per l'appunto, alla spesa pubblica sociale rivolta a contrastare le disparità e il disagio sociale. Sono poi stati certamente alcuni episodi più clamorosi a provocare il crescente scetticismo popolare verso l'avventura comunitaria. Si pensi alla rigidità mostrata nel caso della Grecia qualche anno fa, nel corso di un lungo scontro che durò dal 2009 al 2015, quando di fronte al caso più urgente all'interno dello spazio europeo di tenuta dei conti pubblici sotto gli effetti negativi sul debito pubblico della crisi finanziaria (e degli istituti di credito di tutto il pianeta) partita dagli Stati Uniti d'America, la Commissione Europea così come la BCE (presieduta da Mario Draghi), di concerto con il Fondo Monetario Internazionale, si contraddistinsero per la strenua difesa delle logiche di bilancio sta-

⁹ PENNACCHI, *Un ruolo globale del sistema sociale europeo?*, in BRONZINI (a cura di), *Diritti sociali e mercato globale*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2007.

tuite dai Trattati europei (sostanzialmente ancorati all'originario Trattato di Maastricht proprio per i criteri relativi alla finanza pubblica e alle restrizioni dell'intervento statale, al fine di tutelare il principio cardine dell'architettura europea: la libera concorrenza), che vincolano a parametri fissi i margini di spesa pubblica dei governi nazionali e con essi alla difesa degli istituti di credito creditori verso lo Stato greco a scapito della capacità del governo nazionale ellenico di finanziare i servizi sociali essenziali per la propria popolazione. Non si dimentichi che nel corso dei negoziati tra gli organismi europei e il governo greco quest'ultimo ricorse anche all'appello al popolo, chiedendo alla propria popolazione di esprimersi con un *referendum* sull'opportunità di continuare il braccio di ferro con l'Unione Europea o accettare le riforme e le condizionalità (per ricevere aiuti finanziari) che venivano proposte e che il popolo ellenico si espresse per non accettare le richieste dell'Europa. Avuto democraticamente questo mandato popolare (il referendum si tenne nel luglio del 2015), il governo greco insistette nella propria disputa per convincere le dirigenze europee a concedere aiuti finanziari senza chiedere impegni di future riforme strutturali volte alla riduzione del debito pubblico e della spesa sociale ma si trovò davanti un muro di gomma da parte dei *partner* continentali¹⁰. Non meno hanno contato altre occasioni in cui gli organismi europei hanno mostrato indifferenza se non disprezzo per la volontà popolare. Già a partire dalle lontane manifestazioni di contrarietà ai contenuti del Trattato di Maastricht (in Francia Danimarca e Olanda, dove nel 1992 con un referendum si respinse la ratifica del Trattato) e in maniera evidente rispetto alle bocciature democratiche del progetto di una Costituzione europea, con i referendum francese e olandese tenutisi nel 2005. Rispetto alle quali le *élite* europee dei 'corridoi' di Bruxelles ma ovviamente anche della maggior parte dei governi nazionali hanno reagito non di rado perfino con supponenza e derisione¹¹. Questa indifferenza, quando non alterigia, ha lasciato il segno. Il crescente distacco delle genti europee dal disegno dell'unificazione continentale è confluito in gran parte nell'incremento dei consensi (tradottisi in risultati elettorali) verso formazioni politiche euroscettiche o fortemente contrarie al processo di Integrazione, che con un termine

¹⁰ Come riconosciuto dal Parlamento europeo in uno studio del 2016 – *Unemployment and poverty, Greece and Other (Post) Programme Countries* – dall'inizio della crisi nel 2008 al 2016 il reddito medio dei cittadini greci è diminuito di circa un quarto.

¹¹ Si veda AA.VV., *Morire per Maastricht?*, Ediesse, Roma, 1996 e OSWALT, *Constitution européenne: Non*, Parangon, Lyon, 2005.

spesso impropriamente utilizzato vengono chiamate “populiste” o, in maniera altrettanto confusionaria, “sovraniste”¹². La sfiducia e, ancor più, l’ostilità diffusa nell’opinione pubblica per le Istituzioni comunitarie hanno raggiunto l’acme con l’evento politico finora più dirompente della recente storia europea, la cosiddetta “Brexit”; l’uscita della Gran Bretagna dall’Unione. Una fuoriuscita che in ultimo è stata decisa con una consultazione popolare e quindi, ancora una volta, ha testimoniato il dissenso che connota la “partecipazione” dei cittadini europei al processo di unificazione. Per cui, la presenza crescente di partiti politici dichiaratamente antieuropeisti e non solo semplicemente critici dell’Unione Europea, in molti casi giunti al governo di Stati membri dell’Unione, come in Polonia e in Ungheria e, comunque, con peso sempre maggiore, come in Gran Bretagna per l’appunto ma anche in Olanda, Austria e, non da ultimo, in Italia, ribadisce la questione (più che dell’insuccesso nella strategia di coinvolgimento da parte delle Istituzioni comunitarie), della distanza tra enunciati programmatici e azione amministrativa¹³. E qui, a partire da questo tema della dissimulazione come connotato tipico del discorso politico contemporaneo, della politica come sfera di governo delle collettività¹⁴, pare utile allargare brevemente lo spettro della riflessione, per soffermarsi sulla questione della disaffezione crescente da parte dei singoli cittadini alla sfera pubblica (europea e nazionale); disinteresse a partecipare alla politica non solo attivamente attraverso partiti o altre associazioni ma persino interessandosene, seguendola e informandosi. Tema, questo della disaffezione, strettamente connesso a quello del “populismo” (ammesso e non concesso in verità che quest’ultimo sia un fenomeno peculiare di questi ultimi anni) e soprattutto a quello centrale oggi nella riflessione politologica della crisi della democrazia delle nostre collettività

¹² Mi si permetta di rinviare a MESSINA, *Note sul fenomeno del populismo e sul nesso tra sovranità e democrazia*, in *DD*, n. 1, 2020. Cfr., tra i tanti contributi degli ultimi anni, il volume monografico su *Populismo e diritto* della rivista *QG* (n. 1, 2019). In particolare in esso i contributi di SCODITTI, *Introduzione. Il popolo senza politica* e *Populismo e diritto. Un’introduzione*, di PINELLI, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale* e di SERRA, *Populismo, democrazia e limiti del potere politico*.

¹³ Un ampio studio sulle dinamiche del populismo nella sua fenomenologia mondiale, nonostante il titolo, si trova in PROSPERO, *La ribellione conservatrice. Il populismo italiano tra movimento e regime*, EDUP, Roma, 2019.

¹⁴ Cfr. GIMÉNEZ MERINO, *La naturaleza oligàrquica del poder y del derecho en la sociedad de la exclusión*, in ESTÉVEZ ARAÚJO (a cura di), *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Editorial Trotta, Madrid, 2021.

‘democratiche’. Non v’è dubbio che il diradamento dell’impegno civico degli individui contemporanei sia un fenomeno europeo ma parte di un fenomeno più ampio, che riguarda quanto meno le organizzazioni sociali in cui è stato raggiunto prima di altre non solo un diffuso benessere materiale ma anche una struttura della dimensione di governo basata sul principio democratico e sul meccanismo della rappresentanza popolare. Questa perdita di senso civico non può non esser collegata a una spiccata tendenza odierna della politica istituzionale alla mistificazione e alla opacità delle dinamiche amministrative e decisionali¹⁵. Sebbene la retorica sia certamente un elemento strutturale dell’*ars politica*, della pratica di governo e dei professionisti della politica, essa sembra aver assunto nella fase storica attuale, negli ultimi decenni della Storia umana, una valenza particolarmente rilevante. Forse è possibile affermare che la cifra mistificatrice ha raggiunto una incisività nel discorso pubblico che non ha eguali nel passato. Una lettura tra quelle che insistono su questa tesi è quella di Pierre Rosanvallon, che dà una spiegazione perspicua dei fenomeni di cinismo e pessimismo contemporanei diffusi nelle società “democratiche” e guardando alla fenomenologia attuale della delusione e della frustrazione civile sostiene che stiamo vivendo anni in cui gli uomini non si fidano più a ragione dei gruppi dirigenti, che sono palesemente scollegati dagli interessi delle masse o da qualsiasi nozione accettabile di bene comune e, conseguentemente, ai cittadini non rimane, dinanzi all’inerzia delle procedure rappresentative e dei vecchi canali di partecipazione, che mettere in atto una “controdemocrazia”. Una specie di azione parallela a quella della politica organizzata nelle istituzioni tradizionali, con la quale controllare e contrastare le classi dirigenti ed esercitare, con disincanto e con realismo, quel poco di attività democratica e popolare che in queste condizioni è possibile; in attesa che si aprano nuove possibilità¹⁶. Nella misura in cui questa comprensione dei nostri tempi coglie nel segno, si potrebbe dire che la spiegazione di tale accentuato scarto tra “discorso” pubblico e azione amministrativa risiede in un vero e proprio *impasse* ideologico-culturale, che è ovviamente anche un *impasse* politico, causato dal raggiunto consenso se non unanime molto vasto su un complesso di valori e principi che, almeno

¹⁵ Cfr. URBINATI, *Democracy Disfigured. Opinion, Truth, and People*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2014.

¹⁶ ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l’âge de la défiance*, Éditions Points, Paris, 2014.

genericamente¹⁷, raccoglie il favore e la condivisione di gran parte degli esseri umani e che a causa di ciò sono stati adottati dalle istituzioni giuridiche e da chi ricopre funzioni di governo nella grandissima maggioranza dei casi ma da ciò non consegue l'effettiva adesione a questi obiettivi da parte dell'attività amministrativa. Insomma, oggi, chi ricopre cariche pubbliche, anche se ha intenzione di favorire interessi particolari e gruppi ristretti, deve giustificare le proprie decisioni e le proprie azioni nascondendone i reali obiettivi molto più di quanto succedesse in passato e ciò dà attualmente alla originaria (potremmo dire) struttura retorica della politica una dimensione talmente centrale da risultare forse caratterizzante una nuova epoca della politica¹⁸. Questa dimensione è indubbiamente molto presente nell'agire politico degli organismi europei. Lo è stata in passato, sembra non esserlo meno nel presente. Come detto, riteniamo che sia un fattore politicamente centrale perché non accidentale o meramente esteriore ma strutturale del processo istituzionale dell'Integrazione e per questo presente e caratterizzante i documenti e gli atti istituzionali in tutti questi decenni e, purtroppo, a riprova di quanto si sta dicendo, è possibile partire dai fatti più recenti e attuali, i quali sono clamorosamente eloquenti nel mostrare quanto questa connotazione sia pervasiva. In considerazione del fatto che la Storia contemporanea è attraversata da eventi certamente straordinari e sconvolgenti, per i quali sarebbe necessario un cambiamento profondamente innovativo e invece, nonostante i proclami, a un'attenta analisi ci sembra di poter dire che ci troviamo di fronte a una conferma di quello che appare come un ordine politico granitico; sorprendentemente fedele al suo disegno originario. Ciò si è verificato, cioè codesta granitica perseveranza, in occasione delle due crisi "globali" che nell'arco di un decennio hanno messo a dura prova la tenuta degli equilibri di tutte le collettività del Pianeta. La crisi economica partita dagli Stati Uniti e la pandemia di Sars Covid-19, dentro la quale siamo ancora¹⁹. In entrambi

¹⁷ Chi oggi si esprime contro la libertà di pensiero, la libertà individuale, l'ingiustizia delle disuguaglianze radicali, l'uguaglianza degli esseri umani, la necessità che il potere pubblico venga adoperato per l'interesse generale?

¹⁸ Molto interessante sotto questo profilo il volume di Maria Rosaria Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, il Mulino, Bologna, 2017. Una riflessione che dà ampio spazio a questo genere di considerazioni si trova in PRETEROSSO, *Ciò che resta delle democrazie*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

¹⁹ Delinea la propria analisi a partire da questa doppia crisi "globale" D'ATTORRE, in *op. cit.*, in particolare p. 197 e ss.

i casi la reazione della politica europea sembra nonostante tutto non tradire il disegno politico originario, che possiamo chiamare la dimensione costituzionale comunitaria. Costituzione formale e materiale. Sancita nei Trattati e messa in atto nella pratica, a volte scostatasi dalle norme formali (si pensi alle forzature rispetto ai limiti dei Trattati che la condotta monetaria della Banca Centrale Europea ha dovuto mettere in atto per intervenire a supporto degli equilibri finanziari degli Stati membri e che secondo le regole trattatizie non si sarebbero dovute compiere) ma complessivamente fedele alle scelte politiche fondamentali finora del processo di Integrazione. Per cominciare dalla fine. Si pensi al *Next Generation EU (Recovery Fund)* e al *Recovery Plan*²⁰. Presentati come una svolta nella Storia dell'Unione. Al centro di tutte le odierne agende governative degli Stati membri e definiti come la sfida dirimente per il futuro dei prossimi decenni, passati al vaglio dell'analisi severa di economisti non compiacenti e rigorosi, sembrano mostrare ancora una volta il volto "doppio" delle Istituzioni europee²¹. Rilievi che possono essere avanzati anche per la risposta alla crisi dei debiti pubblici che ha originato il famigerato *Fiscal Compact* e l'introduzione del principio del pareggio del bilancio della spesa pubblica negli ordinamenti giuridici nazionali; con la modifica delle Carte costituzionali. Ma su questo ritorneremo tra poco. Ora è il caso di dedicarsi a una sommaria ricostruzione della lunga vicenda comunitaria, per evidenziare più chiaramente il quadro nel quale ci muoviamo.

La retorica europea, si diceva....

3. *Una comunità di diritto per uno spazio comune (di mercato)*

In questi anni abbiamo sentito frequentemente frasi come "l'Europa non affascina" "l'Europa non convince" "L'Europa non scalda i cuori". Espressioni che tradiscono la necessità di persuadere, come se fosse scontato che l'adesione al progetto dell'unione continentale avesse bisogno di *escamotage*, di trucchi. Mentre è di palese evidenza che è proprio lo scarto tra ideali enunciati nelle sedi ufficiali e prassi amministrative concrete che ha allonta-

²⁰ Si tratta del piano straordinario di azione finanziaria approvato nel maggio 2020 dall'Europa per aiutare gli Stati a superare i danni causati dalle misure di contenimento della pandemia e del piano italiano per l'impiego dei fondi europei.

²¹ SOMMA, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue condizionalità*, in *LF*, 11-12 Ottobre, 2021.

nato i cittadini. La ricostruzione dei passaggi istituzionali e quindi della vicenda politica nel corso dei sette decenni trascorsi restituisce con nettezza il profilo appena richiamato e mostra su quali snodi giuridico-istituzionali è necessario intervenire per segnare una nuova e incisiva politica comune europea che si prenda cura dei diritti sociali e che coinvolga le collettività europee in un processo di effettiva crescita democratica. Uno degli articoli del tessuto normativo ‘costituzionale’ europeo più citati, contenuto nel Trattato di Lisbona (2007), recita: “L’Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente. [...] L’Unione combatte l’esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri”²². In questo articolo, che chiamiamo norma costituzionale perché nonostante l’assenza di una Costituzione vera e propria sotto il profilo formale, la dottrina è quasi unanime nel ritenere che la Costituzione europea (cioè una struttura costituzionale) vi sia e coincida con i Trattati – succedutisi nel corso degli anni poiché, seguendo la dinamica di atti pattizi tipici del diritto internazionale, vi sono state diverse modifiche rispetto all’accordo iniziale (istitutivo della Comunità Economica Europea nel 1957), sia nei contenuti che nelle adesioni, per cui al patto originario tra sei Stati sovrani (e a quello ancora più embrionale della Comunità Europea del Carbone e dell’Acciaio nel 1951) si sono via via aggiunti altri Stati, i quali hanno condiviso, in periodi differenti della Storia, il progetto politico e la struttura istituzionale (organizzativa e valoriale) dai Trattati delineata –²³, troviamo concentrate le contraddizioni dell’Europa e gli elementi che delineano la conflittualità politica al suo interno. Esso infatti racchiude principi e obiettivi operativamente, amministrativamente, difficili da tenere insieme; per lo meno senza subordinarne pesantemente alcuni rispetto ad altri. Molto utile, per spiegare dal punto di vista giuridico-politico quanto appena detto, è il concetto di “coassialità”

²² TUE, art. 2 comma 3.

²³ Una recente ricostruzione in ORTEGA GÒMEZ, *Acerca de la transformación del derecho de la Unión Europea: del Tratado de la Comunidad Económica Europea a la era del Brexit* in ESTÉVEZ ARAÚJO, *Op. cit.*

definito da Roberto Bin in riferimento al sistema dei diritti soggettivi. La compresenza di diversi diritti fondamentali in un dato ordinamento giuridico, come è oggi tipico degli assetti costituzionali non solo europei, ritenuti di specie diversa in base al diverso rapporto che il godimento concreto di essi ha con l'azione amministrativa pubblica (ci riferiamo ovviamente alla distinzione ormai di scuola tra diritti civili, diritti politici e diritti sociali), mantiene una propria logicità nella misura in cui il complesso dei diritti individuali, cioè la loro convivenza, è in quello specifico ordinamento orientato da un assetto valoriale (l'asse intorno a cui ruotano i diversi diritti) che consente di configurare un ordine di priorità e comunque una garanzia dei vari diritti sufficientemente armoniosa e soddisfacente²⁴. Questo ordine armonioso, questo bilanciamento tra principi operato in ultimo dalle Corti costituzionali, questa coassialità, sembrano essere negati alla radice nel tessuto normativo comunitario, proprio perché tra istanze astrattamente distanti tra loro non vi è stata una mediazione tale da costruirne una compresenza equilibrata ma una subordinazione netta e rigida. Ci riferiamo al fatto che il fine della costruzione di una economia di mercato fortemente competitiva, dal quale prende le mosse tutta l'impresa dell'unificazione²⁵, non è compatibile, se non in maniera residuale, con il fine del "progresso sociale", con la tutela della "qualità dell'ambiente" ma soprattutto, come è ovvio, con la "giustizia e la protezione sociale". Per non parlare della "solidarietà tra generazioni" e della "solidarietà tra Stati membri". Poiché di questo si tratta. Di priorità. Di centralità e, di contro, di subordinazione (se non di marginalità) di altri scopi politici, sociali²⁶. L'essenza del progetto europeo è costituita dalle scelte contenute nel Trattato istitutivo dell'Unione Europea, il Trattato firmato a Maastricht, che nel fare il definitivo salto di qualità del processo di integrazione delle economie nazionali, ha assunto una fisionomia decisa verso un modello istituzionale che costruisce uno spazio di concorrenza mercantile, con libertà di movimento delle persone e dei capitali, in cui il posto del go-

²⁴ BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2018.

²⁵ Si leggano i vari articoli del Trattato di Roma, che istituisce la CEE, nel quale, al di là di un generico riferimento nell'articolo 2 al "miglioramento ... del tenore di vita ..." lo spazio assegnato alla "Politica sociale" è laconicamente alla fine delle Politiche della Comunità.

²⁶ Osserva Paola Bilancia che tra i vari fini enunciati finora è chiaro che ad avere un posto secondario sono stati quelli 'sociali', redistributivi, equitativi, assistenziali. Così in BILANCIA, *op. cit.*, *passim*.

verno politico (da parte delle istituzioni politiche e rappresentative) dell'economia viene sempre più ridotto e gli equilibri sociali, l'ordine della società, in particolare per quanto riguarda la redistribuzione della ricchezza (e ancor prima l'indirizzo degli orientamenti industriali e del sistema produttivo) vengono rimessi conseguentemente alle dinamiche mercantili. Ciò è delineato lapidariamente e laconicamente dai famigerati "vincoli di Maastricht". Nella cultura europea, la culla in cui si è sviluppata la filosofia dei diritti individuali, i concetti di eguaglianza e di pari dignità come fondamento della democrazia, è impossibile espungere dalla retorica delle istituzioni pubbliche questi principi e valori e difatti essi sono stati presenti nei documenti giuridici e nelle dichiarazioni politiche delle istituzioni europee, soprattutto nei passaggi storici più impegnativi, perché d'altronde essi rappresentano quel *milieu* ideale che costituisce ciò che i popoli continentali possono sentire e riconoscere come comune. L'identità comune e il bene comune. La priorità e la prevalenza però nel processo di integrazione che si avviò nel continente europeo poco dopo la fine della guerra mondiale, nel 1951-1957, sono l'edificazione di uno spazio economico comune, certamente anche con la presenza di una speranza pacifista, visti gli eventi che l'avevano preceduta ma con il progetto politico di realizzare gradualmente un'economia di mercato capitalistico in cui il diritto avrebbe svolto una funzione strumentale. Strumentale alla costruzione e al funzionamento di un vasto spazio di mercato nel quale l'integrazione sociale deve essere, come da modello delle teorie sociali liberiste, realizzata dalle dinamiche imprenditoriali e in cui i governi, gli Stati, devono intervenire il meno possibile. Cardini infatti delle norme fondamentali dell'ordinamento comunitario sono i divieti di aiuto alle imprese da parte degli Stati, per rispettare i principi centrali della visione liberista della società e dell'ordine politico. Come ha notato Pier Paolo Portinaro, un disegno politico che ha invertito (che si proponeva di invertire) la dinamica della Modernità politica, dove lo Stato ha costruito il mercato e la Nazione, a supporto dell'economia stessa e della legittimità e forza dell'apparato statale: L'originalità del processo di costruzione dell'Unione Europea consiste ora nel fatto che la precedenza viene accordata al processo di formazione del mercato comune, rispetto al quale le nazioni sono chiamate a fornire le risorse socio-morali e gli Stati ad apprestare gli strumenti giuridici per rendere possibile la cooperazione²⁷.

²⁷ PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, il Mulino, Bologna, 2007; p.

Il Trattato che determina il passaggio dalla Comunità all'Unione realizza un programma che era in *nuce* dagli anni Cinquanta ma che aveva fatto passi minimi, incardinati nella dimensione giuridica perché l'ordinamento giuridico comunitario, sebbene senza una dimensione politica vera (una sovranità politica), aveva cominciato a esser costruito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, fino a quando lo scenario politico internazionale, geopolitico, lo aveva tenuto costretto entro le maglie del compromesso socialdemocratico²⁸. È stato quello un frangente davvero epocale. Le istituzioni comuni si appropriano del potere di bilancio e in prospettiva della politica monetaria (poiché con Maastricht non si passa alla moneta unica ma la si pone come obiettivo da realizzare negli anni successivi). Insomma, l'Europa si appropria della Sovranità politica, sottraendola alla dimensione nazionale che ovviamente non la perde del tutto, in quanto con la potestà di condizionare pesantemente gli indirizzi di spesa pubblica, i limiti incisivi all'intervento Statale nell'orientare le dinamiche industriali e l'appropriazione del potere di coniare la moneta e di fissare il suo valore (i tassi di interesse), programma realizzato gradualmente e concluso nel 2002, spossa la politica nazionale di buona parte del suo potere di governo. I famigerati parametri del 3 per cento per il *deficit* pubblico e del 60 per cento per il debito pubblico sono norme 'costituzionali' decisive per distribuire, tra istituzioni europee e istituzioni statali il potere effettivo di governo della realtà sociale. Parliamo di elementi evidenti e chiari nella loro portata a chiunque abbia (e avesse in quegli anni) gli strumenti per comprendere i nessi tra politica finanziaria e politica industriale, tra politica monetaria e politica sociale; a chi si occupa di economia politica. È sufficiente riportare le considerazioni di un uomo la cui competenza è indiscutibile e di certo non ideologicamente molto lontano dalla teoria politica economica che ha guidato il progetto di unificazione europea. Guido Carli nell'affermare in riferimento all'Italia che con il Trattato di Maastricht si mise in atto un processo volto a far saltare la Costituzione materiale del Paese dice "Il Trattato di Maastricht è incompatibile con l'idea stessa

233. Sulla funzione svolta dal diritto nella costruzione della società moderna in quanto società degli individui e del mercato in cui essi si incontrano con la loro libertà soggettiva e la loro razionalità strumentale (*l'homo oeconomicus*) un classico della teoria giuridica novecentesca è P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996.

²⁸ L'opera di costruzione dell'ordinamento giuridico comunitario passa dalle celebri sentenze del 1962 *Van Gend en Loos* e *Costa* del 1964 che affermano in maniera "costituente" l'esistenza di un sistema giuridico comune e la sua superiorità sui sistemi giuridici statali.

della ‘programmazione economica’. Ad essa si vengono a sostituire la politica dei redditi, la stabilità della moneta e il principio del pareggio di bilancio²⁹.

Ancora più incisivo e analitico Giuseppe Guarino che a commento dell’avvenuto passaggio storico diceva: “...lo Stato si priva di attributi essenziali della sovranità, alcuni dei quali considerati a tal punto intrinseci della sovranità, da rendere persino superflua la loro esplicitazione: in altre parole, proprio con riguardo ai poteri di più diretto intervento nell’economia, lo Stato diviene non-Stato³⁰.”

4. *Decostruire una contraddizione originaria*

Il Trattato di Maastricht compie un programma che era rimasto in *stand by* per 35 anni, operando una scelta netta tra le due facce dell’ordinamento giuridico comunitario. Quella liberal-liberista³¹, volta a unire le collettività europee in un percorso di pace guidato e imperniato sulle relazioni di concorrenza industriale e finanziaria e sulla libertà riconosciuta ai cittadini europei di decidere in quale parte dello spazio mercantile svolgere la propria esistenza di imprenditori di se stessi e quella sociale e solidaristica, che si basa sul rilievo assegnato ai diritti individuali sociali nel sistema giuridico specifico e nell’ordine delle relazioni sociali. Queste diverse prospettive sociali, questi diversi ordini di priorità politiche, sono state assegnate nel disegno di integrazione europea a due sfere diverse. La prima a quella delle istituzioni comuni, che hanno il compito di concretizzare l’omogeneizzazione e la seconda alle istituzioni nazionali. Configurando quello che Vincenzo Omaggio ha chiamato “modello duale”³², il processo di Integrazione ha riguardato le regole della libera circolazione dei fattori economici (e anche degli individui come risorse produttive e come soggetti che nell’ordito del mercato

²⁹ CARLI, *Cinquant’anni di vita italiana*, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 389.

³⁰ GUARINO, *Pubblico e privato nell’economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *QC*, vol. 12, n. 1, 1992, p. 21

³¹ Una cospicua parte della dottrina parla in realtà di ordoliberalismo, cioè di una versione specifica della teoria politica liberale ma meglio della teoria economica liberista, che ha svolto secondo molti un ruolo guida nelle scelte dei ceti dirigenti europei, a partire dalla posizione egemonica che ha avuto la Germania; contesto culturale in cui l’ordoliberalismo ha avuto i suoi maggiori esponenti.

³² OMAGGIO, *I diritti oltre lo Stato. La governance europea e la crisi dei diritti*, in *RFD*, n. 1, 2021.

possono materializzare la propria libertà) per realizzare una concorrenza mercantile il più possibile “pura” nello spazio continentale e ha lasciato il governo delle relazioni sociali, delle disparità materiali, alla politica statale ma ingabbiandola con vincoli e condizionamenti nell’agire. Davvero cristallino ancora Guarino: “La politica, in un sistema chiuso o moderatamente aperto, è dunque destinata a condizionare l’economia. In un sistema che sia viceversa totalmente aperto accade il contrario. Sono le esigenze imposte dalla concorrenza tra sistemi o che si riflettono sul piano istituzionale a seguito della partecipazione al mercato unificato a condizionare la dimensione della organizzazione pubblica. [...] Dovendo piegarsi alle necessità derivanti dal mercato unificato, l’Italia sarà costretta a tralasciare l’ulteriore perseguimento degli obiettivi sociali, caratterizzanti del sistema ed additati da norme costituzionali³³. Considerazioni che colgono lucidamente le ragioni originarie del progetto unitario, che lo hanno strutturato saldamente, tanto da mantenersi e consolidarsi nel corso dei decenni. Per quanto detto, si può affermare fondatamente che con Maastricht diventa chiaro che il processo di integrazione nel cuore del continente europeo non è stato tra le Nazioni europee ma rispetto al mercato globale. Lo spazio giuridico comunitario edifica un grande mercato disposto a entrare nel vasto scenario globale della competizione estrema, anzi tassello essenziale di esso, sempre meno controllata dagli organismi politici e giustificata da una ideologia giusnaturalistica (ci si riferisce qui alla descrizione della globalizzazione come uno sviluppo inesorabile, rispondente a tendenze naturali dell’economia)³⁴. Si può osservare che questa connotazione economica dell’avventura europea si mantiene in qualche maniera compatibile (ambiguamente) con le grandi aspirazioni del numero tutelare di tutto il processo, Altiero Spinelli, fino alla fine degli anni Ottanta, quando sulla scia del precedente Trattato del 1986 (casualmente proprio l’anno in cui muore Spinelli), noto come Atto Unico Europeo, le decisioni di Maastricht fanno prendere all’Unificazione europea una strada limpidamente liberista ed “economicista”. E certo codesto passaggio fondamentale non a caso avviene negli anni subito seguenti la frantumazione delle società comuniste dell’Europa orientale. L’accelerazione verso l’integrazione mer-

³³ GUARINO, *op. cit.*, p. 64.

³⁴ Tra gli studi che hanno rigorosamente mostrato la fallacia di questa tesi HIRST, THOMPSON, *Globalization in Question. The International Economy and the Possibilities of Governance*, Polity Press, Cambridge, 1999 e WEISS, *The Myth of Powerless State*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 1998.

cantile, su basi prettamente liberiste e tracciando una strada piena di vincoli e ridimensionamenti per gli ordini sociali “segnati” dal compromesso tra capitale e lavoro, avviene quando il blocco geopolitico, il pesante condizionamento della parte comunista dell’Europa, si sgretola³⁵. Non è possibile affrontare qui una più circostanziata disamina dei passi successivi, che vedono reiterare e rafforzare anche nei momenti più formali (Trattato di Amsterdam e Trattato di Lisbona) quelli che abbiamo visto essere i fattori essenziali dell’identità dell’Unione Europea. Come è noto, il Trattato approvato a Lisbona contiene la Carta di Nizza, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, che venne ratificata nel 2000 compiendo un percorso con il quale l’Europa sembrava allinearsi alla struttura valoriale degli Stati costituzionali nazionali, recependo il nucleo di quello che la dottrina ha evocato come “patrimonio costituzionale comune”. La proclamazione della Carta e la successiva progettata adozione di una Costituzione sembravano realizzare una trasformazione del processo, fino a quel momento sviluppatosi, in un senso che da molti era auspicato proprio come di inversione di tendenza, rispetto alla caratterizzazione mercatista che fino ad allora vi era stata. La bocciatura del progetto di Costituzione e il suo “superamento/sostituzione” con il Trattato del 2007 hanno mostrato l’insufficienza della presenza della Carta dei diritti fondamentali per trasformare la fisionomia dell’ordinamento comunitario in senso solidaristico, sociale e democratico. L’ultima tappa dei Trattati, come si è già osservato, vigente dal 2009 ha reiterato le opzioni politiche cardinali, rispetto alle quali non bastano (poiché continuano a svolgere un ruolo ancillare) le enunciazioni sugli scopi di coesione e giustizia che pur vi troviamo³⁶. Frustrate le tante attese e speranze che per anni si erano concentrate intorno al progetto di una Carta dei diritti, il tragitto del processo comunitario ha perseverato nel suo alveo politico. Il banco di prova definitivo ci pare il successivo “Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell’Unione economica e monetaria”; il cosiddetto *Fiscal Compact*. Il quale

³⁵ Da ultimo sottolinea con forza la rilevanza della collocazione nell’alveo della Nato dei Paesi protagonisti dell’integrazione D’ATTORRE, *op. cit.*, p. 37 e ss.

³⁶ A titolo d’esempio si prenda il testo dell’art. 1 bis che recita: «L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

non è intervenuto nella struttura del Trattato dell'Unione (non si è aggiunto come 'emendamento' dell'originario Trattato) ed ha quindi la natura di un patto di diritto internazionale che si affianca all'esistente ordinamento giuridico comunitario³⁷. Il *Fiscal Compact* assume nella sintetica ricostruzione qui fatta la funzione di cartina di tornasole, si potrebbe dire, di quanto evidenziato guardando alla Storia giuridico-istituzionale dell'integrazione europea e all'amministrazione "politica" (cioè all'azione politica effettiva) di essa. Esso ha un rilievo notevole, perché la sua approvazione avviene nel mezzo della più grave crisi economica avutasi dopo quella del 1929 che ha causato effetti depressivi e recessivi nelle economie nazionali di tutto il pianeta con ricadute in termini di povertà e disagio materiale che hanno notevolmente peggiorato le condizioni di esistenza della popolazione mondiale. Il Trattato firmato nel 2012 è la reazione dell'Unione Europea a queste conseguenze. Una reazione che non si occupa di contrastare le conseguenze materiali, sociali, ma che è funzionale a contrastare gli effetti della crisi finanziaria sulle finanze pubbliche degli Stati membri. In particolare le conseguenze sui bilanci statali dei tentativi di far fronte con politiche concrete alla riduzione generalizzata del benessere dei cittadini provocata dall'urto della crisi proveniente dagli USA³⁸. Si tratta, insomma, come è noto ed è facile constatare leggendo le norme in esso contenute, di un intervento rigido e dettagliato volto a rinforzare le regole fondamentali della politica monetaria e finanziaria fissate dal Trattato istitutivo dell'Unione³⁹. L'Europa "risponde"

³⁷ In realtà, la strategia dell'affiancamento, che ha evitato che si ponesse immediatamente come modifica importante della struttura giuridica dell'Unione è solo dissimulatoria, ancora una volta, poiché è previsto l'inserimento delle disposizioni del *Fiscal Compact* entro l'ordinamento giuridico europeo: "...al più tardi entro cinque anni dalla data di entrata in vigore del presente trattato, sulla base di una valutazione dell'esperienza maturata in sede di attuazione, sono adottate in conformità del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea le misure necessarie per incorporare il contenuto del presente trattato nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea". Articolo 16.

³⁸ LORENTE e CAPELLA, *El crack del año ocho*, Editorial Trotta, Madrid, 2012.

³⁹ Che trovano in due regolamenti dell'UE (n. 1466/97 e 1467/97) ulteriore specificazione del "Patto di stabilità e crescita". Così come, d'altra parte, la (potremmo dire) "costituzione materiale", ancor prima che formale, della costruzione giuridico-politica comunitaria è confermata da un altro "intervento" volto a frenare gli esiti dannosi per gli Stati membri della crisi finanziaria di un decennio fa: l'istituzione del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES). Quest'ultimo è uno strumento (istituito sempre con un trattato intergovernativo fuori dai Trattati comunitari, sebbene sia prevista anche in questo caso la successiva integrazione nel quadro giuridico dei Trattati dell'Unione, in particolare del Trattato sul Funzionamento dell'UE, che al-

alla richiesta da parte dei suoi Stati membri di sostegno dai cascami sui conti pubblici della tempesta finanziaria (causata in buona parte dai supporti dati agli istituti di credito o alle popolazioni impoverite) con la previsione di una serie dettagliata di vincoli alle politiche di spesa dei governi nazionali che ribadiscono, scolpendole ulteriormente, le norme che limitano le decisioni di politica economica degli Stati; introducendo la regola del pareggio di bilancio come norma da introiettare negli stessi tessuti costituzionali degli ordinamenti. Persino prevedendo che gli Stati dell'area euro (ma anche gli altri) si impegnino a ridurre annualmente a partire dal 2018 il debito pubblico di un ventesimo dell'eccedenza rispetto al parametro fissato dal trattato di Maastricht del 60% del PIL. Un comportamento omogeneo a quello tenuto nel braccio di ferro diretto con la Grecia. È sinceramente impressionante leggere gli articoli di questo Trattato (per brevità qui non riportati), che configurano dettagliatamente prescrizioni relative ai vincoli e alla reciprocità rispetto a essi, che si manifesta nei termini di un coordinamento verso la rigidità di tali regole; ancora una volta in contrasto con l'attività amministrativa volta alla redistribuzione della ricchezza e alla riduzione della marginalità sociale.

5. *Pessimismo realista e possibilità future*

A questa conferma “intransigente” della fisionomia economico-liberista dell'ordine politico europeo e dell'ordinamento giuridico comunitario, certo non a caso, è seguita nel 2015 una presa di posizione del Presidente della Commissione europea (Jean-Claude Juncker) che ha poi trovato attuazione (espressione giuridico-istituzionale) con l'adozione a Göteborg nel 2017 come atto congiunto del Parlamento Europeo del Consiglio e della Commissione dell'*European Pillar of Social Rights* che, accogliendo le richieste di equilibrare la politica delle istituzioni comuni con un'azione rivolta a fini “sociali” e cercando così di dare una risposta alle istanze polemiche provenienti da varie “parti” dello spazio continentale, dovrebbe imprimere alla

l'articolo 136 prevede il ricorso a strumenti di sussidio finanziario come questo) con il quale si prevede di supportare le finanze degli Stati in “momentanea” difficoltà, per garantire la stabilità finanziaria nell'Eurozona, subordinando la concessione dei prestiti a delle condizioni (le cosiddette condizionalità) che non fanno altro che ripetere, sostanzialmente, i principi cardinali della finanza pubblica comunitaria. Perciò, il rigido controllo sulla spesa pubblica statale, da ridimensionare e la sua sottomissione al principio del pareggio di bilancio.

politica comune una torsione in senso solidaristico e interventista. L'adozione di questo piano di orientamento della politica europea verso scopi di *Welfare* dovrebbe testimoniare della determinazione, finalmente, dei governanti europei di dar maggiore attenzione al lato solidaristico ed egualitario dello "stare insieme" riequilibrando un processo finora molto sbilanciato. Il Pilastro europeo può essere ritenuto un programma di *Welfare* dell'Unione assunto dalle istituzioni europee, non tanto perché qui si va oltre le attività di coordinamento e sollecitazione finora svolte sulla base delle attribuzioni dei Trattati ma per la incisività con il quale lo si assume.

Epperò, ancora una volta, non si può non richiamare l'attenzione sul pericolo di trovarci nuovamente di fronte a una vuota proclamazione; a una mossa dissimulatrice. Idonea a "prender tempo", per richiamare un importante studio che anche sull'Europa si sofferma rispetto a questa strategia dilatoria che connoterebbe le strategie del Capitalismo contemporaneo⁴⁰. Non tanto perché la lettera del Pilastro europeo dei diritti sociali è rimasta sulla carta ad oggi e solo dopo 4 anni, in piena nuova crisi globale, quella dell'emergenza pandemica, ha trovato un momento di avanzamento con il "Piano d'azione"⁴¹ ma perché già nel testo del Pilastro troviamo elementi che ci fanno dubitare della effettiva capacità (ma forse sarebbe meglio dire volontà) di costituire una novità di questo documento programmatico. Ci fanno dubitare della reale volontà politica, visto che oltre a ribadire che l'intervento dell'Unione "non comporta un ampliamento delle competenze ... conferite dai Trattati e dovrebbe essere attuato entro i limiti di tali poteri (*Preambolo*, art. 18) esso, in riferimento a ciascuno Stato, "...non deve incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso" (art. 19). Un esempio nuovamente di "schizofrenia politica" delle Istituzioni Europee. Così come, rispetto al recente "Piano di azione", c'è già più di un segnale di arresto (le posizioni palesatesi nella recente Conferenza di Oporto, nel maggio 2021) che si innesta nel più ampio contesto di scontro che ha contrassegnato il confronto tra i Paesi dell'Unione, nonostante lo stato d'emergenza comune, nel decidere proprio quali misure prendere per contrastare le conseguenze sociali della paralisi economica causata dalla pandemia. Uno scontro che, come sappiamo, è stato momentaneamente sopito con l'adozione del *Recovery Plan* e con la sospensione del "Patto di stabilità" ma che è tutto davanti

⁴⁰ STRECK, *Tempo guadagnato*, Feltrinelli, Milano, 2013.

⁴¹ Ci riferiamo al "Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali", adottato nel marzo del 2021, come Comunicazione della Commissione europea.

a noi; nel nostro futuro. Non solo perché il *Recovery Plan* a un'analisi approfondita pare essere molto meno innovativo e determinante per superare la attuale crisi economico-sociale di quanto ci viene presentato⁴². Perché le risorse finanziarie previste dal piano straordinario varato dalle Istituzioni Europee sembrano a conti fatti meno ingenti e “straordinarie”, rispetto al bilancio ordinario dell'Unione ma, soprattutto, perché esso non ha per nulla superato la logica delle condizionalità nel prevedere l'erogazione dei Fondi europei agli Stati; cioè esattamente lo stesso meccanismo delle condizionalità imposte dal Fondo Monetario e dalla Banca Mondiale verso le economie nazionali in difficoltà⁴³. Anche questo è un fattore che non deve essere sottovalutato. Il processo europeo di messa in comune delle proprie identità politiche e delle proprie autonomie collettive (sovranità democratiche) si è affidato regolarmente al dispositivo della coazione poiché, come dimostrato da ultimo da Alessandro Somma, il meccanismo del debito è un dispositivo di esercizio di potere nelle relazioni internazionali⁴⁴. In conclusione. Quello che ha costituito la fisionomia del lungo percorso di Integrazione è il programma di edificazione di uno spazio europeo in cui i flussi delle attività commerciali e imprenditoriali possano viaggiare liberamente, plasmando la società attraverso il meccanismo della concorrenza. Libera circolazione dei beni, dei capitali e delle persone come partecipazione al gioco competitivo del mercato è il modello di società che ha guidato l'Unificazione sin dall'inizio e che nel corso dei decenni e delle congiunture storiche ha vinto la sfida con altri modelli sociali, disegnando nettamente l'ordine politico comunitario. Dall'inizio, dando attuazione alle teorie economiche, alla filosofia sociale, esposta da Friederick Von Hayek già negli anni Trenta⁴⁵, in cui si affermava la necessità di uno spazio commerciale ultranazionale per superare i vincoli politici imposti dai governi ai flussi economici e nel corso dei decenni, con la presenza egemonica della visione “ordolibérale”, ha consolidato un'esperienza che concepisce il mercato come costruttore ed educatore dell'individuo hobbesianamente inteso (in fondo c'è un'idea dell'uomo come

⁴² Cfr. tra gli altri MARTINELLI, *La risposta dell'Unione Europea alla pandemia Covid-19*, in *QSP*, n. 2, 2021; pp. 199-222.

⁴³ Sui meccanismi del FMI e della BM si veda WOODS, *The Globalizers. The IMF; the World Bank, and Their Borrowers*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 2007.

⁴⁴ SOMMA, *Quando l'Europa tradì se stessa*, Laterza, Roma-Bari, 2021; in particolare p. 147 e ss.

⁴⁵ VON HAYEK, *The Economic Conditions of Interstate Federalism*, in *NCQ*, n. 5, 1939.

ente *oeconomicus*) e lo Stato e il diritto come necessari costruttori delle condizioni che rendono possibile l'ordinato e fecondo fluire delle dinamiche commerciali⁴⁶.

Oggi non bastano gli enunciati del “Piano d'azione” e quelli che accompagnano il *Recovery Plan* per attestare un cambiamento di direzione del progetto europeo. Resta però la speranza, questa sì, che la conflittualità proveniente dal tessuto sociale possa innescare prima o poi un processo riformatore che intraprenda le alternative finora scartate partendo da un gesto costituente, eliminando dai Trattati le norme che impongono vincoli così laconici ma così decisivi: i “parametri di Maastricht” e il pareggio di bilancio.

⁴⁶ Cfr. LA TORRE, ‘*Nos europei*’. *L'Europa come volontà e rappresentazione*, in *RFD*, n. 2, 2019. Si veda pure il già citato OMAGGIO, *op. cit.*

Abstract

La tutela dei diritti individuali è parametro di valutazione degli ordinamenti giuridici e degli assetti politici, della loro legittimità della loro democraticità, almeno da quando si è affermata la “costituzionalizzazione” di essi. L’insufficiente attenzione data alla garanzia dei diritti cosiddetti sociali è uno dei vizi imputati all’attuale Unione Europea. È difficile negare che l’intera avventura comunitaria si connota per un disinteresse sistematico per l’azione di riduzione delle disuguaglianze materiali e dell’esclusione sociale. Per una effettiva inversione di tendenza è necessario intervenire su elementi strutturali della vicenda dell’integrazione continentale.

The protection of individual rights is a parameter of evaluation of the legal systems and political structures, of their legitimacy of their democracy, at least since the “constitutionalization” of them was established. Insufficient attention given to guaranteeing so-called social rights is one of the vices attributed to the current European Union. It is difficult to deny that the entire community adventure is characterized by a systematic disinterest in the action of reducing material inequalities and social exclusion. For an effective reversal of the trend, it is necessary to intervene on structural elements of the path of continental integration.

Keywords

Diritti fondamentali, Costituzione, Trattati dell’Unione europea.

Fundamental rights, Constitution, EU Treaties.

sezione seconda
Lavoratori *della* cura
e cura *dei* lavoratori

Renato Civitillo, Paolo Ricci

La performance “benessere” tra i diritti nell’era Covid 19:
misurazione, valutazione e interpretazione

Sommario: 1. Introduzione. 2. Salute e benessere. 3. Salute e benessere alla luce del Covid-19. 4. Il benessere: un “diritto di performance”? 5. L’approccio alla performance benessere in Italia: gli indicatori di Benessere Equo e Sostenibile (BES) tra finanziarizzazione e multidimensionalità. 6. Alcune considerazioni (non) conclusive: la “resa del conto” per un processo di responsabilizzazione del benessere della collettività.

1. *Introduzione*

Il benessere potrebbe essere espresso sotto forma di “*performance*”? È questo l’interrogativo alla base del presente *paper*, che tenta di offrire una riflessione sulla complessità di tale concetto, sia sotto i profili della sua misurazione e interpretazione, sia alla luce dell’impatto generato a seguito dell’epidemia SARS-CoV-2 (Covid-19). Le riflessioni e le considerazioni che emergono sono poste sotto forma di un dibattito concettuale che cerca di comprendere l’esistenza di un concreto diritto alla “*performance* benessere” cui far conseguire comportamenti di “resa del conto” da parte degli attori specificamente coinvolti su questo fronte, come anche per i *policy makers*, responsabili della gestione strategica del benessere della collettività. In tal senso, un aspetto particolarmente delicato è il livello di *accountability*¹ relativo al benessere percepito che, specie alla luce del Covid-19, assume sempre più la natura di bene pubblico fondamentale e di rilevanza macro-economica, ben più ampio e complesso rispetto al solo concetto della salute della persona.

Il quadro di sintesi appena tratteggiato mette in luce una evidente fra-

¹ RICCI, voce “*Accountability*”, in *GEPA*, Springer International Publishing, 2016, p. 1.

gilità, dovuta per lo più ai numerosi tentativi di sistematizzare scientificamente un elemento concettuale particolarmente ampio, variegato e multiforme.

A partire da tale evidenza, la struttura dello scritto prevede dapprima un'analisi della letteratura sul concetto di benessere quale particolare rappresentazione di *performance*. In secondo luogo, si tenta di contestualizzare la “*performance benessere*” quale diritto della collettività, illustrandone i principali elementi di criticità relativi alla sua misurazione e valutazione ma soprattutto la sua estensione e varietà compositiva. In questo senso, l'approccio italiano proposto dagli indicatori di Benessere Equo e Sostenibile (BES) viene impiegato per evidenziare lo stretto rapporto di dipendenza reciproca tra benessere e *accountability*, soprattutto nell'epoca della pandemia da Covid-19.

Le potenziali riflessioni scaturenti dalla ricerca, seppur indubbiamente non conclusive, potrebbero rappresentare il punto di partenza per stimolare il dibattito scientifico su un tema così delicato per la collettività, attuale e futura, allo scopo di ipotizzare anche possibili processi di normazione rispetto a tali esigenze e necessità.

2. Salute e benessere

Una delle definizioni più esaustive del concetto di “salute” è stata formalizzata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS):

*“Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”*².

La definizione mette in evidenza un concetto complesso e articolato: la salute consisterebbe in uno stato di completo e integrato benessere fisico, mentale e sociale, da non correlarsi solo ed esclusivamente a una patologia clinica.

L'approccio definitorio appena richiamato consente, in sostanza, di mettere in luce due aspetti particolarmente rilevanti:

a) l'eventuale patologia, ovvero l'anormale condizione dell'organismo, dovuta ad alterazioni organiche o funzionali, non costituirebbe l'unico elemento in grado di incidere sulla condizione di “salute” della popolazione;

² WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Basic documents*, World Health Organization, 2020, p.

b) il conseguimento di una soddisfacente condizione di salute implica il raggiungimento di elementi ulteriori rispetto a quelli inerenti al regolare realizzarsi di condizioni fisiologiche dell’organismo vivente, e che arrivano a comprendere il personale sistema di bisogni dell’individuo oltre che le proprie aspirazioni soggettive.

Tale approccio alla salute viene ribadito dalla stessa OMS con il noto documento “*Ottawa Charter for Health Promotion*”, dove il concetto subisce un ulteriore sviluppo, ponendo l’accento sulla sua configurazione sistemica: l’essere umano è inscindibilmente connesso all’ecosistema nel quale vive, e quest’ultimo è, a sua volta, composto da diversi sotto-sistemi, tutti necessari a garantire la sua dignitosa esistenza (famiglia, comunità, ambiente fisico e socio-culturale). Muovendo da tali premesse la “Carta di Ottawa” arriva a statuire:

*“Health promotion is the process of enabling people to increase control over, and to improve, their health. So action for health promotion puts health firmly on the agenda of policy makers in all sectors and at all levels. Joint action by many sectors of society will ensure healthier public services, and cleaner and more enjoyable environments”*³.

Il documento rappresenta la formale affermazione della salute come concetto positivo che, essendo molto più assorbente rispetto alle regole e ai criteri della fisiologia umana, trova dipendenza da aspetti ulteriori rispetto all’ambito sanitario che, conseguentemente, non ne rappresenta più l’unica variabile responsabile.

La salute, in buona sostanza, diventa materia politica, e ciò non solo in relazione alla necessità di una organizzazione efficiente ed efficace dei sistemi sanitari nazionali e locali, ma soprattutto per la corretta organizzazione del complesso degli ulteriori sistemi socio-economici nei quali la collettività esprime quotidianamente la sua esistenza.

D’altra parte, quanto appena evidenziato individua un ideale allineamento tra il concetto di salute e quello di benessere, con quest’ultimo che, oggi come non mai, sembra essere sempre più poliedrico, ampio e complesso⁴. In effetti, in un mero tentativo di razionalizzazione, potremmo indi-

³ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Ottawa Charter for Health Promotion*, World Health Organization, 2020, p. 17.

⁴ STIGLITZ, SEN, FITOUSSI, *La misura sbagliata delle nostre vite*, Etas, 2010; BRUNI, ZAMAGNI, *L’economia civile. Un’altra idea di mercato*, il Mulino, 2015.

viduare due distinti profili di osservazione, ovvero di analisi e interpretazione.

Il primo, legato proprio allo stato di salute dell'uomo ovvero uno “*stato felice di salute, di forze fisiche e morali*”⁵; il secondo, invece, viene tipicamente considerato parte del contesto economico, individuando la “*condizione prospera di fortuna, agiatezza*”⁶. Del resto, è a quest'ultimo che si deve la nascita della cosiddetta “*economia del benessere*”, e i cui studiosi hanno cercato di affrontare il problema di come influire sull'ordinamento economico per accrescere il benessere di tutti: di qui i termini “*welfare*”, “*welfare economics*” o “*welfare state*”⁷.

Queste due anime del benessere coesistono da sempre anche se, ed è questo il punto centrale, per una buona parte del passato, la dimensione economica ha sostanzialmente prevalso su quella sociale ovvero psico-fisica.

Oggi, invece, la situazione sembra essersi profondamente modificata, come ribadito dal recente Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che così precisa:

“*La pandemia da Covid-19 ha confermato il valore universale della salute, la sua natura di bene pubblico fondamentale e la rilevanza macro-economica dei servizi sanitari pubblici*”⁸.

A questo punto, per completezza di ragionamento, diventa utile e necessario introdurre anche il concetto di sistema sanitario che, nella definizione dell'OMS, si caratterizza per la seguente impostazione:

“*Health systems consist of all the people and actions whose primary purpose is to improve health*”⁹.

La stessa organizzazione internazionale provvede a chiarire anche l'obiettivo generale di un sistema sanitario, per mezzo dei cosiddetti “*Health goals*”, ovvero l'insieme degli “[...] *health outcomes which, in the light of existing knowledge and resources, a country or community might hope to achieve in a defined time period*”¹⁰.

Ciò implica che sebbene i sistemi sanitari, a prescindere dal livello ter-

⁵ TRECCANI, Voce “*Benessere*”, in *VOL*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2021, <https://www.treccani.it/vocabolario/benessere> (consultato il 7 novembre 2021).

⁶ TRECCANI, *op. cit.*

⁷ BRUNI, ZAMAGNI, *op. cit.*

⁸ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI Ministri, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, p. 222.

⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *The World Health Report 2000. Health Systems: Improving Performance*, World Health Organization, Geneva, 2000, p. 1.

¹⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Health Promotion Glossary*, World Health Organization, Geneva, 1998, p. 9.

ritoriale considerato, presentino relazioni specifiche e stringenti con qualsiasi aspetto inerente alla qualità della vita collettiva, d’altra parte, abbiano ripercussioni piuttosto profonde anche su interessi economici, sociali e politici di ampio spettro¹¹.

Al contempo, è altresì indubitabile la reciprocità di tale rapporto di influenza. Le determinanti della condizione di salute sono numerose e variegate e, a prescindere dalle ben note tassonomie e classificazioni previste dalla letteratura scientifica nazionale e internazionale, riguardano ciascuno degli aspetti appena menzionati. Questa considerazione permette di evidenziare una marcata sinergia che rende ogni eventuale analisi relativa al tema salute ancora più intricata e delicata. Inoltre, e maggiormente, sono tali determinanti a essere potenzialmente in grado di incidere sullo stato di salute della persona e, dunque, sulle rispettive aspettative di vita. Essendo la risultante di un complesso di elementi eterogenei, è bene infatti ricordare che la considerazione della salute quale mero risultato della sola prestazione sanitaria è alquanto limitante e pregiudizievole. Al contrario, un adeguato livello di salute dipende proprio dall’insieme dei fattori in grado di condizionare il benessere della persona, sia sotto il profilo fisico, sia sotto l’aspetto psicologico.

3. Salute e benessere alla luce del Covid-19

Salute e benessere costituiscono elementi essenziali per la crescita e per lo sviluppo economico.

Ciò è ancor più evidente alla luce dell’attuale pandemia da Covid-19: crisi sanitarie e, dunque, situazioni in grado di minacciare – realmente o anche solo potenzialmente – il livello di benessere della popolazione determinano evidenti situazioni di instabilità economica e sociale nei Paesi colpiti o di intere regioni del pianeta.

¹¹ MAGGI, *Sistemi di controllo di gestione nelle aziende sanitarie*, Giuffrè, 2003; Brinkerhoff, *Accountability and health systems: toward conceptual clarity and policy relevance*, in *HPP*, 19(6), 2004, pp. 371-379; BORGONOV, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Egea, 2005; TARRICONE, VALOTTI, *Il miglioramento del performance management nelle aziende sanitarie pubbliche: oltre le mode e le tradizioni*, in AA.VV., *Strategia e performance management nelle aziende sanitarie pubbliche*, Milano, 2012; RUSSO, *Economia e management delle aziende sanitarie pubbliche. Profili evolutivi, assetto istituzionale e performance*, Cedam, 2012; CER GAS, *Rapporto OASI 2020*, Egea, Milano, 2019; OECD, *OECD Health Statistics 2020*, 2020, <http://www.oecd.org/health/health-data.htm> (consultato il 7 novembre 2021).

In altri termini, la situazione pandemica ha evidenziato la necessità di essere pronti a fronteggiare sfide attuali e future in una prospettiva di tutela del benessere e della salute della popolazione, seppur in una prospettiva integrata, flessibile, sostenibile e innovativa.

La considerazione delle finalità, delle caratteristiche, ovvero delle modalità di funzionamento tipiche dei contemporanei sistemi sanitari nazionali consente di comprendere anche la straordinaria complessità intrinseca di essi che, peraltro, prescinde dalle peculiarità tipiche dei singoli contesti socio-territoriali.

Ciò implica il coinvolgimento di una vasta gamma di *stakeholder*, verso i quali sorge un'indubitabile necessità di rendicontazione: dei risultati raggiunti, delle risorse impiegate, delle modalità strategiche e operative adottate. Appare dunque evidente un consistente bisogno di *accountability*¹² che favorisca la trasparente conoscenza e comprensione del valore pubblico generato¹³, ciò anche allo scopo di favorire processi di decisione e di scelta sempre più consapevoli: questo delicato aspetto, per quanto detto, non riguarda in modo esclusivo la categoria dei pazienti sanitari ma, più in generale, assume ormai a riferimento cittadini e comunità, il cui livello di benessere rappresenta oggi un vero e proprio imperativo. Seppur secondo modalità e gradi di intensità variabili nel tempo e nello spazio, tali considerazioni non rappresentano assolute novità. Tuttavia, è indiscutibile che la recente emergenza sanitaria da Covid-19 ha reso il quadro di riferimento generale ancora più complesso, sottolineando uno stato di fragilità strutturale che, sebbene comune a tutti i Paesi del mondo, ha messo particolarmente in crisi anche il sistema sanitario italiano, caratterizzato da un livello di disgregazione strutturale e operativo sempre più evidente.

D'altra parte, sono proprio tali considerazioni a sottolineare il ruolo dei diversi attori territoriali del sistema sanitario italiano: per questi, oggi, la creazione di valore pubblico si dovrebbe realizzare mediante una strumentale attività di approfondimento, ricerca, monitoraggio e valutazione, sia dello stato di salute, sia del livello di benessere della collettività che, ancora una volta, implica un considerevole livello di *accountability*, in ragione delle finalità perseguite nonché degli *stakeholder* coinvolti.

Il bisogno di *accountability*, per giunta, è stato ulteriormente enfatizzato

¹² RICCI, *op. cit.*

¹³ MOORE, *Creating Public Value*, Harvard University Press, 1995.

proprio dal recente evento pandemico, che ha inequivocabilmente ribadito la necessità di processi di resa del conto sempre più ampi e, dunque, di un’informativa non-finanziaria che, affiancando i fondamentali approcci e gli strumenti contabili quantitativo-finanziari (i cosiddetti sistemi contabili ovvero di *accounting*), possa estendere la comunicazione efficace degli impatti derivanti dallo sterminato spettro di attività svolte dalle organizzazioni socio-sanitarie¹⁴. In questo senso:

“The population had become the object towards which efforts at disease prevention and management, by way of the management of various circulations, were directed. The fact that this object was made up of thinking and acting subjects emphasised also, however, the significance of accountability from the government to citizens, especially in terms of ensuring safety and liberty, controlling the cost of the government’s interventions and whether it gave value for money and honoured commitments by Parliament. It is therefore important that the public understand the data published during the pandemic and that the data is useful for accountability as well as used to improve the pandemic response and public’s adherence to rules”¹⁵.

In buona sostanza, oggi più che mai, appare evidente nei sistemi pubblici la fondamentale esigenza della proficua diffusione di una cultura improntata sull’impiego di solidi ed efficaci strumenti di *disclosure* e di comunicazione, che possano effettivamente favorire l’espressione di un chiaro giudizio e di una efficace valutazione da parte dei potenziali *stakeholder*. Questo ultimo aspetto, tuttavia, richiama un’ulteriore ma decisiva considerazione. Il ripensamento complessivo della prestazione sanitaria comporta la necessità di sottolineare la centralità della persona: sono i cittadini, prima ancora che i pazienti, a dover rappresentare il vero *target* dei moderni sistemi sanitari, con evidenti implicazioni, anche sotto il profilo giuridico. In questo senso, le conseguenze dell’epidemia dovrebbero condurre a conferire rinnovato vigore al tradizionale ciclo di osservazione, analisi e interpretazione dei fenomeni sociali, esaltando un reale orientamento programmatico, di tipo proattivo, che risulti volto al futuro e non semplicisticamente ancorato a mere esigenze contingenti o, tutt’al più, vagamente previsionali.

Gli aspetti sinergici e interattivi tra il livello di salute e il vasto e varie-

¹⁴ AA.VV., *Accounting, management and accountability in times of crisis: lessons from the COVID-19 pandemic*, in *AAAJ*, 34(6), 2021, pp. 1305-1319; AHRENS, FERRY, *Accounting and accountability practices in times of crisis: a Foucauldian perspective on the UK government’s response to COVID-19 for England*, in *AAAJ*, 2021, 34(6), 2021, pp. 1332-1344.

¹⁵ AHRENS, FERRY, *op. cit.*

gato insieme di determinanti e aspetti coinvolti sono sempre più presenti nello scenario globale, come evidenziato dall'emergere di principi e approcci considerati sempre più rilevanti nel panorama scientifico internazionale.

L'*Health in All Policies* (HiAP), ad esempio, è promosso dall'OMS ed è finalizzato a riconoscere e garantire il godimento di elevati livelli di salute quale diritto fondamentale di ogni essere umano, riconoscendo che:

“[...] governments have a responsibility for the health of their people and that equity in health is an expression of social justice. We know that good health enhances quality of life, increases capacity for learning, strengthens families and communities and improves workforce productivity. Likewise, action aimed at promoting equity significantly contributes to health, poverty reduction, social inclusion and security”¹⁶.

Esso, naturalmente, non rappresenta certo un approccio isolato. In tal senso, un ulteriore paradigma che sottolinea le notevoli sinergie sussistenti in relazione al tema della salute è il noto *One Health*, focalizzato sul concetto di “salute globale”, da intendere correttamente quale:

- tutela dei bisogni delle popolazioni più vulnerabili, sulla base della di un rapporto tra salute delle persone, degli animali e dell'ambiente in cui essi vivono;
- imprescindibile unitarietà del fenomeno salute, che richiede e implica una fondamentale omogeneità in ambito umano, animale e vegetale di approcci interpretativi e di corrispondenti soluzioni di intervento.

Tuttavia, l'approccio *One Health*, nel riconoscere la reciproca interdipendenza di persone, animali e dei loro ecosistemi¹⁷, definisce chiaramente la necessità di favorire e incoraggiare l'inclusione nei sistemi sanitari delle diverse dimensioni sociali, proprio in ragione della stretta interdipendenza sinergica in cui risulta coinvolta la salute, come prima sinteticamente accennato.

È proprio in tale dimensione interpretativa, infatti, che va inteso il concetto di sviluppo sostenibile della salute delle persone, degli animali e degli ecosistemi che, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, ha esteso il concetto di salute all'intero ecosistema. Il vertice ministeriale dell'OMS tenutosi a Città del Messico, nel 2004, ha riconosciuto il ruolo fondamentale dei sistemi sanitari nel raggiungimento degli obiettivi di sviluppo del millennio (MDGs), successivamente confluiti nei noti *Sustainable Development Goals*

¹⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Health in all policies: Helsinki statement. Framework for country action*, World Health Organization, Geneve, 2014, p. 1

¹⁷ AA.VV., *Potential of cooperation between human and animal health to strengthen health systems*, in *TL*, 366 (9503), 2005, 2142-2145; AA.VV., *Teaching “one medicine, one health”*, in *TAJM*, 121(3), 2008, p. 169.

(SDGs). Il risultato finale del quadro evolutivo succintamente tratteggiato è che, attualmente, la salute è considerata un elemento centrale del prossimo futuro. In tal senso, l’Agenda 2030 dell’Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) dedica alla salute particolare attenzione con l’Obiettivo 3 “*Ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages*” (v. *infra*). Al contempo, l’OMS ritiene le determinanti della salute un aspetto fondamentale proprio per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile:

“*Achieving the Sustainable Development Goals (SDGs) requires working in a transformative way in order to implement a set of coherent, evidence-informed policies that address health, well-being and all their determinants throughout the life-course and across all sectors of government and society*”¹⁸.

Tuttavia, tale traguardo richiede necessariamente un rafforzamento dei sistemi sanitari di tutti i Paesi, in modo da migliorare l’accesso ai servizi sanitari essenziali, oltre che a farmaci e terapie sicuri, efficaci e di elevata qualità:

“*Health systems can lead by example in sustainable development by improving operational environmental, social and economic sustainability*”¹⁹.

Peraltro, è necessario anche ammettere che la recente emergenza sanitaria ha contribuito enormemente a conferire a tali approcci un’ enfasi ancora più marcata e amplificata. La propagazione dell’infezione ha dimostrato chiaramente che la salute non può mai essere analizzata in maniera isolata e astratta, senza le opportune riflessioni circa le inevitabili relazioni di interdipendenza che, peraltro, si generano in modo del tutto fisiologico. Quest’ultimo e specifico aspetto trova specifica declinazione in un ulteriore approccio integrato alla salute e denominato *Connected Health*: si tratta della ideazione di modelli socio-tecnici di gestione dell’assistenza sanitaria che, mediante l’impiego delle moderne tecnologie (es. teleassistenza, cure domiciliari, ecc.), cerca di garantire maggiori livelli di efficienza della prestazione sanitaria, creando una sorta di connessione continua e interattiva tra le istituzioni sanitarie, le persone (e, dunque, non solo il paziente) e le percezioni soggettive.

In buona sostanza, l’*Health in All Policies*, il *One Health* e il *Connected Health* rappresentano attualmente esempi di approcci alla salute non più teorici e ideali ma, al contrario, concreti e sostanziali, considerando la iper-connessa società contemporanea.

¹⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Roadmap to implement the 2030 Agenda for Sustainable Development, building on Health 2020, the European policy for health and well-being*, World Health Organization, Geneva, 2017, p. 1.

¹⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *op. cit.*, 2020, p. 8.

L'unitarietà della salute e del benessere della persona, dunque, appare fondamentale a garantire la necessaria ricomposizione di un sistema complessivo estremamente frammentato, specie nelle fasi successive all'emergenza sanitaria Covid-19:

“Unequal development in different countries in the promotion of health and control of disease, especially communicable disease, is a common danger. [...]”

The extension to all peoples of the benefits of medical, psychological and related knowledge is essential to the fullest attainment of health.

Informed opinion and active co-operation on the part of the public are of the utmost importance in the improvement of the health of the people.

Governments have a responsibility for the health of their peoples which can be fulfilled only by the provision of adequate health and social measures”²⁰.

Quanto appena illustrato non solo sottolinea ulteriormente il legame tra salute e benessere, ma apre la strada anche alla considerazione dell'aspetto psicologico che, evidentemente, costituisce un ulteriore ambito profondamente interessato dall'epidemia da Covid-19.

Sotto questo particolare punto di vista, in effetti, bisogna necessariamente constatare che la diffusione globale del virus ha determinato risvolti assai diversi in funzione dei distinti momenti della crisi sanitaria. I momenti immediatamente seguenti ai primi e acclarati contagi sono stati contraddistinti, come sappiamo, da inedite prescrizioni normative di sicurezza, finalizzate all'isolamento degli emergenti focolai epidemici, allo scopo di tentare di impedire, o quantomeno rallentare, il ritmo di crescita dei contagi: ciò, a sua volta, ha indotto nella popolazione reazioni tendenti all'allontanamento dai territori caratterizzati da una maggiore presenza di infezioni tra le persone, oltre ad acquisti di generi alimentari, di prima necessità e di dispositivi medici e farmaceutici alcune volte del tutto irragionevoli (si pensi, a solo titolo esemplificativo, alle mascherine facciali oppure ai prodotti di disinfezione delle mani che, subito dopo le prime notizie inerenti alla propagazione del Covid-19, sono diventati, per un lungo periodo, sostanzialmente introvabili, stimolando addirittura la ricerca di prodotti chimici utili per la loro fabbricazione domestica). Successivamente alla fase più critica, dopo la diffusione di dati e informazioni scientifiche sempre più accurate in merito alle caratteristiche del virus e alle sue possibili modalità di contrasto, è stato possibile ritrovare addirittura uno spirito

²⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *op. cit.*, 2020.

di cooperazione e altruismo nella popolazione, che hanno enfatizzato i noti processi di identificazione sociale²¹.

Diventa cruciale, dunque, la considerazione delle conseguenze in termini di impatti psico-sociali delle epidemie come il Covid-19. Il senso di impotenza determinato dalla indisponibilità, prima, e dalla efficacia, poi, degli stessi trattamenti terapeutici e sanitari, rendono la comunicazione un aspetto cruciale in simili circostanze: ciò è stato evidente sia per i pazienti affetti dall’infezione, alla ricerca della corretta comprensione del proprio stato di salute clinica, sia per i familiari degli stessi, costretti a restare all’oscuro delle condizioni mediche dei propri congiunti o conoscenti.

All’interno di un simile contesto, dunque, il contrasto e il superamento delle situazioni critiche passa anche attraverso il rafforzamento dei legami sociali e, in tale prospettiva, la tecnologia assume caratteristiche fondamentali²². Questa, infatti, è in grado di affievolire, in diversi casi, la distanza determinata da situazioni di isolamento sociale, quali quelle indotte da situazioni pandemiche.

Naturalmente, è bene sottolineare che la valenza attribuibile agli strumenti di comunicazione telematica o, ancor più, a quelli tipici del cosiddetto *social-technology* non è sempre declinabile in utilità assoluta e, quindi, non acquisisce un giudizio sempre e sistematicamente positivo:

*“The Internet could change the lives of average citizens as much as did the telephone in the early part of the 20th century and television in the 1950s and 1960s. Researchers and social critics are debating whether the Internet is improving or harming participation in community life and social relationships”*²³.

Conseguentemente, è necessario che gli strumenti di comunicazione, specialmente nelle situazioni critiche, vengano utilizzati con approcci analitici che consentano l’efficace superamento delle difficoltà *de quo*, senza tuttavia

²¹ AA.Vv., *Emergenza COVID-19: aspetti psicosociali e buone prassi per promuovere il benessere psicologico*, in *PIF*, (numero speciale Covid-19), 2020, pp. 41-55.

²² Uno degli Autori del paper è responsabile dell’unità locale Università degli Studi di Napoli Federico II per il progetto “I nuovi contenuti delle filiere formative per gestire i rischi non finanziari legati a future pandemie - EDU4ESGRisk”, rivolto a definire i contenuti delle nuove filiere formative che mettano al centro il tema della prevenzione dei rischi ESG per contrastare e contenere gli effetti di eventuali future pandemie offrendo un contributo strategico ed operativo alla progettazione di dottorati interdisciplinari (con Università del Salento, Principal Investigator, e Università Ca’ Foscari Venezia).

²³ AA.Vv., *Internet paradox: A social technology that reduces social involvement and psychological well-being?*, in *AP*, 53(9), 1998, p. 1017.

che si traducono in esternalità negative, come quelle generate da sovraesposizione mediatica ovvero dal potenziale dilagare della disinformazione tipica dell'attuale epoca:

*“The rise of fake news highlights the erosion of long-standing institutional bulwarks against misinformation in the internet age. Concern over the problem is global. However, much remains unknown regarding the vulnerabilities of individuals, institutions, and society to manipulations by malicious actors”*²⁴.

Una delle implicazioni delle accennate e potenziali criticità appare, quindi, l'evidente necessità di promuovere l'utilizzo di una comunicazione sicuramente autorevole, ma che sia anche efficace in termini di chiarezza e sostanziale comprensibilità: ciò, in effetti, rappresenterebbe una concreta risposta per il componimento delle situazioni di difficoltà contingenti ma, e forse soprattutto, consentirebbe di aumentare l'aderenza comportamentale all'adozione delle condotte più opportune previste per il superamento delle situazioni di emergenza sanitaria²⁵.

4. Il benessere: un “diritto di performance”?

L'insieme degli aspetti esposti finora sembrano mettere in rilievo due importanti considerazioni:

a. il benessere della persona potrebbe rappresentare l'espressione di uno o, *rectius*, più livelli di *performance*;

b. è possibile presupporre l'esistenza di un diritto specifico al benessere, detenuto dalla collettività sociale, e bisognoso di azioni concrete da parte della pubblica amministrazione.

Sotto il primo profilo, anche se è necessario premettere sin da subito l'estrema complessità nella definizione del concetto di *performance*, è comunque possibile individuarne alcuni elementi imprescindibili ed essenziali. In tal senso, possiamo affermare che la *performance* implica una certa capacità di risultato²⁶ ovvero di fornire risposte opportune ai bisogni di un certo gruppo

²⁴ AA.VV., *The science of fake news*, in *SCI*, 359(6380), 2018, p. 1094.

²⁵ AA.VV., *Emergenza COVID-19: aspetti psicosociali e buone prassi per promuovere il benessere psicologico*, in *PIF*, (numero speciale Covid-19), 2020, 41-55.

²⁶ BOIVARD, *The political Economy of Performance Management. Organizational Performance and Measurement in the Public Sector: Toward Service, Efforts and Accomplishment Reporting*, Westport, Quorum Books, 1996.

di persone²⁷. Naturalmente, una simile impostazione sposta l’attenzione sulle finalità, di volta in volta, ritenute prevalenti²⁸. Nel senso appena evidenziato, è possibile definire la *performance* come la capacità di raggiungere un risultato in risposta a una o più determinate tipologie di bisogno ovvero esigenza²⁹.

Il concetto astratto di *performance*, infatti, risulta strettamente connesso a due specifiche peculiarità: la soggettività e la multidimensionalità. La soggettività riguarda il fatto che ogni livello di *performance* dipende in larga misura da un insieme più o meno ampio di risultati attesi e aspettati. Ciò determina che la sua misurazione, prima, e la sua valutazione, poi, risultano fortemente condizionate dalle necessità informative e dalle caratteristiche dei soggetti coinvolti. Inoltre, le attese e le aspettative soggettive si contraddistinguono anche per un certo grado di ambiguità che potrebbe rendere le stesse più o meno mutevoli, chiare e costanti nel tempo. La multidimensionalità della *performance*, d’altra parte, può essere definita sia in relazione al suo contenuto (ampiezza) che al suo ambito di applicazione (profondità)³⁰. L’ampiezza della *performance* riguarda la capacità di soddisfare una vasta gamma di bisogni che, a sua volta, è funzione delle caratteristiche dei soggetti destinatari. La profondità della *performance*, invece, è inerente alla sua dimensione verticale, specificando il livello a cui essa può essere valutata: individuale, organizzativo ovvero di politica pubblica generale³¹.

Anche la caratteristica di multidimensionalità della *performance*, naturalmente, si presta a considerazioni assai specifiche con riferimento all’ambito pubblico e, dunque, quando essa viene contestualizzata in relazione agli effetti generati sui cittadini quali destinatari dell’operato della amministrazione pubblica.

Le citate caratteristiche, dunque, consentono di intravedere un potenziale legame concettuale tra la *performance* e la categoria logica del benessere che, nello specifico, potrebbe essere inquadrabile quale espressione di una

²⁷ BORGONOVÌ, *op. cit.*; LIGUORI, SICILIA, STECCOLINI, *Some like it non-financial... Politicians’ and managers’ views on the importance of performance information*, in *Public Management Review*, 14(7), 2012, pp. 903-22.

²⁸ ETZIONI, *Modern organizations*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1964; YUCHTMAN, SEASHORE, *A system resource approach to organizational effectiveness*, in *ASR*, 1967, 32, pp. 891-903; FORD, SCHELLENBERG, *Conceptual Issues in the Assessment of Organizational Performance*, in *AOM*, 7(1), 1982, pp. 49-58

²⁹ BOIVARD, *op. cit.*

³⁰ BOUCKAERT, HALLIGAN, *Managing Performance. International comparisons*, Routledge, 2008.

³¹ TALBOT, *Performance Management*, in Ferlie E., Lynn L. Jr., Pollitt C. (ed.), *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford University Press, 2005.

moltitudine assai variegata di *performance* sociali, economiche e sanitarie: ciò sia in ragione degli attori coinvolti, sia in relazione alla collettività civile amministrata.

Simili considerazioni conducono il ragionamento al secondo profilo prima evidenziato, vale a dire l'esistenza di un diritto pubblico al benessere:

“The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.

The health of all peoples is fundamental to the attainment of peace and security and is dependent upon the fullest co-operation of individuals and States.

The achievement of any State in the promotion and protection of health is of value to all”³².

Ciò, del resto è pienamente statuito dalla Carta costituzionale che, al noto articolo 32, primo comma, così sancisce:

“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”.

È dunque evidente che, alla luce delle considerazioni iniziali riguardo alla possibile convergenza concettuale tra salute e benessere svolte nella introduzione a questo *paper* (*u. supra*), ci troviamo in presenza di un diritto alla salute che assorbe, anche sotto un profilo pratico e applicativo, tutte le variegate forme psico-fisiche del benessere prima accennate. Conseguentemente, il benessere diventa l'espressione di una moltitudine di livelli di *performance* variegati, la cui misurazione è, dunque, assai complessa in ragione della estrema soggettività di bisogni e delle esigenze individuali e collettive della popolazione civile.

Simili affermazioni rappresentano, ormai da diversi anni, un presupposto imprescindibile e irrinunciabile per qualsiasi azione pubblica, come risulta ulteriormente testimoniato dagli accennati Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (SDGs), previsti dalla Agenda 2030 ONU e che, in essenza, possono essere complessivamente interpretati quale modello per raggiungere un futuro migliore e più sostenibile per tutti, affrontando sfide globali alla povertà, alla disuguaglianza, al clima, al degrado ambientale, alla prosperità, alla pace e alla giustizia. Il rinnovato piano di azione delle Nazioni Unite dispone che la promozione di una vita sana e del benessere per l'intera collettività del pianeta rappresenti una tappa fondamentale per garantire il raggiungimento

³² WORLD HEALTH ORGANIZATION, *op. cit.*, 2020.

dello sviluppo sostenibile. Proprio in tal senso è rivolto il citato Obiettivo 3 dell’Agenda 2030 che, pur non trascurando le enormi difficoltà emerse proprio a seguito della pandemia Covid-19, statuisce che:

*“Ensuring healthy lives and promoting well-being is important to building prosperous societies [...]. Ensuring healthy lives for all requires a strong commitment, but the benefits outweigh the cost. Healthy people are the foundation for healthy economies”*³³.

Tuttavia, c’è un ulteriore aspetto che l’Agenda 2030 sottolinea con particolare enfasi e che riguarda le modalità mediante cui le Nazioni Unite stimolano l’azione, proattiva e non passiva, della popolazione collettiva:

“You can start by promoting and protecting your own health and the health of those around you, by making well-informed choices [...].

You can raise awareness in your community about the importance of good health, healthy lifestyles as well as people’s right to quality health care services, especially for the most vulnerable such as women and children.

*You can also hold your government, local leaders and other decision-makers accountable to their commitments to improve people’s access to health and health care”*³⁴.

Si tratta, evidentemente, di un aspetto particolarmente utile ai fini del presente *paper* e che esorta la collettività a una rinnovata consapevolezza delle scelte inerenti alla propria condizione di benessere. Tuttavia, ed è questo il punto centrale, tale richiamo alla sensibilità delle persone viene rimarcato non solo riguardo alle proprie condizioni di vita e di salute, bensì esortando la popolazione a chiedere che governo e politica di un Paese assumano un fondamentale senso di responsabilizzazione relativamente al livello del benessere da garantire alla collettività.

L’ultimo aspetto richiama la necessità della “resa del conto” da parte dei cosiddetti *policy makers*, che vengono reputati quali soggetti responsabili del benessere delle popolazioni.

La necessità di rendere conto delle scelte e, più in generale, dell’operato di un soggetto, tuttavia, mette al centro del ragionamento il bisogno di disporre di una misurazione della “*performance* benessere” come, per l’appunto, accade per qualsiasi tipologia di *performance*.

La definizione e il concetto di *performance* richiedono e, allo stesso tempo, implicano una inevitabile attività di misurazione, il cui risultato per-

³³ UNITED NATIONS, *Good health and well-being: Why it matters*, https://www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2017/03/3_Why-It-Matters-2020.pdf (consultato il 7 novembre 2021).

³⁴ UNITED NATIONS, *op. cit.*

mette la successiva valutazione della stessa e, quindi, l'attribuzione di un relativo giudizio da parte del suo destinatario, utile alla formulazione di qualsiasi tipo di scelta. Tuttavia, il fatto che il benessere, così come globalmente inteso finora, risulti contraddistinto da elementi meramente qualitativi implica una chiara difficoltà nella sua misurazione³⁵.

L'affermazione, per un verso, risulta particolarmente rilevante ma, d'altro canto, appare anche assai sfidante, perché implica la difficoltà di ricercare logiche e modalità di misurazione della *performance* che dovrebbero essere in grado di fronteggiare il rischio di misurare troppo ovvero, al contrario, di misurare solo il "misurabile" e, per lo più, monetariamente.

Riguardo alla misurazione, è necessario ricordare che, a partire dagli anni Novanta, si sono succeduti diversi approcci teorici finalizzati alla misurazione e alla valutazione della *performance* pubblica, quali *performance measurement*, *performance management*, *result-based management*, *managing for result*, e altri ancora³⁶, a loro volta stimolati dai radicali cambiamenti teorico-concettuali che hanno interessato la pubblica amministrazione. I diversi e numerosi tentativi di managerializzazione pubblica (e segnati, tra l'altro, dai celebri orientamenti del *New Public Management* e della *Public Governance*) sono stati affiancati da un approccio diverso, contraddistinto da un forte orientamento multidimensionale. In buona sostanza, il concetto di benessere, declinabile quale valore pubblico, non può (o, meglio, non deve) essere oggetto di investigazioni solitarie e metodologicamente limitate, mediante criteri che non consentano di coglierne e, anzi, esaltarne la sua estrema eterogeneità di composizione e di significato.

Al contrario, una simile impostazione arriva ad attribuire alla *performance* benessere una dimensione fortemente esterna, facendo assumere un ruolo cruciale al concetto di *accountability* in precedenza solo accennato:

*"The term "accountability" implies the duty to act in a responsible way and to be accountable to others for one's actions, in order to maintain effective and logical links between planning, deciding, action, and verification"*³⁷.

In altri termini, l'*accountability* favorisce la trasparente conoscenza e com-

³⁵ RICCI, CIVITILLO, *La valutazione della performance "Benessere": su cosa fondare le decisioni in ambito pubblico?*, in *WEE*, 2, 2019, pp. 31-46.

³⁶ HOLZER, YANG, *Performance measurement and improvement: An assessment of the state of the art*, in *IRAS*, 70(1), 2004, pp. 15-31; AA.VV., *Il performance measurement nel Contratto di Servizio del Trasporto Pubblico Locale*, in *RIREA*, Rirea Editrice, 2015, 10-12, pp. 368-391.

³⁷ RICCI, *op. cit.*

preensione del valore pubblico generato dall’azione pubblica³⁸, innescando gli efficaci meccanismi di “resa del conto” prima accennati.

Naturalmente, un simile approccio implica, a sua volta, alcune conseguenze:

a. i destinatari delle informazioni da produrre e da diffondere non sono più solo i meri controllori esterni, bensì i diversi *stakeholder* (i cittadini, soprattutto) che, a vario titolo, possono trovare coinvolgimento nell’intero modello di gestione;

b. le pratiche di “resa del conto” acquistano una reale efficacia solo quando accompagnate da una effettiva domanda di *accountability*.

5. *L’approccio alla performance benessere in Italia: gli indicatori di Benessere Equo e Sostenibile (BES) tra finanziarizzazione e multidimensionalità*

A dispetto della multidimensionalità dichiarata, i diversi orientamenti di riforma legislativa introdotti in Italia, in materia di *performance*, appaiono essere stati caratterizzati da una sensibile prevalenza della dimensione finanziaria. Questa, enfatizzando misurazioni di tipo economico-finanziario riesce a essere in grado di sintetizzare solo alcune specifiche conseguenze delle attività erogate, quali il valore economico generato dalle istituzioni pubbliche ma non anche del valore pubblico ovvero sociale che, come detto poc’anzi, rappresenta la caratteristica degna di tutela e la finalità predominante con riferimento alla *performance* benessere. Con particolare riferimento all’Italia, tale prevalenza si è progressivamente tradotta in una vera e propria predominanza dell’aspetto finanziario della *performance* che, di fatto, ha cominciato a condizionare in modo sempre più importante tutte le altre dimensioni, tanto da portare alla instaurazione di una sorta di gerarchia e, soprattutto, all’affermazione della dimensione finanziaria al vertice di essa³⁹. Anche se è

³⁸ MOORE, *op. cit.*; KELLY G., MULGAN, MEURS, *Creating Public Value: An Analytical Framework for Public Service Reform*, Cabinet Office, 2002; BORGONOVÌ, *op. cit.*; STOKER, *Public value management: a new narrative for networked governance?*, in *ARPA*, 36(1), 2006, pp. 41-57; BOZEMAN, *Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism*, Georgetown University Press, 2007; RICCI, *op. cit.*

³⁹ RICCI, CIVITILLO, *Italian Public Administration Reform: What are the Limits of Financial Performance Measures?*, in AA.VV., *Outcome-Based Performance Management in the Public Sector*, Springer, Cham, 2018, pp. 121-140.

tutt'altro che auspicabile attribuire una scarsa considerazione all'equilibrio finanziario ed economico-patrimoniale di una qualsiasi organizzazione, non è tantomeno utile far assumere a quest'ultimo un ruolo talmente predominante da ledere, comprimendola, la tutela del bene comune e del pubblico interesse tipici del benessere.

È proprio la ricerca di soluzioni mitiganti delle citate criticità che ha probabilmente portato a intensificare gli sforzi rivolti proprio alla costruzione di misurazioni della *performance* benessere molto più ampie rispetto alla sola dimensione finanziaria. Tralasciando il contesto internazionale⁴⁰, poco rilevante in questo lavoro, è utile ricordare gli indicatori di Benessere Equo e Sostenibile (BES). Sviluppatisi dall'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) e dal Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro (CNEL), questi strumenti cercano proprio di “*misurare il livello di benessere dei cittadini italiani nelle sue diverse dimensioni, tenendo conto della distribuzione delle risorse che lo determinano (equità) e della possibilità di garantire il mantenimento degli stessi livelli di benessere alle generazioni future (sostenibilità)*”⁴¹.

Gli indicatori BES si fondano sulla considerazione che il progresso della società sia misurato sulla base di domini e dimensioni del benessere, distinguendo due macro-livelli: il benessere umano e il benessere dell'ecosistema. Inoltre, il benessere umano viene, a sua volta, analizzato come funzione complessa del benessere individuale (cui sono legati attributi come la salute, il livello di istruzione, ecc.), del benessere sociale (cui corrispondono attributi condivisi con altre persone, ovvero con la famiglia, gli amici, la società nel suo complesso), e di alcuni “pilastri di supporto” (la cultura, la *governance*, l'economia).

I 152 indicatori che compongono, attualmente, il set complessivo dell'approccio italiano al benessere equo e sostenibile, sono articolati in 12 domini: salute, istruzione e formazione, lavoro e conciliazione dei tempi di vita, benessere economico, relazioni sociali, politica e istituzioni, sicurezza, benessere soggettivo, paesaggio e patrimonio culturale, ambiente, innovazione, ricerca e creatività, qualità dei servizi.

Un primo aspetto di fondamentale importanza è che gli indicatori BES hanno trovato una specifica introduzione normativa con l'articolo 14 della

⁴⁰ In ambito internazionale, si ricordino, tra gli altri, i seguenti indici: Index of Sustainable Economic Welfare (ISEW), Measure of Economic Welfare (MEW), Human Development Index (HDI), Genuine Progress Indicator (GPI), Sustainable Net Benefit Index (SNBI).

⁴¹ MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *Documento di Economia e Finanza, Allegato Il Benessere equo e sostenibile nel processo decisionale*, Ministero dell'Economia e delle Finanze, 2017.

legge n. 163/2016 (operativa legge di contabilità n. 196/2009) che ne ha previsto altresì uno specifico ruolo quale strumento di programmazione economica. Proprio in tal senso, la stessa norma prevede l’istituzione di uno specifico Comitato⁴² che, costituito presso l’ISTAT, si è occupato della selezione degli indicatori utili alla valutazione del benessere sulla base dell’esperienza maturata a livello nazionale e internazionale.

Tuttavia, proprio in funzione di tale attività selettiva, a fronte dei 152 indicatori, è bene notare che l’appena citato Comitato BES ha provveduto alla formale adozione di un sottoinsieme di 12 indicatori⁴³ sintetizzati nella *Figura 1*:

Reddito disponibile lordo corretto pro capite	Disuguaglianza del reddito netto (s80/s20)	Indice di povertà assoluta	Speranza di vita in buona salute alla nascita
Eccesso di peso	Uscita precoce dal sistema di istruzione e formazione	Tasso di mancata partecipazione al lavoro, con relativa scomposizione per genere	Rapporto tra tasso di occupazione delle donne 25-49 anni con figli in età prescolare e delle donne senza figli
Indice di criminalità predatoria	Indice di efficienza della giustizia civile	Emissioni di CO ₂ e altri gas clima alteranti	Indice di abusivismo edilizio

FIGURA 1 - Il sottosistema degli indicatori adottati in Italia dal Comitato BES.

Fonte: Ministero dell’economia e delle finanze, Decreto 16 ottobre 2017 “Individuazione degli indicatori di benessere equo e sostenibile (BES)”.

⁴² La Legge n. 163 del 2016 prevede che il Comitato BES sia presieduto dal Ministro dell’Economia e delle Finanze (o suo delegato) e composto dal Presidente dell’Istat (o suo delegato), dal Governatore della Banca d’Italia (o suo delegato) e da due esperti della materia di comprovata esperienza scientifica. Il Comitato BES ha cessato le sue funzioni una volta definiti e selezionati gli indicatori di benessere equo e sostenibile.

⁴³ MINISTERO DELL’ECONOMIA E DELLE FINANZE, Decreto 16 ottobre 2017 “Individuazione degli indicatori di benessere equo e sostenibile (BES)”, Ministero dell’Economia e delle Finanze, 2017.

Senza entrare nello specifico, e pur tenendo conto della dichiarata innovatività di approccio, non si può evitare di osservare che lo svolgimento di processi di analisi perimetrati su soli 12 indicatori, dei 152 previsti, conduce a ritenere assai limitato il valore concreto dello strumento, come anche la sua efficacia e la sua adeguatezza alle finalità dichiarate. Ciò nonostante, è molto importante ricordare che nella Relazione finale del Comitato per il benessere equo e sostenibile viene evidenziato che:

“[...] nella selezione si è tenuto conto delle finalità di trasparenza e accountability che l’esercizio sottende. In particolare, per rendere l’esercizio trasparente, si è contemperato il criterio delle sensibilità alle politiche scegliendo indicatori facilmente interpretabili, non influenzabili artatamente dal decisore politico (ad esempio, determinando per via amministrativa un livello dell’indicatore senza che a ciò corrisponda un generale effetto sul benessere dei cittadini). Rispetto a quello dell’accountability, in risposta a quanto espressamente richiesto dal Ministro dell’Economia e delle Finanze, si è data preferenza a quegli indicatori maggiormente sensibili alle politiche di responsabilità del Governo centrale, piuttosto che all’azione delle amministrazioni locali, e pertanto più direttamente collegabili agli obiettivi programmatici che si pone il Governo centrale nei documenti di finanza pubblica”⁴⁴.

Un secondo aspetto, particolarmente degno di nota, è la sensibile azione di aggiornamento di alcuni elementi di fondo dell’impianto in discussione, in coerenza con le linee fondamentali del programma *NextGenerationEU* e, dunque, con la rinnovata *vision* strategica europea per l’inclusione e la crescita. Tale integrazione ha inteso dare risposte in termini di *policy* a specifiche esigenze conoscitive, tra cui proprio l’ampliamento e approfondimento delle informazioni disponibili sugli aspetti sanitari (oltre che su aspetti connessi a digitalizzazione, capitale umano e cambiamento climatico): è interessante notare che il dominio relativo alla salute è stato potenziato con l’aggiunta di due nuovi indicatori:

- mortalità evitabile;
- multicronicità o presenza di limitazioni gravi tra le persone di 75 anni e più.

Appare evidente che tale innovazione è strumentale per consentire una più efficace rappresentazione della condizione di fragilità di partico-

⁴⁴ COMITATO PER GLI INDICATORI DI BENESSERE EQUO E SOSTENIBILE, *Relazione finale del Comitato per gli indicatori di benessere equo e sostenibile, istituito ai sensi dall’art. 14 della legge 163/2016 per la selezione e definizione, sulla base dell’esperienza maturata a livello nazionale e internazionale, degli indicatori di benessere equo e sostenibile*, 20 giugno 2017.

lari segmenti della popolazione italiana e, dunque, individuare le criticità del sistema sanitario su cui intervenire per il conseguente miglioramento⁴⁵.

6. *Alcune considerazioni (non) conclusive: la “resa del conto” per un processo di responsabilizzazione del benessere della collettività*

Al di là delle specificità tecniche degli approcci e delle metodologie appena rappresentate, rimane un aspetto di fondamentale importanza e che, ancora una volta, riguarda la tradizionale distinzione tra finalità e mezzi di un’azione. La definizione dei livelli di benessere da assicurare a una comunità spetta necessariamente alla pubblica amministrazione e, conseguentemente, alla politica che, del resto, rappresenta l’attore responsabile dei processi decisori e, soprattutto, del buon esito di qualsivoglia azione pubblica:

“In una società democratica, compito della politica è quello di prendere decisioni che comportino azioni orientate a perseguire il bene (benessere) individuale e collettivo (generale), presenti e futuri.

Una decisione è presa correttamente quando sono chiari il punto di arrivo e quello di partenza: il punto di arrivo deve essere giustificato come obiettivo in sé, come parte del benessere individuale e collettivo, mentre la comprensione del punto di partenza corrisponde alla conoscenza dei bisogni attuali e delle carenze da risolvere”⁴⁶.

Naturalmente, è bene precisare che la politica non può assolvere efficacemente a questo ruolo così delicato senza un’adeguata assistenza di tipo strumentale. In tal senso, affinché le suddette decisioni possano efficacemente perseguire il benessere della collettività, è necessario che vi sia un reale processo di condivisione sociale che coinvolga tutti i diversi *stakeholders* interessati dalle medesime azioni e decisioni.

Nella prospettiva appena evidenziata, dunque, il livello di benessere potrebbe essere visto nella sua veste di interconnessione tra amministrazione e cittadino e che, come tale, determina una sorta di rapporto reci-

⁴⁵ ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *BES 2020. Il benessere equo e sostenibili in Italia*, ISTAT, 2021.

⁴⁶ MAIocchi, RICCI, TURCONI, *Bilancio in Valore. Come si misura un’ora di gioia?*, Maggioli Editore, 2019.

proco tra i due soggetti: da un lato l'amministrazione pubblica, per la quale il rispetto del benessere del cittadino rappresenta ben più che una semplice prerogativa; dall'altra, il cittadino, per il quale diventa fondamentale la corretta comprensione delle informazioni comunicate dalla pubblica amministrazione, oltre che della loro opportuna interpretazione. Tale rapporto, conseguentemente, presuppone che si instauri una necessaria situazione di trasparenza dei principi alla base dell'azione amministrativa che, unitamente alla precisa rendicontazione dei risultati di *performance* raggiunti, consenta la costruzione di una relazione di reciproca fiducia. All'interno di questo contrasto, la politica dovrebbe farsi portavoce di effettivi orientamenti volti a perseguire la fiducia della collettività e dei cittadini che sono parte di essa.

Nell'opinione di chi scrive, e per quanto finora discusso, il problema centrale rimane la corretta definizione dei processi di resa del conto da parte dei cosiddetti *policy makers* quali soggetti responsabili del benessere della collettività.

Gli approcci alla misurazione del benessere rimangono sicuramente fondamentali⁴⁷ ma se non racchiusi in un effettivo processo finalizzato a rendere conto, in maniera responsabile e credibile, di quanto operato verso la collettività, essi potrebbero correre il rischio di continuare a rappresentare meri esercizi teoretici, senza effettive implicazioni sostanziali. Come accennato prima, dunque, i tentativi di attribuire una o più espressioni valoriali al benessere deve essere accompagnato da una sensibile domanda di *accountability*, ovvero dalla richiesta critica di informazioni da parte dei cittadini e di tutti gli *stakeholder* riguardo a ciascuna delle possibili determinanti del benessere psico-fisico prima in discussione. È solo un simile processo dialogico che porterebbe ogni approccio, elaborazione o strumento di comunicazione a un livello superiore, caratterizzato da ponderazioni e contestualizzazioni in grado di differenziare un mero dato in reale informazione utile, sotto il profilo cognitivo, per la società civile. Inoltre, tale rinnovata utilità avrebbe una duplice direzione: oltre a consentire ai cittadini di disporre di un'informativa qualitativamente elevata, potrebbe instaurare processi di autocritica da parte di soggetti decisori pubblici che, in questo modo, si troverebbero di fronte una sensibilità collettiva che, a sua volta, stimolerebbe una concreta respon-

⁴⁷ Oltre ai citati indicatori BES, si veda un approccio alternativo particolarmente interessante: MAIocchi, RICCI, TURCONI, *op. cit.*

sabilità sociale inerente al benessere che, non traducendosi più in astratta comunicazione di indicatori quantitativi, potrebbe condurre a evidenziare i fondamentali *feed-back* necessari a qualsiasi processo manageriale, ivi compreso quelli relativi all’“amministrazione” del benessere collettivo.

Abstract

Il benessere potrebbe essere espresso sotto forma di “performance”? È questo l’interrogativo alla base del paper, che tenta di interrogarsi sulla complessità di tale concetto, sia sotto i profili della sua misurazione e interpretazione, sia alla luce dell’impatto generato dall’epidemia Covid-19. Le riflessioni e le considerazioni che emergono sono poste sotto forma di un dibattito concettuale che tenta di comprendere l’esistenza di un concreto diritto alla “performance benessere” cui far conseguire comportamenti di “resa del conto” sia da parte degli attori specificamente coinvolti su questo fronte, sia dei policy makers, responsabili della gestione strategica del benessere della collettività.

Could well-being be expressed in the form of “performance”? This is the question underlying the paper, which attempts to question the complexity of this concept, both in terms of its measurement and interpretation, and in light of the impact generated by the Covid-19 epidemic. The reflections and considerations that emerge are put in the form of a conceptual debate that attempts to understand the existence of a concrete right to “wellbeing performance” which can lead to accountability behavior, both for the actors specifically involved on this front, and for policy makers, who are responsible for the strategic management of the well-being of the community.

Keywords

Benessere, salute, sanità, Covid-19, accountability.

Well-being, health, health care, Covid-19, accountability.

Stefania Buoso

La cura sanitaria territoriale tra emergenza pandemica e PNRR*

Sommario: **1.** La “cura” istituzionalizzata, mediante il Servizio sanitario nazionale. **2.** Le cure primarie, la prima linea della tutela della salute. **2.1.** La disciplina di potenziamento territoriale, nell'emergenza. **2.2.** L'esperienza della Regione Emilia Romagna con le Case della salute. **3.** La Missione Salute del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). **4.** La rete territoriale come garanzia di universalismo.

1. *La “cura” istituzionalizzata, mediante il Servizio sanitario nazionale*

L'instaurazione del Servizio sanitario nazionale con la legge 833/1978 istituzionalizza la cura attraverso la creazione di un sistema di sanità pubblica ispirato ad equità e universalismo. Nell'ambito dei suoi principi fondativi è rintracciabile l'attuazione dell'art. 32 Cost. là dove la salute è tutelata come “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”, mettendo al centro la globalità della persona e comprendendo, nel concetto di salute, sia la cura della malattia che la prevenzione e la riabilitazione¹. All'art. 1, il Servizio sanitario nazionale viene definito come il “complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio”.

* La presente ricerca è stata svolta nell'ambito del *Bando 2020 per progetti di ricerca finanziati con il contributo 5x1000 anno 2018* dell'Università di Ferrara. Titolo del progetto finanziato: *Servizi sanitari e risorse umane nell'emergenza Covid-19: qualità delle cure e criticità organizzative*.

¹ PERSIANI, D'ONGHIA, *Diritto della sicurezza sociale*, Giappichelli, 2020, p. 232.

Dalla originaria istituzione delle unità sanitarie locali, i d.lgs. n. 502/1992 e 517/1993 hanno sancito la successiva trasformazione di queste ultime in aziende sanitarie locali, per poi giungere ad una razionalizzazione complessiva col d. lgs. 229/1999²; dal SSN transita la cura di ciascun cittadino: per suo tramite si verificano estensione e massimo ampliamento dei contorni del *welfare*.

In tempi recenti, l'emergenza pandemica e il successivo programma di vaccini di massa anti Sars-cov2 hanno fatto riflettere sull'importanza di poter contare su una sanità pubblica di qualità e funzionante, capace di rispondere prontamente alle criticità di grande portata. Sebbene non manchi la consapevolezza della crucialità della cura universalistica, non sempre – nel corso degli anni che sono intercorsi dall'istituzione del SSN ad oggi – sono state elaborate politiche realmente potenzianti del servizio, delle risorse umane, della struttura organizzativa, intesa nel suo complesso.

Si è fatto luogo, al contrario, ad una contrazione di risorse, rallentandone il miglioramento sul piano dell'efficienza dell'offerta e alimentando, di riflesso, il mercato privato³ dei servizi sanitari.

A proposito di rapporto tra pubblico e privato sanitario, l'emergenza pandemica ha messo in luce l'esigenza di chiarire i meccanismi d'interazione tra l'uno e l'altro. Mentre, per quanto riguarda i rapporti di lavoro e i contratti collettivi applicabili, ancora una volta tra pubblico e privato, occorrerebbe dedicare uno specifico spazio; basta, al momento, segnalare i problemi della frammentazione contrattuale e della difficoltà di rinnovo sussistente nel privato. Si pensi solo, infatti, che il contratto collettivo Aiop (Associazione italiana ospedalità privata) e Aris (Associazione religiosa istituti socio-sanitari), associazioni leader, è stato rinnovato l'8 ottobre 2020 dopo ben quattordici anni di stallo che ha inciso non solo sull'adeguamento salariale ma anche sull'estensione del divario con i lavoratori del comparto e dell'area sanità pubblica. Il contratto collettivo privato del personale medico delle stesse associazioni è rimasto, invece, fermo al 16 maggio 1997.

L'esternalizzazione di servizi socio-sanitari è descritta in altri contributi

² BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Giappichelli, 2009; FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, 2020.

³ Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Lo stato della sanità in Italia*, Focus tematico n. 6, 2 dicembre 2019.

della presente ricerca, con riferimenti specifici anche al peggioramento delle condizioni di lavoro dei prestatori⁴.

Guardando all'inquadramento sistemico, la parola chiave della cura sanitaria diventa “prossimità” da intendersi in senso oggettivo, realizzata mediante adeguate strutture la cui collocazione territoriale è vicina ai destinatari e in senso soggettivo attraverso i volti che rendono possibile la personalizzazione della cura, dei quali non ci si può scordare: anzi, con un gioco di parole, proprio di essi l'ordinamento dovrebbe “prendersi cura”.

Restando entro i confini della sanità pubblica – intesa come servizio essenziale e settore *labour intensive* – si può notare come lo stress test dell'emergenza pandemica ha portato a galla le principali carenze sul piano del deficit organizzativo di raccordo tra cure primarie e secondarie e circa la scarsa valorizzazione delle risorse umane delle cure secondarie, purtroppo – nell'ultimo tratto – sottoposte a importanti carichi di stress psico-fisico, mancanti per alcuni profili professionali e in generale oggetto di sottodimensionamento.

Per quanto attiene alle risorse umane del settore sanitario verranno, qui, soltanto enunciati alcuni profili problematici. Sono critici i profili del reclutamento e delle condizioni di lavoro del personale: ambiti intimamente connessi, rispetto ai quali i disagi preesistenti hanno mostrato, accresciuti dall'emergenza sanitaria, il fallimento di anni di politiche restrittive⁵; più nello specifico, carenze di personale e, conseguente, intensificazione oraria fotografano le principali debolezze di sistema. Riflettere su questi temi vuol dire esplorare i risvolti bidirezionali della tutela della salute, là dove la salvaguardia della salute psicofisica dei prestatori sanitari significa garanzia di un migliore servizio all'utenza: il *decent work* nella cura sanitaria, istituzionalizzata del SSN, conduce a un sistema sanitario resiliente e di qualità⁶.

⁴ BORELLI, *Who cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Giappichelli, 2020, p. 2; BORELLI, *Who cares? La (mancanza di) dignità sociale per il lavoro di cura*, in *VTDL*, 2020, p. 653 ss.; DORIGATTI, *Condizioni di lavoro nei servizi sociali: disintegrazione verticale e procurement pubblico*, in *SM*, 2017, p. 460.

⁵ Dal 2009 i dati Istat hanno registrato una progressiva riduzione degli occupati a tempo indeterminato, in particolare le regioni interessate da piani di rientro nel periodo 2009-2018 sono state: Lazio, Campania, Molise, Abruzzo, Sicilia, Puglia, Piemonte e Calabria. Cfr. *L'occupazione nella sanità pubblica*, Istat, 6 maggio 2020.

⁶ BUOSO, *Conciliazione dei tempi e continuità del servizio nella sanità*, in *LD*, 2020, p. 52; ARGENTIN, FELLINI, NERI, *Chi fa il welfare? Gli occupati nei settori dell'istruzione, della sanità e dei servizi sociali*, in *RPS*, 2020, p. 47 ss.

La Corte dei Conti, nel Rapporto 2020 sul coordinamento della finanza pubblica, metteva ben in luce che “negli ultimi due anni sono divenuti più evidenti gli effetti negativi di due fenomeni diversi che hanno inciso sulle dotazioni organiche del sistema di assistenza: il permanere per un lungo periodo di vincoli alla dinamica della spesa per personale e le carenze, specie in alcuni ambiti, di personale specialistico”; la diminuzione del personale a tempo indeterminato era stata registrata tra 2012 e 2017 per un ammontare di 27 mila unità con riferimento alle figure sanitarie, tecniche, professionali e amministrative in forza presso Asl, Aziende ospedaliere universitarie e IRCCS pubblici. Si tratta di riduzioni importanti, in particolare per le Regioni in piano di rientro finanziario. Il ricorso al contratto a tempo determinato è stato, d’altra parte, crescente e utilizzato per fare fronte alle esigenze ordinarie di dotazioni organiche stabili, fungendo da “tecnica di aggiramento del blocco del *turnover*”⁷.

Il rafforzamento della sanità territoriale e la destinazione di maggiori attenzioni, da parte dell’ordinamento, alle risorse umane del settore sono i due capisaldi imprescindibili da individuarsi come vettori del miglioramento della qualità della cura sanitaria, anche in termini di soddisfazione dei pazienti.

In questo contributo mi soffermerò sulle questioni inerenti alla sanità territoriale, delineandone le coordinate regolative e, in seguito, avendo agio di dare conto – alla luce del “diritto dell’emergenza” – dei progressi regolativi che, in questo campo, potrebbero discendere dalla missione 6 del Piano nazionale di ripresa e resilienza (d’ora in poi PNRR), specificamente dedicata alla “salute”. Mi pare significativo dare spazio al tema di matrice organizzativa delle cure primarie perché costituisce antecedente logico importante e foriero di diverse ripercussioni sui problemi sopra enunciati che riguardano le risorse umane. Ritengo essenziale, in chiave sistematica, ribadire che sono molteplici gli intrecci e le ricadute della ricostruzione e del funzionamento della prima linea della sanità territoriale sui lavoratori del pubblico, in generale, e sugli altri lavoratori che soppperiscono a quei deficit di cura di tipo sanitario e socio-sanitario.

La riflessione alla quale mi accingo s’innesta non solo nell’attualità delle questioni che interessano il sistema di *welfare* sanitario ma anche, più in senso

⁷ D’AVINO, *Il comparto sanità: uno stress test per la disciplina del contratto a termine nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2018, p. 44.

ampio, le tutele sociali e i loro beneficiari. Se il chiarimento sulle articolazioni organizzative territoriali pare decisivo, lo sarà altrettanto meditare sull'approccio multi-professionale delle stesse così come sull'affiancamento tra figure lavorative sanitarie e socio-sanitarie, auspicato e promosso dai nuovi indirizzi; creare nuove strutture di prossimità significa anche dotarle di risorse umane dedicate, facendo fronte ai costi che queste, evidentemente, richiedono.

La logica anticipatoria che sta alla base del presente contributo rifugge da un'analisi per compartimenti stagni per sostenere che le questioni più genuinamente giuslavoristiche – relative ai lavoratori della cura per eccellenza, quali i sanitari – dipendono da considerazioni più ampie, relative all'organizzazione del sistema sanitario e, in particolare, al livello delle cure primarie.

Come si vedrà, ci potrebbe essere, prossimamente, un'inversione di tendenza rispetto alle politiche di *austerity* che per lungo tempo hanno determinato la contrazione della spesa sanitaria, con un nuovo e inedito potenziamento del SSN: le tendenze demografiche, epidemiologiche e sociali in atto comportano una accresciuta domanda di cure di fronte alla quale l'ordinamento non può restare a guardare⁸. È lo stesso PNRR che s'impegna ad affrontare le problematiche della disparità territoriale nell'erogazione di servizi, dell'integrazione fra servizi ospedalieri, territoriali e sociali, dei tempi di attesa, della scarsa capacità di definizione sinergica di risposte adeguate ai rischi ambientali, climatici e sanitari. Oltre la pandemia potrebbe, in altri termini, dispiegarsi una nuova architettura del *welfare* con “reticoli di relazioni di prossimità capillarmente diffusi”, frutto della stretta collaborazione tra soggetti pubblici e del c.d. terzo settore⁹.

2. Le cure primarie, la prima linea della tutela della salute

Fin dalla *Alma-Ata Declaration* del 1978 dell'Organizzazione mondiale della sanità, il rafforzamento delle cure primarie viene indicato come vettore d'incremento della salute e del benessere della popolazione mondiale. L'espe-

⁸ Si veda, più in generale, FALCON, *Dall'emergenza Covid, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, 2020, p. 454.

⁹ ASCOLI, CAMPEDELLI, *Insostituibilità, riconoscenza, integrazione funzionale: la parabola del Terzo settore nella pandemia*, in *Pol. soc.*, 2021, p. 382.

rienza del *National Health Service* inglese è richiamata, nella letteratura, come paradigmatica, soprattutto dopo la pubblicazione del *Five Year Forward View*, un documento programmatico volto a promuovere l'integrazione tra ospedale e territorio e tra ambito sanitario e sociale, proclamando "necessario dissolvere i confini tra cure primarie e ospedali". In esso, i *new care models*, basati sulla cura dei bisogni, associano, sul piano modellistico, vari tipi di integrazione: "orizzontale a livello di cure primarie", "verticale tra ospedale e territorio", "tra ospedali di diverse dimensioni", "col settore socio-sanitario", "fra i servizi dell'area di emergenza-urgenza"¹⁰. Nell'ordinamento dell'Unione europea, nel documento del 2014 della DG SANCO, le cure primarie vengono descritte come espressione di un approccio personalistico, *more person-centric than disease-centric* e, in esse, si plasma la principale strategia di realizzazione della nuova politica europea sulla salute¹¹. Si tratta di servizi universalmente accessibili che mirano a dare risposte alla maggior parte dei problemi di salute dei pazienti, strutture che hanno un ruolo centrale nel coordinamento dell'assistenza.

In Italia, è la c.d. Riforma Balduzzi (l. 189/2012) a dare vigore – per lo meno sul piano programmatico – all'integrazione tra assistenza territoriale, servizi sociali, assistenza domiciliare, servizi ospedalieri. All'art. 1 della disciplina in parola si trovano enunciati i propositi di coordinamento e integrazione di "forme organizzative multiprofessionali" convogliate nelle "unità complesse di cure primarie" (UCCP) già conosciute – seppur con scarsa diffusione – nell'Accordo collettivo nazionale per la Medicina generale del 2005, come equipe territoriali e unità territoriali di assistenza primaria (UTAP). Lo spostamento dei trattamenti dal livello ospedaliero a quello territoriale-distrettuale risponde a principi di "efficienza", così intendendo il minore costo di gestione, e "appropriatezza", come adeguatezza del trattamento rispetto alla patologia¹².

Il più recente Patto per la salute 2019-2021, approvato dalla Conferenza

¹⁰ GENTILI, LEGA, *Integrazioni istituzionali e reti tra aziende sanitarie. Evidenze, problemi, soluzioni*, Egea, 2020, p. 71.

¹¹ "Primary care is a term that has clear international currency", diversamente da "community based care" "referred to mental health services, in others to home care for people with disabilities", v. EC, *Definition of a frame of reference in relation to primary care with a special emphasis on financing systems and referral systems*, 27.02.2014, p. 14.

¹² Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Lo stato della sanità in Italia*, Focus tematico n. 6, 2 dicembre 2019, p. 21.

Stato-Regioni prima dello scoppiare dell'emergenza sanitaria, metteva in evidenza, all'art. 10, la necessità di “una riorganizzazione dell'assistenza territoriale” idonea a promuovere “attraverso modelli organizzativi integrati”, “attività di prevenzione e promozione della salute”, “un forte impulso all'assistenza domiciliare”, “un investimento sull'assistenza residenziale” per i soggetti non autosufficienti. L'Intesa poneva al centro i «bisogni del paziente» in sintonia con l'Accordo Stato-Regioni del 15 settembre 2016 che prospettava la necessità di individuare un “approccio comune, centrato sulla persona e orientato alla migliore organizzazione dei servizi”. Dal rafforzamento della *governance* territoriale viene fatto discendere il miglioramento della risposta ai bisogni di salute e, in definitiva, della cura.

È, tuttavia, fondamentale – in questa configurazione – la posizione ricoperta dai medici di medicina generale che non hanno assimilato il cambiamento in corso, continuando a svolgere la loro funzione secondo il modello organizzativo che li vedeva protagonisti, nel secolo scorso, quali liberi professionisti operanti individualmente.

Mentre si stanno scrivendo queste pagine, è in discussione il rinnovo dell'Accordo collettivo nazionale della medicina generale ma sono notevoli le difficoltà di recepire anche solo alcune delle innovazioni allo studio per rafforzare la medicina territoriale¹³, tra incertezze sul futuro e oggettivi fallimenti delle prospettazioni precedenti; il ruolo dei medici di base è, sulla carta, decisivo ma, in concreto, poco permeabile all'assetto territoriale a gestione multiprofessionale: ad oggi, non sono previsti obblighi specifici in tal senso.

Non si dimentichi che il rapporto di lavoro che li interessa non è di subordinazione ma di matrice convenzionale, la negoziazione collettiva ha ampi margini “non solo nella disciplina dei profili giuridico-economici del rapporto di lavoro autonomo bensì anche nella individuazione delle attività della stessa categoria professionale, nonché delle forme di organizzazione della stessa nell'ambito del SSN”¹⁴. È vero che, difatti, diversamente dai medici ospedalieri, dipendenti del SSN, i medici di medicina generale sono prestatori di lavoro autonomo e, questo, ha non poche implicazioni sui tentativi,

¹³ *Medicina generale. Smi, Cgil medici, Simet bocciano la bozza di nuova convenzione: “È irricevibile”*, in *Quotidianosanità.it*, 13 settembre 2021.

¹⁴ GENOVA, FAVRETTO, CLEMENTE, SERVETTI, LOMBARDINI, *Assistenza primaria e Covid-19: MMG e USCA*, in *Libro bianco. Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19*, a cura di VICARELLI, GIARELLI, 2021, Franco Angeli.

per ora solo parzialmente realizzati, d'integrazione nell'organizzazione del distretto sanitario.

Resta evidente, comunque, che si tratta di figure essenziali per il funzionamento dell'integrazione, nella duplice accezione ospedale-territorio e socio-sanitaria. Si badi bene che si parla di integrazione "verticale" quando vengono sviluppati sistemi di cura *place-based* che mirano a "contenere in un'unica filiera la risposta ai bisogni di tipo sanitario e sociale della popolazione", toccando più livelli di assistenza¹⁵; mentre, di integrazione "orizzontale" quando sono coinvolte strutture afferenti allo stesso livello, per esempio tra ospedali, distretti, aziende Usl.

Nonostante sul piano programmatico esistesse, dunque, un'impostazione regolativa volta allo sviluppo della continuità assistenziale e alla sua implementazione, l'emergenza sanitaria ha dimostrato che questo ambito di raccordo territoriale è stato del tutto tralasciato.

Il carico principale della prima ondata pandemica si è riversato sugli ospedali, sul pronto soccorso e sui loro operatori; è quasi superfluo ricordare i numeri elevatissimi di accessi e la sospensione dell'attività ordinaria procrastinabile di ricovero ospedaliero, con la riconversione di molti reparti nonché sale operatorie. È evidente che nella prima fase era stato messo nell'*impasse* l'intero funzionamento del sistema.

Certo, una pandemia così diffusiva sul piano del contagio non si conosceva da decenni ma è anche vero che l'infrastruttura territoriale delle cure primarie delineata dalla riforma Balduzzi si era rivelata debole e trasparente, anche a causa dell'assenza di risorse a ciò destinate, sulla scia della legislazione a invarianza di spesa¹⁶. Non è eccessivo, allora, dire che l'assistenza primaria è "la grande incompiuta" e su di essa si devono concentrare le principali attenzioni riformatrici.

2.1. La disciplina di potenziamento territoriale, nell'emergenza

Il diritto emergenziale, con l'art. 8 del d.l. 14/2020 e l'art. 4 bis del d.l. 18/2020, quest'ultimo convertito in l. 27/2020, ha aperto un nuovo capitolo

¹⁵ GENTILI, MAINARDI, *Le integrazioni tra aziende sanitarie e la gestione del personale: esperienze, opportunità, prospettive*, in *LPA*, 2020, p. 74.

¹⁶ MAPELLI, *I malanni dell'assistenza primaria*, in *lavoce.info*, 14.10.21.

nella storia delle cure primarie attraverso l'istituzione delle Unità speciali di continuità assistenziale (USCA) al fine di consentire al medico di medicina generale, al pediatra di libera scelta o al medico di continuità assistenziale di garantire l'attività assistenziale ordinaria. Si tratta di articolazioni nuove la cui istituzione è stabilita, da parte delle Regioni, nella sede di continuità assistenziale già presente: una unità speciale ogni 50.000 abitanti "per la gestione domiciliare dei pazienti affetti da Covid-19", che non necessitano del ricovero ospedaliero.

All'art. 1 del d.l. 34/2020, convertito dalla l. 77/2020, si è registrata, d'altra parte, l'introduzione dell'infermiere di famiglia o di comunità, inteso come professionista competente nella presa in carico delle persone nel loro ambiente familiare e di vita, "per potenziare la presa in carico sul territorio dei soggetti identificati come affetti da Covid-19" (art. 1 co.5). È stato stabilito, tra l'altro, l'affiancamento e la loro collaborazione con le USCA e i servizi offerti dalle cure primarie oltreché il rafforzamento dei servizi di assistenza domiciliare integrata (ADI) volti a incrementare le azioni terapeutiche e assistenziali a livello domiciliare (art. 1 co.4)¹⁷.

Anche i medici specialisti convenzionati ambulatoriali vengono segnalati per il rafforzamento delle USCA, al fine di migliorare la sorveglianza attiva e il monitoraggio nelle residenze sanitarie assistite (RSA) e nelle altre strutture residenziali; ad essi si associa, poi, il reclutamento di assistenti sociali "ai fini della valutazione multidimensionale dei pazienti" e nell'ottica dell'integrazione tra servizi sociali e socio-sanitari nel territorio (art.1 co.7).

Dette figure, nel disegno complessivo, hanno avuto la funzione – nella fase più critica – di operare un monitoraggio costante e un tracciamento precoce dei casi e dei contatti, finalizzato a identificazione, isolamento e trattamento.

Usca e figure di supporto sono rientrati in un programma più generale di rafforzamento strutturale della rete ospedaliera, con un aumento dei posti in terapia intensiva e di area semi-intensiva. Non si dimentichi che, nella prima fase, era stata prevista la rapida attivazione di aree sanitarie temporanee sia all'interno che all'esterno delle strutture pubbliche e private, per tutta la

¹⁷ L'art. 2 *quinquies* del d.l. 18/2020 aveva previsto deroghe (temporanee) a requisiti e limiti posti al reclutamento di nuovi medici di medicina generale, consentendo la stipulazione di convenzioni a tempo determinato anche nei confronti di medici ancora iscritti ai corsi di formazione specifica in medicina generale e ai corsi di specializzazione.

durata dello stato di emergenza, da ultimo prorogato dal d.l. 105/2021 al 31 dicembre 2021.

Non vi è dubbio che i nuovi tasselli delle cure primarie di fase pandemica potrebbero avere un ruolo di accelerazione della costituzione delle reti territoriali delineate dal citato Patto per la salute 2019-2021, con una inusuale ma promettente conversione della criticità pandemica in opportunità.

Una spia interessante, che denota la prospettiva del legislatore volta a dare attenzione alla sanità territoriale, è rintracciabile all'art. 1 co. 406 della l. 178/2020 (la Legge di Bilancio 2021) circa le procedure di accreditamento delle organizzazioni private presso il SSN, con l'obiettivo di estendere la disciplina autorizzatoria vigente all'accREDITAMENTO anche a strutture pubbliche o private che erogano esclusivamente cure domiciliari.

Il legame stretto tra *primary care* e integrazione socio-sanitaria è espresso – oltre al già citato rafforzamento dell'ADI e del monitoraggio presso le RSA – dal c.d. Progetto di assistenza individuale (PAI) che definisce i bisogni terapeutico-riabilitativi e assistenziali della persona con il coinvolgimento di tutte le componenti dell'offerta assistenziale sanitaria, socio-sanitaria e sociale del paziente e della sua famiglia. L'attività clinica è messa in capo al medico di medicina generale o al pediatra di libera scelta, nel coordinamento di recente stabilito a carico delle Centrali operative regionali, deputate al raccordo fra i servizi e con il sistema di emergenza-urgenza (così si legge all'art. 1 co. 8 del d.l. 34/2020). All'art. 1 co. 4 bis del c.d. Decreto rilancio è stata prevista proprio la sperimentazione di strutture di prossimità, per il biennio 2020-2021, in cui vengono coinvolte tutte le istituzioni presenti sul territorio, unitamente al volontariato locale e ad enti del terzo settore, ancora una volta nell'ispirazione al principio della piena integrazione socio-sanitaria, per la promozione della salute e la presa in carico delle categorie più fragili; la domiciliarità è messa al centro anche attraverso il ricorso a strumenti innovativi quali “il budget di salute individuale e di comunità”, del quale se ne conosce una formula specifica dedicata alle persone con disabilità, non autosufficienti, vulnerabili¹⁸. La predisposizione di specifici piani regionali di potenziamento dell'offerta sanitaria e socio-sanitaria territoriale è prevista anche dall'art. 29 ter del c.d. Decreto Agosto (d.l. 104/2020 convertito dalla l. 126/2020) con l'obiettivo, a carico di regioni e province autonome, di adottare piani di rior-

¹⁸ CASTAGNARO, PASQUINELLI, POZZOLI, *Il Budget di salute: dalle promesse a quale realtà?*, in *welforum.it*, 3 maggio 2021.

ganizzazione dei distretti e della rete assistenziale territoriale per l'integrazione socio-sanitaria, l'interprofessionalità e la presa in carico del paziente. Si tratta di misure che si configurano in linea con il più recente d.p.c.m. 12 gennaio 2017 di Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, nell'ottica di organizzare le modalità, le procedure e gli strumenti della valutazione multidimensionale dei bisogni.

Orbene, osservando il tenore delle misure prospettate, si possono distinguere tre categorie d'interventi: quelli basati sulle c.d. *routine istituzionali*, con risposte non innovative; quelli di carattere temporaneo e derogatorio rispetto all'assetto precedente e, infine, quelli di natura tendenzialmente strutturale¹⁹. Tra i primi si possono annoverare i provvedimenti di prevenzione e controllo del virus e lo stanziamento di risorse a ciò deputate; tra i secondi, il reclutamento di personale medico e delle professioni sanitarie nonché la riorganizzazione dei servizi ospedalieri e territoriali, consolidati anche in un secondo momento. La creazione delle Usca e il rafforzamento dei servizi territoriali mediante infermieri di comunità e assistenti sociali sono, invece, destinati a durare nel tempo; potrà, in proposito, essere opportuna una valutazione del loro operato complessivo nel rapporto fra fase critica e rientro progressivo alla normalità.

2.2. *L'esperienza della regione Emilia Romagna con le Case della salute*

La prima istituzione delle Case della salute era avvenuta con la legge Finanziaria 2007 (all'art. 1 co. 806, lett. a) e col d.m. 10 luglio 2007, a definire le linee guida d'attuazione. Secondo una recente mappatura, in cui figurano le regioni in cui, nel corso del 2020, non erano presenti Case della salute dichiarate attive si comprendevano: la Valle d'Aosta, il Trentino, la provincia autonoma di Bolzano, la Lombardia, il Friuli Venezia Giulia, l'Abruzzo, la Puglia, la Campania; gli Ospedali di comunità, d'altra parte, risultavano presenti in Piemonte, Lombardia, Veneto, Emilia Romagna, Liguria, Toscana, Marche, Abruzzo e, al sud, soltanto in Molise e Campania, con numeri variabili, rappresentati nel rapporto citato²⁰. Se ne ricava ampia disomogeneità

¹⁹ PAVOLINI, SABATINELLI, VASAN, *I servizi di welfare in Italia alla prova della pandemia. Uno sguardo di insieme*, in *Pol. Soc.*, 2021, p. 221.

²⁰ *Case della Salute ed Ospedali di comunità: i presidi delle cure intermedie. Mappatura sul territorio*

che aumenta e diventa, più specificamente, rarefazione della presenza di strutture ospedaliere di Comunità, mano a mano che si scende verso sud²¹.

L'Emilia Romagna si presenta tra le regioni più virtuose, per la realizzazione di una rete sanitaria territoriale che fa perno sulle Case della Salute (complessivamente 124 secondo il rapporto citato), volte a riunire in sé servizi sanitari, socio-sanitari e socio-assistenziali e a garantire la continuità assistenziale, secondo un approccio sistemico al paziente nonché di promozione della qualità e sicurezza delle cure²². Esse rappresentano un punto di riferimento unico per la presa in carico del bisogno, *in primis* sanitario, che riduce, secondo quanto pubblicato dal report dell'Agenzia sanitaria e sociale regionale, del 16,1% gli accessi al Pronto soccorso per cause che non richiedono un intervento urgente, con un miglioramento del dato al 25,7%, quando il medico di medicina generale opera al loro interno. Dove ci sono le Case della Salute risulta intensificata del 9,5% l'assistenza domiciliare del paziente²³. Ciò significa che, di riflesso, si abbassa l'uso inappropriato dei servizi d'emergenza e, più in generale, delle strutture ospedaliere.

È degno di nota, a tale proposito, il provvedimento della Giunta regionale n. 2128/2016 volto al “coordinamento” e “sviluppo delle comunità di professionisti e della medicina d’iniziativa”, ivi ospitati. Le Case della Salute sono espressione di un nuovo modello organizzativo dei servizi di assistenza territoriale riconducibile alla precedente delibera regionale n. 291/2010. Definite come strutture facilmente riconoscibili, idonee a garantire assistenza sanitaria, socio-sanitaria e socio-assistenziale in integrazione con i professionisti di ambito sociale, esse sono gestite dal Dipartimento di Cure primarie delle Asl.

Queste pongono al centro la “comunità” nelle sue varie forme: pazienti, *caregiver*, associazioni di pazienti e cittadini, con la distinzione di due diversi livelli di complessità assistenziale: bassa (*Spoke*), là dove viene garantito l'accesso a funzioni di accoglienza, amministrative, di valutazione del bisogno, di assistenza del medico di medicina generale o del pediatra di libera scelta,

e normativa nazionale e regionale, in Documentazione e ricerche Servizio studi della Camera dei Deputati, n.144, 1 marzo 2021.

²¹ FASSARI, *Assistenza territoriale al palo. La storia incompiuta delle Case della Salute*, in *Quotidianosanità.it*, 3 marzo 2021.

²² O'DELL, *What is a patient centered medical home?*, in *Mo Med*, 2016, 301-304; PAGLIA, *Dalla crisi della pandemia ad un nuovo modello di assistenza*, in *RPS*, 2021, p. 49.

²³ Cfr. *Valutazione di impatto delle Case della Salute su indicatori di cura*, Agenzia regionale e sanitaria dell'Emilia Romagna, Dossier 269/2020.

di assistenza infermieristica, ostetrica e di assistenza sociale; medio-alta (*Hub*), con un *range* più ampio di funzioni che comprendono anche strutture residenziali o semi-residenziali. Presso la sede della Casa della Salute può essere presente l'Ospedale di Comunità, a supporto dell'integrazione ospedale-territorio e della continuità delle cure; in esso si conta un numero limitato di posti letto (15-20), gestito da personale infermieristico e l'assistenza medica assicurata da medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, medici dipendenti del SSN²⁴. Secondo il decreto ministeriale n.70/2015, la finalità generale dell'Ospedale di comunità è di prendere in carico persone che necessitano di interventi sanitari potenzialmente erogabili a domicilio ma ricoverate in queste strutture, in mancanza di idoneità del domicilio nei casi in cui la degenza media è di 15/20 giorni.

Per richiamare, a titolo esemplificativo, l'azienda sanitaria di Ferrara si può osservare che le Case della Salute sono, ad oggi, nove (Bondeno-Pieve di Cento, Casa Circondariale, Codigoro, Comacchio, Copparo, Ferrara Cittadella san Rocco-Pontelagoscuro, Portomaggiore-Ostellato) mentre sono due gli Ospedali di Comunità (Comacchio, Copparo).

Si può notare, inoltre, che le nuove articolazioni di fase pandemica si innestano in un mosaico territoriale che in Emilia Romagna è già, in parte, delineato; il rapporto sulle Usca pubblicato il 4 maggio 2020, relativo alla regione, pone in evidenza che nell'emergenza sanitaria sono state attivate 81 Unità sanitarie di continuità assistenziale²⁵, collocando la regione ai primi posti sul piano nazionale²⁶ con una gestione, nel complesso, positiva nonostante il difficile passaggio dalla situazione di elevato rischio epidemiologico al consolidarsi del rallentamento del contagio²⁷.

²⁴ Si vedano le delibere della giunta regionale 284/2013 e 221/2015, precedenti al Decreto ministeriale n. 70/2015, Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera.

²⁵ Il valore è, così, ripartito: 6 a Piacenza, 7 a Parma, 29 a Reggio Emilia, 12 a Modena, 5 a Bologna, 3 a Imola, 4 a Ravenna, 5 a Ferrara, 2 a Forlì, 2 a Cesena, 6 a Rimini.

²⁶ La Corte dei Conti aveva segnalato, con riguardo alla diffusione delle Usca, "un andamento inferiore alle attese e con forze differenze territoriali" a causa della volontarietà dell'adesione da parte dei medici di medicina generale e per le difficoltà di disporre di strumentazioni sanitarie, v. Corte dei conti, *Memoria sul bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*, novembre 2020, p. 30.

²⁷ VISCONTI, *L'approccio regionale di contrasto all'emergenza sanitaria nazionale. Il caso dell'Emilia Romagna*, in *Le Regioni*, 2020, p. 882 ss. Più in generale: CASULA, TERLIZZI, TOTH, *I servizi sanitari regionali alla prova del Covid-19*, in *RIPP*, 2020, p. 307 ss.

3. La Missione “Salute” del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)

La missione n. 6 del PNRR prevede uno stanziamento di risorse di 7 miliardi di euro (nell’ambito di un finanziamento totale di 15,63 miliardi) dedicati proprio ai temi in analisi in questo contributo, ossia alle “reti di prossimità, strutture e telemedicina per l’assistenza sanitaria territoriale”. Tra gli obiettivi chiaramente espressi c’è quello dell’allineamento dei servizi ai bisogni di cura dei pazienti in ogni area del Paese. Gli interventi nell’ambito di questa missione “intendono rafforzare le prestazioni erogate sul territorio grazie al potenziamento e alla creazione di strutture e presidi territoriali” identificati nelle “Case della Comunità” e negli “Ospedali di Comunità”, oltreché rafforzare l’assistenza domiciliare, la telemedicina e l’integrazione tra tutti i servizi socio-sanitari.

Il nuovo assetto della continuità assistenziale sarebbe tutt’altro che ospedalocentrico ma basato sulle Case della Comunità, come primo luogo di cura e di telemedicina, nonché punto di riferimento continuativo per la popolazione. In esse è previsto il punto unico di accesso per le valutazioni multidimensionali relative alla eventuale fruizione di servizi socio-sanitari e per i servizi dedicati alla tutela della donna, del bambino e dei nuclei familiari; ospitando, anche, servizi sociali o assistenziali puri, rivolti alle persone anziane e fragili. La presenza degli assistenti sociali – così come nella disciplina emergenziale – è volta a conseguire una maggiore integrazione con la componente sanitaria assistenziale.

Oltre a questo una novità interessante – che si innesta nella conformazione distrettuale – è data dalla creazione di Centrali operative territoriali con la funzione di coordinare i servizi domiciliari con gli altri servizi sanitari, assicurando l’interfaccia con gli ospedali e la rete di urgenza-emergenza.

Gli Ospedali di Comunità sono parte del programma di potenziamento dell’assistenza intermedia a livello territoriale, con l’obiettivo anche di facilitare la transizione dei pazienti dalle strutture ospedaliere per acuti al proprio domicilio, nell’ottica di consentire alle famiglie di adeguare l’ambiente domestico alle esigenze di cura dei pazienti.

L’obiettivo dell’investimento è di attivare 1288 Case della Comunità su tutto il territorio nazionale, entro il 2026, utilizzando sia strutture già esistenti che nuove.

Il pieno funzionamento di un sistema informativo in grado di rilevare i dati clinici dei pazienti al fine di erogare cure domiciliari è l’altro fonda-

mentale tassello della missione salute, attraverso il miglior uso delle possibilità offerte dalle nuove tecnologie: la telemedicina, la domotica, la digitalizzazione. Il fulcro del progetto è da individuare nella gestione e nel monitoraggio da remoto dei pazienti, nell’ottica di garantire una sempre migliore esperienza di cura per gli assistiti. La vicinanza all’*habitat* di vita del paziente – territoriale e mediante gli strumenti della tecnologia – accentua, tra l’altro, la dimensione proattiva dell’intervento di cura²⁸.

Nella bontà di questo modello di *welfare* sanitario che valorizza concettualmente la comunità e l’esperienza delle Case della Salute già avviata in alcune regioni italiane, i nodi critici principali attengono al personale che in esse vi opererà.

Occorrerà, infatti, capire se vi sarà adesione massiccia al progetto da parte dei medici di medicina generale, se vi saranno nuove assunzioni di personale delle varie professionalità²⁹ ovvero se la loro provenienza deriverà, soltanto, dalla riorganizzazione sanitaria, senza nuovi oneri³⁰.

C’è da notare, peraltro, che il *welfare* locale “è molto di più di un canale di finanziamento” e, per servizi sociali e socio-sanitari, occorre una vera visione organica, con nuove ed efficaci risposte in termini di *governance* e programmazione territoriale, senza ignorare la cornice della legge quadro 328/2000, non menzionata dal PNRR³¹. Per persone anziane, fragili, non autosufficienti contare su un punto di riferimento unico di assistenza, quale la Casa della Comunità, può rappresentare senza dubbio un passo in avanti ma ciò che conta è la effettività della realizzazione di dette enunciazioni, essendo fondamentale evitare che i cambiamenti promessi restino soltanto sulla carta.

²⁸ LONGO, SALVATORE, TASSELLI, MELE, MONCHIERO, PINELLI, *Il governo dei servizi territoriali: budget e valutazione dell’integrazione. Modelli teorici ed evidenze empiriche*, Egea, 2012, p. 34.

²⁹ Tra i problemi rilevanti che presenta il SSN uno riguarda “la programmazione del fabbisogno futuro di personale” nel senso che “il SSN non è in grado di assumere il personale di cui avrebbe bisogno” con numeri bassi di “disponibilità sul mercato”, cfr. DIRINDI, CECCONI, *Il welfare che vogliamo: priorità all’assistenza socio-sanitaria territoriale, opportunità e rischi del Recovery Plan*, in *RPS*, 2020, p. 208, 209; D’ONGHIA, *La centralità della pianificazione dei fabbisogni e del sistema di reclutamento per una pubblica amministrazione efficiente*, in *VTDL*, 2020, p. 76 ss.

³⁰ PESARESI, *Le case della comunità: cosa prevede il PNRR. Qualche criticità significativa*, in *welforum.it*, 25 maggio 2021; TURATI, *Sanità: dopo le risorse serve un piano*, in *lavoce.info*, 5 novembre 2021.

³¹ CIARINI, MARIANO, *Investimenti sociali e Next Generation Eu in Italia*, in *RPS*, 2020, p. 231.

4. *La rete territoriale come garanzia di universalismo*

Il disallineamento tra *welfare* e territorio, persone e società negli ultimi anni è stato definito “enorme”, soprattutto per lo scostamento tra enunciazioni e realizzazioni³².

La ricostruzione del *welfare* sanitario territoriale che ho avuto modo di fare nelle pagine precedenti si muove, dinamicamente, entro la legislazione che ha interessato il SSN negli ultimi decenni; un apparato regolativo che ha espresso ed esprime tutta la permeabilità ai mutamenti sociali intercorsi negli anni e, oggi, al fattore di contesto più significativo, ossia la pandemia da Sars-Cov2.

Ciò che s'intravede è il modello futuro della tutela sanitaria e socio-sanitaria che non può prescindere dall'assetto territoriale-reticolare: esso stesso strumento di garanzia dell'universalismo; quest'ultimo è da intendere come sviluppo del principio personalista su cui si basa la nostra Costituzione.

Come noto, si parla di copertura sanitaria universalistica con riferimento alla condizione generalizzata di godere della copertura assicurativa delle cure sanitarie ritenute essenziali³³. Tralasciando le questioni più specifiche attinenti alla effettiva diffusione dell'assicurazione sanitaria e della generosità del pacchetto assicurativo, ciò che importa sottolineare è la relazione di facilitazione dell'accesso alle cure sanitarie che esiste tra presidi di continuità assistenziale e tutti i possibili beneficiari dislocati sia negli spazi urbani che extra-urbani. Si scorge, allora, che l'individualizzazione, cioè il riconoscimento della singolarità individuale di un destinatario di intervento di cura, si inserisce nella pianificazione della “universalizzazione delle prestazioni (intese come interventi capillari dello Stato)”³⁴, avvicinando soggetti di cura e comunità.

Se l'universalismo della cura sanitaria è l'approdo desiderabile quanto più possibile in termini di effettività, l'approfondimento e la sempre migliore attuazione di integrazione territoriale e socio-sanitaria, da intendersi congiuntamente, si rivelano essere strada maestra e percorso privilegiato. Pare

³² *Welfare futuro. Scenari e strategie*, a cura di LONGO, Egea, 2016. Nel volume viene illustrato il metodo degli “scenari”.

³³ TOTH, *L'universalismo sanitario sulla carta e nella realtà*, in *PS*, 2016, p. 421.

³⁴ LOVERDE, *Personalizzazione dell'intervento e universalismo delle prestazioni: una declinazione agency - struttura nella riflessione sul welfare state di Achille Ardigò*, in *ALSS*, 2021, p. 96.

d'interesse, allora, notare che, sul piano nazionale, sono dodici le regioni in cui gli assessorati alla salute e ai servizi sociali sono unificati e nove, invece, dove sono separati; il dato non deve passare sotto traccia perché potrebbe essere indicativo di una tendenza, da apprezzare, nel senso della integrazione³⁵, proprio a partire dall'essenzialità della funzione programmatrice comune. La pianificazione regionale dovrebbe tenere conto, invero, dell'esigenza di fare funzionare in maniera integrata e coordinata i servizi che attengono a sanità e all'area vasta del sociale³⁶.

Le Case della Comunità – realizzando, nella configurazione prospettata, una “comunitarizzazione logistica di spazi, risorse umane, tecnologia”³⁷ – potrebbero dare un notevole impulso al raggiungimento degli obiettivi suddetti. La sfida principale sarà evitare il divario al ribasso attraverso l'estrema differenziazione delle risposte regionali.

Il nodo delle disuguaglianze territoriali era stato affrontato, quanto ai servizi sociali, dalla legge quadro 328/2000 che aveva introdotto, a sostegno, alcuni “dispositivi chiave” quali livelli essenziali, fondo nazionale politiche sociali, programmazione zonale³⁸.

Per l'ambito sanitario, il differenziale nella quantità e qualità dei servizi resi dalle singole Regioni è attestato da appositi indicatori³⁹: vi incidono, senza dubbio, le diverse capacità di programmazione, gestionali e organizzative tra le regioni ma anche di resistenza alle possibili pressioni della criminalità organizzata. L'affresco che si ottiene è di un pesante divario geografico del quale, nell'ottica di attuazione del PNRR, si dovrà tenere conto anche con apposite iniziative di monitoraggio.

In conclusione, si può affermare che i servizi sanitari territoriali – qua-

³⁵ Quanto alle denominazioni, si fa menzione, a titolo esemplificativo: dell'Assessorato alla Sanità, salute e politiche sociali (Valle d'Aosta), di quello alla Sanità, servizi sociali, alla Programmazione socio sanitaria (Veneto), all'Igiene, sanità, assistenza sociale (Sardegna). In Emilia Romagna la delega per le Politiche per la salute resta divisa da quella per il Welfare così come in Toscana dove quella al Diritto alla salute e sanità è distinta da quella alle Politiche sociali. La separazione permane, altresì, in Piemonte, Lazio, Puglia, Abruzzo, Campania, Calabria e Sicilia.

³⁶ PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, 2020, p. 222.

³⁷ GENTILI, LEGA, *Integrazioni istituzionali e reti tra aziende sanitarie. Evidenze, problemi, soluzioni*.

³⁸ ARLOTTI, SABATINELLI, *Una geografia della cittadinanza sociale? Lo sviluppo territoriale dei servizi sociali a vent'anni dalla legge quadro 328/00*, in *PS*, 2020, p. 358.

³⁹ Il riferimento è al “saldo sulla mobilità” (indice della disponibilità di servizi di buona qualità), “il risultato di esercizio” (attinente agli equilibri finanziari del servizio regionale), “il punteggio LEA” (volto a misurare l'adeguatezza dei servizi).

lora uniformemente garantiti – sono decisivi e idonei ad aumentare il tasso di raggiungimento dei destinatari, in termini di universalismo; non solo, le implicazioni del corretto funzionamento di questa prima linea della tutela della salute sono notevoli anche e proprio per l'interesse lavoristico di abbassamento dei carichi di lavoro del personale ospedaliero.

Abstract

Il saggio, a partire dall'enunciazione di alcune delle criticità relative alle risorse umane della cura sanitaria, concentra principalmente l'attenzione sulla ricostruzione della *primary care*, sulle sue difficoltà e potenzialità di sviluppo, alla luce del PNRR. Il corretto funzionamento della prima linea della tutela della salute è ritenuto decisivo, non solo nell'ottica dell'estensione della tutela sociale ma anche per le ricadute di riduzione del carico di lavoro dei lavoratori della cura sanitaria ospedaliera.

The essay, starting from the enunciation of some of the critical issues relating to human resources in health care, mainly focuses attention on the reconstruction of primary care, on its difficulties and potential for development, in the light of the PNRR. The correct functioning of the first line of health protection is considered decisive, not only in view of the extension of social protection but also for the impact of reducing the workload of hospital health care workers.

Keywords

Assistenza sanitaria, cure primarie, organizzazione del sistema sanitario, lavoro, operatori sanitari.

Healthcare, Primary care, Organization of the health system, work, health care workers.

Silvia Borelli

Il sistema *low-cost* di assistenza di lunga durata

Sommario: **1.** Dal welfare familiare al welfare *fai-da-te*. **2.** Il lavoro domestico come soluzione *fai-da-te* ai bisogni di cura. **3.** I servizi di assistenza per gli anziani: il contesto nazionale. **3.1.** I servizi di assistenza per gli anziani: gli enormi divari territoriali. **3.2.** Il sistema a “tre A”: Autorizzazione, Accreditamento, Accordo contrattuale. **3.3.** I requisiti minimi per l’esercizio di servizi di assistenza per gli anziani. **4.** Cronaca di un disastro annunciato: l’impatto del COVID-19 sul sistema di assistenza per gli anziani. **5.** Il gattopardismo del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

1. *Dal welfare familiare al welfare fai-da-te*

Per comprendere il modo in cui vengono forniti i servizi di assistenza di lunga durata e perché, in tale settore, le condizioni di lavoro sono difficili e sono diffusi fenomeni di illegalità è necessario chiarire alcune caratteristiche del nostro sistema di welfare che incidono profondamente sul tema dell’indagine.

Il welfare italiano si caratterizza per il forte carico di cura in capo alle famiglie. Il c.d. familismo ha origini risalenti: fin dalla fine dell’Ottocento la famiglia è stata considerata “il luogo privilegiato e ultimo per la soddisfazione dei bisogni dei propri componenti, riconoscendo per lo Stato solo una funzione sussidiaria, relegata, cioè, ai casi in cui la famiglia estesa ‘falliva’ nell’assolvere il proprio ruolo di ammortizzatore sociale”¹.

Tale situazione era stata dettagliatamente messa in luce nel documento conclusivo dell’*Indagine conoscitiva sulle condizioni sociali delle famiglie in Italia* vo-

¹ D’ONGHIA, *Dall’assistenza sociale a un nuovo modello di politiche sociali. Mutamenti e sfide del sistema italiano*, in *VTDL*, 2019, p. 357.

luta nel 2007 dalla Commissione Affari sociali della Camera, in cui si segnalava il “peso di funzioni di protezione sociale e di cura dei propri componenti” cui sono tenute molte famiglie per supplire “alle fragilità ed ai limiti del sistema di welfare”². Il rapporto della c.d. Commissione Onofri sottolineava anche come, “il persistente ruolo di compensazione svolto dalla famiglia entra sovente in contraddizione con i percorsi di libertà delle donne, traducendosi in pesante carico di lavoro e di fatica”³. Sono infatti soprattutto le donne a garantire ai propri familiari la necessaria assistenza. Non è un caso dunque che l’incremento della domanda del lavoro di cura (*paid care work*) abbia coinciso con l’ingresso delle donne nel mercato del lavoro remunerato (*paid work*)⁴.

A fronte dell’invecchiamento della popolazione, le esigenze di cura riguardano soprattutto gli anziani. Il nostro paese, al pari di molti altri in Europa, si trova ad affrontare due sfide: da un lato, l’invecchiamento della popolazione richiede un maggiore investimento in *long-term care*; dall’altro, il crescente tasso di occupazione femminile e il mutamento delle strutture familiari diminuiscono la disponibilità di lavoro di cura informale, tradizionalmente svolto dalle donne, all’interno della famiglia, e aumenta il numero di anziani che vivono soli, in abitazioni spesso inadatte a ospitare persone non autosufficienti⁵. Sulla disponibilità del lavoro di cura informale incidono anche il basso tasso di natalità⁶ e la crescente emigrazione di giovani che, a fronte delle disastrose condizioni del mercato del lavoro interno, cercano all’estero una migliore occupazione⁷.

L’ammontare dei trattamenti pensionistici, che in numerosi casi ha permesso di pagare l’assistenza privata, è poi destinato a diminuire, a causa di

² COMMISSIONE AFFARI SOCIALI DELLA CAMERA, *Indagine conoscitiva sulle condizioni sociali delle famiglie in Italia*, 2007, p. 42.

³ COMMISSIONE AFFARI SOCIALI DELLA CAMERA, *op. cit.*, p. 42.

⁴ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Care work and Care jobs for the future of decent work*, Ginevra, 2018, p. xxviii.

⁵ FALASCA, *Domiciliarità e residenzialità per l’invecchiamento attivo*, Auser, 2017, p. 22; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *op. cit.*, p. xxviii; BOUGET, FRAZER, MARLIER, SABATO, VANHERCKE, *Social Investment in Europe. A study of national policies*, Bruxelles, 2015, p. 31.

⁶ Nel 2019, il tasso di fecondità ha raggiunto il minimo storico dall’unità d’Italia in poi (1,29 figli per donna), ed è stato il più basso d’Europa (http://dati.istat.it/Index.aspx?Data_Set-Code=DCIS_FECONDITA1). A causa del basso tasso di fertilità e dei tanti giovani che lasciano il paese, da cinque anni l’Italia segna un bilancio demografico negativo.

⁷ Dal 2010 al 2017 il saldo migratorio (arrivi-partenze) è pari, in Italia, a - 400.000 unità (OSSERVATORIO NAZIONALE DOMINA SUL LAVORO DOMESTICO, 1° *Rapporto annuale sul lavoro domestico. Analisi, statistiche, trend nazionali e locali*, 2019, p. 30).

molteplici fattori, quali la precarizzazione dell'impiego, l'ingresso tardivo nel mercato del lavoro, la riforma del sistema di calcolo dei trattamenti pensionistici. Nel prossimo futuro aumenterà dunque non solo il numero di anziani, ma soprattutto il numero di anziani poveri. E aumenterà il numero di anziani affetti da malattie legate alla senilità e il numero di anziani soli⁸.

Il nostro welfare si caratterizza anche per la prevalenza dei trasferimenti monetari rispetto ai servizi alla persona, circostanza che ha favorito la privatizzazione dell'attività di cura, senza necessariamente garantire la regolarità dei rapporti di lavoro⁹. Ciò è stato osservato, in particolare, per l'indennità di accompagnamento, il principale trattamento economico a favore dei soggetti non-autosufficienti. Allo stato attuale, tale indennità è divenuta lo strumento mediante cui le persone non-autosufficienti possono acquistare e pagare il lavoro di cura, fornito a domicilio, spesso da donne straniere (le c.d. badanti). E non è un caso se, nel nostro paese, si è mantenuta la "convenienza" del lavoro domestico, arrivando spesso a chiudere un occhio sui fenomeni di diffusa irregolarità ivi presenti¹⁰. Come vedremo (par. 2), la possibilità di impiegare lavoratrici migranti a basso costo è ritenuta la risposta politicamente più opportuna al problema dell'invecchiamento della popolazione, ai tempi della contrazione della spesa pubblica.

Quest'ultimo aspetto caratterizza, da moti anni, il nostro welfare ed è divenuto un'esigenza impellente a seguito della crisi economico-finanziaria del 2008. Dal 2007 al 2013 i fondi statali per sostenere le politiche sociali sono stati progressivamente ridotti¹¹. Ciò ha costretto le Regioni e i soprat-

⁸ ISTAT, *Le condizioni di salute della popolazione anziana in Italia. Anno 2019*, in <https://www.istat.it/it/files/2021/07/Report-anziani-2019.pdf>.

⁹ JESSOULA, PAVOLINI, RAITANO, NATILI, ESPN, *Thematic Report on Financing social protection. Italy*, Bruxelles, 2019, p. 9; RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Le tendenze di medio-lungo periodo del sistema pensionistico e socio sanitario*, 2016; CERLINI, VENTURA, *Il sostegno alla domanda di servizi alla persona e alla famiglia*, in MAINO, FERRERA (a cura di), *Secondo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino, 2015, p. 145; ASCOLI, SICORA, *Servizio sociale e welfare in Italia: la necessità di una nuova «grammatica» per le politiche pubbliche. Nota introduttiva*, in RPS, 2017, 1, p. 9.

¹⁰ DA ROIT, LE BIHAN, *Cash for long-term care: Policy debates, visions, and designs on the move*, in SPA, 2019, p. 533; LE BIHAN DA ROIT, SOPADZHIYAN, *The turn to optional familialism through the market: Long-term care, cash-for-care, and caregiving policies in Europe*, in SPA, 2019, p. 591; DA ROIT, *Quarant'anni di politiche di long-term care in Italia e in Europa*, in ALSS, 2017, 3, p. 600; BATTISTI, *Le politiche di cura per gli anziani*, in PS, 2019, n. 6, p. 20.

¹¹ Il dettaglio dei tagli è riportato da CONCLAVE, *Tagli alle politiche sociali e linee guida discutibili*, 2015, in <http://www.nuovi-lavori.it/index.php/sezioni/607-tagli-alle-politiche-sociali-e-linee-guida-discutibili>.

tutto Comuni ad aumentare, se e per quanto possibile, la spesa sociale a loro carico¹².

Come rilevato dalla stessa Commissione europea che, nell'ambito della *governance* economica controlla minuziosamente i costi connessi all'invecchiamento della popolazione¹³, i servizi di cura alla persona sono “fortemente dipendenti dal finanziamento pubblico”, che dovrebbe garantirne “la parità di accesso, indipendentemente dal patrimonio o dal reddito”¹⁴. Nel *Terzo rapporto biennale sui servizi sociali di interesse generale* (SWD(2013)40), la Commissione ha rilevato che le misure di austerità dirette a ridurre la spesa pubblica hanno inciso negativamente sulla disponibilità di servizi pubblici di cura, sulle condizioni per accedere a tali servizi e sulla qualità degli stessi.

La riduzione dei servizi pubblici sviluppa il c.d. *Do It Yourself (DIY) welfare* in cui ogni persona è tenuta a trovare, nel mercato privato, una soluzione al proprio bisogno. Nel *DIY welfare*, “la minore copertura del welfare pubblico si materializza nella crescente esposizione delle famiglie nell'acquisto sui mercati privati di prestazioni sociali in precedenza garantiti proprio dal settore pubblico”¹⁵; in questo contesto, “le famiglie più fragili e con redditi bassi cercano di spuntare prezzi più abbordabili per prestazioni sociali”, anche ricorrendo al lavoro ‘nero’ o ‘grigio’¹⁶. Si determina così quello che è stato definito il “paradosso del welfare” italiano: la traslazione di responsabilità e di costi verso le famiglie amplifica le disuguaglianze tra chi può permettersi di acquistare servizi di cura di qualità e chi deve trovare soluzioni *low-cost* ai propri bisogni.

Il *DIY welfare* è stato incentivato anche dalla diffusione dei trattamenti monetari. I c.d. *cash-for-care-schemes* sono spesso lodati in quanto permettono

¹² LODI RIZZINI, *I Comuni: le risposte dei territori alla crisi*, in MAINO, FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino, 2013, pp. 181 e 184.

¹³ COMM. UE, *The 2021 Ageing Report. Economic & Budgetary Projections for the EU Member States (2019-2070)*, https://ec.europa.eu/info/publications/2021-ageing-report-economic-and-budgetary-projections-eu-member-states-2019-2070_en.

¹⁴ COMM. UE, *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, COM(2007)725, p. 8.

¹⁵ CENSIS, FONDAZIONE ISMU (a cura di), *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*, 2013, p. 1.

¹⁶ CENSIS, *Gli scenari del Welfare*, 2015, p. 4; ROGALEWSKI, FLOREK, *The future of live-in care work in Europe*, Final report on the EESC country visits to follow up on the SOC/535 opinion on “The rights of live-in care workers”, 2019, p. 12.

alla persona bisognosa di scegliere tra una maggiore offerta di servizi¹⁷. D'altro canto, la libertà di scelta dei servizi da parte della persona bisognosa è stato uno degli argomenti che ha giustificato lo sviluppo del mercato privato dei servizi alla persona, mediante l'accREDITAMENTO liberalizzato promosso da molte Regioni (v. par. 3)¹⁸.

2. Il lavoro domestico come soluzione *fai-da-te* ai bisogni di cura

Nel nostro paese, il *DIY welfare* si è materializzato soprattutto nella diffusione delle badanti. Con il termine 'badanti' si indicano le persone che assistono gli anziani presso il loro domicilio. Si tratta quasi sempre di donne, spesso immigrate, che convivono con l'anziano e svolgono tutte le attività necessarie per la cura della sua persona e della sua abitazione¹⁹. Non essendo richiesta alcuna qualifica per "badare" gli anziani, questa attività risulta facilmente accessibile a chiunque.

Raffaella Sarti ha messo in luce come il termine "badanti" denoti il cambiamento del modo in cui viene inteso e svolto il lavoro domestico. La parola "badanti" diventa di uso corrente per indicare le persone (quasi sempre immigrate) che si occupano di anziani presso il loro domicilio, durante la sanatoria del 2002²⁰. L'utilizzo del termine "badanti" indica dunque una trasformazione del lavoro domestico: esso non è più lo strumento che "permetteva alle donne di ceto medio e alto di mantenere il proprio status", ma diviene la soluzione *fai-da-te* impiegata anche da famiglie di ceto sociale medio o basso per accudire persone anziane²¹.

¹⁷ ZIGANTE, *Informal care in Europe. Exploring Formalisation, Availability and Quality*, Lussemburgo, 2018, pp. 8 e 24.

¹⁸ A parere dell'ANAC (*Linee guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali"*, p. 10), "le amministrazioni dovrebbero garantire una gamma di servizi sociali sufficientemente ampia, tale da permettere che i beneficiari dei servizi trovino una risposta adeguata alle loro necessità e abbiano, quando possibile, la possibilità di scelta tra diversi servizi in ragione, ad esempio, della località di erogazione o della modalità di organizzazione del servizio".

¹⁹ DE SIMONE, *I lavoratori domestici come attori della conciliazione*, in BALLESTRERO, DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, 2009, p. 61.

²⁰ SARTI, *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, in SARTI (a cura di), *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, Ediesse, 2010, p. 107.

²¹ SARTI, «Badante»: una nuova professione? Luci e ombre di una trasformazione in atto, in MA-

Per le ragioni che sono state altrove evidenziate²², l'assistenza domiciliare degli anziani ha un costo, di regola, inferiore a quello delle cure residenziali. Dato che le badanti sono spesso donne immigrate, vi è chi ha parlato di transizione da un "family model of care" a un "migrant in the family model of care"²³. L'impiego delle donne migranti partecipa alla strategia diretta a contenere il costo del lavoro di cura²⁴: essendo più vulnerabili, in quanto bisognose di un impiego e soggette al ricatto del rinnovo del permesso di soggiorno, il potere contrattuale delle straniere è, di regola, inesistente²⁵. Occorre tuttavia precisare che, nei casi di estremo bisogno dell'anziano, si verificano talora *lose-lose situation* in cui entrambe le parti sono costrette ad accettare i ricatti della controparte.

3. I servizi di assistenza per gli anziani: il contesto nazionale

Nel nostro paese, i servizi di cura per gli anziani si distinguono tra servizi erogati in strutture residenziali e servizi di assistenza domiciliare, a loro volta suddivisi "in due aree di intervento, quella socio-assistenziale pura²⁶ (che riguarda l'assistenza allo svolgimento delle attività della vita quotidiana, di competenza di Regioni e Comuni) e quella socio-sanitaria²⁷ (che include prestazioni sanitarie, quali servizi medici, infermieristici, o di fisioterapia, e coinvolge il SSN)"²⁸.

IONI, ZUCCA (a cura di), *Viaggio nel lavoro di cura. Chi sono, cosa fanno e come vivono le badanti che lavorano nelle famiglie italiane*, Ediesse, 2016, p. 201.

²² BORELLI, *Le diverse forme dello sfruttamento nel lavoro domestico di cura*, in *LD*, 2021, p. 281.

²³ FARRIS, MARCHETTI, *From the Commodification to the Corporatization of Care: European Perspectives and Debates*, in *SP*, 2017, vol. 24, p. 121.

²⁴ FUDGE, *Feminist Reflections on the Scope of Labour Law: Domestic Work, Social Reproduction, and Jurisdiction*, in *FLS*, 2014, vol. 22(1), p. 7.

²⁵ BORELLI, *op. cit.*, p. 291 e, più in generale, CHIAROMONTE, FERRARA, RANIERI, *Migranti e lavoro*, il Mulino, 2020.

²⁶ Servizi di assistenza domiciliare (SAD).

²⁷ Assistenza domiciliare integrata (ADI) (dpcm 29.11.2001). "L'ADI è un servizio compreso nei Livelli essenziali di assistenza (LEA) e, come tale, dovrebbe essere garantito dal Servizio sanitario nazionale (SSN) su tutto il territorio nazionale alle persone con bisogni sanitari elevati" (BARBABELLA, POLI, CHIATTI, PELLICCIA, PESARESI, *La bussola di NNA: lo stato dell'arte basato sui dati*, in NETWORK NON AUTOSUFFICIENZA, *L'assistenza agli anziani non autosufficienti in Italia. 6° Rapporto 2017/2018. Il tempo delle risposte*, 2017, p. 37).

²⁸ MARTINELLI, *I divari Nord-Sud nei servizi sociali in Italia. Un regime di cittadinanza differenziato e un freno allo sviluppo del Paese*, in *ReM*, 2019, n. 1, p. 61.

Nel 2012, l'indice di presa in carico a livello nazionale per l'Assistenza domiciliare integrata (ADI) era pari a 0,6 per ogni 1000 abitanti, mentre per la Servizi di assistenza domiciliare (SAD) era pari a 1,3. Pertanto, né l'ADI né la SAD sono opzioni reali per la cura degli anziani.

Quanto alla SAD, si è rilevato che i criteri d'accesso sono così specifici e stringenti, l'iter d'accesso è così complesso e le quote di partecipazione sono così elevate, che i richiedenti e le persone prese in carico sono soprattutto "i casi 'sociali', inseriti d'emergenza dai Servizi in mancanza o in attesa di altre soluzioni", oppure "anziani soli e/o a basso reddito o indigenti"²⁹. In sostanza, rimane a carico dell'ente pubblico solo l'assistenza domiciliare dei casi più complessi, che non possono trovare alcuna soluzione nel mercato dei servizi privati.

In merito all'ADI si è notato che il numero di accessi mediamente erogato è insufficiente a garantire un'adeguata intensità assistenziale; per questo, i non autosufficienti sono costretti spesso a trovare una soluzione alternativa (di regola, la badante)³⁰.

Le strutture residenziali che garantiscono un'ospitalità assistita con pernottamento si distinguono tra Residenze sanitarie assistenziali (RSA) e Residenze assistenziali (RA). Nel 2013, il numero di posti letto per ogni 1000 abitanti era pari, nelle prime, a 4,7 e, nelle seconde, a 1,6³¹.

Le RSA sono destinate a persone non autosufficienti, non assistibili a domicilio³². Le RA invece dovrebbero essere destinate ad anziani totalmente o parzialmente autosufficienti, non bisognosi di assistenza sanitaria specifica. Di fatto, anche le persone ospitate nelle RA sono spesso gravemente non autosufficienti. Infatti, a causa dell'elevato importo delle quote sociali (i.e. la retta a carico delle famiglie), ci si rivolge a una residenza solo quando non conviene o non è più possibile tenere l'anziano a casa con una badante³³.

²⁹ TIDOLI, *La domiciliarità*, in NETWORK NON AUTOSUFFICIENZA, *L'assistenza agli anziani non autosufficienti in Italia. 6° Rapporto 2017/2018. Il tempo delle risposte*, 2017, p. 83.

³⁰ TIDOLI, *op. cit.*, p. 86.

³¹ MONTEMURRO, PETRELLA, *Le politiche per gli anziani non autosufficienti nelle regioni italiane*, a cura dell'Ires Morosini, 2016, p. 35 e ss.

³² Le RSA sono "presidi che offrono a soggetti non autosufficienti, anziani e non, con esiti di patologie, fisiche, psichiche, sensoriali o miste, non curabili a domicilio, un livello medio di assistenza medica, infermieristica e riabilitativa, accompagnata da un livello alto di assistenza tutelare e alberghiera" (d.P.R. 14.1.1997). Come l'ADI, le RSA rientrano tra i Livelli essenziali di assistenza che sono garantiti dal Servizio sanitario nazionale.

³³ MONTEMURRO, PETRELLA, *op. cit.*, p. 10.

Altro dato importante è che, nel 2013, solo il 23,5% delle RSA e RA era gestita da enti pubblici, mentre il 75,1% era gestito da privati, tra cui cooperative (17,9%), società private (16,1%), fondazioni (15,2%), enti ecclesiastici (13,7%)³⁴.

Si registrano dunque, per i servizi residenziali, una contrazione dell'offerta pubblica (a gestione diretta o indiretta) e notevoli divari territoriali³⁵. Il dato è particolarmente allarmante perché l'offerta di servizi residenziali nel nostro paese è molto più bassa rispetto alla media europea³⁶. La percentuale di servizi a domicilio in relazione al numero di persone bisognose è invece in linea con il dato europeo. Tuttavia, per contenere il costo dell'assistenza domiciliare si registra una riduzione del numero delle ore dedicate a ciascun utente³⁷.

La privatizzazione dei servizi per la cura degli anziani è un trend diffuso in tutta Europa e connesso spesso all'esigenza di contenere la spesa pubblica. Come rilevato da EUROFOUND, "as private provision increases, costs to users are likely to become a more significant issue unless there is an increase in public benefits to subsidise funding"³⁸. Di conseguenza, per essere competitivi, i gestori privati hanno bisogno di ridurre il costo del servizio. Non è un caso, dunque, che nelle strutture pubbliche il rapporto tra il personale e il numero di ospiti sia più elevato³⁹. Nel nostro paese, si è poi rilevato che, tra il 2009 e il 2013, il personale dipendente all'interno delle RSA e RA è diminuito del 4,1%, mentre il personale volontario è aumentato del 28,2%⁴⁰.

³⁴ FALASCA, *op. cit.*, p. 27.

³⁵ Nel Nord si concentra il 66% dei posti letti in RSA e RA, a fronte del 15,1% al Centro e del 18,8% al Sud (FALASCA, *op. cit.*, p. 24 e 81). Per i dati relativi all'ADI e alla SAD v. FALASCA, *op. cit.*, p. 74 e ss.

³⁶ Nel 2015, la media italiana di posti-letto era leggermente al di sotto di 2 ogni 100 ultra 65enni, a fronte di una media europea pari a 5 posti-letto ogni 100 ultra65enni. L'offerta di posti-letto nelle Regioni del Sud Italia è circa pari alla metà di quella del Nord (JESSOULA, PAVOLINI, RAITANO, NATILI, *op. cit.*, Bruxelles, 2018, p. 10).

³⁷ JESSOULA, PAVOLINI, RAITANO, NATILI, *op. cit.*, p. 8 e ss.

³⁸ EUROFOUND, *Care homes for older Europeans: Public, for-profit and non-profit providers*, Lussemburgo, 2017, p. 1.

³⁹ EUROFOUND, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁰ Nel 2013, il personale retribuito rappresentava l'85% del personale impiegato nelle strutture (FALASCA, *op. cit.*, p. 28).

3.1. I servizi di assistenza per gli anziani: gli enormi divari territoriali

Come già accennato, i servizi di assistenza per gli anziani, al pari di altri servizi di cura alla persona, presentano una forte differenziazione territoriale. A seguito dell'adozione della l. 328/2000 e della riforma del Titolo V della Costituzione, l'organizzazione dei servizi sociali spetta principalmente alle Regioni e ai Comuni⁴¹. Per molti anni, il Governo non ha definito i livelli essenziali delle prestazioni (LEP) e, di conseguenza, sono ulteriormente incrementati i divari già esistenti tra le Regioni italiane.

Dal 2008 in poi, le disparità territoriali sono in costante aumento a causa della decurtazione dei fondi nazionali per le politiche sociali (v. *supra*). Ciò ha aggravato l'onere della spesa sociale a carico degli enti locali, i quali sono stati sottoposti, nel contempo, a forti vincoli di bilancio e a connessi blocchi delle assunzioni e restrizioni al *turn over* del personale⁴². Si sviluppa così “un modello che vede l'offerta assistenziale più legata alla ricchezza prodotta che ai bisogni assistenziali, riducendo le potenzialità perequative del welfare locale”⁴³. In sostanza, l'offerta pubblica di servizi socio-assistenziali è minore proprio là “dove è maggiore la povertà e la vulnerabilità della popolazione”⁴⁴. Le disuguaglianze nell'accesso ai servizi sociali pubblici contribuiscono così “a riprodurre e aggravare le disuguaglianze economiche tra regioni”⁴⁵.

Per ovviare alle disparità territoriali, dal 2017 esiste, presso il Ministero del lavoro, una Rete della protezione e dell'inclusione sociale che ha il compito di coordinare gli interventi e i servizi sociali previsti dalla l. 328/2000. La Rete adotta il Piano sociale nazionale, strumento programmatico per l'utilizzo delle risorse del Fondo nazionale per le politiche sociali; il Piano per

⁴¹ BIN, DONATI, PITRUZZELLA, *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali*, Giappichelli, 2019, p. 279.

⁴² MORI, *Implicazioni per il lavoro e le relazioni sindacali nell'externalizzazione di servizi pubblici in Italia: Autonomie locali e Sanità a confronto*, in ALSS, 2015, p. 91; NERI, *I servizi per l'infanzia comunali nella crisi e il caso del Comune di Bologna*, in MAINO, FERRERA (a cura di), *Secondo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino, 2015, p. 198. Tra il 2000 e il 2010, l'aumento medio del numero degli addetti nei settori sanitari e sociali è stato del 15,4%, ma mentre l'occupazione cresceva nelle imprese (40%) e nelle istituzioni non profit (47,2%), il settore pubblico ha subito un ridimensionamento del personale (-7,5%) (CICCIOMESSERE, PONZELLINI, *Le prospettive di sviluppo dei white jobs in Italia. Servizi sanitari, sociali e alla persona: i settori economici con il potenziale di occupazione più elevato*, Italia Lavoro s.p.a., 2014, p. 57).

⁴³ ISTAT, *La spesa dei comuni per i servizi sociali*, report del 3.1.2019, p. 8.

⁴⁴ ISTAT, *op.cit.*, p. 2.

⁴⁵ MARTINELLI, *op. cit.*, p. 45.

gli interventi e i servizi sociali di contrasto alla povertà, strumento programmatico per l'utilizzo delle risorse della quota riservata del Fondo Povertà; e il Piano per la non autosufficienza, strumento programmatico per l'utilizzo delle risorse del Fondo per le non autosufficienze (art. 21 d.lgs. 147/2017).

La programmazione prevista dal d.lgs. 147/2017 tendeva a superare gli ostacoli che hanno impedito il funzionamento del sistema delineato dalla l. 328/2000⁴⁶. In particolare, il Piano sociale nazionale 2018-2020 prende atto che la dotazione del Fondo per le politiche sociali non ha assunto caratteri strutturali e ha dunque reso impossibile il finanziamento, su tutto il territorio nazionale, dei livelli essenziali delle prestazioni sociali (art. 22 l. 328/2000). Analogamente, nel Piano per la non autosufficienza 2019-2021 viene sottolineato che, a causa della modestia del Fondo per le non autosufficienze e dell'assenza di una programmazione a lungo termine delle risorse, tale Fondo è stato utilizzato per "rafforzare interventi già esistenti", per "coprire situazioni emergenziali", o per "finanziare iniziative meritevoli, ma non continuative".

Il Piano sociale nazionale 2018-2020, così come il Piano per la non autosufficienza 2019-2021 non definiscono i livelli essenziali delle prestazioni sociali, ma delineano "lo sviluppo degli interventi [...] nell'ottica di una progressione graduale, nei limiti delle risorse disponibili, nel raggiungimento di livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale" (art. 21 co. 7 d.lgs. 147/2017). Date le enormi disparità territoriali, non è stato dunque possibile individuare un nucleo di spesa comune in tutto il paese che finanzia il livello essenziale delle prestazioni sociali. Il Piano sociale nazionale 2018-2020 prevede pertanto un periodo di transizione, durante il quale viene lasciato a Regioni e Comuni un certo grado di libertà nell'utilizzo delle risorse. Osservazioni analoghe valgono per il Piano per la non autosufficienza 2019-2021 in relazione al Fondo per le non autosufficienze.

3.2. Il sistema a "tre A": Autorizzazione, Accredimento, Accordo contrattuale

I servizi di cura per gli anziani in Italia si caratterizzano per la grande diversità dei sistemi di autorizzazione e accreditamento⁴⁷. La l. 328/2000 pre-

⁴⁶ Dopo il Piano sociale nazionale del 2001, nessun altro Piano è stato adottato.

⁴⁷ Il Piano sociale nazionale 2018-2020 continua ad affidare alle Regioni il compito di "stabilire, in merito alla gestione dei servizi residenziali, semi residenziali, domiciliari o territoriali, la quantità di personale da impiegare e le relative qualifiche al fine dell'ottenimento della

vede infatti che lo Stato fissi i “requisiti minimi strutturali e organizzativi per l’autorizzazione all’esercizio dei servizi e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale” (art. 9, co. 1, lett. c). Sulla base dei requisiti minimi imposti dallo Stato, ciascuna Regione definisce i criteri per l’autorizzazione, l’accreditamento e la vigilanza delle strutture e dei servizi a gestione pubblica o privata, e i requisiti di qualità per la gestione dei servizi (art. 8 co. 3 lett. f) e h) l. 328/2000). Ai Comuni spetta poi la “programmazione, la progettazione, e la realizzazione del sistema locale dei servizi sociali a rete”, “l’erogazione dei servizi”, il rilascio dell’autorizzazione e dell’accreditamento e la vigilanza dei servizi sociali e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale a gestione pubblica o privata (art. 6 co. 2 lett. a), b), e c) l. 328/2000). L’accordo contrattuale con il Comune è infine necessario per l’erogazione di servizi a carico dell’amministrazione pubblica (art. 11 co. 3 l. 328/2000). In dottrina si è parlato di sistema a “tre A” per indicare le tre fasi in cui si manifesta il controllo dell’autorità pubblica sul soggetto erogatore di un servizio: autorizzazione, accreditamento, accordo contrattuale⁴⁸.

L’autorizzazione fissa i requisiti minimi che tutti gli operatori che vogliono svolgere una determinata attività socio-assistenziale o socio-sanitari devono rispettare. Mediante l’autorizzazione, l’ente pubblico verifica che il gestore garantisca quegli elementi minimi necessari affinché il servizio erogato sia effettivamente in grado di soddisfare i diritti sociali cui è diretto⁴⁹. Diversamente, l’accreditamento è necessario per erogare prestazioni per conto del servizio pubblico. L’accreditamento è liberalizzato quando viene concesso a chiunque sia in possesso dei requisiti tecnici ulteriori a quelli fissati per l’autorizzazione; si parla invece di accreditamento chiuso o contingentato quando viene rilasciato limitatamente al fabbisogno di servizi indicato dalla programmazione regionale⁵⁰.

autorizzazione al funzionamento e/o dell’eventuale accreditamento”. Sui diversi modelli regionali di assistenza v. PELLICCIA, *Alcuni profili di assistenza nelle Regioni*, in NETWORK NON AUTOSUFFICIENZA, *L’assistenza agli anziani non autosufficienti in Italia. 6° Rapporto 2017/2018. Il tempo delle risposte*, 2017, p. 55.

⁴⁸ Sul “sistema delle tre A” v. NATALI, *Accreditamento istituzionale e servizi di long-term care per la non autosufficienza*, in ALSS, 2014, p. 325.

⁴⁹ ALBANESE, *Diritto all’assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Giuffrè, 2007, p. 208.

⁵⁰ Sul punto v. CARUSO, *L’evoluzione dei servizi sociali alla persona nell’ordinamento interno ed europeo*, in RIDPC, 2017, 5, p. 1128; PARONA, *La gestione dei servizi sociali tramite accreditamento: modelli, potenzialità e criticità alla luce del quadro normativo statale e regionale*, in PELLIZZARI e MA-

Nel primo caso, l'accordo contrattuale tra la pubblica amministrazione e il soggetto accreditato svolge una funzione esclusivamente regolativa, si limita cioè a disciplinare le modalità e le condizioni di erogazione delle prestazioni, incluse le tariffe per il servizio reso; al convenzionamento possono perciò "accedere tutti gli erogatori autorizzati e accreditati, salvo poi dipendere dalla scelta degli utenti chi effettivamente erogherà le prestazioni per conto del servizio pubblico"⁵¹. Di conseguenza, nell'accreditamento libero viene garantita all'utente un'ampia libertà di scelta fra i servizi accreditati, ma non viene garantito ai relativi fornitori alcun accesso ai fondi pubblici; dato che l'ammontare dei fondi pubblici ricevuti dai fornitori dipende dalla scelta dell'utente, questi sono posti in concorrenza tra di loro. A parere dell'ANAC, stimolare il confronto competitivo tra le strutture accreditate ha un effetto positivo in quanto le spinge a operare in maniera efficiente e a mantenere elevati standard qualitativi⁵². È evidente, tuttavia, che, nei casi in cui i fondi pubblici messi a disposizione sono scarsi e l'utente non ha risorse private per fronteggiare in maniera adeguata la sua situazione di bisogno, la scelta ricade sul servizio più economico⁵³.

Nel caso di accreditamento chiuso, il contratto svolge anche una funzione di "contingentamento dell'offerta sulla base delle risorse stanziare in programmazione", individua cioè quali operatori, fra quelli accreditati, possono erogare prestazioni per conto del servizio pubblico e il volume massimo dei servizi erogabili da ciascun operatore convenzionato⁵⁴.

La distinzione tra autorizzazione, accreditamento liberalizzato e accreditamento chiuso è particolarmente rilevante ai fini dell'applicazione della

GLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore. confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento n. 42, 2019, p. 72. A parere dell'ANAC, i requisiti per l'autorizzazione e l'accreditamento non devono essere troppo stringenti, ma devono favorire l'ampia partecipazione dei soggetti erogatori di servizi (*Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e a cooperative sociali*, delibera n. 32 del 2016, p. 6).

⁵¹ CARUSO, *op.cit.*, p. 1128. In queste ipotesi, l'amministrazione eroga, di solito, voucher o assegni di cura da spendere presso le strutture convenzionate (ANAC, *Linee Guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali"*, p. 19).

⁵² *Linee Guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali"*, p. 19.

⁵³ ALESSI, BARBERA, *I rapporti di lavoro nel settore dei servizi socio-assistenziali: il caso della Lombardia*, in MONTUSCHI (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, 2007, p. 589.

⁵⁴ CARUSO, *op. cit.*, p. 1129; PARONA, *op.cit.*, p. 74.

disciplina in materia di appalti e concessioni. Tale disciplina non si applica nel caso di autorizzazione e accreditamento liberalizzato, difettando tali procedure di carattere selettivo⁵⁵. Al contrario, nei casi di accreditamento chiuso dovrebbe rilevare la disciplina delle concessioni; nelle ipotesi di specie, non si tratta infatti di affidare a terzi la gestione di un servizio socio-assistenziale o socio-sanitario (mediante contratto di appalto), ma di selezionare i soggetti che, sulla base dei bisogni individuati dall'ente pubblico, possono svolgere una certa attività, individuando il *quantum* massimo di prestazioni erogabili a carico del servizio pubblico⁵⁶.

Il dibattito sulla distinzione tra appalto e concessione rileva, in ambito amministrativo, per individuare le procedure da seguire per l'affidamento del servizio. Ai fini lavoristici, tale distinzione è pressoché priva di valore, dato che il d.lgs. 50/2016 impone, sia per gli appalti che per le concessioni, il rispetto delle disposizioni in materia di contratto collettivo applicabile (art. 30 co. 4), inadempienza contributiva (art. 30 co. 5), pagamento diretto dei lavoratori in caso di ritardo nella corresponsione delle retribuzioni (art. 30 co. 6), subappalto (art. 105 o 174) e la clausola sociale in caso di successione di appalti (art. 50). Come già detto, tali regole devono essere rispettate solo dagli operatori accreditati e convenzionati, in un sistema chiuso. Ciò significa che, in caso di autorizzazione o accreditamento libero e di servizi che richiedono solo una comunicazione di avvio al Comune, i gestori potranno scegliere liberamente se e quale tra i tanti CCNL per il personale delle strutture residenziali per anziani applicare.

3.3. I requisiti minimi per l'esercizio di servizi di assistenza per gli anziani

I requisiti minimi, strutturali e organizzativi, per l'autorizzazione all'esercizio dei servizi residenziali e semiresidenziali sono stati definiti con il d.m. 21.5.2001 n. 308 il quale prevede due categorie di servizi: le strutture di tipo familiare e le strutture a ciclo diurno e residenziale.

La prima ipotesi riguarda le comunità di tipo familiare, con funzioni di accoglienza e bassa intensità assistenziale, che accolgono fino a un massimo di sei utenti. Per questi servizi non è prevista alcuna procedura di autorizza-

⁵⁵ Cons. Stato, parere n. 2052/2018; Cons. Stato, sez. III, n. 1739/2018; ANAC, *Linee Guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali"*, p. 5 e 19.

⁵⁶ In tal senso v. Cass. civ., Sez.Un., n. 473/2015; Cass. civ., Sez.Un., n. 10149/2012; Cons. St., sez. III, n. 2269/2012.

zione o accreditamento, ma è sufficiente una semplice comunicazione di avvio dell'autorità al Comune competente. Le strutture di tipo familiare devono rispettare semplici requisiti strutturali (art. 3 d.m. n. 308/2001) e i requisiti comuni a tutti i servizi indicati dall'art. 6 d.m. 308/2001. Quanto al personale, la disposizione in questione richiede la "presenza di figure professionali qualificate in relazione alla tipologia di servizio erogato, secondo standard definiti dalle Regioni" (art. 6 co. 1 lett. a). Ciascuna Regione può, in sostanza, definire gli standard professionali richiesti.

Le strutture a ciclo diurno e residenziale possono invece operare solo se autorizzate dal Comune competente, sulla base delle regole fissate dalla Regione. Per tali strutture, il d.m. prevede dei requisiti comuni (art. 5) e dei requisiti specifici (art. 7). Per quanto attiene al personale, i primi richiedono la "presenza di figure professionali sociali e sanitarie qualificate, in relazione alle caratteristiche e ai bisogni dell'utenza ospitata, così come disciplinato dalle Regioni" (art. 5, co. 1, lett. c). Nulla è invece previsto nei requisiti specifici che si limitano a indicare le prestazioni che devono essere erogate da ciascuna struttura (art. 7 e allegato A d.m. 308/2001). Anche per le strutture a ciclo diurno e residenziale le Regioni possono quindi definire, con ampia discrezionalità, i requisiti per il personale. In particolare, la disciplina statale non prevede alcuno standard minimo in relazione alle condizioni di lavoro o alle forme di impiego mediante cui deve essere assunto il personale.

I requisiti minimi per ottenere l'autorizzazione all'esercizio di una RSA sono determinati dal d.P.R. 14.1.1997 (adottato ai sensi dell'art. 8-ter del d.lgs. 502/1992) il quale richiede la presenza di "personale medico, infermieristico, di assistenza alla persona, di riabilitazione e di assistenza sociale in relazione alle dimensioni e alla tipologia delle prestazioni erogate". È poi indispensabile che tutti i ruoli e le posizioni funzionali siano ricoperti da personale in possesso dei titoli necessari e deve essere predisposto un piano di formazione-aggiornamento del personale. Ogni Regione può prevedere requisiti ulteriori. Per potere lavorare per conto del SSN, le strutture devono essere accreditate e devono stipulare con il SSN un contratto di fornitura di prestazioni sanitarie. I criteri per l'accreditamento e il contenuto degli accordi di fornitura sono definiti dalle Regioni⁵⁷.

Le Regioni sono altresì competenti per determinare il costo dei servizi

⁵⁷ Sui sistemi regionali di autorizzazione e accreditamento delle RSA v. MONTEMURRO, PETRELLA, *op. cit.*, p. 60 e ss.

a carico degli utenti (art. 8 co. 3 lett. l) l. 328/2000). Per le prestazioni socio-sanitarie (RSA e ADI), esse devono stabilire la quota sanitaria a carico del Servizio sanitario nazionale e i criteri di ripartizione della rimanente quota (c.d. quota sociale) tra utente e Comune (art. 5 co. 2 d.p.c.m. 14.2.2001)⁵⁸. Di fatto, sono i singoli Comuni a determinare la quota di spesa a carico dell'assistito che dipende, di regola, dal suo reddito e varia sulla base di soglie determinate da ciascun Comune.

Altro problema che si riscontra riguarda la nomenclatura delle strutture. Il d.m. n. 308/2001 distingue tra “strutture a carattere comunitario” (i.e. strutture a bassa intensità assistenziale, bassa e media complessità organizzativa, destinate ad accogliere utenza con limitata autonomia personale), “strutture a prevalente accoglienza alberghiera” (i.e. strutture a bassa intensità assistenziale, media e alta complessità organizzativa, destinate ad accogliere anziani autosufficienti o parzialmente non autosufficienti), “strutture protette” (i.e. strutture a media intensità assistenziale, media e alta complessità organizzativa, destinate ad accogliere utenza non autosufficiente) e “strutture a ciclo diurno” (caratterizzate da diverso grado di intensità assistenziale in relazione ai bisogni degli ospiti). Il decreto 17.12.2008, nell'istituire la banca dati per la rilevazione delle prestazioni residenziali e semiresidenziali, ha, a sua volta, distinto tra: strutture residenziali intensive, destinate a persone non autosufficienti richiedenti trattamenti intensivi; strutture residenziali estensive destinate a persone non autosufficienti, con elevata necessità di tutela sanitaria; strutture residenziali per persone con demenza senile; strutture residenziali di lungo assistenza e di mantenimento per persone non autosufficienti con bassa necessità di tutela sanitaria; centri diurni che erogano trattamenti di riabilitazione e mantenimento; centri diurni per persone con demenza senile.

Le denominazioni e le tipologie dei servizi disciplinati dalle Regioni variano rispetto a quelle previste dai decreti menzionati, e da Regione a Regione⁵⁹. La difformità dei dati disponibili, per le diversità definitorie, organizzative e gestionali, rende perciò molto difficile la quantificazione del

⁵⁸ Il d.p.c.m. 14.2.2001 stabilisce che il 50% del costo dei servizi residenziali a ciclo continuativo e diurno e dell'assistenza domiciliare integrata è a carico del Servizio sanitario nazionale e il rimanente 50% è a carico dei Comuni, fatta salva la compartecipazione da parte dell'utente prevista dalla disciplina regionale e comunale.

⁵⁹ GUAITA, TRABUCCHI, *La residenzialità*, in NETWORK NON AUTOSUFFICIENZA, *L'assistenza agli anziani non autosufficienti in Italia. 6° Rapporto 2017/2018. Il tempo delle risposte*, 2017, p. 130.

numero dei presidi residenziali socio-assistenziali e socio-sanitari per gli anziani in Italia⁶⁰. Di conseguenza, durante la pandemia è stato impossibile raccogliere, con esattezza, per ogni servizio, dati relativi alle persone contagiate, guarite e decedute⁶¹.

4. Cronaca di un disastro annunciato: l'impatto del COVID-19 sul sistema di assistenza per gli anziani

Nella primavera del 2020, durante l'emergenza generata dalla diffusione del coronavirus, le pagine di cronaca hanno descritto il dramma vissuto all'interno di numerose strutture di accoglienza per anziani, in Italia e altrove. In varie città, le procure hanno deciso di aprire inchieste, per fare luce sulla gestione degli ospiti e del personale all'interno di alcune RSA del territorio. A prescindere dall'esito di queste indagini, quello che si può evidenziare, in queste brevi riflessioni, è che si tratta di fatti tutt'altro che imprevisi. L'emergenza sanitaria è infatti piombata su strutture, molte delle quali erano già state denunciate per gravi irregolarità, del tutto impreparate e inadeguate per affrontare i problemi generati dal coronavirus⁶². Nonostante tutte le difficoltà che si sono trovate ad affrontare le strutture socio-assistenziali e socio-sanitari, alcune Regioni (emblematico il caso della Lombardia) hanno utilizzato tali strutture (in particolare, le RSA) per l'accoglienza di anziani affetti da coronavirus dimessi dagli ospedali. Alcuni gestori di RSA hanno 'approfittato' di questa opportunità, dato che per ogni ricovero le Regioni erogano un compenso⁶³. È probabile che tali condotte siano state più marcate

⁶⁰ MONTEMURRO, PETRELLA, *op. cit.*, p. 24. L'esigenza di "una nomenclatura univoca dei servizi che faciliti l'identificazione dei livelli essenziali di assistenza sociale, rendendo possibile anche il confronto su voci omogenee tra i diversi sistemi di welfare regionali" è sottolineata anche dall'ANAC (*Linee guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali"*, p. 10).

⁶¹ AMNESTY INTERNATIONAL ITALIA, *Abbandonati*, 2021, <https://www.amnesty.it/abbandonati-il-rapporto-sulle-violazioni-dei-diritti-umani-nelle-case-di-riposo-italiane-durante-il-covid-19/>.

⁶² Dai controlli effettuati nel periodo 2014-2016, sono emerse irregolarità nel 28% delle strutture residenziali per persone non autosufficienti. Le violazioni contestate vanno dall'abbandono di incapaci, all'esercizio abusivo della professione sanitaria, maltrattamenti, sequestri di persona, presenza di strutture prive di autorizzazione, inadeguatezze strutturali e assistenziali, carenze igienico-strutturali (FALASCA, *op. cit.*, p. 183).

⁶³ Dall'inchiesta di Report del 18.5.2020 *Anziani s.p.a.* parrebbe che, in Lombardia, i rimborsi per ricovero siano stati triplicati: <https://www.rai.it/programmi/report/inchieste/Anziani-spa-7ad42e14-da16-460e-8505-0aaf5b042a10.html>.

in sistemi, quale quello lombardo, ad accreditamento liberalizzato, in cui esiste un maggiore numero di strutture in competizione tra loro. Le cronache hanno riportato la conseguenza di queste scelte: le strutture, del tutto inadeguate per ospitare pazienti affetti dal virus e con personale scarsamente formato e non munito dei dispositivi di protezione, sono state il luogo di diffusione massima del contagio.

Ai servizi di assistenza per gli anziani non sono state applicate, almeno inizialmente, le disposizioni adottate per le strutture sanitarie, in materia di gestione dei pazienti affetti dal virus (circ. Min. Salute n. 5443/2020), pulizia degli ambienti (circ. Min. Salute n. 5443/2020), assunzione di personale medico e sanitario (d.l. 14/2020; art. 7 d.l. 18/2020), fondi per il pagamento degli straordinari (art. 1 d.l. 18/2020). Gli operatori dei servizi di cura per gli anziani non sono stati assimilati al personale sanitario nemmeno ai fini della fornitura dei dispositivi di protezione (salvo per gli addetti ai servizi socio-sanitari)⁶⁴, al verificarsi di infortuni professionali e al riconoscimento del maggiore importo del bonus per l'acquisto di servizi di baby-sitting.

Quanto ai dispositivi di protezione individuale, si sono presentati due problemi. In primo luogo, la scarsità di dispositivi sul mercato, ha indotto numerosi operatori a svolgere la propria prestazione con modalità non sicure. Le cronache hanno riferito anche di direttori di strutture che hanno richiesto al personale di non utilizzare i dispositivi di protezione⁶⁵. Vero è che il lavoratore può rifiutare di svolgere la prestazione a causa della mancata adozione, da parte del datore di lavoro, delle misure di sicurezza necessarie per garantire l'incolumità del lavoratore⁶⁶. L'art. 44 d.lgs. 81/2008 riconosce poi il diritto del lavoratore di allontanarsi dal posto di lavoro in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato, senza subire alcun pregiudizio.

L'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) può però rivelarsi uno strumento inadeguato, perché non conosciuto dal lavoratore e perché soggetto alla valutazione comparativa dei comportamenti⁶⁷. È indubbio che l'as-

⁶⁴ L'art. 5 co. 5 d.l. 18/2020 afferma che "i dispositivi di protezione individuale sono forniti in via prioritaria ai medici e agli operatori sanitari e sociosanitari".

⁶⁵ V. AUBENAS, *La vita e la morte in una casa di riposo*, <https://www.internazionale.it/reportage/florence-aubenas/2020/04/04/coronavirus-casa-di-riposo>.

⁶⁶ Cass. civ., sez. lav., n. 11664/2006; Cass. n. 16780/2011; Cass. n. 18921/2012; Cass. civ., sez. lav., n. 2943/2013; Cass. n. 6631/2015.

⁶⁷ Il giudice deve valutare la proporzionalità tra la prestazione inadempita e la prestazione rifiutata, tenendo conto, in particolare, della gravità del rischio a cui è stato esposto il lavoratore a causa dell'inadempimento del datore di lavoro (Cass. n. 8911/2019).

senza di ogni dispositivo di protezione giustificerebbe l'eccezione di inadempimento da parte del lavoratore, ma si potrebbe dire la stessa cosa nel caso in cui il datore di lavoro avesse chiesto di utilizzare una sola mascherina per giorno? O se le mascherine fornite non fossero state quelle chirurgiche (art. 16 co. 1 d.l. 18/2020)? E se fosse fornita la mascherina, ma non i guanti⁶⁸?

Vi è poi una questione etica: è opportuno avvalersi dell'eccezione di inadempimento, obbligando i propri colleghi a un carico di lavoro ancora più pesante, e privando delle necessarie cure gli anziani assistiti⁶⁹? La drammaticità della domanda emerge non appena si considera il numero di lavoratori assenti a causa del contagio, ciò che ha costretto il personale in servizio a lunghi turni di lavoro.

In secondo luogo, deve notarsi che la messa in sicurezza del personale e degli ospiti dei servizi socio-assistenziali e socio-sanitari ha un costo ingente. Nei casi in cui il rischio da contagio era stato classificato quale rischio generico, i gestori dei servizi erano tenuti a rispettare le misure precauzionali dettate dal Governo e contenute nel *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro* sottoscritto il 14.3.2020 da Governo e parti sociali e integrato il 24.4.2020, e nel *Protocollo per la prevenzione e la sicurezza dei lavoratori della Sanità, dei Servizi Socio Sanitari e Socio Assistenziali in ordine all'emergenza sanitaria da "Covid-19"*, sottoscritto il 24.3.2020 da Ministero della salute e parti sociali⁷⁰.

I Protocolli sopra menzionati devono essere letti alla luce delle indicazioni dell'Istituto superiore della sanità, che è l'autorità in grado di fornire l'evidenza scientifica richiamata dai Protocolli⁷¹. Data l'alta contagiosità del

⁶⁸ Sul punto v. LASSANDARI, *Rapporti sospesi e modelli crollati? La pandemia, il diritto ed il lavoro*, in *LD*, 2020, 2, p. 159.

⁶⁹ In letteratura, si parla di 'prisoner of love' dilemma per indicare il fatto che "for care workers the well-being of the client often takes priority over the pursuit of their own interests in terms of higher wages and better working conditions" (MÜLLER, *She works hard for the money: tackling low pay in sectors dominated by women - evidence from health and social care*, ETUI Working Paper 2019, n. 11, p. 22).

⁷⁰ L'art. 1 co. 14 d.l. 33/2020 ha imposto poi alle attività economiche, produttive e sociali il "rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi", adottati dalle Regioni o a livello nazionale.

⁷¹ Gruppo di lavoro ISS Prevenzione e controllo delle Infezioni, *Indicazioni ad interim per la prevenzione e il controllo dell'infezione da SARS-COV-2 in strutture residenziali sociosanitarie*, versione del 16.3.2020, Roma, Istituto Superiore di Sanità, 2020 (Rapporto ISS COVID-19, n. 4/2020); Gruppo di lavoro ISS Prevenzione e controllo delle Infezioni, *Indicazioni ad interim*

COVID-19 e l'elevato tasso di letalità tra gli anziani, le misure in questione devono essere applicate in maniera rigorosa, al fine di evitare la diffusione del virus all'interno della struttura e prevedendo procedure per la gestione e il trasferimento degli eventuali malati.

Il punto fondamentale è capire su chi ricade il costo della messa in sicurezza delle strutture: sugli ospiti? Sui gestori della struttura? O sull'ente pubblico? Non vi è dubbio che, per i servizi autorizzati e accreditati ma non convenzionati, il costo non può ricadere sull'ente pubblico. È probabile dunque che i gestori di tali servizi abbiano fatto ricadere i costi della sicurezza sugli ospiti, aumentando le rette a loro carico. Per i servizi convenzionati, l'ente pubblico ha dovuto adeguare le tariffe, per coprire i costi delle misure necessarie per fronteggiare la crisi sanitaria. In caso contrario, i gestori dei servizi convenzionati, non potendo richiedere una retta più alta agli ospiti, avrebbero rischiato di operare in perdita.

5. *Il gattopardismo del Piano nazionale di ripresa e resilienza*

In questo quadro non incoraggiante è intervenuto, da ultimo, il *Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)* adottato nel 2021, al fine di potere accedere ai finanziamenti del programma *Next Generation EU*.

Il PNRR si propone di avviare una riforma organica degli interventi in favore degli anziani non autosufficienti finalizzata a individuare i livelli essenziali di assistenza nell'ottica della deistituzionalizzazione, della domiciliarità e della definizione di un progetto individualizzato. Tutti gli obiettivi perseguiti sono senz'altro condivisibili, così come è da valutare positivamente la proposta di creare punti unici di accesso per le valutazioni multidimensionali all'interno delle 1288 Case della Comunità che si intende creare (p. 291).

Quello che stupisce, tuttavia, è la scarsa consapevolezza del contesto in cui questi interventi devono essere operati. Ci si propone infatti il progressivo rafforzamento dei servizi territoriali di domiciliarità, ma nel documento non si menzionano mai le badanti che, come visto, costituiscono oggi il vero pi-

per un utilizzo razionale delle protezioni per infezione da SARS-COV-2 nelle attività sanitarie e socio-sanitarie (assistenza a soggetti affetti da covid-19) nell'attuale scenario emergenziale SARS-COV-2, versione del 28.3.2020, Roma, Istituto Superiore di Sanità, 2020 (Rapporto ISS COVID-19, n. 2/2020 rev.).

lastro delle cure domiciliari per gli anziani. Lo stesso obiettivo di incrementare la presa in carico, per arrivare, nel 2026, a coprire il 10% della popolazione di età superiore a 65 anni (p. 292), omette di considerare il fatto che prendere in carico significa, di regola, garantire un paio d'ore di assistenza, per il compimento di alcune essenziali attività quotidiane. E queste ore di assistenza non sono affatto in grado di soddisfare il bisogno di cura dell'anziano.

Il PNRR si propone poi di riconvertire le RSA e le case di riposo per gli anziani in gruppi di appartamenti autonomi (p. 51), senza evidentemente avere contezza che all'interno delle RSA sono ospitati anziani non autosufficienti che, di conseguenza, non potrebbero affatto vivere in appartamenti autonomi, se non con l'assidua assistenza di personale dedicato, circostanza che farebbe crescere esponenzialmente i costi del servizio.

Vi è infine il tutt'altro che infondato rischio che, dato il limitato arco temporale dell'intervento (che termina nel 2026), si decida di non investire in strutture pubbliche, ma di rafforzare il sistema delle tre A e dunque l'esternalizzazione dei servizi, con tutti i problemi che si è tentato di mettere qui in evidenza. D'altro canto, "se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi".

Abstract

Partendo dall'analisi delle caratteristiche del welfare italiano (il ruolo centrale delle famiglie, la prevalenza dei trattamenti monetari, i divari territoriali), il saggio spiega le ragioni per cui, nei servizi di assistenza di lunga durata, le condizioni di lavoro sono difficili e sono diffusi fenomeni di illegalità. In particolare, l'Autrice si sofferma sul c.d. welfare fai-da-te in cui, a causa dell'assenza di servizi pubblici, la famiglia deve trovare, da sola, una soluzione economicamente sostenibile ai propri bisogni di cura.

Starting from the analysis of Italian welfare system's features (the relevant role of families, the importance of cash-for-care-schemes, the territorial differences), the essay explains the reasons why, in long term care, working conditions are harsh and illegality is widespread. In particular, the Author focuses on the so-called do-it-yourself welfare in which, due to the lack of public services, each family has to find by itself an economic feasible solution to care needs.

Keywords

Welfare fai-da-te, servizi di assistenza per anziani, condizioni di lavoro, piano nazionale di ripresa e resilienza.

DIY welfare, long term care, working conditions, national recovery and resilience plan.

Massimiliano Delfino

Cura dei soggetti fragili e rapporti di lavoro subordinato tra vecchi problemi e nuovi equilibri*

Sommario: **1.** Il caso Santi e i “fantasmi” del lavoro di cura familiare. **2.** I limiti della disciplina generale in tema di orario di lavoro. **3.** La disabilità come chiave di volta della tutela dei *caregiver* familiari: permessi, congedi straordinari e trasferimento. **4.** Il *part-time* e la conciliazione fra esigenze professionali ed esigenze di cura. **5.** L’esperienza del diritto al lavoro agile in caso di disabilità. **6.** Brevi conclusioni.

1. *Il caso Santi e i “fantasmi” del lavoro di cura familiare*

In questa sede ci si occuperà del lavoro di cura dei familiari conviventi che necessitano di assistenza continua. L’idea di concentrarsi su questa tematica è stata rafforzata dalla lettura su *la Repubblica* del 3 settembre 2021 di una bella intervista a Laura Santi, testimonial dell’Associazione Luca Coscioni, affetta da molto tempo da Sclerosi multipla e fortemente peggiorata negli ultimi anni. Le parole più tenere della Santi sono rivolte al marito Stefano: “sono pensionata da anni, lui tuttora lavora... È difficile mettersi nei panni di una persona disabile grave per la continuità della sua condizione. Ciò che è ancora più difficile, però, è mettersi nei panni di un *caregiver* [familiare]. Sono loro, i veri fantasmi. Sono fantasmi, ma devono esserci sempre. Stefano è libero professionista e non ha la 104, e per fortuna, ci capita di commentare: che ci faremmo con qualche giorno al mese di permesso, con lui in ufficio e vincolato da un orario? Quanto può farci [innervosire] quindi il discorso del premier di turno, quando annuncia ‘saremo vicini alle famiglie

* Questo contributo è dedicato alla memoria di Fabio Morace che per lunghi anni ha combattuto contro la Sclerosi multipla.

dei disabili, cioè aumenteremo i giorni di 104'? Quanta ignoranza, o mene-freghismo, dietro questi proclami? (e quanta invidia malcelata in chi ti dice, 'beato te che hai la 104'?). Dietro ... leggi quasi trentennali c'è una realtà diversa, feroce. Si chiama 'bisogno di assistenza continua', migliaia di coppie o famiglie¹ la provano sulla propria pelle, sostituendosi allo Stato e pagando un prezzo in termini di salute mentale. Possibile che venga ignorato, a tutti i livelli? Mio marito non ha alcun sostegno al reddito, sgravio contributivo, o che dico, un banale – neppure troppo – supporto psicologico". Altrettanto lucide le risposte del marito alla richiesta di cosa significhi l'assistenza nei mesi di pandemia: "Guardate che per me, per noi, non c'è alcuna differenza tra un prima e un dopo. Fase uno, due, tre? Roba astratta. Noi siamo in quarantena a vita".

Nelle affermazioni della coppia ci sono alcuni profili che interessano molto il diritto del lavoro. È utile in questo contesto segnalare qui di seguito quelli principali, chiarendo fin d'ora che per motivi di spazio non tutti saranno oggetto d'esame in questa sede.

a. L'approccio e i problemi dei *caregiver* cambiano molto se la persona convivente è lavoratore autonomo o subordinato.

b. I lavoratori autonomi non hanno orario di lavoro ma questa è un'arma a doppio taglio perché, da un lato, hanno meno vincoli ma, dall'altro, non viene riconosciuto loro alcun supporto economico significativo.

c. I lavoratori subordinati hanno diritto ai permessi riconosciuti dalla l. 104/1992 o agli ulteriori strumenti previsti anche da altre fonti legali. Tuttavia, tali strumenti agevolano solo in piccola parte la risoluzione del problema perché consentono la sospensione del rapporto di lavoro che non può eccedere determinati limiti temporali. Come viene incontro l'ordinamento alle esigenze dei *caregiver* nei giorni in cui sono tenuti a svolgere la loro prestazione lavorativa?

d. La questione femminile è un profilo importante del lavoro dei *caregiver*. Infatti, a parte il caso Santi, è probabile che nella maggior parte delle circostanze il peso di cura della malattia ricada sulla lavoratrice.

¹ Il ruolo delle famiglie nel lavoro di cura è ben evidenziato, da ultimo, da BORELLI, *Who cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Jovene, 2020, p. 14 ss.

2. I limiti della disciplina generale in tema di orario di lavoro

Fatte queste considerazioni, occorre tracciare il percorso del contribuente che si occuperà esclusivamente del lavoro subordinato e prenderà le mosse dall'analisi degli spazi esistenti per le esigenze delle cure familiari nella disciplina ordinaria del tempo di lavoro (e di non lavoro) per poi passare alla regolamentazione degli strumenti predisposti dal legislatore per fronteggiare queste particolari esigenze. L'ultima parte del discorso sarà dedicata all'analisi delle potenzialità del rapporto di lavoro a tempo parziale che, almeno sulla carta, dovrebbe rappresentare uno strumento in grado di venire incontro alle esigenze delle cure familiari, e all'esame della particolare fattispecie di lavoro agile utilizzabile, durante la pandemia, proprio dai lavoratori fragili e dai *caregiver* familiari.

È opportuno prendere le mosse da una sentenza abbastanza recente della Cassazione², secondo la quale in tema di orario di lavoro, i limiti allo *ius variandi* nei contratti *part-time*, in cui la programmabilità del tempo libero assume carattere essenziale³, non sono estensibili al contratto a tempo pieno, nel quale una eguale tutela del tempo libero del lavoratore si tradurrebbe nella negazione del diritto dell'imprenditore di organizzare l'attività lavorativa.

Questa pronuncia fornisce lo spunto per verificare se le tutele generali garantite in materia di orario di lavoro siano adeguate alle esigenze di cura dei familiari fragili. A tal fine è opportuno partire da considerazioni riguardanti l'orario di lavoro e in particolare la variazione del *quantum* (l'orario concordato) e del *quomodo* (la collocazione dello stesso).

Con riferimento alla variazione quantitativa dell'orario di lavoro, il d.lgs. 66/2003 fornisce alcune indicazioni che fanno propendere per la necessità del consenso delle parti contrattuali, visto che l'orario di lavoro, in mancanza della fonte collettiva, non può che essere stabilito nel contratto individuale. Infatti, il legislatore del 2003 stabilisce soltanto l'orario normale di lavoro e la durata media complessiva (comprensiva anche dello straordinario)⁴, rin-

² Cass., sez. lav., 6 dicembre 2019 n. 31957.

³ Sul punto sia consentito rinviare a DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Jovene, 2008, p. 209 ss. Da ultimo, v. CALVELLINI, *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistema*, Esi, 2020, p. 58 ss.

⁴ Rispettivamente, 40 ore settimanali (art. 3, co. 1) e 48 ore per ogni periodo di sette giorni (art. 4, co. 2, d.lgs. 66/2003).

viando alla contrattazione collettiva la determinazione della durata massima settimanale e dell'orario giornaliero normale, fermo restando che il limite giornaliero massimo viene fissato, indirettamente, in tredici ore⁵. In questo modo, quindi, in assenza della fonte collettiva, è prevista una durata complessiva media, ovvero un limite incerto con riferimento al *quantum* della prestazione lavorativa giornaliera; limite che richiede, appunto, l'indicazione della durata dell'orario nel contratto individuale. D'altronde, anche l'art. 5, d.lgs. 66/2003 conferma questa ricostruzione poiché assegna alla contrattazione collettiva la regolamentazione delle "eventuali modalità di esecuzione delle prestazioni di lavoro straordinario" (co. 2), pur prevedendo che, in mancanza della disciplina negoziale, "il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore" (co. 3).

Discorso diverso va fatto per quanto riguarda la collocazione della prestazione lavorativa. A tal proposito appare centrale la regolamentazione del lavoro notturno, dalla quale si ricava un elemento che ha ripercussioni di carattere più generale sulla questione della necessità (oppure no) del consenso per il mutamento della collocazione temporale. L'art. 11, co. 2, d.lgs. 66/2003 prevede, in alcuni casi prestabiliti, il divieto e, in altri, il "non obbligo" al lavoro notturno⁶. Da ciò si deduce che, in tutte le restanti ipotesi, il lavoratore sarebbe tenuto a prestare lavoro notturno; obbligo che, quindi, deriverebbe dallo *ius variandi* datoriale⁷. Di conseguenza, se la prestazione svolta in orario

⁵ V. art. 7, d.lgs. 66/2003.

⁶ La medesima previsione "autorizza" altresì i contratti collettivi a stabilire i requisiti dei lavoratori che possono essere esclusi dall'obbligo di effettuare lavoro notturno.

⁷ Dello stesso avviso LEONE, *Sub art. 11. La disciplina del lavoro notturno: fra potere del datore di lavoro e suoi limiti*, in LECCESE, (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie. D.lgs. n. 66/2003, come modificato dal D.Lgs. n. 213/2004*, Ipsos, 2004, p. 415; LECCESE, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 228. Contra ICHINO P., VALENTE, *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109, Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2012 p. 292, secondo i quali il non obbligo cui fa riferimento la disciplina in materia di lavoro notturno di cui al d.lgs. 66/2003 "può essere previsto dal contratto collettivo, ma può anche non esserlo; e in tal caso un obbligo contrattuale può nascere soltanto dal contratto individuale. La disposizione in esame deve dunque essere letta come fonte di una possibile esclusione, mediante disposizione collettiva indelegabile, dall'obbligo laddove esso sia stato istituito dal contratto collettivo o da quello individuale". Tuttavia, l'art. 11, co. 2, d.lgs. 66/2003 distingue il caso in cui i contratti collettivi stabiliscono i requisiti dei lavoratori notturni che possono essere esclusi dall'obbligo di effettuare lavoro notturno, dai divieti e, soprattutto, dalle ipotesi in cui alcuni lavoratori (e lavoratrici) non sono obbligati (e non "non possono essere obbligati") a prestare lavoro notturno, lasciando intendere che tutti gli altri prestatori di lavoro, appunto, sono obbligati e non possono essere ob-

notturno, certamente più gravoso, è ricollegabile al potere datoriale, è plausibile che il legislatore consideri rientrante nel potere unilaterale del datore *ogni* collocazione temporale della prestazione lavorativa.

La regolamentazione del lavoro straordinario⁸ sembra rinsaldare tale impostazione. Infatti, parrebbe essere esclusivamente la presenza dell'art. 5, d.lgs. 66/2003 – che richiede, come già detto, il consenso del lavoratore in assenza della fonte collettiva – a impedire al datore di lavoro lo *ius variandi* della prestazione eccedente l'orario normale di lavoro.

Torna utile ricordare in questo contesto l'orientamento dottrinale secondo il quale, l'art. 32 Cost. “antepone il diritto ... alla salute al diritto ... di scegliere ... [la] ... collocazione temporale della prestazione lavorativa”⁹. In altre parole, per questo Autore, dalla norma costituzionale deriverebbe un obbligo per il legislatore di stabilire le condizioni alle quali la flessibilità temporale è ammessa. Naturalmente è bene chiarire che, da un lato, questa ricostruzione imporrebbe obblighi esclusivamente al legislatore, e, dall'altro, che si riferisce alla tutela della salute del lavoratore e non dei soggetti esterni al rapporto di lavoro, come i familiari ai quali prestare assistenza¹⁰. La Corte di Cassazione è recentemente andata oltre un'impostazione di questo genere dichiarando che “l'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza...anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, in quanto il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza”¹¹. Questa affermazione non confuta quanto precedentemente detto perché, oltre a sottolineare ancora una volta la centralità della famiglia nella gestione delle cure ai soggetti fragili, fa riferimento, appunto, al riconoscimento di un diritto che non può che avvenire per via legale.

bligati (dal contratto collettivo o dal contratto individuale) a svolgere il lavoro nella fascia notturna.

⁸ Sul punto v. RICCI G., *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, 2005, p. 321 ss.

⁹ LECCESE, *L'orario di lavoro*, Cacucci, 2001, p. 58.

¹⁰ Peraltro, la finalità della tutela della salute nelle norme del d.lgs. 66/2003 in tema di lavoro notturno e a turni deriva anche dal fatto che si tratta di previsioni attuative della direttiva 2003/88, che, come si vedrà più avanti, è adottata esplicitamente a salvaguardia di quel valore. Sul punto, v. LECCESE, *Sub art. 1, d.lgs. 66/2003*, in NAPOLI (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *NLCC*, 2004, p. 1242, secondo il quale poco importa che tra gli obiettivi espressi del decreto 66 non ci sia la tutela della salute, “perché tale finalità non può che ritenersi implicitamente perseguita ... da una legge nazionale che dia ‘attuazione organica’ a provvedimenti comunitari esplicitamente adottati per il suo perseguimento”.

¹¹ Cassazione 2969 del 2021.

3. *La disabilità come chiave di volta della tutela dei caregiver familiari: permessi, congedi straordinari e trasferimento*

In considerazione del fatto che la legislazione generale in tema di orario non sembra essere in grado di assicurare tutele sufficienti ai lavoratori *caregiver* familiari, è giunto il momento di esaminare la normativa specifica riguardante l'assistenza a questi particolari lavoratori.

Ormai vent'anni fa Mario Napoli ha ricordato che il lavoro di cura postula ontologicamente il non lavoro¹², sottintendendo così che la strada principale affinché un lavoratore subordinato possa prestare cure familiari sia la possibilità di sospendere il rapporto di lavoro (magari conservando la retribuzione) e non il ricorso alla flessibilità oraria di cui si è parlato prima. Naturalmente, l'unico modo per garantire la sospensione del rapporto di lavoro è riconoscere al lavoratore un diritto a congedi e permessi¹³.

Il riferimento è anzitutto ai tre giorni di permesso retribuito e con contributo figurativo¹⁴ contemplati dall'art. 33, co. 3, l. 104 del 1992 che, com'è noto, subordina il loro riconoscimento al dipendente, pubblico o privato, al possesso di determinati requisiti del familiare da assistere: a) l'handicap grave; b) il mancato ricovero a tempo pieno in una struttura sanitaria¹⁵; c) l'essere coniuge, convivente (dopo la sentenza della Corte costituzionale 213 del 2016), parente o affine entro il secondo grado oppure il terzo qualora il genitore o il coniuge del familiare siano ultrasessantacinquenni, affetti da patologie invalidanti, oppure deceduti o mancanti. Secondo una sentenza piuttosto recente della Cassazione¹⁶, “la *ratio legis* dell'istituto in esame consiste nel favorire l'assistenza alla persona affetta da handicap grave in ambito

¹² NAPOLI, *Note introduttive al commento della legge 8 marzo 2000, n. 53*, in *NLCC*, 2001, p. 1216.

¹³ Sulla tematica dei congedi e permessi “di cura”, v. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, 2004, p. 89 ss.

¹⁴ Non sorprende più di tanto che, secondo la Corte costituzionale, la tutela della salute psicofisica del disabile, costituente la finalità perseguita dalla l. 104 del 1992, postula anche l'adozione di interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie “il cui ruolo resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap” (Corte Cost. sentenze n. 203 del 2013; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005).

¹⁵ Secondo Cass. 1408 del 2019 “il lavoratore può usufruire dei permessi per prestare assistenza al familiare ricoverato presso strutture residenziali di tipo sociale, quali case-famiglia, comunità-alloggio o case di riposo perché queste non forniscono assistenza sanitaria continuativa”.

¹⁶ Cass. 1408 del 2019.

familiare rendendo incompatibile con la fruizione del diritto ... solo una situazione nella quale il livello di assistenza sia garantito in un ambiente ospedaliero o del tutto simile... Solo strutture di tal genere, infatti, possono farsi integralmente carico ... delle esigenze del disabile, con ciò rendendo non indispensabile l'intervento ... dei familiari"¹⁷.

Diverso rispetto all'istituto dei permessi è quello del congedo straordinario, circoscritto a ipotesi tassative e contraddistinto da presupposti rigorosi. Il congedo spetta per l'assistenza a persona in condizioni di disabilità grave, debitamente accertata, che si ravvisa solo in presenza di una minorazione, "singola o plurima", che "abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione"¹⁸.

Il legislatore predetermina i limiti temporali del congedo, che "non può superare la durata complessiva di due anni per ciascuna persona portatrice di handicap e nell'arco della vita lavorativa"¹⁹ e definisce la misura del trattamento economico spettante al lavoratore²⁰. Con questo strumento "il legislatore ha inteso, dunque, farsi carico della situazione della persona in stato di bisogno, predisponendo anche i necessari mezzi economici, attraverso il riconoscimento di un diritto al congedo in capo al suo congiunto, il quale ne fruirà a beneficio dell'assistito e nell'interesse generale"²¹. Pertanto, il congedo straordinario è espressione dello Stato sociale che si realizza, piuttosto che con i più noti strumenti dell'erogazione diretta di prestazioni assistenziali

¹⁷ Ai fini del godimento dei permessi di cui all'art. 33, l. 104 del 1992, il legislatore, dopo aver eliminato il requisito della convivenza (l. 53 del 2000, art. 19), ha anche eliminato quelli della "continuità" e della "esclusività dell'assistenza prestata al disabile (l. 183 del 2010, art. 24, co. 1, successivamente modificato dall'art. 6, d.lgs. 119 del 2011). Sulla recente evoluzione di questi permessi, v. CARDONI, *La parabola dei permessi per assistenza a familiari disabili: aporie legislative, supplenze amministrative e una riforma che non c'è*, in *RDSS*, 2014, p. 2 ss. e, con riferimento alla prospettiva delle unioni civili, PISTORE, *Permessi e congedi per l'assistenza alle persone con disabilità. Stato dell'arte e profili critici alla luce della l. n. 76 del 2016*, WP CSDLE "Massimo D'Antona" .it - 375/2018.

¹⁸ L. 104 del 1992, art. 3, co. 3.

¹⁹ D.lgs. 151 del 2001, art. 42, co. 5 bis.

²⁰ Il congedo straordinario è retribuito con "un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento" e si configura come un periodo di sospensione del rapporto di lavoro, coperto da contribuzione figurativa; l'onere economico non resta totalmente a carico del datore di lavoro, in particolare di quello privato, il quale a sua volta lo deduce dagli oneri previdenziali.

²¹ Cass. 1907 del 2019.

o di benefici economici, tramite facilitazioni e incentivi alle manifestazioni di solidarietà fra congiunti²².

Sul versante soggettivo, il congedo straordinario non può essere riconosciuto a più di un lavoratore per l'assistenza alla stessa persona²³ ed è prevista una precisa gerarchia fra i beneficiari²⁴. Il congedo spetta, in primo luogo, al coniuge convivente, che è legittimato a goderne “entro sessanta giorni della richiesta”. In caso di mancanza, di decesso o di patologie invalidanti del coniuge, subentrano “il padre o la madre anche adottivi”. La mancanza, il decesso o le patologie invalidanti dei genitori conferiscono a uno dei figli conviventi il diritto di richiedere il congedo straordinario, che è poi riconosciuto in favore di uno dei fratelli o delle sorelle sempre conviventi quando anche i figli manchino, siano deceduti o soffrano di patologie invalidanti.

Con la sentenza n. 203 del 2013 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, co. 5, d.lgs. 151 del 2001, nella parte in cui non annoverava tra i beneficiari del congedo straordinario anche i parenti o gli affini entro il terzo grado conviventi, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri soggetti individuati dalla disposizione censurata. La medesima Corte, con la sentenza n. 232 del 2018, ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale della stessa norma del d.lgs. 151 del 2001, laddove non includeva tra i beneficiari del congedo straordinario ivi previsto, e alle condizioni stabilite dalla legge, il figlio che, al momento della presentazione della richiesta, ancora non conviveva con il genitore in situazione di disabilità grave, ma che tale convivenza successivamente instaurasse, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri legittimati a richiedere il beneficio in via prioritaria²⁵.

Come si è visto, l'assistenza alle persone fragili passa attraverso la *tutela del tempo* e, quindi, attraverso riduzioni e/o cambiamenti d'orario, congedi, permessi, ma è fondamentale che transiti anche attraverso la *tutela del luogo* perché se un lavoratore intende occuparsi di un familiare affetto da una grave patologia

²² V. Corte Cost. 203 del 2013.

²³ D.lgs. 151 del 2001, art. 42, co. 5 *bis*, terzo periodo.

²⁴ Art. 42, co. 5.

²⁵ Su questa sentenza v. CANDIDO, *Congedo straordinario e tutela del disabile. La trasfigurazione di un istituto nell'interpretazione evolutiva della Corte costituzionale*, in GC, 2018, p. 2668 ss.; FABBRIZIO, *La Consulta amplia ancora la platea dei beneficiari del congedo straordinario per assistenza a familiare disabile (Corte cost. 7 dicembre 2018, n. 232)*, in RDSS, 2019, p. 251 ss. e ZAPPALÀ, *Congedo straordinario e requisito della convivenza: uguaglianza, solidarietà e assistenza nelle famiglie “senza confini”*, in RIDL, 2019, II, p. 315 ss.

ha bisogno che il suo luogo di lavoro sia il più possibile vicino a quel familiare. Qui si inserisce quanto previsto dall'art. 33, co. 5, l. 104 del 1992, secondo il quale “il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”. È una norma importante i cui effetti sono stati potenziati negli anni sia a livello legislativo, perché, ad esempio, l'obbligo di coabitazione non è più previsto per effetto della l. 53 del 2000, sia a livello giurisprudenziale con interventi che applicano il divieto di trasferimento anche nelle ipotesi di handicap non grave²⁶, oppure che anticipano la decorrenza del diritto a prestare il proprio consenso all'eventuale trasferimento disposto dal datore di lavoro al momento della richiesta del beneficio di cui alla l. 104²⁷.

Il *punctum dolens* della norma da ultimo richiamata è la sua formulazione dal momento che il diritto di scelta della sede o la richiesta di trasferimento ad iniziativa del lavoratore sono in qualche misura limitati dall'utilizzo della locuzione “ove possibile”. Tuttavia, anche in questo caso è intervenuta la giurisprudenza a spiegare che “tale consenso risulta imprescindibile e come tale necessario ai fini della legittimità del trasferimento che pure sia giustificato da esigenze tecnico organizzative del datore di lavoro, in un'ottica di bilanciamento di diritti che presuppone comunque che il consenso venga reso, salva una sua considerazione più o meno attenuata in sede di compensazione”²⁸. Pertanto, “si deve dare una interpretazione orientata alla complessiva considerazione dei principi e dei valori costituzionali coinvolti ... [cosicché] il diritto del familiare ..., con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa a ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda ovvero della P.A.”²⁹.

²⁶ È considerato vietato il trasferimento del lavoratore che assista un familiare disabile anche quando il grado di disabilità dell'assistito non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte (Cass. 7 giugno 2012 n. 9201; Cass. 12 dicembre 2016 n. 25379 e Cass. 11 ottobre 2017 n. 23857).

²⁷ Cass. 17 dicembre 2020 29009.

²⁸ Cass. 29009/2020.

²⁹ Cfr., Cass. SU 9 luglio 2009 n. 16102 e, successivamente, Cass. 12692/2002, Cass. 28320/2013, Cass. 11568/2017, 7981/2018, Cass. 6150/2019, secondo le quali il consenso viene

Ancora più eloquente a proposito è una recente sentenza del Tar Campania³⁰, secondo la quale “il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere si atteggia ... quale ‘interesse legittimo’, in quanto l’inciso ‘ove possibile’ attribuisce al datore di lavoro la discrezionalità di verificare la compatibilità dell’interesse del dipendente ad assicurare continuità assistenziale al familiare con le esigenze organizzative ed economiche dello stesso datore di lavoro”. Inoltre, “gli unici parametri entro i quali l’Amministrazione deve valutare se concedere o meno il beneficio in questione sono le proprie esigenze organizzative ed operative e l’effettiva ‘necessità’ del beneficio per il dipendente, al fine di impedire un suo uso strumentale”³¹. In sintesi, per la giustizia amministrativa, “il trasferimento *ex art. 33, co. 5, della l. 104 del 1992* può essere negato solo se ne conseguano effettive e ben individuate criticità per l’Amministrazione, la quale ha l’onere di indicarle in maniera compiuta per rendere percepibile di quali reali pregiudizi risentirebbe la sua azione, mentre non può limitarsi ad invocare generiche esigenze di corretta organizzazione e buon andamento degli uffici”³². Insomma, “la rilevanza costituzionale degli interessi sottesi [all’]art. 33 della legge n. 104 del 1992 esige che l’Amministrazione produca una motivazione congrua, quanto ai profili esaminati, e stringente, quanto alle argomentazioni svolte, ogni qualvolta ritenga recessivo, nel necessario bilanciamento degli interessi, il bisogno assistenziale che sorregge la domanda di trasferimento rispetto alle proprie esigenze organizzative e operative”³³.

In altre parole, la giurisprudenza di legittimità e amministrativa degli ultimi tempi è orientata a “mitigare” la formulazione letterale dell’art. 33, co. 5, l. 104/1992, poiché, adoperando la tecnica del bilanciamento, ritiene che il “diritto” a scegliere la sede di lavoro (e il collegato divieto ad essere trasferito senza il suo consenso) non possa essere messo in discussione in presenza di esigenze organizzative ordinarie dell’azienda o della pubblica amministrazione ma soltanto sulla base di esigenze straordinarie motivate in maniera puntuale. Tale interpretazione risulta un deterrente per il datore di lavoro nel negare il riconoscimento del diritto in oggetto.

acquisito e che comunque il rifiuto espresso dal lavoratore non può non essere tenuto in conto, quanto alle diverse ragioni prospettate, nella operazione comparativa richiesta.

³⁰ T.A.R. Campania sez. VII - Napoli, 3 maggio 2021 n. 2906.

³¹ Consiglio di Stato sez. IV, 14 luglio 2020 n. 4549; sez. IV, 2 aprile 2020 n. 2226.

³² Tar Emilia Romagna Bologna, sezione I, sentenza n. 775 del 2016.

³³ Tar Campania 2906/2021.

4. *Il part-time e la conciliazione fra esigenze professionali ed esigenze di cura*

Si è detto all'inizio che uno strumento utile ai *caregiver* familiari potrebbe essere il lavoro a tempo parziale. Com'è noto, l'art. 8 d.lgs. 81/15 consente, su accordo scritto delle parti, di trasformare il rapporto da *full time* a *part-time*. Inoltre, un vero e proprio diritto alla trasformazione dal *full time* è garantito ai "lavoratori del settore pubblico e del settore privato affetti da patologie oncologiche nonché da gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa, eventualmente anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita"³⁴. Al contrario, è prevista soltanto una priorità nella trasformazione del contratto di lavoro "in caso di patologie oncologiche o gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti riguardanti il coniuge, i figli o i genitori del lavoratore o della lavoratrice, nonché nel caso in cui il lavoratore o la lavoratrice assista una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, che abbia necessità di assistenza continua", così come su richiesta del lavoratore o della lavoratrice con figlio convivente portatore di handicap.

Come si può vedere esiste una similitudine col diritto di godere dei permessi di cui alla l. 104, ma non un'identità. Infatti, per un verso, nel caso dei permessi occorre il riconoscimento dello status di handicap grave del soggetto assistito, per un altro verso, nel lavoro a tempo parziale il diritto è riconosciuto soltanto al lavoratore affetto da patologie oncologiche o degenerative e non anche, come si è detto, al lavoratore che assiste persone affette da quelle patologie.

La flessibilità interna al rapporto di lavoro a tempo parziale, com'è noto, può essere realizzata attraverso le clausole elastiche e il lavoro supplementare. L'attivazione delle clausole di variazione della collocazione o dell'entità dell'orario è soggetta a quanto previsto dall'art. 6, co. 6, d.lgs. 81/15³⁵. Il legislatore tiene conto in qualche modo del lavoro di cura con riguardo alla facoltà per il lavoratore di revocare il consenso prestato alla clausola elastica poiché

³⁴ Art. 8, co. 5, d.lgs. 81/2015.

³⁵ L'attivazione delle clausole elastiche è soggetta: al preavviso minimo di due giorni (art. 6, co. 5, d.lgs. 81/15); alla definizione per iscritto, a pena di nullità, delle condizioni e delle modalità con cui il datore di lavoro può modificare la collocazione temporale o variare in aumento l'orario: quest'ultima variazione non può eccedere il 25% della normale prestazione annua a tempo parziale; al riconoscimento di una maggiorazione retributiva onnicomprensiva del 15% della retribuzione oraria globale di fatto.

ciò è concesso, fra le altre ipotesi, al coniuge, ai figli o al genitore del lavoratore affetto da patologie oncologiche o gravi patologie cronico-degenerative e al lavoratore con figlio convivente portatore di handicap.

Il lavoro supplementare, ossia quello svolto oltre l'orario di lavoro concordato entro i limiti dell'orario normale, richiede il consenso del lavoratore soltanto in assenza della contrattazione collettiva³⁶, mentre in presenza della fonte negoziale tale consenso non è richiesto anche se in quest'ipotesi il lavoratore può legittimamente rifiutarsi di svolgere il lavoro supplementare per "comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale".

Da quanto detto appare evidente che la disciplina del *part-time* non sembra essere adatta a tutelare i *caregiver* familiari soprattutto nella scelta del lavoro a tempo parziale perché, come si è detto, a costoro non è riconosciuto un diritto alla trasformazione. Le esigenze di cura sembrano essere un po' più tutelate nella gestione interna del rapporto di lavoro. Infatti, si è visto che il consenso prestato allo svolgimento della clausola elastica può essere revocato nell'ipotesi in cui il lavoratore assista (alcuni) conviventi fragili mentre nel lavoro supplementare la cura dei soggetti fragili può essere considerata una comprovata esigenza di salute e/o familiare che rende legittimo il rifiuto allo svolgimento del lavoro supplementare.

5. *L'esperimento del diritto al lavoro agile in caso di disabilità*

Un esperimento interessante in materia di cura dei soggetti fragili era quello previsto dall'art. 39 d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d decreto cura Italia), convertito dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, applicabile però fino al 31 dicembre 2020³⁷.

³⁶ Peraltro, il lavoro supplementare è compensato con una maggiorazione del 15% della retribuzione globale. E ciò è in sintonia con Cass., sez. lav., 6 dicembre 2014 n. 23600, secondo la quale la disponibilità del lavoratore *part time* alla chiamata del datore di lavoro, seppur non equiparabile al lavoro effettivo, è ritenuta meritevole di un adeguato compenso, da quantificare in base alle circostanze, tra cui l'incidenza sulla possibilità del lavoratore di svolgere altre attività, il tempo di preavviso di fatto osservato, la quantità di lavoro predeterminata in misura fissa.

³⁷ Sul punto v. MONDA, *Il lavoro agile "emergenziale" tra identità giuridica e problemi applicativi*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, Quad. della rivista, n. 11, 2021, p. 285 ss.; TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".it - 419/2020. Più in generale sulle misure approntate dall'ordinamento durante la pandemia per i soggetti fragili, v. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizione di agilità*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".it - 426/2020. Sui congedi e i permessi nel

Secondo la previsione, “i lavoratori dipendenti disabili nelle condizioni di cui all’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità nelle condizioni di cui” alla medesima norma avevano “diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile ai sensi dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81”, ovvero la normativa in materia di lavoro agile ordinario. Il riconoscimento del diritto non sembrava essere limitato dall’inciso “a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione”, espressione che serviva semplicemente a ricordare che esistono prestazioni lavorative che non possono essere svolte da remoto. A mio avviso, si trattava di un diritto soggettivo al lavoro agile che, in sintonia con la l. 104 del 1992, riguardava sia i lavoratori disabili sia i familiari che si occupano della cura dei disabili. C’è invece una sostanziale differenza rispetto al *part-time*, ove, come visto, ai lavoratori affetti da determinate patologie è riconosciuto il diritto alla trasformazione, mentre, se ad essere affetti dalle medesime patologie sono i familiari del lavoratore, è riconosciuta soltanto una priorità nella trasformazione del rapporto di lavoro. Priorità analoga, seppure nell’accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile, era garantita dall’art. 39, ai lavoratori del solo settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa.

6. *Brevi conclusioni*

Volendo tirare le somme si può provare a rispondere ad alcuni degli interrogativi posti all’inizio del contributo. Concentrandosi su quelli riguardanti il rapporto di lavoro subordinato, sembra si possa dire che la tutela sia abbastanza soddisfacente con riguardo alla disciplina speciale, anche se appare necessario qualche aggiustamento in grado di dar conto degli apporti giurisprudenziali prima richiamati in tema di diritto di scelta della sede di lavoro, e una razionalizzazione degli strumenti predisposti per il lavoratore e per la sua famiglia,

periodo del Covid-19, v. DONINI, *Permessi e congedi*, in *RDSS*, 2020, 2; TURRIN, *La tutela dei lavoratori fragili durante ed oltre l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *LDE*, 2021; CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Instant book della Consulta giuridica della Cgil, n. 1, Ediesse, 2020, p. 153 ss.; VITALETTI, *Equilibrio fra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, ed. speciale, n. 1, 2020, p. 123 ss.

magari avvicinando maggiormente le discipline dei congedi straordinari e del *part-time* con riferimento alle tutele riconosciute ai *caregiver* familiari. A tali fini, si potrebbe approfittare dell'approvazione della direttiva 2019/1158 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio. In questa fonte si qualifica il prestatore di assistenza come “un lavoratore che fornisce assistenza o sostegno personali a un familiare o a una persona che vive nello stesso nucleo familiare ... e necessita di notevole assistenza o sostegno a causa di condizioni di salute gravi, come definito da ciascuno Stato membro”³⁸; si prevede che “gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché ciascun lavoratore abbia diritto di usufruire di un congedo per i prestatori di assistenza di cinque giorni lavorativi all'anno. Gli Stati membri possono specificare modalità supplementari riguardo all'ambito e alle condizioni del congedo dei prestatori di assistenza in conformità del diritto o delle prassi nazionali. La fruizione di tale diritto può essere subordinata a un'adeguata attestazione, in conformità del diritto o delle prassi nazionali”³⁹; e si interviene sull'assenza dal lavoro per cause di forza maggiore⁴⁰. La direttiva va attuata entro il 2 agosto 2022. Nella c.d. “legge di delegazione europea 2019-2021”⁴¹ c'è una delega al Governo in materia che probabilmente sarà esercitata in maniera “parsimoniosa” anche perché, salvo pochi profili, la normativa italiana sembra già conforme a quella europea, e peraltro, come si è detto, presenta garanzie abbastanza soddisfacenti.

Le principali carenze nella tutela si registrano nella disciplina ordinaria con particolare riguardo alla regolamentazione della collocazione dell'orario di la-

³⁸ Art. 3, lett. d, dir. 2019/1158. Su questa direttiva nell'ottica più generale della conciliazione tempi di vita/tempi di lavoro v. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, 2020, p. 193 ss. e MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, p. 29 ss.

³⁹ Art. 6, par. 1.

⁴⁰ Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che ciascun lavoratore abbia il diritto di assentarsi dal lavoro per cause di forza maggiore derivanti da ragioni familiari urgenti in caso di malattie o infortuni che ne rendano indispensabile l'immediata presenza. Gli Stati membri possono limitare il diritto di ciascun lavoratore di assentarsi dal lavoro per cause di forza maggiore a un periodo determinato per anno o per evento, o entrambi (art. 7).

⁴¹ L. 22 aprile 2021 n. 53 (Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020). Si registra anche una proposta di legge presentata in materia alla Camera dei Deputati (A.C. 2148 del 7 ottobre 2019 ad iniziativa dei Deputati Serracchiani, Gribaudo, Rotta, Carnevali, Pezzopane, Viscomi, Carla Cantone e Severini), volta ad attuare parzialmente la dir. 2019/1158, ossia con riferimento al profilo del congedo di paternità obbligatorio.

voro, la cui variabilità sfugge al controllo del lavoratore e che, con sfumature diverse nel *full time* e nel *part-time*, è riconducibile quasi integralmente allo *ius variandi* datoriale. E questo non può andar bene per chi si trova a dover assistere familiari nella situazione di Laura Santi, la cui malattia degenerativa dura da molti anni, poiché i congedi straordinari hanno una durata ampia ma insufficiente a garantire l'assistenza necessaria, i permessi consentono di fronteggiare situazioni straordinarie ma limitate nel tempo (visite mediche, esami diagnostici ecc.) e la normativa in tema di scelta della sede di lavoro e di trasferimento fornisce una tutela importante per le cure familiari, ma, anche in questa circostanza, insoddisfacente nel caso di patologie di lungo periodo. Pertanto, non sembra esservi alternativa a una profonda revisione della disciplina in materia, riconoscendo ai *caregiver* familiari, ad esempio, un diritto, seppur soggetto ad alcune condizioni, alla flessibilità temporale della prestazione lavorativa. Naturalmente, si è consapevoli che, almeno in questa legislatura, non c'è tempo (né volontà politica) per mettervi mano. Peraltro, nemmeno il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) sembra indurre a essere ottimisti poiché presta una certa attenzione alla tematica della disabilità⁴² ma non dedica alcun riferimento né al lavoro di cura in generale, né tantomeno ai *caregiver* familiari⁴³. E nella stessa direzione sembra andare la l. 22 dicembre 2021 n. 227 (delega al Governo in materia di disabilità) che si occupa prevalentemente della condizione di disabilità e non del lavoro di cura, dedicando a questo profilo uno spazio marginale⁴⁴.

Se queste previsioni sono giuste, i lavoratori che prestano cure da svariati anni a un proprio familiare rischiano di restare i fantasmi di cui parlava Laura Santi nell'intervista richiamata in apertura.

⁴² V., ad esempio, la parte dedicata alle “Pari opportunità per le persone con disabilità” incentrata sulla proposta di una “Legge quadro sulla disabilità” (p. 40 ss.).

⁴³ Il PNRR individua laconicamente come obiettivo generale il rafforzamento del “ruolo dei servizi sociali territoriali come strumento di resilienza, mirando alla definizione di modelli personalizzati per la cura ... delle persone con disabilità” (M5C2 – Infrastrutture sociali, comunità e terzo settore”).

⁴⁴ Infatti, a questo profilo sono dedicate soltanto due norme: l'art. 2, co. 2, lett. c, n. 4, l. 227/221, che delega al Governo a “prevedere che nel progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato siano individuate figure professionali aventi il compito di curare la realizzazione del progetto, monitorarne l'attuazione e assicurare il confronto con la persona con disabilità e con i suoi referenti familiari”; e l'art. 2, co. 2, n. 13, lett. d, secondo il quale occorre “istituire, nell'ambito degli interventi previsti nel PNRR, piattaforme informatiche, che ... contengano anche le informazioni relative ai benefici eventualmente spettanti ai familiari o alle persone che hanno cura della persona con disabilità”. Per un primo commento alla legge delega, v. BONARDI, *Luci e ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, in *Italian Equality Network*, www.italianequalitynetwork.it, 2022.

Abstract

Il contributo si occupa del lavoro subordinato di cura dei familiari conviventi che necessitano di assistenza continua e prende le mosse dall'analisi degli spazi esistenti per le esigenze delle cure familiari nella disciplina ordinaria del tempo di lavoro per poi passare alla regolamentazione degli strumenti predisposti dal legislatore per fronteggiare queste particolari esigenze. L'ultima parte del discorso è dedicata all'analisi delle potenzialità del rapporto di lavoro a tempo parziale che, almeno sulla carta, dovrebbe rappresentare uno strumento in grado di venire incontro alle esigenze delle cure familiari, e all'esame della particolare fattispecie di lavoro agile utilizzabile, durante la pandemia, proprio dai lavoratori fragili e dai *caregiver* familiari.

This contribution deals with the dependent care work of cohabiting family members who need continuous assistance. It starts from the analysis of the existing spaces for the needs of family care in the ordinary discipline of working time and then moves on to the regulation of the tools provided by the legislator to meet these particular needs. The final part of the paper is dedicated to the analysis of the potential of part-time work, which, at first sight, should meet the needs of family care, and to the investigation on the particular type of agile work that has been used during the pandemic by fragile workers and family caregivers.

Keywords

Lavoro di cura, rapporti subordinati di lavoro, soggetti fragili, familiari conviventi, assistenza continua.

Care work, dependent employment relationships, fragile individuals, cohabiting family members, continuous assistance.

Mariagrazia Militello
*Work life balance. Parità nel lavoro
e condivisione della cura*

Sommario: **1.** Premessa e precisazioni. **2.** Le dimensioni della conciliazione e l'equilibrio tra vita familiare e vita professionale. **3.** La regolazione dei congedi tra novità e contraddizioni. **4.** Le modalità di lavoro flessibili. **4.1.** Il lavoro a distanza. **5.** La conciliazione vita lavoro nella pandemia e il nuovo (?) equilibrio tra PNRR e legge di delegazione europea.

I. *Premessa e precisazioni*

La parabola evolutiva della nozione di equilibrio vita lavoro mostra oggi, con estrema chiarezza, quale sia l'impatto – attuale e potenziale – che l'emersione del diritto sociale alla conciliazione o, più correttamente, del diritto all'equilibrio tra tempi di vita e tempi di lavoro nel significato acquisito a livello europeo, ha in un contesto di progressiva affermazione dell'importanza dei tempi di cura – e del diritto alla cura – e della conseguente riconcettualizzazione dei tempi sociali. E anche come, in questo quadro di “trasformazione dei valori”¹, il perseguimento degli obiettivi di parità e condivisione delle responsabilità si intersechino necessariamente con il fine di riequilibrare il potere esorbitante dell'organizzazione produttiva sui tempi di vita del lavoratore e della lavoratrice², nell'ambizioso “progetto di democraticizzazione

¹ CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, 2004, p. 50. LEPENIES, *Il declino del lavoro*, in *Reset*, 1994, n. 2, p. 58.

² BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, 2008, p. 278. Scopo principale e più tradizionale del diritto alla conciliazione è anzitutto proteggere la famiglia dal lavoro; così ITZCOVICH, *I conflitti della conciliazione. Un'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in BALLESTRERO - DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, 2009, p. 114.

del rapporto di lavoro” in grado di immettere “contenuti radicalmente e irriducibilmente personali, che non allargano l’ambito del contratto, ma che, piuttosto (e pur dall’interno) si impongono ad esso”³.

Per tale ragione, il concetto di equilibrio tra vita e lavoro che rappresenta una evoluzione della conciliazione⁴ originariamente riferita al solo rapporto tra vita professionale e ruoli familiari, evoca oggi questioni di amplissimo respiro che riguardano il rapporto tra i tempi sociali, cioè tra i tempi dedicati al lavoro e i tempi della vita in senso lato – tempo di non lavoro e tempo libero – oltre che la complessità delle loro intersezioni⁵ che si riflette nella frammentarietà e nelle contraddizioni della relativa regolazione⁶.

Data l’ampiezza dell’argomento, è necessario fare qualche precisazione al fine di meglio definire il perimetro del presente contributo. In primo luogo, la nozione di equilibrio vita-lavoro presa in considerazione sarà principalmente quella di equilibrio tra i tempi dedicati al lavoro e i tempi dedicati alla cura e, di conseguenza, ci si riferirà agli strumenti adottati al fine di garantire e tutelare al contempo il diritto al lavoro e il diritto alla cura, nella

³ DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, p. 256.

⁴ Come si avrà modo di sottolineare, il passaggio dalla nozione di “conciliazione” a quella di “equilibrio” non è privo di risvolti e conseguenze. Tuttavia, si tratta di un passaggio lessicale che non si è ancora del tutto consumato; prova ne sia il fatto che la direttiva 1158/2019 che reca nella rubrica il termine equilibrio, utilizza indifferentemente anche conciliazione. Ed è la ragione per la quale, dato per scontato il mutamento di senso del concetto, nel presente contributo si useranno entrambi i lemmi.

⁵ CALAFÀ, *Unione solidale registrata tra persone omosessuali e pensioni superstiti: il caso Tadao Maruko dinnanzi alla Corte di Giustizia Ce*, in *RGL*, 2009, p. 238.

⁶ Senza voler entrare nel dettaglio di una disamina già portata avanti da altri con ampiezza di analisi e risultati, basti in questa sede mettere in evidenza il sempre più importante rilievo assunto dai tempi diversi da quello dedicato al lavoro retribuito, da un punto di vista, economico, giuridico, sociologico e statistico. L’interesse a far emergere il valore del lavoro svolto a titolo gratuito, in senso ampio, che contribuisce in maniera determinante alla qualità della vita delle famiglie, ha spinto nel 2013 l’OIL ad adottare una più ampia definizione di lavoro che comprende «qualsiasi attività svolta da persone di ogni sesso ed età per la produzione di beni o servizi ad uso proprio o di altri», con il fine di guidare una ridefinizione delle statistiche ufficiali sul lavoro e dare un ruolo a tutte le forme di lavoro che concorrono al benessere di una nazione. In questi termini, cfr. il rapporto ISTAT, *I tempi della vita quotidiana. Lavoro, conciliazione, parità di genere e benessere soggettivo*, 2019, p. 13.

Sin dagli anni ’70, la statistica ufficiale ha riconosciuto il valore delle informazioni sui tempi delle persone per indagare aspetti diversi al fine di fornire valide informazioni per le politiche pubbliche. Nel nostro Paese, l’indagine Uso del tempo è regolata dalla l. n. 53/2000 al fine di fornire informazioni quinquennali sulle differenze di genere nei tempi di vita.

duplice accezione di diritto a dare e ricevere cura. In secondo luogo, all'interno di questo perimetro, le riflessioni saranno ulteriormente limitate alle tutele riconosciute ai lavoratori e alle lavoratrici subordinati/e, nella consapevolezza che il diritto alla conciliazione tra vita professionale e vita lavorativa deve essere riconosciuto a tutti i lavoratori e le lavoratrici, qualunque sia la qualificazione giuridica del loro rapporto, come pure affermato dalla direttiva 1158/2019/UE sull'equilibrio tra vita familiare e vita professionale⁷.

2. *Le dimensioni della conciliazione e l'equilibrio tra vita familiare e vita professionale*

La conciliazione ha sempre avuto un ruolo marginale nel diritto del lavoro. Il tempo di cura, ricondotto all'interno della più ampia categoria del *tempo libero*, inizialmente sovrapposta a quella del tempo di non lavoro in quanto *tempo liberato dal lavoro*⁸ è sempre stato – ed è tuttavia – assoggettato ai tempi dell'organizzazione produttiva, definendosi per sottrazione; è vero, infatti, che l'attuale disciplina dell'orario di lavoro “pare rinnegare in radice l'immagine di un ordinamento alla ricerca di un corretto equilibrio fra vita e lavoro”⁹.

In questo quadro, l'unica eccezione è rappresentata da quegli istituti particolari posti a presidio di un tempo libero *qualificato, vincolato*, destinato, esclusivamente in un primo momento e principalmente in seguito, a soddisfare il necessario adempimento della “essenziale funzione familiare della madre”, tutelata dalla Costituzione.

Non mi soffermerò sul significato che il precetto contenuto nell'art. 37 della Costituzione ha assunto nel sistema giuridico di tutela dei diritti della

⁷ La direttiva si applica a tutti i lavoratori, uomini e donne, che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quale definito dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia (art. 2). Significativo il fatto che la proposta originale della Commissione non contenesse alcun riferimento alle definizioni nazionali, nel tentativo di garantire un'applicazione generalizzata delle tutele che non dipendesse dai sistemi legali nazionali. Sui rischi relativi cfr. in generale GIUBBONI, *Being a worker in EU law*, in *European Labour Law Journal*, 2018, pp. 223 ss.

Sul punto v. ZOPPOLI I. in questo volume.

⁸ BALBO, *Tempo di lavoro, tempo libero, tempo per sé*, in *Tempo libero e società di massa nell'Italia del Novecento*, Franco Angeli, 1995.

⁹ NICCOLAI, *Orario di lavoro e resto della vita*, in *LD*, 2009, n. 2, p. 247.

donna, madre e lavoratrice, se non per ricordare come le due anime in esso contenute – quella paritaria che si esprime attraverso la previsione del diritto della donna alla parità retributiva e quella protettiva dell’adempimento della sua essenziale funzione familiare – hanno spostato il *focus* della legislazione sulla maternità a lavoro dalla tutela della salute della madre e del bambino alla protezione dei diritti della donna che lavora e che si prende cura e del soggetto di cui si prende cura¹⁰. E ciò pur con le contraddizioni in termini di regolazione che ne sono derivati, in cui la logica della protezione – a tratti paternalistica – è a lungo prevalsa sulle istanze di parità, contribuendo a creare quella condizione di segregazione e divisione sessuata del mercato del lavoro, legata ad una statica divisione dei ruoli all’interno della famiglia, che il nuovo concetto di equilibrio vita lavoro è chiamato a scardinare e superare (*v. infra*).

Grazie al processo di integrazione europea, la conciliazione vita-lavoro – e, di conseguenza, la sua regolazione – ha acquisito una posizione sempre più decisiva nella costruzione del modello sociale dominante, cominciando, a partire dagli anni ’90, ad entrare nell’agenda europea e diventando oggetto di Raccomandazioni e direttive fondate progressivamente sempre più sul presupposto della necessaria correlazione tra una più equa divisione delle responsabilità familiari e una più efficace partecipazione delle donne al mercato del lavoro, cui fa da sfondo – inevitabile – il diritto del figlio ad essere accudito in maniera adeguata da entrambi i genitori, non necessariamente soltanto dalla madre.

Non è un caso, d’altronde, che uno dei primi atti europei in cui si è parlato di conciliazione è stata la Raccomandazione sulla custodia dei bambini, adottata al fine di implementare azioni in tema di pari opportunità per uomini e donne e politiche familiari, che descriveva “i metodi di custodia dei bambini, il congedo parentale e il congedo di maternità elementi di un tutto che consente ai lavoratori di conciliare le loro responsabilità familiari con le ambizioni professionali”¹¹.

È però con la direttiva 96/34/CE sui congedi parentali, in particolare, che il legislatore ha introdotto la regolazione di un istituto la cui fruizione è direttamente connessa al perseguimento dell’obiettivo della conciliazione e finalizzata a promuovere la parità di opportunità e di trattamento tra gli uomini e le donne. Attraverso la previsione di un diritto al congedo per la

¹⁰ VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2020.

¹¹ Cfr. 92/241/CEE: Raccomandazione del Consiglio, del 31 marzo 1992, sulla custodia dei bambini.

nascita o l'adozione di un bambino, di natura individuale, attribuito ai lavoratori, di ambo i sessi, la direttiva ha così scardinato il limite della titolarità dell'assegnazione del diritto alla sola madre – e al padre unicamente in alternativa – in quanto inscindibilmente connesso all'evento della gravidanza e del parto ovvero alla peculiare funzione svolta dalla madre. Nello stesso senso si è mosso il legislatore italiano che ha assorbito interamente questa visione introducendo il diritto individuale per entrambi i genitori – non più alternativo – al congedo parentale nella legge n. 53/2000, la cui rubrica recava espressamente il “diritto alla cura”, che si è ispirata alla direttiva, pur non menzionandola¹².

Le istanze contenute nella legislazione europea – non solo la direttiva sui congedi parentali ma anche quella sulla tutela delle lavoratrici madri (dir. 92/85/CEE), e anche l'art. 8 della Carta sociale europea sulla protezione della maternità e l'art. 27 della Carta sociale riveduta che contempla il diritto dei lavoratori aventi responsabilità familiari alla parità di opportunità e trattamento – sono confluite nel testo dell'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali, intitolato “vita familiare e vita professionale” che prevede “il diritto di ogni persona di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità” e il “diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio” al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale.

La formulazione, da subito, è apparsa un po' deludente perché, da una parte, non contempla tutte le misure necessarie ad un approccio comprensivo alla conciliazione; manca, infatti, il riferimento alle misure di adattamento della prestazione lavorativa e all'assistenza all'infanzia. E, dall'altra, sembra avere una vocazione “familiare”, che risulterebbe dall'ordine in cui vengono elencati i diritti¹³.

Non va, tuttavia, sottostimata la piccola rivoluzione culturale e giuridica compiuta dal legislatore che, attraverso l'introduzione di un'apposita norma

¹² Di recepimento “clandestino” parla ALES, voce *Maternità e congedi parentali*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. IX, Giuffrè, 2016, p. 531 ss.; GOTTARDI, *Introduzione. Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 3.

¹³ Parla di *derisory set of rights* COSTELLO, *Family and professional life*, in PEERS-HERVEY-KENNER (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights: a commentary*, Hart Publishing, 2014, p. 917; cfr. anche KOLLONAY LEHOCZKY- KRESAL, *Article 33 – Family and professional life*, in DOR-SEMONT-LORCHER-CLAUWAERT-SCHMITT (a cura di), *The Charter of fundamental rights of the European Union and the employment relation*, Hart Publishing, 2019, p. 586.

nella Carta dei diritti fondamentali, ha assegnato alla conciliazione il rango di diritto. Inoltre, la norma individua – condivisibilmente – quale beneficiario del suddetto diritto non la madre o il padre ma *ogni persona*, dimostrando così di prestare una maggiore attenzione ad una eguale ripartizione dei carichi familiari, aprendo uno spiraglio per il superamento dei classici ruoli genitoriali e, al contempo, mettendo in discussione i concetti tradizionali di famiglia e genitorialità.

La direttiva 1158/2019 rubricata “Equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza”, adottata nel giugno 2019, ha confermato e portato avanti questo mutamento di prospettiva. Per la prima volta, il legislatore non si è occupato di regolare un singolo istituto al fine di migliorare la conciliazione tra vita professionale e vita familiare dei genitori che lavorano e perseguire la parità tra uomini e donne; ma ha fatto dell’equilibrio tra attività professionale e vita familiare l’oggetto di un intervento articolato, ponendo la parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro e il trattamento sul lavoro come obiettivo da conseguire agevolando la conciliazione tra lavoro e vita familiare per i lavoratori che sono genitori o prestatori di assistenza.

C’è, dunque, un cambio di passo evidente: la conciliazione non è più un obiettivo a sé stante ma un mezzo necessario per il perseguimento del fine della parità di trattamento da conseguire attraverso l’adozione di strumenti che favoriscano un’equa ripartizione delle responsabilità genitoriali.

Sembrirebbe una differenza irrilevante ma la correlazione funzionale tra la conciliazione, che implica una più equa ripartizione delle responsabilità familiari, e la parità di trattamento tra uomini e donne, da una parte, e il diritto del bambino ad essere allevato e sostenuto da entrambi i genitori, dall’altra, si rivela fondamentale quale chiave di lettura per la verifica dell’efficacia di quegli istituti espressamente orientati al perseguimento di obiettivi conciliativi, perché modifica l’assetto degli interessi che ne stanno alla base, su cui dirò più avanti.

Non prima, però, di aver segnalato, seppur rapidamente, un paio di zone d’ombra che sono della direttiva ma che, prima di tutto, rappresentano i nodi irrisolti della conciliazione. Da una parte la tensione tra l’aspirazione alla neutralità cui sembra alludere la nozione di equilibrio vita lavoro – fondata sull’equa ripartizione del lavoro di cura – e un linguaggio dei diritti ancora *gender-oriented*, evidente nella regolazione dei congedi e visibile anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁴ (§ 3).

¹⁴ BARBERA, *The unsolved conflict: reshaping family work and market work in the EU legal order*,

E, dall'altra, l'assenza di una adeguata ri-regolazione dell'orario di lavoro necessaria all'interno di un più vasto progetto di modifica del rapporto tra i tempi, e che invece nella direttiva trova spazio solo attraverso la previsione della possibilità per i lavoratori di accedere a modalità di lavoro flessibili (v. *infra* § 4).

3. *La regolazione dei congedi tra novità e contraddizioni*

Con riguardo ai congedi, la prima cosa che salta all'occhio è una grande assenza. Nella direttiva – che comunque, come noto, è frutto di vari compromessi – non c'è alcun riferimento al congedo di maternità che resta la grande contraddizione all'interno del quadro di regolazione della conciliazione, e non solo a livello europeo.

Anni addietro, il Parlamento europeo aveva tentato di modificare la direttiva 92/85/CEE – concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento – provando a spostare il *focus* del congedo dalla tutela della salute della lavoratrice madre alla cura dei figli. Nella Risoluzione adottata si prevedeva una durata più lunga del congedo, di 20 settimane, almeno sei delle quali obbligatorie dopo il parto; mentre, per la parte non obbligatoria, la lavoratrice avrebbe potuto decidere di gestire il tempo a disposizione in modo più flessibile, scegliendo liberamente quando fruirne ed eventualmente condividendo tale periodo con il padre. Attraverso gli emendamenti approvati, il Parlamento superava il limite imposto dalla finalità di tutela della salute e sicurezza della lavoratrice madre qualificando espressamente il congedo di maternità anche come misura intesa a “conciliare maggiormente la vita professionale con quella privata e familiare”. Nella proposta si leggeva che “tutti i genitori hanno il diritto di prendersi cura dei loro figli” e “il congedo di maternità, il congedo di paternità e il congedo parentale sono complementari e, se abbinati, possono favorire un migliore equilibrio tra la vita professionale e quella familiare”.

L'esito negativo di tale processo di modifica dimostra chiaramente la

difficoltà di adottare un approccio capace di comporre l'istanza protettiva e quella egualitaria, di far convivere la tutela della maternità e il diritto antidiscriminatorio¹⁵.

Tale insanabile contraddizione si traduce poi nella circostanza per cui, malgrado il diritto ad un congedo di maternità retribuito sia indicato espressamente come strumento di conciliazione, esso non risulta regolato come tale, poiché manca la prospettiva dell'equa condivisione del lavoro di cura, soverchiata non soltanto dalla necessaria tutela della salute, ma anche e soprattutto da una distorta visione della relazione madre/figlio considerata centrale e imprescindibile e fondata sull'idea che a prendersi cura dei figli sia per convenzione o, addirittura, debba per natura essere principalmente la madre; come dimostrano con chiarezza diverse disposizioni in cui appare evidente la posizione prioritaria assegnata alla relazione madre/figlio che supera l'istanza di tutela della salute¹⁶.

La nozione di equilibrio che si va affermando a livello europeo consente di superare questa prospettiva e di affrancarsi dall'idea dell'esclusività del ruolo assegnato alla madre nell'ottica di regolare il congedo – che potrebbe diventare di genitorialità – quale reale strumento di conciliazione, fondato sull'equa ripartizione del lavoro di cura, funzionale al perseguimento dell'obiettivo della parità di trattamento uomo-donna. A tal fine sarebbe, però, necessario, da una parte, valorizzare la relazione genitori/figli, fondata, a sua volta, sul presupposto che del figlio possono e debbono occuparsi entrambi i genitori; e, dall'altra, potenziare il ruolo degli uomini nell'assunzione delle responsabilità familiari superando, di conseguenza, la tradizionale ripartizione delle responsabilità tra i genitori¹⁷.

¹⁵ Parla di demonizzante, tradizionale separazione con riferimento al rapporto tra strumenti di conciliazione e politiche dell'eguaglianza, CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, 2004, p. 263.

¹⁶ Cfr. la disposizione per cui nel caso di interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gestazione, nonché in caso di decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità, le lavoratrici hanno facoltà di riprendere in qualunque momento l'attività lavorativa (art. 16, co. 1 bis d.lgs. n. 151/2001) o la previsione, frutto di una pronuncia della Corte costituzionale, che consente, nell'ipotesi di parto prematuro con ricovero del neonato in una struttura sanitaria pubblica o privata, che la madre lavoratrice possa fruire, a sua richiesta e compatibilmente con le sue condizioni di salute attestate da documentazione medica, del congedo obbligatorio che le spetta, o di parte di esso, a far tempo dalla data d'ingresso del bambino nella casa familiare (Corte cost. n. 116/2011, su cui cfr. il commento di TEBANO, *La Consulta inietta una nuova dose di flessibilità nel congedo di maternità*, in *RIDL*, 2011, p. 752 ss.).

¹⁷ La Corte di giustizia continua a distinguere, ingenerando non poche difficoltà inter-

Assunto questo punto di vista, nulla osterebbe all'estensione al padre o all'altro genitore, in condizioni di piena parità, del congedo ancora oggi previsto principalmente per la sola madre¹⁸, andando oltre quanto già fatto dalla Corte costituzionale che, valorizzando la relazione genitori/figli ha ripetutamente affermato l'importanza della compresenza di entrambe le figure genitoriali ai fini della cura delle esigenze del minore¹⁹.

Una siffatta regolazione non avrebbe né lo scopo né l'effetto di reprimere la componente materna identitaria di una donna né tantomeno di negarne l'esistenza; al contrario, concorrerebbe a sostenere e assicurare la volontarietà e la libertà di scelta delle donne lavoratrici nella gestione dei tempi, oltre ogni condizionamento culturale, sociale e giuridico, anche "eliminando, per quanto possibile, gli incentivi economici che cristallizzano nell'ordinamento talune consolidate convenzioni sociali", "cercando di offrire ai genitori almeno un certo margine di scelta (...)"²⁰.

Purtroppo, però, questo traguardo appare ancora molto lontano. Con l'esclusione del congedo parentale, che nella maggior parte dei Paesi europei ha una copertura economica non significativa²¹, in materia di congedi, l'unico

pretative, tra congedo diretto a tutelare le lavoratrici con riguardo alla loro condizione di maternità e congedo che tutela la condizione di genitori (CGUE, 18 novembre 2020, Causa - 463/19 *Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle c. Caisse primaire d'assurance maladie de Moselle*).

¹⁸ ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *DRI*, 2018, 3, p. 804.

¹⁹ Sulla necessità di garantire una piena tutela ad ambedue i rapporti genitoriali cfr. BORELLI, *Il padre lavoratore nella giurisprudenza costituzionale*, in CALAFÀ (a cura di), *Paternità e lavoro*, il Mulino, 2007, p. 223.

²⁰ Par. 18 Conclusioni AG Bobek, 9 luglio 2020, Causa - 463/19 *Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle c. Caisse primaire d'assurance maladie de Moselle*.

²¹ La retribuità dell'assenza è condizione di rilievo cruciale ai fini dell'efficacia del congedo, come dimostra l'esperienza italiana sulla insoddisfacente fruizione del diritto da parte dei padri; così NUNIN, *Il congedo parentale: nuovi limiti temporali dopo il d.lgs. n. 80/2015*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 63.

«Vi sono studi che dimostrano che gli Stati membri che offrono una parte significativa di congedo parentale ai padri e che versano ai lavoratori una retribuzione o un'indennità durante tale congedo a un tasso di sostituzione relativamente elevato presentano un tasso più elevato di fruizione da parte dei padri e una tendenza positiva nel tasso di occupazione delle madri» (considerando n. 26).

La direttiva 1158/2019, infatti, si sofferma sulla necessità di stabilire un livello adeguato di retribuzione o di indennità per il periodo minimo di congedo parentale (considerando n. 31); a tal fine stabilisce che «Per quanto riguarda il congedo parentale di cui all'articolo 5, paragrafo 2, tale retribuzione o l'indennità è definita dallo Stato membro o dalle parti sociali ed è stabilita

piccolo passo verso la condivisione delle responsabilità familiari, è stato compiuto con l'introduzione del congedo di paternità, definito dalla direttiva 1158/2019 quale congedo dal lavoro per il padre o, laddove riconosciuto dal diritto nazionale, per un secondo genitore equivalente (art. 3, co. 1 lett. a)²².

Semberebbe una previsione innovativa sia per l'introduzione di una tipologia di congedo che manca o è carente in molti Paesi, sia per il riferimento alla figura del genitore equivalente. Si tratta, tuttavia, di novità deludenti. Da una parte, infatti, la durata del congedo di paternità è oggettivamente troppo breve per avere un impatto significativo sul perseguimento dell'obiettivo di agevolare una più equa ripartizione delle responsabilità familiari, poiché al più qualifica il padre come una figura ancillare non certo corresponsabile nella cura dei figli. Si segnala, tuttavia, in parziale controtendenza, l'apprezzabile previsione – malgrado sia contenuta solo in un considerando – per cui “Gli Stati membri possono altresì concedere il congedo di paternità in caso di parto di un feto morto” (considerando n. 19); che, con l'obiettivo di tutelare il genitore di fronte alla perdita di un figlio, lascia intravedere, seppur timidamente, l'intenzione di assegnare al padre un ruolo più centrale nella gestione degli eventi che riguardano l'arrivo di un bambino (ivi compresa la perdita), mettendo così al centro della protezione il ruolo genitoriale.

Senz'altro, l'introduzione del congedo di paternità rappresenta un primo passo – più che altro simbolico – lungo un percorso intrapreso e portato avanti con sempre maggiore chiarezza a livello sovranazionale, finalizzato al perseguimento di una più equa ripartizione delle responsabilità familiari e che, in prospettiva, potrebbe tradursi nella scelta di una piena equiparazione delle figure genitoriali; è, dunque, un passaggio importante – da tempo necessario – perché persegue un'idea della parità e della conciliazione ben precisa; tuttavia, una regolazione come quella attuale appare del tutto insufficiente e inadeguata ad incidere sulle sedimentate differenze strutturali che affliggono la condizione della lavoratrice madre, nel mercato e nella famiglia²³.

in modo da facilitare il ricorso al congedo parentale da parte di entrambi i genitori» (art. 5, co. 3).

²² Sul congedo di paternità cfr. il contributo di IODICE in questo Volume.

²³ Cfr., tra gli altri, SCISCI-VINCI, *Differenze di genere, famiglia, lavoro: il ruolo femminile nella ricomposizione dei tempi di vita*, Carocci, 2002; ALES, *Il modello sessuato di ruolo sociale e i suoi antidoti: l'adult worker model nell'ordinamento italiano*, in *LD*, 2008, n. 3, p. 533.

Per quanto riguarda, poi, la previsione della figura del genitore equivalente, l'entusiasmo dinanzi alla sua introduzione viene smorzato non appena ci si sofferma sulla artificiosità della equiparazione al solo padre. La questione entro cui si inserisce questa osservazione è ovviamente più ampia e riguarda il tema della tutela della genitorialità nelle coppie omosessuali, rispetto al quale già la distinzione dei ruoli (madre/padre) si rivela innaturale, e laddove l'ulteriore introduzione della figura del genitore equivalente equiparato unicamente al padre complica le cose, invece che semplificarle, malgrado l'apprezzabile tentativo di ampliare la platea dei possibili beneficiari del diritto al congedo²⁴.

Tuttavia, pur in un quadro complessivo di difficile interpretazione, è auspicabile che il riferimento al genitore equivalente costituisca una sorta di cavallo di Troia, utile per il superamento di distinzioni irragionevoli nell'uso degli strumenti messi a disposizione dal legislatore al fine di agevolare l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare, che siano fondate sull'orientamento sessuale²⁵.

4. *Le modalità di lavoro flessibili*

Una novità di grande rilievo della direttiva risiede nella introduzione delle modalità di lavoro flessibili quali strumenti di conciliazione.

I lavoratori – si legge – “affinché siano incoraggiati a rimanere a far parte della forza lavoro, dovrebbero poter adeguare il calendario di lavoro alle proprie esigenze e preferenze personali. A tal fine, prestando attenzione alle esigenze dei lavoratori, questi hanno il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili al fine di adeguare l'organizzazione della vita professionale, anche, laddove possibile, mediante l'uso del lavoro a distanza, calendari di lavoro flessibili o una riduzione dell'orario di lavoro, allo scopo di fornire assistenza” (considerando n. 34).

Bisogna, anzitutto, intendersi bene su quali siano o debbano essere le modalità di lavoro flessibili utili al perseguimento di un migliore equilibrio tra vita e lavoro, alla luce della nuova nozione di equilibrio, che ormai si col-

²⁴ Possibili perché l'estensione al genitore equivalente è limitata all'ipotesi in cui si tratti di una figura riconosciuta dal diritto nazionale (art. 3, co. 1 lett. a).

²⁵ Cfr. SCARPONI, *Work life balance fra diritto dell'UE e diritto interno*, in AIMO, FENOGLIO, IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Rocella*, ESI, 2021, p. 890-891.

loca oltre il vecchio concetto di conciliazione dei tempi, parziale, declinata unicamente al femminile, il cui unico effetto è stato quello di consentire alle donne di essere al contempo madri e lavoratrici, attraverso la conciliazione dei due ruoli. Questa prospettiva miope ha di fatto favorito un aumento dell'occupazione femminile limitato ad un segmento di mercato caratterizzato da un lavoro instabile e precario, affidando, al contempo, la distribuzione del lavoro di cura ai modelli culturali vigenti.

Per superare tale assetto, è anzitutto necessario partire dalla consapevolezza che l'organizzazione del lavoro e dell'orario di lavoro hanno un forte impatto di genere e che l'attuale regolazione dell'orario di lavoro risulta ancora costruita intorno al prototipo di un lavoratore che non è gravato dal lavoro di cura o che non intende farsene carico, tipicamente un lavoratore uomo²⁶.

Nel considerando n. 34 citato, la direttiva elenca, a titolo esemplificativo (“anche”), quali modalità di lavoro flessibili, il lavoro a distanza, i calendari di lavoro flessibili e la riduzione dell'orario di lavoro; tuttavia, ad un'attenta lettura, ci si avvede del fatto che il *focus* è volutamente più centrato sull'adattamento dell'orario di lavoro alle esigenze personali, attraverso la previsione del diritto ad una gestione flessibile dei tempi di lavoro, da perseguire *eventualmente* – pare dire il legislatore – *anche* attraverso il lavoro a distanza e la riduzione dell'orario di lavoro. In questo senso sembra deporre l'art. 9 che, nel regolare le modalità di lavoro flessibili, si riferisce esclusivamente al diritto di chiedere *orari di lavoro flessibili*²⁷.

Mentre altrove, con riguardo al lavoro a distanza e alla riduzione dell'orario di lavoro, il legislatore sente il bisogno di esplicitare la necessità di limitarne la durata, sottolineando la “pericolosità” di un uso prolungato di tale modalità di lavoro, che potrebbe tradursi in una riduzione dei diritti pensionistici o una riduzione delle prospettive di carriera, come già sperimentato con l'utilizzo del *part-time*²⁸ quale strumento di conciliazione

²⁶ Si veda, ad esempio, la recente sentenza della Corte di giustizia del 18 settembre 2019, C-366/18, *Mesonero c. UTE Luz Madrid Centro* sulla richiesta avanzata da un lavoratore turnista di poter lavorare esclusivamente durante il turno mattutino, mantenendo lo stesso numero di ore lavorative, senza riduzione della retribuzione, per occuparsi dei suoi figli.

²⁷ “Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che i lavoratori con figli fino a una determinata età, che non deve essere inferiore a otto anni, e i prestatori di assistenza abbiano il diritto di chiedere orari di lavoro flessibili per motivi di assistenza (...)” (art. 9, co. 1).

²⁸ “(...) Benché il lavoro a tempo parziale si sia rivelato utile per consentire ad alcune donne di restare nel mercato del lavoro dopo la nascita di un figlio o l'assistenza a familiari che

quasi esclusivamente al femminile, non a caso non menzionato dalla direttiva²⁹.

È pur vero che anche l'art. 9, con riguardo agli orari di lavoro flessibili, parla di una durata limitata, ma lo fa – sembra – da una prospettiva parzialmente diversa che è quella dell'interesse principale del lavoratore che ha “il diritto di chiedere di tornare all'organizzazione originaria della vita professionale anche prima della fine del periodo convenuto, ogniqualvolta un cambiamento di circostanze lo giustifichi”.

L'introduzione nella direttiva delle modalità di lavoro flessibili rappresenta senza dubbio un'importante novità poiché implica il riconoscimento esplicito dell'incidenza che l'organizzazione del lavoro e dell'orario di lavoro hanno sull'equilibrio tra vita familiare e attività professionale³⁰ e del conseguente rilievo funzionale della regolazione flessibile dell'orario di lavoro quale tassello necessario nel complesso puzzle della conciliazione.

Tuttavia, questa parte della direttiva presenta il limite costituito dalla natura imperfetta del diritto dei lavoratori di chiedere modalità di lavoro flessibili, poiché ad esso non corrisponde l'obbligo dei datori di lavoro di accettare le richieste ma solo di prenderle in considerazione e rispondere entro un periodo di tempo ragionevole, motivando l'eventuale rifiuto o richiesta di rinvio.

Su questa scelta cauta – frutto di un compromesso³¹ – pesa la mancata modifica della direttiva sull'orario di lavoro, determinata proprio dal rifiuto opposto dal Consiglio e dalla Commissione alla proposta del Parlamento europeo di prevedere l'obbligo per il datore di lavoro di informare con congruo anticipo i lavoratori delle modifiche del ritmo di lavoro, e il diritto riconosciuto ai lavoratori di chiedere modifiche dell'orario o del ritmo di lavoro

necessitano di cure o sostegno, lunghi periodi di riduzione dell'orario di lavoro possono determinare una riduzione dei contributi di sicurezza sociale e, quindi, la riduzione o l'annullamento dei diritti pensionistici” (considerando n. 35).

²⁹ ALESSI, *La direttiva 2019/1158/UE: alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in CORTI (a cura di), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale europea*, Vita e Pensiero, 2021.

³⁰ “L'equilibrio tra attività professionale e vita familiare resta tuttavia una sfida considerevole per molti genitori e lavoratori con responsabilità di assistenza, in particolare a causa della crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati e di orari di lavoro che cambiano, il che ha un impatto negativo sull'occupazione femminile” (considerando 10).

³¹ CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *Lavoro nella giur.*, 2020, n. 2, p. 125.

per incontrare le proprie esigenze, con correlato obbligo a carico dei datori di lavoro di considerare tali richieste equamente, tenuto conto delle esigenze di flessibilità di datori di lavoro e lavoratori, con possibilità di rifiutarle “soltanto se gli inconvenienti organizzativi” fossero stati “sproporzionatamente maggiori del beneficio per il lavoratore”³².

Certamente si tratta di un’occasione mancata perché la previsione legislativa si ferma un passo prima di raggiungere l’obiettivo di rendere l’interesse personale un limite all’esigibilità della prestazione, ponendolo sullo stesso piano rispetto all’interesse di impresa del datore di lavoro. È verosimile presumere (o quantomeno lecito sperare), tuttavia, che, malgrado la debolezza dell’approccio, la chiara riconduzione delle modalità di lavoro flessibili – e, in particolare, degli “orari di lavoro scelti” – tra gli strumenti deputati a garantire un equilibrio tra i tempi di lavoro e i tempi di vita, possa essere in grado di imprimere un mutamento di rotta nel funzionamento delle dinamiche contrattuali, ampliando gli spazi per i tempi di cura (ma non solo) all’interno del rapporto di lavoro³³. La previsione per la quale i datori di lavoro sono tenuti a prendere in considerazione le richieste alla luce sia delle proprie esigenze sia di quelle dei lavoratori dovendo motivare l’eventuale rifiuto o richiesta di rinvio, infatti, assegna all’interprete un margine di sindacato³⁴.

Non si tratta, peraltro, di un campo totalmente inesplorato; la giurisprudenza ha già, ad esempio, avuto l’occasione di riconoscere che un’organizzazione del lavoro e dell’orario di lavoro rigida costituisce una discriminazione indiretta a danno dei genitori lavoratori, soggetti portatori del fattore di rischio della maternità e della paternità³⁵. Oggi, dopo la direttiva, qualora la controversia riguardasse la richiesta di un genitore di ottenere un orario di lavoro flessibile, a fronte di un orario di servizio che, come nel caso citato, imponesse orari rigidi, si può presumere che il giudice avrebbe lo spazio per

³² Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 17 dicembre 2008 che ha proposto numerosi emendamenti alla Posizione comune del Consiglio del 2008, tra cui il n. 11 riportato nel testo Per una ricostruzione dell’iter cfr. GOTTARDI, *L’affossamento della revisione della direttiva europea sull’orario di lavoro per mancato equilibrio tra esigenze delle imprese ed esigenze delle persone che lavorano*, in VENEZIANI-BAVARO (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, 2009, p. 311.

³³ Sia consentito un rinvio a MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, p. 61 e più ampiamente cap. III.

³⁴ Cfr. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedo dei padri*, in *LD*, 2020, n. 2, p. 333.

³⁵ Trib. Firenze 22.10.2019.

sindacare l'eventuale rifiuto opposto dal datore di lavoro, alla luce proprio della natura strumentale della richiesta al perseguimento dell'obiettivo dell'equilibrio vita/lavoro³⁶. In questo modo, si otterrebbe, seppur indirettamente, di riconoscere un peso qualificato all'interesse del lavoratore, alle sue esigenze personali, all'interno della relazione contrattuale.

4.1. *Il lavoro a distanza*

Come si accennava *supra* (§4), tra le modalità di lavoro flessibili utili ad adeguare l'organizzazione della vita professionale indicate dal legislatore europeo è compreso il lavoro a distanza. Nel medesimo senso, d'altronde, il d.lgs. n. 81/2017 che disciplina il lavoro agile – il c.d. lavoro a distanza di terza generazione³⁷ – indica espressamente la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro come una delle finalità esplicite di questa modalità di lavoro³⁸.

Pur a fronte delle potenzialità conciliative di tale modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, è necessario metterne in evidenza le insidie, strettamente connesse al modo stesso di intendere la conciliazione. La prima riguarda, senza dubbio, la gestione del tempo e il conseguente rischio di sovrapposizione tra tempi di vita e tempi di lavoro; è tutt'altro che scon-

³⁶ Tale relazione strumentale sembra sia stata acquisita all'interno del Codice delle Pari Opportunità su cui è intervenuta di recente la legge 5 novembre 2021, n. 162 che ha modificato il co. *bis* dell'art. 25, per il quale "Costituisce discriminazione (...) ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione (...) delle esigenze di cura personale o familiare (...) pone o può porre il lavoratore in almeno una delle seguenti condizioni: a) posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori; b) limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali; c) limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera" (art. 25, co. *bis* d.lgs. n. 198/2006).

La modifica, tuttavia, ha inspiegabilmente spazzato via la precedente formulazione a memoria della quale "Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti" (co. *bis* aggiunto dall'art. 1, co. 1, lett. p), n. 2, d.lgs. n. 5 del 2010 di attuazione della direttiva 2006/54/CE). Cfr. per una prima lettura critica di tali modifiche, CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in IEN – Italian Equality Network, .

³⁷ RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, in NLCC, 2018, n. 3, p. 632.

³⁸ "Le disposizioni del presente capo, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, promuovono il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato (...)" (art. 18, co. 1).

tato, infatti, che lavorare senza precisi vincoli di orario o di luogo costituisca la migliore condizione per armonizzare il tempo dedicato all'attività lavorativa con gli "altri" tempi della vita personale³⁹. Ritenere che il lavoro agile sia di per sé uno strumento di conciliazione è un errore; pensare che sia uno strumento di conciliazione prioritariamente destinato alle donne lo è ancora di più. Se così si ragionasse, si correrebbe il rischio di ripercorrere il sentiero già battuto con il lavoro part-time, presentato come strumento per conciliare vita professionale e familiare⁴⁰, e tramutatosi poi, di fatto, in uno strumento di segregazione per le donne.

È necessario dunque, in fase di regolazione, assumere la prospettiva accolta dalla legislazione europea per la quale l'equilibrio tra vita professionale e vita familiare che rappresenta uno strumento necessario per il perseguimento della parità di trattamento uomo-donna impone un'equa ripartizione del lavoro di cura che non può essere una petizione di principio e non va affidata alla buona volontà ma deve essere perseguita a livello normativo.

Sembra quasi scontato ma una rapida verifica della legislazione vigente dimostra che si tratta di una prospettiva estranea alla regolazione italiana dell'istituto che, ad esempio, prevede, inspiegabilmente (o forse si spiega facilmente), di assegnare una priorità alle richieste di svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile delle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità (art. 18, co. 3 *bis* d. lgs. 81/2017).

Si tratta di un passo falso sulla via della definizione di uno strumento flessibile di lavoro in grado di garantire un equilibrio tra vita professionale e vita familiare attraverso la condivisione delle responsabilità, di cui parla la direttiva, poiché introduce una nozione assai "qualificata" di conciliazione che rinvia, ancora una volta, all'idea che a conciliare siano normalmente o debbano essere sempre le donne.

È plausibile che l'introduzione di tale previsione sia stata accompagnata dall'intenzione di agevolare il rientro al lavoro delle madri dopo la conclusione del congedo di maternità per offrire loro l'opportunità di evitare, in caso di bisogno, il ricorso al congedo parentale, cioè un ulteriore periodo di

³⁹ TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT-419/2020.

⁴⁰ La direttiva 97/81/CEE sottolineava come il part-time fosse una misura per uomini e donne che vogliono conciliare vita professionale e vita familiare (considerando n. 5).

assenza dal lavoro peraltro poco remunerato. Se così fosse, però, tale scelta sarebbe viziata da un grave fraintendimento, quello per cui, cioè, il lavoro da casa equivarrebbe ad un periodo di non lavoro ovvero che lavorare da casa e non lavorare avrebbero la stessa utilità a fini di conciliazione. Inoltre, la decisione di considerare prioritaria la richiesta delle sole madri, quandanche dettata dalle migliori intenzioni, sarebbe afflitta dal grave pregiudizio di voler difendere l'esistente, invece che assecondare, agevolandolo, il cambiamento, attraverso l'estensione di detta priorità ai genitori (entrambi) o, addirittura, riservandola solo ai padri in guisa di azione positiva⁴¹. Questa soluzione, tra l'altro, rischia di creare discriminazioni in quanto dimentica di considerare – come spesso accade – la condizione delle famiglie monogenitoriali e, soprattutto, omogenitoriali; e, in più, rivela scarsa coerenza – o, addirittura, mancanza di ragionevolezza – tra i due criteri di priorità individuati, perché se per i figli entro i tre anni di età si presume che a richiedere la modalità di lavoro agile sia la madre, nel caso di figli con disabilità l'esigenza di conciliare torna ad essere dei genitori, il che non fa che riportare al centro della regolazione la “funzione essenziale della madre” nei primi anni di età dei figli⁴², e con essa una nozione di conciliazione stantia, non più in linea con quella che va, pur faticosamente, affermandosi a livello sovranazionale.

Malgrado la direttiva, infatti, non dica granché sulle modalità di utilizzo del lavoro a distanza, salvo l'indicazione per cui le modalità di lavoro flessibili dovrebbero avere una durata limitata; tuttavia, la nozione di conciliazione accolta dal legislatore sovranazionale non è certo quella suggerita dalla disposizione italiana appena citata né quella “senza aggettivi”⁴³ che deriverebbe quasi come automatica conseguenza dallo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile; ma è una conciliazione che, con riguardo al lavoro di cura, richiede il coinvolgimento attivo di entrambi i genitori in un'ottica di condivisione piena delle responsabilità e, di conseguenza, impone che gli strumenti di flessibilità, ivi compreso quello in discussione, siano utilizzati da entrambi i genitori, per evitare che questa si trasformi in una modalità di lavoro principalmente, se non unicamente, rivolta alle donne, in base al dop-

⁴¹ La propone come una soluzione paradossale ma non troppo TINTI, *Il lavoro agile*, cit.

⁴² A tacer della illogicità della previsione nella misura in cui, con riferimento ai figli piccoli, il diritto di priorità spetta ad entrambi i genitori solo quando il figlio sia disabile, a parità di età.

⁴³ Parla di conciliazione senza aggettivi con riguardo alla nozione accolta dalla legge n. 81/2017 TINTI, *Il lavoro agile*, cit.

piamente erroneo convincimento che a conciliare siano o debbano essere soltanto le madri e che la conciliazione derivi automaticamente dalla possibilità di lavorare a distanza.

In un'ottica di valorizzazione del fine dell'equilibrio dei tempi torna ad assumere rilievo centrale la ri-regolazione dell'orario di lavoro, essenziale nel caso del lavoro agile, considerato il rischio, cui si è accennato, della porosità e della sovrapposizione dei tempi⁴⁴.

Al fine di arginare tale pericolosa deriva, l'assenza di vincoli di orario dovrebbe tradursi nell'attribuzione al lavoratore e alla lavoratrice di un diritto potestativo alla definizione dei tempi di lavoro, e nella previsione di un diritto alla disconnessione chiaro e corredato da tutte le garanzie necessarie (obblighi e relative sanzioni); si tratta di uno strumento di certo di per sé non sufficiente a garantire la conciliazione ma assolutamente necessario per evitare il rischio della "rottura dei confini tra spazio/tempo di lavoro e vita privata"⁴⁵.

5. *La conciliazione vita lavoro nella pandemia e il nuovo (?) equilibrio tra PNRR e legge di delegazione europea*

I rischi paventati nella descrizione delle misure espressamente indicate quali strumenti per il perseguimento dell'obiettivo di un migliore equilibrio tra vita privata e attività professionale sono, dunque, chiari e riguardano principalmente il riflesso sul mercato del lavoro di una divisione tradizionale dei ruoli all'interno delle famiglie che, negli anni, è stata alimentata da una visione distorta della conciliazione, che ha prodotto delle conseguenze drammatiche durante il periodo pandemico, rendendo ancora più evidenti problemi strutturali ampiamente noti⁴⁶.

Purtroppo, la stessa errata visione è stata posta alla base anche della regolazione delle misure conciliative adottate in via emergenziale dal Governo.

⁴⁴ Sui rischi connessi al *work-life blending* sia consentito rinviare alle considerazioni svolte già in altra sede MILITELLO, *Il work-life blending nell'era della on demand economy*, in *RGL*, 2019, I, pp. 47 ss.

⁴⁵ Cfr. sui rischi connessi allo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile, ulteriori rispetto alla commistione vita/lavoro, MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, 2018, n. 1, p. 17 ss.

⁴⁶ In Italia, nel dicembre del 2020 sono risultati occupati 101mila lavoratori in meno rispetto al dicembre dell'anno precedente, di cui 99mila donne.

Il d.l. 30/2021, infatti, nel riconoscere il congedo straordinario al genitore di figli in quarantena, affetti da Covid o in Dad, prevedeva l'impossibilità di utilizzare tale strumento qualora l'altro genitore lavorasse in modalità agile, implicitamente equiparando il lavoro agile al non lavoro ovvero riconoscendone l'automatica e incondizionata funzione conciliativa⁴⁷.

Pare, tuttavia (e per fortuna), che il legislatore si sia avveduto dell'errore nel quale era incorso; nella disposizione dedicata al congedo parentale all'interno del decreto che reca misure urgenti in materia economica e fiscale dell'ottobre scorso, infatti, lo svolgimento del lavoro in modalità agile di uno dei due genitori è stato eliminato quale causa di incompatibilità per l'uso del congedo straordinario che non può essere utilizzato da entrambi i genitori contemporaneamente ovvero quando uno dei due non svolga alcuna attività lavorativa o sia sospeso dal lavoro⁴⁸, a meno che non sia genitore anche di altri figli minori di anni quattordici avuti da altri soggetti che non stiano fruendo di alcuna delle suddette misure. Quest'ultima previsione si apprezza per avere esteso il coinvolgimento nel lavoro di cura e l'accesso agli strumenti lavorativi idonei alla conciliazione ai componenti della famiglia allargata, in una prospettiva che auspicabilmente – come si è avuto modo di sostenere altrove – dovrebbe riguardare il congedo e le modalità di lavoro flessibili non soltanto durante la fase emergenziale⁴⁹.

Nonostante sporadici ravvedimenti, purtroppo, però, il rischio di seguire la strada (sbagliata) già tracciata resta alto. Il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* adottato nel 2021 per accedere ai fondi del *Next Generation EU* è assai deludente da questo punto di vista poiché assegna alla conciliazione uno spazio del tutto insufficiente, dimostrando di non aver correttamente compreso ed interpretato il necessario legame che esiste tra equilibrio tra attività professionale e vita familiare e parità di genere. Malgrado, infatti, su

⁴⁷ “Per i giorni in cui un genitore svolge la prestazione di lavoro in modalità agile o fruiscie del congedo di cui ai commi 2 e 5 oppure non svolge alcuna attività lavorativa o è sospeso dal lavoro, l'altro genitore non può fruire dell'astensione di cui ai commi 2 e 5, o del bonus di cui al comma 6, salvo che sia genitore anche di altri figli minori di anni quattordici avuti da altri soggetti che non stiano fruendo di alcuna delle misure di cui ai commi da 1 a 6” (art. 2, co. 7 d.l. n. 30/2021).

⁴⁸ “Per i giorni in cui un genitore fruiscie del congedo di cui ai commi 1 e 4 oppure non svolge alcuna attività lavorativa o è sospeso dal lavoro, l'altro genitore non può fruire del medesimo congedo, salvo che sia genitore anche di altri figli minori di anni quattordici avuti da altri soggetti che non stiano fruendo di alcuna delle stesse misure” (art. 9, co. 5 d.l. n. 146/2021).

⁴⁹ Cfr. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., p. 193.

quest'ultima il PNRR abbia scelto un approccio *mainstream*, inserendo la valutazione di impatto di genere in ogni intervento politico e legislativo in ambito economico-sociale (come peraltro suggerito dalle istituzioni europee: OCSE, Commissione e Parlamento europeo), il riferimento alla conciliazione compare nell'intero documento non più di otto volte.

Le modalità di lavoro flessibili sono evocate attraverso un rapido rinvio al Family Act e alla previsione delle misure premiali previste per i datori di lavoro che realizzino politiche atte a promuovere una piena armonizzazione tra vita privata e lavoro, quali, ad esempio, il lavoro flessibile, il lavoro agile e il telelavoro⁵⁰.

Lì dove poi si parla espressamente di conciliazione – come nel caso della Missione 1 su Digitalizzazione, innovatività, competitività, cultura e turismo – sembra che l'obiettivo di un migliore equilibrio vita lavoro sarà il risultato automatico delle misure dedicate alla riforma della Pubblica Amministrazione, soprattutto – si aggiunge – di quelle dedicate allo *smart-working*, sottolineando come la Pubblica Amministrazione sia “veicolo decisivo dell'ingresso delle donne nel mercato del lavoro” e auspicando che lo *smart-working* sia utilizzato anche dagli uomini, poiché i benefici in termini di conciliazione vita-lavoro “saranno, tanto più efficaci per ridurre le diseguglianze di genere, quanto più accompagnati da modelli culturali che spingono gli uomini a fruire di queste forme di flessibilità per assumersi un maggiore ruolo nei compiti domestici”.

In queste parole si annidano tutti gli equivoci della conciliazione, poiché si ammette che il lavoro nella Pubblica Amministrazione è a prevalenza femminile, così perpetuando una visione divisiva e sessuata del mercato del lavoro; che lo *smart-working* è uno strumento di conciliazione per le donne e, infine, si affida la modifica della distribuzione del lavoro di cura all'interno della famiglia ad un cambiamento culturale.

Si tratta di un approccio complessivamente fallimentare, come ormai chiaro da tempo, che è necessario superare adottando una nuova prospettiva di equilibrio tra i tempi che persegue l'obiettivo di una più equa distribuzione del lavoro riproduttivo riconoscendone il valore sociale, attraverso un

⁵⁰ Il Family Act è inoltre richiamato per aver recepito in anticipo quanto previsto dalla direttiva 1158/2019 con riguardo al congedo di paternità, attraverso la legge di Bilancio 2021 in attuazione del d.d.l. delega 11 giugno 2020 “Misure per il sostegno e la valorizzazione della famiglia”.

intervento organico che attribuisca ai lavoratori e alle lavoratrici non la possibilità, ma il diritto di adattare l'organizzazione della vita professionale ai bisogni familiari.

Ad aprile scorso, è stata adottata la legge di delegazione europea⁵¹ che delega il Governo ad adottare i decreti legislativi per il recepimento delle direttive europee, tra cui la direttiva n. 1158/2019, cui l'ordinamento dovrà conformarsi entro il 2 agosto di quest'anno.

Purtroppo, però, in nessuno degli articoli della legge sono dettati principi e criteri direttivi per l'adeguamento della normativa nazionale; il che non depone bene.

I tempi, tuttavia, sono ormai maturi per imprimere il necessario cambiamento di rotta in una materia tanto cruciale verso una direzione che appare tracciata con chiarezza. Vedremo se il legislatore sarà in grado di approfittarne e, ancor di più, di seguire la strada giusta.

⁵¹ Legge 22 aprile 2021, n. 53 – Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020.

Abstract

L'Autrice, a partire dall'analisi della direttiva n. 1158/2019 sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare, riflette sull'evoluzione della nozione di equilibrio tra tempi di vita e tempi di lavoro e sulla centralità che essa assume all'interno di un contesto di progressiva affermazione dell'importanza dei tempi di cura e del diritto alla cura, e sul rapporto tra obiettivi di parità e condivisione delle responsabilità e riequilibrio dei poteri nel rapporto di lavoro.

All'interno di questo contesto, il saggio si sofferma sui principali strumenti indicati dalla direttiva quali mezzi per favorire la conciliazione. Il primo è l'istituto del congedo, la cui regolazione è ancora orientata principalmente alla tutela della relazione madre/figlio; il che rende questo strumento non ancora idoneo al perseguimento dell'obiettivo dell'equa ripartizione delle responsabilità familiari, necessario per garantire la parità di trattamento uomo-donna. Il secondo strumento indicato dalla direttiva, che rappresenta una novità di grande rilievo, sono le modalità di lavoro flessibili, in particolare il diritto a richiedere orari di lavoro flessibili; si tratta di una previsione che, malgrado la debolezza dell'approccio, secondo l'Autrice, può essere in grado di imprimere un mutamento di rotta nel funzionamento delle dinamiche contrattuali, ampliando gli spazi per i tempi di cura all'interno del rapporto di lavoro. Un ultimo cenno è riservato all'uso del lavoro agile quale strumento di conciliazione e alla necessità che sia regolato alla luce di una nozione "corretta" di equilibrio vita-lavoro per evitare i rischi che deriverebbero da un utilizzo che sconti ancora i limiti concettuali connessi ad una nozione di conciliazione declinata in maniera univoca, ancora non del tutto sparita dal nostro ordinamento.

Starting from the analysis of Directive no. 1158/2019 on the balance between professional activity and family life, the Author reflects on the evolution of the notion of work-life balance and on its centrality in a context of progressive affirmation of the right to care, and on the relationship between the objectives of equality and the sharing of responsibilities and the rebalancing of powers in the employment relationship. Within this context, the essay focuses on the main instruments indicated by the directive as means to promote conciliation. The first is the institution of leave, whose regulation is still mainly oriented to the protection of the mother / child relationship. This feature of the regulation of leave makes it not yet suitable for pursuing the objective of equitable sharing of family responsibilities, which is necessary to ensure equal treatment between men and women. The second instrument indicated by the directive, which represents a major innovation, is flexible working arrangements, in particular the right to request flexible working hours. This provision, despite the weakness of the approach, may be able, according to the Author, to give a change of course in the contractual dynamics, expanding the spaces for the right to care within the employment relationship. A final mention is reserved for the use of smart working as a conciliation tool and the need for it to be regulated in the light of a "correct" notion of work-life balance to avoid the risks arising from a notion that suffers from

the conceptual limits connected to a notion of conciliation expressed in a univocal way, which has not yet completely disappeared from our legal system.

Keywords

Conciliazione, equilibrio tra attività professionale e vita familiare, congedi, modalità di lavoro flessibili.

Reconciliation, work-life balance, leaves, flexible working arrangements.

Rocco Iodice

La riforma dei congedi nel “nuovo” d.d.l. delega Family act: tra aperture ambiziose e nodi irrisolti

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Dalla conciliazione “al femminile” alla condivisione dei compiti di cura: una nuova mission per il Family act. **3.** Il congedo di paternità ed il congedo di maternità nel Family act 2.o. **4.** Nodi irrisolti. **5.** Conclusioni.

I. *Premessa*

Al fine di dare attuazione agli obblighi derivanti dalla Direttiva 2019/1158, relativa all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare, è stata presentata alla Camera una proposta di delega¹, di recente approvata e trasmessa al Senato, che intende conferire al Governo l’incarico di procedere ad una revisione organica della disciplina dei congedi volti a favorire le attività di cura genitoriale. Nella convinzione che si tratti, specie dopo le modifiche intervenute in sede referente, di un tentativo di riforma particolarmente ambizioso, su cui è necessario richiamare l’attenzione della dottrina, è proprio sul nuovo documento all’esame del legislatore che si è scelto di concentrare l’attenzione in questa sede, con l’obiettivo di verificare se le soluzioni prospettate siano realmente in grado di correggere le profonde asimmetrie che tuttora connotano la disciplina dei congedi.

Prima di procedere all’analisi dettagliata della proposta occorre, tuttavia, perimetrare meglio l’ambito dell’indagine. Invero, il testo contenente la de-

¹ Il riferimento va al disegno di legge: “Deleghe al Governo per il sostegno e la valorizzazione della famiglia” (Atto Camera 2561), approvato dalla Camera il 18 novembre 2021 e trasmesso al Senato il 23 novembre 2021. Vedilo in www.camera.it.

lega, meglio noto come *Family act*, ha un contenuto molto articolato, che persegue l'obiettivo del sostegno e della valorizzazione della famiglia operando su diversi fronti, non limitandosi alla riforma dei congedi, ma predisponendo, altresì, benefici economici per i nuclei familiari con figli a carico, agevolazioni fiscali per favorire le attività educative e incentivi per l'occupazione e l'imprenditorialità femminile. Nondimeno, coerentemente con le finalità proprie del presente lavoro, volto a mettere in risalto le asimmetrie che ancora connotano la disciplina dei congedi rivolti alla cura dei figli ed a individuare le soluzioni allo studio del legislatore in vista del loro superamento, pare opportuno circoscrivere la riflessione alle sole previsioni del *Family act* che a tali congedi direttamente si riferiscono. Inoltre, dal momento che i congedi parentali, per il fatto di essere, da un lato, *gender neutral* e, dall'altro, espressamente riconosciuti oltre l'area della genitorialità biologica, non pongono particolari problemi sul fronte della parità di trattamento tra genitori, si è scelto di limitare ulteriormente il campo di indagine ai soli congedi che ancora presentano, proprio su tale versante, le maggiori criticità. L'analisi, pertanto, avrà ad oggetto esclusivamente il congedo di paternità ed il congedo di maternità.

Tanto premesso, può quindi procedersi all'esame della proposta di riforma; non prima, però, di aver dato conto del radicale mutamento di prospettiva favorito dall'approvazione degli emendamenti presentati nel corso dell'esame in sede referente, i quali, modificando diverse previsioni della versione originaria del disegno di legge, hanno conferito a quest'ultimo una nuova, e decisamente più interessante, *mission*.

2. Dalla conciliazione “al femminile” alla condivisione dei compiti di cura: una nuova mission per il *Family act*

La recente Direttiva europea sul *work-life balance*² è stata sin da subito

² Analizzano, da vari angoli prospettici, la Direttiva *de qua*: ALESSI, *La direttiva 2019/1158/UE: alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in CORTI (a cura di), *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Vita e Pensiero, 2021, p. 29 ss.; CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova Direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in LG, 2020, 2, p. 125 ss.; GOTTARDI, *La forza e la debolezza: la normativa e le politiche contro le discriminazioni di genere in Europa*, in SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere: temi e questioni*, ES, 2020, p. 7 ss.; CORTI, SARTORI, *Le nuove direttive europee sulle condizioni minime di lavoro, sull'agenzia europea*

salutata dalla dottrina quale importante occasione³ da cogliere in vista di una profonda riforma dei congedi connessi all’evento della nascita, dell’adozione o dell’affidamento di un minore, la cui disciplina si rivela, in effetti, ancora incapace di svincolarsi del tutto da una visione stereotipata dei ruoli sociali⁴, che assegna prevalentemente alla madre il compito di dedicarsi all’attività di cura all’interno della comunità familiare, secondo il tradizionale modello *fe-male-caregiver/male-breadwinner*⁵.

È vero, infatti, che ad esito degli interventi operati, anche sulla scorta delle sollecitazioni della Corte costituzionale⁶, sull’originaria configurazione

del lavoro, sul work-life balance: si va delineando il pilastro europeo dei diritti sociali, in *RIDL*, 2019, 4, p. 201 ss.; CARACCIOLIO DI TORELLA, *An emerging right to care in the EU: a “New Start to Support Work-Life Balance for Parents and Carers”*, in *ERA Forum*, 2018, 18, p. 187 ss.

³ In questi termini, SCARPONI, *Work-life balance fra diritto dell’UE e diritto interno*, in AIMO, FENOGLIO, IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, ESI, 2021, p. 882 ss.; IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito dei congedi dei padri*, in *LD*, 2020, 2, p. 342; MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, p. 118; VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2020, p. 151.

⁴ Parla di “*modello sessuato di ruolo sociale giuridificato dal riferimento operato nell’art. 37 comma 2, primo periodo, cost. alla essenziale funzione familiare della donna*”, ALES, *Maternità e congedi parentali* (voce), in *ED-Annali*, IX, 2016, p. 531, il quale, proprio in ragione della rilevata dissonanza del secondo comma dell’art. 37 cost. rispetto programma costituzionale visto nel suo insieme, auspica “*l’eliminazione dell’elemento dissonante [...] consentendo di privare di qualsiasi fondamento giuridico i persistenti atteggiamenti segregazionisti, anche quelli ipocritamente propugnatori della conciliazione – esclusivamente al femminile – dell’attività di cura con il lavoro sul mercato*”. Sull’interpretazione dell’art. 37, co. 2 Cost., cfr. anche BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, il Mulino, 1979, p. 109 ss.; ID., *La protezione concessa e l’eguaglianza negata: il lavoro femminile nella legislazione italiana*, in GROPPI (a cura di), *Il lavoro delle donne, Storia delle donne in Italia*, Laterza, 1996, p. 445 ss.; DE CRISTOFARO, *Tutela e/o parità?*, Cacucci, 1979, p. 169 ss.; TREU, *Commento all’art. 37 Cost.*, in G. BRANCA, *Comm. Branca, Zanichelli*, 1979, p. 171.

⁵ Rileva che “*nel nostro ordinamento, la maggior parte delle misure previste, risultano più funzionali a favorire la conciliazione dei diversi ruoli ricoperti dalle donne (madri, mogli, lavoratrici), che alla condivisione dei compiti di cura familiare tra i genitori*” PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di “conciliazione condivisa” dopo il Jobs Act?*, in *RIDL*, 2017, 1, p. 56. Analogamente FANLO CORTÈS, *Congedi genitoriali, politiche del diritto e disuguaglianze di genere. Riflessioni sul caso italiano nel quadro europeo*, in *D&Q*, 2015, consultabile su www.dirittoquestionipubbliche.org, secondo cui la disciplina italiana dei congedi connessi alla cura dei figli “*si rivela incapace di incidere sul piano di una maggiore simmetria nelle relazioni familiari. Al contrario l’esito a cui spesso approda [...] è di rilegittimare la centralità accidentale e domestica del ruolo femminile*”.

⁶ Sono diversi gli interventi della Consulta sulla disciplina dei congedi. Tuttavia, un rilievo peculiare, per aver posto le basi per i successivi interventi del legislatore, hanno: Corte Cost. 14 gennaio 1987, n. 1, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 7, l. 903/1977, nella parte in cui non prevede che il diritto all’astensione dal lavoro e il diritto al godimento dei

della disciplina, questa ha visto ampliato il proprio ambito soggettivo di applicazione, coinvolgendo, accanto alla madre, anche il padre lavoratore. Ed è noto che l'estensione del congedo al lavoratore è il frutto di una ridefinizione della *ratio*⁷ di tale istituto, che dall'esclusiva tutela della salute della madre e del bambino si è estesa alla cura delle esigenze affettivo-relazionali del bambino⁸, attività che, per esplicita indicazione costituzionale⁹, vede necessariamente coinvolti, e in misura paritetica, entrambi i genitori.

Tuttavia, l'evoluzione legislativa, nonostante i significativi passi in avanti lungo la strada della parità e della condivisione dei compiti di cura genitoriale, pare non aver ancora colto tutte le naturali implicazioni dell'intervenuto mutamento funzionale dell'istituto dei congedi, che richiederebbe, in effetti, un'effettiva *reductio ad unum* di tutte le ipotesi di astensione *post-partum* ed il collegamento delle stesse ad una “nuova, sintetica figura di genitore-lavoratore”¹⁰.

riposi giornalieri riconosciuti alla lavoratrice siano riconosciuti anche al lavoratore nei casi in cui l'assistenza della madre al minore sia impedita dal decesso o dalla grave infermità della stessa; Corte Cost. 15 luglio 1991, n. 341, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, co. 1, l. 903/1977, nella parte in cui non consente al padre affidatario di minore di astenersi dal lavoro, alternativamente alla madre, nei primi tre mesi successivi all'ingresso in famiglia del minore medesimo; Corte Cost. 21 aprile 1993, n. 179, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, l. 903/1977, nella parte in cui non consente anche al padre lavoratore di godere, in alternativa alla madre lavoratrice, del diritto ai riposi giornalieri per l'assistenza del figlio nel suo primo anno di vita. Per un'indagine dettagliata su tali pronunce, cfr. BORELLI, *Il padre lavoratore nella giurisprudenza costituzionale*, in CALAFÀ (a cura di), *Paternità e lavoro*, il Mulino, 2007, p. 223 ss. Tra le pronunce più recenti, occorre segnalare Corte Cost. 7 aprile 2011, n. 116, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, co. 1, lett. c) nella parte in cui non consente, nell'ipotesi di parto prematuro con ricovero del neonato in una struttura sanitaria pubblica o privata, che la madre lavoratrice possa fruire del congedo obbligatorio a far tempo dalla data di ingresso del bambino nella casa familiare. Per un commento a tale ultima sentenza, cfr. TEBANO, *La consultazione inietta una nuova dose di flessibilità nel congedo di maternità*, in RIDL, 2011, 3, p. 760 ss.

⁷ Cfr, sul punto, TEBANO, *op. cit.*, p. 762 ss.; MILITELLO, *op. cit.*, 84 ss.

⁸ Il mutamento della dimensione finalistica della disciplina dei congedi emerge chiaramente anche dalle parole della Corte costituzionale, che con la sentenza del 14 ottobre 2005, n. 385, ha chiarito che: “*gli istituti nati a salvaguardia della maternità, in particolare i congedi ed i riposi giornalieri, non hanno più, come in passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino che va tutelato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della sua personalità*”.

⁹ Il riferimento va, ovviamente, all'art. 30, co. 1, cost., il quale dispone che “*È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio*”.

¹⁰ L'espressione è ripresa da DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in RIDL, 2000, 1, p. 162.

L'attuale configurazione normativa di tali strumenti, al contrario, continua a connotarsi per la presenza di profonde differenze di disciplina a seconda che a ricorrere agli stessi sia la lavoratrice o il lavoratore, tanto nell'area della genitorialità biologica, quanto nell'area della genitorialità adottiva o affidataria¹¹. Ed è chiaro che tali differenze, oltre ad essere lesive del fondamentale valore dell'uguaglianza, si pongono tra i fattori principali dell'annoso problema del *gender gap* che caratterizza il mercato del lavoro italiano¹², giacché “*privilegiare il ruolo della donna nella famiglia implica privilegiare quello dell'uomo nella professione*”¹³.

Eppure, l'approccio inizialmente assunto dal legislatore in relazione al recepimento della Direttiva 2019/1158 aveva tradito le attese. Il *Family act*, infatti, non pareva destinato, nella sua originaria formulazione, a porsi realmente in linea di discontinuità rispetto al passato. Al contrario, come sin da subito rilevato dalla dottrina¹⁴, il disegno di legge rifletteva la persistente volontà di insistere su di un modello di conciliazione tra esigenze di vita ed esigenze di lavoro declinato prevalentemente “al femminile”, non rivelandosi in grado di promuovere un'effettiva condivisione dei compiti di cura tra entrambi i genitori. In particolare, nell'intervenire sullo strumento che più di ogni altro palesa l'assenza di un approccio legislativo *gender neutral* nella delineazione delle relazioni tra genitorialità e lavoro, vale a dire il congedo di paternità, il *Family act* si limitava, di fatto, a prevedere il superamento dell'originaria condizione di precarietà dell'istituto ed a disporre una lieve estensione temporale del periodo di astensione obbligatoria, senza realmente ridurre, tuttavia, il notevole *gap* di durata tra tale congedo ed il congedo di maternità. In definitiva, proprio nel confermare tale *gap*, il documento presentato alla Camera, al di là delle enunciazioni di principio, di fatto riproponeva un modello sessuato di ruolo sociale, secondo il richiamato schema *male-breadwinner/female-caregiver*.

Tuttavia, alcuni recenti emendamenti al testo originario del disegno di legge sembrano destinati a cambiare il corso della storia del *Family act* e, auspicabilmente, a porre le basi per il raggiungimento di una tappa importante

¹¹ Cfr. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *DRI*, 2018, 1, p. 804 ss.

¹² In questo senso, MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *RIDL*, 2021, 1, p. 65 ss.

¹³ In questi termini, TREU, *Lavoro femminile e principio di uguaglianza*, in *RTDPC*, 1977, p.

14.

¹⁴ MILITELLO, *op. cit.*, p. 117.

nel faticoso percorso di attuazione del programma costituzionale egualitario. Nella sua attuale versione, infatti, il disegno di legge, come meglio si dirà innanzi, prevede, tra le altre cose, il conferimento al Governo di una delega finalizzata all'introduzione di un'ambiziosa riforma dei congedi *post-partum*, che, superando le asimmetrie che adesso la connotano, consenta alla disciplina vigente di conformarsi al canone dell'uguaglianza e ponga le condizioni giuridiche necessarie ai fini di una più equa ripartizione dei compiti di cura nell'ambito della comunità familiare.

Il radicale cambio di prospettiva emerge chiaramente mettendo a confronto l'art. 1 del disegno di legge, che indica le finalità della riforma, prima e dopo le modifiche intervenute in sede referente. Nel testo inizialmente presentato alla Camera, infatti, tale previsione dichiarava l'obiettivo di promuovere “*la conciliazione della vita familiare con il lavoro, in particolare quello femminile*” (art. 1, co. 1), “*anche attraverso la predisposizione di modelli di lavoro agile o flessibile*” (art. 1, co. 2, lett. b). Orbene, nel favorire un adeguamento del rapporto di lavoro alle esigenze familiari solo, o comunque prevalentemente, per l'ipotesi di lavoro femminile, il disegno di legge tradiva dunque, una volta di più, l'idea che fosse la madre la naturale depositaria della funzione di cura. Nella sua configurazione attuale, invece, il *Family act* individua quale obiettivo dell'intervento di riforma quello di “*favorire la conciliazione della vita familiare con il lavoro di entrambi i genitori e sostenere, in particolare, quello femminile*” (art. 1, co. 1), nonché “*promuovere la genitorialità e la parità tra i sessi all'interno dei nuclei familiari, favorendo l'occupazione femminile e agevolando l'armonizzazione dei tempi familiari e di lavoro e la equa condivisione dei carichi di cura tra i genitori*” (art. 1, co. 2, lett. b). Si tratta di un approccio diametralmente opposto, giacché l'obiettivo dell'occupazione femminile non viene perseguito per il tramite di una riduzione dei tempi di lavoro, che consenta il parallelo svolgimento delle attività di cura, ma attraverso un maggiore coinvolgimento paterno nel lavoro domestico, che, distribuendo gli oneri familiari tra entrambi i genitori, consenta alle donne di agire con meno vincoli sul mercato del lavoro.

Il legislatore, in definitiva, pare finalmente intenzionato a muovere da un modello di conciliazione *gender oriented* verso un modello di conciliazione che, coinvolgendo in misura tendenzialmente analoga entrambi i genitori, si configuri finalmente quale *gender neutral*¹⁵.

¹⁵ Parlano di “conciliazione condivisa”: GAIASCHI, *Oltre il modello dual earner-dual carer: dalla conciliazione condivisa per tutti alla conciliazione condivisa fra tutti*, in *AG About Gender Interna-*

Si tratterebbe, evidentemente, di una rivoluzione copernicana del sistema dei congedi, che avrebbe, altresì, il merito di colmare il notevole ritardo che, sul fronte degli interventi volti alla tutela della parità, l'Italia rischia di accumulare rispetto ad altri Paesi dell'Unione, che anche di recente hanno operato significative riforme in materia¹⁶.

3. Il congedo di paternità ed il congedo di maternità nel Family act 2.0

Si è già anticipato che sono ormai superati i tempi in cui il congedo *post-partum* costituiva una prerogativa esclusiva della lavoratrice madre. Infatti, l'esplicito riconoscimento, dapprima, di un congedo facoltativo¹⁷ e, successivamente, di un congedo obbligatorio di paternità¹⁸ ha finalmente incluso

tional journal of gender studies, 2014, consultabile su www.aboutgender.it; CALAFÀ, *Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in CALAFÀ (a cura di) *Paternità e lavoro*, il Mulino, 2007, p. 23 ss.; PASQUARELLA, *op. cit.*, p. 41, ss.

¹⁶ Il riferimento va, in particolare, alle recenti riforme introdotte, rispettivamente, in Francia, Spagna e Portogallo. Per una panoramica più ampia sulla disciplina dei congedi negli altri Paesi dell'Unione, cfr. ANPAL, *Conciliazione vita lavoro: sviluppo di policy. Analisi comparata internazionale*, in www.anpal.gov.it.

¹⁷ Introdotta, con una sentenza additiva, dalla Corte costituzionale (sent. 19 gennaio 1987, n. 1), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, L. 903/1977, nella parte in cui non prevedeva che il diritto all'astensione dal lavoro riconosciuto alla lavoratrice fosse esteso al lavoratore nei casi di decesso o grave infermità della madre, l'istituto del congedo facoltativo di paternità è successivamente confluito, con le medesime caratteristiche, nell'art. 28, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità).

¹⁸ Il congedo obbligatorio di paternità è stato introdotto, in via sperimentale per gli anni 2013-2015, dall'articolo 4, comma 24, lettera a), della legge 28 giugno 2012, n. 92, che ne quantificava la durata in un solo giorno lavorativo (ha parlato di “breve vacanza”, BROLLO, *Misure per l'occupazione femminile tra tutele e incentivi*, in *LG*, 2013, p. 113). Successivamente, lo strumento è stato confermato, di anno in anno, da ripetuti interventi del legislatore, che, pur non eliminandone il carattere provvisorio, hanno provveduto ad un'integrazione della sua durata, giunta nel 2021 a 10 giorni. Solo con la l. 30 dicembre 2021, n. 234 il congedo obbligatorio di paternità è divenuto una misura strutturale, non più condizionata al rinnovo annuale mediante legge di bilancio; resta invariata, tuttavia, la sua durata di 10 giorni. Sul punto, cfr. VALLAURI, *op. cit.*, p. 147 ss.; MILITELLO, *op. cit.*, p. 113 ss.; CALAFÀ, *Il congedo di paternità*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 41 ss.; GOTTARDI, *Maternità e paternità*, in CARINCI, MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*. Supplemento a *Diritto & Pratica del lavoro n. 33/2012*, p. 607 ss.

il padre lavoratore tra i soggetti legittimati alla fruizione di tale strumento. Ciò non significa, tuttavia, che la disciplina vigente pone effettivamente sullo stesso piano lavoratori e lavoratrici, in quanto il congedo obbligatorio di paternità presenta tuttora un'estensione temporale decisamente ridotta rispetto al congedo obbligatorio di maternità, dal momento che, a fronte di una durata almeno trimestrale del primo, il secondo ha un'estensione di soli dieci giorni. Orbene, è evidente che alla luce dell'identità di *ratio* che, come detto, si ritiene oggi caratterizzare i due congedi, tale disparità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici viene destituita di ogni fondamento e rende necessario un intervento del legislatore che, nel soddisfare, a monte, l'istanza paritaria, favorisca, a valle, la condivisione dell'attività di cura.

Da tale punto di vista, lo sforzo del “nuovo” *Family act* è, senz'altro, importante. Ponendosi in radicale discontinuità sia rispetto all'attuale assetto normativo sia rispetto all'originaria formulazione del disegno di legge¹⁹, il testo approvato dalla Camera prevede, infatti, di delegare al Governo l'introduzione, in via definitiva, di “*un periodo di congedo obbligatorio per il padre lavoratore nei primi mesi dalla nascita del figlio, di durata superiore rispetto a quanto disposto dalla legislazione vigente e prevedendone il progressivo incremento fino a novanta giorni lavorativi*” (art. 3, co. 3, lett. a).

L'obiettivo è, chiaramente, quello di rendere il padre lavoratore un co-protagonista dell'attività di cura, al duplice fine di eliminare la disparità di trattamento rispetto alla madre lavoratrice e di favorire l'equilibrio nella distribuzione dei compiti genitoriali. Al riguardo, può forse sostenersi che la riforma ipotizzata dal legislatore non è del tutto in grado di equiparare la condizione paterna e quella materna rispetto alla fruizione del congedo, giacché la possibilità, oggi riconosciuta alla lavoratrice, di godere dell'intero periodo di congedo dopo il parto²⁰ consente a questa di astenersi dal lavoro

¹⁹ Nella versione originaria, infatti, il *Family act* si limitava a prevedere l'introduzione, in via definitiva, di un periodo di congedo obbligatorio di durata non inferiore a dieci giorni lavorativi.

²⁰ Tale possibilità è stata introdotta dall'art. 1, co. 485, l. 30 dicembre 2018, n. 145, che ha integrato il contenuto dell'art. 16 del Testo unico delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (D.lgs. 151/2001), aggiungendo il nuovo comma 1.1, ai sensi del quale: “*in alternativa a quanto disposto dal comma 1, è riconosciuta alle lavoratrici la facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto entro i cinque mesi successivi allo stesso, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro*”. Cfr., sul punto, CALAFÀ, *Se il congedo*

per un tempo complessivo di cinque mesi, rispetto ai tre previsti dal disegno di legge a favore del lavoratore. Tuttavia, non è possibile negare che l’obiettivo del legislatore è decisamente ambizioso e che l’eventuale, e auspicata, approvazione della riforma consentirebbe al congedo di paternità di giocare un ruolo completamente nuovo. In effetti, nella sua attuale veste, tale congedo consente al padre lavoratore di offrire un contributo soltanto limitato alla cura del bambino, che viene, pertanto, accudito prevalentemente dalla madre²¹. Portando, invece, a tre mesi la durata dell’astensione, da un lato, si garantirebbe al lavoratore la possibilità di accompagnare il minore in un momento fondamentale del suo percorso di crescita e, dall’altro, si consentirebbe alla madre di dividere realmente con il padre i compiti di cura durante la fase del congedo, ponendo, altresì, le basi per un’organizzazione della vita familiare destinata a prolungarsi anche oltre il tempo della sospensione dell’attività lavorativa.

Una riforma di tale tenore, inoltre, non solo attuerebbe compiutamente gli impegni derivanti dalla Direttiva 2019/1158, ma si rivelerebbe ben più incisiva rispetto a quest’ultima nel contribuire, “*facilitando la conciliazione tra lavoro e vita familiare per tali genitori e prestatori di assistenza, [...] a conseguire gli obiettivi del trattato di parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro, la parità di trattamento sul posto di lavoro e la promozione di un livello di occupazione elevato nell’Unione*”²². La Direttiva, infatti, si limita a richiedere agli Stati membri l’introduzione di un *diritto* al congedo di pater-

di maternità inizia dopo il parto. Wonder moms, in il Mulino, 2019, consultabile su www.rivistailmulino.it.

²¹ È vero, infatti, che in tale fase il padre lavoratore può già oggi astenersi dal lavoro ricorrendo al congedo parentale. Tuttavia, allo stato, tale congedo si rivela scarsamente utilizzato dagli uomini, soprattutto a causa del suo trattamento economico, essendo l’indennità prevista molto ridotta (30% della retribuzione), limitata solo ad una parte della durata dell’astensione facoltativa (6 mesi) e fruibile solo nei primi 6 anni di vita del bambino o del suo ingresso in famiglia, salvo che il genitore dimostri un livello reddituale inferiore alla soglia legislativamente prevista, nel qual caso l’indennità è dovuta sino al compimento dell’ottavo anno. Un’integrazione di tale trattamento economico è prevista, in attuazione della Direttiva 2019/1158, proprio dal *Family act*; nondimeno, è difficile ipotizzare che questa possa rendere il congedo parentale uno strumento realmente equivalente, nella prospettiva del lavoratore, al congedo obbligatorio di paternità, per il quale è prevista un’indennità corrispondente all’intero ammontare della retribuzione. Individua nell’esiguità del trattamento economico la principale causa dello scarso impiego del congedo parentale da parte dei padri NUNIN, *Il congedo parentale: nuovi limiti temporali dopo il d.lgs. n. 80/2015*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle*, cit., 2016, p. 64.

²² Considerando n. 16, Dir. 2019/1158.

nità di durata non inferiore a 10 giorni lavorativi²³, consentendo, altresì, agli stessi di subordinare il diritto alla retribuzione o ad un'indennità a precedenti periodi di occupazione²⁴ e ritenendo sufficiente che tale trattamento economico garantisca al lavoratore “un reddito almeno equivalente a quello che il lavoratore interessato otterrebbe in caso di interruzione delle sue attività per motivi connessi allo suo stato di salute”²⁵. Diversamente, il congedo di cui al *Family act*: è obbligatorio, ha una durata non inferiore a 90 giorni lavorativi²⁶, dà diritto ad un'indennità corrispondente all'intero ammontare della retribuzione e non subordina quest'ultima all'anzianità di servizio. Inoltre, il disegno di legge approvato dalla Camera dedica una disposizione molto importante anche al congedo di maternità, non oggetto, invece, di intervento nella Direttiva europea²⁷. Si fa riferimento, in particolare, alla previsione di un progressivo incremento dell'indennità di maternità, tale da consentire a quest'ultima di eguagliare l'intero ammontare della retribuzione e di superare il *gap* che attualmente separa l'indennità connessa a tale congedo da quella relativa al congedo di paternità, per il quale è già prevista la corresponsione di un'indennità parametrata all'intera retribuzione²⁸.

Va, infine, segnalato che la riforma consentirebbe, altresì, di superare ulteriori asimmetrie della disciplina vigente, che pur non essendo legate al ge-

²³ Ritiene sussistere, nella Direttiva, “una sproporzione tra obiettivi perseguiti e strumenti utilizzati”, MILITELLO, *op. cit.*, p. 41.

²⁴ Pur precisando che gli stessi “non devono essere superiori a sei mesi immediatamente prima della data prevista per la nascita del figlio” (art. 8, par. 2, Dir. 2019/1158).

²⁵ Art. 8, par. 2, Dir. 2019/1158.

²⁶ Il progetto di riforma chiarisce che il congedo va fruito nei primi mesi successivi alla nascita del minore. Si è scelto quindi di non consentire l'avvio del periodo di astensione obbligatoria del padre nel periodo antecedente al parto, nonostante la Direttiva europea riservasse agli Stati tale possibilità. Il *Family act*, tuttavia, intende conferire al Governo l'incarico di introdurre, a vantaggio del coniuge, del convivente ovvero di un parente entro il secondo grado, permessi per accompagnare la donna in stato di gravidanza in occasione dell'effettuazione delle prestazioni specialistiche per la tutela della maternità.

²⁷ Critica la scelta dell'Unione europea di non intervenire anche sulla disciplina del congedo di maternità, MILITELLO, *op. cit.*, p. 100.

²⁸ Considera discriminatoria nei confronti delle lavoratrici l'attuale previsione di un'indennità di maternità ridotta rispetto a quella prevista per il congedo di paternità, GOTTARDI, *La condivisione delle responsabilità genitoriali in salsa italiana*, in *LD*, 2020, 3, p. 609 ss. Per una lettura di tale disparità di trattamento quale azione positiva per indurre una maggior propensione all'effettivo utilizzo del congedo *de quo*, cfr., invece, VALLAURI, *op. cit.*, p. 150, nonché SCARPONI, *Work-life balance*, cit., p. 883, secondo cui, tuttavia, si tratta di una scelta “certamente rivedibile in ipotesi di allungamento del periodo complessivo onde non sovraccaricare i costi”.

nere, destano comunque seri dubbi sul piano della ragionevolezza. Da un lato, infatti, superando l'attuale limitazione dell'area di operatività del congedo al solo lavoro subordinato, il “nuovo” *Family act* prevede l'introduzione di misure che favoriscano l'estensione della disciplina relativa al congedo di paternità anche ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti; dall'altro, ponendo fine ad una disparità di trattamento senz'altro motivata da ragioni economiche, ma difficilmente giustificabile sul piano costituzionale, il testo del disegno di legge dispone che il diritto al congedo di paternità sia garantito a parità di condizioni anche per i lavoratori delle pubbliche amministrazioni con misure eguali rispetto a quelle garantite per i lavoratori del settore privato.

4. *I nodi irrisolti*

Il profondo *restyling* subito dal *Family act* nel passaggio dalla versione originaria alla versione successivamente approvata dalla Camera, pur avendo sicuramente consentito il superamento di molte delle anomalie che inizialmente caratterizzavano il disegno di legge, non è, tuttavia, riuscito a rendere quest'ultimo esente da alcune importanti criticità, che restano, pertanto, irrisolte.

Ci si riferisce, in primo luogo, al fatto che la proposta di riforma, pur qualificando il congedo di paternità come *obbligatorio*, non prevede alcuna sanzione, né sul piano penale, né su quello amministrativo, nei confronti del datore di lavoro che si avvale delle prestazioni del proprio dipendente durante il periodo di congedo. Tale circostanza, che caratterizza anche il congedo obbligatorio di paternità attualmente vigente²⁹ e rende quest'ultimo, anche sotto codesto profilo, differente dal congedo obbligatorio di maternità³⁰, rischia senza dubbio di indebolire la riforma, in quanto si rivela scarsamente idonea a dissuadere i datori di lavoro dal pretendere l'esercizio dell'attività lavorativa durante il periodo di astensione obbligatoria.

È, dunque, necessario che nel corso dell'iter parlamentare il legislatore provveda ad integrare la delega, incaricando il Governo di procedere alla de-

²⁹ Cfr. VALLAURI, *op. cit.*, p. 147 ss.

³⁰ Cfr. art. 18, D.lgs. 151/2001, che sanziona penalmente la violazione del divieto di adibizione al lavoro delle donne durante il periodo del congedo.

finizione di un sistema di sanzioni che, superando il piano strettamente privatistico del rapporto di lavoro, abbiano una rilevanza sul piano pubblicistico, riuscendo a garantire una maggiore effettività alla disciplina, evitando di vanificare gli importanti sforzi profusi³¹. Del resto, la mancata previsione di un adeguato apparato sanzionatorio si rivela difficilmente compatibile anche con gli impegni derivanti dalla Direttiva 2019/1158, dal momento che quest'ultima impone agli Stati membri di introdurre “sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della presente direttiva o delle pertinenti disposizioni già in vigore riguardanti i diritti che rientrano nell’ambito di applicazione della presente direttiva”, chiarendo, inoltre, che tali sanzioni “devono essere effettive, proporzionate e dissuasive”³².

Il disegno di legge approvato dalla Camera presenta, tuttavia, un ulteriore profilo di criticità. Anche dopo gli emendamenti al testo originario della proposta di riforma, infatti, quest'ultima continua a riferirsi, quale presupposto del congedo obbligatorio di paternità, alla nascita del minore. Nel fare ciò, il *Family act* pare escludere il padre adottivo o affidatario dall’ambito soggettivo di applicazione della disciplina, con una scelta che si rileva poco giustificabile sotto il profilo della parità di trattamento, non essendovi valide ragioni per giustificare un approccio diverso nella regolamentazione dell’istituto a seconda che esso riguardi l’area della genitorialità biologica o l’area della genitorialità³³ adottiva o affidataria³⁴.

Eppure, occorre rilevare che qualora si rendesse obbligatorio il congedo

³¹ Rileva SCARPONI, *Work-life balance*, cit., p. 887 ss., che l’assenza di un adeguato apparato sanzionatorio “rende il congedo di paternità un mero diritto potestativo. Di conseguenza, il sistema normativo andrebbe integrato per es. estendendo nei confronti del datore di lavoro che rifiuti il congedo la sanzione amministrativa prevista in caso di rifiuto a riconoscere il congedo parentale, ai sensi dell’art. 38 t.u. o prevedendo altre forme di penalizzazione”; di analogo avviso, VALLAURI, *op. cit.*, p. 147 ss.

³² Art. 13, Dir. 2019/1158.

³³ Sul tema dei congedi di maternità e paternità per i genitori non biologici, cfr. VALLAURI, *op. cit.*, p. 71 ss.; AMATO, *Il congedo di maternità e paternità*, in DEL PUNTA, GOTTARDI (a cura di) *I nuovi congedi. Commento alla legge 8 marzo 2000, n. 53. Aggiornato con il testo unico per la tutela della maternità e della paternità*, Il Sole 24 Ore, 2001, p. 17 ss.

³⁴ È bene evidenziare che la stessa criticità caratterizza anche il testo della l. 92/2012, che, analogamente, subordina la fruizione del congedo obbligatorio all’evento della nascita. Tuttavia, in tale ultimo caso l’estensione del congedo oltre l’area della genitorialità biologica è stata garantita dall’adozione del Decreto interministeriale 22 dicembre 2012, che nonostante l’esplicito riferimento legislativo alla nascita, ha chiarito che il congedo spetta anche ai padri adottivi o affidatari, a decorrere dall’effettivo ingresso del minore in famiglia (nel caso di adozione nazionale) o dall’ingresso del minore in Italia (nel caso di adozione internazionale).

di paternità anche nel caso del padre adottivo o affidatario, si determinerebbe, paradossalmente, l'emergere di un'ulteriore disparità di trattamento, in questo caso tutta interna all'area della genitorialità non biologica, dal momento che il congedo di maternità, in tale area, si presenta al momento quale facoltativo, come emerge da un esame congiunto di alcune disposizioni del D.lgs. 151/2001 (Testo unico delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità). In primo luogo, viene in rilievo l'art. 26 del T.u., che, nel disciplinare il congedo di maternità della madre adottiva o affidataria, sancisce che lo stesso *spetta* a quest'ultima, lasciando pertanto dedurre che si tratti di un diritto potestativo e non di un obbligo. In secondo luogo, viene in rilievo l'art. 31 del T.u., il quale dispone che, nel caso in cui non sia stato *chiesto* dalla lavoratrice, il congedo spetta, alle medesime condizioni, al lavoratore. Tale norma, infatti, sembra confermare che la fruizione del congedo di maternità, nel caso della madre adottiva o affidataria, sia il frutto di una libera scelta piuttosto che di un vincolo di legge³⁵. In senso contrario, si è obiettato³⁶ che l'art. 26 del T.u. si riferisce al congedo di maternità *come regolato* nel Capo III del T.u., che comprende il divieto di adibizione al lavoro delle madri biologiche durante il periodo del congedo, con il corollario che anche il congedo di maternità delle madri adottive o affidatarie sarebbe non solo obbligatorio, ma presidiato dalla stessa sanzione penale di cui all'art. 18 del T.u. Tuttavia, pare cogliere nel segno quella dottrina che evidenzia come tale argomento *“cada di fronte a una più attenta considerazione del dato letterale. L'art. 26 del Testo unico, infatti, contiene un riferimento al “congedo di maternità” disciplinato nel Capo III, non al divieto sancito all'art. 16 (e all'art. 17), con la con-*

³⁵ Ad una soluzione differente potrebbe, forse, giungersi seguendo la strada, senz'altro tortuosa, dell'interpretazione costituzionalmente conforme. Più in dettaglio, si potrebbe affermare che, giacché l'obbligatorietà del congedo di maternità della madre biologica attualmente si fonda non solo, e non tanto, sulla tutela della salute della donna, quanto invece sulla necessità di salvaguardare l'interesse del figlio, si impone un'estensione in via interpretativa del congedo *de quo* alla madre non biologica, onde evitare un trattamento discriminatorio del figlio adottivo o affidatario. Va, tuttavia, evidenziato che la dottrina, specie costituzionalistica, è divisa sui limiti dell'interpretazione costituzionalmente conforme e sulla possibilità di discostarsi dal tenore letterale delle disposizioni. Sul tema dell'interpretazione costituzionalmente conforme, cfr. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, ES, 2014, p. 15 ss.; MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2014, 2, p. 1 ss.

³⁶ Cfr. MORGANTE, *Commento all'art. 18, D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151*, in DE LUCA TAMAJO, MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Wolters Kluwer Italia, 2018, p. 1543.

*sequenza che alle madri adottive e affidatarie è estesa la sola tutela che agisce nel contratto di lavoro*³⁷.

Si conferma, dunque, il paradosso: non rendendo obbligatorio il congedo dei padri adottivi o affidatari, si crea un'ingiustificabile disparità di trattamento di questi rispetto ai padri biologici; rendendo obbligatorio tale congedo, la medesima disparità si crea rispetto alle madri adottive o affidatarie.

È evidente che l'unica soluzione possibile per superare tale criticità sta in una variazione del progetto di riforma che estenda il congedo obbligatorio anche ai padri adottivi e affidatari e preveda espressamente l'obbligatorietà del congedo di maternità di cui all'art. 26 del Testo unico.

5. Conclusioni

Ad esito di un'evoluzione difficile da prevedere, il *Family act* si presenta oggi completamente rinnovato rispetto alla sua versione originaria. Diverse sono, infatti, le finalità perseguite e diversi sono gli strumenti impiegati. In particolare, dalla conciliazione "al femminile" si è passati alla condivisione dei compiti di cura e da un congedo di paternità di dieci giorni si è passati ad un congedo di tre mesi. Tali modifiche rendono il progetto di riforma decisamente ambizioso e, sul piano della disciplina dei congedi, sicuramente senza precedenti. È da auspicare, dunque, che l'*iter legis* giunga a compimento. Tuttavia, è altrettanto auspicabile, che nel corso di tale *iter* il legislatore riesca a far fronte alle residue criticità che caratterizzano l'impianto del disegno di legge e che rischiano di vanificare l'impegno profuso. È un rischio, quest'ultimo, che non può essere corso, giacché una più equa ripartizione dei compiti di cura genitoriale è un obiettivo indifferibile. Si è già chiarito, infatti, che è proprio l'assenza di una reale condivisione degli impegni in ambito familiare a costituire la principale causa delle perduranti difficoltà delle donne nell'accesso al lavoro. Occorre, tuttavia, aggiungere che il divario di genere presente nel mercato del lavoro si pone, a sua volta, come uno dei principali fattori del preoccupante calo demografico³⁸ in atto dal momento che, so-

³⁷ In questi termini, VALLAURI, *op. cit.*, p. 83.

³⁸ Come risulta dagli indicatori demografici elaborati, per l'anno 2020, dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), in Italia le nascite sono in costante diminuzione a partire dall'anno

vente, la scelta delle coppie monoreddito di non avere più di un figlio si collega al timore di non riuscire ad affrontare le spese inevitabilmente connesse alla genitorialità³⁹. Inoltre, non può tacersi che è ormai comprovata l'esistenza di una relazione inversamente proporzionale tra *gender gap* e PIL⁴⁰.

Per queste ragioni l'intervento del legislatore deve essere immediato e privo di incertezze. Del resto, si tratta semplicemente di dare attuazione al fondamentale proposito costituzionale egualitario, che non può in alcun modo tollerare l'idea – probabilmente ancora diffusa in una parte della popolazione, ma non per questo giustificabile – che i ruoli sociali dipendano dal genere.

2008. In particolare, il numero medio di figli per donna è passato da 1,40 (anno 2008) a 1,24 (anno 2020). Il report completo, pubblicato il 3 maggio 2021, è disponibile su www.istat.it.

³⁹ Cfr. MILITELLO, *op. cit.*, p. 26 e la bibliografia ivi citata.

⁴⁰ MARINELLI, *op. cit.*, p. 71.

Abstract

Il saggio analizza le modifiche apportate al d.d.l. delega *Family act*, di recente approvato alla Camera e trasmesso al Senato, evidenziando il radicale mutamento di impostazione rispetto alla versione originaria del disegno di legge e la valorizzazione delle esigenze di condivisione dei compiti di cura genitoriale. Allo stesso tempo, tuttavia, l'Autore sottolinea le criticità che continuano a caratterizzare il documento allo studio del Parlamento, le quali rischiano di indebolire notevolmente la portata della riforma.

The essay analyzes the changes made to the government bill *Family act*, recently approved in the Chamber and transmitted to the Senate, highlighting the radical change of approach compared to the original version of the bill and the enhancement of the needs for sharing parental care tasks. At the same time, however, the Author underlines the critical issues that continue to characterize the document being studied by Parliament, which risk significantly weakening the scope of the reform.

Keywords

Dir. 2019/1158, Family act, work-life balance, condivisione dei compiti di cura, congedo di paternità.

Dir. 2019/1158, Family act, work-life balance, sharing of care tasks, paternity leave.

Irene Zoppoli

Il “genitore lavoratore non subordinato” ai tempi del coronavirus

Sommario: **1.** Misure di sostegno alla genitorialità durante la pandemia da Covid-19. **2.** Tutele del “genitore lavoratore non subordinato” tra diritto sovranazionale e diritto interno. **2.1.** Percorsi alternativi di tutela. **3.** Il “genitore lavoratore”: come assegnare a questa formula un valore non simbolico verso una reale conciliazione vita-lavoro.

1. *Misure di sostegno alla genitorialità durante la pandemia da Covid-19*

La presente riflessione parte da una disciplina particolare, ossia quella prevista dall’art. 23 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, norma che, in seguito alla chiusura dei servizi educativi disposta per fronteggiare l’emergenza sanitaria da Covid-19, ha previsto alcune misure per conciliare l’attività professionale con quella di cura familiare, quali il congedo, le indennità e il bonus *baby-sitting*.

La disposizione si ritiene meritevole di attenzione soprattutto per la rilevanza sistematica che potrebbe rivestire oltre la contingente situazione pandemica. Più precisamente, l’interesse per la norma nasce, anche alla luce del quadro normativo europeo, dall’identificazione di due cifre identitarie della stessa: l’inclusione di alcune categorie di genitori non subordinati tra i beneficiari delle misure; il linguaggio neutro rispetto al genere tramite la formula “genitore lavoratore”.

Il tema generale su cui ci si interroga è l’esistenza e, in caso di risposta affermativa, la tenuta del sistema di sostegno alla genitorialità al di là della subordinazione.

Partendo dal particolare, occorre spendere qualche parola per identificare la struttura, la natura e il meccanismo di funzionamento delle suddette misure eccezionali.

L'art. 23 del d.l. 18/2020, oltre alle misure previste per i genitori lavoratori dipendenti del settore privato, che non sono l'oggetto principale della presente riflessione, prevede:

- per i genitori lavoratori iscritti in via esclusiva alla Gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, il diritto a fruire di uno specifico congedo, per i figli di età non superiore ai 12 anni, per il quale è riconosciuta una indennità, per ciascuna giornata indennizzabile, pari al 50 per cento di 1/365 del reddito individuato secondo la base di calcolo utilizzata ai fini della determinazione dell'indennità di maternità;

- per i genitori lavoratori autonomi iscritti all'INPS, la medesima indennità commisurata, per ciascuna giornata indennizzabile, al 50 per cento della retribuzione convenzionale giornaliera stabilita annualmente dalla legge, a seconda della tipologia di lavoro autonomo svolto;

- in alternativa alle suddette prestazioni, per i medesimi lavoratori beneficiari, è prevista la possibilità di scegliere la corresponsione di un bonus per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* nel limite massimo complessivo di 600 euro; il bonus è altresì riconosciuto ai lavoratori autonomi non iscritti all'INPS, subordinatamente alla comunicazione da parte delle rispettive casse previdenziali del numero dei beneficiari.

Non è questa la sede che consente di analizzare nello specifico e con uno sguardo critico tutti i profili giuridici delle suddette misure¹; ci si limiterà, per quanto concerne questo piano particolare di riflessione, ad evidenziare le principali questioni problematiche.

Rispetto al congedo, tra gli aspetti controversi si segnalano: - la natura giuridica dello strumento, ossia se si tratta o meno di un congedo parentale in senso tecnico; - l'identificazione dei soggetti beneficiari in considerazione dell'ente previdenziale di appartenenza e non in base alle tipologie contrattuali²; - la congruità della durata del congedo; - la facoltatività dello stesso; - la fruizione alternativa tra i due genitori; - l'adeguatezza dell'indennità.

Rispetto al bonus *baby-sitting*, seppur unica misura che prevede una più ampia platea di beneficiari, occorrerebbe interrogarsi sulla sua natura alter-

¹ Si rinvia a CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 153 ss.; FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in DOLSO, FERRARA, ROSSI (a cura di), *Diritti e istituzioni ai tempi del Covid-19*, EUT-Edizioni Università di Trieste, 2020, p. 311 ss.

² VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giustizia civile.com*, 19 marzo 2020.

nativa al congedo, che sembrerebbe legittimare uno scambio non equo tra un’agevolazione economica e un diritto soggettivo.

Stante i suddetti principali profili problematici, come anticipato, ciò che si intende evidenziare di queste misure specifiche sono due aspetti che potenzialmente impattano – in modo positivo ad avviso di chi scrive – sul sistema delle misure legislative di contrasto al *gender gap* al di là della subordinazione, dimostrando anche una consonanza con l’indirizzo espresso dalle fonti normative europee in materia, sia quelle più recenti che quelle più risalenti.

2. Tutele del “genitore lavoratore non subordinato” tra diritto sovranazionale e diritto interno

Il primo aspetto della disposizione nazionale in esame che si intende sottolineare è l’inclusione di una vasta categoria di lavoratori non subordinati all’interno del perimetro soggettivo di applicazione delle misure sopra illustrate.

Trattandosi di una tipologia di rapporti di lavoro in cui il *gender gap* è radicato, diffuso³ e, oltretutto, aggravato dalla situazione pandemica, quella in analisi risulta essere una risposta legislativa importante a fronte di una penuria di fonti normative di sostegno alla genitorialità.

Rispetto a tale tema il legislatore europeo ha, infatti, dimostrato nel tempo un interesse in modo più o meno esplicito.

Tra le fonti meno recenti, vi è la Direttiva UE 2010/41 del 7 luglio 2010 sull’applicazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un’attività autonoma. Un palese interessamento è stato dimostrato anche dalla Corte di Giustizia europea, che ha affermato a più riprese⁴ la particolare situazione di vulnerabilità delle lavoratrici autonome in relazione alla maternità e alle responsabilità relative alle attività di cura familiare.

Tra le fonti normative più recenti ed ambigue sul punto, seppur nella

³ TOSI, *Il gender pay gap nel lavoro autonomo e nelle libere professioni: quale soluzione?*, in *LDE*, 2021.

⁴ Per una rassegna di alcune pronunce rilevanti della CGUE si rinvia a DIVERIO, *L’assenza dal mercato del lavoro a motivo della gravidanza non pregiudica lo status di lavoratore (neppure) per la lavoratrice autonoma*, in *RIDL*, 2020, p. 168 ss.

consapevolezza del debole valore giuridico dei principi contenuti nel Pilastro europeo dei diritti sociali⁵, non si può non sottolineare la formulazione ampia utilizzata tanto al principio n. 9, dedicato all'equilibrio tra attività professionale e vita personale, quanto al principio n. 2, relativo alla parità di genere: si parla di “donne e uomini”.

Altrettanto poco chiara è la Direttiva UE 2019/1158 del 20 giugno 2019; questa, infatti, pur facendo espresso riferimento, al considerando n. 9, ai principi suddetti, stabilisce all'art. 2 il seguente ambito applicativo: “La presente direttiva si applica a tutti i lavoratori, uomini e donne, che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quale definito dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia”.

Il legislatore europeo, dunque, è rimasto vago: non ha utilizzato un linguaggio esclusivo riferito ai soli lavoratori subordinati, ma non si è nemmeno sbilanciato facendo un espresso riferimento ai lavoratori autonomi. Si tratta, dunque, di un punto criticabile della direttiva, stante l'approccio globale e onnicomprensivo⁶ di cui essa sembra essere espressione sotto altri profili.

Per ipotizzarne una interpretazione estensiva, nei limiti di spazio consentiti nella presente riflessione, pur non ignorando quanto il quadro sia ben più complesso⁷, si potrebbe prendere in considerazione l'orientamento della CGUE sulla nozione di lavoratore⁸, che si caratterizza per un significato di eterodirezione piuttosto ampio, nella misura in cui ricomprende una duplice dimensione: una dimensione temporale consistente nel carattere continuativo

⁵ Sul tema senza pretesa di esaustività si rinvia a ALES, *The European Pillar of Social Rights: an ambitious 'soft-law guide' to efficient employment and social outcomes*, in SINGER, BAZZANI (a cura di), *European Employment Policies: Current Challenges*, Berlin, BWF, 2017, p. 43 ss.; HENDRICKX, *The European Social Pillar: a first evaluation*, in *ELLJ*, 2018, p. 3; RATTI, *Il Pilastro europeo per i diritti sociali nel processo di rifondazione dell'Europa sociale*, in CHIAROMONTE, FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica*, FrancoAngeli, 2018, p. 17.

⁶ BUSBY, *The evolution of gender equality and related employment policies: The case of work-family reconciliation*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 18, 2018, p. 119.

⁷ Sul tema tra tanti si veda GIUBBONI, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2018, p. 207 ss. L'autore sottolinea come rispetto alla nozione di lavoratore emergente dal diritto dell'Unione europea l'armonizzazione sia selettiva, settoriale e disorganica, risultando prevalente l'uso di una “nozione sussidiaria” determinata per rinvio ai diritti nazionali.

⁸ Si rinvia a COUNTOURIS, *The concept of “worker” in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy, Scope*, in *ILJ*, 2018, p. 192 ss.; MENEGATTI, *The evolving concept of “worker” in EU law*, in *ILLEJ*, 2019, p. 71 ss.

della prestazione e una dimensione organizzativa, in cui la dipendenza del lavoratore è misurata non tanto in termini reddituali, ma in termini di inserzione nell'organizzazione di una data impresa.

Non è, comunque, da sottovalutare che tra i motivi di una non espressa posizione sul punto da parte del legislatore europeo ci possa essere, oltre alla delicata questione della perimetrazione della categoria di lavoratori da tutelare, anche un motivo attinente alla ripartizione di competenze nell'ottica del rispetto della sovranità degli Stati membri; le misure di sostegno alla genitorialità qui discusse, infatti, finiscono per gravare finanziariamente sulle risorse dello Stato, così comportando la necessità di scelte politiche ed economiche spettanti ai singoli governi nazionali.

Passando ad analizzare la posizione dell'ordinamento italiano in materia, occorre registrare un'evidente asimmetria di disciplina con quanto sullo stesso tema, e a volte per le stesse situazioni fattuali, si prevede per i genitori lavoratori subordinati.

Interrogandosi sulla ragionevolezza o meno di tale diversità di regolamentazione, vi è, innanzitutto, da segnalare che la giurisprudenza costituzionale italiana⁹ ha dato vita ad un orientamento piuttosto consolidato che esclude l'estensione dell'art. 37 Cost. ai lavoratori autonomi, rimettendo alla discrezionalità del legislatore il compito di modulare le normative in base alla differente situazione delle lavoratrici parasubordinate ed autonome. In altre parole, si esclude una violazione del principio di eguaglianza trattandosi di situazioni differenti ragionevolmente disciplinate in modo differente.

Alla luce di questa premessa di ordine generale, le misure eccezionali previste durante la situazione pandemica sorprendono per la previsione di una struttura piuttosto simile tra gli strumenti riconosciuti a favore di genitori lavoratori subordinati e non, quasi a voler inaugurare una tendenza regolativa universalizzante inedita relativa alla disciplina di questo aspetto del rapporto di lavoro.

L'universalizzazione d'altronde non esclude la selettività¹⁰: tra le differenze principali delle misure previste dalla normativa specifica emergenziale, vi è, infatti, in primo piano una diversità attinente al criterio di quantificazione dell'indennità; un tale adeguamento delle tutele rispetto alle specificità della tipologia di rapporto di lavoro è scelta da ritenersi ragionevole in virtù

⁹ Per approfondimenti sul tema si rinvia a TOSI, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰ Da ultimo sul tema PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.

della diversa distribuzione del rischio che caratterizza ontologicamente l'attività lavorativa non subordinata.

C'è, comunque, da sottolineare l'eccezionalità della previsione anche nell'ambito di un contesto a sua volta eccezionale: il prolungarsi dell'emergenza sanitaria ha costretto il legislatore a intervenire più volte in materia e non è irrilevante constatare che nel succedersi dei provvedimenti normativi durante le diverse fasi emergenziali i lavoratori dipendenti siano ritornati ad essere gli unici beneficiari delle forme di tutela in esame¹¹.

Sicuramente anche in questo cambio di rotta pesano motivi di ordine economico, ossia la necessità di una selezione dei destinatari delle misure di sostegno dipendente dalle disponibilità finanziarie nazionali; non sembra, però, razionale dal punto di vista giuridico che, di fronte ad un'analogia situazione fattuale che espone i lavoratori ad una condizione di bisogno, l'ombrello protettivo possa allargarsi o restringersi a seconda di contingenze economiche. In altri termini, occorrerebbe compiere una scelta di fondo sulla volontà di considerare o meno tali soggetti meritevoli di tutela giuridica, potendosi così legittimare una flessibilità sul *quomodo* della tutela, ma non sull'*an*.

2.1. Percorsi alternativi di tutela

L'art. 23 del d.l.18/2020 è, tuttavia, da analizzare anche per quanto non prevede: in altre parole, la norma non prende in considerazione l'intero e variegato mondo estraneo alla subordinazione, nella misura in cui collega l'identificazione del perimetro soggettivo di applicazione delle misure all'ente previdenziale di appartenenza, ossia all'INPS. Ciò comporta due inconvenienti: - innanzitutto, è difficoltoso riconoscere coloro che versano la propria contribuzione a vario titolo nei diversi fondi dell'INPS; - in secondo luogo, vi è un'ampia gamma di rapporti di lavoro che risulta esclusa dalle suddette misure.

Non potendo qui approfondire l'ampio tema della perimetrazione tipologica della fattispecie¹², occorrerebbe verificare quantomeno se esiste

¹¹ Si rinvia a SARACINI, *Salute, sospensione del rapporto di lavoro e attività di cura familiare*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, QDLM, n.11/2021, p. 319 ss.

¹² Si rinvia sul punto a SCARPELLI, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno, (poche) tutele*,

nell’ordinamento un apparato di protezione di questi soggetti che possono considerarsi, almeno genericamente, esposti alla medesima condizione di fatto di vulnerabilità.

A tal riguardo, sono tre gli ambiti normativi che occorre esplorare, per quanto possibile in questa sede, alla ricerca di possibili strumenti giuridici applicabili: la l. 22 maggio 2017 n.81, il diritto antidiscriminatorio e il diritto dei contratti.

Per quanto concerne la l. 81/2017, il cd. *Jobs Act* del lavoro autonomo, vi si ritrovano alcune disposizioni dedicate ai congedi parentali e alle relative indennità, ma la tecnica legislativa di identificazione dei beneficiari è la medesima, ossia l’individuazione in virtù dell’ente previdenziale di appartenenza. E soprattutto, si tratta di una disciplina in attesa di attuazione da parte del governo; più precisamente, ci si riferisce agli artt. 6 e 8 della l. 81/2017¹³.

Se ne deduce l’esistenza di un’intenzione legislativa di predisporre una tutela per una più vasta categoria di lavoratori autonomi caratterizzati da profili di debolezza contrattuale (anche se non onnicomprensiva e, quindi, inadatta a considerare la complessa “frammentazione tipologica”¹⁴ di questi lavoratori); intenzione che, tuttavia, non ha ancora trovato una concreta e completa espressione nel fornire un apparato di tutela compiuto e definito.

Passando, così, a vagliare l’opzione del ricorso agli strumenti di tutela forniti dal diritto antidiscriminatorio, si registra un assetto dubbio e non pienamente simmetrico tra diritto sovranazionale e diritto nazionale: a fronte di disposizioni europee di più ampia portata per quanto concerne il campo soggettivo di applicazione, la normativa nazionale è più vaga rispetto alla possibile inclusione di lavoratori autonomi tra i beneficiari dei principi di non discriminazione.

Il quadro normativo europeo fornisce queste coordinate: le Direttive 2000/43/CE del 29 giugno 2000 (art. 3), 2000/78/CE del 27 novembre 2000 (art. 3) e 2006/54/CE del 5 luglio 2006 (art. 14), nel descrivere le aree cui esse si applicano, fanno riferimento “alle condizioni di accesso all’occu-

regole del contratto, in BONARDI, CARABELLI, D’ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19*, cit., p. 238.

¹³ Si rinvia a NUNIN, *La tutela della gravidanza e la sospensione in ipotesi di maternità, malattia e infortunio*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo*, CEDAM, 2018, p. 409 ss.; FERRARA, *La sostituzione nelle prestazioni di lavoro autonomo in caso di maternità*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 419 ss.

¹⁴ SCARPELLI, *op. cit.*, p. 232.

pazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo”>; la Direttiva 2010/41/UE, come detto in precedenza, regola poi il “principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne che svolgono un’attività autonoma o che contribuiscono all’esercizio di un’attività autonoma, per gli aspetti che non sono disciplinati dalle Direttive 2006/54/CE e 79/7/CEE”.

Costretta a semplificare il discorso¹⁵, dalle fonti normative europee citate si deduce una copertura ad ampio raggio di una varietà di rapporti di lavoro autonomo ad opera del diritto discriminatorio sovranazionale.

L’ordinamento nazionale, invece, dedica al tema le seguenti disposizioni: l’art. 27 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (cd. Codice delle pari opportunità) prevede che: “È vietata qualsiasi discriminazione per quanto riguarda l’accesso al lavoro, in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, nonché la promozione, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale, anche per quanto riguarda la creazione, la fornitura di attrezzature o l’ampliamento di un’impresa o l’avvio o l’ampliamento di ogni altra forma di attività autonoma”; l’art. 55-ter del d.lgs. 198/2006 applica poi i divieti di discriminazione diretta e indiretta a “tutti i soggetti, pubblici e privati, fornitori di beni e servizi che sono a disposizione del pubblico”, specificando che tale regola non si applica all’“impiego e occupazione, anche nell’ambito del lavoro autonomo nella misura in cui sia applicabile una diversa disciplina”.

Alla luce delle suddette norme, sembrerebbe che la tutela avverso le discriminazioni nell’ambito dei rapporti di lavoro autonomo sia caratterizzata da un funzionamento intermittente a seconda della fase contrattuale: tutela operativa nella fase di accesso al lavoro e tutela mancante nelle altre fasi. Vi sono soluzioni interpretative che parte della dottrina¹⁶ ha ritenuto di poter adottare per ampliare il campo soggettivo di applicazione, ma non si può ignorare l’ambiguità dei dati normativi in materia.

¹⁵ Si rinvia a CENTAMORE, RATTI, *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’impresa digitale*, Cacucci, 2019, pp. 663 ss.; BORELLI, RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall’algoritmo Frank, LLI*, 2021, p. 21 ss.

¹⁶ BORELLI, GUARISO, LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in BARBERA, GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 168 ss.

Oltretutto la tutela antidiscriminatoria è una parziale risposta al problema qui affrontato; in altri termini, anche laddove si volesse sostenere un’ampia copertura soggettiva della stessa si tratterebbe di riconoscere prevalentemente una tutela nella fase patologica di manifestazione della discriminazione¹⁷ e non predisporre strumenti e meccanismi per facilitare la vita professionale e personale dei genitori lavoratori autonomi nella fisiologia del rapporto di lavoro.

I due ambiti normativi esplorati sembrerebbero, dunque, giustificare un affidamento alle tecniche civilistiche per i casi non disciplinati dal legislatore.

Per quanto concerne le forme di tutela che il genitore lavoratore potrebbe ricevere in caso di interruzione della prestazione, ritardo nell’esecuzione o diversa modulazione della prestazione lavorativa a causa dell’attività di cura familiare, i possibili strumenti giuridici utilizzabili sarebbero i seguenti: in una prospettiva estintiva del vincolo negoziale, la disciplina, per lo più di origine giurisprudenziale, in tema di abuso del diritto di recesso; in una prospettiva conservativa del rapporto, vi è da ragionare sul cd. obbligo di rinegoziazione delle condizioni contrattuali tramite l’operatività della clausola di correttezza e buona fede¹⁸.

Oltre alla complessa questione della plausibilità di tali percorsi di tutela per quanto concerne presupposti, limiti e rimedi, rimane di fondo il problema di una reale capacità di adeguamento delle tutele civilistiche alle esigenze di questa categoria di lavoratori.

Senza alcuna pretesa di esaustività, ciò che si è voluto, dunque, affermare è che le pure apprezzabili misure eccezionali previste dalla legislazione emergenziale a favore dei lavoratori autonomi risultano nella loro particolarità non onnicomprensive per quanto concerne i beneficiari delle stesse e si innestano su un sistema complessivo di tutela alquanto carente. Occorrerebbe indurre il legislatore nazionale a tornare con regole meglio calibrate per concretizzare e orientare la sua intenzione di prevedere per i lavoratori autonomi in condizione di vulnerabilità, e non solo durante l’eccezionale situazione pandemica, un sistema di sostegno alla genitorialità, seppur ragionevolmente

¹⁷ Senza pretesa di esaustività, si rinvia a LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, CEDAM, 2010, p. 270 ss.; GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA, GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria*, cit., 445 ss.

¹⁸ Si rinvia alla Relazione della Corte di Cassazione n. 56 dell’8 luglio 2020 avente il seguente oggetto: “Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale”.

differente rispetto a quello previsto a tutela del genitore lavoratore subordinato.

Recuperando la suggestione precedente sulla flessibilità circa il *quomodo* delle forme di tutela, rispetto al profilo ora trattato della platea dei beneficiari, si potrebbe, ad esempio, immaginare un trattamento premiale previsto in via legislativa per quelle casse previdenziali private che assistono i propri contribuenti tramite meccanismi di tutela simili ai congedi sopra descritti.

3. *Il “genitore lavoratore”: come assegnare a questa formula un valore non simbolico verso una reale conciliazione vita-lavoro*

Tra le luci e le ombre dell’art. 23 del d.l. 18/2020 vi è un ultimo aspetto importante da evidenziare attinente al perimetro soggettivo di applicazione delle misure, che risulta manifestazione di una perfetta sintonia tra l’impostazione sovranazionale e quella nazionale; ci si riferisce alla scelta del legislatore di utilizzare un linguaggio neutro dal punto di vista del genere, tramite la formula “genitore lavoratore”¹⁹.

Lo stesso legislatore europeo, infatti, al fine di assicurare l’eguaglianza di genere nel mondo lavorativo, nel tempo è passato da politiche e misure di conciliazione declinate al femminile, ossia consistenti nell’equazione tutela della famiglia = tutela della donna, a politiche e misure di conciliazione condivisa²⁰, nella convinzione che, per arginare la sottorappresentanza delle donne nel mondo lavorativo e le disparità di trattamento, occorre valorizzare la dimensione bilaterale della genitorialità.

Si è parlato di una “rivoluzione incompiuta”²¹, ossia dell’ingresso delle donne nel mercato del lavoro non accompagnato da un analogo coinvolgimento degli uomini nella sfera familiare, che, così, ha comportato una difficoltà di fatto delle donne a conciliare responsabilità di cura familiare e impegni lavorativi, con frequente compromissione della sfera professionale delle stesse.

¹⁹ A dimostrazione di una non recente comparsa di tale formula si rinvia a DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, 2000, p. 149 ss.

²⁰ Sul tema senza pretesa di esaustività, si rinvia a MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT - 146/2012; PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di conciliazione condivisa dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, 2017, p. 41 ss.

²¹ ESPING-ANDERSEN, *La rivoluzione incompiuta. Donne, famiglie, welfare*, Il Mulino, 2011.

Il modello familiare da incentivare al fine di “completare la rivoluzione” è quello *dual earner-dual carer*, anche tramite la promozione dell’esercizio delle misure di conciliazione da parte degli uomini.

È in quest’ottica che si iscrive l’ultima rilevante Direttiva sul tema, ossia la già citata Direttiva 2019/1158²² e, come anticipato, la disposizione italiana in esame sembra essere espressione della medesima intenzione, che è al tempo stesso giuridica e culturale: fornire strumenti giuridici *ad hoc* per regolare il rapporto di lavoro può, infatti, fortemente incidere nella vita delle persone, così mettendo in atto anche un cambiamento culturale.

Il legislatore italiano ha preso atto che nell’eccezionale situazione pandemica si è aggravata la condizione di vulnerabilità di fatto delle donne²³: le chiusure dei servizi educativi e le misure di *lockdown* hanno comportato l’impossibilità di contare sia sulla rete familiare dei cd. aiuti informali sia sui servizi pubblici e/o privati per l’infanzia; rimasto, dunque, il nucleo familiare stretto l’unico pilastro del *welfare*, scelta obbligata era quella di garantire l’accesso a misure di conciliazione per entrambi i genitori e incentivarne l’utilizzo.

Occorre, tuttavia, evidenziare che il lessico giuridico nella costruzione di questi strumenti sia solo uno degli step necessari per far sì che le misure ideate siano realmente funzionali ad assicurare la conciliazione vita-lavoro tramite anche la condivisione equa dei carichi familiari.

Come già accennato in precedenza, infatti, rimangono alcuni aspetti importanti che caratterizzano la struttura delle misure previste dall’art. 23 d.l. 18/2020 che ne minano alla base l’efficacia: l’alternatività della fruizione, la facoltatività del ricorso alla misura, la durata del congedo e l’adeguatezza dell’indennità. Tutti questi profili potrebbero finire per assegnare agli strumenti previsti un carattere simbolico, che, al di là del sicuramente altrettanto importante impatto sulla cultura sui ruoli di genere, non assicura un reale

²² Si rinvia a: MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, p. 35 ss.; CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova Direttiva UE sull’equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, p. 125 ss.; SCARPONI, “*Work life balance*” fra diritto UE e diritto interno, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT - 156/2021; ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D’ONGHIA, SARACINI, SCHUSTER, *Dal congedo parentale all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. Riflessioni di diritto del lavoro dell’Unione europea e nazionale*”, Atti del seminario tenutosi a Roma in sede Cgil, il 30 gennaio 2020, dattiloscritto.

²³ Si rinvia a MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *RIDL*, 2021, p. 65 ss.

riequilibrio delle responsabilità familiari, disincentivando i padri ad avvalersene dato il maggior danno economico di perdita della retribuzione a fronte del vantaggio di un'effettiva e concreta presenza nell'attività di cura familiare.

Alla luce di quanto analizzato, le misure eccezionali di sostegno alla genitorialità in esame sono, dunque, un passo sicuramente importante che si innesta in un più vasto sistema di assistenza di cui i lavoratori parasubordinati e autonomi hanno potuto beneficiare²⁴, ma che presenta alcune pecche tipiche di una strada poco battuta che, come visto, rende ancora necessaria una riflessione su soggetti e tecniche di tutela oltre l'emergenza sanitaria.

²⁴ Senza pretesa di esaustività si rinvia a GARBUIO, *Lavoro autonomo e politiche attive e passive del lavoro: riflessioni in tempi di crisi*, in *DRI*, 2021, p. 122 ss.

Abstract

La riflessione parte dalla disciplina particolare prevista dall’art. 23 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, norma che, in seguito alla chiusura dei servizi educativi disposta per fronteggiare l’emergenza sanitaria da Covid-19, ha previsto alcune misure per conciliare l’attività professionale con quella di cura familiare, quali il congedo, le indennità e il bonus *baby-sitting*. Anche alla luce del quadro normativo europeo, la disposizione si rivela interessante per la rilevanza sistematica che potrebbe rivestire oltre la contingente situazione pandemica in relazione a due aspetti: l’inclusione di alcune categorie di genitori non subordinati tra i beneficiari delle misure; il linguaggio neutro rispetto al genere tramite la formula “genitore lavoratore”. L’autrice, dunque, si interroga sull’esistenza e sulla tenuta del sistema di sostegno alla genitorialità al di là della subordinazione.

The analysis starts from the specific regulation of Article 23 Decree Law no. 18/2020: after the closure of educational services arranged to face the health emergency from Covid-19, in order to balance professional activity with that of family care the mentioned provision introduced some measures, as parental leave, indemnity and baby-sitting bonus. The provision is interesting for its systematic relevance beyond Pandemic with regard to two aspects, also in the light of the European regulatory framework: the inclusion of certain categories of non-subordinated parents among the beneficiaries of the measures; the gender-neutral language through the formula “parent worker”. The author, therefore, questions the existence and maintenance of the system of parental support beyond subordination.

Keywords

Misure emergenziali, attività di cura familiare, genitori non subordinati, linguaggio neutro.

Emergency measures, family care activity, non-subordinated parents, gender-neutral language.

notizie sugli autori

Silvia Borelli

Associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Ferrara

Stefania Buoso

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Ferrara

Valentina Capuozzo

Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II

Adriana Ciancio

Ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Catania

Renato Civitillo

Assegnista di ricerca in Economia Aziendale, Università degli Studi di Napoli Federico II

Massimiliano Delfino

Ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Napoli Federico II

Barbara Guastaferrò

Associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II

Rocco Iodice

Dottorando in Politiche pubbliche di coesione e convergenza nello scenario europeo, Università degli Studi di Napoli Federico II

Elisabetta Lamarque

Associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano Bicocca

Giovanni Messina

Ricercatore di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Napoli Federico II

Mariagrazia Militello

Associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Catania

Paolo Ricci

Ordinario di Economia Aziendale, Università degli Studi di Napoli Federico II

Laura Tebano

Ordinaria di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Napoli Federico II

Irene Zoppoli

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università degli Studi del Sannio - Benevento

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di marzo 2022
dalla Grafica Elettronica (Na)

