

VOLUME 3 - NÚMERO 2
AGOSTO / DEZEMBRO 2017

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS



Vol.3 / N.2



**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E
TRABALHISTAS**

**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do
Distrito Federal – UDF**

ISSN 2446-8908

**Volume III,
Número 2
Julho/Dezembro 2017**

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito
Federal – UDF

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Wolfgang Däubler (Universidade de Bremen, Alemanha)
- Prof. Dr. Stein Kuhnle (Universidade de Bergen, Noruega e Hertie School of Governance, Alemanha)
- Prof. Dr. Fernando Valdez Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof. Dr. José Luiz Tortuero Plaza (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof.^a Dr.^a Francisca Moreno Romero (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof. Dr. Antonio Fernando Baylos Grau (Universidade Castilla La Mancha, Espanha)
- Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés (Universidade de Sevilha, Espanha)
- Prof. Dr. Jean-Claude Javillier (Universidade Paris II, França)
- Prof. Dr. Giancarlo Perone (Universidade de Roma Tor Vergata, Itália)
- Prof.^a Dr.^a Roberta Bortone (Universidade de Roma La Sapienza, Itália)
- Prof.^a Dr.^a Maria do Rosário Palma Ramalho (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Dr. João Leal Amado (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal)
- Prof. Dr. Adrián Goldin (Universidade de San Andrés, Argentina)
- Prof. Dr. Mario Ackerman (Universidade de Buenos Ayres, Argentina)
- Prof. Dr. Oscar Zas (Universidade de La Plata, Argentina)
- Prof. Dr. Hugo Barretto Ghione (Universidade da República, Uruguai)
- Prof.^a Dr.^a Rosina Rossi Albert (Universidade da República, Uruguai)
- Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta (PUC Minas)
- Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault (PUC Minas)
- Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (UFMG e PUC Minas)
- Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (UFPE)
- Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)
- Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (UFPE)
- Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ e UERJ)
- Prof.^a Dr.^a Sayonara Grillo Leonaldo da Silva (UFRJ)
- Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior (USP)
- Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (USP)
- Prof.^a Dr.^a Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Mackenzie - SP)

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –
UDF

Equipe Editorial

Editor Acadêmico: Dr. Mauricio Godinho Delgado (Professor Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Gustavo Filipe Barbosa Garcia (Professor Titular UDF)

Coeditora Acadêmica: Dra. Lorena Vasconcelos Porto (Professora Titular UDF)

Coeditora Acadêmica: Dra. Renata de Assis Calsing (Professora Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Marcelo Borsio (Professor Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Marcus Firmino Santiago (Professor Titular UDF)

Editor Executivo: Dr. Cláudio Jannotti da Rocha (Professor Titular UDF)

Contatos

www.udf.edu.br

claudiojannotti@hotmail.com / claudio.rocha@udf.edu.br

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. III,
n. 2 (Jul./Dez. 2017). Brasília, DF, 2017 [on-line].

Semestral.

ISSN: 2446-8908

1. Direito do Trabalho. 2. Relações Trabalhistas. Relações Sociais. I. Centro Universitário do Distrito
Federal.

CDU: 349.2:331.1

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	6
-------------------	---

Artigo 1

LA PROTECTION SOCIALE COMME POLITIQUE DE DÉVELOPPEMENT: UN NOUVEAU PROGRAMME D’ACTION INTERNATIONAL.....	10
--	----

Social protection as a development policy: a new international action program

Prof. Dr. François-Xavier Merrien

Artigo 2

CHALLENGES TO LABOUR LAW.....	36
-------------------------------	----

Desafíos para o Direito do Trabalho

Prof. Dr. Wolfgang Däubler

Artigo 3

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, MEIO AMBIENTE E DIREITO DO TRABALHO.....	57
--	----

Dignity of the human person, environment and labor law

Prof. Dr. Amauri César Alves (UFOP)

Artigo 4

IL DOCUMENTO DI VALUTAZIONE DEI RISCHI: DIMENSIONE ORGANIZZATIVA E PROFILI CIVILISTICI.....	73
---	----

The document of the risks assesment: the corporate organization and contractual obligations

Profa. Dra. Adriana Stolfa

Artigo 5

LEGGE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA IN EUROPA: VERSO NUOVI EQUILIBRI?.....	82
--	----

Law and collective bargaining in Europe: toward new balance?

Profa. Dra. Fausta Guarriello

Artigo 6

AMIANTO, MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR..... 134

Asbestos, work environment and employer's civil liability

Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano

Artigo 7

BALANCE DE MÁS DE VEINTE AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LEY 31/1995, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES (LPRL)..... 159

Assessment of more than twenty years of application of the law 31/1995, of 8 november, about labour risks prevention (LPRL)

Prof. Dra. María Teresa Igartua Miró

Artigo 8

LE NUOVE REGOLE SULLA DISABILITÀ DOPO IL *JOBS ACT*: RAFFORZAMENTO DELLE TUTELE O MERA SEMPLIFICAZIONE?..... 191

The new rules about disability after the *Jobs act*: reinforcement of protection or mere simplification?

Prof. Dra. Valentina Pasquarella

Artigo 9

A CRIMINALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO: a inclusão universal para efetivação do direito ao trabalho..... 211

The criminalization of discrimination in the work environment: universal inclusion for the realization of the right to work

Prof. Dra. Graciane Rafisa Saliba

APRESENTAÇÃO

Temos a satisfação de apresentar à comunidade científica e jurídica o Volume 3, Número 2, da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e de seu Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Referente ao segundo semestre de 2017 (julho-dezembro) e atingindo a sua sexta edição, o periódico científico preserva o seu elevado padrão de qualidade, publicando nove artigos jurídicos e científicos, de Professores Doutores estrangeiros e brasileiros.

A cada nova publicação realizada por meio digital e com acesso livre, dentro do respectivo semestre, que é seguida pelo formato impresso igualmente divulgado pela Editora LTr, a *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* se consolida como periódico de referência no meio jurídico, aglutinando estudos e pesquisas de elevada profundidade, com temáticas bastante atuais, trazendo ao público perspectivas inovadoras e democráticas nas áreas do Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, Direitos Humanos Sociais, Meio Ambiente do Trabalho e Direito da Seguridade Social.

Atua a Revista, dessa maneira, como espaço privilegiado para incremento e disseminação da pesquisa acadêmica de alta qualidade realizada no Centro Universitário do Distrito Federal - UDF - e em diversas Instituições Universitárias nacionais e estrangeiras, com as quais se mantém constante e profícua parceria. Contribui, assim, para fortalecer a inserção nacional e internacional do UDF, estimulando o debate e a divulgação dos temas mais relevantes e atuais do pensamento jurídico, o que reforça a inserção e o compromisso sociais do UDF e de seu Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas.

O presente número traz consigo um grande e importante avanço e conquista da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, que corresponde à implementação do sistema *double blind review* (revisão dupla e cega), formado exclusivamente por Professores Doutores de Instituições de Ensino Superior públicas e privadas, das cinco regiões do Brasil, que avaliaram os artigos que foram anteriormente remetidos para a Revista, sendo que os aprovados encontram-se no bojo deste exemplar.

Inquestionavelmente que a implementação do sistema *double blind review* ensinará à *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* alcançar voos e patamares

ainda mais elevados, cumprindo, assim, todos os requisitos estabelecidos pela CAPES e pelo CNPq para que, em futuro breve, seja ainda mais bem avaliada, visto que até então já preenchia todos os demais requisitos estipulados. Portanto, a utilização do sistema *double blind review* vem coroar o sólido trabalho iniciado no primeiro semestre de 2015, quando foi publicado o primeiro volume da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, propiciando que ela se afirme, cada vez mais, como uma referência nacional e internacional nos campos do Direito Internacional do Trabalho, do Direito Constitucional do Trabalho, do Direito Material e Processual do Trabalho e no Direito da Seguridade Social.

O avanço da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* é reflexo da própria consolidação do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF, que adentrará, em 2018, em seu terceiro ano de pleno funcionamento, tendo a pesquisa como sua principal atividade. Nesse sentido, seus Professores constantemente estão participando de Congressos, Seminários, Simpósios, Colóquios, bem como lançando livros, artigos em obras coletivas ou em Revistas e, com isso, criando e estabelecendo laços acadêmicos com demais Professores e Instituições, fazendo com que, tanto o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF, como a *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* mais se consolidem no País e no exterior, solidificando e expandindo, dessa maneira, o interesse de importantes pesquisadores acadêmicos em aqui publicarem os seus artigos.

Destaca-se, ainda, que a ampla e verticalizada pesquisa acadêmica que vem sendo realizada pelo Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF, no corrente semestre, foi cristalizada com a realização do *Iº Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social*. Promovido pelo Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF, em Brasília, nos dias 8, 9 e 10 de novembro de 2017, na sede do UDF, o Congresso contou com a participação de Professores da Noruega e da Espanha e de todo o Brasil (das cinco regiões), atraindo um enorme público ao longo desses dias. Além de terem sido realizadas palestras, também foram conduzidas oficinas de artigos, nas quais foram apresentados e debatidos excelentes textos de pesquisadores de todo o território nacional. A simbiose entre o Congresso e a Revista encontra-se demonstrada na participação no periódico de dois Professores que integraram o evento internacional, um na qualidade de palestrante (Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano - USP), e o outro como presidente de mesa em oficina de artigos (Prof. Dr. Amauri César Alves - UFOP).

Caminhando no mesmo sentido dos números anteriores, esta edição é formada por nove artigos, sendo que seis são de Professores estrangeiros e três de Professores brasileiros, todos de Instituições de Ensino Superior diversas do UDF. Essa formação heterogênea fomenta uma verdadeira dialética entre o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF e outros importantes Programas de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* de dentro e de fora do Brasil.

A presente edição traz consigo uma temática específica que corresponde ao “meio ambiente de trabalho”, contando com sete artigos que analisam diversas matérias atuais e de grande importância, quer para o Direito do Trabalho, quer para o Direito Constitucional, além de para o Direito da Seguridade Social, que justamente correspondem aos alicerces do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF.

No bloco inicial e introdutório, são feitas duas análises da importância dos direitos sociais como políticas públicas a ser implementadas pelo Estado e efetivadas por meio do princípio da proteção, bem como dos desafios atuais que o Direito do Trabalho encontra na presente conjuntura internacional. Assim o demonstram o jurista francês François-Xavier Merrien, por meio do artigo “La protection sociale comme politique de développement: un nouveau programme d’action international”, e, no artigo seguinte, intitulado “Challenges to labour law”, com o brilhantismo que lhe é peculiar, o Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Catedrático da Universidade de Bremen, na Alemanha.

O segundo bloco, que é destinado exclusivamente ao meio ambiente de trabalho, é aberto pelo Prof. Dr. Amauri César Alves, da Universidade Federal de Ouro Preto, que em seu singular artigo “Dignidade da pessoa humana, meio ambiente e direito do trabalho” faz uma correlação entre a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente de trabalho e o Direito do Trabalho. O artigo seguinte, intitulado “Il documento di valutazione dei rischi: dimensione organizzativa e profili civilistici”, de lavra da jurista italiana Adriana Stolfa, demonstra a importância da dimensão organizacional na avaliação dos riscos no meio ambiente de trabalho. Mantendo-se na doutrina italiana, por meio dos ensinamentos de Profa. Dra. Fausta Guarriello, docente da Universidade de Roma (La Sapienza), no artigo “Legge e contrattazione coletiva in Europa: verso nuovi equilibri?”, é enfrentada e debatida a relação entre a lei e a contratação coletiva nos países da União Europeia, na perspectiva de um meio ambiente de trabalho mais democrático e igualitário. Logo após, o jurista, Presidente da Anamatra e Prof. Doutor da USP,

Guilherme Guimarães Feliciano, em seu artigo “Amianto, meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil do empregador”, aborda um tema muito atual e de crucial importância consistente no perigoso e letal uso do amianto no meio ambiente de trabalho e, como corolário lógico, a responsabilidade civil do empregador nesse caso. Em seguida, a pesquisadora espanhola María Teresa Igartua Miró, docente da Universidade de Sevilha, em seu artigo “Balance de más de veinte años de aplicación de la ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL)”, demonstra os resultados da Lei n. 31/1995, na prevenção dos riscos advindos do trabalho, após vinte anos de sua aplicação. Em seguida, temos a participação da jurista italiana, Prof. Valentina Pasquarella, docente da Universidade de Foggia, que, em seu belíssimo artigo “Le nuove regole sulla disabilità dopo il jobs act: rafforzamento delle tutele o mera semplificazione?”, partindo do princípio da igualdade substancial, brilhantemente analisa e critica as atuais políticas para a inclusão das pessoas com deficiência no mundo do trabalho e no meio ambiente empresarial. Encerrando a Revista com brilhantismo, a Profa Dra. Graciane Saliba, Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Santa Úrsula, defende, por meio de seu artigo “A criminalização da discriminação no ambiente de trabalho: a inclusão universal para efetivação do direito do trabalho”, a responsabilização da discriminação no meio ambiente de trabalho visando a um Direito do Trabalho inclusivo e universal.

Portanto, conforme se percebe, esta edição da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas tem como temática principal o “meio ambiente de trabalho”, matéria esta que aglutina concomitantemente quatro campos jurídicos: Direito Constitucional, Direito Internacional do Trabalho, Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social. Os artigos que integram a Revista, consistentes em profundas e relevantes análises científicas, estrangeiras e brasileiras, demonstram a devida preocupação com o atual cenário do mundo do trabalho, na perspectiva da saúde e da segurança do trabalhador, assunto que interessa a todos: ser humano, empregador, sociedade e Estado.

Brasília, dezembro de 2017.

Equipe Editorial

LA PROTECTION SOCIALE COMME POLITIQUE DE DÉVELOPPEMENT: un nouveau programme d'action international

SOCIAL PROTECTION AS A DEVELOPMENT POLICY: A new international action program

François-Xavier Merrien¹

RESUMÉ: Au tournant du millénaire, la protection sociale est devenue une nouvelle priorité pour les pays du Sud et pour les politiques de développement. Cette élévation de la protection sociale au nombre des instruments privilégiés des politiques de développement marque un changement de paradigme fondamental par rapport aux décennies antérieures. La protection sociale a longtemps été considérée comme un instrument peu approprié pour les pays en développement. Toutefois, à la fin des années 1990, le désenchantement vis-à-vis des résultats des programmes d'ajustement économique, la crise asiatique de 1997 de même que la prise de conscience renforcée des effets négatifs de la pauvreté des nations et de la paupérisation des populations ont pour effet de modifier le paradigme dominant. La protection sociale devient un instrument privilégié pour atteindre les Objectifs du millénaire pour le développement. La Banque mondiale élève la protection sociale au rang des instruments principaux des stratégies de réduction de la pauvreté à l'échelon international (« gestion du risque social », *social risk management*). Le Department for International Development du Royaume-Uni, associé à d'autres organisations, promeut un modèle axé sur les droits des pauvres. Les programmes de protection sociale élaborés dans les pays du Sud, comme les pensions sociales au Brésil et en Afrique du Sud ou les transferts conditionnels en espèces (TCE) au Mexique et au Brésil, deviennent des programmes-modèles au niveau mondial. Cet article vise à analyser l'émergence de la protection sociale dans les politiques de développement. Dans cette perspective, il analyse les différents types de programmes privilégiés par la communauté internationale en s'intéressant plus particulièrement aux programmes de TCE. En conclusion, il cherche à évaluer la pertinence relative des politiques de protection sociale pour les pays en développement.

MOTS-CLÉS: Protection sociale; Politique de développement; Action internationale

TABLE DES MATIÈRES: 1 Introduction. 2 De la sécurité aux Programmes de filets de sécurité. Encadré 1 – La protection sociale en Afrique avant la mise en place des plans d'ajustement. 2 De la sécurité aux programmes de filets de sécurité. 3 La protection sociale et les omd. 4 La redécouverte des innovations sociales dans les pays du sud: transferts conditionnels en espèces et pensions sociales. 4.1 Les programmes de TCE. Encadré 2 – Le ciblage des destinataires des transferts sociaux. Encadré 3 – Le programme de TCE Progresa au Mexique. 4.2 Les programmes de pensions sociales. 5 La diffusion des programmes de protection sociale dans les pays en développement: les limites de l'appropriation. Encadré 4 – Les nouvelles formes de la protection sociale en Chine. Encadré 5 – La diffusion des programmes de TCE en Afrique subsaharienne. 6 Conclusion. 7 Bibliography.

ABSTRACT: At the turn of the millennium, social protection has become a new priority for the South and for development policies. This rise in social protection as one of the main instruments of development policies marks a fundamental paradigm shift from previous decades. Social protection has long been considered an inappropriate instrument for developing countries. However, in the late 1990s, disenchantment with the results of economic adjustment programs, the 1997 Asian crisis, as well as the heightened awareness of the negative effects of national poverty and impoverishment populations have the effect of changing the dominant paradigm. Social protection becomes a privileged instrument for achieving the Millennium Development Goals. The World Bank places social protection among the main instruments of international poverty reduction strategies ("social risk management"). The

Artigo recebido em 17/09/2017

Artigo aprovado em 06/12/2017

¹ François-Xavier Merrien é professor da Faculdade de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lausanne.

RDRST, Brasília, Volume 3, n. 2, 2017, p 10-35, jul-dez/2017

UK Department for International Development, together with other organizations, promotes a rights-based model for the poor. Social protection programs developed in southern countries, such as social pensions in Brazil and South Africa, or conditional cash transfers (CCTs) in Mexico and Brazil, are becoming global model programs. This article aims to analyze the emergence of social protection in development policies. In this perspective, it analyzes the different types of programs favored by the international community with a particular interest in TCE programs. In conclusion, it seeks to assess the relative relevance of social protection policies for developing countries.

KEYWORDS: Social protection; Development policy; International Action

SUMMARY: 1 Introduction. 2 From safety to safety net programs. Box 1 - Social protection in Africa before adjustment plans are put in place. 2 Security to safety net programs. 3 Social protection and the mgds. 4 Rediscovering social innovations in the southern countries: conditional cash transfers and social pensions. 4.1 TCE programs. Box 2 - Targeting recipients of social transfers. Box 3 - The TCE Progresia Program in Mexico. 4.2 Social pension programs. 5 Dissemination of social protection programs in developing countries: the limits of ownership. Box 4 - New forms of social protection in China. Box 5 - The diffusion of TCE programs in sub-Saharan Africa. 6 Conclusion. 7 Bibliography.

1 INTRODUCTION

Jusqu'au début des années 1990, la protection sociale constitue un thème marginal dans la réflexion sur le développement. La raison principale tient à ce que ce thème est associé, soit à la sécurité sociale des pays riches, soit à des programmes d'assurance sociale contributive destinés aux salariés du secteur moderne. L'Organisation internationale du travail (OIT), principale organisation internationale spécialisée dans ce domaine, poursuit ses efforts d'extension de la couverture sociale aux salariés, mais ne prend pas en considération les populations du secteur informel. L'idée d'étendre la sécurité sociale non contributive aux populations non salariées est jugée trop coûteuse et susceptible de renforcer la « culture de la pauvreté ». La période de libéralisation économique des années 1980 porte encore plus loin la critique. La Banque mondiale dénonce les programmes de protection sociale des travailleurs comme économiquement néfastes et socialement injustes. Seuls sont légitimes les filets de sécurité (*safety nets*) minimaux réservés aux populations les plus pauvres confrontées à des chocs sociaux.

Toutefois, à la fin des années 1990, le désenchantement vis-à-vis des résultats des programmes d'ajustement économique, la crise asiatique de 1997 de même que la prise de conscience renforcée des effets négatifs de la pauvreté des nations et de la paupérisation des populations ont pour effet de modifier le paradigme dominant. La protection sociale devient un outil privilégié pour atteindre les Objectifs du millénaire pour le développement (OMD). La Banque mondiale élève la protection sociale au rang des instruments principaux des stratégies de réduction de la pauvreté à l'échelon international (« gestion du risque social » ou *social risk management*) (Banque mondiale, 2001). L'OIT prend l'initiative d'une campagne mondiale pour

l'extension de la protection sociale aux pays en développement, intitulée « Initiative pour un socle de protection sociale » (*Social Protection Floor Initiative*) (ILO et WHO, 2009). Le Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) souligne le rôle essentiel de la protection sociale dans les politiques de développement. Le Department for International Development du Royaume-Uni (DFID) met la protection sociale au cœur de ses politiques. Un grand nombre de conférences internationales (à Livingstone en 2003, à Arusha en 2007, à Dakar en 2008), à l'initiative de la Banque mondiale, du DFID et de l'Organisation des Nations unies (ONU) ou en collaboration avec eux, prennent pour thème la protection sociale et le développement. Les programmes de protection sociale élaborés dans les pays du Sud, comme les pensions sociales au Brésil (Bolsa Família) et en Afrique du Sud ou les transferts conditionnels en espèces (*conditional cash transfers*) au Mexique et au Brésil, deviennent des programmes- modèles à l'échelon international.

Ce consensus en faveur de la protection sociale représente un changement de paradigme fondamental. La protection sociale dans les pays en développement cesse d'être pensée comme une action à court terme permettant d'amortir les chocs sociaux pour être conçue comme une politique globale (Voipio, 2007), qui combine des programmes de transferts en espèces pour les populations en situation de vulnérabilité extrême, de nouveaux programmes de protection sociale inscrivant les politiques de transferts sociaux dans une perspective d'investissement social (Jenson, 2008) et des programmes d'assurance sociale publics ou privés pour les travailleurs du secteur formel. Ce consensus n'est toutefois que partiel, et parfois construit à des fins politiques. Les perspectives en termes de gestion du risque, de besoins ou de droits sociaux continuent à s'opposer en dépit de convergences politiques (Voipio, 2007). Pour cette raison, il est indispensable de prendre de la distance vis-à-vis du consensus mou qui domine actuellement la réflexion sur la protection sociale. Les choix en matière de protection sociale relèvent non pas de la pure technicité, mais de la mise en œuvre progressive d'un apprentissage social permettant l'invention de politiques de protection sociale de plus en plus judicieuses (Barrientos et Hulme, 2008). Les discours sur la protection sociale continuent à opposer des communautés épistémiques et des organisations (Merrien et Mendy, 2010). Ils reflètent des ensembles relativement cohérents de valeurs et d'analyses au travers desquels les questions relatives à l'insécurité sociale sont perçues et les instruments les plus adéquats pour y remédier sont pensés.

Cet article vise d'une part à analyser l'émergence de la protection sociale dans le champ des politiques de développement et, de l'autre, à rendre compte des enjeux symboliques et réels des controverses internationales sur la nature et le rôle de la protection sociale dans la lutte contre

la pauvreté. Dans ce dessein, il examine les différents types de programmes privilégiés par la communauté internationale en s'intéressant plus particulièrement aux programmes de transferts conditionnels en espèces. En conclusion, il cherche à évaluer la pertinence relative des politiques de protection sociale pour les pays en développement.

2 DE LA SÉCURITÉ AUX PROGRAMMES DE FILETS DE SÉCURITÉ

Les politiques de protection sociale sont introduites dans les pays en développement essentiellement après la Seconde Guerre mondiale. Selon les termes de la Convention no 102 de l'OIT datant de 1952, elles comprennent des politiques de sécurité sociale pour protéger les travailleurs contre les risques sociaux. La Convention no 102 définit les neuf domaines dans lesquels doit intervenir la sécurité sociale: l'accès aux soins de santé, l'assurance maladie, le chômage, la retraite, les accidents du travail, les allocations familiales, l'assurance maternité, l'assurance invalidité et les pensions de survivants. Elle définit également le niveau minimal des prestations qui doivent être fournies.

La diffusion des modèles bismarckien, beveridgien ou « libéraux » dans les pays indépendants d'Amérique latine et d'Asie et dans les pays colonisés d'Afrique et d'Asie vise essentiellement à couvrir les salariés du secteur public et du secteur privé dit « moderne » (Bailey, 2004 ; Gough et Wood, 2004 ; Merrien et al., 2005). L'OIT occupe alors une position-phare en matière de production et de diffusion des idées, des valeurs et des normes internationales en matière de protection sociale (Strang et Chang, 1993).

Durant la phase d'industrialisation par substitution aux importations, et sous l'influence des anciens pays colonisateurs et de l'OIT, l'extension de la sécurité sociale est considérée comme une nécessité fonctionnelle par les élites modernisatrices (Collier et Messick, 1975). Les pouvoirs cherchent à s'attacher les membres du monde salarié, fers de lance de la modernisation. La protection sociale désigne avant tout les programmes d'assurance sociale contributifs à base universaliste ou corporatiste qui accompagnent la modernisation. Ces programmes couvrent environ 40 % de la population active dans les pays les plus riches comme l'Argentine ou le Brésil, mais moins de 10 % en Afrique subsaharienne. Les populations du secteur rural ou informel ne sont pas prises en charge et demeurent sous l'aile protectrice des solidarités

Encadré 1 – La protection sociale en Afrique avant la mise en place des plans d'ajustement

En matière de protection sociale, et au-delà des points communs, il est possible de distinguer plusieurs trajectoires de politiques sociales en Afrique (Bailey, 2004).

Les pays d'Afrique du Nord connaissent l'extension la plus grande des assurances sociales de type bismarckien (pensions de retraite, assurance maladie, assurance contre les accidents du travail, allocations familiales), d'abord sous le régime colonial, puis après les indépendances. Ainsi, les pays qui disposent d'une économie de rente fondée sur les énergies ont mis en place des systèmes de protection sociale relativement généreux qui visent essentiellement à créer un lien de clientèle entre le pouvoir et les travailleurs. Profitant des ressources extractives, ils ont pu développer des services publics de base généralement gratuits (santé, assistance...). Les assurances sociales sont également assez développées. Elles découlent strictement de l'intégration des travailleurs au sein d'un secteur public pléthorique. Ces salariés bénéficient de soins de santé gratuits – ou partiellement –, d'une assurance contre les accidents du travail, de pensions de retraite et d'allocations familiales (alors que les salariés du secteur privé ne bénéficient pas de ces avantages). Toutefois, la persistance de ces régimes dépend étroitement de la croissance de l'économie de rente.

En Afrique subsaharienne française, le colonisateur introduit d'abord des programmes d'assurances sociales dans le domaine des accidents du travail, puis l'assurance maternité et les allocations familiales. Ces programmes sont maintenus par les pouvoirs issus des indépendances, qui élargissent la sécurité sociale obligatoire au domaine des pensions de retraite pour les salariés du secteur moderne entre 1960 et 1965. De manière classique, la pension de retraite est fixée en fonction du salaire et de la durée des cotisations.

Dans les pays de colonisation britannique, la priorité est accordée aux accidents du travail. Les assurances sociales, par contre, sont moins développées et, lorsqu'elles existent, elles versent un minimum vital forfaitaire (*lump sum*). Il n'existe pas d'équivalent des politiques familiales mises en place dans les anciennes colonies françaises. Les agents publics sont généralement les seuls destinataires des assurances sociales. En revanche, les services de santé nationaux et les politiques sociales communautaires connaissent une extension plus grande. Dans quelques pays sont créés des systèmes de pension nationaux fondés sur l'épargne (*provident funds*) (Charlton et McKinnon, 2001).

Les pays d'ancienne colonisation portugaise ne connaissent pour leur part que des formes rudimentaires d'assurances sociales.

En définitive, même si l'écart est grand entre les réalisations africaines et celles du Nord, il n'en demeure pas moins que la protection sociale dans les sociétés d'ancienne colonisation française ou britannique s'édifie selon deux schèmes distinctifs qui reflètent fortement l'empreinte de leurs origines.

Ces politiques, qui ne couvrent effectivement qu'une partie très faible de la population africaine (moins de 10 %), ne font sens que dans la perspective dominante d'une industrialisation-salarisation progressive du continent africain. Dans les décennies qui suivent la Seconde Guerre mondiale, les élites politiques africaines s'inscrivent largement dans cette perspective. En outre, comme en Amérique latine, les pouvoirs cherchent à s'attacher les membres du monde salarié. Quant aux membres des sociétés paysannes, ils continuent de fonctionner sous le registre des solidarités traditionnelles (Vuarin, 2000) et de bénéficier de maigres prestations de services publics de santé.

L'extension de la sécurité sociale au-delà du secteur formel ne constitue alors pas un enjeu international. La notion de protection sociale en dehors de toute contribution est un quasi-tabou, l'assistance faisant l'objet de réflexions puritaines dès l'origine des politiques de développement. Au niveau micro, le dicton « Il est préférable d'apprendre à pêcher que de donner un poisson » fait obstacle aux politiques d'aide aux pauvres. Au niveau macro, la croissance économique comme impératif primordial fait consensus. On estime que la croissance produira peu à peu une augmentation du niveau de vie des populations (*trickle-down effect*), qui entreront progressivement dans le secteur moderne.

Ce schéma dual entre un secteur formel protégé et un secteur informel non protégé s'effondre au cours de la décennie 1980, sous l'influence des crises économiques et sociales, des plans d'ajustement et des idées « néolibérales ». La sécurité sociale n'est plus considérée comme un objectif légitime mais comme un obstacle au développement de l'économie de marché. La rupture est alors radicale: les politiques de sécurité sociale des travailleurs sont accusées de favoriser de manière inéquitable les salariés au détriment des pauvres du secteur informel. Les années 1980 marquent par ailleurs la marginalisation relative de l'ONU et de ses institutions de Genève, dont notamment l'OIT.

Très rapidement cependant, les organisations financières sont obligées d'ajouter un volet social au volet purement économique des ajustements. Un rapport du Fonds des Nations unies pour l'enfance (UNICEF) souligne les effets sociaux désastreux des programmes d'ajustement structurel et pousse à l'émergence d'une phase d'« ajustement à visage humain » (Cornia et al., 1987). Durant

cette période, les programmes de filets de sécurité à court terme, réservés aux plus pauvres et visant avant tout à servir d'amortisseurs de crise en période d'ajustement, deviennent les programmes-clés de protection sociale (Mkandawire, 2004).

Le Rapport sur le développement dans le monde de 1990 (Banque mondiale, 1990) légitime les programmes de filets de sécurité sociale. Ces programmes doivent essentiellement servir à protéger les personnes contre deux adversités économiques : l'incapacité chronique à travailler et à obtenir un revenu, et/ou la réduction de cette capacité dans des périodes de chocs économiques, politiques ou environnementaux. De manière générale, les filets de sécurité sont basés sur des transferts monétaires ou sur la fourniture de denrées alimentaires (Gentilini, 2005). Lorsque c'est possible, les programmes de filets de sécurité cherchent à éviter le « piège de la dépendance » en articulant les filets à des programmes d'activation (par exemple des programmes de travaux publics). Durant les années 1990, le terme « filets de sécurité sociale » est souvent utilisé dans le milieu du développement pour définir le concept de protection sociale. La Banque mondiale défend alors cette conception minimaliste et pragmatique de la protection au nom du réalisme fiscal et institutionnel (Devereux et Sabates- Wheeler, 2007).

La seconde moitié des années 1990 marque une inflexion, dans un contexte de crise économique et sociale. La crise asiatique de 1997 montre l'urgence de trouver des solutions nouvelles pour protéger les populations des chocs. Le Sommet mondial pour le développement social, organisé par l'ONU à Copenhague en 1995, puis les différents processus conduisant à l'adoption des stratégies de réduction de la pauvreté par la Banque mondiale et le Fonds monétaire international (FMI) en 1999 puis à celle des OMD de l'ONU par la communauté internationale en 2000, construisent un nouveau programme d'action. La concentration des efforts sur la lutte contre la pauvreté va avoir pour effet de donner une priorité nouvelle à la protection sociale.

3 LA PROTECTION SOCIALE ET LES OMD

Avec l'adoption des OMD en 2000, la protection sociale n'est plus un débat mineur au sein de la communauté internationale du développement. La nécessité de son extension fait l'objet d'un nouveau consensus (le « consensus post-Washington »), qui masque des divergences sur le sens à lui donner.

Si la Banque mondiale et le DFID constituent les acteurs dominants de la réflexion sur la protection sociale, ils ne sont de loin pas les seuls : sont aussi à l'œuvre le Conseil économique et

social des Nations unies (ECOSOC), l'UNICEF, le PNUD, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) – avec en son sein le Comité d'aide au développement (CAD) et son pôle de réflexion spécialisé, le « Réseau sur la réduction de la pauvreté » (POVNET) –, l'OIT et l'Association internationale de la sécurité sociale (AISS), mais aussi une myriade de fondations et d'organisations internationales comme Oxfam et HelpAge International, sans oublier les organisations bilatérales de développement, notamment l'agence allemande Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). Enfin, des pays émergents comme le Brésil et l'Afrique du Sud s'impliquent également de plus en plus dans ce champ. Le climat général de la discussion est davantage à l'accommodement pacifique qu'à l'affrontement.

On peut cependant distinguer sommairement deux perspectives (Molyneux, 2008 ; Devereux et Sabates-Wheeler, 2007) : d'une part, une perspective exprimée essentiellement en termes d'efficacité (orthodoxe ou instrumentale), dont le chef de file incontesté est la Banque mondiale ; de l'autre, une perspective en termes de droits sociaux (militante), dont le DFID est l'un des leaders.

Pour le premier camp (les instrumentalistes), l'inégalité, la vulnérabilité et les risques d'extrême pauvreté empêchent la réalisation des OMD. Partant de ce constat, la Banque mondiale a créé en son sein un département « protection sociale et travail » qui reconceptualise la politique sociale comme une « gestion du risque social » (GRS) (Holzmann et Jørgensen, 2000). Ce nouveau concept sert alors à apporter une vue plus élargie de la problématique de la protection sociale, ainsi qu'à lui donner une nouvelle direction. Le cœur de la GRS réside dans la réduction de la pauvreté extrême à travers une meilleure gestion du risque. La notion de *risque* est définie de manière inclusive, c'est-à-dire qu'elle couvre les risques sociaux, économiques, politiques et environnementaux, et notamment les risques associés au marché du travail, tels que le chômage et le non-emploi (Holzmann et Jørgensen, 2000). Le programme de GRS vise également les individus les « plus vulnérables ». Comme l'affirment Robert Holzmann et Steen Jørgensen (2000, 1), non seulement les pauvres chroniques sont « les plus vulnérables » au risque mais de plus, en tant que groupe, ils « n'ont généralement pas accès à des instruments appropriés de gestion du risque ». La Banque mondiale met l'accent sur le « double rôle des instruments de gestion du risque » : d'une part, « protéger les moyens de subsistance et, de l'autre, encourager la prise de risques » (Holzmann et Jørgensen, 2000). La stratégie de GRS repose sur trois piliers : 1o la réduction des risques (*risk reduction*) via des politiques du marché du travail, 2o l'atténuation des risques (*risk mitigation*) potentiels grâce à la diversification des ressources ou à la mise en place de mécanismes de

protection sociale communautaires ou informels et enfin 3o la capacité à réagir aux risques (*risk coping*) effectifs par l'instauration de mesures spécifiques comme des transferts sociaux ou des travaux publics.

Bien que très influent sur la scène internationale, le modèle préconisé par la Banque mondiale a fait l'objet de vives critiques (McKinnon, 2004 ; Kabeer, 2004). La prédominance d'une analyse qui interdit de prendre en considération les inégalités et la pauvreté structurelle est fortement remise en cause. Par opposition à cette conception instrumentale et « économiste » de la protection sociale, une série d'organisations, emmenées par le DFID et l'Institute of Development Studies (IDS), défendent une approche axée sur les droits sociaux. Dans cette perspective, l'accent est mis sur *a*) l'universalité des droits humains ; *b*) leur dimension sociale et *c*) les moyens pour améliorer la réalisation de ces droits sociaux globaux au niveau international (DFID, 2000). Le camp des « droits sociaux pour les pauvres » dénonce pour sa part l'extrême pauvreté et l'inégalité comme étant des symptômes de l'injustice sociale et des inégalités structurelles. De manière générale, ses partisans veulent établir une approche globale qui intégrerait la protection sociale dans la politique de développement. Le DFID et l'IDS jouent un rôle considérable sur la scène internationale en influençant des organisations comme la Banque mondiale, mais aussi l'ensemble de la communauté internationale, notamment grâce à leurs publications et à leur participation à différents réseaux de réflexion du monde académique et de la communauté du développement. Le schéma de « protection sociale transformative » défendu par l'IDS est une des expressions de cette approche. Selon Stephen Devereux et Rachel Sabates-Wheeler (2004), la protection sociale ne peut se restreindre au champ économique du risque et de la vulnérabilité, mais doit intégrer des mesures législatives (création de statuts et de droits) et institutionnelles. Les mesures de protection sociale sont de quatre sortes : les mesures de protection, de prévention, de transformation et enfin d'encouragement. La protection sociale elle-même doit être considérée comme un droit fondamental des citoyens. Les travaux du CAD de l'OCDE suivent une approche similaire. Sous l'influence des pays nordiques, la protection sociale est placée sous le signe de l'expansion de programmes « pro-pauvres », mais également du droit fondamental à la protection sociale (Voipio, 2007). L'OIT s'inscrit elle-même dans cette ligne de pensée en revendiquant le droit à la sécurité sociale pour tous et la mise en place d'un socle de protection sociale pour tous (ILO et WHO, 2009 ; Ginneken, 2007).

Au cours des années 2000, une forme de compromis s'effectue entre des positions naguère antagonistes. La protection sociale est désormais envisagée non plus comme une dépense, mais

comme une manière de renforcer le capital social et humain. Dès lors, elle devient rapidement un des éléments-clés des politiques de développement.

4 LA REDÉCOUVERTE DES INNOVATIONS SOCIALES DANS LES PAYS DU SUD: transferts conditionnels en espèces et pensions sociales

Le compromis entre les tenants d'une approche économique orthodoxe et les tenants d'une approche plus militante de la sécurité sociale est également favorisé par la valorisation internationale de programmes sociaux novateurs, dont ceux de « pensions sociales » et de transferts en espèces, conditionnels ou non, sont les programmes-types (Leisering, 2009). Dans la communauté du développement, la nouvelle faveur dont jouit la protection sociale tient ainsi aux programmes de grande ampleur qui sont menés dans les pays du Sud, notamment des programmes de transferts conditionnels en espèces (TCE) et de pensions sociales.

4.1 Les programmes de TCE

Les programmes de TCE, nés au Mexique en 1997 et au Brésil en 1996 et en 2003, constituent une nouvelle forme de programmes de protection sociale, qui visent un ciblage plus ou moins serré des destinataires (les pauvres ou les plus pauvres) reposant sur différentes méthodes, comme la demande, le ciblage géographique, le contrôle des ressources [*means testing*], le contrôle indicatif des ressources [*proxy means testing*] ou le contrôle communautaire (encadré 2). Ils combinent une aide financière destinée aux familles pauvres avec une série d'actions cherchant à renforcer leur capital humain. Pour recevoir l'allocation, les foyers destinataires doivent prendre des engagements (contreparties) dans les domaines de la santé, de l'éducation et de l'alimentation.

Encadré 2 – Le ciblage des destinataires des transferts sociaux

Les programmes de TCE se caractérisent par un ciblage des populations destinataires. Par définition, le ciblage recherche une plus grande efficacité de la lutte contre la pauvreté en concentrant les efforts sur les ménages pauvres au lieu de les porter sur l'ensemble de la population (universalisme). Or, l'identification des destinataires est particulièrement difficile dans les pays en développement à cause de deux risques d'erreur : les erreurs d'inclusion, consistant à intégrer dans

le programme ou la politique des foyers qui ne devraient pas y être, et, inversement, les erreurs d'exclusion, conduisant à priver des destinataires de leurs droits. Pour parvenir à un ciblage efficace des populations destinataires, les pays ont utilisé plusieurs méthodes, qui peuvent être rassemblées en deux groupes principaux : 1o celles qui examinent la validité des demandes des requérants à partir des données existantes, éventuellement complétées par des questionnaires et des entretiens, et 2o celles qui cherchent à constituer le classement des individus et des ménages en pauvres et en non-pauvres.

La première approche consiste à inviter les individus et les ménages à faire connaître leur demande auprès des bureaux locaux (exemple-type : les demandes de l'allocation Bolsa Família effectuées dans les centres d'aide sociale au Brésil). Les demandes sont ensuite examinées et triées par l'administration à partir des données recueillies et des données qu'elle possède par ailleurs.

La seconde approche regroupe une série de méthodologies variées. Les plus solides théoriquement consistent à mener des enquêtes par questionnaire auprès des populations afin de sélectionner les ménages ou les individus selon leur revenu ou leur niveau de consommation (contrôle des ressources ou *means testing*). Toutefois, dans les pays pauvres, il est difficile et onéreux de collecter les données sur les ressources (revenus, transferts, dons et aides) puis de les mesurer avec précision. C'est pourquoi de nombreux experts ont préconisé une autre méthodologie, le ciblage à l'aide du contrôle indicatif du niveau des ressources (*proxy means testing*). Le principe de ce type de ciblage est d'élaborer un score en additionnant et en pondérant un nombre restreint de variables portant sur les conditions de vie des ménages. Ces variables incluent généralement la qualité et le statut d'occupation du logement, la possession de biens durables, la structure démographique du ménage, le statut ou le secteur d'activité ou encore le niveau d'instruction des membres du ménage (Grosh, 1994). La méthode du *proxy means testing* est fortement recommandée par les experts de la Banque mondiale. Cependant, les pays du Sud ont privilégié l'une ou l'autre mesure en fonction de leur tradition administrative. Ainsi, par exemple, le Brésil recourt à la première méthode (sur demande des destinataires) et le Mexique à la seconde.

Quoi qu'il en soit, la méthode du *means testing* comme celle du *proxy-means testing* présentent le grand inconvénient de demander des capacités administratives qui n'existent pas nécessairement dans les pays pauvres. Elles sont également financièrement très coûteuses et ne parviennent pas toujours à éviter la stigmatisation des destinataires. Au lieu de cibler des individus ou des ménages sur la base de critères de revenu par unité, il peut apparaître plus simple, et aussi plus efficace, de cibler des zones géographiques concentrant la pauvreté. En effet, il a été montré

que dans de nombreux pays pauvres, le lieu de résidence est souvent plus prédictif du niveau de pauvreté que les autres caractéristiques des ménages (Ravallion et Wodon, 1997).

Ce constat a conduit de nombreux décideurs politiques ou administrateurs de programmes de réduction de la pauvreté à choisir les destinataires des programmes selon la zone géographique dans laquelle ils résident, en distinguant des zones pauvres et des zones non pauvres. Toutefois, l'efficacité du ciblage géographique dépend fortement de la concentration des pauvres à l'intérieur des zones géographiques. Si, comme au Malawi ou au Mozambique, la population à l'intérieur des zones est assez hétérogène quant au niveau de pauvreté, le ciblage génère à la fois des erreurs d'inclusion (les zones identifiées comme pauvres contiennent une part importante de non-pauvres) et des erreurs d'exclusion (des pauvres résident dans les zones identifiées comme non pauvres) (Bigman et Fofack, 2000 ; Ellis et Marchetta, 2009).

Une autre méthode consiste à cibler des catégories particulièrement vulnérables de la population sur la base du sexe, de l'âge ou de l'appartenance ethnique (femmes, enfants, personnes âgées, minorités ethniques). Cette méthode est défendue par le BIT, l'UNICEF et de grandes ONG comme HelpAge International. Si elle présente l'inconvénient de faire bénéficier des transferts des individus ou des ménages qui ne sont pas strictement pauvres, elle n'en possède pas moins des avantages non négligeables. Sa mise en œuvre est moins coûteuse et complexe que les systèmes de ciblage sur des critères stricts de revenu ; en outre, le ciblage par catégorie évite les effets de stigmatisation et bénéficie d'un soutien public plus élevé. Il produit également des externalités positives (Duflo, 2000).

Le ciblage des plus pauvres a été privilégié pendant deux décennies par les organisations financières internationales et les agences des pays du Nord. Toutefois, de nombreuses études ont mis en évidence les difficultés de mise en place et les effets pervers de programmes extrêmement ciblés dans les pays les plus pauvres (Ulriksen, 2012). Un nombre croissant d'experts et d'organisations préconisent désormais des programmes plus larges fondés sur des critères catégoriels simples tels que l'allocation universelle par enfant (*universal child benefit*) ou la pension sociale non contributive pour les personnes âgées (*universal non-contributory pension*) (Hanlon et al., 2010).

La philosophie générale (transferts en espèces conditionnés par la participation à des programmes de renforcement du capital humain des destinataires) marque une rupture avec les programmes antérieurs de filets de sécurité, souvent délivrés en nature (aide alimentaire ou subvention aux produits de base) et peu conditionnels (Rawlings, 2005). En somme, les TCE visent

simultanément à soulager la misère et à préparer l'avenir en cassant la transmission intergénérationnelle de la pauvreté. Depuis le début des années 2000, les programmes de TCE, d'abord largement diffusés en Amérique latine à partir des modèles originaux du Mexique en 1997 (encadré 3), de la Colombie en 2001 et du Brésil en 1996 et en 2003, sont devenus des programmes-modèles de politique de lutte contre la pauvreté (Adato et Hodinott, 2007 ; Lautier, 2006).

Encadré 3 – Le programme de TCE Progresa au Mexique

Le programme Progresa est considéré comme le modèle original de TCE. Il a été mis en place en 1997, dans une période de crise économique sévère, pour remplacer les subventions aux produits agricoles (subvention tortilla) jugées peu efficaces et mal ciblées. Progresa vise avant tout les ménages pauvres des régions rurales. Les ménages sélectionnés bénéficient d'une allocation sous réserve du respect d'obligations (contreparties) en matière d'éducation (par exemple la fréquentation assidue de l'école), d'alimentation et de santé. L'allocation, versée deux fois par mois, comprend deux parties : une somme forfaitaire pour couvrir les besoins en nourriture et une allocation scolaire qui est fonction du sexe et du niveau d'études des enfants. Elle est versée aux mères de famille selon le postulat que la mère est la seule capable de gérer les fonds de manière altruiste, dans l'intérêt des enfants. Afin d'éviter les effets sur la fertilité, son montant ne peut dépasser un certain niveau et elle n'est attribuée que pour les enfants à partir de l'âge de 7 ans.

Le ciblage des destinataires repose sur l'évaluation du bien-être des ménages selon trois méthodes complémentaires. En tout premier lieu, l'analyse du recensement de la population a servi à identifier les régions de concentration des populations vulnérables. Pour ce faire, le Ministère mexicain du développement social (Secretaría de Desarrollo Social) a élaboré un contrôle indicatif des ressources (*proxy means testing*) utilisant comme critères principaux le pourcentage de la population analphabète, le degré d'accès à l'eau, le degré d'accès à l'électricité et la part de la population travaillant dans le secteur primaire. Cette opération a permis de repérer les régions cibles puis de vérifier l'existence d'écoles et de centres de santé dans ces localités. En deuxième lieu, une enquête approfondie a été menée pour donner un score à chaque ménage et déterminer quels ménages se trouvaient en dessous du seuil de pauvreté établi comme base de l'allocation. En troisième lieu, des réunions ont été organisées afin de présenter la liste des destinataires aux communautés, ouvrant ainsi la voie aux contestations et à la création d'un consensus. Enfin, l'évaluation du programme est confiée à l'Institut international de recherche sur les politiques

alimentaires (IFPRI), qui conclut, dès 2000, à la très grande efficacité du programme. A la fin de 1999, Progresá bénéficie à 2,6 millions de ménages, soit 40 % des familles rurales et 11 % du total des familles. En dépit de l'alternance politique en 2000, le programme se poursuit sous un autre nom : Oportunidades. Fort des évaluations positives et du soutien des organisations internationales (Banque mondiale, Banque interaméricaine de développement), Progresá a été copié dans toute l'Amérique latine mais aussi hors du continent (notamment en Turquie, en Indonésie et aux Philippines).

Avec le soutien de la Banque mondiale, du PNUD, de l'OIT et de nombreuses organisations internationales et bilatérales (DFID, Union européenne...), des programmes inspirés des programmes-phares du Mexique (Progresá), de la Colombie (Familias en Acción) et du Brésil (Bolsa Família) ont été mis en œuvre ou sont en cours de réalisation, le plus souvent sous la forme de programmes-pilotes (McCord, 2009), dans un nombre croissant de pays appartenant à des zones géographiques distantes et éloignées : l'ensemble de l'Amérique latine, les pourtours de l'Europe (Turquie), l'Afrique du Nord (Tunisie), l'Asie du Sud-Est (Indonésie, Philippines et Pakistan) (Lopes-Wohnlich et al., 2011) et l'Afrique subsaharienne (Ethiopie, Kenya et Mozambique). La diffusion des programmes de TCE est justifiée principalement par l'argument de leur efficacité dans la lutte contre la pauvreté¹, légitimée par les évaluations très positives des expériences mexicaine (Skoufias et McClafferty, 2001 ; Rawlings et Rubio, 2003), colombienne et brésilienne (Castañeda et Lindert, 2005). Par ailleurs, comme les TCE conjuguent allocations monétaires, conditionnalités et ciblage et qu'en plus ils peuvent être interprétés en termes économiques (renforcement du capital humain) aussi bien qu'en termes de droits sociaux, ils séduisent à la fois les économistes orthodoxes et les partisans d'un revenu universel.

4.2 Les programmes de pensions sociales

Ces pensions sociales, qui consistent à verser des pensions de vieillesse à taux uniformes (non contributives) à toutes les personnes âgées en dessous d'un certain niveau de ressources, connaissent aujourd'hui une grande vogue. Pourtant, le principe de pensions « universelles » a été longtemps rejeté pour des raisons de coût, de gestion difficile et d'éventuels effets négatifs (Willmore, 2006). Jusqu'au tournant du millénaire, seuls le Brésil (pensions rurales) et l'Afrique du Sud possédaient des programmes de ce type mais, dans les années 2000, les pensions sociales ont fait l'objet d'une réévaluation positive à la suite de nouvelles considérations. D'une part, les

analystes ont souligné la montée de la pauvreté parmi les personnes âgées des pays pauvres, victimes des crises des solidarités traditionnelles. D'autre part, dans les pays subissant les effets les plus forts de la pandémie de VIH-sida, en particulier en Afrique de l'Est et en Afrique australe, les personnes âgées sont souvent celles qui ont en charge les orphelins (Kakwani et Subbarao, 2005) – ce qui ajoute une justification éthique à ces programmes.

Il est admis aujourd'hui que les programmes de pensions sociales exercent des effets très positifs sur la réduction de la pauvreté ainsi que sur le maintien du lien social. Les études montrent que sous certaines conditions, comme un minimum de capacité administrative et financière et la volonté politique de s'engager dans cette voie, la mise en place d'un régime universel de pension de vieillesse de base constitue une solution pertinente pour les pays pauvres. Depuis le début des années 2000, plusieurs pays d'Afrique australe (Botswana, Lesotho et Swaziland), d'Amérique latine (Bolivie) et d'Asie du Sud (Inde, Bangladesh et Népal) ont ainsi instauré des programmes inspirés du modèle sud-africain. L'Argentine, le Brésil, le Chili et l'Afrique du Sud, qui disposaient déjà de régimes de pensions non contributifs, les ont renforcés.

Témoin du consensus pragmatique en train de s'élaborer sur la légitimité et l'efficacité de ces programmes, leur diffusion au niveau mondial est fortement soutenue par une coalition d'organisations internationales (le Centre international de politiques pour la croissance inclusive [IPC-IG] du PNUD, la Banque mondiale), d'ONG (HelpAge International, Save the Children) et d'agences bilatérales britannique, allemande, brésilienne et sud-africaine.

5 LA DIFFUSION DES PROGRAMMES DE PROTECTION SOCIALE DANS LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT: les limites de l'appropriation

En l'espace de deux décennies, le discours sur la protection sociale dans le cadre des politiques de développement a radicalement changé. On est passé d'une attitude de rejet, fondée sur une économie morale des pays du Sud, à une perspective minimaliste et « résiduelle » consistant à recourir au filet de sécurité en dernière instance ; enfin, depuis le début des années 2000, la protection sociale s'est vu reconnaître des vertus essentielles, et les mailles du filet se sont élargies (Grosh, 2012)². Ce changement est d'autant plus remarquable qu'il s'est produit dans un contexte complexe, où les positions des acteurs évoluent pour partie par rapport à leur cadre de référence et leurs intérêts, mais aussi en fonction des interactions entre les organisations de nature différente et toujours plus nombreuses à intervenir dans le débat. Ainsi, le « forum de politiques publiques »

(Jobert et Muller, 1987) sur la protection sociale regroupe des organisations financières internationales comme la Banque mondiale, le FMI et les banques régionales de développement (principalement la Banque interaméricaine de développement et la Banque asiatique de développement), des agences spécialisées de l'ONU (tout particulièrement l'OIT, l'UNICEF, l'OMS, le PNUD), des agences nationales de développement (notamment le DFID, le GIZ et l'Union européenne), quelques Etats du Sud comme l'Afrique du Sud, le Brésil, l'Inde et le Mexique, et enfin des ONG telles que Save the Children et HelpAge International.

Toutefois, la réalisation de politiques de protection sociale dans les pays du Sud pose également un grand nombre de problèmes, notamment ceux de leur appropriation, de leur conception et enfin de leur raison ultime. Si les pays émergents ou à revenu intermédiaire se sont appropriés sans peine ce type de programme (encadré 4) – lorsqu'ils n'en ont pas été eux-mêmes à l'origine pour des raisons qui combinent la recherche de l'efficacité, le souci électoral ou la volonté d'établir la paix sociale. Dans les « pays pauvres », qui sont globalement ceux de l'Afrique subsaharienne (encadré 5), par contre, les programmes ne rencontrent pas le même succès, mettant ainsi en évidence les difficultés de l'appropriation des idées nouvelles.

Encadré 4 – Les nouvelles formes de la protection sociale en Chine

Le premier système chinois de protection sociale date de 1951, deux ans après l'instauration de la République populaire de Chine. Comme dans les autres économies planifiées, c'est autour de l'entreprise ou, pour reprendre le terme chinois, de l'unité de travail (*danwei*) que s'agrègent progressivement des prestations sociales en grand nombre. Le système social chinois n'existe alors qu'à travers ce système d'« entreprises publiques providence » et de « communes populaires », qui octroient les différentes prestations assurées dans d'autres pays par l'Etat-providence (Merrien et al., 2005).

La libéralisation économique entamée à partir des années 1980 signifie l'érosion progressive de la protection sociale. Les pensions et services de santé d'entreprise sont peu à peu supprimés tandis que, dans les campagnes, la privatisation des terres porte un coup fatal au système local de protection sociale. Plusieurs catégories de travailleurs salariés du secteur public ou privé bénéficient des systèmes d'assurances sociales variés et à couverture sociale plus ou moins grande, mais la situation du monde rural et des citoyens exclus du système formel de protection sociale devient critique. Très rapidement, le gouvernement chinois se rend compte que la transformation

du salariat et du monde rural est synonyme de l'émergence de nouveaux problèmes sociaux qui risquent de remettre en cause son pouvoir et la cohésion sociale.

La première réaction a consisté à tenter de trouver une réponse urgente à la question sociale en reportant sur les communes la responsabilité de reconstruire un système de protection sociale dans les domaines de la vieillesse, de la santé et de l'aide sociale.

Toutefois, c'est l'insistance du gouvernement central, plus sensible à la pression sociale, qui explique le développement des différents programmes de protection sociale.

Le premier programme de « revenu minimal de subsistance » (*dibao*) pour les citoyens prend naissance dans le contexte des mouvements sociaux des années 1990. Cette allocation de base, réservée aux titulaires d'un permis de travail à la ville (*hukou*), couvre aussi bien les familles en dessous du seuil de pauvreté et les pauvres inaptes au travail que les travailleurs ayant épuisé leurs droits au chômage ou victimes de restructurations industrielles. Le nombre de destinataires du programme augmente très rapidement, de 0,85 million en 1996 à 2,66 millions en 1999 et 23,3 millions en 2008. Cette courbe suit étroitement la courbe des mécontentements sociaux (Cho, 2010). Le programme de *dibao* rural suit une courbe similaire. En 2008, il couvre 66 millions de personnes.

En 2003 et en 2007 sont établis deux systèmes de couverture santé, le premier pour les résidents ruraux, le second pour les résidents urbains ; puis, en 2009 et en 2011, la Chine met en place des systèmes de couverture minimale vieillesse.

Depuis la crise de 2008, la question de la protection sociale a pris une place centrale dans la réflexion du gouvernement et du Parti communiste (Zhu, 2009). Elle ne s'inscrit plus seulement dans une perspective « sécuritaire » et prend un « tournant keynésien ». Comme leurs homologues internationaux, les experts chinois prennent conscience que la protection sociale est aussi un amortisseur de crise. En 2009, le rapport collectif « Construire un système de sécurité sociale bénéficiant à toute la population » (Wei, 2010) met l'accent sur l'augmentation nécessaire des salaires pour soutenir la consommation et sur le rôle que peut jouer la protection sociale pour stimuler la demande intérieure. Le développement de la protection sociale pour tous est désormais fixé comme un objectif national.

La plupart des programmes s'effectuent à l'initiative des organisations multilatérales ou bilatérales (Chisinga, 2007), dans le cadre de projets-pilotes. Aussi, lorsque le financement international s'arrête, les expériences prennent fin, signe que la protection sociale ne figure pas au nombre des priorités des gouvernements des pays pauvres. Ce manque d'intérêt est peut-être aussi

dû à la non-pertinence de certains programmes – notamment des TCE – pour les pays pauvres. Apprendre des expériences étrangères implique également de savoir dégager les leçons réelles de ces expériences, de savoir identifier les éléments importables des éléments qui ne le sont pas et de savoir tenir compte des contextes économiques, sociaux, géographiques et culturels des pays.

Encadré 5 – La diffusion des programmes de TCE en Afrique subsaharienne

Depuis quelques années, les organisations internationales, les experts et un nombre croissant de pays donateurs et d'agences internationales de développement prônent la création de programmes de TCE en Afrique subsaharienne, sur le modèle latino- américain. On en comprend aisément les raisons : la pauvreté y est demeurée endémique ; or, les programmes de TCE, associés à une technologie de mise en œuvre maîtrisée, semblent fournir des résultats positifs et quantifiables.

Le mouvement en faveur de la protection sociale en Afrique est nettement impulsé par les agences du Nord : le DFID et la Banque mondiale en tout premier lieu, mais aussi l'UNICEF, l'USAID, l'OIT, l'Union européenne, la GIZ, le CAD de l'OCDE (POVNET) et de grandes ONG internationales (Hickey et al., 2009). Plusieurs programmes-pilotes ont été mis en place dans des pays de l'Afrique de l'Est et du Sud et, plus rarement, en Afrique de l'Ouest et du Centre. En 2005, la Commission économique des Nations unies pour l'Afrique recommande les TE comme moyen de lutter contre la pauvreté ; l'année suivante, l'Union africaine préconise d'aller dans cette voie.

Les programmes de l'Ethiopie, du Kenya, du Malawi et de la Zambie sont souvent cités en exemples. Cependant, en dehors du programme éthiopien de filet de sécurité productif (Productivity Safety Net Programme), conditionné par la participation à des travaux publics, peu de programmes peuvent être considérés comme des réussites. La plupart se font sous l'impulsion des donateurs et leur ampleur est limitée. Ils ne prennent en charge que des catégories restreintes de la population et dépendent étroitement du financement et de la pression internationale.

Anna McCord (2009) cite six facteurs qui bloquent l'adoption des programmes de TE par les gouvernements africains : 1o la contrainte fiscale, car la majorité des pays considère que les programmes de TE sont trop coûteux pour être financés sur leur budget, 2o la perception de ces programmes comme des dépenses sociales faites au détriment des investissements productifs, 3o le renforcement d'une culture de la dépendance parmi les destinataires, 4o la faible rentabilité politique de ces programmes pour l'élite au pouvoir, 5o le manque de cohérence entre les

préférences des donateurs et 6o la difficulté de mettre en œuvre des méthodes de ciblage.

Ainsi, alors que la diffusion de programmes conditionnels d'Amérique latine fait l'objet d'une attention particulière en Afrique subsaharienne, leur valeur pour cette région reste problématique (Schubert et Slater, 2006). En effet, l'intérêt de la conditionnalité n'existe que si le problème se situe réellement du côté de la demande de services sociaux. S'il n'y a pas assez d'écoles ou de centres de santé, si les maîtres et les personnels de santé font défaut, si les équipements scolaires ou de santé sont insuffisants en nombre et en qualité, un programme conditionnel n'aurait que peu d'intérêt, voire pourrait créer davantage de problèmes. Dans plusieurs pays à faible revenu, notamment en Afrique subsaharienne, les questions de formation du capital humain semblent donc relever davantage d'une insuffisance de l'offre que d'une stimulation de la demande. Par ailleurs, les difficultés d'administration de programmes conditionnels et les coûts de gestion peuvent être élevés dans des pays à capacité administrative et financière réduite. Enfin, des programmes trop conditionnels et trop ciblés peuvent se révéler moins efficaces dans la lutte contre la pauvreté que des programmes d'allocations à ambition plus large (Hanlon et al., 2010 ; Ulriksen, 2012).

6 CONCLUSION

Depuis la toute fin des années 1990 et le début des années 2000, la protection sociale a gagné une légitimité internationale dans les politiques de développement. Le consensus contemporain marque à la fois une évolution forcée des positions de l'OIT vers la prise en compte des populations en dehors du travail salarié, la distanciation de la Banque mondiale vis-à-vis de la conception excessivement « néolibérale » qui avait guidé son action auparavant, et l'intervention d'organisations actives dans le développement, comme le DFID et le PNUD, en faveur d'une perspective dite de « troisième voie » mettant au premier plan la protection sociale pensée comme un droit minimal et comme un investissement social.

Si ces évolutions marquent un rapprochement évident de positions, il n'en demeure pas moins que nous sommes encore loin de la réalisation d'un véritable consensus international. De fortes divergences subsistent, portant notamment sur la place relative à accorder au secteur public et au secteur privé, le ciblage ou l'universalisme, les conditionnalités ou l'accès inconditionnel au droit à l'aide.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur la validité des anticipations excessivement positives

quant à la portée des programmes de protection sociale. L'acceptation de la notion n'a été possible qu'au prix de l'insistance sur l'efficacité de ces politiques en matière de lutte contre la pauvreté à moyen et à long terme. Toutefois, si les évaluations montrent des résultats incontestables à court terme (fréquentation de l'école, santé des populations suivies), il existe peu de preuves des effets à long terme. Les hypothèses d'un taux d'emploi plus élevé et d'une meilleure qualification des enfants qui ont bénéficié des programmes de TCE relèvent largement de la politique prophétique (Valencia Lomelí, 2008). La protection sociale demeure une composante de la politique de lutte contre la pauvreté, mais elle ne constitue pas une politique de l'emploi, ni une politique de croissance. Les pays émergents caractérisés par la montée des inégalités sociales, comme le Brésil ou la Chine, sont très sensibles à la nécessité de créer des socles de protection sociale. Par contre, les pays les moins avancés sont plus intéressés par la mise en œuvre de stratégies de croissance ou de programmes électoralement payants (Chisinga, 2007 ; Hickey et al., 2009).

En tout état de cause, la question du financement de programmes de protection sociale se pose. Certaines études estiment que le coût de la protection sociale atteint un modeste pourcentage de 0,5 % à 2,7 % du PIB des pays pauvres (BIT, 2006 ; ILO, 2008). Reste que dans des pays où l'aide internationale représente entre 35 % et 60 % du budget, cet effort est tout à fait considérable et les programmes sociaux reposent avant tout sur les épaules des donateurs. La diffusion de la protection sociale n'est alors possible que si la communauté internationale accepte son devoir de financer à long terme une politique sociale globale au niveau mondial. Dans cette perspective, la protection sociale serait un des éléments-clés du filet de sécurité sociale à l'échelle planétaire évoqué notamment par Jean-Michel Severino et Jean-Michel Debrat (2010).

7 BIBLIOGRAPHY

Adato, M. et J. Hoddinott (2007) *Conditional Cash Transfer Programs : A « Magic Bullet » for Reducing Poverty ?*, 2020 Focus Brief on the World's Poor and Hungry People (Washington, DC : International Food Policy Research Institute).

Adesina, J. O. (2010) *Rethinking the Social Protection Paradigm : Social Policy in Africa's Development*, Paper prepared for the Conference « Promoting Resilience through Social Protection in Sub-Saharan Africa », organised by the European Report of Development in Dakar, Senegal, 28-30 June.

AISS (Association internationale de la sécurité sociale) (2007) *La sécurité sociale pour tous*, numéro spécial, *Revue internationale de sécurité sociale*, 60(2-3), <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/issf.2007.60.issue-2-3/issuetoc>.

Bailey, C. (2004) *Extension de la couverture de la sécurité sociale en Afrique*, ESS Papers no 20 (Geneva : International Labour Office).

Banque mondiale (1990) *Rapport sur le développement dans le monde 1990 : la pauvreté* (Washington : Banque mondiale).

Banque mondiale (2001) *Rapport sur le développement dans le monde 2000/2001 : combattre la pauvreté* (Paris : Editions ESKA pour la Banque mondiale).

Banque mondiale (2006) *Rapport sur le développement dans le monde 2006 : équité et développement* (Washington : Banque mondiale).

Barrientos, A. et D. Hulme (eds.) (2008) *Social Protection for the Poor and the Poorest : Concept, Policies and Politics* (Basingstoke : Palgrave Macmillan).

Bigman, D. et H. Fofack (2000) « Geographical Targeting for Poverty Alleviation : An Introduction to the Special Issue », *World Bank Economic Review*, 14(1), pp. 129-145, <http://dx.doi.org/10.1093/wber/14.1.129>.

BIT (Bureau international du travail) (2006) *Du programme-pilote au programme par pays de promotion du travail décent : les enseignements du programme-pilote sur le travail décent* (Genève : BIT).

Castañeda T. et K. Lindert (2005) *Designing and Implementing Household Targeting Systems : Lessons from Latin American and the United States*, Social Protection Discussion Papers no. 0526 (Washington, DC : The World Bank).

Catusse, M., B. Destremau et E. Verdier (dir.) (2010) *L'Etat face aux débordements du social au Maghreb : formation, travail et protection sociale* (Paris : Karthala).

Charlton, R. et R. McKinnon (2001) *Pensions in Development* (Aldershot : Ashgate). Chisinga, B. (2007) *The Social Protection Policy in Malawi : Processes, Politics and Challenges* (London : Future Agricultures Consortium).

Cho, Mun Young (2010) « On the Edge between “the People” and “the Population” : Ethnographic Research on the Minimum Livelihood Guarantee », *China Quarterly*, 201, pp. 20-37, <http://dx.doi.org/10.1017/S0305741009991056>.

Cichon, M. et K. Hagemeyer (2007) « Changing the Development Policy Paradigm : Investing in a Social Security Floor for All », *International Social Security Review*, 60(2-3), pp. 169-196, <http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-246X.2007.00275.x>.

Cling, J.-P., M. Razafindrakoto et F. Roubaud (dir.) (2002) *Les nouvelles stratégies internationales de lutte contre la pauvreté* (Paris : Economica).

Coady, D. (2003) *Alleviating Structural Poverty in Developing Countries : The Approach of Progresá in Mexico*, background paper for the 2004 *World Development Report* (Washington, DC : The World Bank).

Coady, D., M. Grosh et J. Hoddinott (2004) *Targeting of Transfers in Developing Countries : Review of Lessons and Experience* (Washington, DC : The World Bank).

Collier, D. et R. E. Messick (1975) « Prerequisites Versus Diffusion : Testing Alternative Explanations of Social Security Adoption », *American Political Science Review*, 69(4), pp. 1299-1315, <http://www.jstor.org/stable/1955290>.

Conway, T. et A. Norton (2002) « Nets, Ropes, Ladders and Trampolines : The Place of Social Protection within Current Debates on Poverty Reduction », *Development Policy Review*, 20(5), pp. 533-540, <http://dx.doi.org/10.1111/1467-7679.00188>.

Cornia, G. A., R. Jolly et F. Stewart (dir.) (1987) *L'ajustement à visage humain : protéger les groupes vulnérables et favoriser la croissance* (Paris : Economica).

Deacon, B. (1997) *Global Social Policy* (London : Sage).

Destremau, B. et B. Lautier (dir.) (2003) *Prévoyance ou providence ? La protection sociale*, dossier, *Revue Tiers Monde*, no 175, pp. 489-719, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/issue/tiers_1293-8882_2003_num_44_175.

Devereux, S. et R. Sabates-Wheeler (2004) *Transformative Social Protection*, IDS Working Papers no 232 (Brighton : Institute of Development Studies).

Devereux, S. et R. Sabates-Wheeler (2007) « Editorial Introduction : Debating Social Protection », *IDS Bulletin*, 38(3), pp. 1-7, <http://dx.doi.org/10.1111/j.1759-5436.2007.tb00363.x>.

DFID (Department for International Development) (2000) *Realising Human Rights for Poor People* (London : DFID).

Duflo, E. (2000) « Child Health and Household Resources in South Africa : Evidence from the Old Age Pension Program », *American Economic Review*, 90(2), pp. 393-398, <http://www.jstor.org/stable/117257>.

Dugger, C. W. (2004) « To Help Poor Be Pupils, not Wage Earners, Brazil Pays Parents », *New York Times*, 3 January.

Ellis, F., S. Devereux et P. White (2009) *Social Protection in Africa* (Cheltenham : Edward Elgar).

Ellis, F. et F. Marchetta (2009) *Poverty Targeting : New Evidence on Spatial and Sistributinal Impacts*, Frontiers of Social Protection Brief no 2 (Johannesburg : Regional Hunger and Vulnerability Programme).

Farrington, J. et R. Slater (2006) « Introduction : Cash Transfers : Panacea for Poverty Reduction or Money down the Drain ? », *Development Policy Review*, 24(5), pp. 499-511, <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-7679.2006.00344.x>.

Gentilini, U. (2005) « Mainstreaming Safety Nets in the Social Protection Policy Agenda : A New Vision or the Same Old Perspective ? », *Journal of Agricultural and Development Economics*, 2(2), pp. 133-157, <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/008/af137e/af137e00.pdf>.

Ginneken, W. van (2007) « L'extension de la sécurité sociale : concepts, grandes tendances et problèmes de politique générale », *La sécurité sociale pour tous*, numéro spécial, *Revue internationale de sécurité sociale*, 60(2-3), pp. 43-63, <http://dx.doi.org/10.1111/j.1752-1718.2007.00010.x>.

Gough, I. et G. Wood (2004) *Insecurity and Welfare Regimes in Asia, Africa and Latin America* (Cambridge : Cambridge University Press).

Grosh, M. E. (1994) *Administering Targeted Social Programs in Latin America : From Platitudes to Practice* (Washington, DC : The World Bank).

Grosh, M. E. (2012) « Les filets de protection sociale, ce sont des vies transformées », *Voices* (blog de la Banque mondiale), <http://blogs.worldbank.org/voices/node/1325>, 18 avril.

Hall, A. (2007) « Social Policies in the World Bank : Paradigms and Challenges », *Global Social Policy*, 7(2), pp. 151-175, <http://dx.doi.org/0.1177/1468018107078160>.

Hanlon, J., A. Barrientos et D. Hulme (2010) *Just Give Money to the Poor : The Development Revolution from the Global South* (Sterling : Kumarian Press).

Hickey, S., R. Sabates-Wheeler, B. Guenther et I. Macauslan (2009) *Promoting Social Transfers : DFID and the Politics of Influencing*, Working Papers no 32 (London : Department for International Development).

Holzmann, R. et J. Jørgensen (2000) *Gestion du risque social : cadre théorique de la protection sociale*, Documents de travail sur la protection sociale no 6 (Washington : Banque mondiale).

ILO (International Labour Office) (2008) *Can Low-income Countries Afford Basic Social Security ?*, Social Security Briefings Papers no 3 (Geneva : ILO).

ILO (International Labour Office) (2011) *Social Protection Floor in China*, one-pager (Geneva : ILO).

ILO (International Labour Office) et WHO (World Health Organization) (2009) *The Social Protection Floor : A Joint Crisis Initiative of the UN Chief Executives Board for Co-ordination on the Social Protection Floor* (Geneva : ILO and WHO).

Jenson, J. (2009) « Lost in Translation : The Social Investment Perspective and Gender Equality », *Social Politics : International Studies in Gender, State, and Society*, 16(4), pp. 446- 483, <http://dx.doi.org/0.1093/sp/jxp019>.

Jobert, B. et P. Muller (1987) *L'Etat en action : politiques publiques et corporatismes* (Paris : Presses Universitaires de France).

Kabeer N. (2004) *Re-visioning « the Social » : Towards a Citizen-centred Social Policy for the Poor in Poor Countries*, IDS Working Papers no 191 (Brighton : Institute of Development Studies).

Kakwani, N. et K. Subbarao (2005) *Ageing and Poverty in Africa and the Role of Social Pensions*, Working Papers no 8 (Brasilia : UNDP International Poverty Centre).

Kapur, D., J. P. Lewis et R. Webb (eds.) (1997) *The World Bank : Its First Half Century* (Washington, DC : Brookings Institution Press).

Lautier, B. (2006) « Towards Universal Social Security and Protection of the “Most Vulnerable” » in International Labour Office (ILO) and Strategies and Tools against social Exclusion and Poverty programme (STEP) *Social Protection and Inclusion : Experiences and Policy Issues* (Geneva : ILO and STEP), pp. 77-103.

Leisering, L. (2009) « Extending Social Security to the Excluded : Are Social Cash Transfers to the Poor an Appropriate Way of Fighting Poverty in Developing Countries ? », *Global Social Policy*, 9(2), pp. 246-273, <http://dx.doi.org/10.1177/1468018109104628>.

Longuenesse, E. (1992) « Systèmes de santé et systèmes de protection sociale dans le monde arabe », *Maghreb-Machrek*, no 138, pp. 111-128.

Lopes-Wohnlich, D., F.-X. Merrien et J. Debonneville (2011) *De Brasilia à Manille : la mise en œuvre de politiques sociales axées sur la dimension genre au Brésil et aux Philippines : le cas de la Bolsa Família et du Pantawid Pamilyang Pilipino Program*, EADI International Congress, York, 19-22 septembre, http://eadi.org/gc2011/lopes_wohnlich-313.pdf.

McCord, A. (2009) *Cash Transfers and Political Economy in Sub-Saharan Africa*, Project Briefings no 31 (London : Overseas Development Institute).

McKinnon, R. (2010) « Social Risk Management and the World Bank : Resetting the “Standards” for Social Security ? », *Journal of Risk Research*, 7(3), pp. 297-314,

<http://dx.doi.org/10.1080/1366987042000176244>.

Merrien, F.-X. (2000) « Nouveau régime économique international et devenir des Etats- providence » in de Senarclens, P. (dir.) *Maîtriser la mondialisation* (Paris : Presses de Sciences Po), pp. 77-113.

Merrien, F.-X. (2001) « The World Bank's New Social Policies : Pensions », *International Social Science Journal*, 53(170), pp. 537-550, <http://dx.doi.org/10.1111/1468-2451.00343>.

Merrien, F.-X. (2006) « La bataille des pensions », in Comelieu, C. (dir.) *Le défi social du développement : globalisation et inégalités* (Paris : Karthala), pp. 195-226.

Merrien, F.-X. et A. F. Mendy (2010) « International Organizations » in Hart, K., J.-L. Laville and A. D. Cattani (eds.) *The Human Economy* (Cambridge : Polity Press), pp. 39-50.

Merrien, F.-X., R. Parchet et A. Kernén (2005) *L'Etat social : une perspective internationale* (Paris : Armand Colin).

Mkandawire, T. (2004) *Social Policy in a Development Context* (Geneva : United Nations Research Institute for Social Development).

Molyneux, M. (2008) « The “Neoliberal Turn” and the New Social Policy in Latin America : How Neoliberal, How New ? », *Development and Change*, 39(5), pp. 775-797, <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-7660.2008.00505.x>.

Munro, L. T. (2008) « Risks, Needs and Rights : Compatible or Contradictory Bases for Social Protection » in Barrientos, A. and D. Hulme (eds.) *Social Protection for the Poor and the Poorest : Concept, Policies and Politics* (Basingstoke : Palgrave Macmillan), pp. 27-46.

OIT (Organisation internationale du travail) (1952) *C102 – Convention (no 102) concernant la sécurité sociale (norme minimum)* (Genève : OIT). http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312247:NO.

Ravallion, M. et Q. Wodon (1997) *Poor Areas, or Only Poor People ?*, Policy Research Working Papers no 1798 (Washington, DC : The World Bank), <http://go.worldbank.org/61N7C0X1G0>.

Rawlings, L. B. (2005) « Une nouvelle approche de l'assistance sociale : l'expérience de l'Amérique latine avec les programmes de transferts conditionnels en espèces », *Revue internationale de sécurité sociale*, 58(2-3), pp. 157-192.

Rawlings, L. B. et G. Rubio (2003) *Evaluating the Impact of Conditional Cash Transfer Programs : Lessons from Latin America*, Policy Research Working Papers no 3119 (Washington, DC : The World Bank), <http://go.worldbank.org/L7RZYL07J0>.

Schubert, B. et R. Slater (2006) « Social Cash Transfers in Low-Income African Countries : Conditional or Unconditional ? », *Development Policy Review*, 24(5), pp. 571-578, <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-7679.2006.00348.x>.

- Severino, J.-M. et J.-M. Debrat (2010) *L'aide au développement* (Paris : Le Cavalier Bleu).
- Skoufias, E. (2001) *Progesa and Its Impacts on the Human Capital and Welfare of Households in Rural Mexico : A Synthesis of the Results of an Evaluation by IFPRI* (Washington, DC : International Food Policy Research Institute), http://www.ifpri.org/sites/default/files/publications/skoufias_finalsyn.pdf.
- Skoufias, E. et B. McClafferty (2001) *Is Progesa Working ? Summary of the Results of an Evaluation by IFPRI*, FNCD Discussion Papers no 118 (Washington, DC : International Food Policy Research Institute), <http://www.ifpri.org/sites/default/files/publications/fcndp118.pdf>.
- Somavia, J. (2009) *The Global Financial Crisis and Its Impact on the Work of the UN System*, CEB Issue Papers (New York : UN System Chief Executives Board for Coordination [CEB]).
- Strang, D. et P. M. Y. Chang (1993) « The International Labor Organization and the Welfare State : Institutional Effects on National Welfare Spending, 1960–80 », *International Organization*, 47(2), pp. 235-262, <http://dx.doi.org/10.1017/S0020818300027934>.
- Ulriksen, M. S. (2012) « Questioning the Pro-Poor Agenda : Examining the Links between Social Protection and Poverty », *Development Policy Review*, 30(3), pp. 261-281, <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-7679.2012.00576.x>.
- Valencia Lomelí, E. (2008) « Conditional Cash Transfers as Social Policy in Latin America : An Assessment of Their Contributions and Limitations », *Annual Review of Sociology*, 34, pp. 475-499, <http://dx.doi.org/10.1146/annurev.soc.34.040507.134537>.
- Voipio, T. (2007) « Social Protection for Poverty Reduction : The OECD/DAC/POVNET View », *IDS Bulletin*, 38(3), pp. 45-50, <http://dx.doi.org/10.1111/j.1759-5436.2007.tb00374.x>.
- Vuarin, R. (2000) *Un système africain de protection sociale au temps de la mondialisation ou « Venez m'aider à tuer mon lion... »* (Paris : L'Harmattan).
- Wei, Nanzhi (2010) « Le système de protection sociale des personnes âgées en Chine », *La Vie des idées*, 9 septembre, <http://www.laviedesidees.fr/Le-systeme-de-protection-sociale.html>.
- Willmore, L. (2006) « Les pensions de vieillesse universelles dans les pays en développement : l'exemple de Maurice », *Revue internationale de sécurité sociale*, 59(4), pp. 85-112.
- World Bank (2001) *Social Protection Sector Strategy : From Safety Net to Springboard* (Washington, DC : The World Bank).
- Zhu, Yukun (2009) *A Case Study on Social Security Coverage Extension in China*, Working Papers no 7 (Geneva : International Social Security Association).

CHALLENGES TO LABOUR LAW

DESAFIOS PARA O DIREITO DO TRABALHO

Wolfgang Däubler¹

ABSTRACT: The article deals with three main challenges to labour law referring especially to the German experience. The world-wide market induced enterprises to relocate their production and to reduce labour costs at home. In Germany, a quite indirect way of exercising pressure on the workers was developed; counter-measures were rare and did not really change the situation. TTIP and CETA will worsen the situation because national sovereignty in social and environmental questions will fade away. The second challenge comes from inequality existing among workers as well as in society as a whole. There is a scission between very wealthy people on one side and people becoming poorer and poorer on the other side. Labour law has not yet developed the instruments to realize more equality among workers but some ideas are discussed. The third challenge is the digitalisation of many activities; they are no more bound to certain places or certain times of the day. The “freedom” to work at any moment and at any place entails very long working hours, work at night and work on Sundays. Legal rules on working time lose more and more their importance. A solution can be the right of workers’ representatives to discuss the tasks given to individual workers, but other means are examined in the article, too. The internet makes crowdworking possible – a new form of work which is currently not covered by labour law.

KEY-WORDS: Globalisation; Inequality; Digitalisation; Crowdworking; Excessive working time; Scission among workers; Self-employed persons.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 Globalisation. 2.1 Loss of workplaces. 2.2 Intensification of work. 2.3 Reducing labour costs. 2.4 Counter-measures? 2.5 Foreign owners of German enterprises. 2.6 Ttip and ceta. 3 Quality – a lot of value? 3.1 Inequality among workers. 3.2 Inequality in society. 3.3 Impacts on labour law. 4 Work in digitised world. 4.1 The appearance. 4.2 Working time problems. 4.2.1 The facts. 4.2.2 Possible solutions. 4.3 Crowdworking. 4.3.1 Some facts. 4.3.2 Legal Implications. 4.3.3 Perspectives. 5 References.

RESUMO: O presente artigo trata de três principais desafios para o Direito do Trabalho, referindo-se em especial à experiência alemã. O mercado global induziu as empresas a realocarem a sua produção e a reduzir os custos trabalhistas em casa. Na Alemanha, um modo indireto de exercer pressão sobre os trabalhadores foi desenvolvido; contra medidas foram raras e não alteraram realmente a situação. O Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento e o Acordo Econômico e Comercial Abrangente irão piorar a situação, pois a soberania nacional em questões sociais e ambientais irá se enfraquecer. O segundo desafio vem da desigualdade existente entre os trabalhadores, assim como na sociedade como um todo. Existe uma divisão entre pessoas ricas de um lado e pessoas tornando-se cada vez mais pobres do outro lado. O Direito do Trabalho ainda não desenvolveu os instrumentos para propiciar maior igualdade entre os trabalhadores, mas algumas ideias são discutidas. O terceiro desafio é a digitalização de muitas atividades; elas não se limitam mais a determinados lugares ou a determinados períodos do dia. A “liberdade” de trabalhar a qualquer hora e em qualquer lugar gera longas jornadas de trabalho, trabalho à noite e trabalho aos domingos. As normas legais sobre duração do trabalho perdem cada vez mais a sua importância. Uma solução pode ser o direito dos representantes dos trabalhadores discutirem as tarefas atribuídas a cada trabalhador, mas outros meios também são examinados no presente artigo. A internet torna a economia colaborativa possível – uma nova forma de trabalho que, atualmente, não está coberta pelo Direito do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização; Desigualdade; Digitalização; Economia colaborativa; Duração do trabalho

Artigo recebido em 17/09/2017

Artigo aprovado em 08/11/2017

¹ Wolfgang Däubler é Professor de Direito do Trabalho, Direito Civil e Direito Econômico na Universidade de Bremen (Alemanha).

excessiva; Divisão entre os trabalhadores; Trabalhadores autônomos.

SUMÁRIO: Introdução. 2 Globalização. 2.1 Perda de locais de trabalho. 2.2 Intensificação do trabalho. 2.3 Reduzindo os custos trabalhistas. 2.4 Contra-medidas ? 2.5 Proprietários estrangeiros de empresas alemãs. 2.6 Ttip e Ceta. 3. Igualdade – um valor perdido? 3.1 Desigualdade entre os trabalhadores. 3.2 Desigualdade na sociedade. 3.3 Impactos no direito do trabalho. 4. Trabalhar no mundo digitalizado. 4.1 A aparência. 4.2 Problemas de tempo de trabalho. 4.2.1 Os fatos. 4.2.2 Possíveis soluções. 4.3 Muita gente trabalhando. 4.3.1 Alguns fatos. 4.3.2 Implicações legais. 4.3.3 Perspectivas. 5 Referências

1 INTRODUCTION

My subject is quite a broad one. As one of the foreign speakers at this conference, I may be permitted to concentrate on a discussion which has started in my country. It may sometimes happen that social phenomena are less recognized in one country whereas they are at the centre of scientific interest in another. In other cases, the point of departure may be the same, but the way of dealing with problems can be very different. So I have to beg your pardon if I describe a topic which may be quite new for some of us, but may be rather well-known to other people. My German style of dealing with problems and theories is often linked to concrete examples; to develop new categories – typical e.g. for a French approach - will remain our task for the future when we have completely understood the reality.

In Germany, we see three challenges to labour law.

- The first one is globalization in the sense that markets for products and for investments are becoming more and more open; the last obstacles to international commerce being taken down
- The second one is inequality which exists among workers as well as in society as a whole
- The third one is the growing digitalisation of work which questions the separation between workplace and private life.

I will deal with these three points adding some reflexions about possible reactions of workers, their unions and their networks.

2 GLOBATISATION

To be exposed to a world-wide competition is nothing new for German enterprises. It may be sufficient to remember that during the 1970s large parts of the German textile industry were

transferred to low-wage-countries.² But the situation changed after 1990. Low-wage-countries were quite nearby in Eastern Europe; right on the doorstep. What was even more important was the change in power-relations: Before 1990, social policy was determined largely by political reasons. To treat the working class badly would have meant running the risk that sections of it would develop sympathy for the system in the east. Now this “danger” has disappeared; the market has been given free rein.

2.1 Loss of workplaces

Workplaces were lost and still are. In some fields, the same tasks can be fulfilled at lower costs in other countries. The difference in_wages may be so high that even a lower productivity does not matter. A manager of a German firm once told me: A German engineer works as much as five Indian engineers. But the money I have to pay to him would be sufficient to pay ten Indian engineers. What is the practical effect of such a “theory”? Workers and their unions can at least be threatened by the relocation of the plant or a part of it. In some cases the production will be effectively transferred to another country. The difference in wages is, however, only one factor in the decision-making process. What is the infrastructure like in the foreign country? Are there enough qualified people available? Are there any problems with public safety? Is there a reliable administration or will it only do its job on the basis of bribes? Are there “tariffs” one has to pay for a licence or permission? In some less complicated cases production is transferred to another country in order to serve the local market therefore reducing growth at home.

2.2 Intensification of work

Today, the typical case sees no more relocation of plants. In my example, the message given to the engineers is: “You are good but be better”. International competition puts pressure on workers to perform. Counter-pressure is dangerous because workers never know whether the next task in the group of enterprises will be given to an Indian or Chinese subsidiary.

2.3 Reducing labour costs

² See Fröbel/Heinrichs/Kreye, Die neue internationale Arbeitsteilung, Reinbek (Rowohlt) 1977.

Nowadays in Germany, labour costs can no longer be reduced by just putting away collective agreements. That would disturb the social partnership existing between employers and unions and would not even be welcomed by the employers who do not want state intervention in such a field. There is a more sophisticated way; it was based on the so-called Hartz-Reforms in 2003 and 2004.³ Two points need to be stressed upon.

Temporary agency work was “liberalised”. A work assignment with another employer was permitted without any time limit. In this way, an employer could replace employees with temporary agency workers if there was a vacancy in his plant. Unlike in France, temporary agency workers earn 30% to 40% less than normal workers; so it may be profitable to increase the number of them. Indeed, after 2003 there was an increase from about 200.000 people to 850.000 people in 2007.⁴ The law provided for equal pay and equal treatment but these principles could (and can) be sidestepped by collective agreements. The unions collaborated in concluding agreements which fixed the traditional conditions of temporary agency workers. The existence of low-paid workers put pressure on the whole working class being threatened by the employment of more and more temporary agency workers.

The second point is the reduction of the “social network”. Before 2003, an unemployed person received unemployment benefits for one to two years depending on the age and years of service. When this time was over and no new job was found the person concerned received “unemployment aid” without any time limit; it was 50% of the former income after deductions and 57% if the person had to take care of a child. The person was not obliged to sell his or her assets like an apartment and a car or to give back a life insurance policy to the insurance company. All this was abolished by the so-called Hartz-legislation. Former income no longer played any role. Everybody received 345 Euros a month (plus rent for a modest apartment and costs for heating); with few exceptions, assets including life insurance had to be sold before getting any money. This was a horrible come down for most of the people concerned. Workers with jobs were quite anxious about finding themselves in a similar situation.

In the years between 2000 and 2008 the effective net wages went down by 0.8% because

³ Hartz was a member of the board of Volkswagen responsible for human resources and chairman of a Government’s commission for the reform of the labour market. Some years later, he lost his job for corruption and was condemned to one year of prison, the sentence being suspended.

⁴ See Bundesagentur für Arbeit, *Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen*, Nürnberg 2015, p. 6 (<http://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf>).

the inflation rate was higher than the average wage increases.⁵ The lowest 20% of wage earners lost 2.5%⁶ while the highest 10% were even better off. It took until 2014 before the average real wages were higher than in 2000.⁷

2.4 Counter-measures?

International labour law does not offer any solution to these problems. There is no ILO convention on the relocation of enterprises. The OECD guidelines on multinational enterprises⁸ prohibit using possible relocation as a threat during negotiations with workers' representatives about other subjects, but relocation as such is not restricted, and the "guidelines" contain no binding rules but rather only lead to a mediation process with a competent national body. Intensification of work and fostering a sector of low-paid workers are not subjects dealt with at ILO conventions.

National law may offer some more help. Can the right to strike be useful in such cases? According to the German courts, a strike is legal only if it is led by a union and if it aims at the conclusion of a collective agreement. The essential question is, whether the relocation of a plant may be regulated by collective agreement. Must such a decision be considered as a management prerogative? The Federal Labour Court found a diplomatic solution:⁹ It stated that unions and employers are allowed to conclude collective agreements about the consequences a relocation of the plant may have on the situation of the workers. In the concrete case, the union had claimed to extend the periods of notice to three years; in addition the employer should pay the costs to the workers in regards to getting a new professional qualification. Those who did not take this opportunity should receive a severance pay which amounted to two monthly salaries for each year of service. Such demands were considered to be legal – even if their realization would make the relocation economically unreasonable. By increasing demands, the union can begin negotiations about the relocation of the plant as such.

As to the intensification of work, labour law is not very well prepared. The law about

⁵ See the EU-Publication <http://www.eu-info.de/deutsche-europapolitik/umfragen-statistiken-deutschland/reallohn/>. Germany was the only country in Europe with a decrease of real wages in the period between 2000 and 2008

⁶ www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/lohnunterschiede-in-deutschland-gehen-weiter-auseinander-13490563/reallohnentwicklung-in-13490600.html (Frankfurter Allgemeine Zeitung)

⁷ <http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/realloehne-in-deutschland-liegen-hoehere-als-im-jahr-2000-a-1019175.html> (Der Spiegel)

⁸ <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48808708.pdf>

⁹ BAG (= Bundesarbeitsgericht = Federal Labour Court) 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 - NZA (= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 2007, 987.

working time only contains notions like on-call duty and standby service which describe a kind of “reduced” work. If the normal standard is exceeded we cannot find any category like “uninterrupted work” or “heavy work”. The only exception can be found in collective agreements which provide an additional payment for dangerous or especially unpleasant work. This problem will reappear in the context of digitalisation; it shall, therefore, be dealt with later.

The Hartz-legislation was challenged in the Constitutional Court because Parliament had not paid sufficient attention to the real situations of the persons concerned. The deputies had, e.g., neglected the need to spend money on further education, which was especially severe because children got (depending on their age) 60-% or 80-% of the sum given to adults. A child talented in music or a special kind of sport would have no chance to develop his or her skills. The Constitutional Court declared the law to be unconstitutional,¹⁰ a decision which brought some improvements afterwards but which could not change the political impact the legislation had on the working class.

2.5 Foreign owners of German enterprises

In open markets, enterprises may be bought by foreign investors. If this takes place, labour law can no more be applied in the same way as before, i.e. in relation to a national employer: If the real decision-makers are in the U.S. or in Japan, collective bargaining in the traditional sense is no longer possible. If the other side of the bargaining table has no mandate, negotiations become a pure formality. There is only the alternative to accept the proposals coming from overseas or to go on strike. In most cases, the second solution cannot be practiced for different reasons. Under these circumstances, unions can only appeal to the foreign managers to improve the human relations in the enterprise. Such a kind of appeal brings acceptable solutions in a few cases but as a rule has no effect. As first experiences show, only Chinese investors take a different attitude. They accept German rules on collective bargaining and codetermination. They are interested in the special qualifications and working attitude of the German workforce. Workers are often considered by them to be the most valuable part of the enterprise, which can greatly help to develop the Chinese parent company.¹¹

¹⁰ BVerfG 9. 2. 2010 – 1 BvL 1/09 – NJW (= Neue Juristische Wochenschrift) 2010, p. 505 et seq.

¹¹ Details at Däubler/Müller, Chinesische Arbeitgeber in Deutschland, AiB (=Arbeitsrecht im Betrieb) 2015 (issue 2) p. 33

2.6 TTIP and CETA

The planned “Transatlantic Trade and Investment Partnership” (TTIP) between the EU and the US and the “Comprehensive Economic and Trade Agreement” (CETA) between the EU and Canada bring a new dimension into the globalised market. Free commerce is intensified once more, bringing additional competition (and more pressure to perform) to the workers. But the “Free Market” ideology is so strong that even unions and left-wing parties accept it as such. The criticism concentrates, however, on two other important points. The unified market will put social and environmental standards at risk; Europe will be forced to follow the example of the United States in order to remain competitive. The second point is even more embarrassing. The nation state will be liable and obliged to pay damages if “legitimate expectations” of investors are not met. There is the current example of the Swedish company Vattenfall asking for 4 billion Euro in damages because Germany decided to renounce nuclear power plants in the future.¹² Whether “legitimate expectations” have been met or not, will be decided by arbitration courts in an intransparent procedure. The EU-Commission has presented a paper to be used in the negotiations with the United States which wants to install international courts, but the problem remains that the nation state loses a lot of its legislative power. Would it not be too dangerous to increase the minimum wage by 30% because investors could not foresee it? What about enlarging the fields in which codetermination of works councils takes place? Would better protection against dismissal still be possible? If there was even a small risk that Germany would be obliged to pay billions of Euros as damages to foreign investors, the Parliament would renounce such a kind of legislation. National sovereignty in social and environmental questions will fade away.

3 EQUALITY – A LOST VALUE?

Inequality is a consequence of globalisation but it cannot be explained exclusively in this way. In Germany, you can find inequality among workers as well as inequality in society as a whole. What is the current role of labour law in this field and what will its future function be?

¹² <http://www.zeit.de/wirtschaft/2014-03/investitionsschutz-klauseln-beispiele/seite-2>: The legal basis is the so-called Energy Charter containing comparable provisions as CETA.

3.1 Inequality among workers

Labour law permits the creation of precarious jobs which cannot guarantee an adequate economic existence for the individual worker and his or her family.

Traditionally, fixed-term contracts could be concluded only if there was objective reason (in German: Ein sachlicher Grund) to do it. Replacing a worker who is absent for maternity reasons or for educational leave was a typical situation; another one was the probation period. Since 1985, the legislator has admitted fixed-term contracts without objective reason; the idea was to give an incentive to employers to recruit more people. Whether this effect took place was never proven empirically, but the legislator continued in this way. Today, a fixed-term contract without objective reason is possible for a period of two years, which can be split into four parts.¹³ The only condition is the absence of a former labour relationship with the same employer, a rule which the Federal Labour Court has restricted to the absence of a labour relationship during the last three years.¹⁴ In 2012, about 8.5-% of all workers had a fixed-term contract; twenty years ago, the number was much lower.¹⁵ As the workers normally want to keep their jobs, he or she depends completely on the employer who is free to give a new contract or to refuse it. Of course, no discrimination would be allowed, but intelligent employers avoid any suspicion going in this direction. The worker is well advised not to have conflicts with the employer; consulting the works council in a personal matter or joining the union would be seen by many employees as dangerous behaviour. As for payment and working conditions, the worker is entitled to the same rights as workers with an open-ended contract but you will find only a very small number of judgments dealing with this topic.

Temporary agency workers have already been mentioned. Lower wages and worse working conditions are characteristic of this group of workers. According to a report by the Federal Government, 50-% of all these labour relationships end within three months.¹⁶ Their legal position has been improved during the last years but there is still a large gap between regular workers and temporary agency workers.

Part-time workers are no uniform group. Some of them work thirty hours per week and receive a good salary. On the other side is the large group of persons in marginal employment,

¹³ Article 14 § 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (law on part-time work and fixed-term contracts)

¹⁴ BAG 6. 4. 2011 – 7 AZR 716/09 – DB (= Der Betrieb) 2011, 1811

¹⁵ <http://www.sueddeutsche.de/karriere/angaben-der-bundesregierung-zahl-der-befristeten-arbeitsvertraege-in-deutschland-gestiegen-1.1931132>

¹⁶ http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/aeug-bericht-12.pdf?__blob=publicationFile. (website of the Ministry of Labour and Social Affairs)

whose earnings are below the threshold of 451 Euros per month. They are normally not included into the social security system and their income is obviously insufficient for their living.¹⁷ Between the two groups one can find part-timers who are covered by the social security system but who can live only with the support of family or the state.

These three groups of atypical workers are normally seen as a synonym for precarious work. But there are two important additional groups who are in a comparable situation.

Full-time workers with an open-ended contract may work in a small plant with less than eleven workers: They have almost no protection against dismissal, collective agreements do not apply and a works council does not exist.¹⁸ Their legal situation is assimilated to what the rule was before the First World War: The only exceptions are the protection for maternity and for the disabled (and some improvements in the social security system). If such a worker gets a salary near the legal minimum wage he or she can be considered to be in a precarious situation, too.

Self-employed workers make up 12% of the active population.¹⁹ Those without employees make up 7 %; from 2000 to 2010 their number increased from 1.8 to 2.5 million people.²⁰ In the German system, they are regularly not included in the social security system (exceptions: social security for artists, members of liberal professions like doctors, lawyers, architects etc.). They are not covered by labour law irrespective of their economic situation. If they depend economically on one enterprise or on the administration they are considered to be a person “assimilated to an employee” (in German: Arbeitnehmerähnliche Person). To this group of persons some labour law rules apply. The most important ones are the right to a minimum leave of four weeks and the right to be protected by collective agreements. But all the other important rules are not applicable: No protection against dismissal, no integration into the system of works councils. In practice, collective agreements are concluded only for the collaborators of radio and television in the public sector. For employers, self-employed people are quite appealing because contributions do not have to be paid into the social security system for them.

3.2 Inequality in society

¹⁷ Details at Däubler, *Das Arbeitsrecht*, 11. Aufl., Frankfurt/Main 2015, Rn. 1107 et seq.

¹⁸ In theory, a works council could be elected if the plant has at least 5 employees; a collective agreement can be applied, if the employer is a member of the employers' association. These are very rare exceptions.

¹⁹ DIW-Wochenbericht 7/2013 S. 5 (DIW = Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung)

²⁰ DIW-Wochenbericht 7/2013 S. 3

Inequality among workers has repercussions on the whole of society. People who have no sufficient living income but are able to work get the minimum benefit described above.²¹ They numbered 4.372 million in 2015.²² Those not able to work receive “social aid” as welfare recipients; this amounted to 370,000 people in 2014.²³

The group of “working poor” who do not even earn enough money to reach the minimum standard of living for themselves and for their families comprises 1.317 million people. Among them were 218.000 full-time employees.²⁴ They receive benefits to top up their income to subsistence level.²⁵ This is a form of combined wages giving an incentive to employers to pay very low salaries in fields where you need no qualification to do a job.

According to the Federal Statistical Office, 14.5% of the population are threatened by “poverty”; the poverty line is drawn at 917 Euros a month.²⁶ An EU survey found that 16.1% are in this situation. Both agree that the percentage has grown during the last ten years despite the economic boom.

The distribution of wealth is even much more unequal. The richest 80,000 people (0.1% of the population), have sixteen times more property than the poorer half of the whole population – approximately 40 million people.²⁷

Inequality is not only a problem of justice between individuals. Wilkinson and Pickett²⁸ have analysed a large quantity of empirical research whose results are quite clear: In developed countries with a high degree of inequality, criminality is high, physical health and life expectancy are low, and drug use is high. On the other hand, countries with a lower degree of inequality have less criminality, a better health situation, higher life expectancy and drugs are less common. This is not a question of national life-style because the same results can be seen within the United States: States with more inequality, like Texas, have a higher number of criminals, more violence etc.

3.3 Impacts on labour law

²¹ Chapter 2.3

²² <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/1396/umfrage/leistungsempfaenger-von-arbeitslosengeld-ii-jahresdurchschnittswerte/>

²³ <http://www.welt.de/wirtschaft/article133730244/Zahl-der-Sozialhilfeempfaenger-steigt-auf-Rekordhoch.html>

²⁴ http://www.sozialpolitik-aktuell.de/tl_files/sozialpolitik-aktuell/_Politikfelder/Arbeitsmarkt/Dokumente/Beschaefigte-Arbeitslosengeld-II-Bezieher-Vollzeit-Teilzeit.pdf

²⁵ In German they are called „Aufstocker“

²⁶ <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/statistisches-bundesamt-mehr-deutsche-von-armut-bedroht-1.2623426>

²⁷ <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/vermoegen-sind-in-deutschland-sehr-ungleich-verteilt-a-1051286.html>

²⁸ The Spirit Level. Why Quality is Better for Everyone, London (Penguin) 2010

Today, “equal treatment” has become a fundamental feature of labour law.²⁹ But the “unit” in which equality has to be observed, is the plant or the enterprise. Some labour lawyers may include groups of enterprises but that would be the utmost limit. The problems described here are in no way reached by the labour law principle of equality. Even anti-discrimination law stops at this point. Those who like the details of ECJ-judgments will perhaps remember the Defrenne-case. In Defrenne II,³⁰ the court stated:

“It is impossible not to recognize that the complete implementation of the aim pursued by Article 119, by means of the elimination of all discrimination, direct or indirect, between men and women workers, not only as regards individual undertakings but also entire branches of industry and even of the economic system as a whole, may in certain cases involve the elaboration of criteria whose implementation necessitates the taking of appropriate measures at Community and national level.”

Article 119 (which is today Article 157 of the Treaty) aims at wage equality between men and women throughout the economy? A good principle which has been completely forgotten in the ensuing forty years: Who did ever refer to it? On the contrary, the single-source-theory requires that one body is responsible for the discrimination.³¹ If a female civil servant and a male public employee do the same job but get different salaries, the equality principle will not apply if the wages of civil servants are fixed by law whereas the salaries of public employees are defined by collective agreement.³² The only way to extend the field of application of the equality principle is the conclusion of collective agreements for a sector of the economy. But in Germany, it would be impossible to find collective agreements for the whole economy which would reduce the gap between different sectors. A “solidarity wage policy” was tried in Sweden some 30 years ago,³³ but no longer has any current impact. Unions are not strong enough to tackle such problems.

4 WORK IN DIGITABISED WORLD

²⁹ See on a comparative basis Hepple, Equality at work, in: Hepple/Veneziani (ed.), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Oxford and Portland, Oregon 2009, p. 129 et seq.

³⁰ Judgment 8 April 1975 - Case 43/75

³¹ ECJ 17 September 2002 – C-320/00 – NZA 2002,1144

³² BAG 3. 4. 2003 – 6 AZR 633/01 – NZA 2003, 1286

³³ See Pfromm, *Solidarische Lohnpolitik*, Köln 1978; Schulten, *Solidarische Lohnpolitik in Europa*, WSI-Diskussionspapier Nr. 92, Düsseldorf 2001

4.1 The appearance

The digitalisation of work is a process linked to the use of certain devices like laptops, smartphones and tablet computers combined with access to the internet. If one considers professional *and* private activities, only a small minority do not use the internet in Germany. In 2014, 78.71% of the population over 14 years old were users, compared to 60.2% in 2007 and only 37% in 2001.³⁴ According to the Federal Statistical Office, the number was smaller in the workplaces; only 64-% of workers used a computer and 55-% had access to the internet.³⁵ Mobile use in general increased from 18-% in 2011 to 60-% in 2013.³⁶

A person who carries a smartphone or a tablet computer is always reachable, theoretically around-the-clock. A second change is even more important: The person concerned is able to start working at once. Where he or she stays plays no role: In a hotel room, on the train, in the lounge at the airport. If these possibilities are really used, the boundaries between work and spare time are becoming blurred: The internet removes spatial and systematic barriers.³⁷ The implications for labour law are considerable.

4.2 Working time problems

4.2.1 The facts

Working time legislation regulates the duration of work and the work schedule, putting limits on both of them. If work is done in a factory or in an office, it is quite easy to find out how many hours the person has worked, beginning at eight o'clock in the morning and ending at five o'clock in the evening. The working time law establishes clear limits which can be controlled easily. But how can one control how many hours a person has worked at home, on the train or in the hotel room? Technically, it would be possible to register all activities on a computer with an internet connection. But this would lead to complete supervision of the individual and it would be incomplete because the time spent, e.-g., in preparing work with electronic media, will not be

³⁴ <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/36146/umfrage/anzahl-der-internetnutzer-in-deutschland-seit-1997/>

³⁵ Statistisches Bundesamt, Unternehmen und Arbeitsstätten. Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen, Wiesbaden 2013, S. 10, auch zum Folgenden

³⁶ Statistisches Bundesamt, op. cit., p. 6

³⁷ The German expression is „Entgrenzung“ which literally means „delimitation“. See Däubler, Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts? SR (= Soziales Recht) 2014, 45 et seq.

included. In practice, this system is normally not used. More and more people just receive a task which has to be fulfilled by a certain date – it is up to the worker to decide when and where he will do his job. We call this form of working in Germany ‘trust based working time’ (“Vertrauensarbeitszeit”).

As far as we know, there are many cases in which the limits for weekly working hours are neglected. Based on the EC-directive, the average working time per week is forty-eight hours, but this average has to be attained over just six months. In some weeks people are entitled to work sixty hours if in other weeks they reduce their work so that the average is reached. Obviously, the legislation offers a lot of flexibility, but some limits have to be observed. These limits are no more effective under the new conditions. We have no conclusive information about the real behaviour of workers but there are a lot of indications that some people work eighty to one hundred hours a week. This may depend on the issue of the workload being too big to be completed within forty or forty-eight hours. Another factor may be that the worker is highly motivated and considers his work at the computer to be much more important than his private life. Finally, people are not accustomed to making their own schedule. Starting at kindergarten, continuing at school and finally working in an office or a factory, the individual has to follow a schedule fixed by other people. Doing it yourself has to be learned – time management is not a natural gift. There is therefore a quite a high risk that the duration of working time is far from the legal limits; the provisions of the working time act lose their practical importance.

The problem of duration, however, is not the only one. You will find in the law a mandatory rest period (eleven hours in Germany with some exceptions). But what happens if the supervisor asks the employee at nine o’clock in the evening to prepare a power-point presentation for a meeting at half past eight the next morning? The employee will do it and finish his work by eleven o’clock in the evening. Will he then come to the office at ten o’clock the next morning, thus invoking the legal rule? Of course not. Nobody would behave in such a way; reality is stronger than the law.

What about Sundays and annual leave? People check their e-mails, which is part of their job. Nobody will criticize them if it is done voluntarily. But many people do it because they know that on Monday (or after return from the holidays) they will have so much to do that they will find no time for their e-mails. Is it not a better feeling if you go into the office on Monday morning knowing that you have already done a good portion of your work? It is also possible that the boss phones during the annual leave asking for information or for a “small” task to be completed. What

are the legal consequences if there are two or three phone calls in one day?

4.2.2 Possible solutions

German employers have discovered these problems and are asking for a reform of the working time Act. One group of human resources specialists want to increase flexibility: twelve hours (instead of ten) a day, and an average of sixty hours per week should be permitted. Control should not be improved but reduced – provisions that now oblige the employer to document if an employee works longer than eight hours a day should be abolished.³⁸ It will be difficult to realize these demands because the eight-hour day has a high symbolic value for workers. Another demand is to make the mandatory rest period more flexible; eight hours instead of eleven, while the average over six months should be eleven hours.

In my view, the main problem is not the working time Act and its detailed provisions. Why should we modify rules that are less and less observed? The main problem is the quantity and the intensity of work which has to be done by an employee. Are there any labour law provisions that would prohibit giving a worker a task which he can fulfil only by working eighty hours during six weeks? You will find no such provision in the working time Act. The only source is individual labour contract law: The employee has to work according to his individual faculties without endangering his health.³⁹ Putting aside any extreme cases, a worker will never invoke this rule pretending that his health will be in danger if he fulfils the tasks he was given. What we need are limits established by collective agreements, by codetermination or by labour inspection. If we can no longer really regulate the duration of the work, we have to deal with its quantity.

In a few sectors of the economy, collective agreements have established rules about the minimum number of persons who have to fulfil a certain task. The most important example is found in the printing sector where certain machines require the presence of at least five or six persons. This is one way to reduce an individual's workload. Recently, the service union has picked up on this idea in a large hospital in Berlin: In intensive care units one nurse per two beds, in normal care units one nurse per five beds. These demands were underlined by a strike which was considered to be legal by the regional labour court.⁴⁰ The compromise was that the demand was fulfilled as with the intensive care units; for the normal care units, the number of nurses has to increase

³⁸ http://www.bvau.de/files/Daten/content/Dokumente/BVAU_Eckpunkte%20Arbeitszeit_August%202015.pdf

³⁹ See Preis, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (ed.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Aufl., München 2016, § 611 BGB Rn. 641

⁴⁰ LAG (=Landesarbeitsgericht) Berlin 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15 – AuR 2015, 339

considerably. One idea is to transfer such a solution to other fields in which the quantity of work can be evaluated.

Another experience could be useful, too. In most German firms, one can presently find time accounts which document the hours an employee has worked. Normally they show time credits i. e. any additional working hours the employee has performed. In some shop agreements concluded between employer and works council you can find two rules:

If the average time account of a group of ten or twenty workers shows a credit of hours and one employee leaves the firm, he has to be replaced. In this way the employer can no longer “distribute” the work of the person who left to the remaining ones.

If the average time account of a group is higher than e.-g. 150 hours, an additional person has to be recruited.⁴¹

Another idea is to create a right of veto for the works council: If the workload is too heavy the council may intervene and ask for a remedy. In Sweden, the trade union could stop the working process, in Germany one would think about a conciliation procedure involving a conciliation board or a labour court. If it is difficult to “measure” the quantity of work, then to recur to a procedure like the intervention of a works council or a union would be the better solution. If no works council has been elected, the labour inspection should intervene.

Another proposal made by a commission of the Parliament is that of so-called unattainability, i.e. the right to be unreachable during certain parts of the week.⁴² This means a it is prohibited to contact the employee by phone or by computer e.-g. after eight o'clock in the evening, before seven o'clock in the morning and on weekends. Volkswagen blocks access to its servers from a quarter past six in the evening until seven o'clock in the morning and on weekends. This way, nobody can check e-mails or work on the internet for official purposes. The agreement does not apply to managers. Other firms did not follow this example; in some other big enterprises it is up to the teams to decide who will be “unattainable” during the weekend or in the evening.⁴³

⁴¹ For details see Däubler, AiB 2016 (in print)

⁴² In German: „Recht auf Unerreichbarkeit“. See Enquête-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, Bundestags-Drucksache 17/12505; supporting the idea Schwemmler/Wedde, Digitale Arbeit in Deutschland. Potentiale und Problemlagen, Bonn/Berlin 2012, S. 87, 95; Boewe/Schulten, Die Mitbestimmung Heft 4/2014

⁴³ Details at Giese, Abschalten gegen Dauerstress, AiB 2014 (issue 9) p.64

4.3 Crowdfunding

4.3.1 Some facts

A German electricity company sent postcards to its customers asking them to write down the electricity counter reading and send the cards back. The way people wrote the numbers was quite different, so the computer could not read the cards in a reliable way. They decided to give the cards to human beings whose intelligence is even better than that of the computers. At an American platform, they published the task: “get 10.000 cards and put the numbers into the system”. Many people from the “crowd” (the immense number of internet users) asked for such a contract. Some of them received it, especially those who were already known by the managers of the platform. They did their job better than the computer; those who worked hard and could put many figures into the system earned two dollars an hour.

This is just an example which I remember very well because I am one of the customers. There are a lot of other fields where crowdworking takes place. One can find a lot of unqualified work. Translations are made by machines and have to be improved by native speakers. There are also tasks which require a certain intelligence, e.g., writing an article for a dictionary or describing a commodity offered by a foreign enterprise in a way that is adequate for the public. Some firms like to use a new slogan or a new logo and ask for proposals for these. Normally, only one proposal is accepted; the author gets some money, and all the other people have worked for nothing. Some firms like IBM split complicated tasks into small parts which can be managed by unqualified people.

The German platform “twago” has about 260.000 “collaborators”, the other big platform “clickworker” pretends to have 700.000. In the U.S. there are – of course – bigger platforms like Amazon Mechanical Turk; the Australian firm “Freelancer” pretends to have 14.5 million “partners”. A new estimation states 112 million crowdworkers world-wide.⁴⁴ In the U. S.; a lawsuit took place in which the crowdworkers demanded the legal minimum wage; unfortunately it ended with a compromise in which the lawyers got more money than the crowdworkers.⁴⁵

⁴⁴ <http://www.tagesschau.de/inland/crowdworking-101.html> (5. 1. 2016)

⁴⁵ Otey vs. CrowdFlower. The lawsuit is described by Cherry, Regelungen zu gesetzlichen Mindestlohn im digitalen Zeitalter, in: Benner (ed.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2015, p. 231 et seq.

Crowdwork offers the possibility to send work to low-wage countries without any important transaction costs; it is much less expensive than the traditional relocation. How many jobs can be replaced by outsourcing tasks in this way, is unclear; even if it was only 15% or 20% it would be a kind of catastrophe for our labour market. Some estimations go up to 47%.

4.3.2 Legal Implications

Under German law, the crowdworker is no normal employee. He has to fulfil a pre-defined task and he himself decides in which moment and with which instruments he will do it. There will be only a time limit – that is all. There are no instructions given during the working process – he is a self-employed person.⁴⁶ Whether the description of the work in the contract itself would be equivalent to instructions given to an employee and constitute “subordination”, may be considered an open question in Italy. In Germany, this step has not been taken until now.

Some crowdworkers depending economically on one platform are considered to be persons “assimilated to employees”⁴⁷. As described in the chapter on equality, only some parts of labour law apply to this group of persons.

Civil law takes place if labour law cannot be applied. The rules of the civil code give sound protection against unfair clauses put into contracts by the platforms. But the civil code guarantees no stability and no protection against the dissolution of the contract. As for the clauses, American platforms in particular use conditions which are in fundamental contradiction to European conceptions of acceptable rules laid down, for instance in the EC-directive 93/13/EEC.⁴⁸ For example, the platform reserves the right to refuse the work done by the crowdworker and to pay nothing, without giving a reason. If corrections are needed, they have to be done within two or three days; if this delay is not observed, the worker will lose the right to get paid. Another point: As crowdwork is the main source of income for two thirds of the workers it does not seem adequate, to get money only if you are the winner; this is the case if one performs a more sophisticated task like the development of a logo. A “lottery” is not an adequate form of salary. Additionally, even those who don’t become “winners” have to transfer all their intellectual property rights to the

⁴⁶ This is a general view in Germany based on the actual case law of the Federal Labour Court: Hötte, Crowdsourcing. Rechtliche Risiken eines neuen Phänomens, MMR (= Multimedia und Recht) 2014, 796; Klebe/Neugebauer, Crowdsourcing: Für eine Handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite? AuR 2014, 5; Däubler, Crowdworker – Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts? in: Benner (op. cit.) p. 246

⁴⁷ See 3.1 above

⁴⁸ OJ 21.4.1993, L 95/29

platform. A German court would never accept such clauses, even if the foreign platform includes a provision that American law applies.⁴⁹

4.3.3 Perspectives

Crowdworkers do their job in quite isolated situations – comparable to homeworkers in the past. Experience shows that it is quite difficult to achieve a common action under such circumstances. What can be done to improve the situation for crowdworkers? Better protection will perhaps make this alternative less attractive for employers, which could be useful for workers in traditional jobs too.

The first step should be that crowdworkers communicate with each other and make their individual problems known to other people. In the U.S. some people have established “turkopticon”, a platform for crowdworkers who have contracts with Amazon Mechanical Turk (AMT). As different firms put their offers on the AMT-platform, there will be “good ones” paying a reasonable price and paying on time, and there will be “bad ones” who pay low sums and do so rather less timeously. Contracts with the “bad ones” can be avoided. In extreme cases there can be a boycott in the sense that nobody will contact a firm having a very bad reputation. Thus, over-exploitation would be made impossible.⁵⁰ The German metalworkers’ union (IG Metall) has established a comparable forum over the internet; crowdworkers may contact www.faircrowdwork.com, communicate their experiences and ask for advice. The German service union offers such a service, too.⁵¹ The internet makes it easier for individuals to avoid isolation.

What is the next step? Extend the notion of ‘employee’ to crowdworkers and make labour law applicable? In Germany, this will be a task for courts as the legislator will hesitate. But court decisions have to be prepared by a general discussion among lawyers as well as the media: if television shows that crowdworkers really earn only 2 Euros an hour a court will perhaps be inclined to change the situation. The scientific discussion has its importance, too.

And one should find persons who are willing to defend their rights in courts – no easy task if the concerned persons are anxious to get contracts any-more.

Labour law as such offers better possibilities to improve the situation of crowdworkers but

⁴⁹ As to details about illegal clauses see Däubler (above note 43)

⁵⁰ How turkopticon functions is described at Irani/Silberman, Ein Tool, um Arbeiter auf Mechanical Turk sichtbar zu machen, in: Benner (above note 43) p. 131 et seq.

⁵¹ <http://www.ich-bin-mehr-wert.de/support/cloudworking>

there is no guarantee that this will happen. How can collective agreements be reached? Or how can minimum standards be reached if the courts do not accept labour law being applied? The pressure of public opinion may be quite important, even more important than the traditional means of a strike which would be difficult to organize. We have to look for examples of how people in a comparative situation managed to reach minimum standards. One can refer to the case of 74.000 home-care aids in California who were able to build their own union and get much better conditions.⁵² Another example may be the National Day Laborer Organizing Network, a new form of union: instead of organizing traditional collective action the organisation gives information to its members about prices in the market and about good and bad employers, with the bad ones risking getting no day workers any-more.⁵³ We can find the same principle in the movement of the “travelling journeymen” (called in German: “Gesellenbewegung”) which has existed in Central Europe since the 13th century. Bad employers, i.–e. (at that time) craftsmen, were formally “discredited”; no journeyman could conclude a contract with them without being discredited, too.⁵⁴ The boycott replaces the strike and other means of collective actions. Its mere existence presents a very important incentive to employers or entrepreneurs to offer fair conditions. Obviously, we have to broaden our horizons in order to find adequate answers.

Today, the framework for discussion about improving the situation of crowdworkers is quite a traditional one: How can we manage to reach a comparable level of protection to that which is currently given to employees in an office? This is important, without any doubt. But would it not be necessary to think about the future in a digitalized society? What does it mean for our lives to be surrounded by the internet of things? Are we just going to accept or copy whatever is developed in Silicon Valley? Or should we have an alternative model of the digitalized society, something like a left-wing utopia? It is not the task of labour lawyers to develop it, but we could and we should offer our contribution.

⁵² Details at Klare, *The Horizons of Transformative Labour and Employment Law*, in: Conaghan/Fischl/Klare (ed.), *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices & Possibilities*, Oxford 2000, p. 20 et seq.

⁵³ See <http://ndlon.org>. Details at Däubler, *Representation of Workers’ Interests outside Collective Bargaining*, in: Gorelli Hernández (coord.), *El Derecho a la Negociación Colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Sevilla 2014, p. 99 et seq.

⁵⁴ See Däubler, in: Däubler (ed.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, § 1 Rn. 5 et seq. (with further references)

5 REFERENCES

Benner (Hrsg.), *Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit*, Frankfurt/Main (Bund-Verlag) 2015, 420 S.

Boewe/Schulten, *Recht auf Abschalten, Die Mitbestimmung* Heft 4/2014 (Bund-Verlag), abrufbar unter www.boeckler.de

Conaghan/Fischl/Klare (ed.), *Labour Law in the Era of Globalisation. Transformative Practices & Possibilities*, Oxford (Oxford University Press) 2000, 546 p.

Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden (Nomos-Verlag) 2011, 1005 S.
Däubler, *Entgrenzung der Arbeit,- ein Problem des Arbeitsrechts?* SR (=Soziales Recht) 2014 S. 45 – 65 (Bund-Verlag)
Däubler, *Das Arbeitsrecht*, 11. Aufl., Frankfurt/Main (Bund-Verlag) 2015, 591 S.

Däubler/Müller, *Chinesische Arbeitgeber in Deutschland*, AiB (= Arbeitsrecht im Betrieb) Heft 2/2015, S. 33 – 36 (Bund-Verlag)

Fröbel/Heinrichs/Kreye, *Die neue internationale Arbeitsteilung*, Reinbek (Rowohlt) 1977, 653 S.

Giese, *Abschalten gegen Dauerstress*, AiB (= Arbeitsrecht im Betrieb) Heft 9/2014, S. 64 – 66 (Bund-Verlag)

Gorelli-Hernández (coord.), *El Derecho a la Negociación Colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales) 2014, 567 p.

Hepple/Veneziani (ed.), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Oxford and Portland/Oregon (Hart Publishing) 2009, 393 p.

Hötte, *Crowdsourcing. Rechtliche Risiken eines neuen Phänomens*, MMR (=Multimedia und Recht) 2014, 795 – 798 (Beck-Verlag)

Klebe/Neugebauer, *Crowdsourcing: Für eine Handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite?* AuR (= Arbeit und Recht) 2014 S. 4 – 7 (Bund-Verlag)

Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Aufl. München (Beck-Verlag) 2016, 2938 S.

Pfromm, *Solidarische Lohnpolitik*, Köln (Bund-Verlag) 1978, 135 S.

Schulten, *Solidarische Lohnpolitik in Europa*, WSI- Diskussionspapier Nr. 92, Düsseldorf 2001 (abrufbar unter www.boeckler.de)

Schwemmler/Wedde, *Digitale Arbeit in Deutschland. Potentiale und Problemlagen*, Bonn/Berlin 2012 (Friedrich-Ebert-Stiftung), 145 S.

Wilkinson/Pickett, *The Spirit Level. Why Equality is Better for Everyone*, London (Penguin) 2010, 375 p.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, MEIO AMBIENTE E DIREITO DO TRABALHO

DIGNITY OF THE HUMAN PERSON, ENVIRONMENT AND LABOR LAW

Amauri César Alves¹

RESUMO: O presente artigo analisa o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na perspectiva do Direito do Trabalho e, especificamente, no que concerne à preservação do meio ambiente de trabalho como direito fundamental do cidadão trabalhador. Há de início a conceituação de Dignidade da Pessoa Humana, com sua caracterização e demonstração de relevância nas relações capital-trabalho. Em seguida há a análise da utilização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento decisório em acórdãos do TRT da 3ª Região e, por fim, análise sintética dos potenciais impactos da Reforma Trabalhista no meio ambiente de trabalho e na preservação da dignidade do cidadão trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade; Meio Ambiente; Direito do Trabalho; Jurisprudência; Reforma Trabalhista.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Dignidade da Pessoa Humana: conceitos, distinções, caracterização e relevância nas relações capital-trabalho. 3 Dignidade da Pessoa Humana em decisões do TRT da 3ª Região em 2017. 4 Agressão à Dignidade da Pessoa Humana na Reforma Trabalhista: aspectos relacionados ao meio ambiente de trabalho. 5 Conclusão. 6 Referências.

ABSTRACT: This article analyzes the Principle of the Dignity of the Human Person in the perspective of Labor Law and, specifically, with regard to the preservation of the working environment as a fundamental right of the working citizen. The concept of Dignity of the Human Person begins with its characterization and demonstration of relevance in capital-labor relations. Next, there is the analysis of the use of the Principle of Dignity of the Human Person as a decision base in TRT judgments of the 3rd Region and, finally, a synthetic analysis of the potential impacts of the Labor Reform on the working environment and on the preservation of the dignity of the working citizen.

KEYWORDS: Dignity; Environment; Labor Law; Jurisprudence; Labor Reform.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 Dignity of the Human Person: concepts, distinctions, characterization and relevance in capital-labor relations. 3 Dignity of the Human Person in TRT decisions of the 3rd Region in 2017. 4 Aggression to the Dignity of the Human Person in the Labor Reform: aspects related to the working environment. 5 Conclusion. 6 References.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na perspectiva do Direito do Trabalho e, especificamente, no que concerne à preservação do meio ambiente de trabalho seguro como direito fundamental do cidadão trabalhador. De início há a necessária análise conceitual sobre a dignidade da pessoa humana para que seja possível compreender sua

Artigo recebido em 19/09/2017

Artigo aprovado em 21/11/2017

¹ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC Minas. Professor da Universidade Federal de Ouro Preto. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG.

relevância nas relações capital-trabalho. Para melhor compreensão da norma contida no inciso III do artigo 1º da Constituição da República o presente artigo traz análise da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região no período compreendido entre 01/01/2017 e 30/09/2017. São analisadas 220 ementas em que a expressão “dignidade da pessoa humana” foi utilizada como fundamento da decisão regional. De tal conjunto será possível perceber, na prática cotidiana, quais são os temas centrais em litígios referentes à dignidade da pessoa humana e qual é a relação entre tal princípio e o meio ambiente de trabalho. Por fim o presente artigo fará sucinta análise da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017 e Medida Provisória 808/2017) na perspectiva de apontar potenciais ampliações das violações ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana decorrentes da nova legislação e que têm pertinência com a temática referente ao meio ambiente de trabalho.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: conceitos, distinções, caracterização e relevância nas relações capital-trabalho

Antes de qualquer análise fático-jurídica referente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é necessário tentar revelar seu sentido e o alcance da norma contida no inciso III do artigo 1º da Constituição da República. Ingo Wolfgang Sarlet, antes de determinar o que entende por tal princípio, adverte para sua conceituação difícil, pois polissêmica, vaga, aberta e imprecisa, muito embora necessária. De início sustenta o autor ser a dignidade humana qualidade intrínseca da pessoa, irrenunciável e inalienável, “constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”.² Para o autor a dignidade “pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente.”³ Esclarece Sarlet ter a dignidade humana caráter multidimensional, considerando dimensões ontológica e histórico-cultural, além de funções negativa e prestacional, objetiva e subjetiva, além de ostentar “condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais”.⁴ O conceito de dignidade da pessoa humana proposto por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo ele sempre uma proposta em processo de reconstrução, é o seguinte:

² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 69.

Assim sendo, tempos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁵

Tal conceito, por relevante e central à ordem jurídica brasileira, deverá ser observado pelo empregador ao organizar seu empreendimento, pois deve preservar a saúde e a segurança do trabalhador para lhe assegurar a dignidade humana. Ingo Wolfgang Sarlet leciona também sobre agressão à dignidade humana, e o que ela não é:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (da exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.⁶

Recentemente tem havido tal exasperação de posições antagônicas no Brasil que falar em Dignidade da Pessoa Humana, da mesma forma que falar em Direitos Humanos, soa para alguns incautos como comunismo ou socialismo. Alguns cidadãos pensam que garantir dignidade no trabalho tem como decorrência agredir o sistema capitalista, ferir direito de propriedade, distribuir renda de modo impróprio ou indevido. Infelizmente, mesmo no plano acadêmico, é hoje importante lembrar que a ideia de dignidade do ser humano nas relações de trabalho é consagrada pela Igreja Católica pelo menos desde 1891, com a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, como se infere:

Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objecto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 67-68.

de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços. O cristianismo, além disso, prescreve que se tenham em consideração os interesses espirituais do operário e o bem da sua alma. Aos patrões compete velar para que a isto seja dada plena satisfação, para que o operário não seja entregue à sedução e às solicitações corruptoras, que nada venha enfraquecer o espírito de família nem os hábitos de economia. Proíbe também aos patrões que imponham aos seus subordinados um trabalho superior às suas forças ou em desarmonia com a sua idade ou o seu sexo.⁷

Ora, as palavras do Papa Leão XIII são claras: é vergonhoso para os patrões usar do trabalhador como vil instrumento de lucro, sem lhe respeitar a dignidade humana. Não são palavras de lideranças comunistas ou socialistas. São palavras de um Papa que pontificou no século XIX!

O conceito de dignidade humana e sua antítese deverão ser considerados no momento da avaliação da conduta do empregador na gestão de seu pessoal e na organização do seu empreendimento. Caso a conduta patronal acarrete objetificação do ser humano, revele desigualdade, arbítrio ou desrespeito pela integridade física e moral do trabalhador haverá agressão à sua dignidade enquanto ser humano. Se o empregador usa seu empregado como vil instrumento de lucro há agressão à dignidade da pessoa humana. Importante então que o Direito do Trabalho seja instrumento de realização da dignidade humana, o que poderá se dar por meio da efetivação dos direitos sociais e da preservação da vida e integridade física do trabalhador no âmbito da prestação laborativa.⁸

Sob tais influências a Constituição da República erigiu a Dignidade da Pessoa Humana a fundamento da República, o que deve ser compreendido com exatidão em termos jurídicos, sendo que seus contornos devem ser aplicados imediatamente às relações de trabalho e emprego. O *status* de valor fundamental da República confere à Dignidade da Pessoa Humana um caráter especial no ordenamento jurídico. A topografia constitucional do valor Dignidade da Pessoa Humana, inserido que foi o princípio no artigo 1º da Constituição da República e consequentemente no seu Título I, lhe confere conteúdo normativo capaz de influenciar todo o restante do Texto Constitucional e, obviamente, a legislação infraconstitucional no Brasil.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana exerce no ordenamento jurídico pátrio papéis diversos, aos quais correspondem as noções de eficácia direta, interpretativa e negativa.⁹ O valor Dignidade da Pessoa Humana é fonte direta de direitos e deveres, do que decorre sua eficácia direta, devendo a regra constitucional do inciso III do artigo 1º ser aplicada no âmbito

⁷ Papa Leão XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html.

⁸ Sobre o tema é sempre importante consultar DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr., 2017.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

das relações capital-trabalho sem necessidade de mediação pela regra infraconstitucional. Essa primeira perspectiva é relevante para o presente estudo, pois independentemente de regras infraconstitucionais está o empregador obrigado a preservar a dignidade do cidadão trabalhador no que concerne ao meio ambiente de trabalho. A norma constitucional do inciso III do artigo 1º é suficiente a gerar direitos e obrigações referentes à preservação da vida e da saúde do trabalhador no âmbito de sua prestação laborativa. A Dignidade da Pessoa Humana tem por função, também, possibilitar a melhor interpretação das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, do que decorre sua eficácia interpretativa. A Dignidade da Pessoa Humana tem por função, ainda, esterilizar normas jurídicas infraconstitucionais que se mostrem em desconformidade com seus fundamentos elementares, do que decorre sua eficácia negativa. Ambas as perspectivas interpretativas serão importantes no momento da revelação de sentidos e aplicação dos conteúdos da Lei 13.467/2017 e da MP 808/2017, que instituíram a Reforma Trabalhista, o que será analisado adiante.

A compreensão e efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos fatores que possibilita, de fato e no cotidiano das pessoas, a concretização dos direitos fundamentais fixados no Título I da Constituição da República. Eis as lições de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, na obra “A Reforma Trabalhista no Brasil”, sobre os direitos fundamentais da pessoa humana e direitos trabalhistas:

Os direitos fundamentais da pessoa humana dizem respeito àqueles que são inerentes ao universo de sua personalidade e de seu patrimônio moral, ao lado daqueles que são imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo inerente à centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica. Trata-se, por exemplo, dos direitos individuais e coletivos elencados no Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) do Título I, a par dos direitos individuais e sociais elencados no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do mesmo Título I.

Note-se que a Constituição de 1988 tem o zelo de explicar o caráter de essencialidade que emana desses direitos fundamentais da pessoa humana ao estatuir, em seu art. 60, parágrafo 4º, IV, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: “IV – os direitos e garantias individuais”.

Essa norma constitucional de vedação explícita ao Poder Legislativo Reformador (e também, é óbvio, ao Poder Legislativo Ordinário) protege os direitos e garantias fundamentais, isto é, aqueles direitos e garantias que sejam de titularidade de pessoas humanas, como sói ocorrer com os direitos individuais e sociais trabalhistas. Conforme se sabe, os direitos trabalhistas são, antes de tudo, direitos individuais, direitos da pessoa humana do trabalhador, em particular se este estiver inserido em uma relação de emprego e/ou relação sociojurídica equiparada; em seu conjunto, entretanto, os direitos individuais trabalhistas tornam-se também direitos sociais e/ou direitos coletivos – tal como acontece, a propósito, com diversos direitos individuais arrolados no Capítulo I do Título II da Constituição da República.¹⁰

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr., 2017. p. 33.

É possível, portanto, perceber correlação direta entre o Direito do Trabalho e a realização plena dos direitos fundamentais da pessoa humana. O Direito do Trabalho deve se afirmar sempre como instrumento de redução, ainda que tímida, das desigualdades sociais inerentes ao capitalismo. Deve garantir a todos os cidadãos trabalhadores um patamar civilizatório que signifique substrato material e de existência para que cada um possa, em suas relações diversas, realizar seus direitos fundamentais. Ainda em perspectiva justralhista as lições de Cleber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães Rabelo de Almeida sobre a proeminência do princípio da Dignidade da Pessoa Humana em relação a outros princípios, também fundamentais:

Note-se que, ao lado de incluir a livre iniciativa entre os fundamentos da República (art. 1º, IV) e de considerar a propriedade privada um dos princípios da ordem econômica (art. 170, II), a Constituição atribui função social à propriedade (art. 170, III) e, expressamente, a vincula ao cumprimento das normas que regulam as relações de trabalho e ao favorecimento do bem-estar dos trabalhadores (art. 186, III e IV), em uma clara demonstração de que, embora tenha sido consagrado o modo de produção capitalista, a dimensão econômica da relação de emprego não se sobrepõe à sua dimensão humana, o que é explicado pelo projeto, bem delineado no art. 3º, I, III e IV, também da Constituição, de *transformação da sociedade*, no sentido de uma sociedade livre, justa e solidária e comprometida com a erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos.¹¹

A República Federativa do Brasil escolheu, em 1988, consagrar a Dignidade da Pessoa Humana como um de seus fundamentos. De tal escolha, inafastável mesmo em períodos excepcionais como o atual, decorrem efeitos diversos, que aqui serão destacados em perspectiva justralhista, particularmente no que concerne ao direito ao meio ambiente de trabalho protegido.

O conceito doravante adotado neste estudo para Dignidade da Pessoa Humana nas relações de trabalho é o seguinte: trata-se de qualidade do ser humano que trabalha e que em sua relação cotidiana com o contratante deve se ver protegido contra atos de cunho degradante, não podendo ser objetificado para a reprodução do capital, devendo ser respeitado em todos os aspectos da sua vida, com garantias à sua integridade física e psicológica, com possibilidade plena de exercer seus direitos fundamentais e trabalhistas, o que se exige não só do contratante mas também do Estado.

A compreensão da Dignidade da Pessoa Humana no contexto das relações de trabalho permite identificar situações fáticas, decorrentes da lei ou do contrato, em que há agressão ao princípio constitucional em questão. Para o presente estudo cinco são, em síntese, os critérios

¹¹ ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito do Trabalho e Constituição: a constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr., 2017. p. 157.

que permitem identificar respeito ou agressão à dignidade da pessoa humana no que concerne ao meio ambiente de prestação laborativa. São eles: a) vedação a atos de cunho degradante; b) garantia de condições existenciais mínimas; c) vedação à objetificação do trabalhador; d) respeito pela vida e integridade, física e psicológica; e) reconhecimento e preservação de direitos fundamentais. Caso o empregador inobserve qualquer um dos critérios de identificação fática da dignidade da pessoa humana deve haver punição e mudança em sua estruturação produtiva. Tal inobservância cotidiana é infelizmente muito comum, como se pode inferir, exemplificativamente, da jurisprudência trabalhista, tema analisado adiante.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM DECISÕES DO TRT DA 3ª REGIÃO EM 2017

A análise da jurisprudência regional trabalhista da 3ª Região relativa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem por propósito aferir como se dá, na prática cotidiana, a aplicação da norma constitucional do inciso III do artigo 1º da Constituição da República nos processos judiciais trabalhistas. Especificamente, para o presente estudo, será relevante compreender como se dá a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em temas relativos ao meio ambiente de trabalho. Importante destacar que a “influência” imediata da pesquisa empírica foi a admoestação feita doutrinariamente por ministro do Tribunal Superior do Trabalho no sentido da contraindicação da utilização cotidiana da referida norma por juízes do trabalho:

Nesse sentido, em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana ser dos mais importantes e relevantes, possui baixa densidade normativa, uma vez que apenas enunciado como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), sem maiores detalhamentos. Por sua vez e em contraste, o princípio da inalterabilidade contratual possui alta densidade normativa, na medida em que, insculpido no art. 462 da CLT, goza de claros parâmetros, positivados no dispositivo que o alberga, tornando clara e segura a sua aplicação às mais diversas situações conflituosas.¹²

A indicação do autor é clara: o princípio da dignidade da pessoa humana é importante, mas não tem caráter normativo suficiente à sua aplicação direta e imediata nas relações empregatícias em geral. E segue o autor, em sua síntese do texto aqui destacado:

b) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – pelo simples fato de ‘ser’ humano, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica; encontra-se apenas enunciado na Carta

¹² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “Os pilares do Direito do Trabalho – Princípios e sua Densidade Normativa” **Revista LTr**. vol. 76, n. 07, jul 2012. p. 776.

Política de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), sem que seja definido ou se enumere seus corolários.¹³

Explica o autor em que concerne a “mínima densidade normativa” do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, trazendo um exemplo:

A mínima densidade normativa desse princípio, conjugada com sua máxima relevância existencial, faz com que possa embasar imposição judicial concreta, mas em casos excepcionais e desde que adotados critérios razoáveis de fixação da imposição, como é o caso do sequestro humanitário, desde que limitado ao teto constitucional das requisições de pequeno valor...¹⁴

O objetivo aqui, então, é somente tentar perceber se na prática o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região seguiu a “sugestão/admoestação”. Os dados estatísticos analisados no âmbito do TRT da 3ª Região compreendem o período 01/01/2017 a 30/09/2017. Neste período o TRT da 3ª Região julgou 81.489 processos (2º grau de jurisdição), sendo que, destes, 5.926 tiveram no julgado a expressão “dignidade da pessoa humana”, o que corresponde a 7,27% dos processos. Dentre estes, 220 acórdãos tiveram em sua ementa a expressão “dignidade da pessoa humana” e foram aqui analisados e categorizados na expectativa de uma melhor compreensão sobre o tema. De início uma perspectiva geral com os principais temas relativos à dignidade da pessoa humana no TRT da 3ª Região em 2017 pode ser visto na Tabela 1 e no Gráfico 1.

Tabela 1 – Dignidade da Pessoa Humana – TRT 3ª Região – 01/01/2017 a 30/09/2017 – Referências na Ementa.

Tema	Referências na Ementa	Percentual
Dano Moral (Geral)	60	27,3%
Terceirização	33	15%
Assédio Moral	23	10,4%
Execução (defesa do devedor)	20	9,1%
Dispensa discriminatória	20	9,1%
Dano Moral: Acidente de Trabalho ou Doença Profissional	14	6,4%
Dano Existencial	10	4,5%
Aposentadoria por invalidez. Previdência. ACT, CCT.	06	2,7%
Cotas para deficientes	05	2,3%
Dano Moral Coletivo	05	2,3%
Limbo jurídico (alta médica INSS)	04	1,8%
Horas Extras	04	1,8%
ACT, CCT e direitos indisponíveis	04	1,8%
Outros	12	5,5%

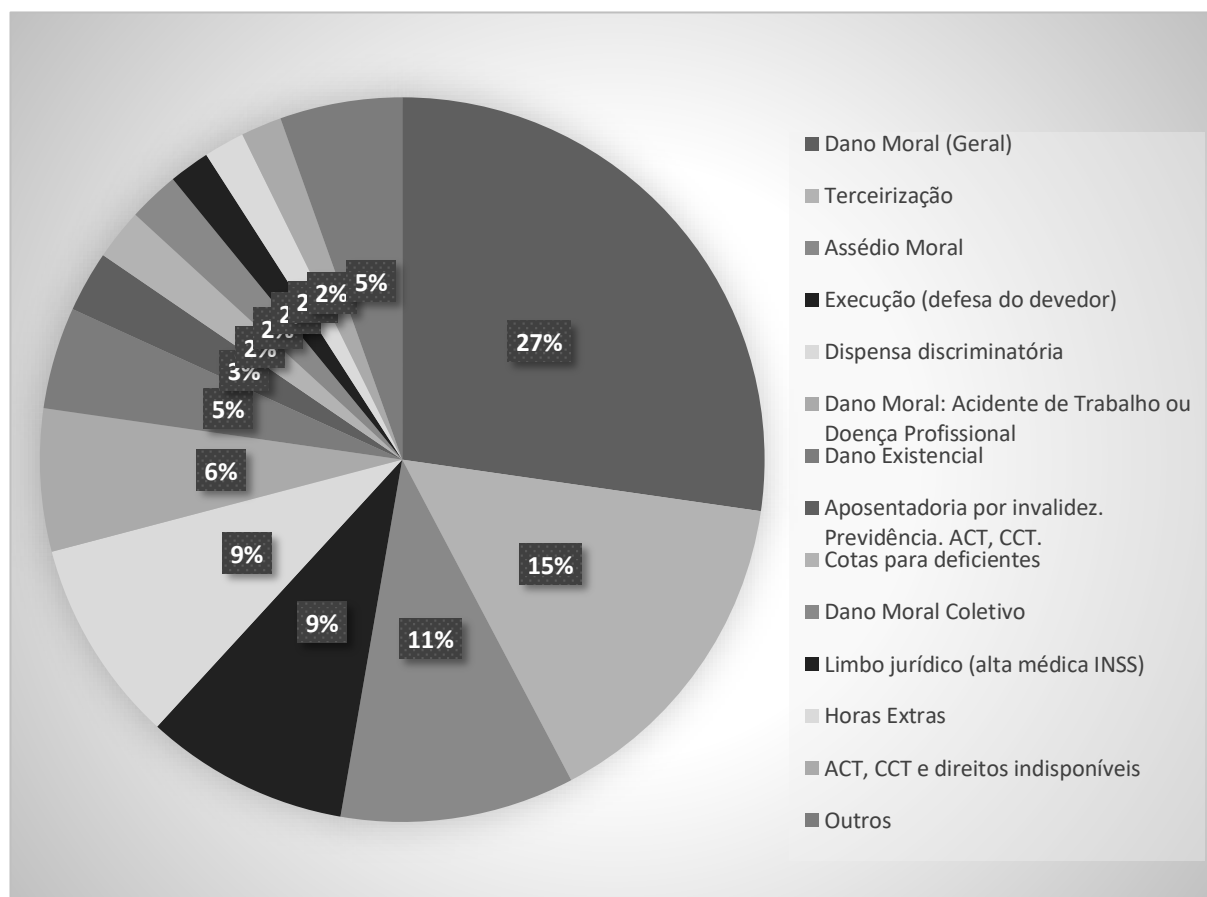
Fonte: organização do autor. Dados gerais obtidos em www.trt3.jus.br.

¹³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “Os pilares do Direito do Trabalho – Princípios e sua Densidade Normativa” **Revista LTr.** vol. 76, n. 07, jul 2012. p. 776.

¹⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “Os pilares do Direito do Trabalho – Princípios e sua Densidade Normativa” **Revista LTr.** vol. 76, n. 07, jul 2012. p. 776.

Quatro temas podem ser direta e concomitantemente relacionados à dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente de trabalho: assédio moral, dano moral referente a acidentes de trabalho ou doença profissional, dano existencial e horas extras. Portanto, no que concerne às referências diretas, 23,1% dos processos que trazem na ementa o tema da dignidade da pessoa humana podem ser relacionados claramente ao meio ambiente de trabalho.

Gráfico 1 – Dignidade da Pessoa Humana – TRT 3ª Região – 01/01/2017 a 30/09/2017



Fonte: organização do autor. Dados gerais obtidos em www.trt3.jus.br.

No que se refere ao dano moral em geral na perspectiva da dignidade da pessoa humana também é possível relacionar parte de seus temas com o meio ambiente do trabalho. O dano moral, excepcionados aqui aqueles decorrentes diretamente de acidentes de trabalho ou doenças profissionais, de assédio moral e os referentes à reparação do dano existencial (já considerados acima), merece destaque por sua relevância estatística e também por estar relacionado com a proteção do trabalhador no ambiente de trabalho. Das 60 ementas que versam sobre o que aqui se denominou dano moral geral 17 tratam de pedido de reparação de danos em decorrência de impossibilidade do uso do banheiro pelo trabalhador (7,7% do total da amostra). É a situação fática de maior incidência na análise empreendida. Também merecem destaque o direito à

desconexão, com 04 referências expressas em ementas, e os temas “trabalho degradante” e “imposição de metas abusivas”, com 02 referências cada. Há aqui, portanto, mais 25 referências, das 220 consideradas, ou 11,36% da amostra. Assim é possível destacar que pelo menos em 34,5% dos processos (23,1% + 11,36%) em que há a expressão dignidade da pessoa humana há relação direta com o meio ambiente de trabalho. Isso não quer significar que os demais 65,3% dos processos judiciais pesquisados (ementas) não trataram de situações concernentes ao meio ambiente de trabalho. Só significa dizer que na ementa não havia expressões que pudessem estabelecer relação direta. De qualquer modo é possível estabelecer que mais de 1/3 dos processos judiciais em cuja ementa há a expressão “dignidade da pessoa humana” há, também, relação direta com as temáticas relativas ao meio ambiente de trabalho, o que por si só é algo bastante significativo.

Para concluir a análise de propósito exemplificativo e ilustrativo alguns julgados do TRT da 3ª Região sobre dignidade da pessoa humana no ambiente de trabalho:

INDENIZAÇÃO. ASSÉDIO MORAL. DEGRADAÇÃO LABOROAMBIENTAL. O empregado não está obrigado a suportar tratamento ofensivo à sua dignidade. Constitui obrigação de todo empregador zelar pela higidez do meioambiente de trabalho e da integridade da personalidade moral do empregado, que coloca o seu esforço pessoal em prol do sucesso do empreendimento econômico. Assim, impõe-se concluir que, no atual estágio da civilização, não se tolera que a chefia adote atitudes desrespeitosas para com o trabalhador, especialmente quando a Constituição da República preza, com muita ênfase, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, incisos III e IV, da Constituição) e a responsabilidade objetiva do poluidor laboral (art. 225 c/c 200, VIII da Carta de 1988). Assim, a reclamada deve ser condenada a pagar indenização pelo assédio moral. (BRASIL, 2017a)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIMITAÇÃO QUANTO À UTILIZAÇÃO DE BANHEIRO. A limitação quanto à utilização de banheiro extrapola o poder diretivo do empregador, pois o direito do empregado à satisfação de suas necessidades fisiológicas constitui garantia básica, insuscetível a condicionantes impostas por terceiros. Dessa forma, verifica-se a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal, ficando configurado o dano moral, passível de reparação. (BRASIL, 2017b)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ENFOQUE CONSTITUCIONAL. ACIDENTE DO TRABALHO. DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. INDENIZAÇÕES DEVIDAS. A compreensão moderna da responsabilidade civil a que aludem os artigos 186 e 927, do Código Civil exige uma interpretação constitucional consentânea com os princípios da solidariedade social, da justiça distributiva e da dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III, e 3º, I, da CF). Dessa forma, a ênfase constitucional da responsabilidade civil é a compensação do dano, ou seja, provada a lesão injusta, impõe-se a reparação, com a perda relativa da importância da prova da culpa e do nexos causal, com vistas a garantir os ideais do Direito Civil-Constitucional, os quais se centram na efetiva tutela da dignidade da pessoa humana e na concretude do princípio constitucional da solidariedade social (artigos 1º, III, e 3º, I, da CF). Assim, provada a lesão injusta a qual, no caso dos autos, se consubstanciou em dano corporal (estético) e incapacidade parcial e permanente, faz jus o reclamante às indenizações por danos materiais, morais e estéticos postuladas. (BRASIL, 2017c)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ENFOQUE CONSTITUCIONAL. DOENÇA OCUPACIONAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A compreensão moderna da responsabilidade civil a que aludem os artigos 186 e 927 do Código Civil exige uma interpretação constitucional consentânea com os princípios da solidariedade social, da justiça distributiva e da dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III, e 3º, I, da CF). Dessa forma, a ênfase constitucional da responsabilidade civil é a compensação do dano, ou seja, provada a lesão injusta à esfera de direitos extrapatrimoniais do indivíduo, impõe-se a reparação, com a perda relativa da importância da prova da culpa e do nexo causal, com vistas a garantir os ideais do Direito Civil-Constitucional, os quais se centram na efetiva tutela da dignidade da pessoa humana e na concretude do princípio constitucional da solidariedade social (artigos 1º, III, e 3º, I, da CF). Comprovada a lesão injusta, mostra-se devido o pagamento das indenizações por dano moral e material. (BRASIL, 2017d)

ASSÉDIO MORAL. ELEMENTOS CARACTERIZADORES. Os três elementos caracterizadores do assédio moral são: a intensidade da violência psicológica; o prolongamento no tempo e a finalidade de ocasionar um dano psíquico ou moral ao empregado. Além disso, sabe-se que o dano moral passível de reparação é aquele causado pela subversão ilícita de valores subjetivos inerentes à pessoa humana. A Constituição Brasileira de 1988 albergou, como princípio fundamental, a valoração da dignidade da pessoa humana (foco ou centro para o qual devem convergir os demais valores). É certo, no entanto, que esses valores se mostram acolhoados por um manto de subjetividade e/ou abstração valorativa, decorrentes da própria natureza do bem protegido. Contudo, essa sensação de dor interior pode ser percebida e aferida *in re ipsa*, notadamente se nos abstrairmos do materialismo do mundo moderno, realizando uma inflexão moral na centralidade do homem (ser humano) como razão existencial. Nesta toada, atos ilícitos, que tratem a pessoa como objeto (coisa), renegando a condição humana, são, em tese, passíveis de recomposição. E essa reparação, embora não devesse ter essa característica, dada a impossibilidade de se restabelecer as pessoas envolvidas ao status quo ante, o que seria o ideal para esse tipo de ofensa, se torna o caminho a ser trilhado. Assim, a "indenização" por dano moral, decorrente do contrato de trabalho, pressupõe a prática de ato ilícito ou o erro de conduta do empregador ou de preposto, o nexo de causalidade entre a conduta anti jurídica e o dano, cumprindo ao Julgador examinar a presença concomitante desses pressupostos fático-jurídicos para, a partir da demonstração inequívoca, especialmente do primeiro e último desses elementos mencionados, porquanto, relativamente ao dano, esse se caracteriza *in re ipsa* (através do próprio evento, ou seja, da ofensa perpetrada à dignidade da pessoa humana) determinar a recomposição dos danos. (BRASIL, 2017e)

Percebe-se, diante do exposto, estrita correlação entre dignidade da pessoa humana e meio ambiente de trabalho, vez que obviamente o empregado não se despe de sua condição de cidadão ao se inserir no estabelecimento empresarial. Sendo assim, o empregado traz para seu contrato de trabalho, de modo imperativo, automático e indisponível, a norma do inciso III do artigo 1º da Constituição da República, razão pela qual deve seu empregador respeitá-lo enquanto cidadão, sem realizar ou permitir tratamento degradante ou sua objetificação. Assim, cabe ao contratante da prestação laborativa garantir condições existenciais mínimas para o trabalhador, bem como respeitar sua vida e integridade, física e psicológica, com a integral preservação de seus direitos fundamentais.

Felizmente é possível também compreender que a normatividade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana vem sendo considerada pelo TRT da 3ª Região como deve ser, ou seja, com a aplicação direta e imediata do disposto no inciso III do artigo 1º da Constituição da República, sem a necessidade da mediação da norma infraconstitucional e até mesmo independentemente desta. A admoestação/sugestão doutrinária acima destacada não prevalece em milhares de acórdãos do TRT da 3ª Região no ano de 2017, com destaque, aqui, para as situações que também envolvem o meio ambiente de trabalho.

Ocorre, entretanto, que tal aplicação direta da norma constitucional fundada em princípio não agrada aos atuais detentores do poder político e econômico no Brasil, o que também favoreceu a edição da Lei 13.467/2017, como será visto adiante.

4 AGRESSÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA REFORMA TRABALHISTA: aspectos relacionados ao meio ambiente de trabalho

A Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017 e MP 808/2017, é fruto da ruptura democrática havida no Brasil em 2016 e tem como sua patrocinadora a elite empresarial brasileira, capitaneada pela CNI, que tem como seus prepostos deputados federais e senadores, dentre tantos outros ocupantes dos demais Poderes da República. Tem também sustentação em doutrina conservadora, liberal, que não compreende a centralidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na ordem jurídica brasileira. O resultado não poderia ter sido pior. A análise, aqui, será restrita às novas regras jurídicas decorrentes da Reforma Trabalhista que poderão, direta ou indiretamente, afetar a dignidade humana do trabalhador no que concerne à preservação de sua saúde e integridade no ambiente de trabalho.

De início é importante reafirmar o conceito anteriormente apresentado, para fins da análise empreendida nesse artigo, sobre a Dignidade da Pessoa Humana nas relações capital-trabalho: qualidade do ser humano que trabalha e que em sua relação cotidiana com o contratante deve se ver protegido contra atos de cunho degradante, não podendo ser objetificado para a reprodução do capital, devendo ser respeitado em todos os aspectos da sua vida, com garantias à sua integridade física e psicológica no trabalho, com possibilidade plena de exercer seus direitos fundamentais e trabalhistas, o que se exige não só do contratante mas também do Estado.

Para o presente estudo cinco são os critérios que permitem identificar respeito ou agressão à dignidade da pessoa humana, vistos agora em relação à atuação do Estado enquanto responsável pela “Reforma Trabalhista”. São eles: a) vedação a atos de cunho degradante; b)

garantia de condições existenciais mínimas; c) vedação à objetificação do trabalhador; d) respeito pela vida e integridade, física e psicológica; e) reconhecimento e preservação de direitos fundamentais.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana terá dupla função: de interpretação e esterilização das normas jurídicas fixadas pela Lei 13.467/2017, observados também os termos da Medida Provisória 808 de 14 de novembro de 2017. Com relação à eficácia negativa do princípio em questão não há dúvida de que se a regra legal celetista está em confronto com a Constituição da República o fenômeno jurídico é o da inconstitucionalidade. Mas é possível compreender que algumas regras da CLT reformada não são inconstitucionais, podendo ser interpretadas desde que em conformidade com a Constituição da República. Sobre as técnicas de interpretação conforme a Constituição as lições de Luís Roberto Barroso:

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência de dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, entre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.¹⁵

A análise da regra celetista reformada deverá considerar o princípio da interpretação conforme a Constituição como técnica de interpretação, optando o intérprete pelo resultado que melhor se compatibilize com a Constituição da República, por suas regras e princípios. Deve a análise da regra celetista considerar também o princípio da interpretação conforme a Constituição como técnica de controle de constitucionalidade, pois é necessário excluir resultado interpretativo contrário à Constituição e afirmar resultado interpretativo conforme a Constituição. A observância ao princípio da interpretação conforme a Constituição permitirá ao intérprete preservar a essência do Direito do Trabalho enquanto ramo jurídico protetivo do cidadão trabalhador, ainda que não tenha sido necessariamente essa a pretensão do legislador ordinário. O presente artigo traz apenas a indicação preliminar da violação potencial da dignidade da pessoa humana em relação ao meio ambiente do trabalho em decorrência da

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 167.

Reforma Trabalhista, conforme tabela abaixo, restrita aos temas de Direito Individual do Trabalho:

Tabela 2 – Dignidade da Pessoa Humana na “Reforma Trabalhista” e Meio Ambiente do Trabalho. Direito Individual do Trabalho

TEMA	LEI 13.467/2017 E MP 808/2017. CLT.	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
Banco de horas individual	Art. 59, parágrafo 5º.	Vedação à objetificação. Reconhecimento de direitos fundamentais.
12 x 36 sem intervalo	Art. 59-A.	Respeito à vida e integridade, física e psicológica. Reconhecimento de direitos fundamentais.
Limite de jornada no teletrabalho	Art. 62, III.	Respeito à vida e integridade, física e psicológica. Reconhecimento de direitos fundamentais.
Pagamento parcial de intervalo suprimido	Art. 71, parágrafo 4º.	Vedação à objetificação. Respeito à vida e integridade, física e psicológica. Reconhecimento de direitos fundamentais.
Gestante em ambiente insalubre. Ato “voluntário”	Art. 394-A	Vedação à objetificação. Respeito à vida e integridade, física e psicológica. Reconhecimento de direitos fundamentais.
Trabalho intermitente	Art. 443, parágrafo 3º.	Vedação à objetificação. Garantia de condições existenciais mínimas. Reconhecimento de direitos fundamentais.
Livre negociação individual	Art. 444, parágrafo único.	Reconhecimento de direitos fundamentais.
Direito de Imagem	Art. 456-A.	Vedação à objetificação. Reconhecimento de direitos fundamentais.

Fonte: Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP.

Há, nos exemplos citados, ampliação em tese das situações fáticas de agressão à dignidade do empregado no meio ambiente de trabalho. Obviamente que as agressões em concreto somente serão passíveis de constatação, quantificação, classificação e análise detida após algum tempo, quando será possível até mesmo estabelecer análise comparativa entre o *antes* e o *depois* da Reforma Trabalhista. Por enquanto resta buscar uma melhor interpretação do conteúdo normativo da Lei 13.467/2017 e da MP 808/2017 na expectativa de minorar seus efeitos nocivos ao trabalhador.

Por fim, importante lembrar que a luta pela democracia real e não apenas formal merece continuar. Não há outro caminho que leve o povo ao poder. Como falou Guimarães Rosa, “o correr da vida embrulha tudo. A vida é assim: esquentada e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta, o que ela quer da gente é coragem”. Nada é permanente. Tudo flui. O cipó de aroeira voltará no lombo de quem mandou dar, como lembra o poeta compositor Geraldo Vandré em sua música “Aroeira”, mais atual do que nunca. Quem viver, verá. Quem puder, resistirá, ainda que no âmbito da interpretação jurídica da “Reforma Trabalhista”.

5 CONCLUSÃO

Dignidade da Pessoa Humana é qualidade do ser humano que trabalha e que em sua relação cotidiana com o contratante deve se ver protegido contra atos de cunho degradante, não podendo ser objetificado para a reprodução do capital, devendo ser respeitado em todos os aspectos da sua vida, com garantias à sua integridade física e psicológica, com possibilidade plena de exercer seus direitos fundamentais e trabalhistas, o que se exige não só do contratante mas também do Estado. A compreensão da Dignidade da Pessoa Humana no contexto das relações de trabalho permite identificar situações fáticas, decorrentes da lei ou do contrato, em que há agressão ao princípio constitucional em questão. Caso o empregador inobserve qualquer um dos critérios de identificação fática da dignidade da pessoa humana deve haver punição e mudança em sua estruturação produtiva.

Há estrita correlação entre dignidade da pessoa humana e meio ambiente de trabalho, vez que obviamente o empregado não se despe de sua condição de cidadão ao se inserir no estabelecimento empresarial. Sendo assim, o empregado traz para seu contrato de trabalho, de modo imperativo, automático e indisponível, a norma do inciso III do artigo 1º da Constituição da República, razão pela qual deve seu empregador respeitá-lo enquanto cidadão, sem realizar ou permitir tratamento degradante ou sua objetificação. Assim, cabe ao contratante da prestação laborativa garantir condições existenciais mínimas para o trabalhador, bem como respeitar sua vida e integridade, física e psicológica, com a integral preservação de seus direitos fundamentais.

A Reforma Trabalhista, não obstante possa ter entre seus idealizadores defensores da inaplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não tem o condão de revogar a Constituição da República, obviamente. Assim, caberá ao intérprete da norma celetista reformada, que sempre será também um intérprete da Constituição, esterilizar conteúdos contrários a ela e interpretar em conformidade aqueles que não são inconstitucionais. Por enquanto resta buscar uma melhor interpretação do conteúdo normativo da Lei 13.467/2017 e da Medida Provisória 808/2017 na expectativa de minorar seus efeitos nocivos ao trabalhador, principalmente em temas relacionados à Dignidade da Pessoa Humana e ao meio ambiente de trabalho.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito do Trabalho e Constituição**: a constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTr., 2017. p. 157.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PJe: 0010336-11.2015.5.03.0008 (RO); Disponibilização **DEJT**: 06/09/2017; Órgão Julgador: Decima Primeira Turma; Relator: Adriana Goulart de Sena Orsini, disponível em www.trt3.jus.br, consulta em 18/11/2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PJe: 0010834-19.2015.5.03.0005 (RO); Disponibilização **DEJT**: 25/05/2017; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Sercio da Silva Pecanha, disponível em www.trt3.jus.br, consulta em 18/11/2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PJe: 0010293-03.2015.5.03.0064 (RO); Disponibilização **DEJT**: 28/09/2017; Órgão Julgador: Setima Turma; Redator: Fernando Luiz G.Rios Neto, disponível em www.trt3.jus.br, consulta em 18/11/2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PJe: 0011177-74.2015.5.03.0147 (RO); Disponibilização **DEJT**: 27/04/2017; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Convocado Marcio Toledo Goncalves, disponível em www.trt3.jus.br, consulta em 18/11/2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. TRT da 3ª Região; PJe: 0011952-61.2015.5.03.0027 (RO); Disponibilização: 06/09/2017, **DEJT/TRT3/Cad.Jud**, Página 412; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Luiz Otavio Linhares Renault, disponível em www.trt3.jus.br, consulta em 18/11/2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr., 2017. p. 33.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr., 2017.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “Os pilares do Direito do Trabalho – Princípios e sua Densidade Normativa” **Revista LTr.** vol. 76, n. 07, jul 2012. p. 776.

Papa Leão XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 67-68.

IL DOCUMENTO DI VALURAZIONE DEI RISCHI: dimensione organizzativa e profili civilistici

THE DOCUMENT OF THE RISKS ASSESMENT: the corporate organization and contractual obligations.

Adriana Stolfa¹

RIASSUNTO: Il presente scritto riproduce l'intervento reso nell'ambito del convegno "La cultura della sicurezza fra organizzazione e formazione". L'autrice esamina la funzione ricoperta dal documento di valutazione dei rischi nell'ambito dell'organizzazione della sicurezza del lavoro aziendale e i risvolti della sua violazione sui rapporti di natura civilistica tra datore di lavoro e lavoratori.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione; Sicurezza; Rischi; Obblighi contrattuali; Responsabilità.

SOMMARIO: 1 Il Documento di valutazione dei rischi nella sua dimensione organizzativa. 2 Profili civilistici e valenza "contrattuale" del documento di valutazione dei rischi.

ABSTRACT: The present work reproduces the address during the conference "The culture of work health and safety between organization and training". The Author focuses on the role played by the risks assessment within the corporate organization of workers' safety and the consequences of its violation on the contractual obligations between employer and workers.

KEYWORDS: Organization; Health and safety; Risks; Contractual obligations; Liability.

SUMMARY: 1 The Risk Assessment Document in its organizational dimension. 2 Civil law profiles and "contractual" value of the risk assessment document.

In questo breve intervento, ho scelto di soffermarmi soprattutto su due aspetti specifici, e forse poco valorizzati, riguardanti il documento di valutazione dei rischi: *in primis*, il suo ruolo nell'ambito della concreta organizzazione della sicurezza aziendale (che mi consente di ricollegarmi anche al tema principale dell'odierno convegno) e successivamente, dal punto di vista sanzionatorio, i risvolti di carattere civilistico che la violazione di quel documento può comportare nell'ambito del rapporto di lavoro con i singoli dipendenti. Si tratta di aspetti che ritengo fondamentali al fine di inquadrare e comprendere al meglio la *ratio* sottesa all'intera disciplina, anche di dettaglio, dettata in materia di valutazione dei rischi.

1 IL DOCUMENTO DI VALURAZIONE DEI RISCHI NELLA SUA DIMENSIONE ORGANIZZATIVA

Artigo recebido em 17/09/2017

Artigo aprovado em 19/11/2017

¹ Adriana Stolfa é Professora de Direito do Trabalho na Universidade de Bari "A. Moro" e Advogada em Trani. RDRST, Brasília, Volume 3, n. 2, 2017, p 73-81, jul-dez/2017

L'obbligo del datore di lavoro di procedere, ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008, alla valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori riveste un'importanza fondamentale all'interno del sistema prevenzionale aziendale ed è, anzi, stato definito dalla giurisprudenza come vera e propria "*architave*" dell'organizzazione generale della sicurezza sul lavoro aziendale².

Tutto il d.lgs. n. 81/2008, del resto, insiste particolarmente sul concetto di organizzazione, ponendolo al centro del sistema prevenzionale aziendale. Secondo il legislatore, infatti, solo un sistema prevenzionale organizzato è un sistema prevenzionale che funziona. Soprattutto a partire dal 2008, dunque, ogni aspetto dell'organizzazione aziendale diviene oggetto di studio e di norme finalizzate ad una gestione più efficiente e, di conseguenza, più sicura³.

Si tratta del punto di arrivo di un lungo percorso esegetico che ha visto la lenta ma progressiva evoluzione del modo di concepire la sicurezza in azienda. Si è passati, infatti, da un approccio alla prevenzione, in epoca precedente agli anni '80, fondato sul principio del "*comando e controllo*" e caratterizzato da una miriade di norme tecniche che imponevano comportamenti specifici senza delineare un quadro complessivo ed unitario ad uno, successivo, che si è via via evoluto in senso *gestionale*, sempre più basato sulla sistematica programmazione degli interventi, con enfaticizzazione dell'aspetto organizzativo della gestione della sicurezza e della prevenzione, e sulla piena corresponsabilizzazione dei soggetti coinvolti nella sua gestione⁴. In quest'ottica, si è assistito alla trasformazione del datore di lavoro da semplice destinatario delle prescrizioni in materia di sicurezza a vero e proprio fautore delle medesime⁵ ed all'elaborazione interna all'azienda delle norme di sicurezza. In anni recenti, peraltro,

² Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 2014, n. 25222, in <http://olympus.uniurb.it>, afferma testualmente in motivazione "*le scelte generali di politica aziendale, dalle quali possono derivare carenze strutturali, e l'organizzazione della sicurezza, di cui l'elaborazione del documento di valutazione dei rischi costituisce l'architave, non sono delegabili*".

³ C. ZAMPONI, *La "certificazione" del documento di valutazione dei rischi*, in www.puntosicuro.it, anno 18, n. 3874, 14 ottobre 2016.

⁴ Cfr. R. ROMEI, *Il campo di applicazione del d.lgs. 626 del 1994 e i soggetti (artt. 1, 2, 3)*, in L. MONTUSCHI, *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 67. Sempre a questo proposito, si segnala che la giurisprudenza, in una nota pronuncia, ha definito il Documento di valutazione dei rischi come "*mappa dei poteri*" all'interno dell'azienda, affermando testualmente in motivazione "*un'importante indicazione normativa per individuare in concreto i diversi ruoli deriva dall'art. 28, relativo alla valutazione dei rischi ed al documento sulla sicurezza, che costituisce una sorta di statuto della sicurezza aziendale. La valutazione riguarda «tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori». Il documento deve contenere la valutazione dei rischi, l'individuazione di misure di prevenzione e protezione, l'individuazione delle procedure, nonché dei ruoli che vi devono provvedere, affidati a soggetti muniti di adeguate competenze e poteri. Si tratta quindi di una sorta di mappa dei poteri e delle responsabilità cui ognuno dovrebbe poter accedere per acquisire le informazioni pertinenti*". V. Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343 in "*Cassazione Penale*", 2015, 2, p. 426.

⁵ Cfr. in dottrina MICHELETTI, *I reati e illeciti del datore di lavoro e dei dirigenti. I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in F.B. GIUNTA-D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 216.

l'approccio gestionale alla sicurezza sul lavoro si è spinto ancora più oltre, evidenziando, in ambiti non più marginali, la tendenza alla nascita di una vera e propria cultura della sicurezza e di una maggiore coscienza prevenzionale⁶.

A questo risultato si perviene proprio con il d.lgs. n. 81/2008, che ha affermato in maniera decisa la centralità del momento organizzativo che oggi caratterizza la disciplina prevenzionistica⁷. Con una espressione efficace, vi è chi ha parlato di “*gestione sistematica della sicurezza*”⁸.

L'obiettivo che emerge prepotentemente dalla *ratio* della riforma è, in effetti, proprio quello di diffondere in ogni azienda una crescente “*cultura della sicurezza*” intesa quale insieme dei processi organizzativi e delle pratiche professionali, delle norme scritte e delle convenzioni informali, dei linguaggi, dei modi di percepire e rappresentare il rischio in azienda⁹.

Autorevole dottrina ha ritenuto, peraltro, che ciò possa avvenire solo attraverso la diffusione di una “*filosofia partecipata*” della prevenzione, ponendo l'accento sulla natura collaborativa dell'attuale sistema di prevenzione e sulla necessità che tutti partecipino e contribuiscano al buon funzionamento del sistema di sicurezza sul lavoro aziendale¹⁰.

In quest'ottica, la valutazione dei rischi non può non rivestire un ruolo centrale, poiché essa rappresenta, come detto, il *perno* dell'intero sistema prevenzionale aziendale e l'adempimento-cardine in materia di sicurezza. Attorno ad essa, infatti, ruota l'intera organizzazione della sicurezza aziendale. In dottrina, vi è, infatti, chi ha descritto il documento di valutazione dei rischi come il “*vero protagonista della gestione aziendale*”¹¹.

Una gestione della sicurezza in maniera “*organizzata*” non può, infatti, prescindere proprio da uno studio attento dell'organizzazione aziendale e dei suoi aspetti critici dal punto di vista prevenzionale che si traduce, di fatto, nella attenta valutazione di tutti i rischi connessi allo svolgimento dell'attività produttiva aziendale e viene formalizzata, ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008, nel Documento di valutazione dei rischi.

⁶ C. ZAMPONI, *La “certificazione”*, cit.

⁷ G. MARRA, intervento al convegno *La sicurezza sul lavoro nella galassia delle società di capitali*, pubblicato in P. CAMPANELLA, P. PASCUCI (a cura di), *La sicurezza sul lavoro nella galassia delle società di capitali*, Atti del Convegno di studi – Urbino, 14 dicembre 2014, in “I Working Papers di Olympus”, 44/2015. Secondo questo autore, il d.lgs. n. 81/2008 ha, infatti, posto il momento organizzativo “*al centro della sua attenzione*”.

⁸ C. ZAMPONI, *La “certificazione”*, cit.

⁹ M. SERVADIO, *Cultura e clima di sicurezza: due facce della stessa medaglia?*, in www.puntosicuro.it, anno 18, n. 3831, 26.07.2016.

¹⁰ P. PASCUCI, *Flessibilità organizzativa e filosofica partecipata della sicurezza*, intervento al convegno *Modelli di rappresentanza e forme di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, in www.puntosicuro.it, anno 19, 3933, 23 gennaio 2017

¹¹ C. ZAMPONI, *Un percorso metodologico per certificare il Documento di Valutazione dei Rischi in conformità alla norma BS OHSAS 18001:2007*, in www.puntosicuro.it, anno 18, 3874, 14.10.2016.

A conferma della particolare importanza rivestita da tale adempimento ai fini del conseguimento degli obiettivi di tutela e della costruzione dell'organizzazione complessiva della sicurezza aziendale, non può non considerarsi anche che, nel d.lgs. n. 81/2008, esso figura al primo posto (indicato, appunto, con la lettera *a*) dell'elencazione delle misure generali di tutela¹².

Ulteriore conferma della centralità del documento di valutazione dei rischi per la organizzazione della sicurezza aziendale proviene anche dall'indelegabilità dello stesso da parte del datore di lavoro, così come previsto dall'art. 17 del d.lgs. n. 81/2008. Anche la giurisprudenza, del resto, anche in precedenza, aveva concordemente ritenuto che vi sono obblighi così ontologicamente connessi alla funzione propria del datore di lavoro da essere assolutamente insuscettibili di traslazione su altri soggetti, sia pure prescelti ed espressamente delegati dal titolare¹³. Tra questi obblighi rientrano, secondo questa giurisprudenza, proprio i *“compiti di valutazione dei rischi connessi all'attività d'impresa, di individuazione delle misure di prevenzione e dei mezzi di protezione, di definizione del programma per migliorare i livelli di sicurezza, di fornitura dei dispositivi necessari di protezione individuale, di designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione”*¹⁴.

In altre parole, si tratta di obblighi che si risolvono in scelte di politica aziendale da cui possono derivare carenze strutturali e in quelle che incidono sulla organizzazione (termine che, non a caso ricorre nuovamente) generale della sicurezza sul lavoro di cui, come ho detto, la valutazione dei rischi costituisce l'architrave¹⁵.

Per il tramite del documento di valutazione dei rischi, quindi, ogni aspetto dell'organizzazione di ciascuna impresa diviene oggetto di norme finalizzate ad una sua gestione più efficiente, efficace e, di conseguenza, più appropriata¹⁶.

Questo documento consente di concepire il sistema di organizzazione del lavoro in azienda come un vero e proprio *“sistema vivente”*¹⁷, suscettibile di continue modificazioni e

¹² Sul punto, sia consentito rinviare a A. STOLFA, *La valutazione dei rischi*, in G. NATULLO (a cura di), *Commentario Salute e Sicurezza sul lavoro*, diretto da F. CARINCI, nell'ambito della *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale* (collana fondata da Walter Bigiavi) – **Utet giuridica, 2015**

¹³ Cass. pen., sez. IV, 21 aprile 2006, n. 14192, in <http://olympus.uniurb.it>, secondo cui: *“Non può sfuggire, pertanto, alle sue responsabilità il soggetto che avendo il potere di ordinare un tipo di lavoro non controlli che questo sia compiuto secondo le norme antinfortunistiche; in caso contrario verrebbe meno un anello della catena organizzativa, essendo impossibile per chi non si trovi sul posto di lavoro effettuare tale controllo che costituisce una delle attività più importanti tra quelle dirette ad evitare gli infortuni”*.

¹⁴ Cass. pen., sez. IV, 21 aprile 2006, n. 14192, cit.

¹⁵ Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2014, n. 25222, cit., Cass. pen., sez. IV, 28 novembre 2014, n. 49728, in <http://olympus.uniurb.it>, Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 4968, in *“Diritto & Giustizia”* 2014, 3 febbraio; Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 12794, in *“CED Cassazione penale”*, 2007.

¹⁶ C. ZAMPONI, *La “certificazione”*, cit.

¹⁷ Definizione elaborata da E. CORDARO, *L'organizzazione del lavoro come sistema vivente: analisi organizzativa, valutazione del rischio lavoro correlato e limiti delle metodologie semplificate*, intervento al convegno *Stress*,

aggiustamenti di tiro, bisognevole di attenzione e cura costanti al fine di garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza ed il benessere dell'ambiente lavorativo latamente inteso. Proprio perché sistema vivente, l'organizzazione del lavoro aziendale andrà, dunque, costantemente monitorata ed adeguata ai mutamenti tecnologici e aggiornata in relazione alle novità che possono intervenire nel panorama legislativo di riferimento.

Questa costante attività di studio e monitoraggio dell'organizzazione aziendale della sicurezza può essere garantita proprio, ed unicamente, attraverso l'elaborazione di un documento di valutazione dei rischi completo, dettagliato e sottoposto ad aggiornamento costante: ad ogni cambiamento dell'organizzazione aziendale che possa avere risvolti sulla salute e sicurezza dei lavoratori, il documento dovrà essere rivisto e aggiornato, tenendo conto delle concrete condizioni di svolgimento dell'attività lavorativa¹⁸. La valutazione dei rischi deve, dunque, essere concepita quale “*azione preventiva e ricorrente nella vita dell'impresa*”¹⁹ così da consentire un'organizzazione della sicurezza aziendale adeguata ed efficace.

2 PROFILI CIVILISTICI E VALENZA “CONTRATTUALE” DEL DOCUMENTO DI VALUTAZIONE DEI RISCHI

Il documento di valutazione dei rischi ha, dunque, la primaria funzione di organizzare l'intero sistema di sicurezza del lavoro aziendale. Il suo obiettivo è, in altre parole, quello di analizzare le caratteristiche e le criticità sia dell'attività produttiva aziendale globalmente intesa che di quella concretamente svolta dai singoli dipendenti, strutturandola e organizzandola perché si compia nella massima sicurezza possibile.

Alla luce di queste considerazioni, viene però naturale domandarsi se le prescrizioni contenute nel documento di valutazione dei rischi, proprio perché intervengono nell'ambito di un rapporto di natura contrattuale, quale il rapporto di lavoro, siano suscettibili di far sorgere obbligazioni tra le parti di quello stesso rapporto, che il documento mira – direttamente o indirettamente – a disciplinare.

In altre parole, ci si deve chiedere se le norme contenute nel documento di valutazione dei rischi possano essere invocate direttamente dai lavoratori, alla cui tutela le stesse sono destinate, e se l'eventuale inadempimento del datore di lavoro (consistente nella violazione o nella semplice non applicazione delle stesse) possa legittimare il lavoratore ad attivare i rimedi

molestie lavorative e organizzazione del lavoro: aspetti preventivi, clinici e normativo-giuridici. Le soluzioni possibili, Milano, 7.06.2016.

¹⁸ G. PORRECA, *Sull'obbligo di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi*, in www.puntosicuro.it, anno 14, n. 2783, 30.1.2012.

¹⁹ M. LAI, *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, Torino, Giappicchelli, 2010, p. 54.

di tipo civilistico previsti dall'ordinamento (in particolare: azione di adempimento in forma specifica o eccezione di inadempimento).

Giurisprudenza e dottrina si sono da sempre ampiamente interrogate sui risvolti civilistici della violazione, da parte del datore di lavoro, delle norme previste in materia di sicurezza – *in primis*, dell'art. 2087 c.c. – e sulla possibilità per il lavoratore di attivare i rimedi previsti dall'ordinamento, in particolare l'eccezione d'inadempimento *ex art.* 1460 c.c.

Questa disposizione prevede, come noto, nei contratti a prestazioni corrispettive, la possibilità per una parte di sospendere l'adempimento qualora l'altra parte non adempia alla propria obbligazione, con l'effetto di attribuire una sorta di “*potere di autotutela*”²⁰ a garanzia dell'uguaglianza delle posizioni delle parti nell'esecuzione del contratto.

Essendo il diritto alla salubrità dei luoghi di lavoro pacificamente ricostruito in termini di credito di natura contrattuale, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno convenuto per una risposta di segno positivo²¹.

In giurisprudenza si è, però, spesso condizionata l'esperibilità dell'eccezione di inadempimento ai medesimi requisiti richiesti per l'attivazione degli altri rimedi di natura civilistica (*in primis*, per la risoluzione del contratto), tra cui la gravità dell'inadempimento, la causalità e la proporzionalità²².

²⁰ M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 329 ss.; v. anche P. ALBI, *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 3, 2009, p. 551.

²¹ In giurisprudenza v., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. lav., 29 ottobre 2003, n. 16250, in “Giustizia civile Massimario annotato della Cassazione”, 2003, 10; Cass. civ., sez. lav., 17 febbraio 2003, n. 2357, in “Orientamenti della giurisprudenza del lavoro”, 2003, I, p. 227; Cass. civ., sez. lav., 26 ottobre 2002, n. 15133, in “Giustizia civile Massimario annotato della Cassazione”, 2002, p. 1849; Cass. civ., sez. lav., 22 marzo 2002, n. 4129, in “Giustizia civile Massimario annotato della Cassazione”, 2002, p. 502; Cass. civ., sez. lav., 5 marzo 2002, n. 3162, in “Giustizia civile Massimario annotato della Cassazione”, 2002, p. 393; Cass. civ., S.U., 11 luglio 2001, n. 9385, in “Giurisprudenza italiana”, 2001, p. 171; Cass. civ., sez. lav., 7 novembre 2000, n. 14469, in “Giustizia civile Massimario annotato della Cassazione”, 2000, p. 2270; Cass. civ., sez. lav., 2 maggio 2000, n. 5491, in “D&L Rivista critica di diritto del lavoro”, 2000, p. 778; Cass. civ., sez. lav., 5 febbraio 2000, n. 1307, in “Giurisprudenza italiana”, 2001, p. 485; Cass. civ., sez. lav., 20 gennaio 2000, n. 602, in “Giustizia civile Massimario annotato della Cassazione”, 2000, p. 94; Cass. civ., sez. lav., 21 dicembre 1998, n. 12763, in “Massimario di giurisprudenza italiana”, 1998; Cass. civ., sez. lav., 16 settembre 1998, n. 9247, in “Massimario di giurisprudenza italiana”, 1998, p. 822; Cass. civ., sez. lav., 6 maggio 1988, n. 3367, in “Giustizia civile Massimario annotato della Cassazione”, 1988, 5. In dottrina, v. A. RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2010, 1, p. 121.

²² Cass. civ., sez. lav., 7 novembre 2005, n. 21479, in “Diritto del lavoro”, 2006, 3, II, p. 165, afferma testualmente in motivazione “*Nei contratti a prestazioni corrispettive, quando una delle parti giustifica il proprio inadempimento con l'inadempimento dell'altra, occorre procedere alla valutazione comparativa del comportamento dei contraenti non soltanto in riferimento all'elemento cronologico delle rispettive inadempienze, ma anche in relazione ai rapporti di causalità e di proporzionalità di tali inadempienze rispetto alla funzione economico-sociale del contratto al fine di stabilire se effettivamente il comportamento di una parte giustifichi il rifiuto dell'altra di eseguire la prestazione dovuta, tenendo presente che va, in primo luogo, accertata la sussistenza della gravità dell'inadempimento cronologicamente anteriore, perché quando questo non è grave, il rifiuto dell'altra parte di adempiere non è di buona fede e, quindi, non è giustificato*”. In senso conforme, v. anche Cass. civ., sez. III, 11 maggio 1998, n. 4743, in “Giustizia civile Massimario annotato della Cassazione”, 1998, p. 998; Cass. civ., sez. I, 27 settembre 1999, n. 10668, in “Studium oeconomiae”, 200, p. 313; Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2000, n. 699 in “Giustizia civile Massimario annotato della Cassazione”, 2000, p. 119; Cass. civ., sez. II, 3 luglio 2000, n. 8880, in “Giustizia civile Massimario annotato della Cassazione”, 2000, p. 1481.

Autorevole dottrina ha, tuttavia, sottolineato la tendenza di quella stessa giurisprudenza a compiere una delicata assimilazione del concetto di gravità dell'inadempimento a quello di buona fede nell'esecuzione del contratto, con la finalità di verificare se l'eccezione di inadempimento fatta valere dal lavoratore abbia connotazioni meramente pretestuose piuttosto che fondate su reali esigenze di tutela della salute e della sicurezza aziendali²³.

La verifica della sussistenza dei requisiti di gravità dell'inadempimento e di buona fede contrattuale rende necessaria una attenta analisi della potenziale incidenza dell'inadempimento sulla lesione della sfera personale del lavoratore, valutando caso per caso quali siano gli inadempimenti che legittimano una reazione in via di autotutela²⁴.

In presenza di questi presupposti, il lavoratore potrà legittimamente astenersi dall'eseguire la propria prestazione lavorativa e manterrà anche il diritto alla retribuzione per le ore non lavorate, non potendo egli subire le conseguenze sfavorevoli dell'inadempimento altrui²⁵.

Appurata, quindi, la possibilità per il lavoratore di attivare i rimedi di natura civilistica in caso di violazione, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo derivantegli dall'art. 2087 c.c. (come di qualsiasi altra norma di legge), resta, infine, da appurare se le medesime conseguenze possano derivare anche dalla violazione delle norme di natura autonoma contenute all'interno del documento di valutazione dei rischi e, per farlo, è necessario chiarire quali rapporti intercorrano tra l'obbligo di tutela delle condizioni di lavoro previsto dal codice civile e quello di valutare tutti i rischi connessi all'espletamento dell'attività produttiva aziendale *ex art. 28 del d.lgs. n. 81/2008*.

²³ P. ALBI, *Eccezione di inadempimento*, cit., p. 552. A conferma di quanto sostenuto dall'autore, v., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10553, in "Il Foro italiano", 2013, 6, I, c. 1863, che afferma testualmente "In sostanza il requisito della buona fede previsto dall'art. 1460 c.c., comma 2 per la proposizione dell'eccezione inadimplenti non est adimplendum sussiste quando tale rifiuto sia stato determinato non solo da una inadempimento grave, ma anche da motivi corrispondenti agli obblighi di correttezza che l'art. 1175 c.c. impone alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità da questo perseguite (cfr. Cass. n. 4743/1998)".

²⁴ P. ALBI, *Eccezione di inadempimento*, cit., p. 552.

²⁵ V. Cass. civ., sez. lav., 19 gennaio 2016, n. 836, in "Diritto della relazioni industriali", 2016, 3, p. 838 che, in motivazione, afferma testualmente che "la protezione, anche di rilievo costituzionale, dei beni presidiati dall'art. 2087 c.c., postula meccanismi di tutela delle situazioni soggettive potenzialmente lese in tutte le forme che l'ordinamento conosce" e, successivamente, "di recente è stato, altresì statuito che in caso di violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., non solo è legittimo, a fronte dell'inadempimento altrui, il rifiuto del lavoratore di eseguire la propria prestazione, ma costui conserva, al contempo, il diritto alla retribuzione in quanto non possono derivargli conseguenze sfavorevoli in ragione della condotta inadempiente del datore". Sul punto, in senso concorde, v. anche Cass. civ., 1° aprile 2015, n. 6631, in "Il Foro italiano", 2015, 6, 1, c. 1960; Cass. civ., 7 maggio 2013, n. 10553, cit., Cass. civ., 10 agosto 2012, n. 14375, in "Giustizia civile Massimario annotato della Cassazione", 2012, 8, p. 1080; Cass. civ., 18 maggio 2006, n. 11664, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2006, 4, II, p. 882; Cass. civ., 9 maggio 2005 n. 9576, in "Orientamenti della giurisprudenza del lavoro", 2005, I, p. 401.

La dottrina ha da sempre configurato l'obbligo di cui all'art. 2087 c.c.²⁶ in termini di dinamicità e onnicomprensività²⁷: al datore di lavoro spetta, cioè, il compito di individuare ed applicare, di volta in volta ed in relazione alle particolari caratteristiche della prestazione lavorativa, tutte le misure e gli accorgimenti che nel corso del tempo possano garantire la tutela della salute dei propri lavoratori.

L'art. 2087 c.c. si configura, pertanto, come una norma aperta e di carattere generale, e si risolve in un "*intervento costante sul complesso dei beni organizzati*"²⁸ aziendali da parte dell'imprenditore al fine di perseguire gli scopi della norma.

Questo intervento è, tuttavia, possibile proprio, ed esclusivamente, attraverso la valutazione, costante e dettagliata, delle caratteristiche intrinseche dell'attività lavorativa e dei rischi che da essa possono derivare alla salute e sicurezza dei lavoratori. In altre parole, soltanto prendendo coscienza dei pericoli e valutando adeguatamente i rischi connessi alla propria attività produttiva il datore di lavoro potrà scongiurarne il verificarsi, adempiendo così a quell'obbligo di sicurezza che il codice civile gli impone.

L'art. 2087 c.c. costituisce, quindi, il vero e proprio presupposto delle "*misure generali di tutela*" (di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 81/2008) tra cui, al primo posto, come detto, figura proprio la valutazione dei rischi aziendali.

Si consideri, inoltre, che, come ho detto innanzi, sin dal 1994 le regole che disciplinano la sicurezza in azienda non sono più esclusivamente le leggi ma anche (e soprattutto) le norme aziendali²⁹, che finiscono così per (auto)limitare fortemente i poteri dell'imprenditore. Ulteriore conferma deriva anche dal disposto di cui all'art. 18 del TU, il quale prevede espressamente l'obbligo per il datore di lavoro di far osservare ai lavoratori non solo le leggi ma anche le "*norme aziendali in materia di sicurezza*"³⁰.

La redazione del documento di valutazione dei rischi, dunque, non costituisce altro che una specificazione ed un'applicazione concreta dell'obbligo generale di sicurezza sancito dall'art. 2087 c.c., ponendosi i due obblighi in rapporto di stretta strumentalità. La violazione

²⁶ Secondo cui, come noto, il datore di lavoro ha l'obbligo di "*adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*"

²⁷ In dottrina: C. TIMELLINI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il d.lgs. 81/2008 e il d.lgs. 106/2009*, Torino, Utet giuridica, 2009, p. 57.

²⁸ L. GALANTINO, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in EAD (a cura di), *La sicurezza del lavoro. Commento ai decreti legislativi 19 settembre 1994, n. 626 e 19 marzo 1996, n. 242*, II ed., Milano, Giuffrè, 1996, p. 2.

²⁹ V., *infra*, pag. 3 laddove si accenna all'elaborazione sempre più interna all'azienda delle norme prevenzionali.

³⁰ L'art. 18 del d.lgs. n. 81/2008, come noto, testualmente recita: "*Il datore di lavoro, che esercita le attività di cui all'articolo 3, e i dirigenti, che organizzano e dirigono le stesse attività secondo le attribuzioni e competenze ad essi conferite, devono:(omissis).... f) richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione*".

degli obblighi contenuti nel documento di valutazione dei rischi altro non è altro che una violazione indiretta anche dell'art. 2087 c.c.

Le norme aziendali, dunque, sono idonee a fondare una responsabilità di tipo civilistico ed ingenerare sia obblighi dei lavoratori che loro diritti soggettivi, giustiziabili con i rimedi previsti dal codice civile.

Ne deriva che, qualora il datore di lavoro non applichi o violi apertamente le norme contenute nel DVR, subirà le medesime conseguenze che scaturiscono dalla violazione dell'obbligo di sicurezza generalmente inteso e trasposto nell'art. 2087 c.c., con possibilità per i lavoratori di attivare i rimedi di natura civilistica innanzi esaminati, *in primis* l'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c.

In questo modo, il DVR finisce per costituire a tutti gli effetti un ampliamento delle clausole del contratto di lavoro, integrandone il contenuto e facendo sorgere ulteriori diritti e obblighi reciproci tra le parti che, se inadempiti, fanno scattare la responsabilità di tipo civilistico. Ciò anche ai sensi dell'art. 1374 c.c. che, come noto, dispone che il contratto obbliga le parti non solo a ciò che vi è espressamente scritto ma anche a quello che da esso deriva dalla legge, usi o equità³¹. Il rispetto delle norme ivi contenute potrà dunque essere preteso direttamente dai lavoratori azionando i rimedi tipici del codice civile, compresa l'eccezione d'inadempimento e il legittimo rifiuto di adempiere alla prestazione.

³¹ Sul punto, v. Cass. civ., sez. lav., 25 maggio 2006, n. 12445, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2007, 1, II, p. 68, che afferma testualmente: "*D'altro canto, nessun dubbio può sussistere sulla prospettata qualificazione giuridica della stessa responsabilità – di natura contrattuale, appunto – ove si consideri, da un lato, che il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato – per legge (ai sensi dell'art. 1374 c.c.) – dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c., cit., appunto) e, dall'altro, che la responsabilità contrattuale è configurabile tutte le volte che risulti fondata sull'inadempimento di un'obbligazione giuridica preesistente, comunque assunta dal danneggiante nei confronti del danneggiato*".

LEGGE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA IN EUROPA: verso nuovi equilibri?

LAW AND COLLECTIVE BARGAINING IN EUROPE: toward a new balance?

Fausta Guarriello¹

RIASSUNTO: Il presente articolo cerca di evidenziare i molteplici punti di vista da cui esaminare nella dimensione comparata il mutamento del rapporto tra legge e contrattazione collettiva. Innanzitutto vengono studiate le tendenze comuni ad un'alterazione dell'integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva, cioè, un mutamento qualitativo e quantitativo. In seguito, oltre le tendenze comuni, evidenziamo anche l'acuirsi delle differenze tra sistemi nazionali, nonché gli interventi legislativi di attacco alla contrattazione nazionale/settoriale indotti dalla nuova governance europea. Successivamente studiamo la rifondazione del rapporto tra legge e contrattazione collettiva attraverso la ripartizione delle sfere di competenza, nonché gli interventi legislativi sull'efficacia del contratto collettivo, ossia, le misure di riduzione dell'ultrattività e dei meccanismi di estensione. In seguito evidenziamo gli interventi legislativi sulla rappresentanza dei soggetti negoziali, cioè, la misurazione della rappresentatività, gli accordi maggioritari ed i nuovi soggetti abilitati a stipulare l'accordo aziendale. Dopodiché studiamo anche le correzioni imposte ai meccanismi nazionali di regolazione salariale. In conclusione, discutiamo verso quali equilibri si va riconfigurando il rapporto tra legge e contrattazione collettiva, cioè, sul tramonto del contratto collettivo come atto normativo a portata generale e la sua esclusiva funzionalizzazione a strumento di gestione a livello aziendale.

PAROLE CHIAVE: Legge; Contrattazione collettiva; Europa; Nuovi equilibri.

SOMMARIO: 1 I molteplici punti di vista da cui esaminare nella dimensione comparata il mutamento del rapporto tra legge e contrattazione collettiva. 2 Le tendenze comuni a un'alterazione dell'integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva: un mutamento qualitativo e quantitativo. 3 "La foresta e gli alberi": oltre le tendenze comuni, l'acuirsi delle differenze tra sistemi nazionali. 4 Gli interventi legislativi di attacco alla contrattazione nazionale/settoriale indotti dalla nuova *governance* europea. 5 La rifondazione del rapporto tra legge e contrattazione collettiva attraverso la ripartizione delle sfere di competenza. 6 Gli interventi legislativi sull'efficacia del contratto collettivo: le misure di riduzione dell'ultrattività e dei meccanismi di estensione. 7 Gli interventi legislativi sulla rappresentanza dei soggetti negoziali: misurazione della rappresentatività, accordi maggioritari, nuovi soggetti abilitati a stipulare l'accordo aziendale. 8 Le correzioni imposte ai meccanismi nazionali di regolazione salariale. 9 Verso quali equilibri si va riconfigurando il rapporto tra legge e contrattazione collettiva: il tramonto del contratto collettivo come atto normativo a portata generale e la sua esclusiva funzionalizzazione a strumento di gestione a livello aziendale? 10 Riferimenti bibliografici

ABSTRACT: This article aims to show the multiple points of view in the discussion about the change in the relationship between law and collective bargaining in a comparative basis. Firstly we study the common mainstream into the change in the functional integration between law and collective bargaining, i.e., a qualitative and quantitative change. Thereafter besides the common mainstream we show the intensification of national systems' differences and also the legislative Acts' attack on national/sectoral collective bargaining induced by the new european governance. After that we study the refoundation of the relationship between law and collective bargaining through the allocation of jurisdiction and also the legislative Acts about the collective bargaining's effectiveness, i.e., the measures to reduce its application after expiration date and the instruments of its extension. Thereafter we study the legislative Acts about representativeness of collective bargaining's parties, i.e., the representativeness measuring, the majority agreements and the new parties entitled to sign the company's agreement. After that we study the corrections imposed on the national instruments of wage regulation. In conclusion we discuss about the new balance in the relationship between law and collective bargaining, i.e., about

Artigo recebido em 17/09/2017

Artigo aprovado em 18/11/2017

¹ Fausta Guarriello é Professora Titular de Direito do Trabalho na Universidade G. D'Annunzio de Pescara e Professora na Universidade de Roma "La Sapienza".

the collective bargaining's decline as a general normative act and its use as an instrument of management at company level.

KEYWORDS: Law; Collective bargaining; Europe; New balance.

SUMMARY: 1 The multiple points of view from which to examine in the comparative dimension the change in the relationship between law and collective bargaining. 2 The tendencies common to an alteration of the functional integration between law and collective bargaining: a qualitative and quantitative change. 3 "The forest and the trees": beyond common trends, the sharpening of differences between national systems. 4 Legislative measures to attack national / sectoral bargaining induced by the new European governance. 5 The re-foundation of the relationship between law and collective bargaining by dividing the spheres of competence. 6 The legislative interventions on the effectiveness of the collective agreement: the measures to reduce the extraction and the mechanisms of extension. 7 Legislative interventions on the representation of negotiating subjects: measurement of representativeness, majority agreements, new subjects qualified to enter into business agreements. 8 Corrections imposed on national wage regulation mechanisms. 9 To what balance is the reconfiguration of the relationship between law and collective bargaining: the sunset of the collective agreement as a general regulatory act and its exclusive functionalization as a management tool at company level? 10 Bibliographic references

1 I MOLTEPLICI PUNTI DI VISTA DA CUI ESAMINARE NELLA DIMENSIONE COMPARATA IL MUTAMENTO DEL RAPPORTO TRA LEGGE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva costituisce una prospettiva di analisi tra le più interessanti per chi voglia indagare il significato e la direzione delle trasformazioni in atto nella disciplina dei rapporti di lavoro in una dimensione comparata. Per il giurista essa offre l'opportunità di verificare, in relazione a singoli istituti o nel quadro più generale del rapporto tra fonti, lo spazio che ciascun ordinamento statale demanda alla capacità di autoregolamentazione di interessi professionali a soggetti privati, organizzazioni sindacali e datoriali (o singoli imprenditori), in determinate fasi storiche e nell'ambito di diritti e principi di rango sovra-ordinato che ne costituiscono il quadro di riferimento. Per lo studioso di relazioni industriali, il rapporto tra legge e contrattazione collettiva rappresenta una delle varianti istituzionali di cui tener conto nell'analisi dei mutamenti che interessano il campo delle relazioni industriali, inteso come sistema in cui operano più attori, ciascuno con le proprie risorse e le rispettive fonti di legittimazione. In tale quadro lo stato (e la legge che rappresenta la sua risorsa più rilevante, ma non la sola) è solo uno degli attori in campo, in veste di regolatore, di mediatore o arbitro, o di datore di lavoro: e sebbene non sia mai assente dalle relazioni di lavoro, neppure allorché non intervenga direttamente a regolarle², esso agisce in un'arena le cui dinamiche sono più il risultato del complesso gioco degli attori che non l'effetto determinato dall'applicazione di regole interne o esterne al sistema. E' importante per una corretta lettura della realtà tenere sempre presente questa dimensione di autonomia degli attori

² REYNAUD, *Les syndicats en France*, Paris, Tomo I, 1975, 261; REYNAUD, *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, Paris, 1997.

nell'appropriazione e applicazione delle regole, per non incorrere in una lettura formalistica degli effetti che mutamenti del quadro normativo possono indurre sui sistemi di relazioni industriali. Costituisce ancor oggi valido ausilio alla comprensione dei mutamenti in atto la teoria giugniana dell'ordinamento intersindacale³, inteso come sistema non certo chiuso e impermeabile a dinamiche eteronome, ma che a queste reagisce e con queste inter-agisce attraverso meccanismi complessi di adattamento, non riducibili allo schema formale comando-controllo.

Sicché trattando dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva anche nella dimensione comparata è fondamentale tener presente l'originaria concezione del contratto collettivo come atto normativo⁴, espressione del potere originario di autoregolamentazione degli interessi professionali da parte dei gruppi, fondato nei sistemi a base volontaristica sulla nozione di autonomia collettiva (Regno Unito, Italia, Germania, Svezia), in quelli a matrice statualista come funzione delegata dallo stato alle parti sociali (Francia, Belgio, Spagna, Grecia). Altrettanto rilevante è tenere presente come nessun paese presenti oggi i caratteri puri dell'una o dell'altra concezione, quanto piuttosto un mix più o meno accentuato di intervento eteronomo in sistemi a base fondamentalmente volontaristica (anche in relazione all'adempimento di obblighi comunitari: v. Regno Unito), o margini più o meno ampi di autonomia organizzativa in sistemi a regolazione statualista. E poiché le tradizionali distinzioni dei sistemi di relazioni industriali per blocchi di paesi con caratteristiche simili scontano notevoli margini di approssimazione⁵, appare necessario verificare, alla luce di varianti storiche, economiche, organizzative, tecnologiche, sociali, ideologiche, culturali, se e come l'integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva si sia modificata nel tempo, con particolare riguardo all'accelerazione subita dall'inizio del XXI secolo, per tentare di delineare linee di tendenza comuni ai vari paesi o gruppi di paesi.

Non c'è dubbio infatti che le relazioni industriali muovono in uno spazio forgiato da vicende storiche, tradizioni, prassi non meno che da determinanti ideologiche e istituzionali che costituiscono il contesto di riferimento dei diversi sistemi. In questo spazio storicamente connotato si colloca il punto di osservazione tipicamente giuridico del rapporto tra fonti, legge e contratto collettivo, l'una espressione della sovranità popolare, l'altro della capacità di autocomposizione degli interessi da parte dei gruppi sociali⁶. Il contratto collettivo, formalmente atto di autonomia privata, nell'assolvimento della sua essenziale funzione

³ GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960.

⁴ WEBB, *Industrial democracy*, London, 1902; FLANDERS, *Collective Bargaining: A Theoretical Analysis*, in *Br. j. ind. rel.*, 1968, 4 ss.

⁵ BURRONI, *Capitalismi a confronto*, Bologna, 2016, 8.

⁶ VENEZIANI, *Stato e autonomia collettiva. Diritto sindacale comparato*, Bari, 1986, 121 ss.

normativa (per la quale Carnelutti utilizzò, seppure in un diverso contesto normativo, la metafora del contratto collettivo che ha corpo di contratto e anima di legge) entra in competizione con la fonte primaria nella regolazione dei rapporti di lavoro, dando vita nei diversi sistemi a molteplici forme di integrazione funzionale tra legge e contratto collettivo: dal principio di gerarchia delle fonti che ne governa il rapporto nei paesi di *civil law*, alla reciproca indifferenza nei paesi di *common law*, in cui il contratto collettivo ha una vincolatività sociale ma non giuridica⁷, alle diverse forme di integrazione funzionale attraverso meccanismi di delega dall'una all'altra fonte in funzione integrativa, sostitutiva o derogatoria, sino ai recenti meccanismi legali che riconoscono priorità applicativa al contratto collettivo non più sulla base del principio di favore, bensì del principio di sussidiarietà/prossimità della fonte alla situazione concreta da regolare in funzione adattiva allo specifico contesto aziendale o locale.

La tendenza affermata nell'ultimo decennio in molti paesi europei a favorire il contratto collettivo aziendale a carattere derogatorio viene letta come un capovolgimento del sistema delle fonti a vantaggio della fonte meno dotata dei caratteri di generalità e astrattezza tipici delle fonti normative e più a ridosso degli interessi concreti da comporre, tendenzialmente disaggregabili fino al livello individuale, dove il singolo lavoratore si ritrova solo davanti al potere organizzativo del datore di lavoro. Il timore è quindi di un progressivo smantellamento della contrattazione collettiva come forma tipica di regolazione delle relazioni di lavoro o quanto meno di uno svuotamento della funzione normativa propria del contratto collettivo di categoria o di settore (*multi-employer*), in passato considerato legge della professione, in favore della funzione propriamente gestionale del contratto aziendale. La preferenza legale per il contratto aziendale rischia di alterare profondamente i rapporti di forza tra attori, soprattutto quando l'attività di negoziazione viene riconosciuta in capo a soggetti che non hanno natura sindacale e quando viene meno la rete di protezione costituita dalla norma inderogabile di matrice legale o convenzionale quale argine rispetto a deroghe peggiorative. Il tema evoca la stessa *ratio* fondativa del diritto del lavoro e il suo progressivo distacco dal diritto privato in considerazione di esigenze di riequilibrio contrattuale e di protezione della persona su quel particolare mercato in cui la merce che si vende e si acquista è il lavoro umano e in quel peculiare rapporto caratterizzato dalla subordinazione alla situazione giuridica di potere della controparte.

Se la tendenza al decentramento della contrattazione collettiva verso l'impresa è fenomeno risalente agli ultimi decenni del secolo scorso, che ha radici profonde nella segmentazione dei mercati del lavoro e nella crescente competizione generata dall'apertura dei

⁷ WEDDERBURN, *The Worker and the Law*, 3rd, Harmondsworth, 1986.

mercati alla dimensione mondiale⁸, essa tuttavia ha subito un'accelerazione all'inizio del nuovo secolo costituendo uno dei principali indirizzi delle politiche pubbliche nei confronti della contrattazione collettiva anche in paesi per tradizione caratterizzati da *abstention of the law* rispetto al fenomeno collettivo. In molti ordinamenti nazionali, infatti, lo strumento legislativo è intervenuto a modificare l'assetto di regole preesistenti in materia di contrattazione collettiva, non solo autorizzando il contratto aziendale a regolare un ventaglio più ampio di materie rispetto a quelle sulle quali già era abilitato a intervenire in forza di disposizioni di ordine legale o convenzionale preesistenti (tipicamente in tema di orario di lavoro: v. leggi Aubry in Francia), bensì stabilendo una preferenza legale per il contratto di livello decentrato rispetto al contratto di categoria/settore di livello nazionale/regionale, così disarticolando il rapporto tra diversi livelli contrattuali, ove esistenti (Spagna, Francia, Italia) e minando la funzione di coordinamento negoziale svolta dal contratto nazionale.

L'intervento legislativo sugli assetti contrattuali sembra nella stagione più recente marcare in modo inedito la supremazia dell'interesse pubblico (alla competitività, alla crescita dell'occupazione, al contenimento del debito pubblico) sull'interesse privato-collettivo, in funzione del riposizionamento strategico di ciascun paese nella competizione internazionale. L'inseguimento di una competizione tra sistemi normativi (*regime competition*) sembra imporre oggi, ai sistemi che non hanno operato scelte strategiche tempestive rispetto all'impatto della globalizzazione o alle conseguenze dell'adozione della moneta unica, soluzioni obbligate, fortemente condizionate dalle misure anticrisi imposte dall'Unione europea e dai meccanismi di *governance* macroeconomica⁹.

Il primato dell'interesse pubblico sulla libertà sindacale e sull'attività di contrattazione collettiva è stato realizzato non solo attraverso interventi legislativi diretti nel campo delle relazioni di lavoro, attraverso le cd. riforme strutturali dei mercati del lavoro, che hanno costituito la principale alternativa alle svalutazioni competitive del periodo precedente l'introduzione della moneta unica¹⁰, ma anche attraverso politiche fiscali che, in una con l'indebolimento della contrattazione salariale di settore e/o con la riduzione dei meccanismi di garanzia dei salari minimi¹¹, sono intervenute in molti paesi ad alleggerire il costo del lavoro

⁸ Cfr. GUARRIELLO, *I diritti di contrattazione collettiva in un'economia globalizzata*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, 342 ss.

⁹ Cfr. CHIECO, "Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova *governance economica europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 359 ss.; PIZZOFRERATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 411 ss.

¹⁰ BACCARO, *Salvati o affossati dall'Europa?*, in *Quad. rass. sind.*, 2016, 30 ss.; BORDOGNA, PEDERSINI, *What Kind of Europeanization? How EMU is Changing National Industrial Relations in Europe*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 183 ss.

¹¹ DEAKIN, *Labour standards, social rights and the market: "inderogability" reconsidered*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, 553 ss.

per le imprese, a incentivare il ricorso a voci salariali legate alla produttività, a porre a carico della fiscalità generale i costi di assunzione e di transizione sul mercato del lavoro di lavoratori disoccupati e forme di sussidio per i lavoratori con bassi salari (Regno Unito, Germania).

Un'altra dimensione dell'intervento pubblico che ha prodotto effetti rilevanti sui sistemi nazionali di contrattazione collettiva è rappresentata dalle politiche di liberalizzazione della concorrenza nel settore dei servizi e la considerazione di alcune norme protettive del lavoro di fonte legale o convenzionale alla stregua di restrizioni all'accesso al mercato dello stato ospitante per i prestatori di servizi dopo la lettura restrittiva data dalla Corte di Giustizia alla direttiva sul distacco transnazionale di lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi¹². In tutti i paesi l'introduzione di misure di liberalizzazione dei mercati ha innescato forme di protesta sociale a carattere generale o limitato ai gruppi più direttamente colpiti dalle misure in questione (autotrasportatori, tassisti, esercenti di servizi commerciali). A ciò si aggiungano le misure di controllo della spesa pubblica e di riduzione del debito pubblico che, nei paesi più esposti al rischio di deficit eccessivi, hanno imposto tagli unilaterali alle retribuzioni dei dipendenti pubblici e il blocco della contrattazione collettiva nel settore pubblico (Grecia, Portogallo, Spagna, Italia). Gli effetti complessivi indotti da queste politiche sono stati quasi ovunque il ridimensionamento del ruolo del contratto di settore a vantaggio del contratto aziendale o individuale, o del potere unilaterale del datore di lavoro.

Né il protagonismo dell'attore pubblico -*rectius*: dei governi- è stato accompagnato da forme di dialogo con i *partner* sociali volte a concordare gli indirizzi e il contenuto delle riforme: con poche eccezioni (Francia, Belgio, Finlandia), le prassi concertative e di dialogo sociale che avevano prodotto i grandi patti di concertazione degli anni '90 e le diverse forme di legislazione negoziata sono state abbandonate o svuotate di significato¹³. La dottrina dell'austerità imposta dall'UE ha contribuito a questo risultato: in particolare dopo il 2010, l'azione degli stati non ha più cercato legittimazione dal quadro di intese raggiunte sul piano interno con i principali interlocutori sociali, che così facendo assicurano il loro sostegno, o la mancata opposizione, alle misure da adottare; bensì dal via libera assicurato dalle istituzioni europee ai processi di riforma nel quadro del rafforzamento della sorveglianza macroeconomica. In tale quadro, il decisionismo dell'attore pubblico, spinto a cercare soluzioni che rispondano alle attese dei mercati internazionali e alle valutazioni delle agenzie di *rating*, che promuovono o giudicano insufficienti le riforme in fase di annuncio, di formale adozione e di implementazione, porta a stringere i tempi e a ridurre il numero di mediazioni, sacrificando il confronto effettivo con gli

¹² DEAKIN, *op. cit.*, 556.

¹³ FREYSSINET, *Structures, institutions et pratiques du dialogue social tripartite dans les pays membres de l'Union européenne, Rapport, Ministère du travail*, Paris, 2015.

attori sociali per più celeri modalità informative o consultive, o adottando soluzioni concordate solo con i soggetti disponibili a dividerle, o ancora non dando seguito a posizioni comuni espresse dagli attori sociali, o minacciando interventi unilaterali ove le parti sociali non siano in grado di trovare un accordo. La stessa tendenza a spostare il baricentro dei sistemi di contrattazione collettiva sugli accordi aziendali, in linea con i dettami europei, per favorire la flessibilità delle condizioni normative e salariali adattandole ai singoli contesti produttivi, contribuisce a ridurre il peso degli attori sociali nazionali svuotando dall'interno l'interesse al dialogo tripartito. La spinta all'aziendalizzazione delle relazioni industriali si accompagna così a una riduzione di peso del dialogo sociale triangolare, almeno dove il sistema contrattuale non appare centralmente coordinato: la disintermediazione sociale è così al tempo stesso causa ed effetto del decentramento della contrattazione collettiva¹⁴, perché indebolendo gli attori sociali nazionali libera i governi dalla ricerca di consenso e di mediazioni con le grandi organizzazioni degli interessi.

2 LE TENDENZE CUMUNI A UN'ALTERAZIONE DELL'INTEGRAZIONE FUNZIONALE TRA LEGGE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA: UN MUTAMENTO QUALITATIVO E QUANTITATIVO

La tendenza a un'alterazione dell'integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva ha cominciato a manifestarsi sin dagli anni '80 del secolo scorso in molti paesi europei, inaugurando la stagione legislativa del diritto del lavoro della crisi. Lo *choc* petrolifero del 1973 e la crisi economica e occupazionale che ha prodotto hanno posto fine ai trenta gloriosi del secondo dopoguerra e aperto un ciclo, ormai di pari durata, dal quale il diritto del lavoro è uscito trasformato. In particolare ne è uscito trasformato il paradigma del rapporto tra legge e contratto collettivo ereditato da quel periodo, basato sulla inderogabilità unilaterale della norma di legge in ragione di esigenze di protezione del lavoratore contraente debole¹⁵.

Da ambiti specifici e circoscritti, riguardanti determinati aspetti della regolazione delle tipologie contrattuali flessibili, del costo del lavoro, delle crisi aziendali, la derogabilità a norme di legge nel decennio successivo è andata estendendosi agli accordi sulle ristrutturazioni, sulla durata del lavoro (le 35 ore in Francia), sulla flessibilità funzionale (leggi Hartz in Germania), sui salari, sino a diventare tendenza dilagante¹⁶ che consente ad accordi collettivi

¹⁴ BELLARDI, *Sistema politico, legge e relazioni industriali: dalla promozione all'esclusione?*, in *Studi in memoria di M. G. Garofalo*, Bari, 2015, 103 ss.

¹⁵ DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976; WEDDERBURN, *Inderogability, collective agreements and Community law*, in *Indust. law journ.*, 1992, 245 ss.

¹⁶ BORENFREUND, LYON-CAEN, SOURIAU, VACARIE, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, 2005.

con determinate caratteristiche soggettive e oggettive di derogare *in peius* a norme di legge su una serie ampia e indeterminata di materie. La circostanza che tale potestà derogatoria sia attribuita anche e soprattutto ad accordi di livello aziendale porta a una destrutturazione dei sistemi coordinati di contrattazione collettiva, con perdita di centralità del contratto settoriale (derogabile dall'accordo decentrato) sia nella sua funzione salariale e normativa, di disciplina dei minimi di trattamento per l'intero settore, che nella sua funzione organizzativa della contrattazione collettiva attraverso un sistema ordinato di rinvii da un livello all'altro, o di clausole di deroga o di uscita centralmente controllate. Vari fattori hanno influito sulla tendenza al decentramento delle relazioni contrattuali: dapprima la necessità di fronteggiare processi di riorganizzazione interni alle imprese attraverso accordi concessivi¹⁷ volti ad assicurare flessibilità organizzativa e salariale in cambio del mantenimento dei livelli occupazionali contro il rischio della chiusura di impianti e/o delocalizzazioni in altri paesi.

All'esplosione della crisi gli accordi in deroga hanno costituito da un lato uno strumento di salvataggio delle imprese, abilitate a utilizzare tramite accordi aziendali tutti gli strumenti disponibili a comprimere i costi salariali e normativi per salvaguardare non solo la base occupazionale, ma le stesse condizioni minime per restare sul mercato; dall'altro, un'opportunità per le imprese di utilizzare tali accordi in via preventiva per fronteggiare il rischio di crisi anche in presenza di mere contrazioni di mercato¹⁸. Anche sotto l'influenza del *mainstream* delle istituzioni europee che, attraverso gli studi condotti all'inizio del decennio sulle ristrutturazioni¹⁹, l'incertezza indotta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla legittimità degli accordi collettivi quando entrano in rotta di collisione con le libertà economiche garantite dai Trattati²⁰ e le pressioni esercitate nelle procedure di sorveglianza macroeconomica nei confronti dei sistemi centralizzati di contrattazione collettiva in nome della imposizione di tagli salariali e di una contrattazione ritagliata su specifiche condizioni aziendali, quasi tutti gli ordinamenti sono intervenuti ad allentare le discipline di riferimento della contrattazione collettiva per favorire accordi aziendali a carattere derogatorio, sia attraverso meccanismi rimessi all'autonomia delle parti (Germania, Italia), che con interventi eteronomi (Italia, Francia, Spagna). Può anzi sostenersi che, sotto la spinta delle severe

¹⁷ TREU, *Gli accordi in deroga in Europa e la sfida ai sistemi contrattuali*, in *Quad. rass. sind.*, 2011, 51 ss.

¹⁸ JACOBS, *Decentralisation of Labour Law. Standard Setting and the Financial Crisis*, in BRUUN, LORCHER, SCHOMANN (eds.), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford/Portland, 2014, 178 ss.

¹⁹ MOREAU, *Les restructurations d'entreprise et les politiques européennes: quelles interactions? Introduction*, in *Rev. int. dr. écon.*, 2, 2008, 127 ss.; MOREAU, BLAS LOPEZ (eds.), *Restructuring in the New EU Member States*, Bruxelles, 2008; DIDRY, JOBERT, *L'entreprise en restructuration, Dynamiques institutionnelles et mobilisations collectives*, Rennes, 2010.

²⁰ BRUUN, DE WITTE, LO FARO, MALMBERG, ORLANDINI, SCIARRA, ZAHN, *Il dopo Laval. Uno sguardo comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, 363 ss.

condizionalità imposte dalla *troika* (Commissione europea, Bce e Fmi) ai paesi a rischio di *default* nonché delle raccomandazioni indirizzate a un'area assai più ampia di paesi²¹, ci sia stata una vera e propria rincorsa ad allargare gli spazi della contrattazione in deroga per beneficiare delle stesse condizioni competitive dei paesi limitrofi (migliorare la performance economica, attrarre investimenti esteri, semplificare il sistema normativo, attribuire certezza giuridica agli accordi raggiunti).

Le tecniche utilizzate per favorire accordi aziendali in deroga sono diverse in relazione alle diverse situazioni nazionali: laddove i sindacati, malgrado l'erosione di potere contrattuale subita in alcune realtà, hanno mantenuto il controllo della contrattazione di settore, è stato lo stesso sistema contrattuale ad ammettere deroghe a livello aziendale²² o a prevedere clausole di uscita dal contratto di settore implicanti la temporanea non applicazione dei minimi economico-normativi²³: anche in questi paesi, peraltro, meccanismi flessibili di adattamento del sistema contrattuale, definiti in via autonoma dalle parti sociali o da queste tollerati di fatto²⁴, sono stati sollecitati dal rischio di possibili interventi di natura eteronoma. Nei paesi in cui il sistema di contrattazione collettiva è retto da disposizioni di rango legislativo, la legge è direttamente intervenuta a ridisegnare i rapporti tra contratto collettivo di settore e accordo aziendale, riconoscendo priorità applicativa a quest'ultimo su materie direttamente collegate alle trasformazioni economico-organizzative dell'impresa e alla promozione o al mantenimento dell'occupazione. Tali operazioni hanno comportato, in fatto e in diritto, una potenziale erosione della contrattazione centralizzata soprattutto nei suoi contenuti normativi, da un lato ridefiniti al ribasso dalle riforme legislative dei mercati del lavoro, dall'altro sempre suscettibili di deroghe peggiorative da parte di accordi aziendali.

Ma il favore legislativo per il decentramento contrattuale non rappresenta il solo elemento di tensione nel rapporto tra legge e contrattazione collettiva. Accanto e complementare a questa linea di tendenza sono altri interventi di destrutturazione del contratto collettivo di settore, quali i limiti legislativi posti alla sua ultrattività (Spagna, Grecia, Portogallo), condizioni più restrittive per i meccanismi di estensione (Portogallo, Spagna, Grecia), nuove regole di misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali e

²¹ CLAUWAERT, *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field. An overview and comparison. Update including the CSRs 2015-2016*, Bruxelles, 2015.

²² AHLBERG, BRUUN, *Sweden: Transition through collective bargaining*, in BLANPAIN, BLANKE., ROSE (eds.), *Collective bargaining and wages in comparative perspective, Bulletin of Comparative Labour Relations*, 56, The Ague, 2005; FAHLBECK, MULDER, *Labour and Employment Law in Sweden*, Lund, 2009.

²³ SANTAGATA, *La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, 573 ss.; HEIPETER, LEHNDHORFF, *Decentralisation of collective bargaining in Germany: fragmentation, coordination and revitalisation*, in *Econ. lav.*, 2014, 45 ss..

²⁴ BORZAGA, *Il decentramento "controllato" della contrattazione collettiva nella Repubblica Federale Tedesca come antidoto alla crisi economica: realtà o mito?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, 275 ss.

datoriali (Francia) con il connesso principio maggioritario per la validità/efficacia degli accordi (Francia, Italia, Spagna, Portogallo, Grecia), la ridefinizione legale della gamma di soggetti abilitati a negoziare il contratto aziendale in alternativa ai rappresentanti sindacali.

Le modifiche normative su tali aspetti spesso non costituiscono il risultato di un disegno organico di riforma della contrattazione collettiva, quanto piuttosto l'effetto di interventi cumulativi che si sono assestati nel corso del tempo e che, sotto l'impulso delle raccomandazioni europee, hanno assunto inedita visibilità e organicità all'incalzare della dottrina europea dell'*austerità*, che considera la contrattazione collettiva nazionale un ostacolo alle riforme strutturali²⁵. Di tale concezione, apertamente in contrasto non solo con i diritti fondamentali proclamati dalle Carte europee e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ma anche con il diritto dei Trattati²⁶, l'indirizzo più significativo appare quello di ridurre il peso della contrattazione salariale a livello di settore, di ridurre o congelare i salari minimi quale possibile elemento di traino della contrattazione salariale, di eliminare o congelare le indicizzazioni (Belgio), di tagliare le retribuzioni e bloccare la contrattazione nel settore pubblico (Spagna, Grecia, Portogallo, Italia, Irlanda). Di questo pesante attacco alla contrattazione collettiva nazionale/settoriale le indicazioni puntuali avanzate in sede europea sugli interventi di ordine tecnico costituiscono corollari, tutti operanti in direzione del ridimensionamento (o di un vero e proprio smantellamento²⁷) del contratto collettivo nazionale di lavoro come conosciuto e praticato da oltre un secolo in molti stati membri e dei meccanismi finalizzati ad estenderne l'applicazione.

A questa ricostruzione delle riforme di sistema a trazione europea, in quanto realizzate sotto la pressione delle istituzioni europee²⁸ riguardanti il rapporto tra legge e contrattazione collettiva, possono opporsi vari ordini di obiezioni. Innanzitutto che le raccomandazioni europee non hanno carattere vincolante e pertanto non obbligano gli stati a seguirne pedissequamente le prescrizioni, ben potendo essi adottare misure diverse di effetto equivalente (ben diversa è l'osservanza richiesta dai *memoranda of understandings* negoziati dagli stati in cambio di assistenza finanziaria, vincolati da una più stretta e puntuale condizionalità). In secondo luogo, che si tratta di misure giustificate dalla situazione di emergenza, volte a correggere gli squilibri macroeconomici degli stati e a far rispettare i vincoli di bilancio concordati. Da ultimo, ma non ultimo, che tali misure non rientrano nella competenza normativa

²⁵ BRUUN, *Social Policy and Labour Law during Austerity in the European Union*, Swedish Institute for European Policy Studies, in www.sieps.se, 2015.

²⁶ VENEZIANI, *Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the EU*, in BRUUN, LORCHER, SCHOMANN (eds.), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford and Portland, 2014, 109 ss.; DEAKIN, *op. cit.*.

²⁷ ETUI, *Benchmarking Working Europe*, Bruxelles, 2014.

²⁸ CHIECO, *op. cit.*, 379; PIZZOFERRATO, *op. cit.*, 424.

dell'Unione europea, che anzi è esclusa in materia di libertà di associazione, retribuzione, sciopero e serrata dall'art. 153, ult. comma, Tfeue²⁹. A tali obiezioni può risponderci che, malgrado il carattere non vincolante delle raccomandazioni rivolte agli stati nella procedura di sorveglianza macroeconomica e la dubbia natura delle stesse, non riconducibili alla competenza legislativa dell'Unione (come la Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire nella sentenza *Pringle*), l'importanza assunta da tali fonti *extra ordinem*³⁰ e la sanzionabilità prevista per comportamenti degli stati che si discostino dalle indicazioni ricevute, porta a deporre in favore di un inquadramento di tali strumenti di *soft law* tra le fonti atipiche, che come tali dovrebbero essere scrutinate davanti alle Corti per i profili di contrasto con i diritti fondamentali³¹.

Quale che sia la loro natura, quel che preme segnalare in questa sede è il carattere univoco, sistematico e puntuale delle raccomandazioni rivolte agli stati (anche) in materia di contrattazione collettiva, come se si trattasse di materia nella piena disponibilità degli stessi e non invece rimessa, in molti ordinamenti, alla libera determinazione dei gruppi sociali, garantita dal principio di libertà sindacale di matrice internazionale, dal diritto di contrattazione collettiva riconosciuto dall'art. 28 della Carta di Nizza, così come in molti ordinamenti dalle costituzioni nazionali³². Si tratta dello stesso errore prospettico in cui era incorsa la Corte di giustizia nelle pronunce del *Laval Quartet*, di considerare i contratti collettivi e le azioni collettive come atti rientranti nella sfera di competenza pubblica³³ e non invece a questa sottratti in quanto atti di autonomia privata o coperti da immunità. La mancata considerazione dell'ambigua natura giuridica del contratto collettivo (corpo di contratto e anima di legge) in molti ordinamenti nazionali, espressione della riconosciuta autonomia dei soggetti sociali e frutto della autoregolamentazione di interessi collettivi, in quanto tale non pienamente soggetto al potere conformativo della fonte eteronoma, sebbene a questa permeabile, spiega la resilienza mostrata in alcuni ordinamenti dai sistemi di contrattazione collettiva³⁴ malgrado la pesante interferenza dell'intervento legislativo³⁵.

²⁹ VENEZIANI, *Austerity Measures*, cit.

³⁰ KILPATRICK., DE WITTE, *A comparative framing of fundamental rights challenges to social crisis measures in the Eurozone*, in *Eur. Journ. Soc. Law*, 2014, 2 ss.; KILPATRICK, *On the Rule of Law and Economic Emergency: the Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 2015, 1 ss.

³¹ CHIECO, *op. cit.*; BRUUN, LORCHER, SCHOMANN, *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford and Portland, 2014; KILPATRICK, DE WITTE, *op. cit.*

³² VENEZIANI, *Austerity Measures*, cit.

³³ CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009; SCIARRA, *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Ruffert, Lussemburgo*, in ANDREONI, VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, 2009, 23 ss..

³⁴ PIZZOFRERATO, *op. cit.*

³⁵ CRUZ VILLALON, *La nuova disciplina della contrattazione collettiva in Spagna: verso una flessibilità senza consenso*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, 29 ss..

Rispetto agli anni '80 e '90, in cui la tendenza alla decentralizzazione della contrattazione collettiva ha avuto origine, assistiamo oggi ad un consistente mutamento quantitativo e qualitativo della stessa: dall'introduzione di clausole di decentramento e di derogabilità puntuali e circoscritte, la tendenza si è andata allargando e consolidando in quasi tutti i paesi europei caratterizzati da sistemi di contrattazione coordinata dove, sotto la spinta della globalizzazione e delle misure di emergenza adottate per far fronte alla crisi, detti sistemi hanno subito profonde modifiche degli assetti precedenti o sono stati addirittura smantellati (Grecia, Portogallo, Irlanda Romania). Sono rimasti immuni alle pressioni istituzionali verso il decentramento dei sistemi contrattuali i paesi in cui una contrattazione centralizzata non esiste (i paesi dell'Europa orientale, ad esclusione di Romania e Slovenia) o era stata smantellata in epoca precedente (Regno Unito); ovvero i paesi nei quali gli attori sociali hanno adottato compromessi che hanno consentito di adattare i sistemi di contrattazione collettiva alle esigenze di un maggior decentramento attraverso diverse forme di coordinamento tra accordi nazionali e accordi di livello aziendale o con aggiustamenti di fatto a carattere temporaneo (Germania) o nel quadro di un rinnovo del patto sociale esistente che conferma l'adesione al modello sociale (i paesi scandinavi) e punta all'innovazione di qualità del sistema produttivo e dei servizi e al collocamento nella fascia alta della competizione internazionale³⁶.

3 “LA FORESTA E GLI ALBERI”: oltre le tendenze comuni, l'acuirsi delle differenze tra sistemi nazionali.

Il quadro d'insieme delle relazioni industriali negli ultimi decenni ha evidenziato l'esistenza di tendenze comuni a quasi tutti i paesi europei in una direzione che nel campo della *political economy* è stata definita di convergenza neo-liberale³⁷, caratterizzata da una progressiva deregolazione delle relazioni collettive di lavoro: tale tendenza si è spesso manifestata non attraverso il ritiro dello stato dalle relazioni collettive, bensì tramite un nuovo interventismo pubblico volto a ridurre i vincoli normativi per le imprese, in funzione di adattamento del quadro regolativo alle specifiche condizioni aziendali. Tale quadro, condizionato dalla accresciuta competizione internazionale, ha dapprima portato a una flessibilizzazione delle regole sui mercati del lavoro, investendo poi, a seguito dell'impatto della crisi economica e finanziaria, il complesso dei sistemi collettivi di regolazione del lavoro

³⁶ DEAKIN, *op. cit.*; JACOBS, *op. cit.*

³⁷ BACCARO, HOWELL, *A Common Neoliberal Trajectory: The Transformation of Industrial Relations in Advanced Capitalism*, in *Polit. soc.*, 2011, 521 ss..

edificati nel corso del secolo per assicurare ai lavoratori standard economici e normativi minimi e alle imprese una disciplina inderogabile in funzione anticoncorrenziale.

Oggi queste premesse sono fortemente rimesse in discussione per favorire l'adattamento della regolazione salariale e normativa ai singoli contesti produttivi direttamente esposti alla competizione internazionale, con l'effetto di "ributtare i salari dentro la concorrenza"³⁸.

Rispetto al garantismo flessibile o controllato dei decenni precedenti, in cui la norma legale inderogabile autorizzava margini di flessibilità delegando la contrattazione collettiva a introdurre deroghe su aspetti attinenti alla gestione del mercato del lavoro, la nuova stagione si caratterizza per una disciplina legislativa ampiamente derogabile che, incidendo direttamente sugli assetti della contrattazione collettiva attraverso la ridefinizione del rapporto tra livelli negoziali, riduce il grado di copertura dei contratti di settore in favore della contrattazione aziendale, assunta a fonte privilegiata di (auto)regolazione³⁹ dei rapporti di lavoro.

La discussione in corso tra studiosi di relazioni industriali sul quadro di analisi proposto circa le attuali tendenze nei paesi a capitalismo avanzato alterna una lettura che privilegia l'esistenza di tendenze comuni ai vari sistemi, sintetizzati nella ricostruzione di traiettorie neo-liberiste⁴⁰, con tempi e modalità differenziati da paese a paese ma comunque convergenti verso una progressiva marginalizzazione delle relazioni industriali come forma di regolazione dei rapporti tra capitale e lavoro; ad una ispirata alla letteratura sulla varietà dei capitalismi⁴¹, in cui le determinanti istituzionali che hanno storicamente forgiato i diversi sistemi costituiscono (continuano a costituire) un'importante chiave di lettura dei processi nazionali di adattamento alla competizione globale. L'interesse di tale tipo di analisi è dato dalla capacità di collocare su uno scenario più ampio i processi di cambiamento innescati nei diversi sistemi e di suggerirne un'interpretazione secondo un approccio multidisciplinare che arricchisce la prospettiva di analisi giuridico-istituzionale. Tale approccio fornisce una bussola dei cambiamenti in atto utile a cogliere in una dimensione comparata le numerose varianti che incidono sui processi in corso e il ruolo giocato dall'attore pubblico in difesa dei sistemi di regolazione collettiva delle relazioni di lavoro ovvero in favore di una loro destrutturazione che asseconi le dinamiche di mercato.

³⁸ BORDOGNA, *La regolazione del lavoro nel capitalismo che cambia: fosche prospettive?*, in *Stato mer.*, 94, 2012, 17; CELLA, *Difficoltà crescenti per le relazioni industriali europee e italiane*, in *Stato mer.*, 94, 2012, 37.

³⁹ SUPLOT, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, in *Dr. soc.*, 1989, 203 ss.

⁴⁰ STREECK, *Re-Forming Capitalism. Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford, 2009; BACCARO, HOWELL, *op. cit.*

⁴¹ HALL, SOSKICE, *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, 2001; ALBERT, *Capitalismo contro capitalismo*, Bologna, 1993; CROUCH, TRAXLER (eds.), *Organized Industrial Relations in Europe: What Future?*, Avebury, 1995; TRAXLER, *Bargaining, State Regulation and the Trajectories of Industrial Relations*, in *Eur. journ. ind. rel.*, 9, 2, 2003, 141 ss.

Anche nell'analisi dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva appare calzante la metafora sulla foresta e gli alberi⁴² : nel loro insieme i cambiamenti in atto nei vari paesi (la foresta) sembrano convergere verso tendenze comuni; quando invece si esaminano più da vicino le modalità con cui i processi di cambiamento si producono nei singoli paesi (gli alberi), ci si accorge che dietro le traiettorie comuni si cela una crescente diversificazione di soluzioni, forgiate da variabili economiche, organizzative, storiche, tradizionali, nonché dalla capacità di reazione degli attori sociali e istituzionali alle pressioni uniformanti del mercato.

La stessa griglia ermeneutica della varietà di capitalismi esige adattamenti e specificazioni riguardo all'attribuzione ad aree geografiche comuni, quali il modello scandinavo, anglosassone, continentale, mediterraneo⁴³ in considerazione di varianti che modificano i caratteri strutturali di un sistema rispetto ad un altro della stessa area e che portano ad esiti diversi.

A un'analisi più ravvicinata del rapporto legge-contrattazione collettiva nei paesi europei emerge non solo la perdurante disomogeneità che caratterizza le relazioni collettive di lavoro, ma anche come gli adattamenti impressi dalla globalizzazione abbiano inciso sugli assetti interni con modalità diversificate e con diversi gradi di effettività. Lo stesso intervento della legge sui sistemi di contrattazione collettiva ha avuto segno diverso a seconda che sia stato imposto unilateralmente o concordato con le parti sociali; abbia avuto portata organica o limitata a singoli istituti; abbia assunto obiettivi di destrutturazione del sistema contrattuale e del suo grado di copertura, come nei paesi dell'Europa del sud, o di ricerca di nuovi equilibri tra fonte legale e fonte convenzionale.

Così, malgrado la direzione univoca impressa ai cambiamenti, gli esiti cui sono suscettibili di dar luogo nel medio periodo restano altamente incerti, dipendendo in larga misura da una serie di variabili su cui incidono le strategie degli attori, l'andamento del ciclo economico, l'uscita dalla fase di emergenza e le prospettive di ripresa, gli andamenti del mercato del lavoro e gli effetti indotti dai processi di riforma intrapresi.

Anche nei paesi in cui il mutamento di rotta è stato più drastico perché imposto unilateralmente dall'intervento autoritativo dello stato, sotto la pressione delle pesanti condizionalità imposte dalle istituzioni economiche europee e internazionali, gli effetti sui sistemi di contrattazione collettiva sono stati diversi, portando in alcuni casi allo smantellamento della contrattazione centralizzata, come in Irlanda⁴⁴, e talora della copertura

⁴² STREECK, *op. cit.*, 170.

⁴³ BURRONI, *op. cit.*

⁴⁴ DOHERTY, *It must have been love...but it's over now: The crisis and collapse of social partnership in Ireland*, in *Transfer*, 2011, 371 ss.; REGAN, *The impact of the Eurozone adjustment on Ireland*, in PAPADAKIS, GHELLAB

contrattuale *tout court* per ampie fasce di lavoratori in assenza di strutture per la contrattazione aziendale o settoriale, come avvenuto in Romania⁴⁵; in altri casi a un drastico ridimensionamento della copertura del contratto collettivo di settore o intersettoriale, come in Portogallo e in Grecia⁴⁶, che però ha continuato a costituire la pur fragile ossatura del sistema di contrattazione collettiva.

Nei paesi non sottoposti alle rigide condizionalità della troika, ma destinatari di lettere “riservate” della Bce ai governi per accelerare i processi di riforma nonché di raccomandazioni specifiche dirette alla revisione della struttura contrattuale (Spagna, Italia) nel quadro della procedura di sorveglianza macroeconomica (cd. semestre europeo), le misure legislative intervenute sui sistemi di contrattazione collettiva hanno spesso apertamente eluso le prassi di dialogo sociale allo scopo di favorire accordi aziendali derogatori rispetto ai contratti di livello superiore. In tali paesi il contratto collettivo di settore, pur depotenziato e minacciato dalla contrattazione in deroga di livello inferiore, ha tuttavia continuato a svolgere la funzione di definire il quadro di riferimento per l'intero settore, in considerazione sia di esplicite strategie degli attori sociali di contenimento dei rischi di uscita dal sistema contrattuale, che dei limiti di copertura della contrattazione aziendale, di fatto inidonea a sostituire i contratti di settore per una notevole porzione di forza lavoro occupata nelle imprese di dimensioni minori. In entrambi i paesi le parti sociali hanno infatti confermato attraverso accordi generali intersettoriali (il T.U. del gennaio 2014 in Italia, l'Accordo per l'impiego e la contrattazione collettiva 2015-17 in Spagna) l'esistenza di meccanismi di coordinamento interni al sistema contrattuale fra contratto di settore e contratto aziendale, volti a ricondurre alla struttura disegnata dagli accordi settoriali e intersettoriali le deviazioni consentite al contratto aziendale.

Se la principale linea di demarcazione evidenziata negli anni del dopo crisi è segnata dal diverso grado di vincolatività e capacità di pressione esercitati sui diversi paesi dai nuovi meccanismi di *governance* europei, che hanno pesantemente contribuito ad allargare la distanza tra i paesi del centro-nord e i paesi dell'Europa mediterranea, imponendo a questi

(edit.), *The governance of policy reforms in Southern Europe and Ireland. Social dialogue actors and institutions in times of crisis*, Geneva, 2014, 127 ss.

⁴⁵ CIUTACU, *National unique collective agreement ended by law*, in *Eironline*, 2011; TRIFF, *Romania, Collective bargaining institutions under attack*, in *Transfer*, 19 (2), 2013, 227 ss.

⁴⁶ PALMA RAMALHO, *Portuguese labour law and relations during the crisis*, in PAPADAKIS, GHELLAB (edit.), *The governance of policy reforms in Southern Europe and Ireland. Social dialogue actors and institutions in times of crisis*, Geneva, 2014, 147 ss.; GOMES, *A contratação coletiva em peius e a representatividade sindical*, in PALMA RAMALHO, COELHO MOREIRA (coord.), *Crise económica: fim ou refundação do direito do trabalho*, Lisboa, 2016, 91 ss.; KOUKIADAKI, KOKKINO, *The Greek system of collective bargaining in (the) crisis*, in Etui, *Benchmarking Working Europe*, Bruxelles, 2016, 135 ss.; TZANNATOS, *The Greek adjustment programme: Fiscal metrics without economic goals?*, in PAPADAKIS, GHELLAB (edit.), *The governance of policy reforms in Southern Europe and Ireland. Social dialogue actors and institutions in times of crisis*, Geneva, 2014, 163 ss..

ultimi l'agenda e il calendario delle riforme da attuare⁴⁷ con interventi mirati anche sui sistemi di contrattazione collettiva; le differenze e divergenze preesistenti tra modelli nazionali di governo delle relazioni collettive sono rimaste e si sono anzi accentuate, pur in presenza di adattamenti indotti dai mutamenti economici, che spingono tutti i sistemi in direzione di una deregolazione guidata da esigenze di mercato.

Così un rilevante tratto distintivo rimane l'autonoma capacità di coordinamento dei sistemi contrattuali, propria dei sistemi scandinavi, dove le richieste imprenditoriali di decentramento salariale, risalenti agli anni '90, hanno trovato risposta nel quadro dei grandi accordi di partecipazione che - sulla premessa di un interesse condiviso delle parti sociali al mantenimento del modello di relazioni industriali e di *welfare* da un lato, e alla scelta strategica di puntare sui fattori di qualità e innovazione per competere su scala internazionale, dall'altro - hanno consentito una notevole flessibilità salariale a livello aziendale e finanche individuale⁴⁸. L'intervento legislativo, essenzialmente limitato a favorire l'autonoma composizione degli interessi tra le parti, si è reso tuttavia necessario per rispondere alle questioni sollevate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia circa il ruolo della contrattazione collettiva e del conflitto industriale nella regolazione della prestazione transnazionale di servizi, confermando la legittimità dell'azione collettiva al fine di ottenere trattamenti equivalenti a quelli nazionali per contrastare il *dumping* sociale⁴⁹. Nei paesi scandinavi e in Germania l'intervento legislativo, fortemente sollecitato dai sindacati, costituisce un esempio di risposta a pressioni competitive esterne⁵⁰ a fini di contrasto del *dumping* sociale: esso ha implicato l'attivazione di meccanismi di estensione del contratto collettivo, esistenti ma inattivi da tempo, in settori ad elevata concentrazione di lavoratori distaccati e/o migranti, come l'edilizia, la cantieristica navale, le attività di pulizia⁵¹.

Nel processo di decentralizzazione che ha toccato in misura diversa quasi tutti i sistemi nazionali di contrattazione collettiva, ad eccezione di Belgio e Finlandia⁵², prevedendo meccanismi di deroga ai contratti di settore o *multi-employer* da parte del contratto aziendale, la posizione della Germania si caratterizza, dopo la riunificazione, per un consistente processo

⁴⁷ CHIECO, *op.cit.*

⁴⁸ FAHLBECK, MULDER, *op.cit.*; MALMBERG, *The Collective Agreement as an Instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions*, Stockholm, 2009, 189 ss.

⁴⁹ SCIARRA, *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, in *Int. law journ.*, 2010, 223 ss.; BRUUN, DE WITTE, LO FARO, MALMBERG, ORLANDINI, SCIARRA, ZAHN, *op. cit.*

⁵⁰ BISPINCK, SCHULTEN, *Wages, collective bargaining and economic development in Germany: Towards a more expansive and solidaristic development?*, WSI-Diskussionspapier, n. 191, Düsseldorf, 2014.

⁵¹ MARGINSON, *La contrattazione coordinata in Europa: da un'erosione incrementale a un attacco frontale?*, in *Quad. rass. sind.*, 2016, 75 ss.

⁵² JACOBS, *op. cit.*; KEUNE, *Less governance capacity and more inequality: the effects of the assault on collective bargaining in the EU*, in VAN GYES, SCHULTEN (eds.), *Wage bargaining under the New Economic Governance*, Bruxelles, 2015, 283 ss..

di decentramento contrattuale realizzato attraverso l'utilizzo massiccio di clausole di uscita o di apertura, che consentono la temporanea disapplicazione delle condizioni previste dal contratto di settore in situazioni di difficoltà economica e occupazionale per le imprese, soprattutto della ex Germania orientale. Il fenomeno, acuito dalla disaffiliazione di molte imprese dalle organizzazioni datoriali, ha portato nell'arco di un quindicennio a una forte caduta della copertura dei contratti di settore e alla diffusione di accordi aziendali a carattere prevalentemente concessivo⁵³ spesso negoziati con i comitati aziendali, cui nell'assetto normativo fondato sulla legge sulla costituzione dell'impresa (BVG) non spetta la funzione contrattuale, riservata al sindacato.

Il fenomeno, inizialmente accettato dal sindacato nel presupposto del suo carattere transitorio come conseguenza della riunificazione, poi tollerato come male minore in presenza di un drastico calo della sindacalizzazione, ha mostrato nel tempo le sue potenzialità di progressiva erosione del sistema contrattuale e di tenuta del modello sociale. Questa situazione di fatto, amplificata dall'entrata in vigore delle riforme Hartz sul mercato del lavoro dei primi anni 2000 e dalle nuove possibilità di utilizzo della flessibilità numerica e funzionale, che hanno accentuato il dualismo tra settori orientati all'esportazione altamente competitivi e settori dei servizi sempre più caratterizzati da lavori discontinui e mal retribuiti, nonché dalla concorrenza salariale alimentata da imprese di fornitura, agenzie di lavoro interinale, processi di privatizzazione di grandi imprese (poste, trasporti), non adeguatamente contrastata da una giurisprudenza oscillante e dal ricorso sempre più rarefatto alle procedure di estensione del contratto collettivo, ha infine innescato a partire dal 2009 una tendenza di segno contrario, volta a contrastare i fenomeni più vistosi di smottamento del sistema negoziale attraverso la richiesta di interventi legislativi mirati al supporto della contrattazione collettiva nei settori più esposti a rischio di *deregulation*.

Al polo opposto del catalogo delle differenze si colloca il Regno Unito, caratterizzato sin dagli anni '80 da un decentramento spinto della contrattazione collettiva, dove la contrattazione settoriale è quasi del tutto scomparsa dal settore privato⁵⁴ e dove il necessario riconoscimento del sindacato in azienda (ERA 1999), subordinato al sostegno di almeno il 50% della manodopera ivi impiegata, rende di fatto proibitiva anche la stipula di contratti collettivi a livello aziendale. In tale contesto di de-collettivizzazione delle relazioni di lavoro, i salari sono determinati dall'impresa sulla base di rilevazioni di mercato commissionate ad apposite agenzie per le professionalità medio-alte e rimesse ad una contrattazione quasi individualizzata.

⁵³ TREU, *op. cit.*

⁵⁴ DEAKIN, *op. cit.*

Il modello britannico non appare più così isolato in Europa, perché tutti i paesi di nuova adesione, ad eccezione di Romania e Slovenia, in mancanza di una solida strutturazione delle parti sociali (soprattutto sul versante delle organizzazioni datoriali), praticano sistemi di contrattazione prevalentemente aziendale.

4 GLI INTERVENTI LEGISLATIVI DI ATTACCO ALLA CONTRATTAZIONE NAZIONALE/SETTERIALE INDOTTI DELLA NUOVA GOVERNANCE EUROPA

Uno degli ambiti in cui l'intervento legislativo ha pesantemente interferito con i preesistenti assetti delle relazioni collettive è stato quello del depotenziamento della contrattazione centralizzata di settore o intersettoriale, considerata un fattore di rigidità disfunzionale rispetto alla ricerca di flessibilità, salariale e normativa, reputata necessaria per assicurare il miglioramento della competitività. Nei processi di riforma strutturale perseguiti dall'Unione europea la regolazione salariale in particolare è stata considerata una variabile da utilizzare come sucedaneo delle svalutazioni competitive degli anni '90⁵⁵ al fine di migliorare il posizionamento strategico sul piano internazionale⁵⁶. La funzione di regolazione salariale del contratto collettivo negli anni del dopo crisi ha costituito pertanto il bersaglio principale delle raccomandazioni europee indirizzate agli stati membri in materia di contrattazione collettiva (costituenti una percentuale del 40% delle raccomandazioni in materia sociale nel 2015, quindi un aspetto del tutto rilevante dei processi di riforma auspicati⁵⁷) con l'ossessivo richiamo ai paesi con regolazione salariale centralizzata ad intervenire affinché “i salari evolvano in linea con la produttività”, rimettendone la determinazione a livello di impresa.

Attorno all'asse costituito dal decentramento della contrattazione collettiva e a politiche di moderazione salariale ha ruotato la strategia di attacco alla funzione salariale del contratto collettivo nazionale, ossia al cuore dei sistemi di contrattazione centralizzati, attraverso una serie di indicazioni puntuali: la riduzione o il congelamento dei salari minimi al fine di calmierare l'aumento dei salari medi; l'eliminazione o sospensione dei meccanismi di indicizzazione; la determinazione della durata dei contratti collettivi; l'abbreviazione del periodo di ultrattività del contratto collettivo; la revisione in senso restrittivo dei meccanismi di estensione; il blocco della contrattazione nel pubblico impiego e i tagli alle retribuzioni dei

⁵⁵ DEAKIN, KOUKIADAKI, *The sovereign debt crisis and the evolution of labour law in Europe*, in COUNTOURIS, FREEDLAND (eds.), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge, 2013, 163 ss..

⁵⁶ BORDOGNA, PEDERSINI, *op. cit.*

⁵⁷ CLAUWAERT, *op. cit.*

dipendenti pubblici⁵⁸. L'attacco ai sistemi di contrattazione collettiva centralizzata ha riguardato innanzitutto i paesi con gravi squilibri macroeconomici, in cui gli interventi diretti sulla contrattazione collettiva nazionale, oggetto delle misure di austerità salariale e delle riforme strutturali imposte dalle autorità europee sono stati più drastici, non lasciando quasi nessun margine di discrezionalità alla potestà normativa dei singoli stati. Ma analoghe indicazioni sono state rivolte anche ad altri paesi attraverso le raccomandazioni loro rivolte.

Nel primo gruppo di paesi interventi autoritativi sotto il segno dell'emergenza hanno bruscamente posto fine alla contrattazione settoriale e intersettoriale (Irlanda, Grecia, Portogallo, Romania)⁵⁹, lasciando senza copertura contrattuale ampi strati di lavoratori⁶⁰.

Particolarmente radicale rispetto al ruolo del contratto collettivo settoriale è la riforma realizzata in Spagna nel 2012 che, dopo gli interventi legislativi del 2010 e 2011 volti a favorire forme di flessibilità negoziata⁶¹, è intervenuta in via unilaterale, disattendendo le prassi di concertazione sociale⁶², sulla struttura della contrattazione collettiva forgiata nel trentennio dall'approvazione dello Statuto dei lavoratori. L'attacco alla contrattazione settoriale è stato realizzato attraverso vari dispositivi, al centro dei quali è posta la regola che riconosce priorità applicativa all'accordo aziendale rispetto al contratto di settore (di ambito provinciale e più raramente nazionale) su materie fondamentali per la determinazione delle condizioni di lavoro, come la retribuzione, l'orario di lavoro, l'adattamento dei sistemi di classificazione, la conciliazione tra vita personale e professionale⁶³. Su tali materie la preferenza applicativa per l'accordo aziendale costituisce norma imperativa di ordine pubblico non derogabile da parte della contrattazione collettiva, che si vede così limitare la libertà di strutturare il sistema contrattuale e di modulare il rapporto tra livelli negoziali, con rischio di vedere svuotata la funzione normativa e salariale del contratto di settore e il suo grado di copertura.

⁵⁸ MARGINSON, *Coordinated Bargaining in Europe. From Incremental Corrosion to Frontal Assault?*, in *Eur. Journ. Ind. Rel.*, 2014, 97 ss.; JACOBS, *op. cit.*; MARGINSON, KEUNE, BOHLE, *Negoziare gli effetti dell'incertezza? In discussione la capacità di governance della contrattazione collettiva*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2016, 103 ss..

⁵⁹ PAPANITRIOU, *Le recenti trasformazioni del diritto del lavoro in Grecia*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 389 ss.; ZAMBARLOUKOU, *La crisi economica e le relazioni industriali in Grecia*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 401 ss.; JACOBS, *op. cit.*

⁶⁰ LEONARDI, *L'impatto della nuova governance europea sulla contrattazione collettiva. Un confronto fra Italia, Spagna e Portogallo*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2016, 147 ss.; REHFELDT, *Le traiettorie dei sistemi «mediterranei» di relazioni industriali, tra convergenze e divergenze*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2016, 123 ss..

⁶¹ CRUZ VILLALON, *El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma laboral de 2012*, in BAYLOS GRAU (a cura di), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Albacete, 2012, 405 ss.; RODRIGUEZ-PINERO ROJO, *La forza del mercato: le riforme del diritto del lavoro spagnolo durante la crisi finanziaria mondiale*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, 91 ss.

⁶² MOLINA, MIGUÉLEZ, *From negotiation to imposition: Social dialogue in times of austerity in Spain*, in PAPANITRIOU, GHELLAB (edit.), *The governance of policy reforms in Southern Europe and Ireland. Social dialogue actors and institutions in times of crisis*, Geneva, 2014, 87 ss..

⁶³ GYL Y GYL, *Contrattazione collettiva decentrata e produttività nel settore della produzione di automobili in Spagna*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2015, 295 ss..

Un ulteriore elemento di depotenziamento del contratto di settore è la facoltà attribuita al contratto aziendale di disapplicare il contratto collettivo statutario a efficacia generale in presenza di generiche ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive al fine di favorire l'adattamento del contenuto del contratto a circostanze sopravvenute che riguardano l'impresa (*descuelgue convencional*). La disapplicazione del contratto settoriale viene infatti consentita non solo per situazioni di grave crisi aziendale (come previsto dalla risalente disciplina del 1994 sul *descuelgue salarial*), bensì anche in presenza di mere difficoltà transitorie (perdite attuali o previste) attestate dalla diminuzione persistente dei livelli di vendita per due trimestri consecutivi rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente.

La circostanza che la disapplicazione del contratto di settore debba essere causalmente collegata alle ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive addotte e debba essere definita nella durata, sembra circoscrivere la portata dirompente del regime derogatorio assicurato all'accordo aziendale di *descuelgue*, come la giurisprudenza ha avuto modo di precisare. La legittimazione a concludere tali accordi, riconosciuta anche ai comitati di impresa o ai delegati del personale ovvero ad una commissione *ad hoc* eletta dai lavoratori in assenza di rappresentanti sindacali, nonché la previsione, in assenza di accordo, del ricorso su richiesta del datore di lavoro ad un arbitrato obbligatorio che culmina in un lodo arbitrale vincolante avente la stessa efficacia dell'accordo aziendale di *descuelgue*, connotano in modo inequivoco l'intervento legislativo in questione come riduttivo della funzione negoziale del sindacato, alterando pesantemente l'equilibrio contrattuale in favore delle imprese. Come osservato⁶⁴, la nuova disciplina legislativa fa pesare sui sindacati la spada di Damocle della possibilità sempre incombente di disapplicazione del contratto collettivo, del divieto di apportare deroghe al regime di preferenza per l'accordo aziendale, di pseudo-negoziazioni nell'impresa con soggetti diversi dai sindacati e finanche di arbitrato vincolante in caso di mancato accordo, indebolendo la capacità di pressione e di resistenza dei sindacati nell'attività di contrattazione collettiva. A ciò si aggiungano i limiti introdotti al regime di ultrattività del contratto collettivo, che sottopongono alla fatica di Sisifo di rinegoziare i contratti in condizioni di continua pressione per evitarne la decadenza e gli effetti di mancata copertura contrattuale per interi settori produttivi. Né il tentativo avanzato in giurisprudenza di considerare le clausole collettive incorporate nel contratto individuale di lavoro pare suscettibile di porre rimedio al rischio di vacanza contrattuale, data l'estraneità della tecnica di incorporazione alla tradizione spagnola.

⁶⁴ CRUZ-VILLALON, *El descuelgue de condiciones pactadas*, cit.; CRUZ-VILLALON, *La nuova disciplina della contrattazione collettiva*, cit.

Nonostante le pesanti critiche sollevate in dottrina, il nuovo assetto è stato giudicato dal *Tribunal Constitucional* non contrastante con il principio di libertà sindacale in quanto in definitiva non impedisce ai sindacati di negoziare (sent. 8/2015), non accogliendo il carattere sostanziale delle riserve espresse nella *dissenting opinion* dal giudice Fernando Valdès Dal Re, che rimarcavano la presenza di ostacoli alla contrattazione collettiva nel profondo squilibrio tra le parti generato dalle disposizioni in esame e nella violazione del principio di uguaglianza. La *ratio* giustificatrice della normativa è peraltro individuata dalla Corte nella ricostruzione della disapplicazione come “eccezione alla forza vincolante dei contratti collettivi ex art. 82.3 Stat. lav.” allorché concorrano cause economiche, tecniche, organizzative o produttive, previo svolgimento del periodo obbligatorio di consultazione. Tale eccezione consente l’adattamento delle condizioni di lavoro a circostanze sopravvenute che comportano “un pericolo per la stabilità dell’impresa e, con essa, dell’occupazione, la cui protezione costituisce *un dovere dei pubblici poteri* ex art. 40 Cost.”(sent. 119/2014).

La decisione della Corte, che ricostruisce un interesse costituzionale alla salvaguardia della competitività e della sostenibilità dell’impresa quale meccanismo atto a favorire il mantenimento dell’occupazione⁶⁵, giudica ragionevole e proporzionata la misura della disapplicazione del contratto collettivo in quanto essa incontra limiti causali e temporali, riguarda le sole materie specificate dall’art. 82.3 Stat. lav. e le sole imprese che si trovino nelle condizioni previste dalla norma per chiedere il *descuelgue*. La medesima copertura costituzionale viene assicurata all’intervento dell’arbitro, in quanto organismo imparziale e autonomo, che agisce con gli stessi limiti previsti per l’autonomia collettiva in caso di mancanza di accordo tra le parti o di esito negativo delle procedure stragiudiziali: il lodo arbitrale quale *extrema ratio* per evitare procedure di licenziamento o di risoluzione dei contratti di lavoro è quindi assoggettato allo stesso controllo di proporzionalità e ragionevolezza dell’accordo di *descuelgue*.

Malgrado il fatto che a qualche anno di distanza dall’entrata in vigore il bilancio della riforma risulti alquanto sfumato, sia riguardo alla complessiva capacità di copertura dei contratti collettivi settoriali, sia riguardo all’incidenza relativamente modesta degli accordi di disapplicazione e del tutto irrisoria dei lodi arbitrali intervenuti⁶⁶, resta il *vulnus* arrecato all’autonomia collettiva dai meccanismi introdotti, suscettibili nel loro insieme di alterare profondamente il rapporto tra legge e contrattazione collettiva. Per gli elementi di incertezza e

⁶⁵ DIAZ AZNARTE, *Quando la crisi economica diventa argomento giuridico*, in *Dir. lav. mer.*, 2015, 187 ss.; GONZALES ORTEGA, *Crisis economica y negociacion colectiva en Espana*, in PALMA RAMALHO, COELHO MOREIRA (coord.), *Crise economica: fim ou refundação do direito do trabalho*, Lisboa, 2016, 61 ss.

⁶⁶ CRUZ-VILLALON, *La nuova disciplina della contrattazione collettiva*, cit.

di rischio iniettati nel sistema può dirsi che si sia trattato di un intervento potenzialmente destrutturante per la contrattazione collettiva: la disciplina contrattuale, priva del supporto legale costituito da norme a carattere inderogabile, e anzi minacciata nei suoi esiti da intese modificative a livello aziendale che sospendono l'efficacia vincolante del contratto collettivo, è costretta a un continuo lavoro di presidio degli spazi conquistati senza avere possibilità di svilupparsi in base al principio di libertà sindacale.

5 LA RIFONDAZIONE DEL RAPPORTO TRA LEGGE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA ATTRAVERSO LA RIPARTIZIONE DELLE SFERE DI COMPETENZA

Di segno apparentemente diverso è l'ispirazione della riforma organica del codice del lavoro discussa in Francia, paese storicamente caratterizzato da una forte presenza regolativa dello stato nelle relazioni collettive e dal primato riconosciuto alla legge. Il fondamento giuridico di tale primato è enunciato dall'art. 34 della Costituzione, che conferisce alla legge una competenza generale a determinare i principi fondamentali di diritto del lavoro, di diritto sindacale e della sicurezza sociale, non attribuendo diretto rilievo costituzionale al diritto di contrattazione collettiva⁶⁷, come la costituzione tedesca⁶⁸, né al principio di autonomia delle parti sociali⁶⁹ quale capacità originaria di autoregolamentazione degli interessi. In tale contesto, lo sviluppo della contrattazione collettiva è considerato una forma di delega di potere normativo dallo stato agli attori sociali, che la esercitano nei limiti di inquadramento previsti dalla norma legale. La questione del rapporto tra legge e contrattazione collettiva non si pone quindi nei termini del contrasto autonomia/eteronomia⁷⁰, perché è l'intervento pubblico che assicura spazi più o meno ampi di azione alla contrattazione collettiva mantenendone il controllo⁷¹.

In un sistema fondato sul ruolo dominante della legge nelle relazioni collettive, sin dal 1982 il legislatore ha attribuito all'accordo aziendale un ruolo diretto di adattamento della disciplina legale al singolo contesto organizzativo e produttivo, ruolo nel tempo ampliato e rafforzato dalle leggi in materia di riduzione dell'orario di lavoro e da leggi successive che

⁶⁷ Il diritto dei lavoratori alla contrattazione collettiva viene fatto discendere in quel sistema dal diritto di partecipazione affermato nell'alinéa 8 del Preambolo alla Costituzione, secondo cui "ogni lavoratore partecipa tramite i suoi rappresentanti alla determinazione collettiva delle condizioni di lavoro così come alla gestione delle imprese".

⁶⁸ La Legge fondamentale tedesca afferma esplicitamente all'art. 9, comma 3 "il diritto di costituire coalizioni per la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni di lavoro e di quelle economiche è garantito a tutti e per tutte le professioni".

⁶⁹ LYON CAEN, *A propos d'une négociation sur la négociation*, in *Dr. ouvr.*, 2001, 2 ss.; MORIN, *La loi et la négociation collective: concurrence ou complémentarité?*, in *Dr. soc.*, 1998, 424 ss..

⁷⁰ SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, 2002.

⁷¹ BORENFREUND, SOURIAU, *Les rapports de la loi et de la négociation collective: une mise en perspective*, in *Dr. soc.*, 2003, 72 ss..

hanno attribuito spazi via via più ampi di deroga rispetto al contratto settoriale, che assume valore suppletivo sulle materie ad esso non riservate⁷². Rispetto alla tecnica incrementale sinora seguita dal legislatore nel quadro della procedura obbligatoria di consultazione preventiva delle parti sociali introdotta nel 2007, il progetto di legge El Khomri, presentato dal governo all'Assemblea nazionale il 24 marzo 2016 e approvato dopo una tumultuosa stagione di proteste sociali il 26 luglio 2016⁷³, assume la valenza di un testo organico di rifondazione dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva, che intende attribuire ruolo centrale alla contrattazione collettiva (art. 1, c. 2) allo scopo di favorire lo sviluppo di una dinamica negoziale in grado di rispondere alle trasformazioni della società del XXI° secolo.

L'obiettivo di rafforzare la contrattazione collettiva è perseguito attraverso la riduzione del ruolo della legge, che dovrebbe limitarsi alla garanzia dell'ordine pubblico sociale a carattere inderogabile⁷⁴ basato sui principi fondamentali di diritto del lavoro, e il contestuale ampliamento dello spazio regolativo demandato alla contrattazione collettiva, in cui il contratto collettivo nazionale conserva la funzione di disciplina dello zoccolo comune di diritti applicabili ai lavoratori e di regolazione della concorrenza tra imprese (il cd. ordine pubblico convenzionale), mentre l'accordo aziendale (la regolazione di prossimità) assume funzione regolativa prioritaria dei rapporti di lavoro su tutto quanto non costituisce oggetto di riserva delle fonti superiori, così da assicurare una maggiore adattabilità della disciplina dei rapporti di lavoro agli specifici contesti locali.

La riforma, preparata dal lavoro di un gruppo di esperti incaricati dal primo ministro nel 2015⁷⁵, è stata criticata per il capovolgimento della gerarchia delle fonti che implicherebbe riducendo il ruolo della legge a meramente suppletivo, oltre il nucleo ristretto dell'ordine pubblico sociale, sulle materie rimesse all'ordine convenzionale; e per la cancellazione del principio di favore nel rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale quando siano in gioco misure di salvaguardia dell'occupazione⁷⁶.

Se la complessiva architettura della riforma presenta aspetti confusi e ambigui, e di conseguenza concreti rischi per gli assetti regolativi delle condizioni di lavoro, esso non sembra

⁷² PESKINE, *Il contratto collettivo aziendale al centro del riordino del sistema delle fonti in Francia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 315 ss..

⁷³ Legge n. 2016-1088 dell'8 agosto 2016 relativa al lavoro, alla modernizzazione del dialogo sociale e alla messa in sicurezza dei percorsi professionali (cd. *loi Travail*), pubblicata in *Gazzetta ufficiale* il 9 agosto 2016.

⁷⁴ Per la nozione di "ordre public social" cfr. GAUDU, *L'ordre public en droit du travail*, in *Etudes offerts à J. Ghestin*, Paris, 2001, 366 ss.

⁷⁵ COMBREXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier Ministre*, France Stratégie, 2015; FREYSSINET, *Structures, institutions et pratiques*, cit.

⁷⁶ PESKINE, *Le droit du travail à la croisée des chemins*, in *Sem. soc. Lamy*, 2015, 12 ss.; MASSE-DESSEN, *Ne pas détruire (ni rebâtir) avant d'avoir assuré la cohérence des fondations*, in *Rev. dr. trav.*, 2015, 653 ss.; REHFELDT, *op. cit.* Sull'emersione del principio di favore nell'ordinamento francese si rinvia a JEAMMAUD, *Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente*, in *Dr. soc.*, 1999, 119 ss..

rimettere formalmente in discussione il principio di gerarchia delle fonti ⁷⁷, in quanto segue un diverso approccio fondato sulla ripartizione di competenze tra legge e contrattazione collettiva (lo studio di impatto del progetto di legge chiosa: “la contrattazione collettiva non è più uno strumento di deroga alla legge, ma acquisisce un campo proprio, il che rappresenta un vero mutamento di paradigma”) che, diversamente dai paesi in cui la legge è intervenuta a comprimere il potere normativo dei soggetti sociali, mira ad ampliare lo spazio regolativo riconosciuto alla fonte contrattuale, assicurando al contempo una rete di protezione quando la fonte collettiva non si attivi. La devoluzione alla fonte negoziale di un generale potere di regolazione nel rispetto della disciplina di ordine pubblico sociale appare quindi controbilanciata dalla previsione di disposizioni suppletive, per lo più a carattere regolamentare, nelle ipotesi in cui la contrattazione collettiva non determini le concrete condizioni di applicazione dei principi e diritti sanciti in via legislativa. Un analogo meccanismo di garanzia a cascata è previsto dal rapporto Combrexelle - ma la legge tace al riguardo, probabilmente per non interferire con l'autonomia collettiva nell'ordine convenzionale ad essa demandato - in virtù del quale il contratto collettivo di settore dovrebbe definire disposizioni suppletive da applicare in assenza di accordi aziendali sulle materie e per gli aspetti ad essi demandati⁷⁸.

Appare chiaro che la garanzia complessiva di tenuta del sistema, e non invece di una sua deriva de regolativa, che finirebbe per ribaltare di fatto la gerarchia delle fonti, dipenderà dal contenuto delle disposizioni di ordine pubblico e dal tenore delle disposizioni suppletive che, in relazione al carattere più o meno dettagliato, potranno in concreto svolgere un'azione di stimolo o viceversa di paralisi per l'azione contrattuale delle parti sociali. Il concreto riparto di competenze tra legge e contrattazione collettiva, volto a definire ciò che attiene all'ordine pubblico sociale e all'ordine convenzionale, è demandato al lavoro di una commissione di esperti integrata dalle parti sociali che dovrà presentare una proposta al riguardo. Quanto ai principi fondamentali costituenti il cd. ordine pubblico sociale, il comitato di giuristi presieduto dall'ex ministro della giustizia Badinter, incaricato di definirne l'elenco sulla base di una proposta dallo stesso avanzata⁷⁹, ha individuato una lista di 61 principi che costituiranno la base per la riscrittura del codice del lavoro in capo a due anni.

Riguardo all'articolazione interna tra contrattazione settoriale e aziendale la legge di riforma sembra demandare il riparto interno di competenze alla volontà degli attori sociali: a diritto vigente e in base alle proposte della Commissione Combrexelle il contratto nazionale

⁷⁷ MASSE-DESSEN, *op. cit.*; FREYSSINET, *Le projet de loi «travail»*, in *Note Lasaire*, 2016, 54.; BARTHELEMY, *Hiérarchie des normes, fonction protectrice du droit du travail et sécurisation de l'emploi*, in *Rev. jur. soc.*, 2016, 104 ss..

⁷⁸ GUARRIELLO, *Suggerimenti per la riforma della contrattazione collettiva: dalla Francia all'Italia*, in *Quad. rass. sind.*, 2016, 187 ss..

⁷⁹ BADINTER, LYON CAEN, *Le travail et la loi*, Paris, 2015; LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail*, Paris, 2015.

manterrebbe gli attuali ambiti prioritari di competenza sui minimi salariali, sui sistemi di classificazione, sui fondi per la formazione e sulla previdenza integrativa, cui andrebbe aggiunto il tema del lavoro faticoso e usurante (*pénibilité*) ed eventualmente la gestione preventiva dell'evoluzione dei mestieri nel settore, definendo lo zoccolo dei diritti comuni a tutti i lavoratori del settore ed operando eventuali rinvii a livello aziendale per le discipline integrative o specificative. Tutto quanto non rientrante nella disciplina riservata al contratto nazionale costituirebbe oggetto di una competenza generale demandata alla contrattazione aziendale (eventualmente articolata al suo interno da accordi di metodo che definiscano le sfere rispettive di competenza delle diverse articolazioni organizzative dell'impresa: gruppo, impresa, stabilimento)⁸⁰.

La nuova architettura su tre livelli, l'ordine pubblico sociale a carattere inderogabile (i principi essenziali), il campo riservato alla contrattazione collettiva e alle sue articolazioni interne, e le disposizioni a carattere suppletivo applicabili in mancanza di accordo, è oggetto della riscrittura immediata del codice del lavoro riguardo agli istituti attinenti alla disciplina dell'orario di lavoro. La materia, che da oltre un ventennio costituisce il laboratorio sperimentale di riserva all'accordo aziendale di un spazio regolativo proprio, viene ora declinata istituito per istituto secondo questa tripartizione che individua i principi essenziali a carattere inderogabile, gli ambiti demandati alla contrattazione collettiva e le regole suppletive applicabili in assenza di accordi.

Ciò che sembra quindi caratterizzare la proposta di riforma francese è il ridimensionamento della norma legale in favore di nuovi spazi riconosciuti alla contrattazione collettiva. Che l'operazione non si traduca in una decentralizzazione sregolata dipende anche dalle successione delle fasi previste per la realizzazione della complessiva architettura disegnata dalla legge⁸¹: la riscrittura delle norme inderogabili di diritto del lavoro, le disposizioni suppletive, la definizione da parte degli attori sociali dell'articolazione dell'ordine convenzionale tra competenze del contratto di settore e dell'accordo aziendale, nel nuovo quadro dato dalla ristrutturazione dei settori e dalla riduzione del numero di contratti collettivi a non più di 200 nei prossimi tre anni⁸², l'attuazione delle nuove regole di misurazione della rappresentatività delle organizzazioni datoriali⁸³ (la misurazione della rappresentatività sindacale è prevista da una legge del 2008), il rafforzamento dei diritti strumentali alla contrattazione collettiva (aumento delle ore di formazione, permessi, esperti).

⁸⁰ FREYSSINET, *Le projet de loi*, cit.

⁸¹ MASSE-DESSEN, *op. cit.*

⁸² Attualmente si contano 695 contratti di settore, escluso il settore agricolo.

⁸³ LE FRIANT, *La misurazione della rappresentatività datoriale: una riforma difficile ma necessaria*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, 67 ss.

Se i tempi della riforma implicassero la liberalizzazione immediata dell'accordo aziendale senza aver ricostruito il sistema complessivo, l'effetto de-regolativo puro e semplice sarebbe inevitabile, con effettivo rovesciamento della gerarchia delle norme. Occorrerà attendere la realizzazione delle diverse fasi del cantiere normativo prefigurato dalla legge per capire quale sarà l'equilibrio complessivo della riforma sul sistema di contrattazione collettiva: le regole maggioritarie, la funzione di servizio demandata al contratto nazionale per allestire schemi o modelli negoziali che le imprese di dimensioni minori, in cui non è presente una rappresentanza sindacale, potrebbero adottare unilateralmente o tramite consultazione dei lavoratori, la diffusione della pratica del lavoratore mandatario del sindacato esterno per negoziare nelle imprese sprovviste di rappresentanti sindacali, il ricorso da parte di sindacati firmatari che non raggiungano la soglia di rappresentatività del 50% alla consultazione dei lavoratori per validare gli accordi, l'affidamento agli accordi di metodo delle regole di organizzazione della contrattazione e del rinvio da un livello all'altro, costituiscono nel loro insieme elementi di novità la cui valutazione non può allo stato che presentare carattere di forte ambivalenza.

Allo stato sembra di poter dire che la direzione di marcia presa dalla riforma francese vada nel senso di un generale decentramento della contrattazione collettiva coordinato dal contratto collettivo settoriale, che dovrebbe ampliare gli spazi demandati alla contrattazione aziendale dove questa è presente e svolgere invece un'attività di sostegno e servizio per le imprese di dimensioni minori volta a diffondere la cultura negoziale attraverso concreti modelli negoziati dalle organizzazioni di settore da adattare/adottare a livello di impresa. Per un verso quindi il contratto collettivo nazionale vedrebbe alleggerita la parte normativa, limitata ai minimi di settore in funzione di garanzia dei diritti inderogabili dei lavoratori e di regolazione della concorrenza tra imprese, per acquisire una più marcata funzione regolativa del sistema contrattuale attraverso criteri organizzativi di rinvio alla contrattazione aziendale, ove esistente; di definizione di disposizioni suppletive in mancanza di accordo aziendale.

Lascia tuttavia perplessi che per una riforma di così ampio respiro, che tende a incidere in maniera significativa sul rapporto legge-contrattazione collettiva, non sia stata seguita in modo trasparente la procedura di dialogo sociale prevista dall'art. 1 del codice del lavoro, introdotta dalla legge Larcher nel 2007 proprio al fine di consentire alle parti sociali di ricercare in via prioritaria un accordo, o almeno di adottare una posizione comune, che il governo si impegna a tradurre in atti legislativi. La procedura di dialogo sociale, che da allora ha sempre accompagnato l'adozione di importanti provvedimenti legislativi, in assoluta controtendenza con la maggior parte dei paesi europei, dalla legge del 2008 sulla rappresentatività sindacale

alla legge del 2013 sulla sicurezza dell'impiego, e che ha sinora consentito di gestire i processi di riforma con il necessario consenso sociale, sia pur in presenza di forti divisioni sul fronte sindacale e padronale, è stata in questa occasione in qualche modo bypassata in favore di un'attitudine più dirigista del governo che, non a caso, ha scatenato un duro conflitto sociale.

6 GLI INTERVENTI LEGISLATIVI SULL'EFFICACIA DEL CONTRATTO COLLETTIVO: le misure di riduzione dell'ultrattività e dei meccanismi di estensione

Una manifestazione inequivoca della volontà di depotenziare il contratto collettivo, indice del ritiro del sostegno legislativo alla sua applicazione generalizzata⁸⁴, secondo la linea di tendenza affermata nel secondo dopoguerra nella maggior parte dei paesi europei, sono le misure legislative di predeterminazione della durata del contratto collettivo, di riduzione del periodo di ultrattività, di revisione in senso restrittivo dei meccanismi di estensione.

L'obiettivo perseguito da queste misure è di eliminare o ridurre i meccanismi di sostegno al contratto collettivo di applicazione generale o *multi-employer*, all'esplicito scopo di favorire la contrattazione decentrata, più ritagliata sulle concrete situazioni aziendali e sulle condizioni di mercato, ovvero di demandare la definizione delle condizioni di lavoro al contratto individuale. Si tratta all'evidenza di interventi di ordine tecnico che perseguono il medesimo obiettivo di indebolire il contratto collettivo a vocazione generale, sinora considerato legge della professione, attraverso misure di contenuto uguale e contrario a quelle che nel trentennio ne hanno assicurato la portata espansiva.

Il sistematico attacco alla funzione normativa del contratto collettivo si è tradotto nella predeterminazione legale della durata massima di tre anni in Grecia, o di una durata minima e massima rispettivamente di un anno e tre anni in Romania, circostanza che non solo incide sull'autonomia dei *partner* sociali, ma costringe i sindacati a una rincorsa continua per rinegoziare gli accordi di rinnovo in condizioni di evidente debolezza contrattuale, giacché le organizzazioni datoriali possono nutrire l'interesse contrario a evitare il rinnovo lasciando libere le imprese di determinare, tramite accordo aziendale o in via unilaterale, le condizioni di lavoro. La preferenza legale per la determinazione della durata massima del contratto collettivo in cinque anni, fatta salva l'espressa volontà delle parti in favore della durata indeterminata, sembrerebbe invece rispondere nella legge francese al diverso obiettivo di rivitalizzare la contrattazione collettiva attraverso operazioni di accorpamento e fusione dei contratti considerati obsoleti in quanto non rinegoziati da oltre un quinquennio.

⁸⁴ DEAKIN, KOUKIADAKI, *op. cit.*

In altri paesi (ma nel caso dei paesi soggetti alle condizionalità imposte dalla troika, nei medesimi paesi), un modo diverso per ottenere lo stesso risultato è stato di intervenire legalmente sulla ultrattività del contratto collettivo, istituto chiaramente ispirato all'intento di favorire i negoziati volti a definire l'accordo di rinnovo in condizioni di relativa pace sociale (cd. periodo di grazia), consentendo al contratto collettivo in scadenza di continuare ad esplicare i suoi effetti senza soluzione di continuità fino all'entrata in vigore dell'accordo di rinnovo. Interventi unilaterali per ridurre l'ultrattività del contratto collettivo a un anno dalla sua denuncia sono stati realizzati in Spagna e Portogallo, mentre in Grecia il periodo di ultrattività è stato addirittura ridotto da sei mesi a tre mesi, e in Estonia è stato abolito del tutto⁸⁵, a conferma dell'accanimento terapeutico esercitato contro il contratto collettivo come fattore di stabilità del sistema e contro la permanenza dei suoi effetti nel tempo.

Il meccanismo di riduzione del periodo di ultrattività, in combinato disposto con le misure di decentramento della contrattazione collettiva, di preferenza per gli accordi aziendali, della tendenza a stabilire una durata determinata in luogo della durata indeterminata, crea condizioni di oggettivo sfavore per la contrattazione collettiva, indebolita dal rischio di lasciare senza copertura contrattuale i lavoratori, o di venire sostituita a macchia di leopardo da contratti aziendali spesso negoziati al di fuori del canale sindacale. Esso contribuisce in modo rilevante alla complessiva destrutturazione del sistema di contrattazione collettiva in quanto introduce la concezione del contratto collettivo come strumento di regolazione a termine, che si rinnova periodicamente con versioni successive e distinte nel tempo in ragione delle esigenze di cambiamento imposte dai sistemi economici. Ma l'effetto di disfare la tela contrattuale e di costringere i partner sociali a ritesserla ogni volta daccapo non solo rischia di lasciare senza protezione i lavoratori, ma anche senza elementi di certezza le imprese⁸⁶, soprattutto di dimensioni minori, per le quali il contratto collettivo di settore continua a costituire un elemento centrale nel calcolo dei costi e uno strumento indispensabile di regolazione della concorrenza. In quasi tutti i paesi europei, infatti, la tendenza a spostare il baricentro dei sistemi contrattuali verso la contrattazione aziendale non intacca la chiara preferenza mostrata dalle imprese minori per il contratto di settore, la cui applicazione evita di portare il conflitto e la rappresentanza sindacale sul piano interno.

La tendenza al ritiro del sostegno legislativo al contratto collettivo trova la sua manifestazione più clamorosa nella restrizione dei criteri legali per l'estensione *erga omnes* dei suoi effetti. Come il sostegno alla diffusione dei contratti collettivi si è manifestato nel tempo

⁸⁵ JACOBS, *op. cit.*

⁸⁶ MARGINSON, KEUNE, BOHLE, *op. cit.*

attraverso meccanismi diversi di estensione della sua applicazione *ultra vires* alla generalità dei lavoratori e delle imprese rientranti nel settore, così ora la manovra inversa ridefinisce restrittivamente le condizioni poste per beneficiare dell'applicazione generale. La tendenza si è manifestata in alcuni paesi come la Romania, dove l'estensione automatica del contratto collettivo settoriale è stata abolita e sostituita dalla condizione che i soggetti firmatari sul versante datoriale rappresentino più del 50% dei lavoratori occupati nel settore; la Grecia, dove ai fini dell'estensione il contratto collettivo deve coprire almeno il 51% dei lavoratori del settore, e dove peraltro le procedure di estensione sono state sospese; il Portogallo, dove il già sperimentato blocco delle estensioni è stato sostituito da una procedura che prevede il provvedimento governativo di estensione *erga omnes* nei soli casi in cui le associazioni datoriali firmatarie del contratto collettivo rappresentino almeno il 50% dei lavoratori impiegati nel settore: tuttavia, pur in presenza di queste condizioni, di fatto proibitive in un contesto economico formato da un tessuto economico estremamente frammentato⁸⁷, il governo può rifiutare il decreto di estensione se la competitività del paese è considerata a rischio.

Una chiara tendenza all'accentuazione delle divergenze è riscontrabile anche con riguardo ai meccanismi di estensione del contratto collettivo, riscoperti dopo un lungo periodo di oblio e rafforzati nelle modalità di utilizzo in settori sindacalmente deboli e più esposti a concorrenza salariale, come il settore delle costruzioni in Germania⁸⁸. Con legge del 2009, lo stesso meccanismo semplificato di estensione del contratto collettivo, anche in risposta alla giurisprudenza comunitaria che non aveva considerato rientranti nelle condizioni minime applicabili ai lavoratori distaccati sul territorio tedesco i minimi salariali previsti da contratti collettivi che non fossero di applicazione generale, è stato applicato ad altri settori caratterizzati da bassi livelli di sindacalizzazione e bassi salari, come servizi di pulizia, servizi postali, trasporti, hotel, ristorazione⁸⁹. La legge 11 agosto 2014 che ha introdotto il salario minimo in Germania ha generalizzato l'utilizzo della procedura di estensione dei contratti collettivi, applicabile a tutti i settori e a tutte le condizioni di lavoro al fine dichiarato di contrastare la concorrenza basata sulla compressione dei costi salariali⁹⁰.

⁸⁷ LEONARDI, *op. cit.*

⁸⁸ HEIPETER, LEHNDORFF, *op. cit.*

⁸⁹ MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Torino, 2015.

⁹⁰ CORTI, *La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva?*, in *Dir. lav. mer.*, 2014, 654 ss.; MARGINSON, WELTZ, *European wage-setting mechanisms under pressure: negotiated and unilateral change and the EU's economic governance regime*, in *Transfer*, 2015, 429 ss..

7 GLI INTERVENTI LEGISLATIVI SULLA RAPPRESENTANZA DEI SOGGETTI NEGOZIALI: misurazione della rappresentatività, accordi maggioritari, nuovi soggetti abilitati a stipulare l'accordo aziendale

Un altro fronte di intervento legislativo sui sistemi di contrattazione collettiva ha riguardato i soggetti del processo negoziale. Una tendenza riscontrabile nei paesi caratterizzati da pluralismo sindacale, con una concorrenza tra sigle sindacali acuita dalla situazione di crisi e dalle diverse strategie poste in essere rispetto a una contrattazione a carattere prevalentemente concessivo, spesso minacciata dalla presenza di sindacati scarsamente rappresentativi e di sindacati gialli, è la determinazione legale di criteri selettivi di misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali (e talora datoriali) ai fini della stipula dei contratti collettivi.

L'esempio più emblematico è costituito dalla legge francese 20 agosto 2008 sul rinnovamento della democrazia sociale, che ha posto fine alla presunzione assoluta di rappresentatività dei sindacati storici (di cui hanno beneficiato nel dopoguerra 5 organizzazioni sindacali) sostituendo, sulla scorta della posizione comune firmata il 9 aprile 2008 dai sindacati CGT e CFDT e dalle organizzazioni datoriali MEDEF e CGPME, i criteri definiti nel dopoguerra con sette criteri cumulativi alla cui stregua misurare la rappresentatività delle organizzazioni sindacali, il più importante dei quali è *l'audience électorale*, ossia il risultato ottenuto nelle elezioni degli organismi rappresentativi del personale nei luoghi di lavoro. Sulla base di questo criterio sono considerati rappresentativi i sindacati che hanno conseguito il 10 % dei voti nelle elezioni professionali a livello di impresa, gruppo o stabilimento e l'8% dei voti espressi a livello nazionale, di settore e intersettoriale.

La verifica di rappresentatività mira da un lato a selezionare i soggetti negoziali ammessi alla contrattazione collettiva a livello nazionale e aziendale, escludendo i sindacati che non raggiungono la soglia richiesta; dall'altro, a favorire strategie di ricomposizione del movimento sindacale che assicurino un ampio sostegno sociale alla firma degli accordi collettivi. Il duplice effetto è perseguito attraverso l'attribuzione del diritto a negoziare ai soli sindacati rappresentativi, e un regime transitorio per la validità degli accordi in virtù del quale il contratto doveva essere firmato da una o più organizzazioni sindacali che avessero raccolto almeno il 30% dei voti alle elezioni professionali e non venire contestato (diritto di opposizione) da organizzazioni sindacali non firmatarie che avessero ottenuto il 50% dei suffragi⁹¹. La legge El Khomri approvata il 26 luglio 2016 prevede il superamento di tale regime transitorio per

⁹¹ BEVORT, JOBERT, *Sociologie du travail. Les relations professionnelles*, Paris, 2011.

passare a un sistema maggioritario pieno, implicante ai fini della validità dell'accordo la firma di organizzazioni sindacali che abbiano raccolto più del 50% dei voti alle elezioni professionali, sopprimendo così la prova di resistenza costituita dal diritto di opposizione. La nuova legge consente invece ai sindacati firmatari che rappresentano non meno del 30% dei voti di promuovere una consultazione tra i lavoratori al fine di assicurare il sostegno maggioritario agli accordi conclusi. La stessa legge, sulla scorta dell'accordo al fine raggiunto dalle tre maggiori organizzazioni datoriali, ha modificato i criteri di rappresentatività delle organizzazioni datoriali introdotti dalla legge 5 marzo 2014 e non ancora entrati a regime, allo scopo di raggiungere una migliore ponderazione tra il numero di imprese aderenti alle associazioni datoriali e la loro consistenza occupazionale⁹².

L'esempio francese chiarisce bene la storicità e la contestualizzazione dei meccanismi di verifica della rappresentatività alla specifica situazione nazionale, con particolare riguardo al criterio dominante di misurazione dato dai risultati conseguiti dalle liste sindacali nelle elezioni degli organismi rappresentativi del personale, che costituiscono il momento centrale di verifica del seguito ottenuto da ciascun sindacato, mentre il numero di iscritti in quel contesto di bassa sindacalizzazione appare criterio del tutto recessivo. La stessa regola maggioritaria per la firma degli accordi, temperata nella fase transitoria da un meccanismo maggioritario di opposizione all'entrata in vigore di accordi sostenuti da una minoranza qualificata di sigle sindacali (almeno il 30%), costituisce espressione di esigenze di adattamento alle prassi nazionali di accordi minoritari non opposti dai sindacati non firmatari, in vista del passaggio progressivo a un sistema di accordi realmente maggioritari, ossia firmati da sindacati che rappresentano più del 50% del voto espresso dai lavoratori alle elezioni professionali. E se è interessante notare che le cinque organizzazioni sindacali storiche hanno tutte superato il test di rappresentatività alla scadenza del ciclo di elezioni professionali concluso nel 2013, quel che appare rilevante è il processo *in fieri* favorito dalle nuove regole maggioritarie, nel senso di una redistribuzione interna del voto che sembra delineare in vista della prossima conclusione del ciclo elettorale nel 2017 una più chiara polarizzazione attorno alle due organizzazioni maggiori.

Di grande interesse appare anche l'introduzione di criteri di misurazione della rappresentatività delle organizzazioni datoriali che, come e spesso più delle organizzazioni sindacali, hanno subito quasi ovunque in Europa processi di erosione della loro sfera rappresentativa dovuta a fenomeni di fuoriuscita delle imprese, incoraggiate dal ruolo prioritario assegnato alla contrattazione di livello aziendale, e da processi di frammentazione organizzativa. La revisione in senso bi-direzionale delle regole sulla rappresentatività in Francia

⁹² Cfr. LE FRIANT, *op. cit.*

è funzionale pure all'obiettivo di ridurre l'anomala proliferazione di contratti collettivi favorendo processi di fusione e di progressiva armonizzazione delle discipline contrattuali tra settori con un numero limitato di addetti aventi caratteristiche simili, in vista di indurre processi di trasparenza, efficienza e razionalizzazione del panorama contrattuale (obiettivo cui esplicitamente mira la legge francese rafforzando i poteri del ministro del lavoro e definendo i criteri in base ai quali procedere alle fusioni: mancato rinnovo del contratto da oltre 5 anni, copertura contrattuale di meno di 5000 addetti, dimensione applicativa meramente locale o regionale).

L'induzione per via legislativa di tali processi sconta resistenze su entrambi i fronti e può in concreto configurarsi come limite alla libertà sindacale ove non realizzata autonomamente dai soggetti interessati o non accompagnata da meccanismi di concertazione con le parti sociali. Nei sistemi di regolazione eteronoma della contrattazione collettiva il ruolo dirigista dello stato è tuttavia abbastanza pacificamente accettato, laddove analoghi meccanismi eteronomi di ridefinizione dell'ambito di applicazione dei contratti collettivi nei sistemi che riconoscono un ruolo centrale all'autonomia collettiva sarebbero percepiti come lesivi di questa. In tali sistemi la funzione di ridisegnare il sistema contrattuale in modo più consono alle trasformazioni organizzative intervenute nelle realtà produttive e alle strategie perseguite dagli attori costituisce una prerogativa delle stesse parti sociali.

Per la stipula del contratto aziendale il principio maggioritario, che in questo caso risponde a esigenze intrinseche alla natura spesso gestionale dell'accordo e alla sua applicazione a tutti i lavoratori rientranti nel suo campo di applicazione, subisce in numerose ipotesi delle torsioni volte a riconoscere capacità di negoziare e stipulare il contratto collettivo anche a soggetti diversi dai rappresentanti sindacali: organismi di rappresentanza dei lavoratori, come i comitati di impresa, cui nei sistemi a doppio canale spettano funzioni a carattere partecipativo (Francia, Spagna, Germania); a singoli lavoratori muniti di mandato da parte dell'organizzazione sindacale esterna all'impresa (Francia), a non meglio specificate "altre associazioni di lavoratori" che rappresentino almeno i 3/5 della forza lavoro occupata nell'impresa (Grecia) o "altre rappresentanze di lavoratori" (Romania), a organismi elettivi *ad hoc* (Spagna), a consultazioni referendarie (Francia). La questione è molto controversa perché se, da un lato, la *ratio* delle disposizioni legislative che autorizzano la stipula di accordi aziendali anche a soggetti diversi dai rappresentanti sindacali potrebbe essere volta a far beneficiare della contrattazione aziendale i lavoratori delle imprese minori, sprovvisti di rappresentanze di natura sindacale (ma le soglie previste per la presenza di rappresentanti sindacali continua ad essere molto diversificata da paese a paese, così come il requisito del

numero di lavoratori iscritti al sindacato perché questo possa legittimamente stipulare il contratto aziendale: almeno 20 lavoratori in Grecia, almeno il 50% degli addetti in Romania); dall'altro, si presta a forme di negoziazione non genuine (o pseudo-negoziazioni) in situazioni in cui i rapporti di forza appaiono squilibrati, tanto più quando la negoziazione ha carattere concessivo in presenza di crisi o minaccia all'occupazione. In tali situazioni, la preferenza legale per l'accordo aziendale anche peggiorativo rispetto al contratto settoriale applicabile, costituisce una seria minaccia per gli assetti negoziali definiti a livello di settore.

Si comprendono perciò le pesanti critiche indirizzate alla legittimità di misure legislative che consentono di aggirare il controllo sindacale sugli accordi firmati a livello aziendale. La scala dei soggetti in grado di impegnare tutti i lavoratori cui l'accordo aziendale deve applicarsi presenta notevoli criticità a seconda che si tratti di individui o gruppi direttamente o indirettamente ricollegabili alla funzione di rappresentanza sindacale (come i comitati di impresa, che mantengono canali di comunicazione istituzionale con i sindacati, ad es. in Francia e in Germania; o il lavoratore mandatario sindacale in Francia), ovvero si tratti di lavoratori eletti o designati *ad hoc*, o assemblee di lavoratori o forme consultive o referendarie di espressione di tutti i lavoratori, che sembrano negare in radice la funzione di rappresentanza del sindacato⁹³. Nella prassi di molti paesi la stipula di accordi aziendali da parte di organismi rappresentativi del personale è stata negli anni passati in qualche modo tollerata dal sindacato, attraverso forme di ratifica *ex post* degli accordi raggiunti con tali organismi, ritenuta condizione di validità degli stessi. In altri contesti le misure di riconoscimento della titolarità negoziale a soggetti diversi dal sindacato ha costituito oggetto di ricorso davanti agli organismi internazionali per violazione del principio di libertà sindacale e del diritto di contrattazione collettiva spettante al sindacato (la giurisprudenza del Comitato per la libertà sindacale dell'OIL ha riconosciuto che la legittimazione di soggetti diversi dal sindacato è consentita solo in assenza del soggetto sindacale⁹⁴).

La tendenza al decentramento incontrollato della contrattazione collettiva sotto il profilo soggettivo è stata peraltro di recente contrastata dal legislatore tedesco con l'approvazione nel 2015 della legge sull'unità tariffaria (art. 4 TVG) volta ad affermare che in ciascuna impresa si deve applicare un solo contratto (sulla base del principio: "un'impresa, un contratto") che, in mancanza di accordo unitario, è il contratto firmato dal sindacato che conta il maggior numero di iscritti. E' evidente la volontà di rafforzare la funzione d'ordine del contratto collettivo firmato dal sindacato maggioritario, in controtendenza rispetto

⁹³ MASSE-DESSEN, *op. cit.*

⁹⁴ BRUUN, *op. cit.*

all'orientamento giurisprudenziale della corte federale che aveva ammesso negli anni passati, in presenza di divisioni sindacali soprattutto nelle imprese di recente privatizzazione, la presenza di una pluralità di contratti, anche firmati da comitati d'impresa. Una analoga tendenza a riportare sotto un più stretto controllo sindacale alcuni accordi aziendali a carattere derogatorio è riscontrabile in Francia, dove la legge Rebsamen del 2015, nel quadro della semplificazione degli organismi rappresentativi del personale, attribuisce ai delegati sindacali funzioni consultive prima spettanti in via esclusiva al comitato d'impresa, in vista della stipula di accordi aziendali a carattere derogatorio in tema di mobilità o di salvaguardia dell'occupazione in situazioni di gravi difficoltà economiche. E' con riguardo a quest'ultima tipologia, introdotta dalla legge del 2013 e in verità sinora scarsamente utilizzata, che la legge El Khomri stabilisce che l'accordo collettivo che preveda deroghe alla disciplina dell'orario e della retribuzione in cambio dell'impegno a non procedere a licenziamenti per un periodo di cinque anni prevale sul contratto individuale, sicché il rifiuto del lavoratore di accettare mutamenti temporanei dell'orario di lavoro e delle modalità organizzative della prestazione con possibili riduzioni della retribuzione darà luogo a un licenziamento per motivo personale con presunzione di esistenza della *cause réelle et sérieuse*.

8 LE CORREZIONI IMPOSTE AI MECCANISMI NAZIONALI DI REGOLAZIONE SALARIALE

In tutti i paesi europei la determinazione dei salari costituisce la funzione essenziale della contrattazione collettiva. Che avvenga a livello centralizzato, di settore o aziendale, la contrattazione collettiva è il principale meccanismo di regolazione salariale nel settore privato, mentre la situazione appare diversificata nel settore pubblico, dove in generale la regolazione salariale è definita per legge o, pur in presenza di procedure negoziali (nei paesi del sud Europa e nel Regno Unito), il potere pubblico mantiene uno stretto controllo sulle dinamiche salariali dell'impiego pubblico nella duplice veste di parte negoziale e di pubblica autorità.

Non stupisce quindi che le politiche di austerità imposte a fini di controllo della spesa pubblica e riduzione del debito pubblico abbiano riguardato in primo luogo tagli alle retribuzioni dei pubblici dipendenti e provvedimenti di blocco della contrattazione collettiva nel settore pubblico. Poste come condizione per l'erogazione di aiuti finanziari (in Grecia, Irlanda, Ungheria, Lettonia, Portogallo, Romania) o decise dai governi nel quadro delle

politiche di controllo della spesa pubblica, si è trattato di misure quasi sempre a carattere unilaterale, adottate al di fuori delle procedure di contrattazione o consultazione esistenti: rappresentano un'eccezione al riguardo gli accordi stipulati tra governo e sindacati del settore pubblico in Irlanda (2010, 2012) e Slovenia (2012). Una conseguenza dell'adozione in via autoritativa di tali misure è il carattere centralizzato e la loro applicazione generale e indifferenziata, che ha colpito in misura maggiore i dipendenti pubblici con bassi salari e tra questi le donne, che costituiscono una componente rilevante dell'occupazione nel settore pubblico, nonché dei fruitori dei pubblici servizi⁹⁵.

Nei paesi sottoposti a una severa vigilanza della disciplina di bilancio, i tagli salariali hanno riguardato le mensilità aggiuntive, con eliminazione della tredicesima e quattordicesima mensilità (Portogallo, Grecia, Spagna, Ungheria, Romania); l'eliminazione o sospensione degli scatti di anzianità; la riduzione o soppressione di premi (Romania, Ungheria), l'aumento dell'orario di lavoro senza compensazione economica (Spagna), i tagli a benefici pensionistici (Grecia e Spagna), l'abolizione di benefici di altra natura (alloggio, buoni pranzo, cure mediche, ecc.). I tagli salariali e il blocco della contrattazione collettiva nel settore pubblico, stabilito per periodi definiti o a durata indeterminata, appaiono inoltre funzionali alla politica di moderazione salariale perseguita dalle istituzioni europee per dare attuazione a riforme strutturali che dovrebbero indurre un miglioramento della competitività dei sistemi nazionali. Ciò nel presupposto che i salari dei dipendenti pubblici siano mediamente più elevati di quelli del settore privato e che la moderazione salariale nel settore pubblico, che in molti paesi costituisce una quota rilevante dell'occupazione totale, induca effetti di trascinamento sul settore privato, che deve conformarsi al criterio imposto dai processi di riforma di collegare in modo più stretto le dinamiche salariali all'andamento della produttività.

Se nel settore pubblico il rapporto tra legge e contrattazione collettiva è sottoposto a forte tensione, sia per il peso complessivo dei tagli che per le modalità unilaterali con cui sono avvenuti, anche nei paesi in cui è formalmente riconosciuto alla contrattazione collettiva un ruolo nella determinazione dei salari e delle condizioni di lavoro dei dipendenti pubblici; nel settore privato l'attacco ai meccanismi di regolazione salariale al fine di indurre effetti di moderazione salariale e di evoluzione dei salari in linea con la produttività si è tradotto in un attacco alla contrattazione centralizzata, ai meccanismi di indicizzazione, e agli stessi meccanismi di determinazione dei salari minimi. L'obiettivo generale di moderazione salariale da realizzare attraverso la decentralizzazione della contrattazione collettiva con connessa

⁹⁵ ETUI, *Benchmarking Working Europe*, Bruxelles, 2016.

differenziazione delle condizioni salariali e normative costituisce il cuore delle pressioni europee per indurre riforme strutturali che conseguano miglioramenti della competitività.

La raccomandazione più ricorrente rivolta agli stati, anche nell'ultimo esercizio di sorveglianza macroeconomica per gli anni 2016-2017, è assicurare che i salari evolvano in linea con la produttività, declinato e specificato nelle spiegazioni che accompagnano la richiesta ai governi di "correzioni" ai processi nazionali di riforma in caso di rilevazione di fattori di scostamento effettivo o potenziale rispetto all'obiettivo. E' superfluo segnalare come la dottrina dell'austerità seguita dalle istituzioni europee poggi su una concezione di svalutazione competitiva e di corsa al ribasso come via europea per conquistare margini di competitività, in cui prevale una concezione del salario come costo piuttosto che come fattore di stimolo alla domanda interna, mentre resta sullo sfondo la sua dimensione valoriale di garanzia di vita dignitosa e di elemento fondamentale di integrazione sociale, su cui poggiano le moderne democrazie e quel che resta del modello sociale europeo.

Illuminanti al riguardo appaiono le raccomandazioni indirizzate anche a paesi i cui sistemi di contrattazione salariale non avevano sinora ricevuto osservazioni da parte della Commissione: alla Finlandia, perché il sistema di fissazione dei salari tenda a rafforzare la contrattazione salariale a livello locale per migliorare la competitività, in attuazione del Patto nazionale sulla competitività firmato il 23 febbraio 2016, definendo un nuovo modello di crescita salariale che leghi i salari degli altri settori a quello del settore delle esportazioni; alla Francia, perché venga riconosciuta in maniera più ampia la possibilità per gli accordi aziendali (di *maintien* o di *développement de l'emploi*) di derogare ai contratti di settore per tutte le condizioni di lavoro, in particolare i salari, il tempo di lavoro e la capacità delle imprese di modulare gli effettivi in funzione delle necessità; alla Svezia, perché venga ampliato il ventaglio salariale tra i livelli retributivi più elevati e quelli più bassi, che oggi risulta eccessivamente compresso.

Alla stessa logica di correzione dei meccanismi che alimentano una dinamica salariale non in linea con il miglioramento della produttività, malgrado le recenti misure di moderazione salariale e di sospensione delle indicizzazioni (legge 28 aprile 2015) si ispirano le raccomandazioni rivolte a paesi, come il Belgio, che ha un sistema altamente coordinato di regolazione salariale, perché assicuri stabilità (letteralmente: "il perdurare della correzione") al quadro regolativo dei salari riducendo in via sistematica il peso delle indicizzazioni e fissando con il concorso delle parti sociali un più formale collegamento tra salari e produttività. E' utile segnalare al riguardo come del dibattito che ha accompagnato l'impegno assunto dalla Commissione con la Confederazione europea dei sindacati a rendere socialmente accettabili le

procedure del semestre europeo la sola traccia visibile nelle raccomandazioni rivolte agli stati sia il richiamo operato alla necessaria cooperazione delle parti sociali nei processi di riforma legislativa che più direttamente impattano con le loro prerogative nei sistemi nazionali.

L'attrazione delle dinamiche salariali nella sfera di sorveglianza macroeconomica sui processi di riforma intrapresi dagli stati ha portato le istituzioni europee a puntare l'attenzione anche sui regimi legali di fissazione del salario minimo. In particolare, dell'istituto del salario minimo legale, oggi presente in 22 dei 28 stati membri dell'Unione (considerando ancora il Regno Unito, in via di uscita dopo il referendum a favore della Brexit del 23 giugno 2016) l'aspetto che cade sotto la sorveglianza delle istituzioni europee è il livello di copertura dello stesso rispetto alla dinamica salariale complessiva, sia per la funzione che il salario minimo svolge quale parametro di riferimento per la contrattazione salariale, in particolare per l'adeguamento dei minimi contrattuali per i livelli di inquadramento più bassi, sia per il suo carattere inderogabile, che non consente a livello aziendale di utilizzare lo strumento della flessibilità salariale in risposta a mutevoli esigenze occupazionali. Un esempio di questa preoccupazione è contenuto nella raccomandazione rivolta alla Francia per il 2016-17 a vigilare affinché le riduzioni del costo del lavoro siano durevoli e le evoluzioni del salario minimo compatibili con la creazione di occupazione e con la competitività. Le spiegazioni fornite dalla Commissione insistono sulla considerazione che il salario minimo elevato rischia di frenare l'occupazione di persone con bassa qualificazione, oltre a trascinare aumenti salariali per tutti i lavoratori sospingendo le dinamiche salariali verso l'alto. Lo stretto collegamento esistente tra meccanismi di rivalutazione del salario minimo e salario medio ritarderebbe infatti gli aggiustamenti salariali necessari in una situazione economica sfavorevole di elevata disoccupazione.

Su sollecitazione europea, molti governi negli anni della crisi sono intervenuti per ridurre o congelare i salari minimi, in qualche caso provvedendo a sostituire le preesistenti procedure negoziali di determinazione del salario minimo con meccanismi unilaterali (Grecia, Romania). Gli effetti provocati da questo indirizzo delle politiche pubbliche sono stati il progressivo impoverimento del valore reale del salario minimo. Ricerche condotte su dati Ocse 2014 circa il tasso di copertura del salario minimo hanno mostrato come in tutti i paesi europei il valore del salario minimo si attesti sotto la soglia dei bassi salari, che per l'Ocse è data dal valore di due terzi rispetto al valore del salario medio e, nella maggior parte dei casi, anche sotto la soglia di povertà, data dal 50% del valore dei salari medi⁹⁶. Gli effetti della segmentazione del mercato del lavoro e della erosione del grado di copertura dei contratti

⁹⁶ SCHULTEN, *Contours of a European Minimum Wage Policy*, Berlin, 2014.

collettivi, acuiti dall'impatto della crisi economica e delle stesse misure anticrisi adottate dai governi, hanno fatto aumentare in tutti i paesi le disuguaglianze e importare in Europa il fenomeno della *in-work poverty*, una nuova classe di lavoratori che, pur occupati, non riesce a ricavare dal proprio lavoro i mezzi di sostentamento perché impiegata in settori con bassi salari come alberghi, ristoranti, agenzie di lavoro interinale, servizi sociali, trasporti, o perché intrappolata in impieghi a carattere precario o discontinuo.

Per contrastare il fenomeno la Confederazione europea dei sindacati (Ces) ha avanzato nel 2012 la proposta di un salario minimo europeo, da collocare sopra la soglia del 60% del salario medio nazionale, attraverso una operazione di redistribuzione salariale che assicuri equità e coesione sociale, e lo stesso presidente della Commissione Juncker nel discorso di investitura al Parlamento europeo nel luglio 2014 era parso voler assumere una iniziativa al riguardo. In attesa di sviluppi sul piano continentale, in molti paesi a partire dal 2014 si è manifestata un'inversione di rotta in direzione di un innalzamento dei salari minimi, in risposta a pressioni politiche volte ad arginare il fenomeno dei *working poor*, soprattutto nei paesi dell'Europa centro-orientale, dove il valore reale del salario minimo era fissato a livelli particolarmente bassi⁹⁷.

Espressione di questa nuova tendenza al rialzo del valore del salario minimo è la misura di recente introdotta nel Regno Unito (dal 1° aprile 2016) del *National Living Wage* (NLW) a carattere obbligatorio che sostituisce per i lavoratori di età superiore a 25 anni il *National Minimum Wage* (NMW) portando la paga oraria a 7,20 sterline (contro le attuali 6,70 del salario minimo per i lavoratori di 21-24 anni), tariffa che dovrà essere aggiornata annualmente dalla *Low Pay Commission* fino ad arrivare a 9 sterline nel 2020, ossia il 60% del salario medio, che rappresenta la soglia che segna il rischio di povertà. La misura, che conferma il modello vigente di applicazione differenziata in base all'età per i più giovani, mantiene altresì il carattere originario di intervento volto a migliorare le condizioni di vita dei lavoratori a basso salario attraverso una redistribuzione (pubblica) dei risultati della crescita realizzati dal paese in termini di aumento del Pil e dell'occupazione, compensata dalla prevista riduzione della dipendenza dall'erogazione di sussidi pubblici. Esula da quel contesto l'idea di supporto al rilancio della contrattazione salariale da parte dei sindacati, che non svolgono (quasi) più una funzione negoziale, quanto piuttosto un ruolo di controllo e monitoraggio del rispetto delle norme in materia di salario e delle altre condizioni di lavoro⁹⁸.

⁹⁷ BERNACIAK, *Beyond the CEE «black box»: crisis and industrial relations in the new EU member states*, Bruxelles, 2015.

⁹⁸ JACOBS, *op. cit.*

Più interessante nella prospettiva di una valorizzazione dell'integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva è la legge 11 agosto 2014, che ha introdotto in Germania il salario minimo legale (*Milog*) a partire dal 1° gennaio 2015. L'intervento legislativo sul salario minimo, sostenuto dal sindacato DGB, è stato infatti attentamente calibrato in modo da non ledere le prerogative riconosciute dalla Costituzione all'autonomia collettiva, ma anzi da supportarne la funzione riequilibratrice in situazioni di particolare debolezza contrattuale. La fissazione del salario minimo a 8,50 euro l'ora come misura a carattere generale (con esclusione degli apprendisti, che hanno uno statuto giuridico diverso dal lavoro subordinato), è stata infatti preceduta da misure mirate e selettive di salario minimo per i lavoratori in distacco transnazionale, interinali, delle costruzioni e di altri settori particolarmente esposti a forme di *dumping* salariale. L'obiettivo di contrastare la piaga dei bassi salari, divenuto un fenomeno endemico in Germania per una serie di ragioni (le migrazioni economiche soprattutto dai paesi dell'est, la prestazione transnazionale di servizi, le riforme Hartz che hanno favorito la segmentazione del mercato del lavoro, la diffusione dei *mini-jobs*, le clausole di uscita dai contratti collettivi) è stato perseguito negli anni scorsi attraverso il sostegno fornito alla contrattazione collettiva nei settori in cui era più debole il suo grado di copertura⁹⁹ prevedendo procedure rafforzate di estensione dei contratti collettivi e coinvolgendo le parti sociali nell'apposita commissione che con cadenza biennale propone l'adeguamento del salario minimo, tenuto conto degli aumenti salariali negoziati collettivamente nel periodo di riferimento.

Prima della entrata in vigore della nuova misura a carattere generale, i cd. salari minimi di settore coprivano 19 settori dell'economia (costruzioni, industria della carne e del pesce, commercio al dettaglio, trasporti e logistica, hotel e ristoranti, servizi di sicurezza, portierato, giardinaggio, assistenza sociale, ecc.) dove il salario minimo settoriale, oggetto dei contratti collettivi estesi *erga omnes*, ha spesso superato i 10 euro l'ora. Ciononostante, i lavoratori con salario inferiore alla tariffa di 8,50 euro l'ora nel gennaio 2015 costituivano ancora una percentuale di circa il 6% della forza lavoro composta in prevalenza di lavoratori non qualificati e, soprattutto, di donne, concentrati in alcune aree territoriali (est) e settori come parrucchieri, industria delle carni, agricoltura¹⁰⁰. Il bilancio tracciato dagli studiosi della Fondazione Hans Bohler a un anno di distanza dall'entrata in vigore del *Milog* rileva come la percentuale di lavoratori al di sotto del salario minimo si sia ridotta al 3% e come l'introduzione del salario

⁹⁹ CORTI, *op. cit.*; MAGNANI, *Salario minimo*, in CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, Modena, 2015, 40, 537 ss.

¹⁰⁰ AMLINGER, BISPINCK, SCHULTEN, *The German minimum wage: experiences and perspectives after one year*, in *WSI Report*, 2016.

minimo abbia trainato aumenti salariali in tutti i settori caratterizzati da bassi salari e sia stato accompagnato da una crescita sopra la media di posti di lavoro, spesso frutto di trasformazione dei *mini-jobs*, smentendo le previsioni più pessimistiche della vigilia.

Che l'intervento legislativo sul salario minimo costituisca un segnale in controtendenza nel panorama europeo del dopo-crisi, emblematica di una nuova dinamica di sostegno alla contrattazione collettiva, trova conferma nell'opinione dei sindacati tedeschi, che considerano il periodo di transizione di due anni previsto dalla legge per allineare tutti i salari contrattuali al di sopra del salario minimo un incentivo che consentirà loro di ricostruire strutture contrattuali più forti nei settori caratterizzati da dispersione, dequalificazione e bassi salari. Né questa strategia di rincorsa impedisce una generale strategia dei rinnovi contrattuali basata su aumenti salariali che tengano conto di un triplice parametro: l'inflazione programmata dalla Bce, la produttività di settore e una più generica redistribuzione della ricchezza¹⁰¹.

9 VERSO QUALI EQUILIBRI SI VA RICONFIGURANDO IL RAPPORTO TRA LEGGE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA: il tramonto del contratto collettivo come atto normativo a portata generale e la sua esclusiva funzionalizzazione a strumento di gestione a livello aziendale?

Qualche anno fa, concludendo uno scritto sui diritti di contrattazione collettiva nell'economia globalizzata¹⁰² segnalavo come l'assenza di meccanismi coordinati di contrattazione collettiva sul piano transnazionale rischiasse di scaricare le tensioni nascenti dalla globalizzazione sui sistemi nazionali, dove i diritti di contrattazione collettiva sono radicati e dove i sistemi di contrattazione collettiva sono tradizionalmente strutturati, accentuando lo squilibrio esistente tra dimensione globale dei mercati e dimensione nazionale della contrattazione collettiva. La (facile) previsione si è puntualmente realizzata. Quel che non era allora prevedibile era il ruolo disgregante che avrebbero giocato le istituzioni europee (Commissione europea, Bce) e internazionali (Fmi) sui sistemi di contrattazione collettiva tramite le nuove regole di *governance* economica varate nel marzo (patto *Euro Plus*) e nell'ottobre 2011 (*Six Pack*), che impegnano a collegare gli aumenti salariali agli incrementi di produttività e a rivedere il grado di centralizzazione della contrattazione collettiva e gli effetti dei meccanismi di indicizzazione dei salari, sottoponendo a sorveglianza le politiche salariali e individuando nella riforma della contrattazione salariale la leva principale per correggere gli

¹⁰¹ LEONARDI, *op. cit.*

¹⁰² GUARRIELLO, *I diritti di contrattazione collettiva*, cit., 355.

squilibri macroeconomici interni, con possibilità di infliggere sanzioni in caso di persistenti squilibri dei paesi della zona euro¹⁰³. E ciò senza avere competenza normativa in base al Trattato in materia di contrattazione collettiva né di retribuzione, senza poter quindi intervenire con una disciplina di armonizzazione sia pur minima; bensì provocando “uno sdoppiamento della legalità europea” tra quella ordinaria, non utilizzata, e quella derivante dalla nuova *governance* europea, la sola realmente vincolante e prioritaria¹⁰⁴.

Attraverso le raccomandazioni indirizzate agli stati nel quadro della nuova procedura del semestre europeo, le istituzioni europee hanno rafforzato la loro capacità di pressione e di condizionamento delle politiche nazionali soprattutto nei paesi con più forti squilibri interni o con elevati livelli di indebitamento, indicando ai governi *specifici* interventi di riforma dei meccanismi di regolazione salariale che nell’insieme producono l’effetto di minare il quadro istituzionale di riferimento dei sistemi di contrattazione collettiva centralizzati, aggredendo il contratto collettivo nazionale (settoriale o multisettoriale) in favore della contrattazione decentralizzata al fine di adattare le condizioni salariali e normative alle esigenze di mercato.

Se la tendenza al decentramento delle relazioni collettive, già largamente presente nei sistemi di contrattazione collettiva sin dagli anni ’90 e accentuata negli anni 2000, veniva interpretata nel senso di un movimento di convergenza di traiettorie neo-liberiste orientate dal mercato¹⁰⁵, quel che costituisce una novità del periodo successivo alla crisi è che stavolta sia proprio l’intervento pubblico a spingere in questa direzione sotto la pressione esercitata dalle autorità europee attraverso misure non normative di integrazione negativa che rendono ancor meno praticabili le già difficili iniziative di coordinamento transnazionale. Nei paesi, soprattutto del Sud Europa, la legge è intervenuta, spesso bypassando le procedure di concertazione o consultazione con le parti sociali, a introdurre modifiche nei meccanismi di regolazione della contrattazione collettiva che recano il segno di un sostanziale ritiro del sostegno legislativo¹⁰⁶ alla contrattazione nazionale/settoriale. Il disfavore legislativo si è manifestato in pochi mirati interventi, specificamente richiesti dalle istituzioni europee per “correggere” meccanismi di regolazione salariale che non consentono un pronto adattamento

¹⁰³ ERNE, *Le relazioni industriali europee dopo la crisi. Verso un interventismo regolatorio post-democratico?*, in *Quad. rass. sind.*, 2012, 113 ss..

¹⁰⁴ BAYLOS GRAU, TRILLO PARRAGA, *The Impact of Anti-Crisis Measures, and the Social and Employment Situation in Spain*, Bruxelles, 2011. Sulla natura giuridica delle clausole che hanno posto condizioni agli Stati per la concessione di aiuti finanziari e delle raccomandazioni specifiche loro indirizzate nel quadro delle procedure di sorveglianza, gli studiosi si stanno interrogando da alcuni anni creando reti, banche dati e monitorando l’evoluzione delle situazioni nazionali, anche con riguardo all’esito delle strategie giudiziarie poste in essere da organizzazioni sindacali e della società civile per la difesa di diritti fondamentali, tra i quali la libertà sindacale e il diritto di contrattazione collettiva. Cfr.: KILPATRICK, DE WITTE, *op. cit.*; KILPATRICK, *op. cit.*; BRUUN, LORCHER, SCHOMANN, *op. cit.*; ETUI, 2014; KOUKIADAKI, *Can the Austerity Measures be challenged in Supranational Courts? The cases of Greece and Portugal*, Manchester, 2014.

¹⁰⁵ BACCARO, HOWELL, *op. cit.*

¹⁰⁶ DEAKIN, KOUKIADAKI, *op. cit.*

alle variazioni di mercato: riduzione del peso del contratto nazionale in favore del contratto aziendale, interventi sui meccanismi di estensione del contratto collettivo, riduzione della ultrattività del contratto collettivo, riforma dei meccanismi di indicizzazione dei salari, riduzione dei salari minimi, tagli salariali e blocco della contrattazione nel settore pubblico.

L'intervento legislativo sui sistemi di contrattazione collettiva come sistemi di produzione di norme, realizzato attraverso l'allentamento progressivo del principio di inderogabilità della norma di legge da parte della fonte collettiva al fine di introdurre dosi maggiori di flessibilità nella disciplina dei rapporti di lavoro; appare oggi diretto in molti paesi a minare la struttura portante dell'intero edificio contrattuale, ossia la contrattazione settoriale o *multi-employer*, che ha costituito in Europa il caposaldo della regolazione del lavoro¹⁰⁷. La rassegna delle misure legislative adottate in molti paesi nel periodo dopo crisi evidenzia come l'attacco al contratto nazionale riguardi tanto la sua funzione normativa, di definizione dei minimi salariali e normativi applicabili a tutti i lavoratori e alle imprese del settore, attraverso la facoltà attribuita dalla legge all'accordo aziendale di disapplicare il contratto di settore, la riduzione dell'ultrattività e dei meccanismi di estensione; quanto la sua funzione di coordinamento della struttura contrattuale, attraverso la preferenza legale, talora a carattere inderogabile, accordata al contratto aziendale, sganciato da meccanismi contrattuali di articolazione con il contratto di livello superiore (secondo il modello del coordinamento organizzato) anche sotto il profilo soggettivo dei soggetti abilitati a stipularlo. Soprattutto il venir meno di regole di coordinamento interno al sistema contrattuale è giudicato controproducente e poco sostenibile sul medio periodo anche nell'ottica di governo dei processi di miglioramento della produttività, che abbisogna di strumenti al tempo stesso coordinati e flessibili per non tradursi in una mera *deregulation*.

Sotto il profilo dell'intervento istituzionale sulle relazioni collettive, le tendenze presenti in Europa negli anni recenti rivelano un'accentuazione delle differenze e di percorsi nazionali diversi rispetto ai dettami imposti ai paesi più esposti alla crisi. Una maggior libertà di manovra è consentita dalla diversa situazione economica, ma anche e soprattutto da modelli più solidi e istituzionalizzati di relazioni collettive che favoriscono relazioni collaborative tra parti sociali, supportate da un quadro istituzionale che fornisce risorse e sedi alternative alla contrattazione per incidere sulle decisioni aziendali.

Così, la comune tendenza al decentramento delle relazioni collettive, presente in quasi tutti i paesi europei (ad eccezione di Belgio e Finlandia), è stata diversamente declinata a seconda che sia stata realizzata in via autonoma dalle parti sociali attraverso l'allentamento dei

¹⁰⁷ MARGINSON, *La contrattazione coordinata*, cit.

meccanismi nazionali di coordinamento contrattuale, o favorita da interventi eteronomi anche indiretti (misure fiscali di favore), o introdotta dalla legge a seguito di procedure di consultazione con le parti sociali, ovvero imposta in via unilaterale. Accanto al modello più radicale di imposizione unilaterale, caratterizzato da un orientamento legislativo di disfavore nei confronti della contrattazione settoriale e di sostegno alla contrattazione decentrata, apparentemente designata dalla legge a costituire il nuovo baricentro del sistema contrattuale (ma che spesso si tratti di un'operazione propagandistica di facciata¹⁰⁸ appare un sospetto più che legittimo, stante il debole grado di copertura della contrattazione aziendale anche per assenza di interventi normativi di sostegno equilibrato della presenza sindacale nelle imprese di dimensioni minori, che finisce per attribuire al potere unilaterale del datore di lavoro la determinazione delle condizioni di disapplicazione del contratto superiore); si sono manifestate anche tendenze di tipo diverso, allo stato difficilmente classificabili quanto all'impatto che possono produrre sul sistema di contrattazione collettiva. Si fa riferimento al progetto di legge presentato dal governo francese nel febbraio-marzo 2016, oggetto di feroce contestazione nelle piazze e infine approvato in parlamento nell'estate 2016 che, riguardo al rapporto tra legge e contrattazione collettiva, si caratterizza per una imponente delegificazione del codice del lavoro realizzata attraverso una ripartizione di competenze tra disciplina legale e disciplina convenzionale, in cui la prima dovrebbe limitarsi a dettare le norme di ordine pubblico sociale a carattere inderogabile, mentre la seconda si vedrebbe attribuita una competenza generale a definire le concrete condizioni di lavoro, articolata al suo interno tra competenze spettanti al contratto di settore (i minimi di settore rientranti nell'ordine pubblico convenzionale) e materie interamente o parzialmente devolute alla contrattazione aziendale. Posto che il nuovo quadro normativo è ancora *in fieri*, desta perplessità il fatto che una riforma di così rilevante impatto sul sistema francese di relazioni collettive non sia stata preceduta da un formale e approfondito confronto con le parti sociali, come previsto dall'art.

1 del codice del lavoro. In secondo luogo, perplessità e dubbi sono alimentati dall'esito complessivo della riforma, che richiede tempi di attuazione di alcuni anni per entrare a regime e una successione di fasi che solo se sapientemente collegate possono fornire un quadro d'insieme più preciso ed esauriente. Si allude alla definizione dei principi e diritti che rientreranno nell'ordine pubblico sociale (tempo due anni), alla conseguente materia destinata a trasferirsi nell'ordine convenzionale e alla definizione ad opera delle parti sociali del riparto di competenze tra contratto nazionale e accordo aziendale, fermo restando il criterio che il primo disciplina i minimi di trattamento di settore e i meccanismi di articolazione contrattuale

¹⁰⁸ CARRIERI, *Un coordinamento bilanciato della contrattazione. Presentazione*, in *Quad. rass. sind.*, 2016, 63 ss.

e il secondo tutto il resto (tempo quattro anni). Un terzo elemento che però parrebbe idoneo a distinguere questa proposta dagli interventi legislativi di puro e semplice ritrarsi del sostegno pubblico alla contrattazione collettiva, è la previsione di una funzione suppletiva della legge laddove la contrattazione collettiva in concreto non si attivi o non copra tutti gli ambiti ad essa demandati, funzione suppletiva che, riguardo alla materia dell'orario di lavoro già inclusa nella legge secondo la stratificazione proposta tra ambiti di spettanza riservati alla legge, ambiti demandati alla contrattazione collettiva e disposizioni suppletive, in realtà mantiene lo *status quo*, ossia riguarda tutta la disciplina di dettaglio a carattere prevalentemente regolamentare, sicché ove la contrattazione collettiva non intervenisse a definire una nuova disciplina di adattamento alle esigenze settoriali o aziendali, le norme attuali del codice del lavoro continuerebbero ad applicarsi in toto come *default rule*.

A ciò si aggiunga che la dichiarata volontà del legislatore di attribuire un ruolo centrale alla contrattazione collettiva allargandone gli ambiti di competenza e il campo di azione (art. 1, c. 2), si traduce in disposizioni volte a favorire l'accorpamento e la fusione dei contratti di settore data la loro abnorme proliferazione, a rafforzare la formazione e le risorse strumentali per i rappresentanti sindacali, a definire regole maggioritarie anche per le organizzazioni datoriali per la firma del contratto collettivo, a fissare regole maggioritarie per gli accordi aziendali in deroga (seppur aprendo alla possibilità che, in assenza di rappresentanti sindacali, i contratti possano essere firmati/approvati da altri soggetti).

Diversamente dagli orientamenti di sfavore verso il contratto nazionale/settoriale, la legge francese non tocca la decisiva questione dei meccanismi di estensione, che rimangono invariati.

Una terza tendenza evidenziata negli anni recenti è quella di un sostegno selettivo alla contrattazione collettiva laddove la stessa risulti oggettivamente indebolita dai processi di de-sindacalizzazione, di uscita delle imprese dall'associazionismo datoriale, dalla concorrenza salariale al ribasso esercitata da imprese di fornitura o da agenzie di lavoro non tenute ad osservare i minimi contrattuali, dalla riduzione del tasso di copertura del contratto collettivo anche a seguito di processi di disapplicazione del contratto settoriale. La legge è intervenuta al riguardo attraverso la riscoperta dei meccanismi di estensione del contratto collettivo, di fatto caduti in disuso, nei paesi scandinavi e in Germania, dove meccanismi di estensione facilitati hanno costituito una risposta alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di condizioni applicabili ai lavoratori in distacco transnazionale.

In Germania a questo primo argine al deterioramento delle condizioni salariali in numerosi settori caratterizzati da bassi salari si è di recente affiancato un provvedimento a

carattere generale sul salario minimo, che ha lo scopo esplicito di rafforzare la contrattazione collettiva in tutti i settori caratterizzati da posizioni endemiche di bassi salari. La legge 11 agosto 2014, che reca il titolo “Legge di sostegno all’autonomia collettiva”, appare caratterizzata da un meccanismo di sostegno alla contrattazione collettiva nei settori più deboli e frammentati, imponendo in un arco temporale di due anni il raggiungimento della retribuzione minima oraria sulla tariffa di legge di 8,50 euro, attraverso meccanismi già sperimentati negli anni precedenti, di potenziamento e semplificazione delle procedure di estensione del contratto collettivo, in linea con il principio costituzionale di favore per l’autonomia collettiva. Il monitoraggio condotto sugli effetti dell’introduzione del salario minimo in Germania sembra confermare, a distanza di un anno dalla sua applicazione, la bontà del meccanismo prescelto, in grado di riattivare la contrattazione collettiva anche nei settori più deboli e desindacalizzati.

Interventi legislativi di innalzamento del salario minimo in molti altri paesi europei, a cominciare dal Regno Unito, non paiono sorretti dalla medesima finalità, quanto piuttosto da una visione di concorrenza tra fonte legale e fonte convenzionale, segnata da disfavore nei confronti della contrattazione salariale e da una concezione amministrativa del salario minimo come obbligo imposto alle imprese in sistemi in cui la determinazione dei salari è prevalentemente demandata a meccanismi di mercato.

10 RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALBERT, *Capitalismo contro capitalismo*, Bologna, 1993.

AHLBERG, BRUUN, Sweden: Transition through collective bargaining, in BLANPAIN, BLANKE., ROSE (eds.), *Collective bargaining and wages in comparative perspective*, Bulletin of Comparative Labour Relations, 56, The Ague, 2005.

AMLINGER, BISPINCK, SCHULTEN, The German minimum wage: experiences and perspectives after one year, in WSI Report, 2016.

BACCARO, *Salvati o affossati dall'Europa?*, in Quad. rass. sind., 2016, 19 ss.

BACCARO, HOWELL, *A Common Neoliberal Trajectory: The Transformation of Industrial Relations in Advanced Capitalism*, in Polit. soc., 2011, 521 ss.

BADINTER, LYON CAEN, *Le travail et la loi*, Paris, 2015.

BARTHELEMY, *Hiérarchie des normes, fonction protectrice du droit du travail et sécurisation de l'emploi*, in Rev. jur. soc., 2016, 104 ss.

BAYLOS GRAU, TRILLO PARRAGA, *The Impact of Anti-Crisis Measures, and the Social and Employment Situation in Spain*, Bruxelles, 2011.

BELLARDI, *Sistema politico, legge e relazioni industriali: dalla promozione all'esclusione?*, in Studi in memoria di M. G. Garofalo, Bari, 2015, 103 ss.

BERNACIAK, *Beyond the CEE «black box»: crisis and industrial relations in the new EU member states*, Bruxelles, 2015.

- BÉVORT, JOBERT, *Sociologie du travail. Les relations professionnelles*, Paris, 2011.
- BISPINCK, SCHULTEN, *Wages, collective bargaining and economic development in Germany: Towards a more expansive and solidaristic development?*, WSI-Diskussionspapier, n. 191, Düsseldorf, 2014.
- BORDOGNA, *La regolazione del lavoro nel capitalismo che cambia: fosche prospettive?*, in *Stato mer.*, 94, 2012, 15 ss.
- BORDOGNA, PEDERSINI, *What Kind of Europeanization? How EMU is Changing National Industrial Relations in Europe*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 183 ss.
- BORENFREUND, SOURIAC, *Les rapports de la loi et de la négociation collective: une mise en perspective*, in *Dr. soc.*, 2003, 72 ss.
- BORENFREUND, LYON-CAEN, SOURIAC, VACARIE, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, 2005.
- BORZAGA, *Il decentramento "controllato" della contrattazione collettiva nella Repubblica Federale Tedesca come antidoto alla crisi economica: realtà o mito?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, 275 ss.
- BRUUN, DE WITTE, LO FARO, MALMBERG, ORLANDINI, SCIARRA, ZAHN, *Il dopo Laval. Uno sguardo comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, 363 ss.
- BRUUN, *Social Policy and Labour Law during Austerity in the European Union*, Swedish Institute for European Policy Studies, in www.sieps.se, 2015.
- BRUUN, LORCHER, SCHOMANN, *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford and Portland, 2014
- BURRONI, *Capitalismi a confronto*, Bologna, 2016
- CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009.
- CARRIERI, *Un coordinamento bilanciato della contrattazione. Presentazione*, in *Quad. rass. sind.*, 2016, 63 ss.
- CELLA, *Difficoltà crescenti per le relazioni industriali europee e italiane*, in *Stato mer.*, 94, 2012, 29 ss.
- CHIECO, *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 359 ss.
- CIUTACU, *National unique collective agreement ended by law*, in *Eironline*, 2011.
- CLAUWAERT, *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field. An overview and comparison. Update including the CSRs 2015-2016*, Bruxelles, 2015.

COMBREXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier Ministre*, France Stratégie, 2015.

CORTI, *La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva?*, in *Dir. lav. mer.*, 2014, 654 ss.

CROUCH, TRAXLER (eds.), *Organized Industrial Relations in Europe: What Future?*, Avebury, 1995.

CRUZ VILLALON , *El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma laboral de 2012*, in BAYLOS GRAU (a cura di), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Albacete, 2012, 405 ss.

CRUZ VILLALON, *La nuova disciplina della contrattazione collettiva in Spagna: verso una flessibilità senza consenso*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, 29 ss.

DEAKIN, *Labour standards, social rights and the market: "inderogability" reconsidered*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, 549 ss.

DEAKIN, KOUKIADAKI, *The sovereign debt crisis and the evolution of labour law in Europe*, in COUNTOURIS, FREEDLAND (eds.), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge, 2013, 163 ss.

DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976

DIAZ AZNARTE, *Quando la crisi economica diventa argomento giuridico*, in *Dir. lav. mer.*, 2015, 187 ss.

DIDRY, JOBERT, *L'entreprise en restructuration, Dynamiques institutionnelles et mobilisations collectives*, Rennes, 2010.

DOHERTY, *It must have been love...but it's over now: The crisis and collapse of social partnership in Ireland*, in *Transfer*, 2011, 371 ss.

ERNE, *Le relazioni industriali europee dopo la crisi. Verso un interventismo regolatorio post-democratico?*, in *Quad. rass. sind.*, 2012, 113 ss.

ETUI, *Benchmarking Working Europe*, Bruxelles, 2014.

ETUI, *Benchmarking Working Europe*, Bruxelles, 2016.

FAHLBECK, MULDER, *Labour and Employment Law in Sweden*, Lund, 2009.

FLANDERS, *Collective Bargaining: A Theoretical Analysis*, in *Br. j. ind. rel.*, 1968, 1 ss.

FREYSSINET, *Structures, institutions et pratiques du dialogue social tripartite dans les pays membres de l'Union européenne, Rapport, Ministère du travail*, Paris, 2015.

FREYSSINET, *Le projet de loi «travail»*, in *Note Lasaire*, 2016, 54.

GAUDU, *L'ordre public en droit du travail*, in *Etudes offerts à J. Ghestin*, Paris, 2001, 366 ss.

GIUGNI, Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva, Milano, 1960.

GYL Y GYL, Contrattazione collettiva decentrata e produttività nel settore della produzione di automobili in Spagna, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 295 ss.

GOMES, A contratação coletiva in peius e a representatividade sindical, in PALMA RAMALHO, COELHO MOREIRA (coord.), *Crise economica: fim ou refundação do direito do trabalho*, Lisboa, 2016, 91 ss.

GONZALES ORTEGA, Crisis economica y negociacion colectiva en Espana, in PALMA RAMALHO, COELHO MOREIRA (coord.), *Crise economica: fim ou refundação do direito do trabalho*, Lisboa, 2016, 61 ss.

GUARRIELLO, I diritti di contrattazione collettiva in un'economia globalizzata, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, 341 ss.

GUARRIELLO, Suggestioni per la riforma della contrattazione collettiva: dalla Francia all'Italia, in *Quad. rass. sind.*, 2016, 187 ss.

HALL, SOSKICE, *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, 2001.

HEIPETER, LEHNDHORFF, Decentralisation of collective bargaining in Germany: fragmentation, coordination and revitalisation, in *Econ. lav.*, 2014, 45 ss..

KEUNE, Less governance capacity and more inequality: the effects of the assault on collective bargaining in the EU, in VAN GYES, SCHULTEN (eds.), *Wage bargaining under the New Economic Governance*, Bruxelles, 2015, 283 ss..

KILPATRICK., DE WITTE, A comparative framing of fundamental rights challenges to social crisis measures in the Eurozone, in *Eur. journ. soc. law*, 2014, 2 ss.

KILPATRICK, On the Rule of Law and Economic Emergency: the Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts, in *Oxf. j. leg. stud.*, 2015, 1 ss.

KOUKIADAKI, *Can the Austerity Measures be challenged in Supranational Courts? The cases of Greece and Portugal*, Manchester, 2014.

KOUKIADAKI, KOKKINO, The Greek system of collective bargaining in (the) crisis, in *Etui, Benchmarking Working Europe*, Bruxelles, 2016, 135 ss.

JACOBS, Decentralisation of Labour Law. Standard Setting and the Financial Crisis, in BRUUN, LORCHER, SCHOMANN (eds.), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford/Portland, 2014, 171 ss.

JEAMMAUD, Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente, in *Dr. soc.*, 1999, 119 ss.

LE FRIANT, La misurazione della rappresentatività datoriale: una riforma difficile ma necessaria, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, 67 ss.

LEONARDI, L'impatto della nuova governance europea sulla contrattazione collettiva. Un confronto fra Italia, Spagna e Portogallo, in *Quad. rass. sind.*, 2016, 147 ss.

LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail*, Paris, 2015.

LYON CAEN, A propos d'une négociation sur la négociation, in *Dr. ouvr.*, 2001, 2 ss.

MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Torino, 2015.

MAGNANI, Salario minimo, in CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, Modena, 2015, 40, 537 ss.

MALMBERG, *The Collective Agreement as an Instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions*, Stockholm, 2009.

MARGINSON, Coordinated Bargaining in Europe. From Incremental Corrosion to Frontal Assault?, in *Eur. journ. ind. rel.*, 2014, 97 ss.

MARGINSON, La contrattazione coordinata in Europa: da un'erosione incrementale a un attacco frontale?, in *Quad. rass. sind.*, 2016, 75 ss.

MARGINSON, KEUNE, BOHLE, Negoziare gli effetti dell'incertezza? In discussione la capacità di governance della contrattazione collettiva, in *Quad. rass. sind.*, 2016, 103 ss..

MARGINSON, WELTZ, European wage-setting mechanisms under pressure: negotiated and unilateral change and the EU's economic governance regime, in *Transfer*, 2015, 429 ss.

MASSE-DESSEN, Ne pas détruire (ni rebatir) avant d'avoir assuré la cohérence des fondations, in *Rev. dr. trav.*, 2015, 653 ss.

MOLINA, MIGUÉLEZ, From negotiation to imposition : Social dialogue in times of austerity in Spain, in PAPADAKIS, GHELLAB (edit.), *The governance of policy reforms in Southern Europe and Ireland. Social dialogue actors and institutions in times of crisis*, Geneva, 2014, 87 ss.

MOREAU, Les restructurations d'entreprise et les politiques européennes: quelles interactions? Introduction, in *Rev. int. dr. écon.*, 2, 2008, 127 ss.

MOREAU, BLAS LOPEZ (eds.), *Restructuring in the New EU Member States*, Bruxelles, 2008.

MORIN, La loi et la négociation collective: concurrence ou complémentarité?, in *Dr. soc.*, 1998, 424 ss.

PALMA RAMALHO, Portuguese labour law and relations during the crisis, in PAPADAKIS, GHELLAB (edit.), *The governance of policy reforms in Southern Europe and Ireland. Social dialogue actors and institutions in times of crisis*, Geneva, 2014, 147 ss.

PAPADIMITRIOU, Le recenti trasformazioni del diritto del lavoro in Grecia, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, 389 ss.

PESKINE, Il contratto collettivo aziendale al centro del riordino del sistema delle fonti in Francia, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 315 ss.

PESKINE, Le droit du travail à la croisée des chemins, in *Sem. soc. Lamy*, 2015, 12 ss.

PIZZOFERRATO, L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 411 ss.

REGAN, The impact of the Eurozone adjustment on Ireland, in PAPADAKIS, GHELLAB (edit.), *The governance of policy reforms in Southern Europe and Ireland. Social dialogue actors and institutions in times of crisis*, Geneva, 2014, 127 ss.

REHFELDT, Le traiettorie dei sistemi «mediterranei» di relazioni industriali, tra convergenze e divergenze, in *Quad. rass. sind.*, 2016, 123 ss.

REYNAUD, *Les syndicats en France*, Paris, Tomo I, 1975.

REYNAUD, *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, Paris, 1997.

RODRIGUEZ-PINERO ROJO, La forza del mercato: le riforme del diritto del lavoro spagnolo durante la crisi finanziaria mondiale, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, 91 ss.

SANTAGATA, La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, 573 ss.

SCHULTEN, *Contours of a European Minimum Wage Policy*, Berlin, 2014.

SCIARRA, Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Ruffert, Lussemburgo, in ANDREONI, VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, 2009, 23 ss..

SCIARRA, Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty, in *Int. law journ.*, 2010, 223 ss.

STREECK, *Re-Forming Capitalism. Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford, 2009.

SUPIOT, Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, in *Dr. soc.*, 1989, 203 ss.

SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, 2002.

TRAXLER, Bargaining, State Regulation and the Trajectories of Industrial Relations, in *Eur. journ. ind. rel.*, 9, 2, 2003, 141 ss.

TREU, Gli accordi in deroga in Europa e la sfida ai sistemi contrattuali, in *Quad. rass. sind.*, 2011, 51 ss.

TRIFF, Romania, Collective bargaining institutions under attack, in *Transfer*, 19 (2), 2013, 227 ss.

TZANNATOS, The Greek adjustment programme: Fiscal metrics without economic goals?, in PAPADAKIS, GHELLAB (edit.), The governance of policy reforms in Southern Europe and Ireland. Social dialogue actors and institutions in times of crisis, Geneva, 2014, 163 ss.

VENEZIANI, Stato e autonomia collettiva. Diritto sindacale comparato, Bari, 1986.

VENEZIANI, Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the EU, in BRUUN, LORCHER, SCHOMANN (eds.), The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe, Oxford and Portland, 2014, 109 ss.

WEBB, Industrial democracy, London, 1902.

Lord WEDDERBURN, The Worker and the Law, 3rd , Harmondsworth, 1986.

Lord WEDDERBURN, Inderogability, collective agreements and Community law, in Indust. law journ, 1992, 245 ss.

ZAMBARLOUKOU, La crisi economica e le relazioni industriali in Grecia, in Dir. lav. rel. ind., 2012, 401 ss.

AMIANTO, MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

ASBESTOS, WORK ENVIRONMENT AND EMPLOYER'S CIVIL LIABILITY

Guilherme Guimarães Feliciano¹

RESUMO: O presente artigo visa a analisar a responsabilidade civil do empregador pelo meio ambiente do trabalho, especialmente quando utiliza o amianto em sua atividade econômica. Embora comprovadamente nocivo não apenas à saúde dos trabalhadores, mas também aos consumidores e a todo o meio ambiente, o amianto continua sendo utilizado mundialmente em larga escala na produção de diversos itens. Primeiramente, discorre-se sobre o meio ambiente do trabalho a partir de uma abordagem propedêutica, buscando apresentar o conceito de meio ambiente do trabalho adotado pelos autores, bem como os princípios jurídicos que pautam seu estudo e proteção. Em seguida, debruça-se sobre as mazelas causadas pelo uso do amianto no trabalho, bem como as perspectivas de regulamentação de sua utilização no Brasil, com destaque para a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) e Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e para o julgamento, pelo Superior Tribunal Federal (STF), sobre a proibição da utilização do amianto no Brasil. Após, dedica-se mais diretamente ao estudo da responsabilização civil do empregador em casos de desequilíbrio labor-ambiental em razão da utilização do amianto. Por fim, evidencia-se a importância do cuidado com o meio ambiente do trabalho, especialmente a partir de estratégias de prevenção em face de acidentes e doenças oriundas do exercício laboral.

PALAVRAS-CHAVE: Amianto; Meio ambiente do trabalho; Responsabilidade civil; Empregador.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Meio ambiente do trabalho: abordagem propedêutica. 1.1 Meio ambiente do trabalho: apontamentos conceituais. 1.2 Princípios jurídicos orientadores do Direito Ambiental do Trabalho. 2 O trabalho com amianto: mazelas e perspectivas. 2.1 Amianto, câncer profissional e Convenção nº 139 da OIT. 2.2 Aspectos jurídicos em relação ao uso do amianto no Brasil. 2.2.1 O amianto na legislação brasileira. 2.2.2 ADI ajuizada pela ANAMATRA e ANPT. 2.2.3 Julgamento da (in)constitucionalidade do uso do amianto pelo STF. 3 (Des)equilíbrio labor-ambiental e responsabilidade civil do empregador. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.

ABSTRACT: This article aims to study employer's civil liability for work environment specially when he uses asbestos in his business. Although asbestos has proven harmful effects not only on workers' health but also on consumers and on the whole environment, it continues to be used widely to produce many items worldwide. Firstly we discuss about work environment based on a propedeutic approach in order to present our concept of work environment and also principles of law applied to its study and protection. Thereafter we discuss the harmful effects caused by asbestos in workplace and also the perspectives of its regulation in Brazil putting a special emphasis on the direct action for the declaration of unconstitutionality filed by National Association of Labour Judges and National Association of Labour Prosecutors and the trial by Federal Supreme Court about asbestos ban in Brazil. After that we study more the employer's civil liability in damages caused to work environment by the

Artigo recebido em 17/09/2017

Artigo aprovado em 21/11/2017

¹ Guilherme Guimarães Feliciano é Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP. Livre-Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Doutor em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Coordenador do Curso de Especialização (Pós-Graduação *lato sensu*) em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho da UNITAU. Extensão Universitária em Economia Social e do Trabalho na UNICAMP. Presidente da ANAMATRA (biênio 2017/2019).

RDRST, Brasília, Volume 3, n. 2, 2017, p 134-158, jul-dez/2017

use of asbestos. Finally we show the importance of protecting work environment specially based on preventive strategies regarding occupational accidents and diseases.

KEYWORDS: Asbestos; Work environment; Civil liability; Employer.

SUMMARY: Introduction. Work environment: propedeutic approach. 1.1 Work environment: conceptual notes. 1.2 Guiding principles of Environmental Labor Law. 2 Asbestos work: ills and prospects. 2.1 Asbestos, occupational cancer and ILO Convention No. 139. 2.2 Legal aspects regarding the use of asbestos in Brazil. 2.2.1 Asbestos in Brazilian legislation. 2.2.2 ADI filed by ANAMATRA and ANPT. 2.2.3 Judgment of the (in) constitutionality of the use of asbestos by STF. 3 (Dis) labor-environmental balance and civil liability of the employer. 4 Conclusion. 5 References.

INTRODUÇÃO

Zelar pelo meio ambiente do trabalho e pela saúde e segurança daqueles que lá se encontram é tarefa necessária, sobretudo quando a atividade econômica desenvolvida utiliza substâncias prejudiciais ao equilíbrio labor-ambiental, como se dá com o amianto. Ainda que comprovadamente nocivo não apenas à saúde dos trabalhadores, mas também aos consumidores e a todo o meio ambiente, o amianto continua sendo utilizado mundialmente em larga escala na produção de diversos itens, tais como telhas, caixas d'água, tecidos, tintas, instrumentos de laboratórios, papelão, dentre outras inúmeras aplicações.

Considerando esse descompasso entre prevenção pela não utilização do amianto e emprego de tal substância de forma irrestrita em diversos tipos de indústria (*e.g.* construção civil, bélica, aeroespacial, petrolífera, têxtil, naval, etc.), este artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do empregador pelo meio ambiente do trabalho, especialmente quando se vale do amianto na atividade econômica que empreende. Nesse contexto, pretende-se lançar luzes sobre os perigos do amianto para o meio ambiente do trabalho.

Para tanto, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, este texto foi organizado em três grandes partes: (i) no primeiro item, discorre-se sobre meio ambiente do trabalho a partir de uma abordagem propedêutica, buscando apresentar o conceito de meio ambiente do trabalho adotado pelos autores, bem como os princípios jurídicos que pautam seu estudo e proteção; (ii) no segundo item, debruça-se sobre as mazelas causadas pelo uso do amianto no trabalho, bem como as perspectivas de regulamentação de sua utilização no Brasil, com destaque para a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) e Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e para o julgamento, pelo Superior Tribunal Federal (STF), sobre a proibição da utilização do amianto no Brasil; (iii) no terceiro item, dedica-se mais diretamente ao estudo da responsabilização civil do empregador em casos de desequilíbrio labor-ambiental em razão da utilização do amianto.

Por fim, encaminhando-se para a conclusão, evidencia-se a importância do cuidado com o meio ambiente do trabalho, especialmente a partir de estratégias de prevenção em face de acidentes e doenças oriundos do exercício laboral.

1 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: ABORDAGEM PROPEDEÚTICA

A saúde e segurança dos trabalhadores, seu estudo e tratamento jurídico, não raro, são reduzidos a discussões mesquinhas sobre adicionais de insalubridade e periculosidade.

Contudo, muito além de tal monetização, a proteção do meio ambiente do trabalho e, conseqüentemente, da saúde e segurança dos trabalhadores, envolve abordagens mais amplas e sistêmicas, que promovam a higidez labor-ambiental em todos os âmbitos e evitem a concreção de todo tipo de risco, seja ele, físico (*e.g.* ruído, vibração, temperaturas extremas, pressões anormais, radiações ionizantes e não-ionizantes, etc.), químico (*e.g.* poeiras, névoas, fumos, gases e vapores, etc.), biológico (*e.g.* bactérias, fungos, helmintos, protozoários e vírus, etc.), ergonômico (*e.g.* esforço físico, levantamento de peso, postura inadequada, etc.) ou psicossocial (*e.g.* assédio moral, imposição e controle excessivo de metas, etc.).

Partindo do entendimento de que as questões labor-ambientais são complexas e que, portanto, devem ser compreendidas a partir de uma perspectiva gestáltica, passa-se ao delineamento do que se entende por meio ambiente do trabalho e à análise dos princípios que pautam seu estudo.

1.1 Meio ambiente do trabalho: apontamentos conceituais

Definir “meio ambiente do trabalho” não é uma missão simples, visto tratar-se de conceito amplo e em constante construção. Assim, neste tópico, serão traçadas algumas linhas conceituais que compõem e balizam a noção de meio ambiente do trabalho, as quais, certamente, evoluirão progressivamente com o avanço das tecnologias e da ciência, inclusive da ciência jurídica.

Primeiro, importante frisar que o meio ambiente do trabalho faz parte do meio ambiente geral, *lato sensu* considerado e, dessa forma, seus conceitos estão intrinsecamente correlacionados. Dessa forma, para compreender aquele faz-se necessário, antes, assimilar o conceito deste.

Conforme definição legal dada pela lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 1981), meio ambiente é entendido como “*o conjunto de condições,*

leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Observa-se, contudo, que tal disposição normativa (i) não expressa o caráter gestáltico do meio ambiente, já que o define como um conjunto, isto é, como a soma de elementos e não como um sistema, categoria esta que pressupõe uma necessária relação de interdependência e interconexão entre os elementos coexistentes; (ii) não inclui no conceito apresentado as interações de ordem psicossociais que interferem no meio ambiente. Por tais motivos, entende-se necessário complementar tal definição legal, tornando-a mais holística e adequada às características do meio ambiente.

Assim, o meio ambiente pode ser compreendido como um sistema de elementos que circundam todas as formas de vida, inclusive a humana, impactando e sendo impactado por elas, as quais também são partes integrantes desse sistema. Trata-se, como resume Derani², em uma perspectiva antropocêntrica, do “*entourage do sujeito*”, isto é, o seu entorno, aquilo que o circunda, o meio em que se encontra. Sendo tal visão centrada na vida humana, não seria possível excluir o meio laboral de sua abrangência. Há, sob esse prisma,

uma indissociabilidade ontológica entre o meio ambiente natural e o meio ambiente humano, de modo que o meio ambiente — conceito e entidade — pode ser entendido como “*Gestalt*” ali em acepção filosófica (significando que a interpretação do objeto modifica ou condiciona a própria experiência com o objeto) e aqui em acepção fenomênica, o meio ambiente não deve ser tomado como soma de elementos a isolar, analisar e dissecar, mas como sistema constituído por unidades autônomas, manifestando uma solidariedade interna e possuindo leis próprias, donde resulta que o modo de ser de cada elemento depende da estrutura do conjunto e das leis que o regem, não podendo nenhum dos elementos preexistir ao conjunto³

O meio ambiente, portanto, envolve não apenas as dimensões natural, artificial e cultural, mas também a sua dimensão laboral, conforme dispõe o artigo 200, inciso VIII da Constituição Federal, destacando constitucionalmente tal dimensão labor-ambiental.

Segundo, frisa-se que o meio ambiente do trabalho não se resume ao local de trabalho. Para além dos muros da empresa – espacial e material –, o meio ambiente do trabalho abrange também os próprios “*instrumentos de trabalho, o modo de execução das tarefas*”⁴, o clima organizacional, modalidade de pagamento, a maneira como o empregado é tratado pelo

²DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 52.

³FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 20, 2002. P. 3.

⁴MARANHÃO, Ney. *Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual*. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães.; URIAS, João.; MARANHÃO, Ney. (Coord.) *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. v.3. São Paulo: LTr, 2017, p. 27

empregador e pelos seus pares⁵, dentre inúmeros outros fatores – físicos, químicos, biológicos, ergonômicos, psicossociais – que influenciam sua vida no trabalho.

Com as intensas e rápidas mudanças que ocorrem no mundo do trabalho, essa dimensão “extramuros” ganha cada vez mais destaque, evidenciando que o meio ambiente do trabalho não se restringe às dependências físicas do empregador, podendo se prolongar para outros espaços, como a própria residência do trabalhador, como se dá com aqueles que prestam trabalho à distância em sua casa (*home office*).

Por fim, terceiro apontamento, sendo parte do meio ambiente geral, o meio ambiente do trabalho também deve ser protegido, e seu equilíbrio, essencial à qualidade de vida das pessoas, deve ser preservado e promovido (tal como previsto em normas nacionais e internacionais de máxima estatura, artigo 7º, inciso XXII e artigo 225, *caput*, da Constituição Federal; artigo 18 da Convenção Sociolaboral do Mercosul; Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho, artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), de modo a ser “*impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho*”⁶.

1.2 Princípios orientadores do Direito Ambiental do Trabalho

O Direito Ambiental do Trabalho, um ramo afeto ao Direito Ambiental, é norteado pelos princípios que orientam a proteção do meio ambiente *lato sensu* considerado. Assim, são princípios fundantes do Direito Ambiental do Trabalho, sem excluir outros secundários que eventualmente sejam tratados na doutrina: (i) o princípio da prevenção, (ii) o princípio da precaução, (iii) o princípio da melhoria contínua, (iv) o princípio da informação-participação e (v) o princípio do poluidor-pagador.

Os princípios da prevenção (i) e da precaução (ii), apesar de semelhantes e corriqueiramente tomados como sinônimos, tecnicamente não se equivalem.

⁵MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2013.

⁶OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 78-79

O princípio da prevenção (i) balizou a Declaração de Estocolmo (1972)⁷ e pressupõe o dever (por parte de todos, sejam atores públicos ou privados) de evitar a concreção de riscos conhecidos, cientificamente comprovados que são danosos ao meio ambiente, impedindo “a ocorrência de atentados ao meio ambiente mediante meios apropriados, ditos preventivos”⁸.

Diferentemente da prevenção, o princípio da precaução (ii), sintetizado no artigo 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, preconiza que “quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”⁹ (ONU, 1992). Em outras palavras, ainda que não haja comprovação científica cabal sobre os riscos de determinada atividade, entende-se que há o dever, por parte dos agentes públicos ou particulares, de evita-lo.

Assim, ressalta-se que o ponto de divergência entre (i) e (ii) é a certeza científica sobre os possíveis danos que determinada atividade prova ao meio ambiente, nele incluído o meio ambiente do trabalho. Importa ressaltar que o princípio da precaução não pretende inviabilizar ou proibir toda e qualquer atividade que cause algum tipo de impacto no meio ambiente; “não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas à continuidade da natureza existente no planeta”¹⁰, ultrapassando a barreira da cientificidade para proteger bens e direitos (tais como a vida e saúde humana) que não podem esperar o avanço das ciências e das tecnologias, pois, caso maculados, podem ser irreparáveis.

O princípio da melhoria contínua (iii) indica que a melhoria do meio ambiente, inclusive do meio ambiente do trabalho, deve ser buscada frequentemente, procurando sempre estar no mesmo compasso do mais avançado estado da técnica. Assim, não basta fornecer equipamentos de proteção aos trabalhadores; mais do que isso, é necessário atentar-se constantemente a novas tecnologias que eliminam o risco do meio labor-ambiental ou, se isso ainda não for possível, fornecer equipamentos de proteção mais protetivos; trocá-los quando do lançamento de outros mais modernos e seguros. Nesse sentido, segue o artigo 7º, XXII da Constituição Federal, que dispõe sobre a redução de riscos inerentes ao trabalho, e o item 6.1 do Anexo 13-A (Benzeno)

⁷ “Princípio 5: Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização. [...] Princípio 7: Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do homem, os recursos vivos e a vida marinha, menosprezar as possibilidades de derramamento ou impedir outras utilizações legítimas do mar.” (grifo nosso) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

⁸PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 306.

⁹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento*. 1992. Disponível em < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf> >. Acesso em 10 set. 2017.

¹⁰MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72.

da Norma Regulamentadora (NR) nº 15 (Atividades e operações insalubres), que aborda o princípio de forma expressa:

o **princípio da melhoria contínua** parte do reconhecimento de que o benzeno é uma substância comprovadamente carcinogênica, para a qual não existe limite seguro de exposição. **Todos os esforços devem ser despendidos continuamente** no sentido de buscar a tecnologia mais adequada para evitar a exposição do trabalhador ao benzeno. (grifo nosso)

Para que haja efetiva observância dos princípios analisados acima, é preciso que todos aqueles que participam do meio ambiente colaborem para a sua preservação. Assim também se dá no meio ambiente do trabalho, no qual todos os atores envolvidos devem colaborar para a manutenção de seu equilíbrio, inclusive os trabalhadores. Neste tocante, merece atenção o princípio da informação-participação (*iv*), segundo o qual os trabalhadores têm o direito de participar das decisões tomadas sobre o meio laboral, tal como ocorre nas Comissões Internas de Acidentes do Trabalho (CIPA) e, para que essa participação seja possível, adequada e não meramente *pro forma*, é preciso que também tenham a garantia de acesso à totalidade das informações sobre as questões labor-ambientais (informação), configurando ao empregador um verdadeiro dever prestar informações aos trabalhadores sobre o meio laboral em que se inserem. Tal dever consta no rol de deveres do empregador previsto no item 1.7 da NR nº1, segundo o qual:

1.7. Cabe ao empregador:

a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;

b) elaborar ordens de serviço sobre segurança e saúde no trabalho, **dando ciência aos empregados** por comunicados, cartazes ou meios eletrônicos.

c) **informar aos trabalhadores:**

I - os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho;

II - os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa;

III - os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;

IV - os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho.

[...] (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, conforme dispõe o artigo 13 da Convenção nº 161 da OIT, "*todos os trabalhadores devem ser informados dos riscos para a saúde inerentes a seu trabalho*". Para

tanto, a informação transmitida aos trabalhadores deve ser clara e objetiva, com linguagem acessível e amplamente divulgada¹¹.

Acolhendo tal princípio, a NR nº 9 (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), em seu item 9.5.2, faz menção expressa ao direito (dever do empregador) de informação do trabalhador, dispondo que “*os empregadores deverão informar os trabalhadores de maneira apropriada e suficiente sobre os riscos ambientais que possam originar-se nos locais de trabalho e sobre os meios disponíveis para prevenir ou limitar tais riscos e para proteger-se dos mesmos*”.

Por fim, caso o dano ambiental – nele incluído os danos labor-ambientais – tenha se concretizado, há o princípio do poluidor-pagador (v) – relevante em matéria de responsabilidade civil do poluidor (empregador) –, segundo o qual, aquele que polui o meio ambiente tem a obrigação de repará-lo. Nesse sentido, aquele que causa desequilíbrios no meio ambiente do trabalho deve arcar com os custos necessários para repará-lo. Tal mandamento é expresso na Lei nº 6.938/81, em seu artigo 4, VII, segundo deve-se impor ao poluidor ambiental a “*obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos*”.

Tais princípios, interpretados de forma sistêmica, proporcionam unidade ao sistema jurídico de proteção do meio ambiente do trabalho, firmando a necessidade de tratar tal temática a partir de uma visão preventiva, buscando: primeiro, eliminar os riscos presentes no meio labor-ambiental – sejam riscos, físicos, químicos, biológico ou psicossociais –; segundo, caso não seja possível extingui-los, o dever reduzi-los ao máximo, inclusive fornecendo equipamentos de proteção coletiva e individual aos trabalhadores; relegando a situações de caráter estritamente excepcional a sua monetização.

2 O TRABALHO COM AMIANTO: mazelas e perspectivas

Amianto (latim) ou asbesto (grego) são nomes genéricos para designar uma série de minérios encontrados na natureza, tais como minerais constituídos por silicatos de ferro, alumínio, magnésio, cálcio, que se apresentam sob forma fibrosa e dividem-se em dois grupos: os anfibólios, que “*representam menos de 5% de todo o amianto explorado e consumido no*

¹¹CLERC, J. M. Training as an instrument of a strategy for the improvement of working conditions and environment. *International Labour Review*, v. 121, 1982.

*mundo, estão banidos da maior parte do planeta”*¹² (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER); e as serpentinas, tipo mais utilizado, cuja variedade mais comum é a crisotila ou “amianto branco”, caracterizado por apresentar fibras curvas e maleáveis.

Seu uso generalizado iniciou-se em finais do século XIX, já sob a segunda Revolução Industrial, graças a sua abundância na natureza e ao baixo custo de exploração. Seu sucesso, sobretudo na década de 1970, quando atinge seu auge, deve-se ao fato de ter sido

considerado, por muito tempo, matéria-prima essencial por suas propriedades físico-químicas, tais como: grande resistência mecânica e às altas temperaturas, ao ataque ácido, alcalino e de bactérias. É incombustível, durável, flexível, indestrutível, resistente, sedoso, facilmente tecido e tem boa qualidade isolante¹³.

Contudo, o avanço da ciência e das novas tecnologias, especialmente nos países desenvolvidos, permitiu descobrir que a utilização do amianto pode provocar danos irreversíveis à saúde daqueles que entram em contato com tal substância, a exemplo dos trabalhadores. Ademais, o contato com o amianto é particularmente preocupante porque tem um *“período de dormência excepcionalmente longo entre a exposição e o desenvolvimento do mesotelioma, que chega a 40 anos. Por esta razão, o número de doenças relacionadas ao amianto continuará a subir, mesmo em países que o proibiram há muitos anos”*¹⁴.

Ainda assim, sendo seus riscos conhecidos, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (2016), há atualmente no mundo cerca de 125 milhões de pessoas que continuam expostas ao amianto em seu ambiente de trabalho. Calcula-se que a metade das mortes por câncer profissional são causadas pelo contato com o amianto, além de milhões de mortes atribuídas à exposição doméstica à substância. Nesse cenário, vale ressaltar a necessidade de constante preocupação com a utilização do amianto, o qual teve seus efeitos letais cientificamente demonstrados¹⁵, porém continua sendo utilizado por diversas indústrias.

2.1 Amianto, câncer profissional e Convenção nº 139 da OIT

¹²INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER (INCA). *Amianto: prevenção e fatores de risco*. Disponível em < <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/prevencao-fatores-de-risco/amianto> >. Acesso em 13 set. 2017.

¹³INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER (INCA). *Amianto: prevenção e fatores de risco*. Disponível em < <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/prevencao-fatores-de-risco/amianto> >. Acesso em 13 set. 2017.

¹⁴ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Eliminación de las enfermedades relacionadas con el asbesto*. 2016. Disponível em < <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs343/es/> >. Acesso em 12 set. 2017, p. 7.

¹⁵ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Eliminación de las enfermedades relacionadas con el asbesto*. 2016. Disponível em < <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs343/es/> >. Acesso em 12 set. 2017, p. 6.

A exposição ao amianto se dá por inalação (e, em menor medida por ingestão) durante a extração, trituração e utilização da substância ao longo do processo industrial, bem como pela utilização e contato com produtos que contém amianto em sua composição. Dentre as principais enfermidades causadas pela exposição ao amianto, estão a asbestose¹⁶ e os diversos tipos de câncer¹⁷ (pulmão, laringe, trato digestivo, ovário, mesotelioma¹⁸, etc.)¹⁹, sendo esta a doença mais grave fruto da exposição ao amianto.

A via de absorção (seja ela respiratória, oral ou cutânea), a duração e a frequência da exposição aos agentes nocivos influenciam o grau de toxicidade. Contudo, importante salientar que não existem níveis seguros de exposição a agentes carcinogênicos²⁰, indicando que qualquer contato com um agente carcinogênico pode ser um ponto de partida para o desenvolvimento de doenças.

Além do amianto, há uma diversidade substâncias classificadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como cancerígenas: desde elementos mais associados ao desenvolvimento de tumores malignos, como o já citado amianto (ou asbesto), até produtos aparentemente inofensivos, como poeiras de madeira e de couro, medicamentos (e.g. antineoplásicos, por exemplo), etc.

No tocante ao meio ambiente trabalho, há uma série de agentes cancerígenos que estão ali presentes mais frequentemente: metais pesados, agrotóxicos, solventes orgânicos,

¹⁶“A doença é causada pela deposição de fibras de asbesto nos alvéolos pulmonares, provocando uma reação inflamatória, seguida de fibrose e, por conseguinte, sua rigidez, reduzindo a capacidade de realizar a troca gasosa, promovendo a perda da elasticidade pulmonar e da capacidade respiratória com sérias limitações ao fluxo aéreo e incapacidade para o trabalho. Nas fases mais avançadas da doença esta incapacidade pode se estender até para a realização de tarefas mais simples e vitais para a sobrevivência humana” (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER).

¹⁷“Câncer é o nome dado a um conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum o crescimento desordenado (maligno) de células que invadem os tecidos e órgãos, podendo espalhar-se (metástase) para outras regiões do corpo. Dividindo-se rapidamente, essas células tendem a ser muito agressivas e incontroláveis, determinando a formação de tumores (acúmulo de células cancerosas) ou neoplasias malignas. Os diferentes tipos de câncer correspondem aos vários tipos de células do corpo. Outras características que diferenciam os diversos tipos de câncer entre si são a velocidade de multiplicação das células e a capacidade de invadir tecidos e órgãos vizinhos ou distantes (metástases)”(INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER, 2012b).

¹⁸“O mesotelioma é uma forma rara de tumor maligno, mais comumente atingindo a pleura, membrana serosa que reveste o pulmão, mas também incidindo sobre o peritônio, pericárdio e a túnica vaginal e bolsa escrotal. Está se tornando mais comum em nosso país, já que atingimos o período de latência de mais de 30 anos da curva de crescimento da utilização em escala industrial no Brasil, que deu-se durante o período conhecido como o "milagre econômico", na década de 70. Não se estabeleceu nenhuma relação do mesotelioma com o tabagismo, nem com doses de exposição. O Mesotelioma maligno pode produzir metástases por via linfática em aproximadamente 25% dos casos” (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER).

¹⁹“Além das doenças descritas, o amianto pode causar espessamento na pleura e diafragma, derrames pleurais, placas pleurais e severos distúrbios respiratórios” (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER).

²⁰ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Asbesto crisotilo*. 2015. Disponível em < http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/178803/1/9789243564814_spa.pdf?ua=1&ua=1 >. Acesso em 11 set. 2017, p.

formaldeídos e poeiras (amianto e sílica). Conforme estudo realizado pelo Instituto Nacional do Câncer²¹, “*pelo menos 19 tipos de tumores malignos, como os de pulmão, pele, fígado, laringe, bexiga e leucemias podem estar relacionados à ocupação do paciente*”.

Contudo, esse nexos entre meio ambiente do trabalho e o aparecimento do câncer é subdimensionado graças à dificuldade de se estabelecer uma relação entre os dois na própria consulta médica: “*raramente o médico pergunta ao paciente qual a ocupação dele*”²². Por isso, a importância dos profissionais da saúde conversarem com os pacientes diagnosticados com câncer sobre sua rotina laboral ao longo da vida. “*Só assim será possível identificar e registrar os casos de câncer relacionados ao trabalho no Sistema Nacional de Agravos do Ministério da Saúde*”²³, mapeando sua taxa de incidência, causas mais comuns, tipos mais frequentes, dentre outras informações úteis para embasar uma política pública de saúde para esse fim e para dar efetividade às obrigações assumidas em função da ratificação da Convenção nº 139 da OIT²⁴.

A Convenção nº 139 da OIT dispõe sobre a prevenção e o controle de riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos, estabelecendo, aos Estados que a ratificaram, diferentes deveres para proteção do meio ambiente do trabalho e da saúde dos trabalhadores. Neste tocante, todo membro que tiver ratificado tal Convenção deverá “*determinar periodicamente as substâncias e agentes cancerígenos aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou sujeita a autorização ou controle*”, atendendo ao princípio da melhoria contínua, e levar “*em consideração os dados mais recentes contidos nos repertórios de recomendações práticas ou guias que a Secretaria Internacional do Trabalho possa elaborar*” (artigo 1º); “*procurar de todas as formas substituir as substâncias e agentes cancerígenos a que possam estar expostos os trabalhadores durante seu trabalho por substâncias ou agentes não cancerígenos ou por substâncias ou agentes menos nocivos e “a duração e os níveis dessa exposição devem ser reduzidos ao mínimo compatível com a segurança*” (artigo 2º), atendendo aos princípios da prevenção e precaução e buscando um risco

²¹INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER (INCA). *Pelo menos 19 tipos de câncer podem estar relacionados ao trabalho*. 2012a. Disponível em <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/comunicacaoinformacao/site/home/sala_imprensa/releases/2012/pelo_menos_19_tipos_cancer_podem_estar_relacionados_trabalho>. Acesso em 11 set. 2017.

²²INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER (INCA). *Pelo menos 19 tipos de câncer podem estar relacionados ao trabalho*. 2012a. Disponível em <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/comunicacaoinformacao/site/home/sala_imprensa/releases/2012/pelo_menos_19_tipos_cancer_podem_estar_relacionados_trabalho>. Acesso em 11 set. 2017.

²³INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER (INCA). *Pelo menos 19 tipos de câncer podem estar relacionados ao trabalho*. 2012a. Disponível em <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/comunicacaoinformacao/site/home/sala_imprensa/releases/2012/pelo_menos_19_tipos_cancer_podem_estar_relacionados_trabalho>. Acesso em 11 set. 2017.

²⁴ Convenção aprovada na 59ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1974. Entrou em vigor no plano internacional em 10 de junho de 1976 e ratificada pelo Brasil em junho de 1990 (Promulgação pelo Decreto nº 157, de 2 de junho de 1991 e vigência nacional a partir de 27 de junho de 1991).

mínimo regressivo; “*prescrever as medidas a serem tomadas para proteger os trabalhadores contra os riscos de exposição a substâncias ou agentes cancerígenos*” (artigo 3º); adotar medidas para que os trabalhadores recebam “*toda a informação disponível sobre os perigos que representam tais substâncias e sobre as medidas a serem aplicadas*”, observando o princípio da informação (artigo 4º); “*adotar medidas para assegurar que sejam proporcionados aos trabalhadores os exames médicos ou os exames ou investigações de natureza biológica ou de outro tipo*” que permitam avaliar o estado de saúde dos trabalhadores” (artigo 5º).

Além das obrigações acima, de caráter eminentemente preventivo, a Convenção ainda estabelece que os membros que a ratificaram devem, ainda, proporcionar serviços de inspeção apropriados para zelar pela aplicação das disposições da presente Convenção ou certificar-se de que se exerce uma inspeção adequada no que se refere ao meio ambiente do trabalho e, conseqüentemente, a saúde e segurança dos trabalhadores.

2.2 Aspectos jurídicos em relação ao uso do amianto no Brasil

O contexto jurídico brasileiro em relação ao amianto é diversificado, encontrando-se abordagens sobre o tema no âmbito legislativo (federal, estadual e municipal), administrativo, jurisprudencial. Neste item, serão analisadas as normas existentes sobre a utilização do amianto no Brasil e o posicionamento do Superior Tribunal Federal sobre a (in)constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995.

2.2.1 O amianto na legislação brasileira

O tratamento jurídico dado ao amianto no Brasil não é unívoco: há uma lei federal sobre o tema, variadas leis estaduais e municipais que restringem a sua utilização, além de uma norma administrativa sobre saúde e segurança do trabalho (Anexo 12 da Norma Regulamentadora nº15, sobre os limites de tolerância do asbesto), tratada aqui como legislação em sentido *lato*.

No âmbito federal, a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do amianto, bem como dos produtos que o contenham, são disciplinados pela Lei nº 9.055/1995 e, mais especificamente, a exposição labor-ambiental a tal substância é regulamentada no Anexo 12 da NR nº15.

A Lei nº 9.055, de 1 de junho de 1995, proíbe o uso do amianto em sua variedade anfíbio (artigo 1º, inciso I), a pulverização de todos os tipos de fibras, inclusive do amianto crisotila (artigo 1º, inciso II), a venda a granel de fibras em pó de qualquer tipo, inclusive do

amianto crisotila (artigo 1º, inciso III); e autoriza o uso do amianto crisotila, bem como demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem²⁵, de acordo com balizamentos previstos na própria lei (artigo 2º).

No tocante às questões labor-ambientais, a Lei nº 9.055/1995 preocupou-se em reiterar que as normas de saúde e segurança do trabalho (artigo 3º), especialmente os limites de tolerância (artigo 7º), previstos na NR nº15 devem ser observados, indicando a obrigatoriedade da realização de exames médicos (artigo 5º) e listagem dos trabalhadores que foram expostos ao amianto (artigo 5º, *caput*).

Seguindo essa mesma lógica, a NR nº15, em seu Anexo 12, também proíbe a utilização de qualquer tipo de amianto do grupo anfibólio e dos produtos que contenham essas fibras, permitindo a utilização do amianto na variedade crisotila, dentro do limite de tolerância de 2,0 f/cm³ (item 12) e de acordo com contornos estabelecidos na NR.

Dentre outras, tais contornos estabelecem a proibição do trabalho de menores de 18 anos em ambientes onde possa haver a poeira do amianto (item 6); necessidade de rotulagem do produto de forma adequada, suficiente e compreensível por parte dos fornecedores, inclusive quanto às instruções de uso, atendendo ao princípio da informação (itens 9 e 10); dever de realizar avaliação ambiental em relação à poeira do amianto em intervalos de, no máximo, 6 meses (item 11), a qual deverá ser informada aos trabalhadores (item 11.3) e acompanhada pelos sindicatos (item 11.2), atendendo aos princípios da prevenção e precaução e da informação-participação; “*o empregador deve garantir informações e treinamento aos trabalhadores, com frequência mínima anual, priorizando os riscos e as medidas de proteção e controle devido à exposição ao asbesto*” (item 20), observando os princípios da prevenção, precaução e informação.

Contudo, apesar de tais balizamentos, ambas as normas de âmbito federal se olvidaram da recomendação inequívoca da Organização Mundial da Saúde de que não há forma segura de contato com o amianto, isto é, qualquer exposição a tal substância é potencialmente lesiva (inclusive, cancerígena) ao ser humano²⁶. Ademais, ainda que permitissem a manipulação do amianto crisotila, também se olvidaram de atualizar (e rebaixar)²⁷ seus limites de tolerância

²⁵Conforme dispõe o artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 9.055/1995, “*para os efeitos desta Lei, consideram-se fibras naturais e artificiais as comprovadamente nocivas à saúde humana*”.

²⁶ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Asbesto crisotilo*. 2015. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/178803/1/9789243564814_spa.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em 11 set. 2017, p. 6.

²⁷Dados da Occupational Safety and Health Administration (OSHA), órgão norte-americano dedicado às questões relacionadas à saúde e segurança no trabalho indica como limite de tolerância do amianto o índice de 0,1 fibra por centímetro cúbico em uma média de 8 horas de trabalho e a possibilidade excepcional de exposição, durante 30 minutos, no máximo, a 1 fibra de amianto por centímetro cúbico (OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH

com base em normas internacionais sobre saúde e segurança do trabalho, conforme interpretação analógica do item 9.3.5.1, “c” da NR nº 9²⁸, o que consagraria o princípio da melhoria contínua.

No âmbito estadual, há leis mais restritivas do que a lei federal, proibindo a utilização do amianto. Merecem destaque a Lei nº 10.813/2001, do estado de São Paulo, dispõe sobre a proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e a instalação, no Estado de São Paulo, de produtos ou materiais contendo qualquer tipo de amianto; a Lei nº 12.684/2007 (regulamentada pelo decreto estadual nº 58.695/2012), também do estado de São Paulo, que proíbe o uso, no estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição; a Lei nº Lei 2210/2001, do estado de Mato Grosso do Sul, proibindo a comercialização de produtos à base de amianto destinados à construção civil no âmbito de Mato Grosso do Sul; a Lei nº 3.569/2001, do estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham amianto; a Lei nº 4.314/2001, do estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre as obrigações das empresas de fibrocimento pelos danos causados à saúde dos trabalhadores no âmbito do Estado do Rio de Janeiro; o Decreto nº 40.674/20017, também do estado carioca, sobre a vedação aos órgãos da administração direta e indireta de utilização de qualquer tipo de amianto; a Lei nº 11.643/2001, do estado do Rio Grande do Sul, que proíbe a produção e comercialização de produtos à base de amianto no estado; a Lei nº 12.589/2004, do estado de Pernambuco, sobre a proibição do amianto nas obras públicas; Lei nº 9.583/2011, que proíbe o uso de materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição.

Todas essas leis foram objeto de ações judiciais para declaração de sua inconstitucionalidade em face da lei federal nº 9.095/1995 que autoriza a produção e o uso do amianto crisotila no Brasil. Destaca-se que as ações foram majoritariamente propostas pelo estado de Goiás, um dos maiores produtores de amianto crisotila, já que no município de Minaçu/GO está localizada uma das três maiores minas de amianto crisotila do mundo, a “Cana Brava”, sob o argumento de que, além de ferir dispositivo constitucional, tais normas estaduais prejudicariam a economia no estado de Goiás (e.g. ADI 2656, ADI 2396); e pela Confederação

ADMINISTRATION, 2014, p.1). Note-se que o limite de tolerância fixado na legislação brasileira é de 2 fibras de amianto por centímetro cúbico, isto é, um limite 20 vezes maior do que aquele fixado pela OSHA.

²⁸ “c) quando os resultados das avaliações quantitativas da exposição dos trabalhadores excederem os valores dos limites previstos na NR-15 ou, na ausência destes os valores limites de exposição ocupacional adotados pela ACGIH - American Conference of Governmental Industrial Hygienists, ou aqueles que venham a ser estabelecidos em negociação coletiva de trabalho, desde que mais rigorosos do que os critérios técnico-legais estabelecidos”.

Nacional dos Trabalhadores na Indústria, defendendo que a proibição de tal substância feriria o direito ao trabalho daqueles que laboram na indústria do amianto (*e.g.* ADI 3937, ADI 3406). A jurisprudência oscilou no tratamento dessas diversas ações, ora julgando-as procedentes, ora improcedentes. Nos itens seguintes, analisar-se-á uma das ADIs propostas que mais se relaciona com a preocupação do equilíbrio labor-ambiental e o julgamento mais recente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

No âmbito municipal, em menor quantidade, também há iniciativas de proibição do uso do amianto. Merecem destaque a Lei Municipal nº 3.316/2000, do município de Mogi Mirim (SP), que proíbe os órgãos da administração pública direta e indireta de adquirir e utilizar materiais produzidos com amianto em suas edificações; a Lei Complementar nº 90/2000, do município de Osasco (SP), que proíbe no município de Osasco a utilização de materiais produzidos com amianto nas construções públicas e privadas; a Lei nº 13.113/200, do município de São Paulo (SP), que proíbe o uso de qualquer material e equipamento à base de amianto na construção civil; a Lei nº 9.264/2001, do município de Ribeirão Preto (SP), que também proíbe o uso do amianto na construção civil; a Lei nº 3.425/2001, do município de Barretos (SP), que dispõe sobre a proibição do uso do amianto na construção civil; a Lei Complementar nº 332/2001, do município de Jundiaí (SP), que proíbe o uso de materiais produzidos com amianto nas construções públicas e privadas no município; Lei municipal de Amaro (SP) nº 2.672/2001, que a proíbe a fabricação e estabelece restrições ao uso e comercialização do amianto, definindo prazos para banimento de materiais produzidos com qualquer forma amianto no município; Lei nº 5.693/2001 do município de Guarulhos (SP), que proíbe a utilização do amianto na construção civil; Lei municipal de Taboão da Serra nº 1.368/2001, que proíbe o uso do amianto nas construções públicas; a Lei nº 10.874/2001 do município de Campinas (SP), que proíbe a fabricação, estabelece restrições ao uso e comercialização e define prazos para banimento de materiais produzidos com qualquer forma de amianto ou de outros minerais ou materiais que os contenham em sua composição; a Lei Municipal nº 2.738/2003 do município de Santa Barbara D'Oeste (SP) que proíbe a fabricação e regulamenta a comercialização de produtos à base de amianto; a Lei nº 2.1712/1998 do município do Rio de Janeiro (RJ), que dispõe que os produtos de cimento amianto comercializados no Município do Rio de Janeiro deverão estampar através de carimbo ou adesivo, em tamanho que torne perfeitamente visível a seguinte frase: “*Este produto pode causar danos à saúde*”; Lei nº 2.762/199, do município do Rio de Janeiro, que proíbe a utilização de telhas de amianto em prédios municipais.

Interessante notar que grande parte das leis municipais dispões sobre a proibição da utilização do amianto na indústria da construção civil; justamente, uma das indústrias que mais utiliza materiais à base de tal substância, especialmente em telhas e cimentos.

2.2.2 ADI ajuizada pela ANAMATRA e ANPT

Cientes dos riscos labor-ambientais gerados pela exposição humana ao amianto e no âmbito de suas finalidades institucionais²⁹, em 02 de abril de 2008, a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) e a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), em conjunto, ajuizaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4066/DF), com pedido liminar, para que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055, de 1º.6.1995, em face da violação aos artigos 1º, III e IV, 170, caput e VI, 196 e 225, da Constituição Federal.

As razões para o ajuizamento da ADI centram-se, sobretudo, nas mazelas que o amianto pode trazer à saúde do ser humano, especialmente dos trabalhadores que estão em contato direto e prolongado com tal substância; e a todo o meio ambiente, que padece de danos irreparáveis em *“decorrência da total ausência de cuidados apropriados com os resíduos provenientes da atividade mineradora, em muitos casos despejados a céu aberto, em áreas de livre acesso e até mesmo em locais onde se faz presente a ocupação humana”*³⁰.

Ademais, demonstra-se ao longo da peça que o Brasil anda em *“descompasso com os rumos tomados pelo cenário internacional, onde o amianto, em todas as suas modalidades,*

²⁹ Dentre as finalidades da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) constam as de **“promover a defesa judicial e extrajudicial dos direitos e interesses coletivos e individuais dos associados, relacionados à atividade profissional, desde que compatíveis com as suas finalidades”**, de **“colaborar com os Poderes Públicos no desenvolvimento da justiça, na defesa dos interesses sociais”** e de **“desenvolver ações nas áreas específicas das funções institucionais do Ministério Público”** (grifo nosso) e, no que tange à Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), o artigo 2º, § 3º de seu estatuto é expresso ao demonstrar a relação de pertinência entre o objeto da ação e as suas finalidades institucionais, ao dispor que: **“A ANAMATRA, tem por finalidade congrega Juízes do Trabalho em torno de interesses comuns, promovendo maior aproximação, cooperação e solidariedade, defendendo e representando os seus interesses e prerrogativas perante as autoridades e entidades nacionais e internacionais, pugnando pelo crescente prestígio da Justiça do Trabalho. [...] § 3º A ANAMATRA deverá atuar na defesa dos interesses da sociedade, em especial, pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela implementação da justiça social, pugnando pela preservação da moralidade pública, da dignidade da pessoa humana, da independência dos Poderes e dos princípios democráticos.”** (grifo nosso)

³⁰ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO (ANAMATRA); ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO (ANPT). *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. 2008, p. 25.

vem sendo sistematicamente abolido³¹, não só pelos países desenvolvidos, mas também por muitas nações ainda em desenvolvimento”³², registrando que

o progresso tecnológico experimentado nas últimas décadas permitiu o desenvolvimento de fibras alternativas ao amianto, capazes de viabilizar o prosseguimento das atividades econômicas exploradas pelo setor de fibrocimento, sem impor aos trabalhadores e à população em geral o contato com a poeira cancerígena emanada do asbesto³³.

As fibras referidas na ADI, tais como fios de polivinílico álcool (PVA) e de polipropileno (PP), além de serem economicamente viáveis e figurarem como uma alternativa adequada ao uso do amianto, “têm sua utilização recomendada pela Organização Mundial de Saúde (Critério 203/1998 – OMS)”.

Por tais razões, as autoras requerem que seja deferida a liminar, com a consequente suspensão da eficácia do dispositivo legal impugnado, até o julgamento final da ADI e que seja julgada integralmente procedente a ação, com vistas à declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/95.

2.2.3 Julgamento da (in)constitucionalidade do uso do amianto pelo STF

Em 24 de agosto de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da ADI 4066/DF ajuizada pela ANAMATRA e ANPT em 2008.

O Tribunal, por maioria, **conheceu da ação, reconhecendo a legitimidade ativa das autoras**, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. No mérito, **o Tribunal computou cinco votos** (dos Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia) **pela procedência da ação, e quatro votos** (dos Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) **pela improcedência da ação**, e, por **não se ter atingido o quórum exigido pelo artigo 97 da Constituição, não se pronunciou a inconstitucionalidade do**

³¹ Na ADI, as autoras apresentam o seguintes panorama dos países que aboliram baniram o amianto: “Islândia: 1983 - Noruega: 1984 - El Salvador: (metade da década de 80) - Dinamarca: 1986 - Suécia: 1986 - Suíça: 1989 - Áustria: 1990 - Holanda: 1991 - Finlândia: 1992 - Itália: 1992 - Alemanha: 1993 - França: 1996 - Eslovênia: 1996 - Polônia: 1997 - Principado de Mônaco: 1997 - Bélgica: 1998 - Arábia Saudita: 1998 - Burkina-Faso: 1998 - Inglaterra: 1999 - País de Gales: 1999 - Irlanda do Norte: 1999 - Escócia: 1999 - República da Irlanda/Eire: 2000 - Látvia: 2001 - Chile: 2001 - Argentina: 2001 - Espanha: 2002 - Luxemburgo: 2002 - Austrália: 2003 - Liechtenstein - Emirados Árabes - Nova Zelândia - República Checa - Vietnã: 2004 - Portugal: 2005 - Grécia: 2005 - Japão: 2004 - Honduras: 2004 - Uruguai: 2002 - Seychelles - Gabão - África do Sul 2004” (ANAMATRA;ANPT, 2008, p.13).

³²ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO (ANAMATRA); ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO (ANPT). *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. 2008, p. 12.

³³ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO (ANAMATRA); ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO (ANPT). *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. 2008, p. 15.

art. 2º da Lei 9.055/1995, em julgamento destituído de eficácia vinculante. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 24.8.2017. (grifo nosso)

Nesse sentido, apesar da maioria (simples) do Tribunal ter entendido ser o artigo 2º da Lei nº 9.095/1995 inconstitucional, por 5 votos a 4, a decisão não tem efeito vinculante porque não se deu por maioria absoluta, conforme exigência do artigo 97 da Constituição Federal, segundo o qual “*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*”.

Na prática, como a decisão do STF não tem efeito vinculante, visto não ter atingido a maioria qualificada dos votos, os juízes e tribunais do país ficam livres para decidir, de acordo com o caso concreto, se o uso do amianto e as leis estaduais e municipais são (in)constitucionais, exercendo o controle difuso de constitucionalidade.

Na mesma data, o STF julgou também a ADI 3937/SP, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria sob o argumento de que a lei estadual nº 12.684 (que proíbe o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição) seria inconstitucional.

O Tribunal julgou improcedente a ação direta, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Luiz Fux, que julgavam procedente a ação, e vencido parcialmente o Ministro Alexandre de Moraes, que julgava improcedente a ação, sem declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Roberto Barroso, sucessor do Ministro Ayres Britto. Nesta assentada, o Ministro Edson Fachin reajustou seu voto para acompanhar o voto do Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 24.8.2017.

Nesse cenário, a lei estadual paulista continua em vigor e o uso do amianto no estado de São Paulo fica banido.

3 (DES)ESQUILIBRIO LABOR-AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Todo aquele que provoca dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Além de ser uma das noções jurídicas mais elementares, essa é a disposição do artigo 927 do Código Civil. Assim

também se dá em relação ao meio ambiente, nele incluído o do trabalho. Nessa perspectiva, acolhendo o princípio do poluidor-pagador, todo aquele que degrada e, portanto, desequilibra o meio ambiente do trabalho, deve repará-lo. É o que se depreende do artigo 225, § 3º da Constituição Federal, que assim dispõe: “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*” (grifo nosso).

Também nesse sentido segue a legislação infraconstitucional no tocante ao meio ambiente, com destaque para a Lei nº 6.938/1991, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, segundo a qual, em seu artigo 14, § 1º, “*sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade*” (grifo nosso).

Nessa mesma lógica,

quando o “habitat laboral” se revela inidôneo a assegurar condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador, teremos aí uma lesão ao meio ambiente do trabalho, e esse complexo de bens materiais e imateriais pode ser agredido e lesado tanto por fontes poluidoras externas como internas, provenientes de outros empreendimentos, trazendo à tona, inclusive, a questão da responsabilização pelos danos, uma vez que os danos ao meio ambiente do trabalho não ficam restritos ao ambiente em que o trabalhador exerce seu labuto, mas o acompanham após o fim do expediente³⁴.

Observe-se que, em matéria ambiental, aquele que polui o meio ambiente fica obrigado a repará-lo independentemente da existência de culpa, ensejando, assim, a responsabilidade civil objetiva do poluidor ambiental (grifo anterior). Neste tocante, considerando ser o meio ambiente do trabalho parte integrante do meio ambiente geral, é possível estender tal responsabilidade objetiva para aquele (empregador) que provoque desequilíbrios labor-ambientais (?).

Contudo, se em matéria ambiental a lei indicou a responsabilidade objetiva do poluidor; em matéria laboral, há disposição expressa na Constituição Federal, consubstanciada em seu artigo 7º, inciso XXVIII, sobre o direito de todo trabalhador a receber “*seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado,*

³⁴PADILHA, Norma Sueli. Meio ambiente do trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 4, p. 173-182, out/dez 2013, p. 181.

quando incorrer em dolo ou culpa” (grifo nosso), adotando, portanto, a responsabilidade subjetiva do empregador em caso de acidentes do trabalho.

Tal circunstância traz o questionamento acerca de (aparente) antinomia jurídica no tocante ao tema, contrapondo-se as possibilidades de responsabilidade civil subjetiva do empregador e a responsabilidade objetiva do poluidor. Neste item, serão estudados esses dois modelos de responsabilidade, evidenciando que não se trata de antinomia jurídica, mas de disciplinas jurídicas diferentes para situações fáticas igualmente diferentes.

A responsabilidade civil subjetiva do empregador, isto é, aquela informada pela existência de dolo ou culpa, está prevista constitucionalmente no artigo 7º, XXVIII, que dispõe sobre o direito dos trabalhadores perceberem “*seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*”.

Ao envolver tais elementos subjetivos – dolo e culpa –, a Constituição Federal consagra a responsabilidade civil subjetiva do empregador nos casos de acidente do trabalho (a ele equiparadas as doenças profissionais e do trabalho, conforme previsão do artigo 20 da Lei nº 8.213/1991), disciplinada pelos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil (culpa aquiliana em sentido lato).

Contudo, ao dispor sobre a responsabilidade daquele que lesa o meio ambiente, a Constituição Federal nada dispõe sobre a necessidade de constatação de dolo ou culpa para respectiva responsabilização, conforme artigo 225, § 3º (supra). Interpretando sistematicamente o diploma constitucional e considerando seu artigo 200, VIII, que deixa claro ser o meio ambiente do trabalho parte do meio ambiente geral, a responsabilização daquele que provoca danos ao meio ambiente do trabalho também não depende de demonstração de culpa ou dolo do agente.

Nessa perspectiva, entende-se que a disposição do artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal dirige-se àqueles casos em que os danos são oriundos de causalidades tópicas, isto é, problemas e situações pontuais, os quais não têm a magnitude de desequilibrar todo ou parte do meio ambiente laboral. Assim, em resumo, a responsabilidade civil subjetiva do empregador tem lugar quando o dano causado ao meio ambiente do trabalho foi tópico.

Nos casos de danosidade tópica, excepcionando a previsão do artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal, também é possível haver responsabilidade civil objetiva do empregador nos casos em a atividade econômica por ele desenvolvida, em função de suas peculiaridades, oferecer riscos especialmente elevados aos trabalhadores, isto é, riscos superiores àqueles

inerentes a quaisquer atividades econômicas. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, segundo o qual *“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”* (grifo nosso). Sobre tais riscos inerentes superlativos, esta é a interpretação dada também pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, expressa em seu Enunciado nº 38, indicando que *“a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”*.

Para além da danosidade tópica, há danos sistêmicos provocados ao meio ambiente do trabalho, desequilibrando-o no todo ou em parte. Para estes casos, em que se observa um desequilíbrio caracterizador de poluição labor-ambiental, dirige-se o artigo 14, §1º, da Lei nº 6.938/1991, segundo o qual *“sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. [...]”*. Portanto, o empregador poluidor – isto é, *“a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”* (artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/1991) – fica obrigado a reparar os danos causados ao meio ambiente do trabalho e aos trabalhadores, independentemente de culpa ou dolo.

A fim de identificar um meio ambiente laboral poluído, Feliciano (2013, p. 23) sugere um rol de indícios caracterizadores de um desequilíbrio sistêmico: (a) a afetação multitudinária dos trabalhadores, que são sujeitos às mesmas condições agressivas (e.g. insalubridade, periculosidade, penosidade, etc.) e, por isso, tendem a sofrer lesões semelhantes³⁵; (b) a reincidência, demonstrada por autuações administrativas anteriores com objeto igual ou similar àquele discutido nos autos; (c) a imperícia organizacional, comumente verificável em casos de mudança recente do objeto social da empresa; (d) a constatação pericial de riscos agravados ou proibidos naquele meio ambiente do trabalho. Para ilustrar a danosidade sistêmica e contrapô-la à tópica, o autor relata duas situações:

Imagine-se, e. g., a hipótese de um trabalhador sequelado por choque elétrico porque o seu encarregado esqueceu-se de colocar, na chave geral, o cadeado de segurança, vindo um terceiro a energizar acidentalmente o equipamento em

³⁵PADILHA, Norma Sueli. Meio ambiente do trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 4, p. 173-182, out/dez 2013, p. 181.

conserto. Todos os procedimentos de segurança são, em geral, observados, ocupando-se a empresa de distribuir EPI bastantes, além de orientar e fiscalizar o uso (Súmula n. 289 do C. TST). O acidente deveu-se, claramente a uma falha humana, não a um quadro de desequilíbrio organizacional ou ambiental. Logo, terá havido **causalidade tópica**, a atrair a norma do art. 7º, XVIII, da CRFB (...). De outra parte, imagine-se que auditores fiscais do trabalho (MTE) identifiquem cerca de duas dezenas de trabalhadores portadores de disacusia neurossensorial bilateral, todas lotados na mesma seção de certa indústria metalúrgica. Perícias ambientais detectaram níveis locais de ruído variáveis entre 86,6 e 88,0 decibéis, enquanto perícias médicas revelaram que as perdas bilaterais dos empregados oscilam entre 13,52% e 16,21%. No processo judicial em que se reclamam indenizações individuais, as testemunhas ouvidas revelam o fornecimento insuficiente de protetores auriculares, aliado à inocorrência de orientação ou de efetiva fiscalização de uso. Aí estão suficientemente descritos elementos indicativos da **causalidade sistêmica** dos danos, a atrair a norma do art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/81³⁶.

Nota-se, a partir dos exemplos traçados acima, que, em contraposição à causalidade tópica, a causalidade sistêmica ensejadora de poluição labor-ambiental tem relação direta com a própria organização do meio labor-ambiental, com os métodos de produção, com o desrespeito reiterado de obrigações legais, tratando-se de um desequilíbrio gestáltico.

Assim, conforme exposto é possível identificar três regramentos jurídicos (coerentes entre si) a respeito da responsabilização civil do empregador: (i) responsabilidade civil subjetiva do empregador em função de danos tópicos, fundada em dolo ou culpa (prevista no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal e regulada pelos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil); (ii) responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de um risco especialmente elevado (risco inerente superlativo) gerado por sua atividade econômica (prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil); (iii) responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente do desequilíbrio do meio ambiente (poluição labor-ambiental), fundada no artigo 14, §1º, da Lei nº 6.938/1981, aplicável nos casos de danosidade sistêmica.

4 CONCLUSÃO

Considerando a disposição constitucional expressa sobre a configuração do meio ambiente do trabalho como parte integrante do meio ambiente humano (artigo 200, inciso VIII da Constituição Federal), aplicam-se às questões de saúde e segurança do trabalho - e, de modo

³⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *O meio ambiente do trabalho e a responsabilidade civil patronal: reconhecendo a danosidade sistêmica*. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João. (Coord.). *Direito ambiental do trabalho*. v.1. Apontamentos para uma teoria geral: saúde, ambiente e trabalho: novos rumos da regulamentação jurídica do trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p. 22-23.

mais abrangente, a todo o Direito Ambiental do Trabalho - os princípios protetores do Direito Ambiental; e, notadamente, o princípio da prevenção, o princípio da precaução, o princípio da melhoria contínua, o princípio da informação, o princípio da participação e o princípio do poluidor-pagador. Aplicam-se, mais, naquilo que for compatível, as leis que regem a proteção do meio ambiente, e, em especial, a Lei nº 6.938/1981.

Nessa perspectiva, os riscos inerentes à presença do amianto no meio ambiente do trabalho, não podem ser corretamente avaliados, se não à luz dos princípios jurídicos acima relacionados. Sob o pálio da prevenção/precaução, resulta certo que a exposição de trabalhadores às diversas modalidades de amianto - inclusive o crisotila - deve ser prioritariamente eliminada e evitada; e assim haveria de ser, mesmo se houvesse incerteza científica a respeito de seu potencial cancerígeno (o que, a rigor, já não há, mercê dos próprios comunicados da Organização Mundial da Saúde).

Onde a eliminação não ocorra prontamente, ademais, à vista do modelo federativo brasileiro e das recentes decisões do STF, deverão ter curso todas as medidas adequadas para que os riscos sejam progressivamente diminuídos (princípio da melhoria contínua) e plenamente informados aos trabalhadores (princípio da informação), que, por sua vez, devem ser chamados a dialogar sobre as melhores estratégias de segurança laboral (princípio da participação) até o banimento final.

De resto, em relação aos danos laborais derivados do amianto já utilizado pela indústria nacional, está o empregador obrigado a reparar os danos que sua atividade causou (princípio do poluidor-pagador), independentemente de culpa ou dolo. Em outras palavras, o empregador-poluidor que manteve seus trabalhadores expostos ao amianto deverá ser responsabilizado objetivamente, seja porque sua atividade é superlativamente mais lesiva aos trabalhadores (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), seja ainda - se assim não se entender - porque ambientes laborais expostos ao amianto ou por ele contaminados estão indelevelmente desequilibrados.

Como há um século e meio ponderou Abraham Lincoln, "[y]_ou cannot escape the responsibility of tomorrow by evading it today". Que assim seja, agora e doravante, para todas as chagas que a crisotila nos legou, e à posteridade.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO (ANAMATRA); ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO (ANPT). *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. 2008.

CLERC, J. M. Training as an instrument of a strategy for the improvement of working conditions and environment. *International Labour Review*, v. 121, 1982, p. 565.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 20, 2002.

_____. *O meio ambiente do trabalho e a responsabilidade civil patronal: reconhecendo a danosidade sistêmica*. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João. (Coord.). *Direito ambiental do trabalho*. v.1. Apontamentos para uma teoria geral: saúde, ambiente e trabalho: novos rumos da regulamentação jurídica do trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p. 11-25.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER (INCA). *Amianto: prevenção e fatores de risco*. Disponível em < <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/prevencao-fatores-de-risco/amianto> >. Acesso em 13 set. 2017.

_____. *Pelo menos 19 tipos de câncer podem estar relacionados ao trabalho*. 2012a. Disponível em < http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/comunicacao/informacao/site/home/sala_imprensa/releases/2012/pelo_menos_19_tipos_cancer_podem_estar_relacionados_trabalho >. Acesso em 11 set. 2017.

_____. Coordenação Geral de Ações Estratégicas, Coordenação de Prevenção e Vigilância, Área de Vigilância do Câncer relacionado ao Trabalho e ao Ambiente. Fátima Sueli Neto Ribeiro (Org.). *Diretrizes para a vigilância do câncer relacionado ao trabalho*. Rio de Janeiro: INCA, 2012b.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARANHÃO, Ney. *Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual*. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães.; URIAS, João.; MARANHÃO, Ney. (Coord.) *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. v.3. São Paulo: LTr, 2017.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2013.

OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ADMINISTRATION. *Asbestos*. OSHAFactSheet, 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1998.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Eliminación de las enfermedades relacionadas con el asbesto*. 2016. Disponível em < <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs343/es/> >. Acesso em 12 set. 2017.

_____. *Asbesto crisotilo*. 2015. Disponível em < http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/178803/1/9789243564814_spa.pdf?ua=1&ua=1 >. Acesso em 11 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano de 1972*. 1972. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html> >. Acesso em 10 set. 2017.

_____. *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento*. 1992. Disponível em < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf> >. Acesso em 10 set. 2017.

PADILHA, Norma Sueli. Meio ambiente do trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 4, p. 173-182, out/dez 2013.

_____. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

BALANCE DE MÁS DE VEINTE AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LEY 31/1995, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES (LPRL)

ASSESSMENT OF MORE THAN TWENTY YEARS OF APPLICATION OF THE LAW 31/1995 OF 8 NOVEMBER, ABOUT LABOUR RISKS PREVENTION

María Teresa Igartua Miró¹

RESUMEN: La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, encargada de adecuar la normativa española a los dictados comunitarios, ha superado ya los veinte años de trayectoria vital. Superada la época de las interpretaciones teóricas, es momento ahora para valorar el sistema implantado en su conjunto, destacando sus debilidades y fortalezas. Rebasada con creces la mayoría de edad, debemos también reflexionar sobre la oportunidad de introducir algunos cambios normativos. A nuestro juicio debe primar un nuevo enfoque que, sin olvidar la tutela frente al accidente de trabajo y la enfermedad, venga presidido por la búsqueda de la mejora constante de las condiciones de trabajo, el bienestar y la consideración de las características personales del trabajador. El cambio de óptica reside también en la superación de la posición hegemónica y prácticamente exclusiva de las normas jurídicas y de las potestades sancionadoras, para buscar la sensibilización, la participación y la eficiencia, con instrumentos no legislativos que contribuyan a la aplicación eficaz de las políticas preventivas, de forma especial en las pequeñas empresas. Ello solamente puede lograrse con la participación y la implicación activa de los trabajadores en los procesos decisorios en materia preventiva.

PALABRAS CLAVE: Salud laboral; Prevención; Derechos; Participación; Implicación; Bienestar; Buenas prácticas.

RESUMEN: 1 Preliminar. 2 El modelo preventivo que vino de Europa. 2.1 Los antecedentes inmediatos. 2.2 La Ley y su marco normativo. 2.3 El centro neurálgico del sistema: la obligación general de seguridad a cargo del empresario. 2.4 El trabajador como actor secundario en materia preventiva. 2.5 Los sujetos de la prevención. 2.6 La amplia panoplia de responsabilidades en materia preventiva. 3 Valoración crítica de la aplicación de la LPRL: algunos logros, a pesar de ciertos déficits. 4 El cambio de rol del trabajador e la prevención participada como claves para la eficiente aplicación de la LPRL. 5 El bienestar en el trabajo como próxima meta: algunas propuestas

ABSTRACT: The Law 31/1995, of 8 November, about Labour Risks Prevention, that was responsible for adjusting the Spanish rules to the European Union rules, has already twenty years of existence. After the period of theoretical interpretation, it's time to evaluate the implemented system as a whole, showing its weaknesses and strengths. We also must reflect on the opportunity of changing some rules. We think that it must have a new focus which, without forgetting the protection against occupational accident and disease, try always to improve work conditions, welfare and consideration of worker's personal features. The change of view also regards the overcoming of hegemonic and almost exclusive position of rules and sanction in order to seek awareness, participation and efficiency using not legal instruments that contribute to effective application of preventive policies specially in small companies. This is only possible with the workers' participation and active implication in decision-making process regarding prevention.

KEYWORDS: Labour health; Prevention; Rights; Participation; Implication; Welfare; Best-practices.

SUMÁRIO: 1 Preliminar. 2 O modelo preventivo que veio da Europa. 2.1 O plano de fundo imediato. 2.2. A Lei e seu quadro regulatório. 2.3 O centro nevrálgico do sistema: a obrigação geral de segurança encarregada do

Artigo recebido em 17/09/2017

Artigo aprovado em 15/11/2017

¹ María Teresa Igartua Miró é Professora Titular de Direito do Trabalho e de Direito da Seguridade Social na Universidade de Sevilha.

empregador. 2.4 O trabalhador como ator secundário em questões preventivas. 2.5 Os temas de prevenção. 2.6 A ampla panóplia de responsabilidades em questões preventivas. 3. Avaliação crítica da aplicação da LPRL: algumas realizações, apesar de certos déficits. 4. Mudando o papel do trabalhador e a prevenção da participação como chaves para a aplicação eficiente da LPRL. 5 O bem estar no trabalho como um próximo objetivo: algumas propostas

1 PRELIMINAR

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), implicó la adaptación del ordenamiento interno a los estándares comunitarios, si bien con notable retraso, con enormes dificultades y apremiados por la decisión que había de tomar el TJUE en relación al cumplimiento de España de su deber de trasponer hasta seis Directivas Comunitarias². Transcurridas más de dos décadas desde su aprobación procede hacer un balance no tanto o no sólo del marco normativo de referencia sino, de manera especial, de su especialmente compleja y escasamente asumida aplicación práctica³. Destaca una norma que nada a contracorriente en el panorama normativo laboral del país, dado su alto grado de estabilidad y su resistencia a los cambios, a pesar de las transformaciones notorias de la realidad social a la que viene a aplicarse. No obstante, no se mantiene totalmente al margen de la posible incidencia de modificaciones operadas en las últimas reformas legales en el ordenamiento jurídico laboral⁴.

Al margen de alteraciones más bien puntuales, la única reforma de alcance global sufrida por la LPRL se operó por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre. Esta última partía de un elogioso realismo y un acertado diagnóstico, aunque seguramente no estuvo tan atinada en las soluciones propuestas. En aquel momento ya es consciente el legislador de la existencia de ciertos problemas que dificultan su aplicación y de determinadas insuficiencias en su contenido, que se manifiestan, en términos de accidentes de trabajo, en la subsistencia de índices de siniestralidad laboral indeseados que reclaman actuaciones tan profundas como ágiles. Además, se pone de manifiesto una deficiente incorporación de la prevención en la empresa, que se evidencia en un frecuente cumplimiento más formal que eficiente de la normativa. Por otra

² vid. STJCE de 26 de septiembre de 1996, asunto C-79/1995.

³ En este sentido, también MERCADER UGUINA, J.R., "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después", Revista de Información Laboral núm. 7/2015, pp. 1 ss de la versión consultada en www.westlaw.es; LIMÓN TAMÉS, M.D., "Veinte años movidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", IUSLabor 2/2015, pp. 1 ss. Puede verse MOLINA NAVARRETE, C., GARCÍA JIMÉNEZ, M. y SORIANO SERRANO, M., Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Una revisión crítica, veinte años después, CEF, Madrid, 2016; MARTÍN JIMÉNEZ, R., Informe conmemorativo de los veinte años de la aprobación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, CEOE y Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, Madrid, 2015.

⁴ A título de ejemplo puede verse, LÓPEZ ANIORTE, C. Y RODRÍGUEZ EGÍO, M.M., "¿Afecta negativamente a la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras la configuración de la empresa como unidad de negociación prevalente?", Anales de Derecho 1/2016, Universidad de Murcia, pp. 1 ss, <http://revistas.um.es/analesderecho>

parte, se destaca la falta de adecuación de la normativa preventiva a las nuevas formas de organización del trabajo, en especial en las diversas formas de subcontratación y en el sector de la construcción.

En resumida síntesis, puede afirmarse que la PRL, aunque requeriría algunos cambios y desarrollos normativos, envejece bien debido a su carácter genérico, a sus formulaciones amplias e indeterminadas y a sus referencias continuas a la adaptación y adecuación a las nuevas circunstancias y los nuevos riesgos. Todo ello lleva a considerar que superados los veinte años de aplicación -la fecha de entrada en vigor de la norma quedó fijada el 10 de febrero de 1996-, de estudio e investigación de la norma, nos parezca adecuado hacer un balance crítico de la misma. Aun cuando un análisis de estas características, naturalmente, exigiría una mayor disposición espacio-temporal y, por ello, no tiene pretensiones de exhaustividad, asumiendo, desde este momento, que quedarán distintos aspectos por abordar y cuestiones no resueltas en absoluto.

2 EL MODELO PREVENTIVO QUE VINO DE EUROPA

2.1 Los antecedentes inmediatos

Resulta patente que la finalidad que subyace a la LPRL no es otra que la tutela del derecho esencial a la seguridad y la salubridad del trabajador. Derecho con claro anclaje constitucional en el derecho a la vida e integridad física y moral (art. 15 del Texto Constitucional del año 78), que tiene reflejo expreso en los principios rectores de la política social y económica contenidos en los arts. 40.2 y 43 CE, dedicados al deber de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo (40.2 CE) y a la tutela de la salud. El Tribunal Constitucional (STC 62/2007, de 27 de marzo y 160/2007, de 2 de julio) acertadamente ha afirmado que "la tutela del derecho a la vida en este ámbito no exige un daño, en cuanto que esta protección (reparación) resulta insuficiente, siendo esencial la tutela en el plano estrictamente preventivo". A juicio del Alto Tribunal no es preciso para que entre en juego la tutela constitucional que el perjuicio a la integridad física o moral se haya producido, lo que convertiría a esta protección en una tutela *ex post* ineficaz, siendo suficiente la existencia de un riesgo significativo de que el perjuicio podría llegar a producirse. En consecuencia, el incremento de la frecuencia y la gravedad de los riesgos exigen una protección en el seno del contrato de trabajo, de forma que los derechos y deberes impuestos por la legislación a los empresarios, deben interpretarse a la luz del texto constitucional.

Ahora bien, aunque estos principios aparecían plasmados ya en la Constitución y también el Estatuto de los Trabajadores del año 80 se encargaba de garantizar el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, el gran despliegue del ordenamiento interno y la progresiva relevancia adquirida por esta materia vienen de la mano de la trasposición de la Directiva Marco⁵ (en adelante, DM), a través de una Ley del mismo carácter, la citada LPRL, que traspone además las Directivas en relación a los colectivos especialmente sensibles.

2.2 La Ley y su marco normativo

La LPRL viene acompañada de un vasto y complejo conjunto normativo, plasmado en un extenso desarrollo reglamentario (art. 6 LPRL), que incluye tanto normas que concretan aspectos generales del sistema preventivo (evaluación de riesgos y planificación preventiva) y de la organización de la prevención (RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; en adelante, RSP) o la coordinación de actividades preventivas (RD 171/2004, de 30 de enero) como toda una serie de normas que se ocupan de sectores específicos como la construcción (RD 1627/1997, de 24 de octubre) o la minería (RD 1389/1997, de 5 de septiembre), o de riesgos concretos, por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, la protección frente al amianto (RD 396/2006, de 31 de marzo), riesgos químicos (RD 374/2001, de 6 de abril) o biológicos (RD 664/1997, de 12 de mayo), exposición al ruido (RD 286/2006, de 10 de marzo), radiaciones ionizantes (RD 738/2011, de 6 de julio) y así sucesivamente. Disposiciones que, en su mayor parte, trasponen Directivas comunitarias, derivadas de la Marco, fruto de la importante política europea desplegada en esta parcela. Aun cuando este marco normativo destaca por su notable amplitud y dispersión de las normas, por las dificultades inherentes a su conocimiento, por la existencia de una miríada de normas técnicas algo enmarañadas y de no fácil manejo y por la complejidad en orden a la aplicación e interpretación de algunas disposiciones, nuestra atención se centrará en el texto de la LPRL, porque es aquí, sin lugar a dudas, donde encontramos las líneas maestras del sistema.

La LPRL viene caracterizada por su carácter mínimo (art. 2.2 LPRL) respecto al desarrollo reglamentario y a la negociación colectiva, por ser una norma general y de principios, por su amplio ámbito de aplicación y su vocación universal (todo tipo de riesgos y toda clase de empresa). Parte, en definitiva, de unos amplísimos conceptos de riesgo laboral y de condiciones de trabajo (art. 4.2 LPRL), que han permitido que una ingente doctrina judicial y jurisprudencial

⁵ Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO L 183 de 29.6.1989).

extienda sin excesivos problemas la protección a riesgos como los psicosociales (STS de 20 de septiembre de 2007, RJ 8304), en especial el estrés⁶, síndrome de *burnout* o el acoso⁷. También en relación a sucesos, quizás imprevisibles e inevitables, pero susceptibles de disminución del riesgo o de sus efectos sobre la seguridad y salud, a través de la adopción de medidas, lugar destacado ocuparía el atraco⁸. De forma omnicomprendensiva, la LPRL introduce principios generales en la prevención de riesgos laborales, como la planificación, la participación de empresarios y trabajadores, la colaboración o la adaptación del trabajo a la persona.

En relación a su ámbito subjetivo de aplicación, como línea de principio, la normativa preventiva se aplica más allá del ámbito estricto de la relación laboral, incluyendo al personal al servicio de las Administraciones Públicas, con particularidades (RD 67/2010, de 29 de enero, modificado por RD 1084/2014, de 19 de diciembre) y a las cooperativas de trabajo asociado, entre otros. Sin embargo, se excluyen determinadas actividades propias de concretos colectivos, que han sido objeto de regulaciones específicas como la policía nacional (RD 2/2006, de 16 de enero), la guardia civil (RD 179/2005, de 18 de febrero) o la fuerzas armadas (RD 1755/2007, de 28 de diciembre; modificado por RD 640/2011, de 9 de mayo)⁹. Se aplica también, aun cuando con adaptaciones, en el ámbito de los centros y establecimientos militares (RD 1932/1998, de 11 de septiembre) y en los establecimientos penitenciarios (art. 3.3). Existen también disposiciones específicas para las ETT (RD 216/1999, de 5 de febrero). Sin embargo, en el ámbito de la relación laboral, se aplica a todos los trabajadores subordinados, con independencia de la duración y el tipo de contrato.

En lo relativo a las exclusiones, no resulta de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (art. 3.4). En principio, el deber de seguridad viene conectado a la prestación de servicios por cuenta ajena y dependiente, de forma que para los autónomos únicamente se regulan una serie de derechos y obligaciones para los supuestos de coincidencia de actividades con otras empresas en el centro de trabajo (art. 24 LPRL) junto a imprecisas previsiones, algunas de difícil aplicación práctica, contenidas en la Ley 20/2007, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo. Norma que brinda una tutela bastante débil al autónomo, escasamente justificada en relación al autónomo económicamente dependiente, donde las peculiaridades de la situación del trabajador, la debilidad y la presencia de un empresario "preeminente", deberían llevar, *de lege ferenda*, a la asunción por su parte de algunas obligaciones, aspecto en el que incidiremos *infra*.

⁶ STS de 18 de enero de 2005 (RJ 1157).

⁷ STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2400) y ATS 15 de enero de 2014 (JUR 61523).

⁸ SSTs 12 de junio de 2013, (RJ 5730) y 20 de noviembre de 2014 (RJ 6814).

⁹ Sobre esta problemática puede verse la STJCE de 12 de diciembre de 2006, asunto C-132/04, caso Comisión contra España.

2.3 El centro neurálgico del sistema: la obligación general de seguridad a cargo del empresario

Hemos de recordar que la LPRL siendo una Ley de amplio espectro y de carácter general, viene a poner en el centro del sistema la obligación general de seguridad del empresario. La norma toma como punto de partida del capítulo III (Obligaciones del empresario) el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo que comporta el correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores, a través de la garantía de su seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias¹⁰ (art. 14.2 LPRL). De esta forma, se configura la posición deudora del empresario a través básicamente de una obligación general de seguridad, en los amplios términos descritos (STS de 12 de julio de 2007, RJ 8226), caracterizada por su carácter dinámico y permanente.

La mencionada disposición, que en otros ordenamientos es considerada como una auténtica cláusula de cierre del sistema, reviste, a nuestro juicio, una particular importancia habida cuenta su atemporalidad y su simultánea modernidad. Estamos ante una cláusula que no envejece, porque no puede hacerlo y porque, prima por encima de todo su finalidad de garantía del derecho del trabajador, con una configuración claramente abierta, que alberga todos los comportamientos del empresario necesarios e indispensables para la seguridad, con independencia de su tipología y más allá de las previsiones contenidas en la norma específica. Despliega, además, un contenido claramente preventivo, aunque en sede judicial lamentablemente su aplicación sigue quedando pospuesta al momento resarcitorio o a la imposición del recargo de prestaciones regulado en el art. 164 LGSS¹¹, algo que ha ocurrido también en otros ordenamientos, caso paradigmático el del art. 2087 Cod.civ. italiano.

Según reza el art. 14 LPRL, el empresario debe garantizar la seguridad y la salud en todos los aspectos relativos al trabajo y debe adoptar todas las medidas necesarias, más allá

¹⁰ La doctrina no ha dudado en poner de manifiesto la inseguridad jurídica que provoca una referencia de este tipo y las notables dificultades prácticas para su aplicación, MARTÍN JIMÉNEZ, R., Informe conmemorativo de los veinte años..., op.cit., pp. 28-29. No obstante estos inconvenientes, la heterogeneidad y variedad de los riesgos laborales exigen su existencia y, además, su consideración a la luz de la concreta evaluación de riesgos y la planificación preventiva llevada a cabo por el empresario, permite comprobar de forma fehaciente si el empresario ha cumplido con los estándares impuestos por la obligación o no.

¹¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 31 de octubre).

incluso de las expresamente previstas¹², para tutelar al trabajador, según la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, por medio de la integración de la prevención en la actividad empresarial. La amplitud de la deuda es considerable, y obliga al empresario a elegir las medidas a adoptar en función de las características de la empresa, la peligrosidad de la actividad y los trabajadores implicados. La obligación se configura de manera dinámica y debe adaptarse a la evolución de la técnica y actualizarse en función a las nuevas situaciones de riesgo. Pese a la ausencia de un profundo debate al respecto entre los iuslaboralistas, se asume de forma bastante natural que la norma impone un criterio de seguridad en términos de posibilidad tecnológica¹³. En los aspectos centrales se rechaza la valoración costes-beneficios, y se presume que nos movemos en el plano de la "disponibilidad" de los medios, no de tecnologías no experimentadas o inaccesibles. La previsibilidad y la evitabilidad se convierten en los límites a la obligación.

Esta deuda general se concreta también en una serie de deberes más específicos, de carácter instrumental, en tanto sirven al cumplimiento de aquélla. A lo anterior se acompaña la previsión de una serie de principios de la acción preventiva, regulados expresamente en el art. 15 LPRL y las obligaciones específicas que derivan del desarrollo reglamentario. Resultaría imposible e inadecuado un análisis aquí de detalle de todas y cada una de estas obligaciones. Ahora bien, queremos destacar la "procedimentalización" de la obligación operada por la LPRL, para conformar un verdadero sistema preventivo. El centro del sistema se sitúa en la obligación esencial del empresario de integrar la prevención en la empresa (art. 16 LPRL), a través de la elaboración e implantación de un plan de prevención (art. 2 RSP) basado en dos instrumentos claves: la evaluación de riesgos y la planificación preventiva. Al decir del art. 1 RSP la actividad preventiva debe integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en los distintos niveles jerárquicos. Así, la prevención debe proyectarse en los procesos técnicos, en la organización del trabajo y en las condiciones en que éste se preste. Para empresas con actividades poco peligrosas y de pequeñas

¹² Se condena a la empresa a indemnizar por daños y perjuicios al trabajador en tanto no se ha acreditado la adopción de las medidas de protección necesarias "cualesquiera que ellas fueran", vid. STS 4 de mayo de 2015 (RJ 2601).

¹³ Por todos, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., "El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y razonablemente factible", *Revista de Derecho Social* n° 39, 2007, pp. 1 ss. Cuestión que ha centrado también la atención del Tribunal, que de forma especial ha salido al paso acerca de la compatibilidad con la Directiva de la norma británica que hace referencia a la "seguridad razonablemente viable", vid. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., "La configuración de la obligación de seguridad y salud empresarial y el sistema de responsabilidad en materia preventiva (A propósito de la Sentencia del TJCE, de 14 de junio de 2007, sobre la obligación del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo)", *Tribuna Social* n° 223, 2009, pp. 33 ss.

dimensiones se contempla la posibilidad de realizar un plan de prevención de carácter simplificado (art. 16.2 bis LPRL y art. 2.4 RSP). El plan debe ser aprobado por la dirección de la empresa (art. 2.1 RSP), ha de documentarse (junto a las otras obligaciones plasmadas a estos efectos en el art. 23 LPRL) y conservarse a disposición de la autoridad laboral, sanitaria y de los representantes de los trabajadores y debe incluir un contenido concreto regulado en el art. 2.2 RSP.

El núcleo esencial del sistema preventivo, herramienta que facilita los datos para poder poner en práctica de forma adecuada y planificada las medidas de seguridad necesarias, viene constituido por la evaluación de riesgos laborales (art. 16 LPRL). Se define la evaluación como el proceso dirigido a estimar la magnitud de los riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que hayan de adoptarse (art. 3.1 RSP). En cuanto al método o procedimiento para realizarla se deja bastante libertad al empresario para su elección, aunque debe resultar adecuado y consultar a los representantes de los trabajadores (art. 3.2 RSP; STS 16 febrero de 2016, que confirma la SAN de 14 de mayo de 2014, AS 1239). Debe realizarse una evaluación inicial en relación a cada uno de los puestos de trabajo, teniendo en cuenta tanto las condiciones de trabajo en los amplios términos definidos en el art. 4.7 LPRL como la naturaleza de la actividad o la presencia de trabajadores especialmente sensibles (art. 4 RSP). Evaluación que deberá ser objeto de actualización o ajuste en determinados momentos, en especial, con ocasión de elección de equipos de trabajo, sustancias o preparados químicos, introducción de nuevas tecnologías, modificación en el acondicionamiento de los lugares de trabajo, cambios en los equipos de trabajo, incorporación de trabajadores especialmente sensibles (art. 4.2 RSP) y revisarse (art. 6 RSP) cuando lo establezca una disposición específica, cuando se hayan detectado daños a la salud de los trabajadores o que las actividades preventivas puedan ser inadecuadas o insuficientes y con la periodicidad acordada con los representantes de los trabajadores. Existe bastante libertad a la hora de elegir el método de evaluación, aunque el art. 5 RSP establece algunos criterios que deben respetarse en su realización y debe arrojar confianza sobre su resultado. Pese a la inexistencia de referencia legal alguna a los riesgos psicosociales, un relevante pronunciamiento judicial reafirman la obligación empresarial de realizar una evaluación en relación a los mismos, con participación y consulta de los trabajadores (STS 16 de febrero de 2016 citada).

Los resultados de la evaluación serán la base para la planificación de la actividad preventiva en la empresa (art. 8 RSP), incluyendo en ella los medios humanos y materiales

necesarios, y la asignación de los recursos económicos precisos para la consecución de los objetivos propuestos, incluyendo la designación de responsables, el plazo para llevar a cabo la actividad preventiva y las medidas concretas en relación a las principales obligaciones empresariales (formación, información, vigilancia de la salud, medidas de emergencia) (art. 9 RSP). El art. 16.2 LPRL pone de manifiesto que "el empresario deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma".

Otras obligaciones empresariales de crucial importancia serían la información a los trabajadores (art. 18 ET) o la formación (art. 19 LPRL) adecuada en materia preventiva. Algunas Sentencias corrigen la generalidad con que es abordada esta cuestión por la legislación y las prácticas desviadas de los empresarios, señalando que la formación ha de realizarse de manera real y efectiva, sin que resulte suficiente el hecho de suscribir un documento que afirme que se han cumplido las obligaciones, si la práctica demuestra lo contrario (STS -Sala 1ª- de 3 de julio de 2008, RJ 3324) o la mera entrega sin más de libros o fascículos. Por su parte, se regulan obligaciones específicas para supuestos de riesgo grave e inminente, la coincidencia de actividades en un mismo centro de trabajo, la vigilancia de la salud o la protección de los trabajadores especialmente sensibles, que plantean notables problemas aplicativos y de detalle, que exceden de los objetivos de este trabajo.

2.4 El trabajador como actor secundario en materia preventiva

Sin entrar en cuestiones de detalle, grosso modo, es bien conocida la posición que aún hoy día ostenta el trabajador en el ordenamiento de la prevención de riesgos laborales¹⁴, esto es, titular básicamente de derechos, iniciando con el general a la protección eficaz, acompañado de prerrogativas más específicas, incluida una relevante facultad de autotutela para supuestos de riesgo grave e inminente, esto es, la interrupción y abandono, llegado el caso, del lugar de trabajo (art. 21.2 LPRL)¹⁵. Derecho con claro anclaje constitucional, de carácter excepcional y escaso ejercicio.

¹⁴ Por todos, LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., "Obligaciones preventivas y responsabilidad de los trabajadores", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 36, 2014, pp. 1 ss; NAVAS-PAREJO ALONSO, M., *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*, Lex Nova y Thomson Reuters, Valladolid, 2012; POQUET CATALÁ, R., *Derechos y obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2015.

¹⁵ Entre otros, MORATO GARCÍA, R.M., "Problemática en torno a la tutela en situaciones de riesgo grave e inminente. Diagnóstico y perspectivas a la luz de su tratamiento convencional", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 26, 2011.

Pues bien, junto a sus derechos y su marcada posición de acreedor de la deuda de seguridad frente al empresario, el trabajador tiene también una serie de obligaciones (art. 29 LPRL), que pueden tildarse de condicionadas (según sus posibilidades, de conformidad con su formación y de acuerdo con las instrucciones recibidas del empresario), secundarias respecto a las del empresario y, en ningún caso, de iniciativa, pues su papel es más bien de colaboración (informando de los riesgos a su superior jerárquico), cooperación, corrección (uso adecuado y correcto de los equipos de trabajo y de protección y los dispositivos de seguridad) y obediencia (art. 5 b) y 19.2 ET), en relación a las medidas dispuestas por su empleador. Ahora bien, como señalan los tribunales, al trabajador le es exigible un deber individual de observar las medidas de seguridad que conoce y una conducta propia de todo ser racional, adulto y capacitado para su trabajo. La LPRL sitúa la responsabilidad del trabajador en esta materia en el ámbito del poder disciplinario del empresario, dando lugar a las correspondientes sanciones y, llegado el caso, al despido disciplinario, en los términos previstos en la negociación colectiva (art. 58 ET).

2.5 Los sujetos de la prevención

Como a estas alturas es bien conocido, la actividad preventiva es sumamente compleja y descansa en conocimientos técnicos y especializados y en aptitudes concretas. Ello llevó al legislador, siguiendo los dictados comunitarios, a exigir a los empresarios requerir de la colaboración de distintos sujetos. Ello sintéticamente implica, en primer lugar, que las empresas para el cumplimiento de sus obligaciones deben dotarse de medios humanos y materiales para la prevención de riesgos laborales, de forma que se considera incluida en el deber de seguridad la organización de la prevención de riesgos. La LPRL, huyendo de las rigideces y en aras a la flexibilidad, admite la opción -con algunos límites- por alguna de las modalidades diseñadas legalmente, esto es, asunción personal por el empresario, designación de trabajadores, constitución de un servicio de prevención propio (que incluye la fórmula mancomunada *ex art. 21 RSP*) o el concierto de la actividad preventiva con un servicio ajeno, debidamente acreditado (art. 10 RSP).

En la práctica, seguramente, la inadecuada transposición de la Directiva Marco, que como es sabido, da prioridad a los recursos internos, diseñando el recurso a servicios externos como subsidiaria, está en el origen de un número importante de problemas derivados de la aplicación de la normativa preventiva. Nuestra legislación parte de una igualdad de planos entre recursos externos y propios en materia preventiva, que en la realidad se torna casi en una clara preferencia por los primeros, utilizados en muchas ocasiones como forma exclusiva de

organización de la prevención en la empresa, con la consiguiente desconexión entre las tareas preventivas y sus protagonistas y a inadecuados cumplimientos preventivos por parte de estos servicios, pese al control ejercido por la Administración en sede de acreditación para funcionar como servicio de prevención ajeno. A diferencia de otros ordenamientos, se echa en falta la obligación de designar trabajadores encargados de la prevención e, incluso, de nombrar un responsable del servicio, de forma que con frecuencia la responsabilidad de los sujetos queda en buena medida desdibujada. Tampoco hay referencia al nombramiento del médico responsable, aunque existen normas específicas, cada vez más detalladas, donde se regulan el número de médicos competentes en función del número de trabajadores a atender y los recursos mínimos necesarios

En otro orden de consideraciones, la LPRL siguiendo también la estela de la Directiva Marco, sitúa en un lugar destacado la participación de los trabajadores en materia de seguridad y salud¹⁶. Es más, parte de considerar que los derechos de información, participación y consulta forman parte del derecho a la protección eficaz, en un intento de delinear una representación especializada donde lo preeminente resulte ser el aspecto participativo y de colaboración frente al conflicto. En esta materia, como en ninguna otra, los intereses de trabajadores y empresarios han de caminar de la mano, y deben basarse en una relación básicamente colaborativa, si tenemos en cuenta que objetivo primordial es la garantía de derechos del trabajador, esenciales e indisponibles.

Según dispone el art. 35.1 LPRL los delegados de prevención son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales. En principio, su designación está prevista por y entre la representación del personal (comités de empresa y delegados de personal, y los correspondientes representantes en el ámbito de la administración pública), en empresas o centros de trabajo con seis o más trabajadores. Se trata, por tanto, de un órgano representativo de segundo grado, "especializado", por así decir, sin que se instaure una nueva instancia de representación de los trabajadores (SAN de 21 de julio de 1998, AS 3006; STS de 31 de marzo de 2009, RJ 2602). En cuanto al número de delegados, va aumentando (de 1 a 8) en función de la plantilla, y resulta seguramente ampliable por

¹⁶ Por todos, BORRAJO DACRUZ, E., "La participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral* n° 13, 2011, pp. 1628 ss; CAMPS RUIZ, L.M., *La participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; GARCÍA MIGUÉLEZ, M.P., "La participación de los trabajadores en materia de Prevención de Riesgos Laborales", *Pecunia* n° 8, 2009, pp. 121 ss. MIRANDA, L., *La dimensión colectiva de la tutela del entorno de trabajo en Europa: perfiles comparativos entre Italia, Francia y Eslovenia*, Bomarzo, Albacete, 2012. Sobre el sistema representativo "especializado" en España, entre otros, ALVAREZ MONTERO, A., *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2001; AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., *El Comité de Seguridad y Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; ROMERAL FERNÁNDEZ, J., *El delegado de prevención*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

negociación colectiva. El régimen descrito resulta dispositivo para la negociación colectiva, de esta forma, "en los convenios colectivos podrán establecerse otros sistemas de designación de los delegados de prevención, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los trabajadores" (art. 35.4 LPRL). Según la jurisprudencia, esta posibilidad queda reservada al convenio colectivo estatutario [SSTS de 9 de marzo de 2011 (RJ 3120) y 25 de julio de 2013 (JUR 310010)]¹⁷. Por otra parte, la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse en reiteradas ocasiones acerca del polémico asunto de si es necesario respetar el criterio proporcional en la designación de los delegados. Aunque el tema planteó bastante conflicto en los TSJ, inclinándose mayoritariamente por el criterio proporcional, el TS vino a zanjar el tema considerando, en atención a diversos argumentos entre los que destacan el carácter técnico del órgano y su carencia de facultades para negociar colectivamente, que resulta inexigible el respeto de la proporcionalidad sindical, siendo suficiente el criterio mayoritario¹⁸. Por su parte, el propio precepto legal permite también la constitución por negociación colectiva de órganos específicos que asuman las competencias y facultades de los delegados de prevención y cuyo ámbito de actuación podría corresponderse con el propio de aplicación del convenio.

Las competencias de los delegados de prevención aparecen reguladas en el art. 36 LRPL y son principalmente de información¹⁹, consulta, vigilancia y control (sin que ello los convierta en garantes de la seguridad, dado que a la empresa se impone la observancia de la obligación de seguridad directamente, sin condicionamiento a que le sean exigidas por los órganos de participación en la materia, STS de 6 de mayo de 1998, RJ 4096) y colaboración. A ello se acompañan una serie de facultades como las de acompañar a los técnicos en sus visitas y las propuestas al empresario o al comité de seguridad y salud acerca de medidas preventivas y para la mejora de los niveles de protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Asimismo, pueden proponer la paralización de la actividad en supuestos de riesgo grave e inminente. En cuanto a las garantías, le resultan de aplicación las reconocidas a la representación unitaria, aunque debe imputarse al crédito horario ya reconocido el tiempo utilizado por los delegados de prevención para el desempeño de sus funciones específicas (art. 37.1.2 LPRL). No obstante, se considera tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al crédito horario, el tiempo dedicado a

¹⁷ Sobre la posibilidad de que el cambio afecte también al comité de seguridad y salud, STS de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009/1025).

¹⁸ SSTS de 15 de junio de 2008 (RJ 5702), 14 de junio de 1999 (RJ 6007), 31 de marzo de 2009 (RJ 2602) y 30 de abril de 2011 (RJ 4618); SAN de 21 de noviembre de 2001 (JUR 2002/54519); para el TC, se trata de una cuestión de estricta legalidad ordinaria, ATC 98/2000, 6 de abril.

¹⁹ vid. STS 24 de febrero de 2016 (RJ 946) sobre el derecho de acceso a los informes y documentos resultantes de la investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, puesto que forman parte del proceso global de evaluación de riesgos laborales.

determinadas actividades tales como la asistencia a reuniones del comité de seguridad y salud, acompañar a los técnicos y a los inspectores en sus visitas, presentarse en el lugar de trabajo donde se hayan producido daños a los trabajadores y la formación.

A la participación viene también destinado el comité de seguridad y salud, órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos (art. 38.1 LPRL) en empresas o centros de trabajo de 50 o más trabajadores (STS 3 de diciembre de 1997, RJ 8929). Se integra por los delegados de prevención e igual número de representantes del lado empresarial. Además se prevé la asistencia de una serie de sujetos con voz pero sin voto, tales como los delegados sindicales o los responsables técnicos de la prevención en la empresa, así como los trabajadores con especial cualificación o información en relación a las cuestiones a tratar o los técnicos en prevención ajenos a la empresa, si así lo solicitara una de las dos representaciones (art. 38.2 LPRL). El propio comité será el encargado de dictar su reglamento de funcionamiento, aunque debe reunirse trimestralmente y cuando así lo solicite alguna de las dos representaciones (art. 38.2 LPRL). Se regula también la figura del comité intercentros para aquellas empresas que cuenten con varios centros de trabajo dotados de comité de seguridad y salud siempre que así lo acuerden la empresa y los trabajadores, siendo sus competencias las que expresamente se pacten (art. 38.3 LPRL).

Las competencias del comité de seguridad y salud son básicamente de participación en la elaboración y puesta en práctica de los planes y programas de PRL en la empresa y de promover la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo (art. 39.1 LPRL) ostentando para ello una serie de facultades consistentes en la información y facilitación por parte del empresario de determinadas situaciones, datos, informes o documentos en los términos contenidos en el art. 39.2 LPRL.

2.6 La amplia panoplia de responsabilidades en materia preventiva

La DM, como no podía ser de otra manera, al tratarse de una norma esencialmente preventiva y portadora de un enfoque nuevo -generalista y universalista-, centrada en los derechos y deberes de las partes, no entra a definir el tema de las responsabilidades que deben regir en cada ordenamiento interno. Existe solamente una somera referencia a esta temática, en clave facultativa, cuando se alude en el art. 5.4 a que "La presente Directiva no obstaculizará la facultad de los Estados Miembros para establecer la exclusión o la disminución de la responsabilidad de los empresarios por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas,

anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no pudieran ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada".

Este planteamiento, del todo lógico, llevó a nuestro legislador, en primer lugar, a aludir someramente a las posibles responsabilidades existentes ante el incumplimiento de la normativa de seguridad, remitiendo tácitamente la regulación de cada una de ellas a los respectivos textos legales y, en segundo lugar, a incluir en el texto de la LPRL una regulación sobre las infracciones y sanciones del orden social, principal de las responsabilidades en la materia, manifestación de la potestad sancionadora de la administración. Regulación que pasó posteriormente a formar parte del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social (LISOS), aprobado por RD legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Esta opción de política legislativa lleva, aun en la actualidad, a un cuadro empresarial de responsabilidades que reviste una especial complejidad, está dotado de regulaciones contenidas en diversos textos jurídicos y es particularmente extenso. Ahora bien, no puede decirse que lo anterior haya arrojado resultados excesivamente positivos en nuestras estadísticas de siniestralidad laboral que, no obstante, como luego expondremos, ha experimentado, por diversos motivos, una mejoría considerable.

Si partimos de lo previsto en el art. 42 LPRL, en este ámbito cabe exigir responsabilidades administrativas (reguladas en la LISOS), penales (conforme a las previsiones del Código Penal), civiles (a la que se aplicaría la regulación típicamente privada del Código Civil) y de recargo de prestaciones (regulado en la Ley general de la Seguridad social), que en principio resultan compatibles entre sí, salvo las penales y administrativas, si ello resulta impedido por el juego del principio *non bis in idem*, que exige, como es sabido, identidad de sujeto²⁰, hechos y fundamentos²¹. No pretendemos, pues resultaría incompatible con la finalidad del estudio, analizar en detalle cada una de estas responsabilidades, de las que se ha ocupado profusamente la doctrina²². Ahora bien, sí nos parecen necesarias unas someras

²⁰ Para la STS de 15 de diciembre de 2015 (RJ 6625), en base al principio *non bis in idem*, si se paraliza un expediente sancionador como consecuencia de las actuaciones penales y recae sentencia condenatoria contra las personas individuales, no cabe imponer la posterior sanción administrativa a la empresa por los mismos hechos.

²¹ STC 334/2005 y 4/2007; SSTS (Sala 3ª) de 12 de junio de 2011 (RJ 2075) y 31 de marzo de 2011 (RJ 2759) y STC 70/2012, de 16 de abril.

²² La bibliografía sobre la materia es abundantísima, a título orientativo, como obras de carácter general pueden consultarse: ALFONSO MELLADO, C.L., Prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Bomarzo, Albacete, 2011; CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, J., El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable, Bomarzo, Albacete, 2005; CASAS PLANES, M.D., La responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o *mobbing* (novedades de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013; CORREA CARRASCO, M., Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento, Bomarzo, Albacete, 2008; COS EGEEA, M., Responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, La Ley, Madrid, 2010; DEL REY GUANTER, S. (dir.) y LUQUE PARRA, M., Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral.

referencias de conjunto al sistema. En primer lugar, destacar que las dos primeras -la administrativa y la penal específica- sancionan el incumplimiento de las medidas de seguridad, sin exigir la existencia de daños (que en el ámbito penal podrían ser perseguidos a través de los delitos comunes de homicidio o lesiones) y despliegan, por tanto, un importante efecto preventivo y ejemplar frente a futuros incumplimientos. Por el contrario, para que entren en juego sea la responsabilidad civil o el recargo de prestaciones, resulta absolutamente indispensable la presencia de daños al trabajador, de forma que sobre todo tienen efectos *ex-post*, resarcitorios, aunque se considera que el recargo, dada su doble faz indemnización-sanción, tiene también eficacia preventiva.

La existencia de estos cuatro tipos de responsabilidades, regulados en normas pertenecientes a órdenes jurídicos también diversos, ha provocado tanto un peregrinaje de jurisdicciones al trabajador demandante como, por otra parte, una variedad de criterios interpretativos en orden a la aplicación de las responsabilidades que, en ocasiones, pueden afectar a la coherencia interna del propio ordenamiento. Esta situación, en parte al menos, se solventa a raíz de la LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) que otorga la competencia para el conocimiento de todas las acciones de responsabilidad, con la lógica excepción de la penal, al orden social de la jurisdicción, evitando algunos de los problemas señalados. Así, aparte de la competencia para conocer de la impugnación de las sanciones administrativas impuestas por la administración, el art. 2 b) del mencionado texto legal, atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de *"las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio*

propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada, la Ley, Madrid, 2008; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa*, Comares, Granada, 2014; GALDÓS LOYOLA, E., *La vigencia del recargo de prestaciones a través de su interpretación y práctica*, Lex Nova-Thomson Reuters, Pamplona, 2013; GINÉS FABRELLAS, A., *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, La Ley, Madrid, 2012; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*, Tecnos, Madrid, 2006; HORTAL IBARRA, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005; LÓPEZ AHUMADA, J.E. "Concurrencia de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales; aspectos sustantivos y procesales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF nº 382, 2015, pp. 43 ss; PURCALLA BONILLA, M.A., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laborales*, Comares, Granada, 2000; PUMAR BELTRÁN, N (Coord), *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2006; RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *El delito contra la seguridad y salud en el trabajo. Análisis dogmático de los arts. 316 y 317 del Código penal*, Iustel, Madrid, 2007; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., *El delito de creación de riesgos para la salud del trabajador*, Universidad de Almería, 2010; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2012.

de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente". A pesar de esta importante modificación, seguramente habría que acometer una reordenación y simplificación de las responsabilidades legalmente previstas.

En cuanto a los posibles sujetos responsables, el principal es lógicamente el empresario, aunque no se excluye la responsabilidad de terceros. Seguramente el ámbito donde esta cuestión está mejor definida es en relación a la vía administrativa donde se prevén también sanciones para otros actores de la prevención como los promotores, los autónomos, las entidades acreditadas como servicios de prevención y auditoras, entre otros. En el ámbito de las administraciones públicas rige un régimen especial con imposición de medidas correctoras, regulado por RD 707/2002, de 19 de julio.

Es también en esta vía donde despliega su actuación la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, órgano encargado de la vigilancia y el control del cumplimiento de la normativa de PRL, que desempeña también importantes tareas preventivas y de asesoramiento a las empresas y trabajadores y que puede dar inicio al correspondiente procedimiento administrativo sancionador (regulado en RD 928/1998), iniciado a través del acta de infracción.

En el ámbito penal, el sujeto activo del delito contra la seguridad en el trabajo viene delimitado por referencia a los que "*están legalmente obligados*", en lugar de detallar quiénes podrían cometerlo. Ello obliga a volver la vista a la LPRL, de donde resulta evidente que el principal sujeto obligado es el empresario, con las matizaciones correspondientes caso de tratarse de una persona jurídica (art. 318 CP). No encajan en esa definición ni el trabajador ni sus representantes en materia de prevención de riesgos laborales. Más dudas suscitan las distintas figuras encuadrables dentro de la organización preventiva en la empresa tales como los técnicos de prevención (propios o externos), los encargados de la coordinación o los recursos preventivos .

Como hemos puesto de manifiesto, aun en presencia de un cuadro complejo y completo como el apuntado, seguimos con una enorme dificultad en orden al cumplimiento eficiente y efectivo de la norma preventiva. Como con acierto ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de junio de 2014²³, el cumplimiento meramente formal de sus obligaciones por parte del empresario, no le exonera de responsabilidad si el desarrollo diario del trabajo desconoce tales normas de prevención y antepone otras consideraciones (una mayor comodidad en el trabajo o una mayor eficacia en las labores) a la seguridad de los trabajadores.

²³ ARP 738.

3 VALORACIÓN CRÍTICA DE LA APLICACIÓN DE LA LPRL: algunos logros, a pesar de ciertos déficits

Está lejos de resultar fácil realizar una valoración de conjunto sobre los más de veinte años de aplicación de una Ley compleja y omnicomprensiva como es la LPRL, unido a su abultado desarrollo reglamentario, siendo además frecuente medir sus resultados en atención a su fracaso (altos índices de siniestralidad laboral o graves problemas de cumplimiento detectados por la Inspección de trabajo, entre los más importantes) y no a sus posibles logros.

Empezaremos nosotros por estos últimos. Es indudable que la vigencia de la LPRL ha situado a la temática preventiva en un lugar mucho más relevante en el ámbito jurídico laboral, si comparado con la situación anterior. Se pasó de regular aspectos decididamente técnicos y específicos de la seguridad en el trabajo, utilizando normas reglamentarias y de ínfimo rango normativo, a una regulación más global, centrada en los derechos y obligaciones y en un texto con rango formal de Ley que ha cobrado en sede doctrinal y judicial una relevancia que nunca alcanzó su antecedente inmediato (la Ordenanza del año 71). La obligación de seguridad se encuentra ahora claramente en el centro de la disciplina del contrato de trabajo, resultando una obligación esencial, lejos de su precedente accesoriedad.

Más relevante aún es el notorio avance hacia un enfoque netamente preventivo de la tutela, puesto que la protección *ex-post*, resarcitoria, resulta ineficaz a los fines de garantía de los bienes tutelados. Se ha instalado también definitivamente una visión omnicomprensiva de los riesgos laborales, lejos ya de una disciplina extremadamente especializada y sesgada, limitada a determinados ambientes caracterizados por su peligrosidad. De esta forma, se constata que los riesgos laborales, en los amplios términos empleados por la LPRL, concurren en cualquier lugar de trabajo, con notable incidencia actualmente de los riesgos psicosociales y aquellos ligados a la utilización intensiva de las nuevas tecnologías. Estos cambios notorios se reflejan en la implicación de algunas empresas con la prevención, como lo demuestran los ejemplos de buenas prácticas que pueden encontrarse en nuestro país²⁴. Aunque su número todavía es limitado, existen organizaciones con gran arraigo de la prevención, buscando superar el "accidente 0" para lograr una mejora permanente y sensible de los niveles de protección alcanzados.

²⁴ Una profundización sobre este tema en IGARTUA MIRÓ, M.T., "Nuevas tendencias en Seguridad y Salud en el Trabajo: buenas prácticas *versus* cumplimiento meramente formal de la norma jurídica", en RAMÍREZ BENDALA, M.D. (Dir.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 217 ss.

Habría que destacar también que hemos asistido a un período donde se apreciaba una clara mejora en las cifras de siniestralidad laboral que, no obstante, empiezan a dar nuevas señales de alerta. Aunque los datos eran bastante alentadores con una rebaja sensible del número de muertos en el trabajo que se había reducido prácticamente a la mitad (de los 1000 anuales habíamos pasado a los 454 en 2014²⁵), a partir de 2015 el crecimiento vuelve a notarse (515 trabajadores fallecidos en ese año²⁶, aunque la cifra es algo inferior en 2016²⁷). La suma sigue resultando excesiva, en especial si comparada con otros países europeos, y además va en claro ascenso a medida que va disminuyendo la crisis económica, va creciendo el número de empleados y se va recuperando la actividad en determinados sectores con alta siniestralidad. Cuestión de enorme relevancia también, que debiera ser objeto de mayor atención tanto por los poderes públicos como por los investigadores, es la del progresivo aumento de otro tipo de dolencias relacionadas con otras condiciones de trabajo, en especial con su organización y con los aspectos humanos, reflejado en el incremento de casos de estrés ligado al trabajo, acoso, depresión, ansiedad y otras dolencias²⁸. En este contexto cabe destacar, por un lado, la escasez de datos fiables, dada la falta de registro de estas patologías, no todas correctamente diagnosticadas y la dificultad en muchos casos para fijar la conexión al trabajo; por otro, nuestra legislación se caracteriza por un absoluto olvido, sostenido en el tiempo, en relación a tan complejas cuestiones. Si bien es verdad que la amplitud y generalidad de la LPRL está permitiendo su consideración como riesgo a prevenir por el empresario (en base a las genéricas referencias a los riesgos laborales contenidas en diversos preceptos de la LPRL -4, 14 o 15, especialmente-), no estaría de más su inclusión expresa, al menos en relación con la evaluación de riesgos y la previsión de específicas obligaciones en este terreno y un esfuerzo definitorio en el plano estrictamente jurídico. Afirmación extensible a los trabajadores especialmente sensibles, donde la parca regulación legal contenida en el art. 25 LPRL, necesitada de un desarrollo reglamentario, presenta dificultades aplicativas graves capaces de dar al traste con la tutela y de banalizar la categoría, como de hecho está ocurriendo en la práctica. Resultaría sustancial, a fin de conseguir mejoras en la organización del trabajo, capaces de dar respuesta

²⁵ Dato que figura en la Memoria sobre siniestralidad laboral 2014 elaborada por el Ministerio de Empleo. Con mayor detalle también LUQUE PARRA, M. y GINÉS i FABRELLAS, A., "Comparative Labor Law dossier. Seguridad y salud laboral en España", IUSLabor 2/2015, pp. 1 ss; MERCADER UGUINA, J.R., "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales...", op.ci., p. 7.

²⁶ Datos extraídos del Informe Anual de Accidentes de Trabajo en España, INSHT, Madrid, 2015 p. 24 y reflejado también en el Anuario de Estadísticas sobre accidentes de trabajo 2016, se puede consultar en www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2016/index.htm.

²⁷ 496 según los datos del Ministerio de Empleo contenidos en el Anuario de Estadísticas sobre accidentes de trabajo 2016.

²⁸ Llevados al extremo, GARCÍA GONZÁLEZ, G., "Crisis económica y riesgos psicosociales: el suicidio como accidente de trabajo, Perspectiva jurídico-preventiva", Revista de Derecho Social nº 50, 2010, pp. 127 ss.

a la problemática planteada por estos colectivos, incluyendo los trabajadores maduros o de mayor edad²⁹, una definición más ajustada de trabajador especialmente sensible, y una concreción legal de las obligaciones empresariales en este terreno. Convendría despejar las dudas sobre las obligaciones empresariales en relación con la adaptación o el cambio de puesto del trabajador especialmente sensible. Esta realidad, pendiente aún de mayores investigaciones específicas, impone, a nuestro modo de ver la cuestión, una aproximación diversa y novedosa a la seguridad en el trabajo, dando una mayor relevancia a los aspectos relativos a la salud y a las cuestiones específicamente ligadas a las características personales del trabajador.

Puede apreciarse cierto avance en relación con el incremento del número de efectivos de la inspección de trabajo, todavía deficitarios, algo que debe contribuir a una mejora en la aplicación y la eficacia de las políticas preventivas, a través del desempeño de actividades no solo de vigilancia y control, sino especialmente las centradas en el asesoramiento y la colaboración con las empresas³⁰. A nuestro juicio, favorable acogida merece asimismo la creación por la Ley 23/2015, de 21 de julio, reguladora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de un nueva escala, dentro del cuerpo de subinspectores, especializada en materia de seguridad y salud en el trabajo, de forma que prima la capacitación y la especialización de los conocimientos en un campo caracterizado por una especial complejidad técnica.

Entrando en la enumeración de los "déficits", los aspectos sin duda más problemáticos siguen siendo los relativos a la escasa cultura preventiva y la falta de capacitación y sensibilización en relación con la tutela de la seguridad y salud en el trabajo, así como la excesiva externalización en el desarrollo de las tareas preventivas. No resulta dudoso afirmar que nuestra normativa interna, con su preferencia por los servicios externos, dada la amplísima libertad de elección otorgada al empresario³¹, salvo en empresas de grandes dimensiones, no se ajusta plenamente a los dictados de la Directiva Marco³². Se viene aceptando que la actuación desplegada por los servicios de prevención externos no siempre alcanza unos mínimos de

²⁹ Para MERCADER UGUINA, J.R., "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales...", op.cit., p. 12, la situación de estos trabajadores, que sufren accidentes más graves, con una tasa de mortalidad superior a la media, obliga a repensar en el futuro próximo la situación de este colectivo como expresamente sensible.

³⁰ Como se deriva de los datos contenidos en el Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2014, elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en los últimos 8 años se ha producido un crecimiento de casi 200 funcionarios en el cuerpo de Inspección, de esa forma, la ratio de número de trabajadores correspondiente a cada Inspector estaría ya cercano a los 15.000.

³¹ vid. también algunas propuestas en relación a la racionalización del sector de la prevención, en MERCADER UGUINA, J.R., "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales...", op.cit., p. 8. *In extenso*, FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., "Propuestas para la reforma del marco normativo sobre los Servicios de Prevención", Revista Doctrinal Aranzadi Social num.4/2012, BIB 2012/1152.

³² Así lo ha considerado el TJUE en relación a la defectuosa trasposición por parte de algunos países, por todas, Sentencia de 15 de noviembre de 2001 (asunto C-49/00) y Sentencias de 22 de mayo de 2003 (asuntos C-335/02 y C-441/01).

adecuación y eficiencia, pese a la sujeción de estas entidades a importantes controles administrativos, para garantizar la calidad del servicio prestado³³. En este sentido, las reformas sucesivas del régimen de acreditación (las últimas por RD 899/2015 y RD 901/2015, ambos de 9 de octubre y Orden ESS/2259/2015) no han arrojado resultados demasiado alentadores. A nuestro juicio, en los supuestos de externalización plena de la actividad preventiva (operada al menos en el 50% de las empresas españolas), se hace especialmente difícil la integración de la actividad preventiva, según el mandato contenido en los arts. 14 y 16 LPRL, en la gestión de la empresa. Hay que destacar que en la actualidad, tras la entrada en vigor de la ley 35/2014, de 26 de diciembre, que modifica el art. 32 LPRL, está vetado a las Mutuas desarrollar, directa o indirectamente, actividades como Servicios de Prevención Ajenos (DF Primera)³⁴.

En otro orden de consideraciones, como hemos apuntado *supra*, el complejo y en algunos aspectos descoordinado cuadro de responsabilidades diseñado a nivel interno, no ha contribuido en modo alguno a la eficacia del sistema preventivo³⁵, ni a la mejora de la eficiencia de la aplicación de la norma preventiva. Es de destacar que la Estrategia Española 2015-2020 se proponga agilizar los procedimientos tendentes al cobro de las sanciones impuestas, de cara a que se garantice la eficacia del principio de prevención general y especial, así como orientar, de común acuerdo con las Comunidades Autónomas, que la totalidad o parte de las sanciones recaudadas por incumplimientos en materia de PRL, se destinen a programas de las autoridades competentes en investigación y desarrollo, promoción y asesoramiento en materia de seguridad y salud en el trabajo. Igualmente, establecer procedimientos alternativos a las sanciones, en la línea ya iniciada con otros programas de reducción de accidentes. Por su parte, las responsabilidades centradas en el daño, en definitiva, suponen en la mayoría de las ocasiones la quiebra de la tutela preventiva, que se ha demostrado insuficiente e inadecuada. Ello lleva a la necesidad, habida cuenta que la mayor parte de los accidentes tienen su causa en la falta de respeto de la obligación de seguridad, en el comportamiento inadecuado o peligroso por parte de los trabajadores, a veces como resultado de su propia y excesiva confianza en la destreza y habilidad en el desarrollo del trabajo, imprudencias o distracciones, incorrecta organización del trabajo y así sucesivamente, de adoptar otras medidas, de tipo organizativo y humano, capaces de evitar también este tipo de riesgos.

³³ vid. la Guía Técnica para la mejora de la eficacia y calidad de las actuaciones de los Servicios de Prevención Ajenos. Criterios de calidad del servicio, elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2012.

³⁴ Con mayor detalle, MORENO DE VEGA Y LOMO, F., "Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social y prevención de riesgos laborales: pasado, presente y futuro", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social n° 41, 2015, pp. 35 ss.

³⁵ Resulta interesante consultar las deficiencias que sigue detectando la Inspección de Trabajo en orden al cumplimiento de la LPRL y las propuestas de mejora contenidas en el Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (2014), pp. 122 ss.

4 EL CAMBIO DE ROL DEL TRABAJADOR Y LA PREVENCIÓN PARTICIPADA COMO CLAVES PARA LA EFICIENTE APLICACIÓN DE LA LPRL

Tal y como apuntamos *supra*, la posición del trabajador en este ámbito es sumamente compleja, con un componente -el principal- de derecho subjetivo perfecto y ciertas obligaciones, de poca enjundia y raramente exigidas. Ante este planteamiento legal, nos parece imprescindible el cambio del rol del trabajador, incrementando su nivel de implicación y concienciación en la tutela de su propia seguridad y salud³⁶, asumiendo un papel coprotagonista, algo que no prejuzga el rol siempre esencial del empresario, responsable del diseño y la gestión del sistema de seguridad. En este sentido, también la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 entre las debilidades del sistema continúa situando la falta de implicación por parte de los trabajadores y las necesidades de mejora en el campo de la formación.

Resulta patente la incidencia positiva en la eficacia de la prevención de la toma de conciencia del trabajador, su identificación con el modelo preventivo y su motivación, así como la difusión de valores preventivos³⁷. En tanto se logran estas modificaciones de comportamiento desde la extensión y fomento de la cultura preventiva, igual convendría revisar el cuadro sancionatorio previsto para el trabajador, y extenderlo en alguna medida más allá de la vía disciplinaria laboral, al ámbito administrativo o, incluso, al penal, como ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno, realizando los pertinentes ajustes legales. En primer lugar, convendría revisar, a fin de hacerlas más incisivas, las obligaciones del trabajador, empezando por aquella formativa, en la medida en que entre los propios trabajadores están bastante difundidos las costumbres y comportamientos de cierto riesgo, justificados en ocasiones por la falta de conciencia de la situación de peligro. No es menos cierto que en la práctica con frecuencia el empresario incumple sistemáticamente su deber o lo cumple de manera mecánica y meramente formal, pero la formación suficiente y adecuada tampoco es exigida por los trabajadores ni, en aquellos casos donde se cumple de forma efectiva, cuenta con una verdadera implicación por parte de éstos. Y ello pese a que la ausencia de formación está en el origen de

³⁶ Sobre el posible y deseable papel de la negociación colectiva en este ámbito, entre otros, GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "Crisis económica y condiciones de seguridad y salud en el trabajo: ¿de la desestructuración empresarial al yermo preventivo?", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 36, 2014, p. 73.

³⁷ GARCÍA CARDÓ, A., "Refuerzo de la cultura preventiva mediante OSHAS 18001", *Foment de Treball Nacional*, 2010, pp. 25 ss. Sobre la importancia de la creación de un clima favorable en la empresa, VÁZQUEZ MATEO, F., "Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva", *Relaciones Laborales* nº 12, 2008, en especial, pp. 25 ss.

un número importante de accidentes. Por otra parte, quizás sería pertinente plantear la inclusión legal expresa de la obligación empresarial de utilizar la potestad disciplinaria en casos de trabajadores especialmente reacios al cumplimiento de la norma de seguridad, aun cuando el deber podría extraerse de la obligación general de seguridad y del deber de vigilancia contenidos en los arts. 14 y 15 LPRL. Con carácter mucho más general, siguen haciendo falta mejoras significativas en materia de formación preventiva, en especial, la inclusión en los distintos niveles del sistema educativo, prevista pero no llevada a la práctica, y en los títulos universitarios y de formación profesional, a pesar de los avances logrados en cuanto a la oficialización de los títulos de técnicos en prevención, incluidos ahora en la educación reglada (Formación Profesional y Sistema universitario).

De la misma manera, ni la transposición de la Directiva ni su evolución posterior han dotado a los representantes de los trabajadores de un papel crucial y determinante en la gestión preventiva. Pese a ello, y la preeminencia de las decisiones unilaterales del empresario y la práctica de meras consultas preceptivas y no vinculantes, son crecientes las reivindicaciones de una verdadera prevención participada³⁸. No cabe duda que la eficacia de la prevención requiere la participación de los trabajadores que debe actuar como un mecanismo de colaboración con el empresario³⁹.

Es patente que el sistema participativo diseñado por el legislador e incardinado en las fórmulas representativas generales de la empresa, con creación de una representación "derivada" (delegado de prevención) y su integración en un órgano participativo ya existente

³⁸ ESCUDERO PRIETO, A., "El reforzamiento del derecho de participación de los trabajadores en las actividades preventivas de la empresa", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* nº 10, 2009, pp. 155 ss; GARCÍA, A.M., LÓPEZ-JACOB, M.J. y DÍAZ GÓMEZ, J.R., "La protección de la salud de los trabajadores en España: una oportunidad para la participación, la negociación y el consenso en el marco de las relaciones laborales", *Trabajo* 28, U Huelva 2013, pp. 40 ss; GONZÁLEZ GARCÍA, K., "Acción sindical y preventiva contra los riesgos psicosociales. El *mobbing*", *Lan Harremanak* nº 7, 2002-II, pp. 183 ss; MOLINA NAVARRETE, C., "La participación de los trabajadores, clave para avanzar en la mejora de la salud psicosocial en los ambientes de trabajo", en *Boletín informativo del Observatorio de riesgos psicosociales de UGT*, nº 20, 2013, pp. 1 ss. La implantación de modelos participativos arroja resultados positivos significativos, vid. FERNÁNDEZ ESCALONA, M.J., MÁRQUEZ MATITO, J.F., VILLALOBOS ANTEQUERA, F., A., "Intervención participativa en la gestión de riesgos psicosociales", *Med Segur Traba* (Internet), 2013; 59. Suplemento Extraordinario, pp. 28 ss, sobre el modelo implantado en la Empresa Malagueña de Transportes. Puede verse la *Guía de buenas prácticas sindicales en evaluación de riesgos psicosociales*, Observatorio de riesgos psicosociales UGT, Madrid, 2011. Asimismo, INSHT, *Buenas prácticas en liderazgo y participación de los trabajadores en la prevención de riesgos*, <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1fla3bc79ab34c578c2...>; MUÑOZ RUIZ, M.B., "Empresa saludable y promoción de la salud en la negociación colectiva: más allá de la prevención de riesgos laborales", *Revista de Información Laboral* nº 8, 2014, BIB 2014/3749, pp. 1 ss de la versión consultada en aranzadigital.es.

³⁹ MORENO VIDA, M.N., "Los derechos de participación y representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos. El delegado de prevención", en MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Tratado de Prevención de Riesgos Laborales. Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 633. Sobre los déficits apreciados en materia de participación por la propia UE puede verse VALDÉS ALONSO, A., *Responsabilidad Social de la Empresa y Relaciones Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 295, quien considera que aún en la práctica no se aprecia un compromiso de las empresas con la participación de los trabajadores.

en el ordenamiento interno (representaciones unitarias, con carácter general), no propicia formas de codecisión ni la necesidad de adoptar acuerdos. Ello hace que resulte necesario volver también la vista hacia el comité de seguridad y salud, como órgano de debate y de consulta permanente en la materia y es en este foro donde debería actuarse con más contundencia tanto sobre los riesgos emergentes como sobre el ajuste de las medidas a adoptar a las necesidades de la empresa (art. 38.2 a) LPRL); solución, como es sabido, solamente adecuada para empresas (o centros de trabajo) de un determinado tamaño (50 o más trabajadores).

Aunque no es descabellado proponer ajustes legales, la LPRL es suficiente para exigir a la empresa un incremento de la participación real y efectiva (no meramente formal) de los trabajadores en todas sus fases, en una interpretación finalista y sistemática del texto legal, movida por la eficacia y la adecuación preventivas, alcanzando una verdadera gestión participada de los riesgos, que arrojaría importantes resultados positivos. Ello no obsta señalar que no estaría de más una mayor implicación de los trabajadores y/o sus representantes en la toma de decisiones, en tanto que las decisiones compartidas, los debates acerca de los temas cruciales o las reuniones para discutir sobre fallos detectados, problemas de salud (en especial relacionados con riesgos psicosociales) o accidentes e incidentes, entre otros, son formas de contribuir eficazmente a que las medidas sean mejor asumidas por parte de todos los implicados en la prevención de riesgos laborales, mostrándose los trabajadores más proclives al cumplimiento.

Es preciso destacar que, en nuestro país, dadas las características del tejido productivo y el alto índice de micro-empresas, se hace especialmente necesario tanto un mayor peso del papel del Sindicato en este terreno, con mayores competencias en el interior de las empresas o la implicación y participación directa de los trabajadores en las empresas sin representación, como la búsqueda de soluciones de tipo sectorial o territorial a este problema, por vía legal o por otros caminos. Pese a las actuaciones en este sentido auguradas por la anterior Estrategia Española de Seguridad y Salud (2007-2012), la implantación de una representación específica de los trabajadores a nivel territorial para cubrir las pequeñas empresas que quedan al margen de la representación diseñada en la LPRL, a excepción de los acuerdos vigentes en la Comunidad Asturiana, no ha encontrado adecuado reflejo en la negociación colectiva. Por ello exigiría probablemente una intervención del legislador, al estilo de otros ordenamientos de nuestro entorno -como el italiano- donde la norma prevé expresamente un tipo de representación de este género, además de la elección directa por los trabajadores en empresas

sin representantes sindicales⁴⁰. También encontramos estos representantes de tipo regional en países nórdicos como Suecia o Noruega, con la consiguiente expansión de los derechos preventivos a trabajadores de empresas pequeñas⁴¹. No obstante, pueden encontrarse algunos ejemplos de buenas prácticas en empresas pequeñas, donde la participación despliega un papel esencial, a través de la creación de "enlaces de prevención", implicados en el proceso de mejora, y con cuya opinión se cuenta siempre que es preciso tomar decisiones en materia preventiva⁴². Lógicamente, sería preciso un mayor impulso a la negociación colectiva en este ámbito, que sigue arrojando resultados decepcionantes, hueros de soluciones innovadoras y efectivas y, por supuesto, de buenas prácticas. De manera especial en relación con los riesgos psicosociales, la propia OIT considera que la participación es crucial para adoptar medidas de intervención más adecuadas⁴³. En este sentido, se viene considerando que consultar con los trabajadores contribuye, entre otras cosas, a la creación de un clima de confianza en el que éstos se sienten más cómodos al plantear problemas. Involucrar a los trabajadores en el desarrollo de medidas preventivas también mejora el estado de ánimo general y garantizará que las medidas adoptadas sean adecuadas y eficaces⁴⁴.

Podrían proponerse diversas mejoras de los dictados normativos, con un mayor incentivo o fomento de la participación e, incluso, llegado el caso, exigiendo la presencia de acuerdos en determinadas cuestiones, que ahora brilla por su ausencia. A título meramente ejemplificativo, si nos fijamos en la STS de 19 de abril de 2016 (nº rec. 122/2015), se afirma con rotundidad, como no puede ser de otra manera con el marco legal vigente, que la obligación de formación en materia de prevención de riesgos laborales prevista en el plan de prevención no está condicionada a acuerdo o pacto con la representación de los trabajadores. Quizás no estaría de más que algunos de los aspectos más relevantes, entre los que sin duda debía incluirse este último, sean sometidos al acuerdo con los representantes, incrementando así también el grado de aceptación por parte de la plantilla.

Por su parte, otro aspecto de notable importancia es el de la efectiva y adecuada formación y capacitación de los representantes de los trabajadores especializados en materia

⁴⁰ arts. 47 y 48 d.lgs. n. 81/2008, de 9 de abril. Puede verse, PASCUCCI, P., *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il titolo I del D.LGS. N. 81/2008*, Aras Edizioni, Fano, 2014, pp. 219 ss.

⁴¹ MENÉNDEZ, M., BENACH, J. y VOGEL, L. (Coord.), *The impact of safety representatives on occupational health. A European perspective*, European Trade Union Institute, report 107, p. 10.

⁴² VIDAL, A., "De patito feo a cisne. Evolución para micro pymes en seguridad y salud laboral", *Med Segur Trab (Internet)*, nº 59, 2013, pp. 57-58.

⁴³ OIT, *Estrés en el trabajo. Un reto colectivo*, publicado con ocasión del día de la Seguridad y Salud en el trabajo (28 de abril), Ginebra 2016, p. 35.

⁴⁴ Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Trabajos saludables. Gestionemos el estrés, Guía de la campaña Gestión del estrés y de los riesgos psicosociales en el trabajo*, Luxemburgo, 2013, p. 12.

preventiva⁴⁵, cuestión de la que el régimen legal se ocupa solo en parte, dejando importantes incógnitas como el tipo, el contenido o la duración de la formación que deben recibir, que debería tener un cariz diferenciador respecto a los niveles técnicos formativos reglamentados en la norma y al que tampoco parecen prestar una atención excesiva los sindicatos. El reforzamiento del papel de los representantes seguramente también pasaría por una mejora -vía legal o negociada- de los tiempos de dedicación a la prevención de riesgos, con cierta tendencia a la exclusividad en las tareas preventivas así como por una revisión del estatus legal de los representantes, con un reforzamiento de su posición, más allá de la simplista y en ocasiones desajustada remisión a las garantías de los representantes legales de los trabajadores. En este sentido, también es fundamental el propio reconocimiento y relevancia que el empresario otorgue al papel de los trabajadores y sus representantes en este ámbito y el valor que se reconozca a su actuación, como forma de avanzar en la eficacia y eficiencia de las políticas preventivas, en especial a través de sus actividades encaminadas también a la información, implicación y concienciación del resto de los trabajadores de la plantilla⁴⁶.

En esta línea, la Estrategia Española de Seguridad y Salud 2015-2020 fomenta el estudio de fórmulas que incentiven las prácticas empresariales caracterizadas por la toma de decisiones conjuntas en el ámbito de los Comités de Seguridad y Salud y, por consiguiente, aplicables en empresas de más de 50 trabajadores (50 o más); aunque también sería interesante explorar otras vías de codecisión en empresas de menor tamaño.

5 EL BIENESTAR EN EL TRABAJO COMO PRÓXIMA META: algunas propuestas

Tras la exposición realizada, que en absoluto agota el posible tratamiento de la materia, debemos volver al punto de partida. En las relaciones de trabajo actuales, donde la tutela del trabajador parece debilitarse y priman los objetivos de corte económico, resulta preciso reivindicar en toda su extensión y con plena eficacia el derecho del trabajador a desempeñar su actividad laboral en plenas condiciones de salud y seguridad. La reivindicación de la presencia del derecho a la salud en el centro mismo del contrato de trabajo, contrasta con algunas tendencias detectadas en las políticas europeas en este terreno, donde asistimos a la deriva hacia un enfoque menos social de la seguridad y salud, más centrado en los costes económicos de los

⁴⁵ También se hace hincapié en la importancia de una formación adecuada de estos trabajadores, más allá de un enfoque exclusivamente técnico y el uso de metodologías participativas, como forma de reforzar la posición de los representantes en MENÉNDEZ, M., BENACH, J. y VOGEL, L. (Coord.), *The impact of safety representatives...*, op. cit., p. 15.

⁴⁶ Sobre la importancia de estos aspectos, asimismo, MENÉNDEZ, M., BENACH, J. y VOGEL, L. (Coord.), *The impact of safety representatives...*, op. cit., pp. 22-23.

daños laborales y en la necesidad de prolongar la vida activa, que en la tutela de los derechos ligados a la persona del trabajador⁴⁷.

Es cierto que, pese a la vorágine de reformas y contrarreformas laborales operadas en nuestro país, que implican un desequilibrio de las fuerzas y una disminución de las garantías de los trabajadores, la normativa de PRL no ha sufrido grandes y aparatosos cambios. Ahora bien, de manera casi silente se aprecia una fuerte propensión a limitarse a "librar" a las empresas, especialmente de pequeño tamaño, de las cargas administrativas, entre las que se empieza a incluir indebidamente la prevención de riesgos y de esa misma forma, casi imperceptible, se van erosionando las tutelas. Por un lado, en el ordenamiento interno, la tendencia hacia la promoción de la utilización de recursos propios, sin alterar en lo sustancial el sistema de organización de la prevención en la empresa diseñado en 1997, y meramente retocado en reformas posteriores, lleva a admitir una ampliación desmesurada de la excepción a la regla de colaboración de otros sujetos en la prevención, abriendo amplios espacios a la "autogestión" por parte del empresario. De esta forma, si ya llamaba la atención que la norma interna admitiese que el empresario prescindiese de asistencia técnica en empresas o centros de trabajo de menos de 6 trabajadores, ahora se admite en empresas de hasta 25, siempre que tengan un único centro de trabajo (a raíz de la modificación operada por el art. 39 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización, en el art. 30.5 LPRL). Por otra parte, aunque los datos no son en exceso fiables ni fáciles de conseguir, no favorecen la gestión eficiente de la prevención, los recortes llevados a cabo ni en las empresas ni por las administraciones públicas, que repercuten en el gasto en prevención y que pueden hacernos retroceder en los niveles de protección conseguidos y malograr algunos de los éxitos alcanzados. En las empresas de pequeño tamaño aludidas, si el empresario opta por la autogestión, seguramente nos encontraremos con organizaciones que quedan prácticamente huérfanas de control alguno, aunque sea el débil ejercido por los colaboradores del empresario en la prevención. Seguramente, el camino indicado para lograr la excelencia preventiva también en las pequeñas empresas y microempresas no pasa por liberarlas, sin más, de las teóricas incómodas y pesadas cargas, sino de invertir de forma efectiva en el asesoramiento y las ayudas⁴⁸ en orden al cumplimiento de una normativa bastante compleja, seguramente diseñada para un tipo de organización productiva casi inexistente en nuestro país en la actualidad.

⁴⁷ *In extenso*, IGARTUA MIRÓ, M.T., "Hacia un enfoque más economicista en la política europea de seguridad y salud en el trabajo: reflexiones críticas a la luz del Marco Estratégico 2014-2020", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF nº 383, 2015, pp. 1 ss.

⁴⁸ El sistema de ayudas, aunque aún deficitario, se va reflejando en determinadas convocatorias públicas, vid. Resolución de 1 de abril de 2016, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se convalidan las ases reguladoras y la concesión de ayudas de las convocatorias extraordinarias de la Estrategia Española de

La situación descrita exige cambios significativos en dos grandes órdenes o facetas, a fin de lograr la eficacia de la tutela de la seguridad y salud en el trabajo y el bienestar en el trabajo. En primer lugar, desarrollar determinadas acciones legislativas, reformando algunas normas, actualizando otras y cubriendo patentes lagunas legales. En segundo lugar, renovar el enfoque de la seguridad y salud, con una aproximación más actual, centrada en los nuevos riesgos y riesgos emergentes y en la aplicación eficiente y participada de la norma preventiva.

En relación al primero de los planos enunciados, entre las cuestiones que demandan la atención del legislador aparece la necesaria actualización de la normas relativas a los trabajadores especialmente sensibles, con los pertinentes ajustes en relación con la definición del supuesto de hecho (incluyendo los trabajadores de más edad), la delimitación legal de las distintas hipótesis y el alcance de los deberes empresariales, incluidas las reglas de una posible movilidad funcional y/o geográfica, así como disposiciones que doten de ciertos derechos a los trabajadores en orden a la flexibilización y disposición de los tiempos y la organización del trabajo, en especial para los trabajadores maduros.

También debería ser objeto de reformulación el tema de los sujetos de la prevención. Por una parte, resulta indispensable la reestructuración de las modalidades de organización de la prevención en la empresa, reservando para supuestos claramente excepcionales la opción empresarial por una externalización al ciento por ciento de la actividad preventiva. Asimismo, sería conveniente la revisión de la posibilidad de gestionar directamente la actividad preventiva sin recurso a servicios de ningún tipo y sin designar trabajadores para empresas de hasta 25 trabajadores, número seguramente excesivo, que comporta una actividad preventiva de notable complejidad para ser gestionada sin colaboración alguna por el empresario. Por último, nos parece que debería generalizarse en la mayoría de las empresas -excluidas quizás las de muy escasas dimensiones- la obligación de designar al menos un trabajador para ocuparse de las tareas preventivas, medida que provocaría cierta mejora de la implicación de los trabajadores y contribuiría de manera eficiente a la integración de la prevención en la empresa. Acompañada de la previsión de un específico régimen de obligaciones, garantías y responsabilidades para tales sujetos. A las modificaciones en relación a la participación e implicación de los trabajadores ya hemos hecho referencia *supra*.

Por último, pero no por ello menos importante, la legislación preventiva sí que necesitaría ajustes y reformas para adecuarse a nuevas fórmulas empresariales y de organización flexible del trabajo, como las redes empresariales, el teletrabajo y otras que apenas

tienen cabida en el texto legal. Pese a la aprobación en su momento del Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio; en adelante LETA), las lagunas en relación a la protección del trabajador autónomo económicamente dependiente resultan enormemente llamativas, y exigirían una revisión de la tutela⁴⁹. Por un lado, existen previsiones legales que plantean notables dificultades aplicativas, a título meramente ejemplificativo, la protección por riesgo durante el embarazo. Por otro lado, nos parece que la protección debería ser asumida, al menos en parte, por la empresa "cliente" (de la que depende el 75% de sus ingresos según el art. 11.1 LETA), en la medida en que aprovecha los frutos del trabajo desempeñado, aunque en régimen de independencia, en una posición que exige una tutela similar a la del trabajador dependiente. Resulta de todo punto insuficiente tanto el papel activo que el art. 8 LETA asigna a la Administración en la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos como las previsiones contenidas en la reciente Ley 30/2015, de 10 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, que en su DF 5ª da nueva redacción a la DA 12ª de la LETA afirmando que "con la finalidad de reducir la siniestralidad y evitar la aparición de enfermedades profesionales en los respectivos sectores, las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos intersectoriales y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas podrán realizar programas permanentes de información y formación correspondientes a dicho colectivo, promovidos por las administraciones públicas competentes en materia de prevención de riesgos laborales y de reparación de las consecuencias de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales".

En cuanto al segundo de los planos señalados, más relevante incluso que el anterior, se demanda un nuevo enfoque en la aplicación e interpretación de la norma jurídica y en el diseño de las estrategias preventivas empresariales. A nuestro juicio, es patente la insuficiencia de una política preventiva centrada de forma exclusiva en los controles, la represión y la sanción. Sin alentar su desaparición, resulta indispensable implementar una tutela de la seguridad y salud que pivote sobre la promoción de la cultura de la prevención, la sensibilización de los sujetos implicados, la formación, los incentivos económicos, las ayudas y premios y la elaboración e intercambio de buenas prácticas, que lleven a una aplicación eficiente, participada y transparente de las normas de seguridad.

⁴⁹ En general, sobre esta cuestión, entre otros, AGUILAR MARTÍN, C., *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente*, Comares, Granada, 2015, en particular, pp. 209 ss; GARCÍA SALAS, A.I., "Algunas reflexiones sobre la seguridad y salud de los trabajadores autónomos a propósito de la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo", 28 de abril, revista digital de salud y seguridad en el trabajo nº 1, 2008, pp. 1 ss; GONZÁLEZ ORTEGA, S., "El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos", *Temas Laborales* nº 81/2005, pp. 149 ss; OLARTE ENCABO, S., *Prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos*, Comares, Granada, 2009; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "Autónomos y seguridad laboral", *Seguridad y medio ambiente* nº 109, 2008, pp. 1 ss.

En relación con el auge de instrumentos no legislativos, lugar destacado merecen ocupar, por su posible potencialidad y su sencillez, las buenas prácticas. Como es bien sabido, esta cuestión es destacada a nivel comunitario, en especial tras el Marco Estratégico 2014-2020, aunque también se contemplaba en documentos anteriores⁵⁰. Una vez que se constata que uno de los grandes caballos de batalla en este campo es la falta de cumplimiento de la normativa por parte de las microempresas y las pequeñas empresas, considerada la primera causa del fracaso de la política preventiva, se pone el acento en la mejora de la calidad de la orientación y en proporcionar herramientas prácticas que faciliten el cumplimiento de la legislación en materia de Seguridad y Salud en el trabajo. Para ello se propone acentuar las ayudas financieras y técnicas encaminadas de forma especial a implantar herramientas para la evaluación; elaborar directrices y recabar ejemplos de buenas prácticas; fomentar el intercambio de estas últimas y continuar con las campañas de sensibilización.

Resulta evidente que la utilización y difusión de buenas prácticas se muestra especialmente adecuada en esta parcela. Por un lado, dadas las propias dificultades de aplicación de la norma preventiva, en especial, en las pequeñas empresas, a las que pueden irradiarse las buenas prácticas ya experimentadas en otro tipo de organizaciones productivas, normalmente de mayor tamaño, con las que en ocasiones incluso colaboran de forma más o menos permanente. Por otro lado, las obligaciones en materia de seguridad no vienen determinadas por opciones cerradas, siendo posible un cumplimiento en formas diversas, constituyendo, por tanto, un terreno abonado para proyectos concretos o formas de aplicación heterogéneas, que pueden plasmarse en buenas prácticas, fácilmente transferibles.

De las buenas prácticas se ocupa también la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, partiendo de sus objetivos de mejora continua, eficiencia, incentivación, sensibilización y concienciación, liderazgo e implicación en el compromiso. El texto afirma que ambiciona alcanzar una sociedad en la que el bienestar en el trabajo se perciba como una realidad y no una utopía, de forma que el enfoque hacia el bienestar debe ir acompañado de una mejora continua de las condiciones de trabajo y la reducción constante y paulatina de los accidentes y enfermedades profesionales. Para ello debemos trabajar más y mejor, de manera proactiva, consolidando los logros obtenidos y fijándonos nuevas metas alcanzables que vayan más allá del mero cumplimiento de obligaciones legales. Según el propio texto (objetivo 2. C) es fundamental promover las actuaciones de intercambio de buenas prácticas entre empresas y estimular los esfuerzos realizados en pro de la excelencia en la

⁵⁰ Por ejemplo en la Estrategia 2002-2006, *Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: Una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2002.

gestión de la seguridad y salud en el trabajo mediante reconocimientos, premios o incentivos... entre las empresas de manera que se consigan entornos de trabajo mejores, más seguros y saludables.

Las buenas prácticas entroncan de forma directa con un tema previamente abordado como es la necesaria participación activa de todos los implicados en la empresa, de forma especial de los propios trabajadores. La implantación de buenas prácticas parte de un compromiso individual y colectivo de todos (el personal, los directivos, los mandos intermedios, los representantes y los responsables preventivos) con la seguridad, así como de fórmulas que sirvan de estímulo a los cambios de hábitos y comportamientos de los trabajadores, hacia otros más seguros. A nivel nacional, aunque las buenas prácticas comienzan a dar sus frutos⁵¹, la Red Española de Seguridad y Salud en el Trabajo está llamada a jugar un papel importante en esta incipiente línea de actuación.

En la actualidad, debemos tender a una nueva aproximación centrada en la promoción de la salud y el bienestar y la atribución de una prioridad absoluta a la mejora progresiva de los niveles de protección y no encaminada de forma exclusiva a la disminución de los accidentes de trabajo. La meta sería el logro de una empresa responsable y sostenible que demuestra la excelencia en la gestión de la seguridad en el trabajo. Lógicamente, a estos efectos, resulta inoperante una visión de la seguridad como coste, en lugar de como verdadera inversión. Además, mientras el accidente siga siendo aceptado como un evento más o menos normal, inevitable, los avances no serán sobresalientes. En realidad, la mayoría de los accidentes y las enfermedades pueden evitarse⁵². En esta línea pueden incardinarse iniciativas como la de las empresas saludables y las políticas de promoción de la salud, impulsadas desde la OMS y desde instancias comunitarias. En ellas se fomentan empresas donde trabajadores y directivos colaboran en implantar procesos de mejora continua para proteger y promover la salud, seguridad y bienestar de los empleados y la sustentabilidad del espacio de trabajo, incluyendo una visión más integral de la salud⁵³.

⁵¹ Puede verse MORENO UCELAY, A. y PALACIOS LINAZA, J.J., "Programa RADAR en Iberdrola: Incremento del compromiso personal/grupal/organizacional para conseguir el éxito en prevención de riesgos Laborales", *Revista de Medicina y Seguridad en el Trabajo*, 59 (suplemento extraordinario), 2013, pp. 45 ss. Otros ejemplos en prevenblog.com/buenas-practicas-en-cultura-preventiva-circulos-de-prevencion; AA.VV., *Buenas prácticas en el ámbito de la seguridad y salud laboral*, Publicación de la Jornada Técnica celebrada en Zaragoza, 28 de abril de 2008, Asepeyo, 2008. Asimismo, *Models of good Practice, Health employees in Healthy Organisations, Good practice in Workplace Health Promotion (WHP) in Europe*, Essen, 1999, consultado en www.enwhp.org. Asimismo, CEM (Confederación de empresarios de Málaga)-PRL, *Recopilatorio de buenas prácticas en prevención de Riesgos Laborales*, Málaga, 2015.

⁵² vid. GARCÍA RAMÓN, P.J. y VALLEJO CARRERA, J.F., "Cero accidentes es alcanzable", *Seguridad y Medioambiente* nº 134, 2014, pp. 26 ss.

⁵³ MUÑOZ RUIZ, M.B., "Empresa saludable y promoción de la salud...", op. cit., p. 1.

No estaría de más, tampoco, un tratamiento integrado de la seguridad y salud en el trabajo, que comprenda también la calidad y el medioambiente⁵⁴, aspectos poco desarrollados en el estado actual del marco normativo español, aunque es implantado en algunas empresas en el terreno de las buenas prácticas o la responsabilidad social corporativa⁵⁵.

Las notables dificultades aplicativas que encuentran las pequeñas y medianas empresas en relación a la normativa de PRL, están también en la base de muchas de las quiebras que se producen en la política preventiva. Debe preconizarse un mayor desarrollo de las actividades de asesoramiento público y programas de actuación de la Inspección de trabajo, ahora que también cuenta con el refuerzo de la nueva escala de subinspectores en seguridad y salud en el trabajo. En esta parcela, habría que reclamar una mayor atención a la mejora de los procedimientos y las guías de evaluación en relación con los riesgos psicosociales⁵⁶ y con aspectos que inciden en las condiciones de salud y seguridad, por ejemplo, la edad del trabajador.

Un papel destacado debería otorgarse también a mecanismos existentes en nuestro ordenamiento, tales como las auditorías⁵⁷ o la investigación de accidentes, que todavía no despliegan una verdadera eficacia no tanto o no sólo como mecanismos de control, sino como verdaderas herramientas preventivas que contribuyen de forma importante a la eficacia del sistema, dado que su finalidad en orden a la detección de lagunas o fallos, no es otra que proponer las correspondientes acciones de mejora. Consideraciones similares podrían hacerse en relación a la vigilancia de la salud que, pese a las prácticas aún inadecuadas desarrolladas por las empresas, ni viene referida a controles genéricos e indiscriminados, ni es un arma en

⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P. (Dir. y coautoría), *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Comares, Granada, 2011; RIVAS VALLEJO, P. (Dir.), *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales. Participación, salud laboral y empleo*, Laborum, Murcia, 2013. Sobre la artificialidad de la distinción entre medioambiente interior y exterior ya señalada en su día por RODRÍGUEZ-PIÑERO puede verse GARCÍA MUÑOZ-ALAMBRA, M.A., "Derecho del Trabajo y ecología: repensar el trabajo para un cambio de modelo productivo y de civilización que tenga en cuenta la dimensión medioambiental", en MORENO CABELLO DE ALBA, L. (Dir.), *La ecología del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 48. Sobre la insuficiencia de las medidas tomadas en este ámbito en el contexto de la protección de la Seguridad y Salud en el trabajo, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "Trabajo y medioambiente: perspectivas jurídico-laborales", en la misma obra colectiva, pp. 137 ss.

⁵⁵ Desde esta perspectiva, se ha considerado que la Seguridad y Salud debe ser uno de los pilares fundamentales que deben conformar la vertiente social de la Responsabilidad Social de la Empresa, vid. VALDÉS ALONSO, A., *Responsabilidad Social de la Empresa...*, op. cit., p. 269.

⁵⁶ Entre otros, ARBONÉS LAPENA, H.I., *Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2014; COLLANTES, M.P. y MARCOS, J.I. (Coords), *La salud mental de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2012; VILLAR CAÑADA, I. y VALLECILLO GÁMEZ, M.R., *Reestructuraciones empresariales, riesgos psicosociales y bienestar en el trabajo*, Una nueva dimensión del modelo comunitario de gestión social, Comares, Granada, 2011; URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., "Recepción de los riesgos psicosociales en la jurisprudencia", RDS nº 55, 2011, pp. 169 ss..

⁵⁷ Para profundizar en el tema, MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y AGRA VIFORCOS, B., *La auditoría en la prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada, 2010; MOLTÓ GARCÍA, J.I., *La auditoría del sistema de prevención de riesgos laborales en la empresa*, Aenor, Madrid, 2002.

manos del empresario para obtener datos acerca de la salud del trabajador ni para represaliarlo. La finalidad de la vigilancia de la salud es esencialmente preventiva, a fin de detectar precozmente enfermedades, de averiguar la adecuación de las capacidades del trabajador al puesto de trabajo y de aportar datos epidemiológicos, necesarios para la adopción de medidas de prevención⁵⁸.

En otro orden de cosas, como venía siendo reclamado, recientemente ha sido objeto de revisión el sistema de "bonus" previsto en el RD 404/2010, de 31 de marzo, a fin de simplificar el procedimiento y hacerlo más ágil y efectivo, a través de la aprobación del RD 231/2017, de 10 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral⁵⁹. Aunque la simplificación de la carga administrativa para el empresario ha de ser acogida de forma favorable, no se ha optado por un verdadero sistema de *bonus-malus*, que sería más adecuado a la hora de actuar sobre la eficacia de las políticas preventivas empresariales, considerando que el aspecto penalizador está cubierto por otras medidas, entre otras, el recargo de prestaciones, la pérdida de bonificaciones o la actuación de la Inspección de Trabajo. No obstante fija como objetivo el estudio de la conveniencia del establecimiento de un sistema de este tipo.

Como ya hemos indicado, resulta imprescindible el incremento de la implicación y concienciación de los trabajadores en la tutela de su propia seguridad y salud⁶⁰, asumiendo un papel coprotagonista.

⁵⁸ Conclusiones interesantes también en relación a la poca utilidad de la vigilancia de la salud en la práctica en relación a su coste en el estudio de RODRÍGUEZ-JAREÑO, M.C *et altri* citado por MERCADER UGUINA, J.R., "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales...", op.cit., p. 10. Sobre algunos de los aspectos suscitados por esta compleja cuestión, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., La vigilancia de la salud de los trabajadores, Eolas, Ediciones, León, 2009; FERIA BASILIO, I.R, La tutela del patrimonio genético del trabajador, Bomarzo, Albacete, 2013; GÓMEZ ALVREZ, La vigilancia de la salud en el centro de trabajo, Tecnos, Madrid, 2003; MARTÍNEZ FONS, D., La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., La vigilancia de la salud en el ámbito laboral: regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, CES, Madrid, 2005; TOSCANI JIMÉNEZ, D., Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral, Bomarzo, Albacete, 2011; "¿Cómo y cuándo se puede realizar un reconocimiento médico a un trabajador y qué consecuencias tiene el no superarlo?", Relaciones Laborales nº 3, 2012, pp. 17 ss.

⁵⁹ BOE de 24 de marzo. Sobre esta cuestión, LUQUE PARRA, M. y GINÉS i FABRELLAS, A., "Sistema de incentivos de la Seguridad Social y de Prevención de Riesgos Laborales: bonus-bonus y bonus-malus en España", IUSLabor 3/2015, pp. 50 ss.

⁶⁰ En este sentido, también la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 entre las debilidades del sistema continúa situando la falta de implicación por parte de los trabajadores y las necesidades de mejora en el campo de la formación.

LE NUOVE REGOLE SULLA DISABILITÀ DOPO IL *JOBS ACT*: RAFFORZAMENTO DELLE TUTELE O MERA SEMPLIFICAZIONE?

THE NEW RULES ABOUT DISABILITY AFTER THE *JOBS ACT*: REINFORCEMENT OF PROTECTION OR MERE SIMPLIFICATION?

Valentina Pasquarella¹

RIASSUNTO: Nel saggio si sviluppa un'analisi delle politiche per l'inserimento nel mondo del lavoro dei soggetti portatori di disabilità: includere significa offrire alle persone disabili l'opportunità di essere cittadini a pieno titolo con uguali diritti e doveri, di partecipare pienamente alla vita sociale all'interno di un determinato contesto lavorativo. L'analisi critica dell'attuale quadro regolativo (risultante dalle modifiche introdotte dal Jobs Act) evidenzia l'urgenza di superare la tradizionale visione medica, assistenzialistica e compassionevole che considera i disabili come meri destinatari delle politiche di sostegno e di assistenza, a favore di una prospettiva più moderna – ispirata all'eguaglianza sostanziale – che li reputa 'soggetti' titolari di libertà e diritti soggettivi e, quindi, parti attive dell'operazione inclusiva, che dovrà necessariamente ispirarsi all'effettiva valorizzazione delle capacità e delle potenzialità degli stessi.

PAROLE CHIAVE: Disabili; inclusione sociale; inserimento e integrazione nel mercato del lavoro; Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità; L. n. 68/1999; Jobs Act.

SOMMARIO: 1 Premessa. 2 Disabili e Jobs Act. 3 Le principali modifiche alla L. n. 68/1999. 4 Alcune considerazioni conclusive

ABSTRACT: This article aims to study the policies for the integration of disabled persons in labour market: integration means to offer the opportunity to disabled persons to be full citizens with equal rights and duties, to participate completely in social life through work. This critical study of the current laws about this subject (which were modified by the Jobs Act) shows that it's urgent to overcome the traditional medical, assistentialist and pitiful vision that considers disabled persons merely as beneficiaries of assistential and maintenance's policies in order to adopt a modern perspective – inspired by substantive equality – that considers them as subjects of rights and freedom and therefore active parties of the integration, which must be inspired by the effective appreciation of disabled persons' capacity and potentiality.

KEYWORDS: Disabled people; social inclusion; integration in labour market; United Nation's Convention on the Rights of Persons with Disabilities; Law n. 68/1999; Jobs Act.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 Disabled and Jobs Act. 3 The main amendments to Law no. 68/1999. 4 Some final considerations

1 PREMESSA

Nell'ambito delle trasformazioni strutturali che da diversi anni stanno investendo il mercato del lavoro, inseguendo l'ambizioso obiettivo di risolvere la gravissima crisi occupazionale del nostro paese, finalità al cui raggiungimento è risultata funzionale una

Artigo recebido em 17/09/2017

Artigo aprovado em 21/11/2017

1 Valentina Pasquarella é Professora de Direito do Trabalho na Universidade de Foggia (Itália).

ridefinizione complessiva dell'intero assetto del diritto del lavoro², assume particolare rilievo la questione dell'inclusione sociale dei soggetti deboli in quanto portatori di disabilità.

L'inclusione sociale rappresenta la chiave di volta per collegare la titolarità dei diritti fondamentali al principio di eguaglianza sostanziale, in quanto quei diritti si svolgono nella società: includere, dunque, significa offrire alle persone disabili l'opportunità di essere cittadini a pieno titolo con uguali diritti e doveri, di partecipare pienamente alla vita sociale all'interno di un determinato contesto, condividendo le scelte sulle modalità con cui la società si organizza, sulle regole e sui principi di funzionamento. A tal fine, la società non solo deve tener conto delle esigenze esistenziali dei disabili, ma deve soprattutto adeguarsi ad esse, assicurando una tutela progressiva che, partendo dal loro inserimento sociale, limitatamente alla sfera delle relazioni primarie, si estende all'ambito dell'istruzione e della formazione (scuola, università), ai fini dell'acquisizione di un sapere professionale spendibile, fino a quello lavorativo, dove risulta fondamentale l'inserimento in posti dove possano essere utili e possano essere apprezzate le loro diverse abilità, per culminare nella partecipazione alla vita della comunità³.

A livello internazionale, a partire dagli anni '70, l'obiettivo dell'inserimento lavorativo è stato perseguito attraverso la combinazione di *policy* di inclusione sociale e strategie antidiscriminatorie⁴. Successivamente, la Convenzione delle Nazioni Unite del 2006⁵, quale strumento condiviso dalla comunità internazionale per ampliare il grado di inclusione sociale dei disabili, pur collocandosi nel solco di una lunga tradizione giuridica internazionale, ha sancito la conclusione di un processo di sviluppo del diritto internazionale in questa materia, inaugurando un vero e proprio «modello sociale della disabilità», in cui si riconosce centralità non al *deficit*, alla minorazione del disabile, ma alle sue potenzialità, da esprimere in un contesto socio-culturale «ragionevolmente accomodato»⁶.

² In questo senso, si esprime SPEZIALE V., *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 233/2014, 2 ss.

³ In questo senso, cfr. OLIVETTI M., *Commento all'articolo 26 (inserimento dei disabili)*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, 205.

⁴ Per un'esauritiva analisi di questi profili si rinvia a SIMONETTI L., *La Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili*, in *I diritti dell'uomo*, 2007, 73 ss. Per un'analisi del contesto comunitario, cfr. BONGIOVANNI V., *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzioni delle Nazioni unite*, in *Rivista del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Messina*, 2014, 11, 75 ss. consultabile su <http://www.iusme.it>. Sull'evoluzione del diritto antidiscriminatorio europeo alla luce di alcune recenti sentenze della CGUE sulla nozione di *handicap*, cfr. ampiamente PASTORE M., *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2016, 1, 199 ss.

⁵ Convenzione delle Nazioni Unite n. 61/107 sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 13 dicembre 2006 ed entrata in vigore il 3 maggio 2008. La Convenzione è stata sottoscritta dall'Unione Europea (Cons. UE, decisione n. 2010/48/CE) ed è stata ratificata (unitamente al relativo Protocollo opzionale) e resa esecutiva dall'Italia con la L. n. 18/2009, con cui è stato anche istituito l'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità (art. 3).

⁶ GRISAFI R., *I diritti e doveri (risarcitori) del disabile*, in *Resp.civ.*, 2010, 537.

La Convenzione, infatti, ha rappresentato «una "variazione di paradigma" rispetto al tradizionale modo di intendere la disabilità», in quanto il disabile è «considerato soggetto titolare di potenzialità, il cui apporto umano, sociale ed economico alla collettività può contribuire ad incrementare il senso di appartenenza generale alla stessa»⁷. Tale documento, «riconoscendo i preziosi contributi, esistenti e potenziali, apportati da persone con disabilità in favore del benessere generale e della diversità delle loro comunità» e considerando l'importanza di coinvolgere attivamente questi soggetti «nei processi decisionali inerenti alle politiche e ai programmi, inclusi quelli che li riguardano direttamente» (lett. m) e o) del Preambolo), mira a «promuovere, proteggere e assicurare» il loro «pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali» e «il rispetto per la loro intrinseca dignità» (art. 1, co. 1), anche attraverso «la piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società».

In particolare, per quanto concerne lavoro e occupazione, la Convenzione afferma il diritto all'opportunità di mantenersi attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato «in un mercato del lavoro e in un ambiente lavorativo aperto, che favorisca l'inclusione e l'accessibilità alle persone con disabilità» (nonché il diritto al lavoro anche per coloro che sono divenuti inabili nel corso del rapporto lavorativo), con l'obiettivo di impedire qualsiasi forma di discriminazione sia nell'accesso al lavoro, sia nello svolgimento del rapporto e di garantire ai disabili l'esercizio dei propri diritti del lavoro e sindacali su base di eguaglianza con gli altri (art. 27).

E' quanto viene ribadito nella Strategia europea sulla disabilità 2010-2020, nell'ambito della quale l'occupazione rappresenta uno degli otto ambiti d'azione principale ai fini dell'eliminazione delle barriere: l'integrazione nella società, a partire dalla famiglia, dalla scuola, non può che completarsi con un pieno inserimento/reinserimento nella realtà lavorativa, in quanto «un impiego di qualità assicura l'indipendenza economica, favorisce la riuscita personale e offre la migliore tutela contro la povertà». Quindi, l'inserimento in un sistema produttivo e organizzativo, la valorizzazione della professionalità e la «concretizzazione del rispettivo diritto al lavoro possono di fatto "neutralizzare" l'handicap dei soggetti disabili»⁸.

Per quanto riguarda la dimensione nazionale, la L. n. 68/1999 ha segnato una vera e propria transizione dal rigido garantismo della normativa previgente (L. n. 482/1968), alla

⁷ Così SIMONETTI L., *La Convenzione ONU...*, 73.

⁸ Cfr. NAVILLI M., *I lavoratori disabili e il collocamento «mirato»*, in BROLLO M. (A CURA DI), *Il mercato del lavoro*, in PERSIANI M., CARINCI F. (DIRETTO DA), *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. VI, Padova, 2012, 284.

ricerca del «posto adatto confacente alla capacità globale residua»⁹ del lavoratore disabile, nonché dall'«approccio afflittivo-sanzionatorio», all'«approccio premiale» nei confronti dei datori di lavoro obbligati ad assumere questi lavoratori, atteso che «il disabile non è più considerato soggetto improduttivo, ma lavoratore a tutti gli effetti, se destinatario di un corretto inserimento»¹⁰. In questa prospettiva, per promuovere l'integrazione sociale dei disabili e il pieno sviluppo della loro persona, anche nell'ambito professionale, il legislatore mira a favorirne l'inserimento nel mondo del lavoro, attraverso servizi di sostegno e di collocamento mirato, nell'ottica di valorizzare le abilità residue, la professionalità dei soggetti affetti da gravi minorazioni, e considerarli una vera e propria risorsa per l'azienda, in grado di apportare un valore aggiunto pari a quello degli altri dipendenti.

Dopo poco più di quindici anni di vigenza di questa normativa, il legislatore, attraverso il D.Lgs. n. 151/2015 (artt. 1-13), è intervenuto con un'operazione di *restyling*, con l'obiettivo dichiarato di procedere alla semplificazione di adempimenti e procedure e alla razionalizzazione di una disciplina che, nel corso degli anni, aveva mostrato una serie di limiti, come dimostrano anche i dati, per la verità non molto incoraggianti, sull'inserimento lavorativo dei soggetti portatori di disabilità¹¹.

Nel 2013, infatti, si è registrata una riduzione del numero delle persone con disabilità iscritte agli elenchi unici provinciali del collocamento obbligatorio¹²: il 2013 si colloca ai valori minimi registrati dall'introduzione del collocamento mirato (68.020 iscritti; erano 65.795 nel 2011). Dal punto di vista della composizione di genere, non solo le donne con disabilità iscritte al 31 dicembre 2013 risultano numericamente inferiori agli uomini (47,2%), ma la contrazione del numero delle iscrizioni coinvolge in misura maggiore l'universo femminile.

Non molto diversi i dati del 2012 e 2013 relativi al numero degli avviamenti delle persone con disabilità (18.295 a fine 2013), dai quali emerge una ripresa di un *trend* negativo che aveva precedentemente determinato il minimo storico nel 2009 (20.830). In un'ottica di genere, gli avviamenti interessano le donne con disabilità in misura inferiore rispetto agli uomini in tutte le ripartizioni geografiche. Inoltre, il calo degli avviamenti tra le due annualità

⁹ Così DE LUCA, *Norme per il diritto al lavoro dei disabili (legge n. 12 marzo 1999, n. 68)*, in *FI*, 2000, V, col. 293 ss.

¹⁰ In tal senso, cfr. GAROFALO D., *Disabili (lavoro dei)*, in *DI disc. priv. - sez. comm.*, Vol. IV, *Aggiornamento******, Appendice, Torino, 2009, 762-763.

¹¹ Cfr. i dati del biennio 2012-2013 riportati nella *Settima Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della legge recante norme per il diritto al lavoro dei disabili (anni 2012 e 2013)*, 4 agosto 2014., consultabile su <http://www.camera.it>.

¹² Il valore registrato si assesta sulle 676.775 persone iscritte, al di sotto quindi della soglia delle 700.000 unità, come si era verificato unicamente nel 2011.

colpisce in maniera più acuta le donne (i cui avviamenti diminuiscono complessivamente del 6% contro il 3% degli uomini).

La crisi economica e occupazionale si ripercuote anche sulle tipologie contrattuali utilizzate per l'assunzione dei lavoratori con disabilità, determinando un processo di progressiva precarizzazione. Nel 2013 le posizioni a tempo indeterminato scendono al 35,1% del totale e quelle a tempo determinato salgono al 57,7%¹³.

Ma vi è di più. Il mercato del lavoro italiano risulta deficitario non solo nella capacità di includere, ma anche di garantire il mantenimento del posto di lavoro. Infatti, anche i dati sui lavoratori in uscita sono alquanto preoccupanti (nel 2012 le risoluzioni dei rapporti di lavoro sono state 7.671, mentre l'anno successivo sono scese a 5.538): ciò significa che quelle persone erano state collocate in posti sbagliati ed erano considerate improduttive. Diventa, quindi, fondamentale l'ottica dell'inserimento della persona giusta al posto giusto.

In questo quadro, si conferma un dato inequivocabile, quello del grande numero dei posti scoperti sia nel privato che nel pubblico, posti che, per legge, dovrebbero essere riservati alle persone con disabilità, ma che non si trasformano in effettive assunzioni: in totale, nel 2013, risultano scoperti il 22% dei posti (quasi 1 su 4)¹⁴.

In particolare, nel settore pubblico, il tasso di scopertura delle quote d'obbligo è sempre stato molto elevato, nonostante la deroga al blocco delle assunzioni prevista per i lavoratori disabili¹⁵; inoltre, l'inadempimento degli obblighi previsti dalla L. n. 68, soprattutto da parte di molti grandi enti nazionali e dei Ministeri (ad eccezione dell'Inail e del Ministero del lavoro), è

¹³ Nel biennio 2012-2013 si registra una contrazione delle quote di riserva (ossia dei posti riservati alle assunzioni di persone con disabilità), tanto nel settore privato (da 158.295 posti a 117.136) quanto in quello pubblico (da 76.770 a 69.083). Su tali dati incide sicuramente il maggior numero di mancate risposte fornite dalle province nel passaggio dal 2012 al 2013. Tuttavia, mentre nel settore privato registriamo anche un decremento dei posti disponibili: dai 41.304 del 2012 ai 26.739 del 2013, nelle imprese pubbliche si evidenzia invece un significativo incremento dei posti calcolati come scoperti (pari a 14.499), pur in presenza di un numero maggiore di province non rispondenti (30%).

¹⁴ In particolare, al 31 dicembre 2013, risultano 186.219 posti di lavoro riservati a soggetti con disabilità, 41.238 dei quali scoperti: oltre 26.000 di questi sono nel settore privato (su 117.000 complessivi), poco meno di 13.000 nel pubblico (su 76.000 posti riservati).

¹⁵ Attraverso il d.l. n. 101/2013, conv. in L. n. 125/2013 (art. 7, co. 6 e 7), si è previsto l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di rideterminare il numero delle assunzioni obbligatorie delle categorie protette, derogando così ai divieti di nuove assunzioni, anche nel caso in cui l'amministrazione interessata sia in soprannumero, affidando al Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero del lavoro il monitoraggio sull'adempimento dell'obbligo. Tali disposizioni, introdotte al fine di bilanciare l'interesse generale alla riduzione dei costi della pubblica amministrazione con la tutela del diritto al lavoro per le categorie più deboli, superano il parere reso pochi mesi prima dal Dipartimento della funzione pubblica (prot. DFP 0023580 del 22/05/2013), secondo cui l'obbligo di coprire le quote di riserva per le categorie protette (con l'eccezione della disciplina sui centralinisti non vedenti) «è sospeso fintanto che le amministrazioni pubbliche non abbiano posti disponibili nella dotazione organica e, a fortiori ratione, laddove presentino posizioni soprannumerarie», in quanto, in quest'ultimo caso, eventuali assunzioni «andrebbero ad alimentare le soprannumerarietà o le eccedenze, producendo, a fronte dell'occupazione di una categoria protetta, il rischio della perdita del posto di lavoro del personale già di ruolo che si determinerebbe quale possibile conseguenza della dichiarazione di esubero e di messa in disponibilità».

senz'altro agevolato dalla debolezza del regime sanzionatorio a carico dei dirigenti responsabili¹⁶.

2 DISABILI E JOBS ACT

E' evidente che qualcosa non stesse funzionando nell'impianto della normativa del 1999 e che fosse necessario un intervento di "manutenzione straordinaria". Di ciò si è reso conto anche il legislatore delegante che, con la L. n. 183/2014, ha previsto, da un lato, la «razionalizzazione e revisione delle procedure e degli adempimenti in materia di inserimento mirato» dei soggetti disabili, per «favorirne l'inclusione sociale, l'inserimento e l'integrazione nel mercato del lavoro», in un'ottica di valorizzazione delle competenze delle persona e, da un altro lato, l'integrazione del sistema informativo per la gestione del mercato del lavoro e il monitoraggio delle prestazioni erogate con «la raccolta sistematica dei dati disponibili nel collocamento mirato nonché di dati relativi alle buone pratiche di inclusione lavorativa delle persone con disabilità e agli ausili ed adattamenti utilizzati sui luoghi di lavoro» (art. 1, co. 4, lett. g) e aa)). Sin dalla fissazione dei criteri direttivi, poi confermati in sede di attuazione, dove si rinvenivano norme finalizzate soprattutto a ridurre gli adempimenti burocratici posti a carico dei datori di lavoro e ad attuare maggiori facilitazioni nell'accesso al lavoro dei soggetti disabili, il legislatore ha compiuto una scelta ben precisa, nella direzione di non attuare interventi radicali sull'impianto delineato dalla L. n. 68, rinviando a successivi decreti del Ministro del lavoro la definizione (entro il termine - ormai scaduto - di 180 gg. dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 151/2015) di linee guida *ad hoc* in materia di collocamento mirato (art. 1, D.Lgs. n. 151/2015). Non si può non evidenziare come il legislatore compia una scelta alquanto discutibile e non scevra da dubbi di legittimità, perchè, nel settore privato, opta per la delegificazione della materia, scegliendo di affidare, forse per ragioni connesse ai tempi di attuazione della delega, l'elaborazione del *corpus* di regole alle linee guida da adottare con decreto ministeriale¹⁷. Quanto al settore delle pubbliche amministrazioni, invece, la Legge

¹⁶ E' quanto è emerso durante la IV Conferenza Nazionale sulle Politiche della disabilità (Bologna, 12-13 luglio 2013).

¹⁷ GAROFALO D., *Jobs act e disabili*, in *RDSS*, 2016, 1, 95, definisce la delegificazione «una sorta di subappalto regolativo, e pur individuando le ragioni di tale scelta nella necessità di rispettare la scadenza de termine per l'esercizio delle delega e nella «più facile modificabilità» di una normativa di rango amministrativo rispetto ad una di rango legislativo, non esclude la possibile censura di eccesso di delega. SPINELLI C., *La nuova disciplina dell'inserimento al lavoro delle persone disabili (d.lgs. n. 151/2015) nel quadro della normativa internazionale e dell'Unione europea*, in GHERA E., GAROFALO D. (A CURA DI), *Semplificazioni sanzioni ispezioni nel Jobs Act 2*, Bari, 2016, 18, ricorda come la scelta di delegificazione della materia è comune all'esperienza di altri Paesi (Francia, Gran Bretagna), in cui autorità amministrative in senso lato forniscono indicazioni operative per i datori di lavoro.

delega n. 124/2015 (art. 17, co. 1, lett. n)) prevede che della materia si occupino i decreti legislativi attuativi, da adottare sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, nel rispetto di una serie di criteri direttivi fissati dalla legge¹⁸.

Dal punto di vista del metodo, il legislatore, da un lato, sceglie di far precedere l'emanazione dei decreti ministeriali da un'apposita intesa in sede di Conferenza unificata, promuovendo così la logica concertativa e, quindi, il raggiungimento di soluzioni e misure condivise; da un altro lato, sebbene non intervenga direttamente e immediatamente nella definizione delle nuove regole, delinea la cornice entro la quale le linee guida devono essere costruite, fissando una serie di principi (ben sei) ai quali il Ministero dovrà attenersi (art. 1, co. 1, lett. a)-f), D.Lgs. n. 151/2015). Tra questi rilevano, da un lato, la creazione di una rete integrata con i servizi sociali, sanitari, educativi, formativi del territorio e con l'Inail, finalizzata all'accompagnamento e al supporto del disabile; dall'altro lato, la promozione di accordi territoriali tra sindacati, associazioni datoriali, cooperative sociali, associazioni impegnate a favore dei disabili e altre organizzazioni del terzo settore. L'intento del legislatore sembrerebbe quello di creare un costante rapporto sinergico tra tutti gli *stakeholders*, al fine di elaborare strategie concertate che agevolino l'inclusione e l'inserimento lavorativo dei soggetti disabili, in linea con gli obiettivi perseguiti nel settore pubblico attraverso l'istituzione di una Consulta nazionale (art. 17, co. 1, lett. n), L. n. 124/2015 e art. 39-bis, D.Lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 10, D.Lgs. n. 75/2017).

Un altro principio ispiratore delle linee guida, che richiama uno dei criteri dettati dalla L. n. 124/2015 per la riforma del collocamento mirato nel settore pubblico (cfr. art. 39-ter, D.Lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 10, D.Lgs. n. 75/2017), è quello relativo all'«*istituzione di un responsabile dell'inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro*», una sorta di *tutor* al quale spetterà il compito di predisporre progetti personalizzati per i disabili e di risolvere i problemi legati alle condizioni di lavoro di questi soggetti (in raccordo con l'Inail) (art. 1, co. 1, lett. e),

¹⁸ Tra i criteri direttivi, «*per garantire un'efficace integrazione nell'ambiente di lavoro delle persone con disabilità*», la L. n. 124/2015 (art. 17, co. 1, lett. n) e z)), prevede la nomina di una Consulta nazionale (composta da rappresentanti delle amministrazioni pubbliche centrali e territoriali, dei sindacati maggiormente rappresentativi e delle associazioni di categoria), che si occupi di: elaborare piani per ottemperare agli obblighi di cui alla L. n. 68; prevedere interventi straordinari per adottare gli accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro (ex art. 3, co. 3-bis, D.Lgs. n. 216/2003); monitorare l'obbligo delle amministrazioni pubbliche di inoltrare annualmente (alla Consulta, al Dipartimento della Funzione Pubblica, al Ministero del lavoro e al Centro per l'impiego territorialmente competente), la comunicazione sui posti riservati ai disabili e non coperti, il programma sui tempi e sulle modalità della copertura della quota di riserva, presidiato da adeguate sanzioni (tra cui, l'avviamento numerico d'ufficio, da parte del Centro per l'Impiego competente, di un numero di lavoratori disabili corrispondente ai posti scoperti). Si prevede anche la nomina (nelle amministrazioni pubbliche con più di 200 dipendenti) di un responsabile dei processi di inserimento dei disabili, che si deve occupare della loro integrazione nell'ambiente lavorativo, con particolare riferimento alla garanzia dell'accomodamento ragionevole. I suddetti criteri direttivi sono stati attuati mediante il D.Lgs. n. 75/2017 che ha aggiunto gli artt. 39-bis, 39-ter e 39-quater al D.Lgs. n. 165/2001.

D.Lgs. n. 151). Una scelta indubbiamente condivisibile, ma forse non perfettamente allineata alle indicazioni contenute nel «*Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità*», dove, invece, ai fini dell'integrazione dei lavoratori, viene indicata un'«*unità tecnica*», un osservatorio che, «*in stretto raccordo con le rappresentanze sindacali aziendali, si occupi, con progetti personalizzati, dei singoli lavoratori con disabilità*», affrontando e risolvendo i problemi legati alle loro condizioni di lavoro attraverso appropriate competenze (*disability manager*, etc...), con l'obiettivo di seguirli non solo nella fase di avviamento, ma anche durante il percorso lavorativo, conciliandone altresì i tempi di cura e di lavoro, e di evitare come spesso accade, che dopo l'assunzione vengano relegati ai margini dell'attività aziendale¹⁹.

Tra gli altri principi individuati in via legislativa per garantire un idoneo inserimento dei disabili nell'ambiente lavorativo²⁰, rilevano l'«*individuazione di buone pratiche di inclusione lavorativa*» e l'«*analisi delle caratteristiche dei posti lavoro da assegnare*» ai soggetti disabili, in linea con la definizione di collocamento mirato accolta dalla L. n. 68/1999, con l'aggiunta di un riferimento specifico «*agli accomodamenti ragionevoli che il datore di lavoro è tenuto ad adottare*» nell'ambiente di lavoro (art. 1, co. 1, lett. *f* e *d*), D.Lgs. n. 151). Si tratta di «*misure appropriate, (...) efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap*»²¹ e, quindi, a garantire parità di condizioni di lavoro alle persone con disabilità, rese obbligatorie dalla L. n. 99/2013 (in seguito alla condanna inflitta all'Italia dalla Corte di Giustizia europea)²² ed oggetto di specifica menzione nei criteri direttivi della L. n. 124/2015,

¹⁹ Il programma è stato predisposto dall'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità e adottato con d.P.R. del 4/10/2013.

²⁰ Alle linee guida è affidato anche il compito di individuare, in via transitoria (in attesa della revisione delle procedure di accertamento della disabilità), nuove modalità di valutazione bio-psico-sociale della disabilità e di regolare altri aspetti connessi all'inserimento lavorativo (definizione dei criteri di predisposizione dei progetti di inserimento lavorativo che tengano conto delle barriere e dei facilitatori ambientali rilevati, nonché degli indirizzi per gli uffici competenti finalizzati alla valutazione e alla progettazione dell'inserimento lavorativo in ottica bio-psico-sociale) (art. 1, co. 1, lett. *c*), D.Lgs. n. 151).

²¹ Cfr. XX Considerando della Direttiva 2000/78/CE che, a titolo esemplificativo, fa riferimento a misure di ordine fisico (sistemazione dei locali, adattamento delle attrezzature), organizzativo (intervento sui ritmi di lavoro e sulla suddivisione dei compiti) e formativo (fornitura di mezzi di formazione o di inquadramento). Cfr. anche l'art. 5, Direttiva 2000/78/CE e l'art. 2, Convenzione delle Nazioni Unite..., che fa riferimento alle «*modifiche*» e agli «*adattamenti necessari ed appropriati (...) adottati (...) per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali*».

²² L'art. 9, co. 4-ter, L. n. 99/2013 ha introdotto il co. 3-bis all'art. 3, D.Lgs. n. 216/2003, apportando una novità nel diritto antidiscriminatorio a tutela dei disabili. La modifica è stata introdotta in seguito alla condanna dell'Italia (cfr. CGUE, sez. IV., 4 luglio 2013, causa C-312/11, Commissione europea c. Repubblica italiana, in *RIDL*, 2013, 4, II, 922, con note di CINELLI M. e di LUGHEZZANI M.), per non aver recepito correttamente e completamente l'art. 5 della Direttiva 2000/78/Ce, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di adottare, in base alle esigenze delle situazioni concrete, «*soluzioni ragionevoli*» applicabili a tutte le persone con disabilità nell'ambiente di lavoro. Per quanto riguarda le risorse per gli accomodamenti ragionevoli, in seguito alle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 151/2015 (art. 11, co. 1, lett. *b*)), il Fondo regionale per l'occupazione dei disabili di cui all'art. 14, L. n. 68/1999, eroga anche «*contributi per il rimborso forfetario parziale delle spese necessarie all'adozione di*

che fa rientrare gli «*interventi straordinari per l'adozione degli accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro*» tra i compiti della costituenda Consulta nazionale (art. 17, co. 1, lett. n), n. 2) e art. 39-bis, co. 3, lett. d), , D.Lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 10, D.Lgs. n. 75/2017)

3 LE PRINCIPALI MODIFICHE ALLA L. n. 68/1999

Passando alle modifiche che intervengono direttamente sulla disciplina della L. n. 68/1999 (alcune delle quali non sono destinate a diventare immediatamente operative), si evidenzia come il D.Lgs. n. 151/2015, attraverso la manipolazione di una buona parte dell'articolato normativo²³, abbia proceduto a una serie di ritocchi significativi sia sulle competenze, sia sulla disciplina dell'avviamento al lavoro, nel condivisibile intento di garantire un funzionamento più efficiente del sistema del collocamento mirato e di «fornire una qualche risposta» alla pronuncia di condanna inflitta, nel 2013, all'Italia²⁴. In tale prospettiva, si procede all'ampliamento delle categorie dei destinatari del collocamento mirato²⁵; al superamento del regime "privilegiato" di gradualità nell'attuazione degli obblighi di assunzione, previsto per le piccole-medie aziende e per i soggetti che operano con finalità non "di mercato"²⁶ e, nell'ottica della sburocratizzazione della gestione procedimentale, si interviene su esoneri (e relativi

accomodamenti ragionevoli in favore dei lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento» (lett. c)).

²³ Sono stati modificati ben dieci articoli della L. n. 68/1999: si tratta degli artt. 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12-bis, 13 e 14.

²⁴ Così si esprime GAROFALO D., *Jobs act...*, 89-90, secondo cui le ragioni di «alcuni pezzi» della riforma vanno ricercate al di fuori della L. n. 183/2014 e, specificamente, nella pronuncia della CGUE, sez. IV., 4 luglio 2013, causa C-312/11..., anche se le modifiche apportate non contengono alcun riferimento alla sentenza. L'A. ritiene che l'articolazione del D.Lgs. n. 151/2015 confermi il duplice ambito di intervento della riforma; infatti, l'art. 1 riguarda le competenze; mentre, gli artt. da 2 a 13 (del capo I) attengono alla disciplina dell'avviamento al lavoro.

²⁵ L'art. 2, co. 1, D.Lgs. n. 151, ha aggiunto all'elenco dei destinatari contenuto nell'art. 1, co. 1, L. n. 68/1999, anche coloro la cui capacità di lavoro, in occupazioni confacenti alle proprie attitudini, sia ridotta in modo permanente, a causa di infermità o difetto fisico o mentale, a meno di un terzo (*ex art. 1, co. 1, L. n. 222/1984*), introducendo, quindi, una semplificazione per questi invalidi percettori dell'assegno ordinario di invalidità erogato dall'Inps, i quali non dovranno richiedere ulteriori accertamenti per il riconoscimento dell'invalidità civile. Sulla *ratio* della modifica diretta a superare l'ingiustificata disparità di trattamento nell'ipotesi di invalidi civili tutelati sotto il profilo assistenziale, ma esclusi dal collocamento protetto, in quanto affetti da una riduzione della capacità lavorativa generica inferiore alla misura minima prevista dall'art. 1, L. n. 68/1999, cfr. GAROFALO D., *Jobs act...*, 98. Sul punto. cfr. anche PASQUALETTO E., *Le novità dell'estate e dell'autunno 2015 in materia di collocamento mirato dei disabili*, in ZILIO GRANDI G., BIASI M. (A CURA DI), *Commentario breve alla Riforma " Jobs act"*, Padova, 2015, 752.

²⁶ In particolare, l'art. 3, co. 2, D.Lgs. n. 151, modificando l'art. 3, co. 3, L. n. 68/1999, stabilisce che, dal 1/1/2017, i datori di lavoro privati che occupano da 15 a 35 dipendenti, i partiti politici, le organizzazioni sindacali e le organizzazioni che, senza scopo di lucro, operano nel settore della solidarietà sociale, dell'assistenza e della riabilitazione, sono assoggettati all'obbligo di assunzione di soggetti con disabilità indipendentemente dall'effettuazione di una nuova assunzione, come, invece, prevedeva la disciplina previgente, che aveva sollevato forti dubbi di legittimità costituzionale, su cui SUPPIEJ G., *Collocamento obbligatorio e Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gino Giugni*, II, Bari, 1999, 1295. Su queste modifiche, si rinvia a GAROFALO D., *Jobs act...*, 99-100.

contributi esonerativi) e compensazioni²⁷. Poi, oltre ad incidere sui criteri di computo della quota di riserva²⁸, si introduce la possibilità per il lavoratore di scegliere i servizi per il collocamento mirato presso i quali iscriversi (quelli operanti nell'ambito territoriale di residenza o quelli di altra parte del territoriale statale)²⁹ e si ridefinisce la composizione del Comitato tecnico³⁰, incidendo così sulla ripartizione delle competenze in materia di gestione dell'avviamento e dell'inserimento lavorativo dei disabili, soprattutto in seguito all'abrogazione del D.Lgs. n. 469/1997³¹.

Tra le diverse misure di recente introduzione, ve ne sono alcune che meritano una riflessione più approfondita, in quanto possono essere considerate le linee direttrici principali

²⁷ Attraverso alcune correzioni migliorative apportate all'art. 5, L. n. 68/1999 (abrogazione del co. 2, ult. periodo; aggiunta del co. 3-*bis*) e modifica del co. 8-*ter*), per un verso, si interviene per semplificare il procedimento di esonero dall'obbligo di assunzione di persone disabili per i datori di lavoro (privati ed enti pubblici economici) che occupano addetti impegnati in lavorazioni considerate particolarmente pericolose (ossia quelle che comportano il pagamento di un tasso di premio ai fini Inail pari o superiore al 60 per mille), prevedendo un'automaticità basata su un'autocertificazione del datore di lavoro, il quale sarà tenuto a versare al Fondo per il diritto al lavoro dei disabili un contributo esonerativo (pari a 30,64 euro) per ogni giorno lavorativo e per ciascun lavoratore disabile non occupato. Per un altro verso, sempre nell'ottica della semplificazione, si consacra in via legislativa l'estensione (già prevista dal d.P.R. n. 333/2000) del meccanismo di compensazione territoriale "automatica" anche per i datori di lavoro pubblici, finora sottoposti ad autorizzazione in seguito a richiesta motivata, stabilendo che la facoltà di compensare (tra le assunzioni di disabili effettuate nelle diverse unità produttive della stessa regione) è condizionata dalla trasmissione telematica (agli uffici competenti) dell'apposito prospetto informativo e, quindi, subordinata a una mera comunicazione.

²⁸ Attraverso l'art. 4, co. 1, D.Lgs. n. 151/2015, che ha inserito il co. 3-*bis* all'art. 4, L. n. 68/1999, si è proceduto a quella che GAROFALO D., *Jobs act...*, 102, definisce «internalizzazione degli invalidi esterni», completando la disciplina previgente, che si limitava a prevedere la computabilità nella quota di riserva dei lavoratori divenuti disabili nel corso del rapporto (i c.d. invalidi interni) (art. 4, co. 4, L. n. 68/1999). In sostanza, attraverso l'integrazione legislativa, i lavoratori già disabili prima della costituzione del rapporto, anche se non assunti tramite il collocamento obbligatorio, saranno computabili (da parte di datori di lavoro privati e pubblici) nella quota di riserva, purché presentino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 60% oppure siano affetti da specifiche minorazioni (ascritte dalla prima alla sesta categoria delle tabelle annesse al d.P.R. n. 915/1978) o ancora presentino disabilità intellettiva o psichica, con riduzione della capacità lavorativa superiore al 45%. Attraverso l'art. 5, co. 1, lett. a), D.Lgs. n. 185/2016, recante «*Disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi 15 giugno 2015 n. 81, e 14 settembre 2015, nn. 148, 149, 150 e 151*», si precisa che la riduzione della capacità lavorativa deve essere pari o superiore al 60%, attuando la completa equiparazione con la previsione di cui all'art. 4, co. 4, secondo cui risultano computabili i soggetti divenuti inabili durante il rapporto di lavoro, per infortunio o malattia, con una percentuale pari o superiore al 60%, fatto salvo il caso in cui l'inabilità derivi da un inadempimento del datore di lavoro rispetto alle norme in materia di sicurezza sul lavoro.

²⁹ Cfr. art. 7, co. 1, lett. a), D.Lgs. n. 151/2015, che ha modificato l'art. 8, co. 1, L. n. 68/1999. Tale possibilità di scelta, subordinata alla previa cancellazione dagli elenchi nei quali il disabile era precedentemente iscritto, è diretta a legittimare in modo formale l'iscrizione negli elenchi di disabili non residenti, provando così a superare prassi contrarie finora messe in atto dai Centri per l'impiego. È evidente che sotto il profilo dei controlli diretti a verificare l'iscrizione in un solo ambito territoriale, rivestirà un ruolo determinante la «*Banca dati del collocamento mirato*» (*infra*).

³⁰ Si tratta del Comitato *ex art. 6, co. 3, D.Lgs. n. 469/1997*, il vero motore dell'inserimento lavorativo dei disabili; esso deve essere costituito presso i servizi per il collocamento mirato ed è composto da funzionari di tali servizi e da esperti del settore sociale e medico-legale, soprattutto per quanto riguarda la materia della disabilità: così art. 8, co. 1-*bis*, L. n. 68/1999, modificato dall'art. 7, co. 1, lett. a), D.Lgs. n. 151/2015.

³¹ Nello specifico, il collocamento dei disabili è affidato ai "nuovi" Centri per l'impiego, quali uffici territoriali regionali (*ex art. 11, co. 1, lett. d*) e art. 18, co. 1, D.Lgs. n. 150/2015); ad autonomi servizi per il collocamento mirato, nel cui ambito territoriale si trova la residenza dell'interessato (*ex art. 8, co. 1, L. n. 68/1999*) e al "nuovo" Comitato tecnico (*ex art. 8, co. 1-*bis*, L. n. 68/1999*): ai primi spetta la fase dell'inserimento lavorativo, mentre agli altri due è affidata la fase è precedente all'inserimento vero e proprio (cfr. art. 8, co. 1 e 1-*bis*, L. n. 68/1999). Sul punto, cfr. GAROFALO D., *Jobs act...*, 107.

attraverso le quali viene attuata l'operazione di *restyling* legislativo: non a caso, sono quelle che hanno sollevato le critiche più forti soprattutto dal versante sindacale.

La prima linea direttrice della riforma riguarda le modalità assunzionali - per i datori di lavoro privati e gli enti pubblici economici - alternative alla stipula delle convenzioni (di cui all'art. 11, L. n. 68) e consiste nella generalizzazione del sistema della richiesta nominativa, che, invece, nel testo previgente, aveva efficacia meramente residuale³², limitando così l'avviamento numerico (che prima rappresentava la regola) ad un atto - tecnicamente definibile d'ufficio (in quanto a monte c'è una richiesta datoriale) - cui gli uffici competenti (riferimento riconducibile ai servizi per il collocamento mirato) ricorrono nell'ipotesi in cui sia scaduto il termine previsto dalla legge (60 gg.) senza che si sia proceduto alla richiesta nominativa (art. 7, co. 1 e 1-bis, L. n. 68)³³.

Una misura che, introdotta nell'intento di favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, tuttavia, potrebbe rischiare di rendere arbitrario il collocamento dei disabili, penalizzando quelli con disabilità grave: le aziende, infatti, potranno "scegliere" i disabili da assumere nominativamente, evitando di rispettare la graduatoria delle liste speciali dei Centri per l'impiego, stilata in base alle percentuali di gravità degli handicap. Inoltre, il nuovo meccanismo, svuotando di significato e di valore la richiesta numerica, potrebbe tradire la *ratio* della L. n. 68 e vanificare la dimensione solidaristica che ispira la disciplina del collocamento mirato, nel rispetto della quale, invece, sarebbe stato opportuno conservare almeno parzialmente la richiesta numerica, per assicurare una migliore distribuzione della già scarse occasioni di lavoro tra prestatori svantaggiati³⁴.

Il legislatore ha provato ad attenuare i possibili effetti distorsivi del nuovo regime di assunzioni, introducendo la facoltà del datore di lavoro di far precedere la richiesta nominativa da un'ulteriore richiesta all'ufficio competente di effettuare una preselezione dei disabili iscritti nell'apposito elenco aderenti a quella specifica occasione di lavoro, in base alle qualifiche e

³² Secondo la formulazione dell'art. 7, co. 1, precedente alla modifica introdotta dall'art. 6, co. 1, lett. a), D.Lgs. n. 151/2015, la richiesta nominativa rappresentava la modalità ordinaria di assunzione soltanto in alcune ipotesi specifiche: per le aziende di minori dimensioni - tra 15 e 35 dipendenti, nonché per i partiti politici, le organizzazioni sindacali e gli enti da essi promossi. Gli altri datori di lavoro, invece, potevano ricorrere alla richiesta nominativa solo per una parte dei lavoratori disabili da assumere (il 50% per quelli che occupano da 36 a 50 dipendenti; il 60% per quelli che occupano più di 50 dipendenti) oppure nell'ipotesi di assunzione mediante convenzioni.

³³ In tale ipotesi, l'avviamento numerico deve avvenire nel rispetto della graduatoria per la qualifica richiesta o altra qualifica specificamente concordata con il datore di lavoro, sulla base di quelle disponibili (oppure con avviso pubblico e con graduatoria limitata a coloro che aderiscono alla specifica occasione di lavoro). Attraverso la nota direttoriale del Min. Lav. 17 febbraio 2016, n. 33/970, è stato precisato che il datore di lavoro, decaduto dalla possibilità di avvalersi della richiesta nominativa, deve presentare richiesta numerica, individuando la qualifica sulla base di quella posseduta dagli iscritti.

³⁴ In questo senso si era già espressa la dottrina in passato: cfr. LIMENA F., *L'accesso al lavoro di disabili*, Padova, 2004, 75.

secondo le modalità concordate con l'azienda stessa (art. 7, co. 1, ult. per.). In altre parole, per giungere a una scelta ponderata in relazione al soggetto disabile da assumere, il datore di lavoro ha la possibilità (non l'obbligo!) di chiedere al servizio competente di raccogliere le candidature in modo da poter scegliere all'interno della rosa di nomi proposti.

Le perplessità sollevate dai sindacati sarebbero pienamente condivisibili se non si tenesse conto dei dati concreti, che, invece, dimostrano come le modifiche non abbiano certo intaccato un «meccanismo funzionante»³⁵. Ad oggi, infatti, quasi la metà delle assunzioni avviene mediante lo strumento delle convenzioni³⁶, probabilmente in virtù della maggiore flessibilità e graduazione garantita ai datori di lavoro (soprattutto rispetto alla tempistica dell'inserimento), i quali hanno la possibilità di diluire e programmare gli interventi, mentre per la restante metà si ricorre quasi interamente alla chiamata nominativa; solo poco più del 6% delle assunzioni avviene per chiamata numerica. In pratica, nel 2013, per ogni 4 nuovi disabili iscritti alla lista del collocamento obbligatorio, solamente uno trova effettivamente un lavoro; se poi il termine di paragone sono gli iscritti, il calcolo è ancora più preoccupante: un avviamento al lavoro ogni 36 iscritti al collocamento³⁷. Anche se bisogna considerare che la percentuale di inserimenti rispetto agli iscritti negli elenchi è decisamente diversificata tra le Regioni (va dallo 0,5% della Sicilia al 50% delle Province autonome di Trento e Bolzano), in quanto l'inserimento lavorativo ha esito positivo nelle Regioni in cui funzionano bene i servizi per l'impiego: diventa, quindi, determinante superare l'insufficienza e l'inefficacia di questi ultimi³⁸. Di qui la scelta del legislatore di procedere (attraverso il D.Lgs. n. 150/2015) alla «ricentralizzazione delle competenze» in materia di servizi e politiche attive del lavoro³⁹ anche con riferimento al collocamento dei disabili, affidando all'Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro (Anpal) un'importante funzione di coordinamento in materia (art. 9, co. 1, lett. a), D.Lgs. n. 150/2015).

³⁵ E' quanto sostiene F. BETTONI, Presidente nazionale della Fand (Federazione Associazioni Nazionali Disabili).

³⁶ La disciplina delle convenzioni (*ex artt. 11, 12, 12-bis*), L. n. 68/1999) non è stata modificata dalla riforma del 2015, fatta salva la soppressione di alcuni incisi nell'art. 12-*bis*, co. 5, lett. *b*).

³⁷ Secondo i dati riportati nella *Settima Relazione al Parlamento...*, 60, nel 2012, la convenzione è risultata utilizzata complessivamente nel 48,7% degli avviamenti (nel 2013), mentre la modalità della richiesta nominativa nel 44,8%; quanto alla modalità della chiamata numerica, dopo l'incremento nel 2012 (8,7% del totale), si ridimensiona fino al 6,6% nel 2013.

³⁸ E' quanto evidenzia il Segretario confederale Cisl, Maurizio Bernava, in una nota del 19 giugno 2015, consultabile su <http://www.iltempo.it>.

³⁹ Secondo GAROFALO D., *Riforma del mercato del lavoro e ricentralizzazione delle competenze*, in GHERA E., GAROFALO D. (A CURA DI), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, 2016, 9, la «ricentralizzazione (delle competenze in materia di mercato del lavoro)» è una delle parole chiave in cui è possibile sintetizzare il contenuto del D.Lgs. n. 150/2015, insieme con l'«informatizzazione (della gestione del mercato del lavoro)» e con l'«integrazione (delle politiche attive e passive)».

Risulterà, dunque, fondamentale lo specifico monitoraggio (a costo zero) che il Ministero dovrà svolgere in ordine agli effetti del nuovo sistema di assunzione in termini di occupazione dei soggetti con disabilità e, quindi, di miglioramento effettivo dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, (art. 7, co. 1-ter, L. n. 68).

Un'altra linea direttrice attraverso la quale si muove la riforma del 2015 investe uno degli aspetti più controversi della disciplina previgente, ossia quello degli incentivi riconosciuti ai datori di lavoro che assumono persone con disabilità, in adempimento dell'obbligo legislativamente imposto (ma anche a quelli che le assumono pur non essendovi obbligati), procedendo ad una semplificazione del procedimento di erogazione, attraverso una modifica strutturale dell'art. 13, L. n. 68/1999. Oltre a modificare la definizione dell'emolumento (non si parla più di "contributo all'assunzione", ma di "incentivo") e a sganciare l'erogazione gli incentivi dalla stipula delle convenzioni, il legislatore ritocca gli importi (che variano sempre a seconda del grado di riduzione della capacità lavorativa o delle minorazioni ascritte al soggetto con disabilità) e le modalità di calcolo, fissando anche il periodo di fruizione (36 mesi) e prevedendo, quale presupposto per la concessione, non più l'assunzione tramite convenzione, bensì la stipulazione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, a garanzia della continuità del rapporto⁴⁰.

Ebbene, oltre a fare un passo indietro, attraverso la reintroduzione di un incentivo economico concesso su base mensile (come l'originario sgravio contributivo), in luogo del contributo all'assunzione *una tantum* (introdotto dall'art. 1, co. 37, lett. c), L. n. 247/2007), per assicurare una tendenzialmente stabilità del rapporto⁴¹, il legislatore ha innovativamente convertito l'incentivo regionale in incentivo erogato direttamente dall'Inps (tramite conguaglio nelle denunce contributive mensili), a condizione che vi sia una disponibilità effettiva di risorse nel Fondo Nazionale disabili, dal quale si attinge⁴². Si passa, quindi, da una ripartizione di risorse (annuale) tra Regioni e Province autonome in proporzione alle richieste presentate e ritenute ammissibili, ad un affidamento esclusivo della gestione del suddetto Fondo all'Inps, estromettendo le Regioni che, sino ad oggi, hanno svolto un significativo ruolo di mediazione con il territorio (in raccordo con gli uffici competenti), consentendo così di tenere conto di una

⁴⁰ Cfr. art. 13, co. 1 e 1-bis, L. n. 68/1999. Le categorie di disabili cui la norma fa riferimento per la concessione del beneficio sono rimaste invariate, ma sono previste condizioni di miglior favore per i lavoratori con disabilità intellettiva e psichica: il periodo di fruizione dell'incentivo è più lungo (60 mesi) ed è prevista la possibilità di richiederlo in caso di assunzioni sia a tempo indeterminato che a tempo determinato, purché non inferiori a 12 mesi.

⁴¹ In questo senso, cfr. GAROFALO D., *Jobs act...*, 112.

⁴² Per la procedura di concessione dell'incentivo, cfr. art. 13, co. 1-ter, L. n. 68/1999. Il co. 5 prevede che l'ammontare delle risorse del Fondo da trasferire dall'Inps (dal 2016) è determinata con decreto del Ministero del lavoro, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con un aggiornamento annuale: cfr. d.i. del 23 marzo 2016.

serie di importanti variabili connesse alle peculiarità territoriali, quali il sistema produttivo regionale, il numero degli iscritti al collocamento, il disomogeneo funzionamento dei servizi pubblici di inserimento lavorativo⁴³.

L'ultima linea direttrice della recente novella legislativa è rappresentata dal rafforzamento dei controlli. In particolare, nell'ambito della Banca dati politiche attive e passive (istituita con l'art. 8, L. n. 99/2013), si prevede l'istituzione di un'apposita sezione denominata «*Banca dati del collocamento mirato*», destinata a raccogliere tutte le informazioni relative sia ai datori di lavoro obbligati, privati e pubblici, sia ai lavoratori disabili, informazioni che si aggiungono a quelle che il datore di lavoro deve obbligatoriamente fornire circa l'instaurazione dei rapporti di lavoro. Diversi sono i soggetti chiamati ad alimentare questo nuovo archivio telematico, ciascuno con le informazioni e i dati di propria competenza: dagli uffici competenti, all'Inail, all'Inps, alle Regioni e Province autonome, fino ai datori di lavoro, tenuti a trasmettere i prospetti informativi, nonché le informazioni relative agli accomodamenti ragionevoli adottati.

In sostanza, il legislatore, alla luce delle carenze sul piano dell'informazione messe in luce dalle ultime Relazioni biennali sullo stato di attuazione della L. n. 68, *deficit* informativo che incide negativamente sulla possibilità di monitorare e intervenire sul fenomeno della inoccupazione delle persone con disabilità, introduce uno strumento funzionale a molteplici finalità: «*razionalizzare la raccolta sistematica dei dati disponibili sul collocamento mirato*», «*semplificare gli adempimenti*», «*rafforzare i controlli*», nonché «*migliorare il monitoraggio e la valutazione degli interventi*» (art. 9, co. 6-bis, L. n. 68/1999)⁴⁴. La raccolta e lo scambio delle informazioni in modalità telematica e, quindi, la gestione informatizzata del sistema di collocamento mirato, assicurando una maggiore efficienza e uniformità sul territorio nazionale della circolazione dei dati rispetto agli strumenti di comunicazione tradizionali, diventano, funzionali alla costruzione di un costante rapporto sinergico tra soggetti ed enti ai fini dell'elaborazione di strategie condivise e azioni mirate che agevolino l'inserimento lavorativo, e di conseguenza l'inclusione sociale, delle persone con disabilità, confermando così quell'idea

⁴³ Le Regioni continuano a gestire il Fondo regionale per l'occupazione dei disabili alimentato dalle sanzioni amministrative previste dalla L. n. 68, nonché con i contributi dei datori di lavoro non versati al Fondo nazionale e con quelli di fondazioni, enti di natura privata e soggetti comunque interessati (*ex art. 14, co. 3, L. n. 68/1999*), per il «*finanziamento dei programmi regionali di inserimento lavorativo e dei relativi servizi*» e per le altre finalità prevista dalla norma (art. 14, co. 4, lett. a), b), c)).

⁴⁴ Il co. 6-bis è stato inserito dall'art. 8, co. 1, lett. b), D.Lgs. n. 151/2015.

di collaborazione telematica e di «informatizzazione della gestione del mercato del lavoro»⁴⁵ avanzata dal legislatore sin dalla fine degli anni '90 e confermata dalle scelte più recenti⁴⁶.

4 ALCUNA CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In conclusione, si può ritenere che gli "aggiustamenti" introdotti dall'ultima riforma, pur toccando diversi profili della disciplina, non hanno intaccato il complessivo sistema strutturale del collocamento obbligatorio costruito nel 1999, nè hanno «alterato la sua collocazione fra gli istituti basati su un potere imperativo dell'amministrazione»⁴⁷. In realtà, alcune tra le misure introdotte riprendono le indicazioni contenute nel «Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità» predisposto dall'Osservatorio Nazionale, quindi, erano attese e, in larga misura, condivise.

Gli interventi di semplificazione sostanziale e procedurale messi in campo, nonché le integrazioni e le correzioni che il legislatore ha inteso apportare, sembrerebbero un primo passo per garantire un migliore funzionamento del sistema e un'azione più efficiente da parte dei servizi competenti, benché molte misure andranno monitorate nel tempo, al fine di valutarne l'efficacia nel medio e nel lungo periodo. D'altro canto, la riuscita dell'operazione di semplificazione voluta dal legislatore dipenderà soprattutto dalla piena attuazione delle misure introdotte, da parte dei servizi pubblici e delle agenzie private, nonché dei datori di lavoro obbligati.

C'è anche da dire che il D.Lgs. n. 151 non ha rappresentato l'unico intervento in materia introdotto nel 2015. Prima di intervenire con la c.d. "Legge di stabilità 2016", attraverso l'introduzione di misure di sostegno prevalentemente economico⁴⁸, il legislatore aveva

⁴⁵ Così GAROFALO D., *Riforma del mercato del lavoro...*, 9.

⁴⁶ Ci si riferisce al Sistema informativo lavoro (Sil) (istituito con l'art. 11, D.Lgs. n. 469/1997), attraverso il quale il legislatore aveva previsto una collaborazione tra soggetti pubblici e operatori privati funzionale all'incontro telematico tra domanda e offerta di lavoro; alla successiva «Borsa continua nazionale del lavoro» (artt. 15-17, D.Lgs. n. 276/2003); alla «Banca dati delle politiche attive e passive», quale tentativo di razionalizzazione degli interventi di politica attiva di tutti gli organismi centrali e territoriali; fino alle disposizioni più recenti, in virtù delle quali è stata prevista l'istituzione (da parte dell'Anpal) del Sistema Informativo Unitario delle Politiche del Lavoro (SIUPol), in attesa del completamento di un Sistema Informativo unico (art. 13, co. 1, D.Lgs. n. 150/2015). Su questi aspetti, si rinvia ampiamente ai contributi di ALAIMO A., *Sistema Informativo Unitario delle Politiche del Lavoro (SIUPol) e Fascicolo Elettronico del Lavoratore (FEL)*, e di GAROFALO D., *Le banche dati in materia di politiche del lavoro*, pubblicati in GAROFALO D. (A CURA DI), *Organizzazione...*, rispettivamente 109 ss. e 131 ss.

⁴⁷ Così GRAGNOLI E., *Il collocamento obbligatorio e le politiche attive*, in *RGL*, 2016, 3, 533, secondo cui l'amministrazione esercita prerogative basate sull'autorità per reperire un datore di lavoro idoneo, svolgendo funzioni di collocamento. L'A. parla di un legislatore attento a modificare molti aspetti della L. del 1999, ma «conservatore a proposito della sua struttura» (spec. 534).

⁴⁸ Cfr. art. 1, co. 400, 405, 406, 407, 415, 416, L. n. 208/2015, che tra le misure a tutela della disabilità, hanno previsto l'istituzione del Fondo per il sostegno di persone con disabilità grave, prive di sostegno familiare (c.d. "Dopo di noi") e l'incremento del Fondo per malati di SLA; l'istituzione del Fondo di solidarietà a tutela del coniuge

introdotto un'importante novità per i lavoratori disabili nell'ambito della normativa di revisione della disciplina della somministrazione di lavoro. Infatti, ammettendo, in deroga alla regola generale, la computabilità dei lavoratori disabili somministrati (inviati dalle Agenzie per il lavoro autorizzate, per missioni di durata non inferiore a 12 mesi continuativi), nella quota di riserva stabilita dalla L. n. 68, il D.Lgs. n. 81/2015 (art. 34, co. 3) potrebbe aprire nuove possibilità di inserimento proficuo nel mondo del lavoro di questi soggetti⁴⁹. I datori di lavoro soggetti alla quota d'obbligo, che in questo modo hanno la possibilità di coprire la quota di riserva avvalendosi (oltre che dei tradizionali servizi pubblici per il collocamento mirato) anche dell'apporto e della collaborazione professionale di intermediari privati qualificati (i quali avrebbero la possibilità di mettere in campo le risorse e le competenze in materia di selezione del personale per favorire l'inserimento lavorativo delle persone con disabilità), affiderebbero a questi ultimi non soltanto la gestione delle procedure burocratiche, ma soprattutto la sperimentazione del buon esito di tale inserimento, prima di procedere all'eventuale assunzione (nominativa) del disabile alle proprie dipendenze.

In questa prospettiva, la somministrazione, oltre ad essere uno strumento di flessibilità per rispondere alle esigenze organizzative e produttive dell'utilizzatore, diventa anche uno strumento avanzato di collocamento mirato, attraverso il quale le Agenzie offrono un'occasione concreta di inserimento lavorativo in azienda, quale *ouverture* di una successiva possibile assunzione.

Pur condividendo complessivamente gran parte delle misure messe in campo dal legislatore, è evidente che si tratti di interventi limitati e del tutto insufficienti a favorire l'integrazione lavorativa di queste persone e a realizzare quell'ampliamento del grado di inclusione sociale propugnato nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità⁵⁰: persino quella che sembrava essere la novità più significativa, vale a dire la generalizzazione della richiesta nominativa, secondo autorevole dottrina, non riuscirebbe a

in stato di bisogno, che riguarda anche i figli maggiorenni con disabilità; il potenziamento dei progetti di vita indipendente relativa ai disabili e la realizzazione di progetti sportivi per i disabili mentali.

⁴⁹ Per es., attraverso un'assunzione a tempo indeterminato da parte dell'Agenzia, per essere inviato in missioni a tempo determinato presso gli utilizzatori.

⁵⁰ Di diverso parere sono il Segretario confederale Cisl, Maurizio Bernava, il Presidente della federazione italiana per il superamento dell'handicap, Vincenzo Falabella e il Presidente dell'Unione italiana ciechi e ipovedenti, Mario Barbuto, i quali considerano il D.Lgs. n. 151/2015 un «traguardo importante» in quanto mira «a evitare le elusioni, a favorire l'ingresso e la permanenza al lavoro, a potenziare il ruolo di mediazione dei servizi, a garantire una più forte attenzione alle disabilità con maggiori compromissioni funzionali, in particolare di natura intellettuale e psichica, a prevedere un rafforzamento degli incentivi alle aziende»: cfr. la nota congiunta del 9 settembre 2015, consultabile su <http://online.cisl.it>.

superare uno degli elementi di criticità della normativa, ossia lo scarso coinvolgimento delle imprese nell'attuazione delle politiche attive a favore dei disabili⁵¹.

E' pur vero che non si tratta soltanto di fronteggiare mere esigenze di semplificazione e di razionalizzazione della normativa, al solo fine di garantire una gestione meno burocratizzata del sistema, obiettivo, peraltro, pienamente condivisibile. La vera sfida al rinnovamento dell'impianto normativo e al rilancio del collocamento mirato si gioca non solo sul costante sostegno economico alle politiche a favore di questi soggetti⁵², sull'incremento dell'incidenza delle sanzioni in caso di mancata applicazione degli obblighi di legge⁵³, sul rafforzamento della professionalità degli operatori dei Centri per l'impiego, ma soprattutto sulla promozione di un vero e proprio mutamento culturale.

Tale cambiamento deve partire da una maggiore sensibilizzazione della coscienza collettiva rispetto ai diritti di questi soggetti e soprattutto all'utilità generale del loro contributo, e tradursi nell'abbandono della tradizionale visione medica, assistenzialistica e compassionevole che considera i disabili come meri «destinatari (passivi)»⁵⁴ delle politiche di sostegno e di assistenza messe in atto, a favore di una prospettiva più moderna - ispirata all'eguaglianza sostanziale - che li reputa "soggetti" titolari di libertà e diritti soggettivi, nonché parti attive dell'operazione inclusiva, la quale dovrà necessariamente ispirarsi all'effettiva valorizzazione delle capacità e delle potenzialità degli stessi.

⁵¹ GRAGNOLI E., *Il collocamento obbligatorio...*, 543, secondo cui il datore di lavoro rimane comunque il destinatario dell'atto di avviamento con scarse possibilità (e modalità) di partecipare alle politiche attive.

⁵² Per favorire e sostenere finanziariamente il reinserimento nella vita sociale e lavorativa di infortunati e soggetti colpiti da malattia professionale (sia subordinati, sia autonomi), l'Inail, nell'ambito delle nuove competenze attribuitegli dalla c.d. "Legge di stabilità 2015" (art., 1, co. 166, L. n. 190/2014), l'11 luglio 2016, ha approvato il «Regolamento per il reinserimento e l'integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro», che prevede interventi e risorse mirati a dare sostegno alla continuità lavorativa di questa categoria di disabili da lavoro. In particolare, si tratta di realizzare progetti personalizzati per: il superamento e l'abbattimento delle barriere architettoniche nei luoghi di lavoro; l'adeguamento e l'adattamento delle postazioni di lavoro; per la formazione e la riqualificazione professionale. Nei limiti delle risorse finanziarie annualmente stanziare dall'Inail (21 milioni di euro per il 2016), l'Istituto ha fissato i limiti massimi complessivi di spesa rimborsabile al datore di lavoro, per ciascun progetto e per le diverse tipologie di intervento.

⁵³ In questa direzione è intervenuto il legislatore che, attraverso l'art. 5, co. 1, lett. b), D.Lgs. n. 185/2016, modifica l'art. 15, L. n. 68/1999. Innanzitutto, al fine di correggere una distorsione del sistema ed evitare comportamenti opportunistici dei datori di lavoro, prevede un incremento dell'ammontare delle sanzioni per mancata assunzione di persone disabili, rendendo coerente la disciplina sanzionatoria con quella del versamento dei contributi esonerativi: infatti, si fa riferimento ad una somma pari a cinque volte la misura del contributo esonerativo di cui all'art. 5, co. 3-bis (art. 15, co. 4). In secondo luogo, attraverso l'aggiunta del co. 4-bis all'art. 15, il legislatore chiarisce che alle violazioni di cui all'art. 15, co. 4, è applicabile la procedura di diffida (ex art. 13, D.Lgs. n. 124/2004) che richiede (in relazione alla quota d'obbligo non coperta) la presentazione agli uffici competenti della richiesta di assunzione o la stipula del contratto di lavoro con la persona disabile avviata al lavoro dagli uffici medesimi. In ultimo, attraverso la sostituzione del co. 5, dell'art. 15, si prevede l'adeguamento quinquennale (con decreto del Ministero del lavoro) soltanto per le sanzioni amministrative previste per ritardato invio del prospetto informativo di cui all'art. 9, co. 6, L. n. 68/1999.

⁵⁴ Così DI STASI A., *Il diritto al lavoro dei disabili e le aspettative tradite del "collocamento mirato"*, ADL, 2013, 902 ss.

Una nuova cultura da realizzare attraverso l'integrazione delle politiche attive pubbliche, ormai deficitarie, con le iniziative di strutture private, «più in grado di sperimentare strategie personalizzate e di guardare al disagio individuale, cercando con pazienza i mezzi migliori per attenuarlo, anche con risorse più consistenti», ma in costante dialogo con le istituzioni, per garantire non solo una piena tutela alla dignità dei disabili, ma anche un'adeguata «integrazione tra le logiche professionali e quelle assistenziali»⁵⁵. D'altro canto, occorre puntare a investimenti concreti sulla formazione professionale, che, oltre a ridurre i costi di inserimento, favorisce la qualificazione del personale e, quindi, dovrebbe realmente accompagnare i diversi momenti della vita lavorativa dei soggetti disabili, nel senso di «precedere l'inserimento lavorativo, accompagnarsi ad esso, ovvero realizzarsi durante il rapporto di lavoro»⁵⁶. Per la persona disabile, la formazione rappresenta uno strumento determinante per la definizione della propria identità personale e sociale; attraverso la formazione si favorisce lo sviluppo della capacità di adeguamento di questi soggetti ai mutamenti del mondo imprenditoriale, nonché la loro costante produttività, allontanando (o quantomeno riducendo) il rischio di emarginazione dal processo produttivo o di espulsione dal mercato, con conseguente perdita dell'occupazione e annullamento delle prospettive future.

Bisogna poi considerare ulteriori fattori destinati a incidere sul buon esito della riforma *in itinere* del collocamento mirato. Ci si riferisce, *in primis*, al delicato intreccio tra le diverse fonti di regolamentazione della materia: le emanande linee guida (per il settore privato) e il decreto legislativo attuativo della L. n. 124/2015 (per il settore pubblico), infatti, dovranno inevitabilmente impattare con gli ordinamenti regionali, per i profili connessi alla formazione⁵⁷. Per un altro verso, non bisogna trascurare la scarsa nitidezza dello scenario in cui si andrà a collocare la riforma del collocamento mirato. Com'è noto, infatti, attraverso il D.Lgs. n. 150/2015, è stata avviato un «riordino [...] pressoché integrale»⁵⁸ della disciplina del mercato

⁵⁵ Secondo GRAGNOLI E., *Il collocamento obbligatorio...*, 543 e 546, la L. n. 68/1999 ha anticipato il ruolo suppletivo delle strutture private, specie di quelle con vocazione sociale, riconoscendo ampio spazio alle convenzioni. D'altro canto, l'A. sottolinea come la proliferazione di questi soggetti privati (specialmente di cooperative sociali) imponga una verifica rigorosa e capillare sul loro agire anche per accertare la trasparenza di tutte le iniziative.

⁵⁶ GAROFALO D., *Disabili...*, 810, secondo cui la formazione professionale può essere considerata il principale strumento attraverso cui la L. n. 68/1999 tenta di garantire il diritto al lavoro dei disabili. Secondo GRAGNOLI E., *Il collocamento obbligatorio...*, 540, la formazione «non ha mai governato il mercato, nè indirizzato o anche solo condizionato le strategie della singola impresa».

⁵⁷ Sul ruolo delle Regioni nella L. n. 68/1999, cfr. GAROFALO D., *Disabili e Regioni*, in *Working Paper ADAPT*, n. 53/2008, in www.csmb.unimore.it.

⁵⁸ Così GHERA E., *Introduzione*, in GHERA E., GAROFALO D. (A CURA DI), *Organizzazione...*, 7. Sul riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive, attuata con il D.Lgs. n. 150/2015, si rinvia anche agli altri ai contributi pubblicati in GHERA E., GAROFALO D. (A CURA DI), *Organizzazione...*, cit.

del lavoro - «di cui il collocamento dei disabili costituisce storicamente un segmento»⁵⁹ - al fine di procedere alla riorganizzazione dei servizi per l'impiego e delle politiche attive: sebbene la struttura della L. n. 68 abbia «superato senza traumi eccessivi l'incontro»⁶⁰ con il D.Lgs. n. 150, è indiscutibile l'impatto che produrrà il rinnovato assetto di competenze *ivi* delineato sulla costruzione e sull'implementazione delle nuove regole sul collocamento dei disabili, nonché sulla valutazione dell'effettività delle stesse⁶¹.

In questo quadro, continuerà ad essere fondamentale l'apporto fornito dalla giurisprudenza di legittimità che, in una materia così delicata, ha provato, in diverse occasioni, a superare i limiti della disciplina nazionale attraverso un'interpretazione delle norme orientata ai principi espressi dalla normativa sovranazionale ed internazionale⁶². Così di fronte a dubbi interpretativi, i Giudici hanno compiuto una precisa scelta ermeneutica, muovendosi in conformità alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile, ormai considerata parte integrante dell'ordinamento dell'Unione⁶³, nel senso di valorizzare *«la protezione del soggetto portatore di disabilità e, quindi, meritevole di una protezione rafforzata anche sul piano lavorativo»*, secondo quanto stabilito dall'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce il diritto delle persone con disabilità *«di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità»*, privilegiando così una *«logica di integrazione tra fonti di protezione dei diritti fondamentali interne, convenzionali, sovranazionali ed internazionali [logica] che costituisce una preziosa e significativa indicazione anche per il Giudice comune, in particolare per quello di legittimità cui certamente spetta (...) orientare, senza rotture con il dato letterale delle norme nazionali, la giurisprudenza interna in modo che sia coerente con i vincoli liberamente assunti dal nostro paese in sede europea e internazionale»*⁶⁴.

⁵⁹ Così GAROFALO D., *Jobs act...*, 90, il quale dubita della scelta di collocare la riforma del collocamento mirato nel D.Lgs. n. 151/2015, invece che nel D.Lgs. n. 150/2015.

⁶⁰ GRAGNOLI E., *Il collocamento obbligatorio...*, 534.

⁶¹ E' opportuno ribadire che il legislatore ha espressamente previsto l'applicazione delle norme del Capo II, D.Lgs. n. 150/2015, relative ai principi generali e comuni in materia di politiche attive del lavoro (artt. 18-28), anche al collocamento dei disabili, in quanto compatibili (art. 18, co. 3, D.Lgs. n. 150). Sul punto, cfr. Circolare Min lav. del 23 dicembre 2015, n. 34. Secondo GRAGNOLI E., *Il collocamento obbligatorio...*, 534, la «trasformazione dei servizi all'impiego trova nella posizione dei disabili una ulteriore occasione di attuazione».

⁶² Cfr. le sentenze citate alla nt. 62.

⁶³ Così si esprime CGUE, 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark, per conto di Jette R., c. Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) e HK Danmark, per conto di Lone S.W., c. Dansk Arbejdsgiverforening per conto della Pro Display A/S, in stato di fallimento (C-337/11)*.

⁶⁴ Così Cass. 4 febbraio 2016, n. 2210, in *LG*, 2016, 5, 511, che richiama anche l'art. 15 della Carta sociale europea e il punto 26 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori. Nello stesso senso, cfr. anche Cass. 3 novembre 2015, n. 22421, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, secondo cui la Convenzione delle Nazioni Unite è *«finalizzata a garantire alle persone disabili un più adeguato livello di vita e di protezione sociale, in tutti gli ambiti»*. Da ultimo, cfr. Cass. 9 settembre 2016, n. 17867, in *DLM*, 2017, 1, 169 ss., con nota di PASQUARELLA V., in cui i Giudici dichiarano di non condividere una precedente pronuncia resa su una questione analoga riguardante un disabile psichico (Cass. 31 maggio 2010, n. 13285, in *FI*, 2010, 9, 1, 2364, con nota di

PERRINO), in quanto quest'ultima decisione aveva «risolto la questione senza inquadrarla nel diritto dell'Unione» (con particolare riferimento alla Direttiva 2000/78/CE e all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) «ed anche nel diritto internazionale già peraltro recepito dall'Italia».

A CRIMINALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO: a inclusão universal para efetivação do direito ao trabalho

THE CRIMINALIZATION OF DISCRIMINATION IN THE WORK ENVIRONMENT: universal inclusion for the realization of the right to work

Graciane Rafisa Saliba¹

RESUMO: O combate à discriminação representa um dos marcos constitucionais democráticos no Brasil, ascendendo a uma sociedade suscetível a processos de inclusão social, superando-se a exclusão social e individual. A vedação às condutas e práticas discriminatórias permeia o meio ambiente laboral, que só alcança o equilíbrio e as condições que propiciam um trabalho edificante e digno quando a igualdade de oportunidades e tratamento são garantidos. A segregação ou a distinção no ambiente laboral, de empregados ou durante a seleção de candidatos, em decorrência de religião, raça, peso, ideal político, características físicas, doença, estado civil, número de filhos ou sexo, caracteriza um ato discriminatório, e enseja violação de preceitos fundamentais, numa afronta ao direito ao trabalho, direito humano com tratamento constitucional. Assim, debate-se a extensão da criminalização, prevista explicitamente na lei n. 12.984, de 2014, na lei n. 13.046, de 2015 e na lei n. 7.716, alterada pela lei 9.459, de 1997, que tratam do crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids, da inclusão da pessoa com deficiência e dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, respectivamente, para se aplicar a qualquer tipo de discriminação, especialmente no ambiente de trabalho, seja ela racial, étnica, por sexo, gênero, opinião política, estado civil, doença, número de filhos ou qualquer outra condição, para que, assim, se alcance uma inclusão universal e seja efetivado o direito ao trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Discriminação; ambiente de trabalho; criminalização.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Discriminação: condutas e práticas atentatórias à dignidade. 3 Direito ao Trabalho e ao meio ambiente de trabalho: direitos fundamentais. 4 Combate à discriminação: a criminalização como medida de valorização e inclusão. 5 Conclusão. 6 Referências.

ABSTRACT: The fight against discrimination represents one of the democratic constitutional milestones in Brazil, ascending to a society susceptible to processes of social inclusion, overcoming social and individual exclusion. The prohibition of discriminatory practices and practices permeates the working environment, which only reaches equilibrium and conditions that provide an edifying and dignified job when equal opportunities and treatment are guaranteed. The segregation or distinction in the workplace, employees or during the selection of candidates, due to religion, race, weight, political ideal, physical characteristics, illness, marital status, number of children or gender, characterizes a discriminatory act, and breach of fundamental precepts, in an affront to the right to work, human right with constitutional treatment. Thus, the extent of criminalization, explicitly provided for in Law no. 12,984, of 2014, in law no. 13,046 of 2015 and Law no. 7, 916, as amended by Law 9,459 of 1997, which deal with the crime of discrimination against persons with human immunodeficiency virus (HIV) and aids patients, the inclusion of persons with disabilities and crimes resulting from racial or color prejudice, respectively,

Artigo recebido em 23/11/2017

Artigo aprovado em 06/12/2017

¹ Doutora em Direito Privado e Mestre em Direito Público pela PUC/Minas. MBA em Direito do Trabalho pela FGV, com extensão pela *Ohio University*, Estados Unidos, e em *Derecho del Trabajo y Crisis Economica* pela *Universidad Castilla la Mancha*, Espanha. Graduada em Direito pela UFMG. Coordenadora do curso de Direito e Professora na Universidade Santa Úrsula – RJ, Universidade de Itaúna e Faculdade de Pará de Minas. Professora de cursos de pós-graduação. Advogada. Bolsista na Academia de Direito Internacional de Haia, Holanda. Membro da ILA – *International Law Association*.

to apply to any type of discrimination, especially in the workplace, be it racial, ethnic, gender, gender, political opinion, marital status, sickness, number of children or any other condition, so that universal inclusion is achieved and the right to work becomes effective.

KEYWORDS: Discrimination; Desktop; criminalization.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 Discrimination: conduct and practices that threaten dignity. 3 Right to work and the working environment: fundamental rights. 4 Combating discrimination: criminalization as a measure of appreciation and inclusion. 5 Conclusion. 6 References.

1 INTRODUÇÃO

A segregação ou a distinção no ambiente laboral, durante a seleção ou na permanência do contrato de trabalho, em decorrência de religião, raça, peso, ideal político, características físicas, doença, estado civil, número de filhos ou sexo, caracteriza um ato discriminatório, e enseja violação dos preceitos fundamentais do meio ambiente de trabalho, além de constituir ofensa de direito fundamental.

A discriminação afronta a igualdade, e, na esfera laboral, ao vislumbrar a perspectiva de fundamentalidade do direito ao trabalho, parte dos direitos humanos, a sua ocorrência preceitua uma inobservância de preceitos constitucionais democráticos, os quais se fundam na igualdade de participação e oportunidade, com consideração das especificidades de cada um para inclusive possibilitar um acesso equânime ao mercado de trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veda a discriminação, ao expressamente trazer a previsão, no inciso XLI do art. 5º, de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, instrumentos internacionais difundem a vedação e a gravidade das condutas discriminatórias, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, adotada pela Resolução n. 2106-A da Assembleia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965, e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968; a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 34/180, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, ratificada pelo Brasil em 2002, com o Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002; a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007, e promulgados no Brasil com o decreto n. 6.949, de 24 de agosto de 2009; a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do decreto legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, inclusive com os trâmites previstos no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, que aprova com hierarquia de emenda constitucional, e que, posteriormente, culminou na feitura da lei n. 13.146, de 6 de

julho de 2015, conhecida como Estatuto da pessoa com deficiência; além de instrumentos normativos elaborados no seio da Organização Internacional do Trabalho (OIT), tais como a Convenção n. 100, de 1951, que trata sobre a igualdade de remuneração entre homens e mulheres por um trabalho de igual valor; a Convenção n. 111, de 1958, que visa a eliminação da discriminação no acesso ao emprego, nas condições de formação e de trabalho, com fundamento na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, além de promover a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, entre outras.

A disseminação da necessidade de se coibir as práticas discriminatórias torna-se mais relevante ainda no momento em que a Constituição Brasileira de 1988, inserta no Estado Democrático de Direito, acentua a necessidade de um meio ambiente equilibrado, no qual se insere, inclusive, o meio ambiente laboral, que deve ser um espaço agradável e de respeito, propiciando uma convivência dignificante e saudável, pois é ali que se efetiva o direito ao trabalho, direito fundamental do cidadão brasileiro.

Para tanto, numa construção ressignificativa dos direitos, inserto o indivíduo como cerne de toda a atividade normativa, as leis 12.984, de 2014, a lei 13.146, de 2015, a lei 7.716, alterada pela lei 9.459, vieram coroar a necessidade de se extirpar a conduta discriminatória, além de proibir a prática, ainda a coloca como crime, no caso de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids, a discriminação de pessoas com deficiência, e a discriminação por preconceito de raça ou de cor, respectivamente. Diante de uma interpretação ampliativa e concernente aos preceitos constitucionais democráticos, a criminalização abrange qualquer prática discriminatória que viole direito fundamental, aplicando-se inclusive ao ambiente laboral.

2 DISCRIMINAÇÃO: condutas e práticas atentatórias à dignidade

A preconização da igualdade e da dignidade humana, insertas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pressupõe uma condição paritária de tratamento, um respeito ao próximo que requer obrigatoriamente a não-discriminação.

A superação de preconceitos possibilita que inúmeras pessoas possam viver em plenitude, com aceitação social, inclusão cidadã e na própria democracia. A discriminação gera uma exclusão, pela condição social, pelo sexo, pela cor, raça, nacionalidade, por doença ou qualquer outra característica, decorrentes da falta de aceitação de diferenças e da intolerância.

Discriminar é excluir, negar cidadania e a própria democracia. Não se trata de eliminar as diferenças, mas de se obter a igualdade, identificando as origens da desigualdade, para que a primeira possa ser garantida a todos. Nos países ricos, atualmente gasta-se o dobro em publicidade do que se investe em educação. O neoliberalismo confunde cidadão com consumidor, excluindo aquele que não o for. O renomado jurista brasileiro, Prof. Dalmo de Abreu Dallari, vê como raízes subjetivas do preconceito, a ignorância, a educação domesticadora, a intolerância, o egoísmo e o medo. Para ele, o preconceito, além de introduzir a discriminação, restringe a liberdade, acarreta a perda de respeito pela pessoa humana, introduz a desigualdade e a injustiça.²

Denota-se, assim, a integração entre a liberdade, a dignidade humana e a não discriminação. Não há como uma existir sem que haja a coexistência das demais. A aceitação do outro e daquele que é diferente revela a efetividade da igualdade, que tem respaldo no reconhecimento das especificidades e de um tratamento isonômico conforme as próprias condições desigualitárias. Nesse sentido, a legislação favorece essa conduta ao, diante da verificação, por exemplo, das pessoas com deficiência, de entrada no mercado, coloca a obrigatoriedade de contratação conforme art. 93 da lei 8.213, de 24 de julho de 1991:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:
 I - até 200 empregados.....2%;
 II - de 201 a 500.....3%;
 III - de 501 a 1.000.....4%;
 IV - de 1.001 em diante.5%.³

O artigo expressa a tentativa do legislador de oferecimento de condições igualitárias para as pessoas com deficiência ingressarem no mercado, ou seja, diante do reconhecimento das especificidades e dificuldades que enfrentam, a obrigatoriedade legal possibilita um tratamento equânime de oportunidades, ou seja, desigual para igualar, e, assim, caminha para a não discriminação e a inclusão social.

O tratamento jurídico compatível é uma maneira de coibir a discriminação e extirpar, ou ao menos reduzir o preconceito, como acentua Maurício Godinho Delgado:

Discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta, por ela vivenciada. A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc.) Mas pode, é óbvio, também derivar a

² ARNS, Cardeal Dom Paulo Evaristo. Para que todos tenham vida. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2010. p. 17.

³ BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em 20 de nov. 2017.

discriminação de outros fatores relevantes a um determinado caso concreto específico.⁴

Os mecanismos de proteção contra a ocorrência de discriminação foram incrementados na decorrência da legislação brasileira, se ampliando na medida em que se ampliam as condições democráticas na sociedade, e projetam inclusive na relação de emprego, nos contratos de trabalho. A Constituição Brasileira de 1988 veio coroar esse sentido libertatório, como acentua Maurício Godinho Delgado:

(...) a Constituição de 1988 surgiu como o documento juspolítico mais significativo já elaborado na história do país acerca de mecanismos vedatórios a discriminações no contexto da relação de emprego. O marco constitucional de 1988 lançou, assim, um divisor nítido de fases nessa seara temática: de um lado, verifica-se o período anterior a 1988, com referências jurídicas relativamente tímidas e dispersas; de outro lado, desponta o período iniciado com a nova Constituição, que se distingue pelo surgimento de um largo e consistente sistema de proteções jurídicas contra discriminações empregatícias.⁵

Pode-se abordar a discriminação, além do seu significado de distinção ou diferenciação, mas num sentido sociológico de acontecimento de atitude adversa diante de uma característica específica, seja porque o outro apresenta determinada condição, ou pela cor, sexo, raça, situação social e estado civil, ou por ser portador de alguma doença ou até por opção sexual. Há, assim, um preconceito, diante de uma ideia ou um conceito sem qualquer fundamento sensato e imparcial, um juízo preconcebido, que pode acarretar, então, uma atitude discriminatória perante as pessoas, seja, como dito, pela cor, pela raça, pela classe social, pela orientação sexual, pela religião ou pela condição de deficiência.

O preconceito racial advém da crença de que algumas raças humanas são distintas e superiores às outras, enquanto o preconceito social se baseia na equivocada atitude sob o fundamento de que classes mais abastadas são superiores por possuírem bens. Já a discriminação por preconceito quanto a orientação sexual, que procura excluir um grupo de pessoas por sua opção pessoal e sexual, negando sua dignidade, e, inclusive constitui crime de violação de direitos humanos. E há, ainda, o preconceito pela religião, decorrente de intolerância por outra religião que não a sua, e contra deficientes, vislumbrando-os como pessoas com incapacidade e limitações, e rejeitando, injustamente, pela condição de

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2010. p. 108.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2010. p. 108.

vulnerabilidade que podem, muitas vezes se encontrar, da mesma forma pessoas que apresentam doenças graves que também são excluídas do convívio social e muitas vezes do próprio ambiente de trabalho.

Há, pois, que ter como vetor, num Estado democrático de Direito, a igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza, com a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, conforme expresso no art. 5º da Constituição Brasileira.

Como reflexo desses direitos, a lei 9029/95, no art. 1º, com redação dada pela Lei 13.146/2015, proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente.

Ressalta-se, pois, que a vedação da discriminação atinge o meio ambiente de trabalho, no qual a igualdade de tratamento e condições o tornam salutar e digno, e por isso deve ser fiscalizado pelo empregador constantemente, sendo coibida qualquer atitude ou prática com teor preconceituoso, desde a seleção até a saída do trabalhador.

3 DIREITO AO TRABALHO E AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: direitos fundamentais

O desenvolvimento dos direitos humanos e o arcabouço jurídico protecionista da liberdade, da igualdade e da própria dignidade advêm de longa trajetória evolucionista, tratados em Convenções internacionais, tais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas de 1948, além de instrumentos da Organização Internacional do Trabalho que delineiam diversos direitos trabalhistas, que se inserem nos humanos.

Ultrapassando a esfera internacional, os países adotam internamente, em documentos nacionais, como Constituições e também leis esparsas, os direitos tratados no plano internacional, reconhecendo-os como direitos fundamentais, ou seja, direitos humanos reconhecidos como direitos expressos no plano interno, como delineado por Ingo Sarlet:

(...) em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem

constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”⁶.

Denota-se, assim, que direitos humanos foram sendo incorporados paulatinamente nas Constituições, como ocorreu no Brasil, e atualmente, inclusive, grande gama pode ser vislumbrada na Constituição Brasileira de 1988, dentre eles o direito ao trabalho, e, mais do que isso, ao trabalho num meio ambiente equilibrado. A dignidade da pessoa humana é inatingível quando não há liberdade ou condições desiguais e preconceituosas, que tornam o meio ambiente laboral desequilibrado e prejudicial. Ledur⁷ (1998, p.98) acentua que o princípio da dignidade humana está intimamente associado a todos os direitos fundamentais, não se restringindo aos direitos fundamentais clássicos. O acesso a um trabalho adequadamente remunerado envolve questões que transcendem os limites puramente individuais que até o presente momento podem ter ensejado a concepção ou tratamento do assunto. A criação de postos de trabalho depende de fatores múltiplos, que envolvem o interesse de amplas coletividades. Por isso mesmo, a realização do direito ao trabalho fará com que a dignidade humana assumam nítido conteúdo social, na medida em que a criação de melhores condições de vida resultar benéfica não somente para o indivíduo em seu âmbito particular, mas para o conjunto da Sociedade.

Salienta-se, assim, que os direitos dos trabalhadores são direitos humanos, reconhecidos pela ordem jurídica internacional, e inclusive, são fundamentais, sendo hoje elencados no panorama da ordem jurídico-institucional nacional.

Da mesma forma, o direito ao meio-ambiente equilibrado também se constitui direito fundamental, já que o direito à vida não pode ser exercido em sua plenitude sem que as condições ambientais sejam favoráveis e propícias. A própria Constituição Brasileira de 1988 reconhece tal direito no art. 225, ao explicitar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”⁸.

A relevância do meio ambiente ultrapassa a interpretação restritiva e perpassa os diversos tipos, dentre eles o meio ambiente laboral, fundamental para o exercício do direito ao trabalho e das condições para a dignidade humana, a liberdade e a igualdade.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Livraria do advogado Editora: Porto Alegre, 2009, p. 29.

⁷ LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. p. 98.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

Enfim, o direito ao meio ambiente requer o resguardo de condições igualitárias de tratamento laboral, sem preconceitos e discriminação inclusive no âmbito laboral, com convenções e legislação que perpassam pela saúde, segurança e também vedação às mencionadas discriminação, tanto na contratação quando durante a relação de trabalho.

4 COMBATE À DISCRIMINAÇÃO: a criminalização como medida de valorização e inclusão

A superação do preconceito, com a não-discriminação, propicia um meio ambiente saudável e equilibrado, no qual a dignidade humana pode ser estabelecida, cumprindo, assim, um direito fundamental. O ambiente laboral também deve ser enquadrado, sendo vedada a discriminação desde o processo seletivo, tendo a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), trazido expressamente artigo que veda a publicação de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade ou cor situação familiar, salvo quando justificadamente a atividade a ser desempenhada tiver uma dessas características como relevante. O art. 373-A da CLT, apesar de inserto no capítulo que trata da mulher, não se restringe somente a elas, mas a todos, independentemente de sexo, pois tem como alvo a oferta de condições igualitárias de acesso, tendo, assim, uma interpretação ampliativa:

Art. 373-A, CLT – Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (BRASIL, 1943)

A efetivação das possibilidades equânimes de acesso ao emprego, independentemente do sexo, cor, religião, idade, situação familiar, doença ou situação social vem atender aos princípios constitucionais que fundamentam o Estado democrático de Direito, como a igualdade e liberdade.

Nesse mesmo sentido o art. 34 da lei 13.146/2015, conhecida como o Estatuto da pessoa com deficiência, coloca a essencialidade da igualdade de oportunidades da pessoa com deficiência com as demais:

Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.

§ 2º A pessoa com deficiência tem direito, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor.

§ 3º É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena.

§ 4º A pessoa com deficiência tem direito à participação e ao acesso a cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidades com os demais empregados.

§ 5º É garantida aos trabalhadores com deficiência acessibilidade em cursos de formação e de capacitação.

A mesma lei ainda explicita o modo de inclusão, ressaltando a possibilidade de colocação de meios tecnológicos e outros que permitam a acessibilidade das pessoas com deficiência no ambiente de trabalho, recursos que desigualam para igualar, ou seja, reconhecendo as disparidades e diferenças de cada um, para então serem disponibilizados meios para condições igualitárias de acesso, medidas com o cunho de coibir o preconceito:

Art. 37. Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho.

Parágrafo único. A colocação competitiva da pessoa com deficiência pode ocorrer por meio de trabalho com apoio, observadas as seguintes diretrizes:

I - prioridade no atendimento à pessoa com deficiência com maior dificuldade de inserção no campo de trabalho;

II - provisão de suportes individualizados que atendam a necessidades específicas da pessoa com deficiência, inclusive a disponibilização de recursos de tecnologia assistiva, de agente facilitador e de apoio no ambiente de trabalho;

III - respeito ao perfil vocacional e ao interesse da pessoa com deficiência apoiada;

IV - oferta de aconselhamento e de apoio aos empregadores, com vistas à definição de estratégias de inclusão e de superação de barreiras, inclusive atitudinais;

V - realização de avaliações periódicas;

VI - articulação intersetorial das políticas públicas;

VII - possibilidade de participação de organizações da sociedade civil.

Os artigos supramencionados têm o cunho de, como dito, igualar os desiguais, respeitando as especificidades de cada um, e, principalmente, propiciando a dignidade humana, para que, com condições, todos possam ser incluídos socialmente e para que impere o respeito às diferenças.

Ainda assim há discriminação, inclusive no ambiente de trabalho, com diferença de salários para o exercício das mesmas funções, critérios distintivos para admissão, com diferenciação por sexo, idade, cor ou estado civil, além da discriminação por sexo, na contratação e na constância do contrato de trabalho, com intimidação de colegas e piadas preconceituosas. Apesar do inciso XXX do artigo 7º da Constituição Brasileira de 1988⁹, o artigo 5º¹⁰ e 461¹¹ da CLT coibirem essas diferenciações, ainda assim ocorrem, fundadas no preconceito sem qualquer base. A mulher, por exemplo, é potencial vítima da discriminação por estado civil, uma vez que ela tem possibilidade de maternidade, bem como cuidados com os filhos, apesar de vedada tal diferença constitucionalmente, o que acarreta uma inferiorização equivocada no mercado de trabalho.

Para tentar coibir essas práticas que discriminam e desrespeitam o trabalho da mulher, a lei n. 9.029/95, atualizada e modificada pela lei 13.146, de 2015, trouxe como crime as práticas discriminatórias, demonstrando que, além das indenizações de cunho civil, consistentes em pecúnia, a título de danos morais e tentativa de ressarcir o sofrimento e a dor vivenciada, há, também a criminalização, com efeitos e sanções penais:

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

¹⁰ Art. 5º, CLT – A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

¹¹ Art. 461, CLT – Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º desta Lei e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça, cor ou deficiência, as infrações ao disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;

II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Da mesma forma, o preconceito por raça ou cor também é vedado e punível, conforme Constituição Brasileira de 1988, que dispõe, no inciso XLI do art. 5º: “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais;” e ainda prossegue, no inciso XLII do mesmo artigo salientando que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei.” Além disso, o artigo 7º, inciso XXX da Constituição Federal assegura aos trabalhadores em geral a proibição de ato discriminatório por motivo de cor.

Ressalta-se que a lei n. 7.716, alterada pela lei n. 9.459, de 1997, expressamente criminaliza as condutas resultantes de preconceito por raça ou cor:

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica: (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

§ 2º Ficará sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

Pena: reclusão de dois a cinco anos.¹²

Da mesma forma, a lei n. 12.984, de 2014, traz a criminalização da discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids. Houve tentativa incipiente de coibir, no ambiente de trabalho, esse desrespeito, foi preconizado pelo Tribunal Superior do Trabalho, quando, através da Súmula 443, salientou que a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito presume-

¹² BRASIL. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em 20 de nov. 2017.

se discriminatória, sendo o ato considerado inválido, e tendo o empregado direito à reintegração no emprego.

Todas essas situações, quando levadas ao ambiente laboral, são passíveis, além da criminalização, de responsabilização civil do empregador, já que esse detém o poder fiscalizatório, tendo que coibir qualquer prática discriminatória no meio ambiente de trabalho. Ressalta-se que, além dos efeitos penais, com a responsabilização criminal dos dirigentes, há então os reflexos civis, com indenizações pecuniárias que têm o intuito de ressarcir a dor ou a humilhação, mediante produção de prova do empregado, a quem cabe, a princípio, comprovar o ato sofrido.

A punição pode advir de uma discriminação ocorrida durante ou antes da efetivação do contrato de trabalho, e, para tanto, as empresas devem ter atitudes que previnam, como um Código de Ética e Conduta, o treinamento de lideranças, distribuição de folders, palestras e treinamentos, adoção de políticas de conscientização e inclusão social.

O que se constata, assim, é que o preconceito deve ser extirpado, e atos que diferenciem de alguma maneira os empregados, devem ter fundamento legal para tanto, sob risco de culminarem em crime e responsabilização civil do empregador, no caso do ambiente de trabalho. A distinção feita, ressalta-se, é de caráter excepcional, como no art. 16, VI da lei 7.102/83 que dispõe, para o exercício da profissão, que o vigilante deve preencher, entre outros, o requisito de “não ter antecedentes criminais registrados”. É, a princípio, uma medida de caráter discriminatório, entretanto, com permissivo legal sob justificativa de relevância para o cargo. Nesse sentido o Tribunal Superior do Trabalho (TST), em abril de 2017, na SDI-1, por maioria, decidiu que a exigência de certidão negativa de antecedentes criminais caracteriza dano moral passível de indenização quando caracterizar o tratamento discriminatório ou não se justificar em situações específicas. Entretanto, considerou que a exigência é legítima em atividades que envolvam o cuidado com idosos, crianças e incapazes, o manejo de armas ou substâncias entorpecentes, o acesso a informações sigilosas e transporte de carga, diante do julgamento em um Incidente de recurso repetitivo ¹³ nos autos n. IRR-243000-58.2013.5.13.0023.

Enfim, atos que tenham cunho distintivo, exigindo de determinadas categorias ou colocando condições diferenciadas só podem existir quando sejam essenciais para o desempenho de determinada função, ou seja, justificados, caso contrário poderão os praticantes dessa conduta serem responsabilizados civilmente e penalmente.

¹³ Incidente de Recurso Repetitivo, processo n. IRR-243000-58.2013.5.13.0023, julgado em abril de 2017, na SDI-1, no Tribunal Superior do Trabalho.

5 CONCLUSÃO

As formas de manifestação da discriminação são várias, mas prejudiciais quando baseadas em preconceito que vise excluir socialmente determinada pessoa por pertencer a uma classe ou categoria, ou simplesmente por apresentar determinada característica. E, no ambiente de trabalho diversas causas, infundadamente, levam à diferenciação, desde uma despedida arbitrária por motivo de doença ou até por gravidez, ou o tratamento de desprezo muitas vezes concedido pelo empregador ao empregado por motivo de deficiência, cor, opção sexual, estado civil ou simplesmente por ser mulher.

O combate a essas situações deve ser intenso, pois a sua ocorrência viola direito fundamental, o direito ao meio ambiente equilibrado e saudável, inclusive o meio ambiente laboral, e, ainda, cerceia o acesso ao direito ao trabalho digno, essencial para a efetivação dos direitos humanos.

Para tanto, a exposição vexatória de qualquer pessoa, e, especialmente do trabalhador, deve ser veementemente coibida, para que, assim, diante do marco constitucional democrático, a sociedade brasileira possa ascender, com processos de inclusão social, superando-se a exclusão social e individual.

A responsabilização daquele que pratica a conduta discriminatória com cunho preconceituoso viola a esfera civil, sendo a vítima passível de indenização a título de danos morais, pela exposição e humilhação, e alcança a seara criminal, sendo passível de cumprimento de pena, conforme previsto nas leis n. 12.984, de 2014, na lei n. 13.046, de 2015 e na lei n. 7.716, alterada pela lei 9.459, de 1997, que tratam do crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids, da inclusão da pessoa com deficiência e dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, respectivamente. Entretanto, é importante destacar que essa criminalização não deve se restringir aos casos específicos, mas a qualquer prática preconceituosa, especialmente no ambiente de trabalho, seja ela racial, étnica, por sexo, gênero, opinião política, estado civil, doença, número de filhos ou qualquer outra condição, para que, assim, se alcance uma inclusão universal e seja efetivado o direito ao trabalho.

Enfim, para alcance da dignidade humana, o atendimento do direito ao trabalho em ambiente equilibrado é essencial, e as condutas preconceituosas devem ser rechaçadas, sendo a exigência de qualquer característica somente possível quando haja a devida fundamentação, como previsto no art. 373-A da CLT e na lei 7.102/83, em casos que não são expressos, a discriminação é vedada, sob pena de afronta aos princípios constitucionais democráticos da

igualdade e liberdade, e a criminalização dessas práticas vem, então, coroar um Estado Democrático de Direito com inclusão universal, com igualdade de oportunidades e tratamento, reconhecidas as especificidades de cada um, ou seja, há diferenciação legal para que as oportunidades realmente sejam equânimes, desigual-se para igualar, para que haja a efetivação do direito ao trabalho.

6 REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Princípios fundamentais de direito ambiental do trabalho. In: EÇA, Vitor Salino de Moura (Org.). **Trabalho & Saúde**. Belo Horizonte: RTM, 2015. p. 267-291.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: LumenJ Juris, 2004.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 3724**, de 15 de janeiro de 1919. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3724&tipo_norma=DEC&data=19190115&link=s>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. **Lei n. 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política nacional de meio ambiente. Publicada no Diário Oficial da União em 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 17 de nov. 2017.

BRASIL. **Lei n. 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em 20 de nov. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.029**, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em 18 de nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (**Estatuto da Pessoa com Deficiência**). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em 19 de nov. 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 17. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-62.

JIMENEZ, Martha Lucia Olivar. O estabelecimento de uma política comum de proteção do meio ambiente: sua necessidade num mercado comum. **Estudos de integração**. Brasília: Associação Brasileira de Estudos de Integração – Senado Federal, 1994. v. 7.

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional** – tomo I. 2 ed. Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.

_____, José Luiz Quadros de. **Direitos humanos na ordem jurídica interna**. Belo Horizonte: Interlivros de Minas Gerais, 1992.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Direito Social, direito do trabalho e direitos humanos. In SILVA, Alexandre da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo. **Direitos humanos: essência do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p.17-37.

MARQUES, Vinicius Pinheiro. Pós-modernidade e doenças decorrentes do trabalho: por um direito efetivo na tutela da saúde do trabalhador. In: EÇA, Vitor Salino de Moura (Org.). **Trabalho & Saúde**. Belo Horizonte: RTM, 2015. p. 247-266.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção sobre segurança e saúde dos trabalhadores** (Convenção 155). 11 ago. 1983. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção sobre serviços de saúde do trabalho** (Convenção 161). 17 fev. 1988. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em 17 nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Livraria do advogado Editora: Porto Alegre, 2009.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. rev. e atual. nos termos da reforma cons São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

STOCO, Rui. **Tratado da responsabilidade civil**. 6. ed, atual e ampliada. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.