Formalizzazione del ragionamento in materia d'infortuni sul lavoro

Ricardo A. Guibourg

SOMMARIO: I. *Riassunto del sistema da esaminare.* – II. *Il ragionamento secondo la legge.* – III. *Le difficoltà di un regime semplice.* – IV. *Modelli di formalizzazione.* – V. *Risultato della formalizzazione.* – VI. *Conclusione.*

Da molti secoli gli scienziati si occupano di costruire le leggi naturali. Loro compito è osservare la natura e metterne in luce le regolarità; essi si propongono di modificare i fatti solo attraverso tecniche fondate sulle stesse leggi che enunciano.

Da alcuni millenni gli avvocati descrivono, interpretano, sistematizzano e applicano le norme giuridiche. Ma la loro professione consiste, tradizionalmente, nel consigliare, difendere, attaccare, convincere, argomentare; in breve, influire sulla stessa realtà che studiano.

Anche se non ci fossero altre ragioni (che pur ci sono), questo mero paragone servirebbe a chiarire perché le scienze naturali abbiano progredito sia nei metodi di ricerca e di misurazione sia come base di un cambiamento tecnologico vertiginoso, mentre il diritto continua ad utilizzare gli stessi elementi dell'epoca giustinianea: il linguaggio comune, il criterio dei giudici e alcune massime, la cui rispettabilità sembra maggiore se enunciate in latino.

Questa realtà risponde ad uno schema che distribuisce i ruoli del dramma giuridico nella seguente maniera:

a) Il legislatore: fa le leggi, ma sa di essere limitato e fallibile. Perciò attribuisce ai giudici la facoltà e l'opportunità di precisare il senso dei testi, di colmare le lacune e di preservare la coerenza del sistema secondo criteri relativamente elastici.
b) Il giudice: applica le leggi ma, a sua volta, cerca di « far giustizia » (funzioni non sempre equivalenti). Sente le parti, ma solo se queste parlano in una certa maniera e in un determinato momento. Riceve le prove ma non ha garanzie sulla loro veridicità. Può sbagliare ma non deve ammetterlo: la sua decisione è legge e non offre spazio a discussioni. In questo modo è collocato sia al di sopra che al di sotto del legislatore e non tocca la verità se non con grossi guanti.
c) L'avvocato: consiglia il cliente in base alla legge e ai precedenti giu-

---

Ricardo A. Guibourg insegna filosofia del diritto nell'Università di Buenos Aires e svolge la professione di magistrato presso la locale Corte d'appello del lavoro.

diziari e, in caso di conflitto, cerca di persuadere il giudice sulle buone ragioni del suo assistito. A tal fine può proporre distinzioni, definizioni, classificazioni e costruzioni che interpretino le leggi secondo la convenienza del suo cliente. La presentazione di prove a favore del suo assistito dipende in primo luogo dal caso e in secondo luogo dalla diligenza dell'avvocato stesso; il silenzio su dei fatti contrari al suo assistito dipende dalla sua astuzia.

d) Il cittadino: ha una vaga idea delle leggi ma non può addurre l'ignoranza. Obbedisce al legislatore, teme il giudice ed è diffidente nei confronti del suo stesso avvocato. Gli si offre giustizia legale, ma lo si previene che essa è lenta, cara e insicura, ed allo stesso tempo gli si insinua che « vale di più una cattiva transazione che una buona causa ».

Naturalmente, con personaggi soggeti a tali limitazioni, il dramma ha una buona dose di suspense: l'esito è ignoto fino alla fine, e, come nel teatro greco, tutta l'azione è manovrata dall'inscrutabile Fato.

Ciò nonostante, tale schema parte da una base ideologica solidamente stabilita sul piano dei princìpi (anche se spesso travisata nei fatti): si sostiene, in effetti, che ogni caso è diverso dall'altro per innumerevoli caratteristiche la cui rilevanza non si può stabilire, scartare o misurare in anticipo; che, essendo l'uomo un essere assai complesso, la legge è da sola impotente per regolarne la condotta in modo uniforme; e che pertanto, c'è per ogni conflitto una soluzione giusta che un buon giudice può e deve trovare nell'ambito di una legge umanamente interpretata.

In altri tempi, quando il mondo era meno popolato, quando solo una piccola minoranza aveva accesso agli affari giudiziari e quando c'erano meno leggi, lo schema descritto era già inadeguato. Oggi, di fronte all'esplosione demografica, all'espansione dello Stato e alla crescente complessità delle attività umane, non pare strano che i tribunali siano insufficienti per decidere le cause ad essi sottoposte e che il loro funzionamento riveli pateticamente la distanza che intercorre tra la realtà e il mitico modello che viene proposto.

Di fronte a questa carenza, la prima soluzione che si presenta al nostro spirito è di tipo quantitativo: consiste nell'accrescere il numero dei magistrati, delle corti d'appello, delle sale d'udienza e degli impiegati giudiziari fino a compensare l'aumento delle cause. Ma questa è una strada che non tutti i Paesi possono intraprendere per ragioni di costo. Essa, inoltre, presenta un altro inconveniente: quando il sistema giuridico di uno Stato si espande troppo, diventa ingovernabile e costringe a moltiplicare le istanze destinate a unificarne i criteri (con la conseguente incidenza sulla durata dei processi) oppure ad ammettere una sorta di feudalesimo giuridico dove, in pratica, una condotta risulti permessa da un lato e proibita dall'altro.

Ma la giustizia, così come tante istituzioni di antica origine, è stata conce-

pita per svolgere la propria funzione – pur con tutti i suoi difetti – in seno ad una società aristocratica, nella quale arrivano ai tribunali non tutte le liti, ma soltanto quelle suscitate tra persone che avessero informazione, ricchezza o ostinazione sufficienti a rivendicare il proprio diritto davanti ai giudici.

A questa aristocrazia di destinatari potrebbe essere possibile, oggi, contrapporre quella che si potrebbe chiamare una « aristocrazia dei casi »: in cui la legge graduasse non solo le conseguenze giuridiche di ogni condotta (come le pene di fronte al delitto) ma anche il grado di attenzione particolare o di ampiezza di criterio giudiziario con cui quella condotta dovesse venire giudicata. In questa prospettiva appare tutta una gamma di soluzioni qualitative, che consistono nel modificare più o meno profondamente le condizioni in cui si sviluppa il processo.

Se si avvertono chiaramente le limitazioni dello schema tradizionale e si distrugge il mito del modello della giustizia individuale e assoluta, è possibile dar maggior enfasi alla tecnica di redazione delle leggi per ridurre la zona di penombra dei termini vaghi, precisare le condizioni d'applicazione delle norme, e diminuire la discrezionalità nella determinazione delle loro conseguenze.

Se questo primo passo non scandalizza lo spirito di Ulpiano, è possibile andare oltre: costruire alcune leggi – non tutte certamente – attraverso un linguaggio formalizzato e una tecnica rigorosa che riducano al minimo l'ambito dell'interpretazione, e ideare – dove sia possibile e consigliabile – sistemi di prove formali (probabilmente precostituite) che non richiedano l'impiego del criterio personale del giudice. A partire da questo punto, l'uso di calcolatori nell'adozione di decisioni giuridiche può operare una vera rivoluzione nell'uso del diritto, nella sua descrizione da parte dei giuristi e persino nell'atteggiamento degli uomini di fronte alle leggi.
Il presente lavoro ha come oggetto dimostrare il tipo di difficoltà che dobbiamo affrontare per fare il primo passo su questa strada; e cerca inoltre di dare un'idea delle risposte che bisognerà trovare per superare tali difficoltà.

A tal fine, prenderemo come esempio la disciplina per la protezione degli infortuni sul lavoro vigente nella Repubblica Argentina. Questa scelta ha diverse ragioni: si tratta di un sistema relativamente semplice ed apparentemente con poche variabili, contenuto in un'unica legge speciale in vigore dal 1915 con successive riforme. In particolare l'applicazione di questa legge è considerata dalla maggioranza degli specialisti argentini in diritto del lavoro come un fatto abitudinario e facile, in cui raramente si presentano conflitti che meritano una speciale attenzione.

Vedremo, peraltro, che una tale semplicità di azione pratica è irta di difficoltà teoriche; esamineremo perché ha l'apparenza di una questione abitudinaria e in che modo – e a quale prezzo – questa apparenza può divenire realtà.

I. Riassunto del sistema da esaminare

La legge 9688, sancita nel 1915 e modificata nel 1940, 1944, 1949, 1955, 1956, 1957, 1958, 1960, 1968, 1970, 1971, 1972 e 1975, stabilisce che tutti i datori di lavoro saranno responsabili degli incidenti accaduti ai loro impiegati o operai durante il periodo della prestazione del servizio, a causa o in occasione del lavoro oppure per caso fortuito o di forza maggiore inerente ad esso. Identica responsabilità esiste nei casi di incidenti *in itinere*, accaduti cioè ai lavoratori nel percorso di andata o di ritorno dal proprio lavoro, sempre che il tragitto non sia stato interrotto da qualsiasi causa estranea al lavoro (art. 1).

La protezione si estende a tutti coloro che si trovino in rapporto di lavoro subordinato ad eccezione del servizio domestico. Si concede anche – con alcune caratteristiche speciali – alle persone che prestano servizio per lo Stato in qualità di pubblici dipendenti (art. 2).

L'imprenditore è responsabile dei danni subiti da coloro che lavorano per gli appaltatori dei quali egli si vale. Questa disposizione ammette alcune limitazioni nei casi di sfruttamento forestale, agricolo, zootecnico o peschereccio (art. 6).

La responsabilità del datore di lavoro sussiste purché l'incidente provochi un'incapacità al lavoro superiore ai quattro giorni (art. 3), e viene esclusa quando l'infortunio è stato provocato intenzionalmente dalla vittima, provenga da una colpa grave o sia stato causato da forza maggiore estranea al lavoro (artt. 4 e 5).

I doveri del datore di lavoro consistono nel:

a) Prestare alla vittima assistenza medica e farmaceutica fino a quando sia in grado di ritornare al proprio lavoro, muoia o sia dichiarato inabile permanentemente e purché la vittima accetti di ricevere tale assistenza dai medici designati dall'imprenditore (art. 26).
b) Pagare una somma pari all'ottanta per cento del salario durante i primi trenta giorni di inabilità temporale. A partire dal trentunesimo giorno si deve pagare il salario completo, fino a completare il massimo di un anno (art. 8, *lett. d*). Questo indennizzo non viene riconosciuto se il lavoratore si trova all'estero (art. 14).
c) Nei casi di morte della vittima, pagare le spese funerarie fino ad un massimo di tre volte il « salario minimo vitale » in vigore al momento dell'incidente (art. 8, *lett. a*).
d) In caso di morte o di inabilità assoluta e permanente, pagare alla vittima o ai suoi eredi un indennizzo pari a mille volte il salario giornaliero dell'ultimo anno lavorato fino al giorno dell'incidente (artt. 8, *lett. a* e *b*, e 11).
e) In caso d'inabilità parziale e permanente, l'indennizzo è pari a « mille volte la riduzione giornaliera che il salario della vittima abbia subito in

conseguenza dell'incidente » (art. 8, *lett. c*). A questo proposito è opportuno precisare che, in pratica, non si tiene mai conto dell'effettiva riduzione del salario (che generalmente non esiste) ma si presume tale la proporzione d'inabilità al lavoro accertata dal medico rispetto all'inabilità assoluta.

La legge stabilisce inoltre che l'indennizzo per inabilità parziale e permanente deve essere aumentato del 50% « quando l'inabile abbia bisogno dell'assistenza costante di un'altra persona » (art. 8, *lett. c*).
Gli indennizzi per morte o inabilità permanente assoluta o parziale hanno un limite massimo, pari a 10 anni di « salario minimo vitale » vigente al momento dell'incidente (art. 8, *lett. a*).

f) Qualora il lavoratore abbia bisogno di protesi e di strumenti ortopedici, il datore di lavoro deve procurarli e rinnovarli. Questo obbligo può essere sostituito da un indennizzo pari al valore della protesi quando essa non può essere procurata nel Paese (art. 26 della legge e art. 8 della risoluzione 493/57 del Ministero del Lavoro).

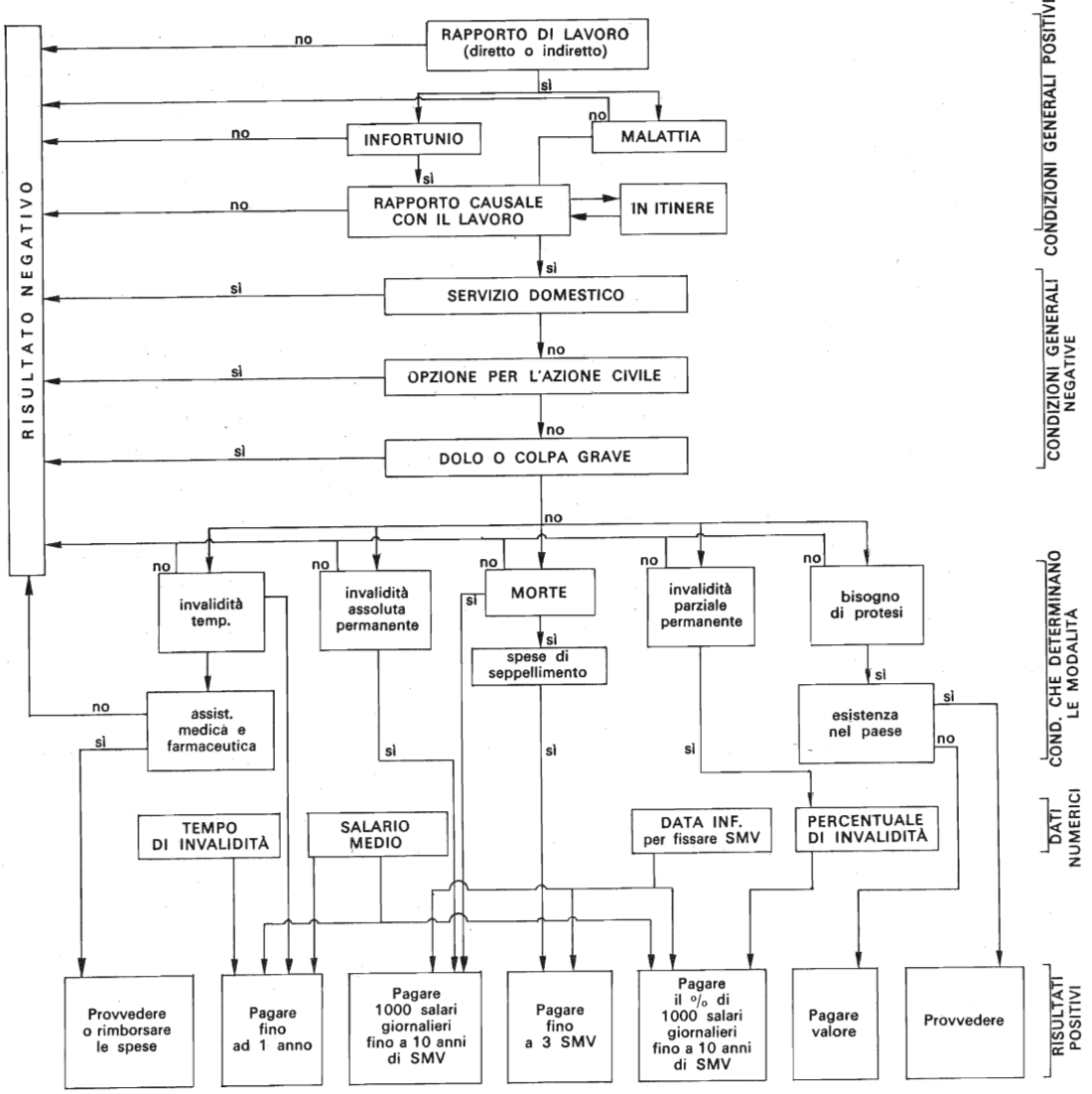
La vittima o gli aventi diritto possono scegliere tra i benefici concessi dalla legge 9688 quelli derivanti dal diritto comune (artt. 1068, 1083, 1086, 1109, 1113 e connessi del Codice Civile); ma l'opzione è esclusiva ed irrevocabile: chi inizia un'azione civile o riscuote qualsiasi somma sulla base del diritto comune rinuncia *ipso facto* a qualsiasi possibilità di reclamo derivante dall'azione speciale e viceversa (art. 17).

Questo riassunto della legge argentina vigente si limita, com'è naturale, ai punti che risultano rilevanti per il proposito di questo lavoro. Vengono omesse, pertanto, le norme corrispondenti alle cosiddette malattie professionali (che sono praticamente cadute in disuso di fronte all'ampliamento del concetto d'incidente fino a comprendere le malattie causate dal fatto stesso o in occasione di lavoro); all'organizzazione del Fondo di Garanzia (destinato a pagare gli indennizzi in caso di insolvenza del datore di lavoro); al disposto sulla prescrizione (la cui considerazione dipende dall'invocazione nella causa da parte del convenuto), e in genere a tutte le previsioni vincolate agli aspetti processuali o a dettagli di minor importanza. Non si terrà conto neppure dei servizi prestati allo Stato per incarichi pubblici.

II. Il ragionamento secondo la legge

Di fronte a un caso che sembra basarsi sulla legge che disciplina gli incidenti sul lavoro o che si ritiene possa inquadrarsi in essa, la stessa legge sembra suggerire un certo ordine logico del ragionamento, indicato nel diagramma 1. Attraverso quest'ordine si esamina la presenza o l'assenza nel caso concreto delle condizioni positive o negative dalle quali dipende la concessione della protezione legale; e si considerano anche i dati che

Fig. 1. - DIAGRAMMA N. 1



contribuiscono a fissare quantitativamente il risultato finale. La prima condizione positiva, presupposto non solo della legge 9688 ma di tutto il diritto del lavoro, è l'esistenza di un rapporto di lavoro. Secondo il sistema di cui ci occupiamo, questo rapporto può essere diretto (tra la vittima e la persona che si cerca di responsabilizzare) o indiretta (tra la vittima e un contrattista del secondo, in certe circostanze).

La seconda condizione positiva è l'esistenza di un infortunio. La legge è stata progettata, in linea di principio, per gli incidenti (cioè, per i fatti istantanei che determinano una diminuzione della capacità dell'operaio, e il cui caso paradigmatico è il traumatismo); ma la giurisprudenza ha ampliato in seguito l'interpretazione di questo concetto fino a far comprendere qualsiasi danno alla salute, anche se provocato in forma lenta (le cosiddette *malattie-incidente*) [1]. Ambedue le possibilità compongono, quindi, disgiuntamente, la condizione prevista dalla legge. Ma qualsiasi delle due dà luogo alla protezione legale solo se l'infortunio (incidente o malattia) è stato causato « dal fatto stesso o in occasione di lavoro ». L'incidente *in itinere* può essere incluso senza gravi difficoltà teoriche, come un caso speciale entro quel concetto generico e legislativamente vago.

Stabilite le basi positive generali della protezione, è opportuno affrontare l'eventuale eliminazione di quelle negative. Un impedimento può essere la presenza di un reclamo o la percezione di valori attraverso un credito civile, scelta questa che bloccherebbe l'applicabilità della legge 9688. Un altro ostacolo è che l'infortunio sia accaduto per dolo o colpa grave della vittima.

Se le caratteristiche del caso indicano che esso riunisce i requisiti necessari per chiedere la protezione della legge subentrano le condizioni particolari: quelle cioè che determinano quale tipo di protezione si deve offrire; se la vittima è morta o è risultata inabile in forma assoluta e permanente (condizioni queste che hanno le stesse conseguenze, tranne per la prima per l'aggiunta delle spese funerarie); se c'è invalidità parziale, se è trascorso un lasso di tempo di invalidità temporanea (che implica il pagamento del salario e la prestazione di assistenza medico-farmaceutica); se la guarigione della vittima richiede apparecchi di protesi e di ortopedia (e nel caso concreto, se è possibile, l'acquisto di questi ultimi nel Paese, dato che se la protesi non si può ottenere, la legge ne autorizza il pagamento del valore in denaro); e se l'invalidità richiede l'attenzione costante di un'altra persona.

Il successivo livello di ragionamento corrisponde al calcolo dei dati numerici che determineranno il valore della protezione legale nell'ambito di ciascuna delle modalità segnalate: il salario guadagnato dalla vittima durante l'anno precedente all'infortunio dalla malattia (base per il calcolo di tutti gli indennizzi pecuniari); la data in cui accade l'infortunio o appare la malattia (la quale determinerà, in rapporto al salario « minimo vitale » vigente in quel momento, i limiti massimi degli indennizzi per causa di morte, invalidità permanente e spese funerarie); la percentuale di invalidità parziale (che determinerà la proporzione dei mille salari che si do-

1. I. E. Banchs, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Buenos Aires, 1977.

vranno pagare nel caso concreto); e, per ultimo, il numero dei giorni (fino al massimo di un anno) che l'invalidità temporanea sia durata.

L'ultimo livello comprende la determinazione dei risultati: prestazione diretta o pagamento del controvalore per assistenza medico-farmaceutica e per protesi; pagamento del salario fino a un anno (l'80% durante il primo mese) per invalidità temporanea; pagamento fino a due salari « vitali » per le spese funerarie; pagamento di mille giornate lavorative (fino al massimo di dieci anni di salario « vitale ») in caso di morte; identico indennizzo per invalidità assoluta, aumentato del 50% se è richiesta l'assistenza permanente di un'altra persona; e una parte proporzionale di quest'ultimo ammontare nei casi di invalidità parziale.

III. Le difficoltà di un regime semplice

Come si può osservare nel diagramma 1 – e pur con le limitazioni enunciate nell'ultima parte del paragrafo I – il sistema di relazioni tra condizioni, dati e risultati, appare abbastanza complicato. Ma questa complicazione aumenta ulteriormente se si avverte che i concetti e le circostanze che compongono il diagramma rivelano considerevoli differenze quantitative.

In effetti, sono molto poche le condizioni e i dati chiari e univoci: morte e data di morte (che dipendono da un certificato), « salario minimo vitale » (fissato dalla legge o da un decreto di carattere generale), spese funerarie (da provare mediante una fattura dell'impresa di pompe funebri).

Altre circostanze dipendono da criteri extragiuridici (specialmente medici) che spesso devono essere discussi o accettati dalle parti e dai giudici, per così dire, « al di fuori » dell'ambito delle loro conoscenze specifiche. Sono tali l'esistenza di invalidità assoluta e permanente; la necessità di attenzione da parte di un'altra persona; la percentuale di invalidità parziale; la data approssimativa di guarigione dichiarata dal medico (ove non sia stabilita o risulti controversa in via amministrativa) e la conseguente determinazione del periodo di invalidità temporanea; la necessità di protesi e – nel caso di malattie – se l'infermità possa essere stata provocata, suscitata o aggravata dalla natura del lavoro prestato o dall'ambiente di lavoro.

Molte condizioni sono indicate da concetti abbastanza chiari, ma dipendono da prove non formali, che richiedono da parte del giudice esame, valutazione e decisione. Tra esse si possono citare il fatto stesso dell'infortunio e le circostanze in cui esso si è verificato (in particolare le circostanze che possono determinare che accade « per il fatto o in occasione del lavoro » o *in itinere*); il salario che la vittima guadagnava; il valore delle spese di assistenza medico-farmaceutica (quando essa non viene fornita dal datore di lavoro); l'esistenza nel Paese della protesi necessaria,

Infine, alcuni concetti citati nel diagramma non solo sono soggetti a prove informali, ma dipendono altresì da criteri di interpretazione non espliciti né generali, tali da rendere, in buona parte aleatorio il risultato di ciascun caso. L'esistenza di un rapporto giuridico di lavoro tra le parti è il caso più grave, in quanto i limiti tra il contratto di lavoro ed altre figure (contratto di opera e servizio, società, mandato, concessione, contratto di distribuzione) sono imprecisi, e questa imprecisione tende ad ampliarsi quando sussistono propositi di evasione o di frode. Benché molto sia stato scritto sul contratto di lavoro – istituto che ha dato luogo a tutta una branca del diritto moderno – non se ne sono mai stabilite con precisione le caratteristiche definitorie mediante un sistema « decidibile »; le sue stesse note principali (come il famoso « rapporto di subordinazione »), sono talvolta tanto vaghe quanto il concetto che pretendono spiegare [2].

Se una malattia sia stata provocata, suscitata, o aggravata dal lavoro è un punto che – come si è già detto – dipende in generale da criteri medici (benché non siano da escludere presunzioni giuridiche o la valutazione di prove sui fatti che abbiano potuto influenzare lo sviluppo dell'infermità). Ma quando si tratta di un infortunio è più probabile che sia compito del giurista interpretare se l'infortunio accadde « per il fatto stesso o in occasione di lavoro ». Il caso tipico è quello dell'operaio che si ferisce con la macchina che adopera, anche se sussiste sempre una inquietante zona di penombra. Per esempio, la vittima può essere stata aggredita da un compagno di lavoro, sullo stesso luogo di lavoro, ma per ragioni estranee ad esso [3]. Oppure può essere scivolato mentre stava entrando nella clinica dove si doveva far curare per un precedente infortunio sul lavoro [4]. Oppure un marinaio può essersi ferito durante la libera uscita in un porto di scalo dove non sarebbe mai giunto se non in adempimento del proprio servizio.

Circa la « colpa grave » la giurisprudenza ha dichiarato, in genere, che essa suppone un atteggiamento volontario e cosciente, accompagnato dalla consapevolezza del pericolo, che confina con il dolo o è paragonabile ad esso [5]; ma non si sono precisati i limiti tra dolo e colpa grave, né si sono spiegati i parametri che servono per decidere quando l'imprudenza della vittima si debba considerare inescusabile o « inspiegabile nell'animo meno predisposto ». Questo punto è soggetto alla valutazione del magistrato, la cui maggiore o minore severità nello stabilire i modelli di precauzione può definire la soluzione del problema per ogni caso concreto.

---

2. Cfr. F. De Ferrari, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, tomo I (1968), pp. 309 ss.; tomo II (1969), pp. 8-110; E. Krotoschin, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1977, tomo I, pp. 94-108 e 172-175.
3. Cám. Apel. Trab. (Corte d'Appello del Lavoro), Sala II, 6/11/48, « La Ley », tomo 53, p. 147. Cám. Paz. (Tribunale di Appello in materia di locazione e cause di minor valore), 5/10/36, « Jurispr. Arg. », tomo 56, p. 328.
4. Cám. Apel. Trab., Sala I, 7/1/72 « Jurispr. Arg. », tomo IV, 1967, p. 444.
5. Banchs, *op. cit.*, pp. 46-48.

La definizione di quello che si deve considerare servizio domestico presenta delle difficoltà, a tal punto che i casi dubbi più frequenti (autisti particolari [6], persone contrattate per assistere gli ammalati) [7] sono stati risolti dalla giurisprudenza o dalla stessa legge. E la stessa opzione per l'azione speciale o comune – pur risultando il testo della norma abbastanza chiaro – è stata oggetto di diverse interpretazioni: i tribunali hanno deciso che la riscossione dell'indennizzo per invalidità temporanea non comporta l'opzione per l'azione speciale [8], essendo materia di discussione se la partecipazione al procedimento amministrativo basato sulla legge 9688 (per esempio, farsi visitare dalla giunta medica ufficiale) priva o meno l'infortunato della facoltà di richiedere il risarcimento sulla base del diritto civile.

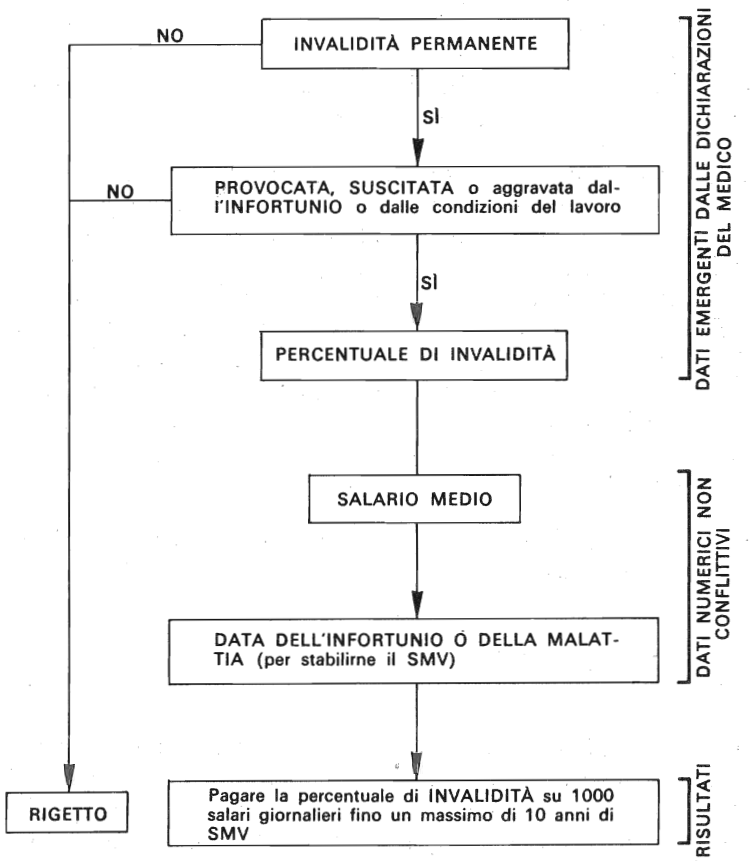
Di fronte alle difficoltà segnalate, ci si potrebbe chiedere come mai il regime argentino degli infortuni sul lavoro non presenti gravi difficoltà agli occhi degli specialisti. La risposta è semplice, a parte il fatto che altri istituti del diritto del lavoro sono spesso più complessi (e tutti risentono della difficoltà di definire il « rapporto di subordinazione »), sono rari i casi di infortuni in cui si presentano controversie su punti difficili. Accade spesso che i datori di lavoro trasferiscano la responsabilità ad una compagnia di assicurazioni (ed in tal modo il conflitto perde « drammaticità economica »); le posizioni assunte dalle parti tendono ad essere abitudinarie, e in genere il datore di lavoro (o l'assicuratore che lo sostituisce) accetta il rapporto di lavoro, non discute il salario e non invoca condizioni negative. Nella maggioranza dei casi riconosce l'esistenza dell'infortunio (per il quale ha prestato assistenza medica ed ha pagato l'invalidità temporanea), e solo nega l'esistenza di invalidità permanente o il suo controvalore. Questo dato ed il suo rapporto causale con il lavoro, spesso dipendono esclusivamente da criteri medici, giacché le condizioni dell'infortunio non si discutono e, se si tratta di una malattia, l'ambiente di lavoro viene esaminato, se necessario, dallo stesso medico. A volte viene richiesto un ulteriore esame, ma alla fine arriva un momento in cui il referto medico diventa una prova quasi formale.

In pratica, quindi, il flusso di decisioni segue, in un gran numero di casi, la strada segnalata nel diagramma 2. In questo caso il ragionamento appare molto semplificato: il centro della questione è l'esistenza dell'invalidità (con il relativo grado o percentuale da stabilire e il rapporto con il lavoro). Accettato il referto medico da cui risulta l'invalidità, il resto del ragio-

6. Vedere art. 12, legge 12.687.
7. Cám. Apel. Trab., Sala I, 7/1/72, « Jurispr. Arg. », 18, 1973. *Contro*: Cám. Apel. Trab., Sala II, 29/8/72, « Legisl. Trab. », tomo XXI, p. 541.
8. R. A. Guibourg, *Los derechohabientes del trabajador*, « Legisl. Trab. », tomo XIX, p. 577.

namento è puramente meccanico mediante l'uso di dati non controversi (salario giornaliero, data dell'infortunio). Questa semplice verifica, tal come si dà nella realtà, apre un'interessante prospettiva informatica: su di essa si fonda il sistema di redazione automatica delle sentenze giudiziarie utilizzato a Mogi das Cruzes, vicino a San Paolo (Brasile). In effetti,

Fig. 2. DIAGRAMMA N. 2



quando è possibile isolare un numero ridotto di variabili prevedibili in una quantità rilevante di casi, è possibile preparare un repertorio di risposte che, combinate, soddisfino adeguatamente le necessità della routine. Ci saranno, naturalmente, casi che non si inquadrano nei modelli previsti: sarà necessario, sottoporli all'analisi individuale, al di fuori di ogni automatismo.

IV. Modelli di formalizzazione

Il processo basato sull'utilizzazione delle regolarità abituali dei conflitti giuridici per risolverli con economia di tempo e di sforzi è, senza dubbio, un passo positivo nel cammino verso una amministrazione giudiziaria efficiente. Ma è sempre un passo timido. Un atteggiamento di riflessione sulle difficoltà che presenta nel nostro tempo l'applicazione delle leggi porterebbe ad agire su di esse, adattandole e modificandole in modo da ridurre ogni necessità di decidere in base a criteri aperti il cui costo – in termini di lavoro, di tempo e di denaro – non sia sufficientemente giustificato dai valori sociali protetti. L'applicazione di questo principio ad ogni caso concreto dipende, naturalmente, da decisioni politiche che non rientrano nei limiti di questo studio; ma è possibile proporre in questa sede alcuni modelli di semplificazione o di formalizzazione che possano agevolare la meccanizzazione del ragionamento giuridico.

A tal fine, cominceremo dai problemi concreti che presenta la legge argentina sugli infortuni sul lavoro, rimanendo inteso che i modelli vengono proposti a mero titolo di esempio e non comportano l'affermazione che sia conveniente od opportuno applicarli al caso in esame. Per lo stesso motivo, essi non pretendono essere modi adeguati o completi di risolvere le difficoltà che vengono illustrate: la loro applicazione ad una formalizzazione pratica della legge o del procedimento richiede, in primo luogo, la relativa decisione politica e, in secondo luogo, un'analisi accurata dei contenuti da formalizzare e delle conseguenze del cambiamento, analisi in cui non dovrebbe mancare la consultazione dei settori colpiti o in qualche modo coinvolti.

Esamineremo, quindi, le difficoltà contenute nel diagramma 1, procedendo dal basso verso l'alto:

1. *Salario*

La prova del salario – come si è già detto – non presenta di solito gravi difficoltà; ma nei casi controversi essa dipende da prove non sempre formali (ricevute, libri dell'impresa, testimoni e perfino la stima giudiziaria). Per evitare tutto ciò è possibile sostituire, come modulo di calcolo, il salario reale con una somma che non richieda prova: la retribuzione fissata dalla legge o dai contratti collettivi per la categoria lavorativa della vittima. Questo cambiamento presenta alcune difficoltà: ci sono lavoratori la cui categoria non viene prevista nei contratti collettivi, e in ogni caso la stessa categoria può essere un fatto controverso. La sostituzione, in tal caso può diventare più radicale, se si prende come base il salario minimo o un modulo derivato da esso (per esempio un multiplo del salario « minimo vitale » che si avvicini alla remunerazione media dei lavoratori del

Paese). Naturalmente, una soluzione di questo tipo pregiudicherebbe i dipendenti con salario più elevato; ma questa obiezione dovrebbe essere considerata nel momento della valutazione politica delle opzioni.

2. *Data dell'infortunio*

Il momento in cui si verifica l'incidente o si manifesta la malattia ha importanza per la determinazione del salario « minimo vitale » vigente in quel periodo (che a sua volta dovrebbe servire da modulo per l'ammontare massimo di alcuni indennizzi). Come per la paga giornaliera, non si suole discutere questo punto anche se non è possibile scartare tale eventualità. Per escludere la valutazione discrezionale delle prove, si può scegliere fra:

a) *Formalizzare la prova*: questo procedimento consiste, per esempio, nel prendere come vera, in ordine di preferenza, I) la data denunciata dal reclamante, se non è controversa; II) in caso di controversia, l'ultima data denunciata, se è anteriore alla morte della vittima e alla denuncia amministrativa o giudiziaria; III) la data della morte, se è anteriore alla denuncia; IV) la data della denuncia amministrativa o giudiziaria.
b) *Sostituire il dato*: prescindere da quanto viene denunciato o provato circa la data reale dell'incidente e prendere in considerazione il salario « minimo vitale » vigente nel momento stesso della denuncia amministrativa o giudiziaria. Questo procedimento ha almeno il vantaggio dell'estrema semplicità.

3. *Esistenza di protesi nel Paese*

Le richieste di protesi sono rare; e nella maggior parte dei casi riflettono la volontà dell'infortunato di ottenere un compenso in denaro al posto di un apparecchio che compensi o mascheri in parte la lesione provocata dall'infortunio. Ma la legge dà preferenza all'effettiva consegna della protesi, valore politico che è necessario prendere in considerazione in qualsiasi tentativo di automatizzazione dei processi di decisione. In questo contesto – e, come si è già detto, senza pretendere di esaurire l'argomento – rientrano i seguenti procedimenti:

a) *Formalizzazione della prova*: stabilire liste ufficiali (positive o negative) di protesi esistenti nel Paese. Queste liste sostituirebbero, d'autorità, la prova che si potrebbe ottenere tramite mezzi non formali. In ogni modo rimarrebbe comunque in sospeso la determinazione del valore.

b) *Tariffa con intervento statale*: stabilire il valore ufficiale di ogni protesi con l'obbligo per il responsabile di depositare tale valore – al momento opportuno – presso il « Dipartimento per gli infortuni sul Lavoro ». Questo organismo pagherebbe la somma depositata nel momento

in cui il lavoratore acquistasse la protesi; ma se durante sei mesi non si verificasse l'acquisto (per inesistenza del prodotto desiderato, o per disinteresse), il deposito verrebbe consegnato direttamente all'infortunato.

c) *Tariffa con opzione privata*: fissare per le protesi valori ufficiali più elevati di quelli di mercato, e dare al responsabile l'opzione di fornire la protesi o di pagare la somma fissata dalla tariffa.

4. *Assistenza medica e farmaceutica*

Non sono comuni i reclami a questo riguardo, in quanto il datore di lavoro – o la compagnia di assicurazioni che lo sostituisce nell'adempimento di tale obbligo – sono soliti prestare effettivamente l'assistenza. Ma, a volte, il datore di lavoro non accetta alcuna responsabilità (quando invoca l'assenza del rapporto di lavoro), o considera che l'operaio è afflitto da una malattia semplice, non vincolata al lavoro (caso in cui la legge argentina lo obbliga a pagare il salario durante il periodo di recupero, ma non a prestare assistenza medica). Come prevedere, quindi, questi casi in un sistema formalizzato?

Tariffare l'assistenza non è conveniente: diversi infortuni o malattie possono richiedere trattamenti molto differenziati secondo circostanze praticamente imprevedibili (principalmente le condizioni fisiche del lavoratore colpito), per cui le differenze di costo dell'assistenza medica e farmaceutica possono essere enormi. Attenersi alle prove documentali prodotte dall'infortunato non si addice ad un processo formalizzato: per evitare frodi, bisognerebbe richiedere l'autenticazione delle fatture e delle ricevute da parte dei medici, delle cliniche, e delle farmacie, con la conseguente perdita di tempo e di automaticità. Certo, queste prove potrebbero essere formalizzate mediante formulari fissati dal medico o dal farmacista e certificati del notaio o di un'autorità pubblica; ma questa esigenza costituirebbe una complicazione per i terzi e renderebbe difficile al lavoratore ottenere il rimborso delle spese. Questa soluzione, invece, può essere utile per la prova delle spese funerarie. In tali condizioni, sarebbe forse consigliabile eliminare questa voce dalla linea di decisione automatica, e risolvere i pochi casi, che ad essa si riferiscono, con un tipo di processo semplice e rapido di taglia tradizionale, non formalizzato.

5. *Colpa grave e dolo*

Queste cause di esenzione della responsabilità non vengono invocate di frequente, e specie il dolo, non trova applicazione pratica nelle controversie per gli infortuni sul lavoro. Il concetto di dolo è abbastanza preciso nella dottrina; quello di colpa grave – come si è già visto – è un po' più vago ed è difficile determinarlo, data la quantità di fattori indeterminati e

di valori soggettivi che possono ricorrere in ogni caso. In ogni modo, ambedue, se invocati, sono soggetti alla prova.

a) *Soppressione della colpa grave*: eliminare questo concetto dalla legge semplificherebbe le prospettive di decisione, giacché il dolo – la cui protezione si cerca di evitare – è in questi casi poco più di una ipotesi astratta. Ma un programma completo di decisione dovrebbe prevedere anche questa ipotesi, e in tal caso la soluzione dovrebbe includere il ritiro della linea di decisione formalizzata per il conflitto in cui il dolo venisse controverso.

b) *Trasferimento della difficoltà*: si potrebbero eliminare tanto la colpa grave quanto il dolo, e prevedere invece un'azione non formalizzata di ripetizione, che includesse eventualmente una sanzione penale contro la vittima colpevole di dolo in un infortunio.

6. *Opzione per l'indennizzo civile*

L'art. 17 della legge 9688 dice: « Gli operai e impiegati ai quali si riferisce la legge, potranno scegliere tra l'azione di indennizzo speciale che conferisce la presente legge, e quelle che possono spettare in base al diritto comune, per dolo o negligenza del datore di lavoro. Peraltro, ambedue si escludono a vicenda e l'esercizio di una di esse o la percezione di qualsiasi valore implica la rinuncia *ipso facto* ai diritti che potrebbero corrispondere per l'esercizio dell'altra ».

Dal punto di vista linguistico, questa norma è abbastanza chiara: lascia solo il dubbio se la partecipazione del lavoratore al procedimento amministrativo si inquadri o meno nel concetto di « esercizio dell'azione ». Ma l'interpretazione del testo si è complicata per altre ragioni: così si è deciso che l'indennizzo per invalidità temporanea (che viene pagato alla vittima direttamente dal datore di lavoro o dalla compagnia di assicurazioni) permette di soddisfare un bisogno impellente del lavoratore, per cui la riscossione di esso non implica una libera scelta dell'azione speciale.

In questo contesto si possono immaginare le seguenti alternative:

a) *Precisare i concetti nei limiti dell'equità*: ciò si può fare se si sostituisce l'espressione « esercizio di una di esse o riscossione di qualsiasi valore a tale titolo » con le parole « la domanda giudiziaria per una di esse o la riscossione di valori a titolo di indennizzo per invalidità permanente ».

b) *Sopprimere l'opzione*, eliminando la possibilità di reclamo mediante azione comune nei casi di infortuni sul lavoro. Questa soluzione sembra semplice, ma contiene due imperfezioni: 1) entra in conflitto con le valutazioni comunemente accettate; e 2) per la stessa ragione darebbe luogo all'elaborazione di nuove definizioni sul concetto di infortunio sul lavoro, volte a consentire che certi casi siano regolati dalla legge civile.

c) *Sopprimere l'importanza pratica delle difficoltà*, eliminando il carattere esclusorio dell'opzione. In questa maniera, le due azioni si potrebbero far valere successivamente o congiuntamente (una al posto dell'altra), ferma restando la possibilità di scontare da un indennizzo quanto riscosso in base all'altra azione. Naturalmente, questa soluzione comporterebbe una conseguenza non voluta: poiché nell'azione civile l'indennizzo non ha limiti, nella pratica si fomenterebbe l'esercizio congiunto delle due azioni; e la maggiore formalizzazione ottenuta nel processo speciale sarebbe snaturata dall'aumento di pretese estranee alla linea di decisione formalizzata.

7. *Servizio domestico*

Durante nove mesi del 1971 (dalla sanzione della legge 18.913 fino alla modificazione fatta dalla legge 19.233) i lavoratori domestici sono stati protetti dalla legge 9688, ma possono comunque invocare la protezione della legge civile nei casi di danni causati dalle cose che si trovano sotto il dominio o la cura del loro datore di lavoro (art. 1113 C. Civile). Del resto, il servizio domestico si comprova di rado mediante prove formali, per cui la sua dimostrazione reale presenta difficoltà insuperabili in un processo di decisione automatica. In linea di principio, si possono prospettare due modelli di soluzione:

a) *Sopprimere l'eccezione*, includendo nuovamente i lavoratori domestici nella protezione della legge speciale.

b) *Formalizzare l'eccezione e trasferire la difficoltà*, attribuendo valore di prova esclusoria ad una formale denuncia del datore di lavoro sull'esistenza e sull'identità del lavoratore domestico (per esempio, dinnanzi agli organismi della Sicurezza Sociale), fatta prima dell'infortunio o dell'apparizione della malattia. È chiaro che questo procedimento, fondato su una dichiarazione unilaterale, dovrebbe essere completato dalla previsione di sanzioni – in un processo non formalizzato – per i casi di falsa denuncia, per cui la difficoltà verrebbe trasferita all'eventuale processo punitivo.

8. *Nesso causale tra l'infortunio e il lavoro*

La prova dell'invalidità in sé dipende da criteri medici, per cui la sua formalizzazione normativa può essere riferita solo all'autorità che si conferisce al referto medico e ai modi e ai tempi in cui esso debba esser prodotto. Ma esistono sempre dei punti che dipendono da prove o da criteri giuridici non formali: per esempio, se il trauma (clinicamente verificato) che provocò alla vittima l'invalidità attuale si sia verificato in circostanze relative al lavoro (« per il fatto stesso o in occasione del

lavoro »); o se il lavoratore svolgeva effettivamente il suo lavoro in una posizione che abbia potuto provocare o aggravare la sua infermità.

a) *Soppressione del requisito*: la soluzione più radicale per queste difficoltà consiste nell'ampliare la protezione legale, in modo tale che qualsiasi invalidità sopravvenuta sia risarcibile, a prescindere dal rapporto col lavoro. Tale riforma avvicinerebbe ancora di più la protezione legale al modello della sicurezza sociale, benché la copertura del rischio potrebbe rimanere a carico del datore di lavoro (e questo potrebbe, come succede adesso, trasferire il rischio a una compagnia di assicurazioni). Ma bisogna ammettere che questo modello di soluzione implica molto di più di un ritocco formale della legge vigente: costituisce un vero e proprio cambiamento nel fondamento assiologico del sistema – per adesso attribuito alla teoria del rischio professionale – e comporterebbe conseguenze economiche e sociali da considerare in un contesto politico più ampio di quello che spetta alla semplificazione formale di una legge determinata.

b) *Presunzioni legali*: nell'attuale struttura della legge, l'ammissione del nesso causale si potrebbe far dipendere da presunzioni formali. Per le malattie, per esempio, occorre confezionare liste positive o negative, dotate di autorità, che enuncino le infermità il cui rapporto con il lavoro si debba presumere. Queste liste potrebbero essere uniformi oppure specifiche per ogni attività, e ripeterebbero il sistema, oggi praticamente in disuso, delle « malattie professionali », che nel primitivo testo della legge 9688 (art. 22) dipendevano da una lista approvata dal potere esecutivo.

Per gli infortuni, il nesso causale potrebbe risultare da criteri formali basati sulle circostanze di tempo e di luogo in cui si è verificato l'infortunio. Per esempio, sarebbe risarcibile: *a*) qualsiasi infortunio verificatosi nella fabbrica; *b*) l'infortunio verificatosi fuori della fabbrica ma fino ad un'ora prima dell'inizio del lavoro o ad un'ora dopo della sua fine (questa previsione comprenderebbe il cosiddetto infortunio *in itinere* e qualsiasi atto occasionale del lavoratore al di fuori del suo posto abituale di lavoro); *c*) per coloro che prestano servizi fuori della fabbrica (meccanici a domicilio, promotori di vendite, commessi viaggiatori), si presumerebbe il rapporto di lavoro nei casi di infortunio verificatisi in un orario determinato, che potrebbe essere quello abituale di lavoro o quello stabilito ufficialmente per ogni singola attività o su base generale.

c) *Formalizzazione della prova testimoniale e del giuramento*: se il criterio prescelto per determinare il rapporto causale richiede una prova effettiva dell'infortunio o del tipo di lavoro compiuto dall'infortunato, è possibile ricorrere alle dichiarazioni formali. Per esempio, potrebbe far fede una denuncia dell'infortunio, resa dall'infortunato o dai suoi aventi diritti dinanzi all'autorità di polizia o amministrativa, entro cinque giorni dal fatto (per limitare i cavilli fraudolenti), o ammettere la dichiarazione giurata di due testimoni su formulari da compilare con i dati relativi all'infortunio. Per le malattie si dovrebbe confezionare una lista ufficiale delle

circostanze di lavoro che possano provocare, suscitare o aggravare le singole infermità, ed includere le domande in un formulario speciale.

Questo tipo di soluzione può essere inevitabile in un certo contesto di decisioni politiche, ma tende ad aggravare il rischio – vecchio come il mondo – di dichiarazioni irriflessive o compiacenti. Perciò dovrebbe includere, non solo la previsione di sanzioni penali per le false denunce e testimonianze, ma anche un'efficace azione repressiva che contribuisca a dare credibilità ai formulari.

9. *Contratto di lavoro*

Nella massima parte dei casi previsti dalla legge 9688, l'esistenza del contratto di lavoro (o del rapporto di lavoro, come preferiscono gli anticontrattualisti) non è oggetto di controversia. Ma quando ciò si verifica, sono due gli ostacoli che si presentano sulla strada della decisione automatica. Il primo consiste – come si è già detto – nel fatto che questo concetto giuridico non contiene un nucleo univoco di caratteristiche definitorie osservabili: la decisione dipende, in ciascun caso, da diverse condizioni più o meno cumulative, nessuna delle quali è assolutamente necessaria e la cui valutazione congiunta dipende spesso da ciò che un giurista tradizionale chiamerebbe una ispirata intuizione, e un altro più scettico – e un po' arguto – un gioco di moneta a testa o croce. Il secondo ostacolo consiste nella valutazione della prova destinata a comprovare ciascuna delle condizioni che, al momento opportuno, peseranno sull'animo dell'interprete – o integreranno un criterio formale, come vedremo successivamente – per accertare il requisito del rapporto giuridico di lavoro.

a) *Soppressione del requisito*: eliminare il contratto di lavoro come condizione di base della protezione legale eviterebbe completamente la necessità di risolvere i problemi segnalati. Ma, più ancora che nel caso del rapporto causale, questa soluzione trasformerebbe completamente la struttura del sistema attuale, sostituendo questa con un'assicurazione sociale mediante una cassa comune, retta da fondi fiscali o da contributi pubblici, senza alcun rapporto con il diritto del lavoro. Inoltre, tramite l'assistenza medico-farmaceutica, essa implicherebbe una forte spinta verso la socializzazione della medicina. Propugnare o respingere questa soluzione è una questione che esula dal presente lavoro: entro i limiti che esso impone, basterà ricordare che, se qualcuno ci chiede un consiglio per difendersi dal caldo, probabilmente giudicherà sorprendente e fuori dal contesto la nostra risposta che proponga un trasferimento in Groenlandia.

b) *Registrazione preliminare*: un'altra possibilità è l'iscrizione obbligatoria di ogni rapporto di lavoro in un pubblico registro accompagnata da una azione non formale per decidere sulla proponibilità dell'iscrizione in caso di controversia. Questo modello di soluzione è tecnicamente poco racco-

mandabile nel caso in questione: il numero dei lavoratori dipendenti è molto elevato in rapporto alla popolazione totale di ogni paese, e i datori di lavoro – specie quelli più piccoli che sono alquanto numerosi – sono restii ad adempiere requisiti formali. La conseguenza probabile sarebbe, quindi, in pratica, una drastica riduzione del numero delle persone protette dalla legge ed una considerevole evasione da parte dei datori di lavoro.

c) *Formalizzazione della prova testimoniale*: come nel paragrafo 7, anche qui è teoricamente possibile ammettere dichiarazioni testimoniali sul rapporto di lavoro esistente tra la vittima dell'infortunio e la persona che quest'ultima pretende responsabilizzare. Ma gli inconvenienti sono in questo caso molto più gravi. Nel comprovare il rapporto causale, l'ambito di applicazione delle testimonianze formalizzate è limitato al complesso dei lavoratori dell'impresa; ma l'applicazione pura e semplice di questo stesso procedimento nel livello superiore del diagramma 1 universalizza quell'ambito e allarga in gran misura i rischi di frode. Del resto, è opportuno ricordare che, se manca un criterio formale sul rapporto di lavoro, non ha senso porre domande ai testi circa la presenza di questo requisito, poiché la decisione avverrà secondo il criterio personale – poco giuridico e difficilmente equanime – di ciascun dichiarante.

d) *Formalizzazione del criterio giuridico*: una parte degli inconvenienti segnalati nel punto precedente perderebbe un po' della propria gravità se si tentasse almeno un'analisi formale dei criteri giuridici realmente applicati, in modo da renderli espliciti. Nel particolare caso del contratto di lavoro – tanto discusso quanto inafferrabile – la formalizzazione del criterio per identificare il contratto costituisce un'ardua impresa, che il presente lavoro non pretende di aver risolto, ma che non risulta impossibile. Sarebbe necessario esaminare un elevato numero di casi concreti, indagare come essi siano stati risolti e quali elementi siano stati presi in considerazione, e, infine, estrarre da ciò un sistema di valori numerici che a loro volta bisognerebbe controllare paragonandone i risultati con quelli del criterio tradizionale non formalizzato in una nuova quantità di casi. A prescindere, comunque, da quei requisiti si può offrire un esempio o modello – necessariamente incompleto e difettoso – del tipo di risultato che si dovrebbe ottenere.

Così, la fig. 3 contiene una serie di domande relative alla situazione del soggetto di cui si vuole stabilire se è titolare di un rapporto di lavoro con la controparte. Le condizioni positive (P1 a P8) hanno un punteggio massimo (indicato di seguito ad ogni domanda) e un punteggio per ciascuna risposta. Le condizioni negative (N1 a N5) hanno solo un punteggio per le risposte. Non è necessario rispondere a tutte le domande, ma solo a quelle su cui esista un'informazione sufficiente: le altre non saranno tenute in considerazione per il calcolo. Si darà solo una risposta per ogni domanda (quella di maggior punteggio fra diverse corrette), e i fatti che non rientrino in nessuna delle risposte previste non verranno segnati.

Fig. 3. - Criterio formalizzato per l'identificazione del contratto di lavoro

P1	In quali giorni svolge il soggetto l'attività che lo vincola alla controparte?	50
	a) Tutti i giorni feriali	50
	b) In giorni fissi	30
	c) Sporadicamente	10
P2	Con quale orario svolge il soggetto l'attività che lo vincola alla controparte?	50
	a) Con orario fisso	50
	b) Con orario abituale	30
	c) Con lassi irregolari	10
P3	Svolge il soggetto la sua attività nello stabilimento della controparte?	100
	a) Compie nello stesso l'attività compresa nel rapporto, o la parte principale di essa	100
	b) Compie in esso una parte accessoria della attività compresa nel rapporto	50
P4	Come viene retribuito dalla controparte?	100
	a) A seconda del tempo impiegato nell'attività	100
	b) A provvigione, secondo i risultati	40
	c) Per ogni pezzo o misura	30
	d) Tramite differenza di prezzi	30
P5	Riceve delle istruzioni dalla controparte nel suo lavoro?	50
	a) Dettagliate	50
	b) Globali	25
	c) Solo l'incarico generico dell'attività	15
P6	Viene controllato dalla controparte?	100
	a) Nell'osservare l'orario	100
	b) Nel compimento dell'attività	80
	c) Nella pianificazione dell'attività	40
	d) Nei risultati ottenuti	30
	e) Non viene fatto alcun controllo	0
P7	È soggetto a reazioni della controparte?	100
	a) Ammonimenti o sospensioni esplicite	100
	b) Cessazione temporanea del rapporto reciproco	60
	c) Scioglimento del contratto o cessazione definitiva	20
P8	Invoca davanti a terzi il nome della controparte?	50
	a) Tramite divisa, iscrizioni o manifesti	50
	b) Tramite l'uso di biglietti, fatture, preventivi o altri moduli	50
	c) Verbalmente	25

Fig. 3. - Continuazione

N1	Mantiene il soggetto simultaneamente con terzi rapporti simili a quelli che ha con la controparte?		
	a) Sì		20
N2	È soggetto a perdite patrimoniali a causa del rapporto?		
	a) A causa del deterioramento dei suoi arnesi		0
	b) A causa di spese fisse non compensate da guadagni		10
	c) A causa di perdita di merce o materie prime o a causa di insolvenza di terzi debitori		50
N3	È socio della controparte?		
	a) Azionista, accomandatario o in cooperativa		0
	b) Direttore di S.r.L. e di S.p.A.		40
	c) Socio collettivo o di fatto		50
N4	Utilizza strumenti propri nell'attività che lo vincola alla controparte?		
	a) Arnesi portabili		10
	b) Automobile		20
	c) Camion		50
	d) Altre macchine motorizzate		100
N5	Nell'attività che lo lega alla controparte, impiega personale da lui dipendente?		
	N5.1	*a*) Contrattato con l'intervento della controparte	0
		b) Soggetto al disaccordo della controparte	10
		c) Liberamente contrattato e licenziato	30
	N5.2	*a*) Pagato dalla controparte a nome suo	0
		b) Con salario incluso nella retribuzione globale e distribuito dal soggetto	10
		c) Pagato a prescindere dai pagamenti effettuati dalla controparte	40
	N5.3	*a*) Fino a due assistenti	10
		b) Più di due assistenti	30

Nota: Ognuna delle suddivisioni di N5 (N5.1, N5.2, N5.3) deve essere calcolata come un ITEM separato e ricevere una risposta indipendente.

Il risultato sarà una frazione, in cui il numeratore sarà costituito dalla somma del valore di tutte le risposte corrispondenti alle condizioni positive, e il denominatore dalla somma dei punteggi massimi di ogni domanda positiva a cui si è risposto, più il punteggio delle risposte date alle

domande negative. Se il valore numerico del risultato è uguale o superiore a 1/2, significa che esiste un contratto di lavoro tra le parti.

A questo punto è necessario chiarire che il questionario della fig. 3 è un modello per la formalizzazione del criterio, ma non per la redazione di un formulario di dichiarazione testimoniale. Nel formulario bisognerebbe chiedere ai dichiaranti dati concreti su ogni fatto da loro enunciato, e sul modo in cui ne abbiano avuto conoscenza. Tali informazioni non avrebbero un valore numerico suscettibile di trasferirsi sul risultato, ma servirebbe sia per determinare se debba computarsi la dichiarazione su un certo fatto sia per stabilire, al momento opportuno, la responsabilità penale del falso testimone.

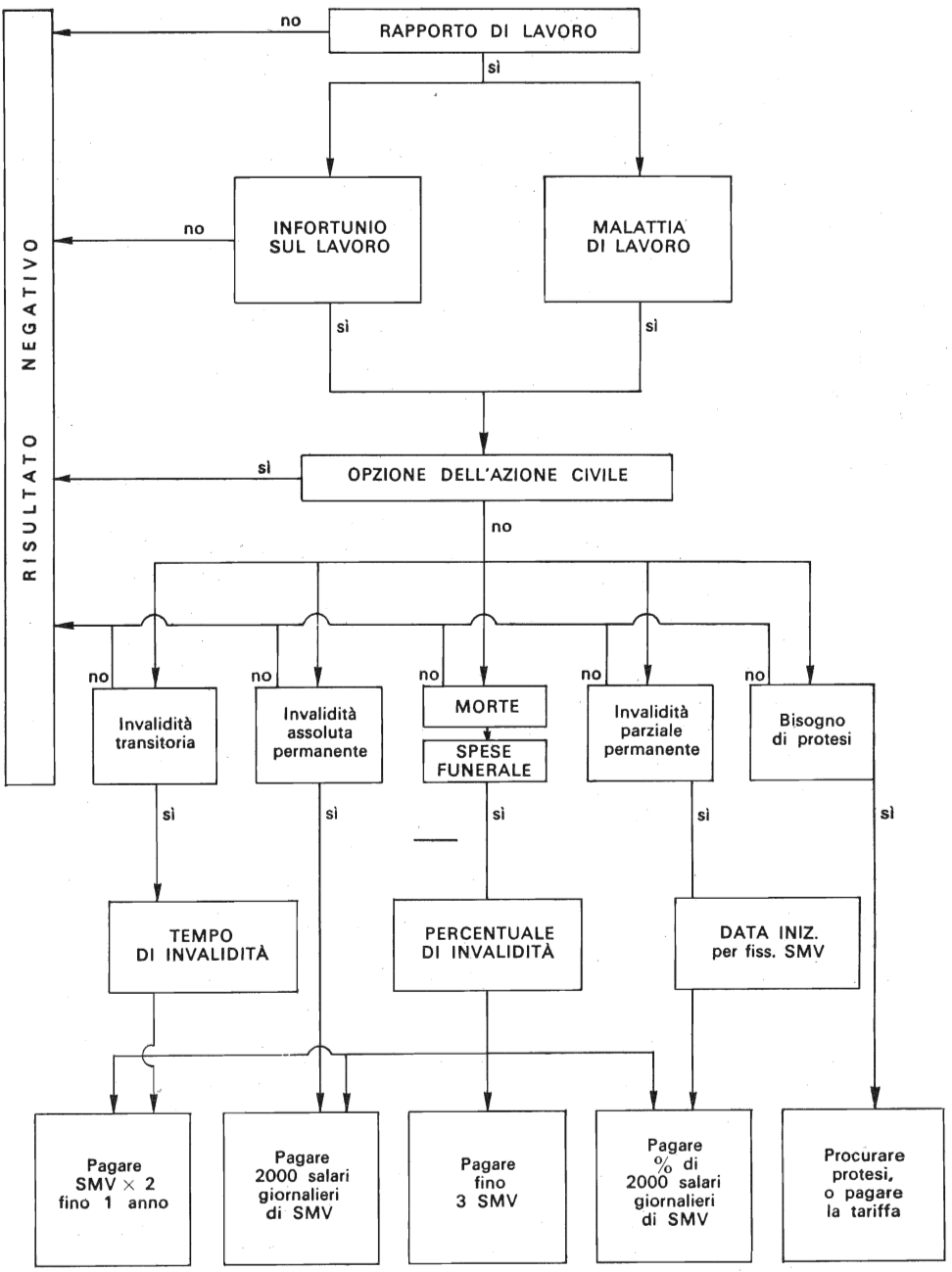
V. Risultato della formalizzazione

Nel diagramma 3 (fig. 4) si può notare il processo di ragionamento formalizzato in materia di infortuni sul lavoro, una volta applicate alcune opzioni previste nel paragrafo anteriore. Per meglio illustrare l'argomento, e nei limiti del presente lavoro, si è adottato, nella scelta delle soluzioni per ogni difficoltà, il criterio di preferire quelle più favorevoli alla automatizzazione del processo, dentro un margine assiologico volutamente tollerante, senza mutare peraltro completamente la struttura o gli obiettivi del sistema. In questo modo per l'esistenza del rapporto di lavoro si parte dalla formalizzazione del criterio giuridico con l'ammissione di prove testimoniali in un modulo per stabilire i fatti che mettano in moto quel criterio (punto 9, *d*). Nella prova delle circostanze dell'infortunio o delle condizioni di lavoro si adottano anche le dichiarazioni formali (punto 8, *c*) mentre il criterio giuridico sul rapporto causale in materia di infortuni dipenderebbe da circostanze oggettive di tempo e luogo (punto 8, *b*).

L'eccezione relativa al servizio domestico è scomparsa, per l'inclusione di questo settore nella protezione legale (punto 7, *a*). In materia di reclami mediante azione civile, le opzioni sono state limitate all'azione giudiziaria o alla riscossione del risarcimento per invalidità permanente(punto 6, *a*). Il riferimento al dolo e alla colpa grave è stato eliminato dallo schema: la colpa grave per soppressione totale, e il dolo per trasferimento ad una azione di ripetizione (punto 5, *b*). La morte è vincolata al certificato ufficiale. Le spese funerarie sono provate mediante ricevuta formalizzata (punto 4), e il problema dell'esistenza locale di protesi è sostituito dal sistema di tariffe con opzione privata (punto 3, *c*). Il salario reale viene sostituito da un multiplo del salario « vitale minimo » (punto 1), e la data per fissare quest'ultimo modulo è la presentazione formale del reclamo (punto 2, *b*).

Il rimborso delle spese di assistenza medica e farmaceutica è rimasto fuori dallo schema, per essere proposto in un processo di decisione non automatico (punto 4).

Fig. 4. - DIAGRAMMA N. 3.



Il grado di formalizzazione ottenuto con questo sistema è lungi dall'essere totale, perché rimangono alcuni punti che dipendono da criteri medici (diagnosi, invalidità transitoria e la sua durata, invalidità permanente e suo grado, necessità di protesi o di assistenza continua da parte di un'altra persona); ma almeno semplifica e uniforma le decisioni giuridiche e permette di affrontare ulteriori passi come – per esempio – la costituzione di un tribunale medico che agisca come giudice del processo nella parte non automatica.

Uno sguardo al risultato ottenuto ci mostra chiaramente che la legge formalizzata non è identica alla legge attuale, ma costituisce un modello vagamente isomorfo di essa. Con un pizzico di nostalgia per il diritto quiritario potremmo dire che si tratta di una caricatura della legge. Questo non si può negare razionalmente: le differenze esistono, e il resto dipende dalle valutazioni.

Come si sa, il ragionamento giuridico ha due parti tradizionalmente distinguibili, anche se interdipendenti: l'accertamento dei fatti rilevanti (*quaestio facti*) e l'applicazione della relativa norma (*quaestio iuris*) [9]. Questa seconda tappa, comprende a sua volta la qualificazione giuridica dei fatti – che comporta l'interpretazione della legge – e l'estrazione delle conseguenze previste dalla stessa legge per quei fatti (e ciò implica l'uso di un meccanismo logico di decisione contenuto nella norma). Poiché non sempre le prove vengono valutate allo stesso modo, né le espressioni usate dalla legge sono univoche e prive di imprecisione, né i meccanismi logici immaginati dal legislatore sono invariabilmente decidibili, risulta indispensabile in ciascun caso concreto un'attività individuale di adattamento delle variabili, di applicazione di criteri personali per adottare piccole decisioni. Quest'attività, esercitata dall'avvocato o dal giudice, ricorda quella del tecnico elettronico, che, con il saldatore in mano e trovandosi davanti a un tavolo pieno di cavi, di resistenze, di condensatori e di altri oggetti simili, sceglie ed unisce alcuni di essi in modo da montare una vecchia radio a valvole. Con questo procedimento il tecnico può soddisfare i desideri particolari del suo cliente e montare un apparecchio con le caratteristiche speciali che gli vengono richieste. Nello stesso modo, il giurista può sollecitare, consigliare o adottare una decisione che, nel caso concreto, soddisfi un determinato criterio di giustizia e salvi quello che Ross chiamerebbe la sua *coscienza giuridica materiale* [10].

L'industria elettronica, peraltro, ha ridotto di fatto la portata della tecnica artigianale adottando i circuiti stampati, che hanno consentito di semplificare il lavoro, ridurre drasticamente la misura degli apparecchi e diminuire i costi di produzione. È preferibile l'industria o l'artigianato? Non

---

9. H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1959, p. 160; ID., *Theorie Pure du Droit*, Paris, 1962, pp. 318 ss.
10. A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, 1963, p. 34.

c'è una risposta universale a questa domanda: dipenderà dai risultati che si vogliono raggiungere.

Si dirà che le decisioni sui diritti degli uomini non sono apparecchi transistorizzati. Ma fissiamo per il momento lo sguardo sulle somiglianze: ambedue sono il risultato dell'attività umana, e sono destinati a soddisfare le necessità umane. Ambedue richiedono un tempo di produzione, hanno un costo e... sono fallibili. Dalla tecnica che venga adoperata per ottenerli dipendono le loro qualità e la loro adattabilità ai valori in gioco nel caso individuale; ma anche il costo e il tempo per ottenerli. Il bilancio tra i rischi e i vantaggi della produzione in serie corrisponde a una decisione politica; e, nel caso del diritto, è possibile che in un determinato ambito convenga accettare una legge rigida, univoca e – nello stesso senso – poco umana, se i rischi risultano compensati da altri risultati appetibili. Le prospettive per accettare questa convenienza risulteranno, probabilmente, da una funzione diretta del numero di casi simili che bisogna risolvere in una certa società, e da una funzione inversa dell'importanza dei valori individuali implicati nella legislazione in questione.

VI. Conclusione

L'esposizione, che qui è stata fatta, dell'eventuale formalizzazione del ragionamento in materia di infortuni sul lavoro non ha, certamente, la pretesa di essere una proposta. È appena un esempio del modo in cui diverse tecniche possono trasformare uno schema giuridico per renderlo suscettibile di decisione automatica. Ma attraverso quest'analisi sono state soppesate diverse alternative, che converrebbe ora rivedere da un punto di vista più generale. A tal fine esamineremo i modelli di formalizzazione in ciascuna delle tappe tradizionali del ragionamento giuridico.

1. *Prova dei fatti rilevanti*

1.1. *Formalizzazione della prova documentale*

Quando si tratta di comprovare fatti importanti e relativamente rari nella vita di ogni persona, oppure limitati a un settore della società, con mezzi economici e culturali che facilitino l'accesso alla formalizzazione, è possibile sottoporre la prova all'iscrizione del fatto in un registro, o all'esistenza di una documentazione precostituita (la cui autenticità sarebbe necessario garantire sin dall'origine). È questo il modello tipico che si usa nella prova dell'esistenza e dello stato civile delle persone [11], e – ancora più imperfettamente – nelle esecuzioni delle cambiali [12].

---

11. Codice Civile Argentino, art. 80 e collegati; art. 96, legge 9393, sul matrimonio civile.
12. Artt. 1-11 e 60 del D. L. 5695/63, ratificato dalla legge 16.478. Artt. 520-559 del Cod. Procedura Civile e Commerciale Argentino.

1.2. *Presunzione*

Per i fatti numerosi o meno importanti, quando esiste una probabilità generale molto definita, è possibile ricorrere all'antica soluzione delle presunzioni. Se, data l'origine dei fatti da provare e i valori politici in gioco, è possibile motivare qualcuna delle parti a procurarsi una prova formale precostituita, quest'ultima può essere ammessa contro la presunzione.

1.3. *Tariffa*

La tariffa è un genere di presunzione aritmetica, utile per i dati numerici la cui prova si desideri evitare, sempre che ci siano circostanze o dati di ordine generale che permettano una determinazione ragionevole dei valori dotati di autorità. Le norme sugli infortuni sul lavoro e sugli indennizzi per licenziamento ricorrono, in grande misura, nella Repubblica Argentina, a questa tecnica. Così succede con i contributi previdenziali dei lavoratori autonomi (i cui introiti reali non è possibile controllare) [13], e con la tassazione delle merci per la riscossione dei dazi doganali.

1.4. *Dichiarazione delle parti*

Le affermazioni della parte interessata – soggette o meno a giuramento – possono essere ammesse quando si cerchi di comprovare dati semplici, di difficile prova e le cui conseguenze non provochino un rilevante danno ai terzi. Perché il sistema abbia una certa serietà è indispensabile prevedere sanzioni nei casi di dichiarazioni fraudolente, per cui questo modello di formalizzazione implica generalmente un trasferimento delle difficoltà verso il processo al quale spetti l'eventuale decisione repressiva. Altro elemento favorevole all'adozione di questa tecnica è la possibilità di esigere che la dichiarazione sia anteriore al conflitto, alla pretesa o all'interesse in virtù del quale debba farsi valere. Sono esempi noti, le dichiarazioni delle tasse, oppure, in Argentina, la richiesta di riconoscimento di un rapporto di lavoro di vecchia data per ottenere la pensione [14].

1.5. *Dichiarazione testimoniale formalizzata*

Se si tratta di fatti più complessi – che permettono un miglior controllo – e vincolati con conseguenze più serie, possono adottarsi, in mancanza di soluzioni meno rischiose, le dichiarazioni testimoniali, prestate su stampati minuziosi. Anche qui è necessaria un'azione repressiva efficace nei casi comprovati di falsa testimonianza, dato che altrimenti la firma dei

---

13. Art. 10, legge 18.038.
14. Art. 15, legge 18.038.

moduli tenderebbe a diventare un atto insignificante e di scarsa affidabilità. Quando l'uso di questo strumento sia unilaterale, è opportuno prevedere un'azione non formale di ripetizione (alla stregua delle esecuzioni cambiarie e fiscali).

2. *Applicazione delle norme*

2.1. *Precisione linguistica*

Nell'uso di linguaggi naturali, è utopico pretendere una precisione assoluta. Spesso però una inesattezza, relativamente grossolana, può correggersi in tal modo da eliminare la difficoltà nel contesto pratico. Ma il caso più frequente è che l'imprecisione dia luogo a divergenze di natura assiologica e che siano queste divergenze a suscitare dubbi linguistici. In casi del genere conviene – se è possibile– modificare il testo, affinché il conflitto reale sia risolto inequivocabilmente. Se inoltre, la soluzione è politicamente plausibile o implica un compromesso tra posizioni contrapposte, sarà più facile prevenire l'insorgere di perplessità presuntamente linguistiche.

2.2. *Soppressione*

Se è difficile definire un concetto rilevante – o provare i fatti a cui esso si riferisce – la sua semplice soppressione può costituire una soluzione vantaggiosa, a patto però che le conseguenze di tale concetto abbiano scarso valore nell'economia generale dello schema giuridico da formalizzare. Se non è possibile sopprimerlo per lo stretto rapporto con altre importanti condizioni del sistema, è possibile a volte spogliarlo del suo interesse conflittivo (per esempio, eliminando una parte delle sue conseguenze immediate o mediate). A partire da ciò, il compito di definirlo o di formalizzarlo può risultare più facile.

2.3. *Sostituzione*

Un concetto impreciso o di difficile prova svolge spesso una funzione necessaria nel sistema, ma ne esiste un altro più chiaro o completamente formale che può svolgere pressappoco lo stesso ruolo. Così, nell'esempio della legge sugli infortuni sul lavoro, è stato proposto di sostituire il salario reale con un multiplo del « minimo vitale », e la data dell'infortunio con la richiesta o con la denuncia dinanzi all'autorità amministrativa o giudiziaria.

2.4. *Analisi formale del criterio*

Le leggi contengono spesso – volutamente o in modo implicito – i concetti o condizioni la cui identificazione dipende da criteri discrezionali.

Se queste condizioni non possono essere eliminate, sostituite o semplificate, è possibile a volte analizzarle, cercare di scoprirne la struttura interna, mediante l'esame delle decisioni in cui si manifestano, e stabilire anche il valore relativo degli elementi che le compongono. Nella fig. 3 abbiamo visto un tentativo – necessariamente improvvisato e forse fallito – di applicare questa tecnica al concetto di contratto di lavoro. Con lo stesso schema si potrebbe tentare di formalizzare l'idea di colpa grave e, in altri contesti, si potrebbero analizzare le componenti dell'ingiuria nei casi di licenziamento, di divorzio, e persino di delitto penale. L'analisi di criterio non risolve da solo il problema della formalizzazione, a meno che ognuno degli elementi risultanti siano formali; ma, in ogni caso, permette di appianare una parte della strada per facilitare l'ulteriore applicazione di altri metodi di adattamento al processo di decisione automatica.